FIORE

DERECHO

INTERNACIONAL

PRIVADO

1

NUEVA BIBLIOTECA UNIVERSAL

BIBLIOTECA JURÍDICA

Tomo II

DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

Establecimiento tipográfico de José Góngora, San Bernardo, núm. 85.

NUEVA BIBLIOTECA UNIVERSAL
SECCIÓN JURÍDICA (TOMO II)

PASQUALE FIORE

DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO

Ó

PRINCIPIOS PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS ENTRE LAS LEYES
CIVILES, COMERCIALES, JUDICIALES Y PENALES
DE LOS DIVERSOS ESTADOS

VERSIÓN ESPAÑOLA ANOTADA POR
DON ALEJO GARCÍA MORENO
CON UN PRÓLOGO DEL
EXCMO. SR. D. VICENTE ROMERO Y GIRON

SEGUNDA EDICION
completamente refundida y considerablemente ampliada

LEYES CIVILES

TOMO PRIMERO

MADRID
CENTRO EDITORIAL DE F. GÓNGORA
San Bernardo, 50, segundo.
1889

ÍNDICE

CAPITULO III

CONSIDERACIONES HISTÓRICAS SOBRE LAS RELACIONES DE VASALLAJE

CAPITULO IV

EXAMEN CRÍTICO DE LOS SISTEMAS DE LOS ESCRITORES

CAPITULO V

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES SEGÚN NUESTRO SISTEMA

PARTE GENERAL

CAPITULO PRIMERO

DE LA LEY QUE DEBE REGIR EL ESTADO Y LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS

CAPITULO II

DE LA LEY QUE DEBE REGULAR LAS RELACIONES DE FAMILIA Y LOS DERECHOS QUE DE ÉSTAS SE DERIVAN

CAPITULO III

DE LAS COSAS Y DE LA LEY QUE DEBE REGIR LOS DERECHOS REALES

CAPITULO IV

LEY DE SUCESIÓN

CAPITULO V

DE LA LEY DE LAS OBLIGACIONES

§ 1.º—*De la ley de la obligación convencional.*

CAPITULO VII

DE LA AUTORIDAD TERRITORIAL DEL DERECHO PÚBLICO Y DE LAS LEYES DE ORDEN PÚBLICO

CAPITULO VIII

DE LA PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO Y DE SU RECTA APLICACIÓN

PARTE ESPECIAL

LIBRO PRIMERO

DE LAS PERSONAS Y DE LOS DERECHOS DE CONDICIÓN CIVIL

CAPITULO PRIMERO

DEL EXTRANJERO Y DE SU CONDICIÓN CIVIL

Páginas.

CAPITULO II

DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EXTRANJERAS

Páginas.

PRÓLOGO

Muchas personas me acusan de italianista, extremando, sin gran pesar mio, las aficiones que siento y procuro difundir hacia aquel hermoso país y las obras de sus hijos predilectos.

Si estos mis amores son ciegos, extraviados y peligrosos, dígalo, entre otras pruebas, el afán con que, de veinte años á esta parte, hombres maduros y jóvenes estudiosos se procuran las obras que, sobre todos los ramos del saber humano, publican nuestros hermanos de raza; en cuyo trabajo de propaganda, no se achacará á inmodestia, si afirmo que me cabe gran parte. Dígalo el, en cierto modo, provechoso despego que se comienza á sentir hacia la dominación de la literatura francesa, único arsenal de donde los que, cuarenta años há, se tenian por más avisados, sacaron sus armas de enseñanza y de combate con gran desmerecimiento de la literatura patria en primer término, y del influjo necesario que la cultura universal debe ejercitar en todo tiempo y lugar.

El cambio, á mi ver, resulta plenamente justificado. Por causas múltiples que no debo examinar en este mo-

mento, la literatura jurídica francesa, para no salirme de la esfera de mi especial competencia, está, en su mayoría, como petrificada en cuanto al método y en cuanto á los principios, por tal modo que apenas si es posible registrar, de tiempo en tiempo, algún serio y fundamental adelanto.

Como si los legisladores de 1789 primero, los codificadores de principios de este siglo después, y la muchedumbre de insignes intérpretes que glosaron la obra legislativa del primer Imperio, hubiesen cerrado el ciclo del progreso, los trabajos jurídicos de nuestros vecinos hicieron un alto en su desarrollo, y cuantos se vienen sucediendo desde entonces, salvo algunos pocos muy estimables, parecen vaciados en los antiguos, y, en mucha parte, envejecidos moldes de aquellos ilustres jurisconsultos.

Líbreme Dios, al expresarme así, de dar al olvido, ni desconocer, el alto precio de sus obras. Siempre guardaré profundo respeto hacia los nombres de Pothier, Portalis, Merlín y tantos otros como figuran al frente de la escuela francesa. Pero, una vez producidas sus obras maestras, parece que el genio francés creyó preferible recrearse, tan sólo en sus producciones, sin reparar que la labor incesante del espíritu humano, la fiebre de toda inteligencia que siempre persigue un más allá, no se aquieta ni tranquiliza con la inmovilidad y el sosiego de la propia contemplación.

Otra causa, á mi ver, del desmerecimiento jurídico de la Francia, radica en la preocupación que sienten sus hijos por el propio sistema, fuera de cuyos moldes no hallan ambiente propicio, consumiéndose en un proteccionismo científico poco saludable. No critico, en absoluto, esta manera de patriotismo, honrosa para nuestros vecinos; pero digo que, extremada, conduce, en el orden intelectual, á un aislamiento nocivo, precursor de la indigencia y de la anemia.

Justo es, sin embargo, confesar que, de algún tiempo á esta parte, procuran un comercio más activo y general en materias de derecho, como se deja ver en los trabajos utilísimos y meritorios de la Sociedad de Legislación comparada, que ha venido á romper los antiguos moldes del atavismo francés.

De muy diverso modo vienen procediendo los italianos. Como el que más, ensalzan sus glorias y mantienen su tradición jurídica; no entienden, sin embargo, por valiosas que ellas sean, que resultan las únicas. Así es de ver cómo, á la par que el genio nacional no se da punto de reposo en sus creaciones, tampoco desdeñan el contingente intelectual de los demás países, y propagan con entusiasmo y sin celos las obras clásicas extranjeras, ora procedan de Alemania, de Francia ó de Inglaterra; por cuyo medio eficaz acrecientan el caudal científico, avaloran sus propios principios y tradiciones, y contribuyen, por modo evidente, á la generalización de la verdad, cuya patria es el mundo y cuyos horizontes se pierden en las inmensidades del espacio.

Si es ó no beneficiosa para la ciencia y para el progreso humano tan expléndida hospitalidad, lo dice la obra de mi ilustre amigo Pasquale Fiore, Profesor de la

Universidad de Nápoles, sobre *Derecho internacional privado*, cuya tercera edición ve la luz pública en estos momentos y sirve de original á la segunda traducción española, á cargo, como la primera, del infatigable García Moreno.

Con perfecta razón asegura el autor que ha rehecho la obra, y quien recuerde el contenido de las dos primeras ediciones casi idénticas, y pase la vista por lo hasta hoy publicado de la tercera, se persuadirá sin trabajo de que el profesor italiano no echa mano del recurso que algunos autores suelen emplear, de anunciar grandes variantes y correcciones que luego no aparecen en parte alguna.

No puedo señalar en este momento, porque sólo tengo algunos pliegos á la vista, comprensivos de los preliminares y de la parte general del Derecho civil internacional, cuántas y cuáles sean las variantes introducidas en la nueva edición. Pero con ser, por ahora, incompleta mi información, no creo equivocarme si aseguro que, con justicia, debe reputarse una obra nueva, á formar la cual han contribuído la experiencia profesional de muchos años y el copioso contingente literario que durante ellos se ha producido en los diversos países de Europa y América, fuentes unas y otras que, amén de los trabajos inapreciables del Instituto de Derecho internacional, utiliza el autor con atinado juicio, con meditada crítica y con laudable sinceridad, como cumple á todo amante de la verdad.

Por de pronto, el plan que se traza es mucho más

vasto que el anterior, pues aspira á comprender en una sola obra, bajo el epígrafe de *Autoridad extraterritorial de las leyes*, no sólo el llamado Derecho civil internacional, sino el mercantil, el penal y el judicial.

Todos ellos tienen en la labor de Fiore numerosos y útiles antecedentes. *Los efectos internacionales de las sentencias y de los actos en materia civil; la extraterritorialidad de las sentencias en el orden penal; el Derecho penal internacional* (traducido al español por la *Revista de Legislación*), y *La quiebra según el Derecho internacional*, muestran que la obra comprensiva y generalizadora que ahora acomete es el fruto de trabajos preparatorios recibidos con aplauso por el mundo científico, siendo de esperar que todas las materias resultarán debidamente ampliadas, la comercial sobre todo, que, en Derecho internacional, no parece deba ya quedar reducida á los dos institutos de las quiebras y de la letra de cambio, únicos tratados hasta el presente por el autor, sino que requiere grandes ampliaciones en cuanto á sociedades comerciales, transportes, propiedad y respecto de naves, hipoteca marítima y otros muchos puntos por demás interesantes que encarnan en la esencia del fenómeno comercio.

Pero, en la imposibilidad de dar cuenta de toda la obra porque no ha llegado á mis manos, me proponía demostrar que el autor había escrito una obra casi nueva, aun reducida á la materia civil, y que en esta reciente producción de su infatigable espíritu brillaba, entre otras, el mérito de la sinceridad.

Sirva de ejemplo, por lo que hace al método, la nueva y más acertada división que introduce estableciendo los preliminares, á los cuales sigue como una síntesis en la parte general, casi toda ella nueva, en donde consigna los principios directores de la materia, sentados como están los de la ciencia en dos de los capítulos preliminares: el primero y el quinto, que se refieren al concepto del Derecho internacional privado y á los principios fundamentales del sistema, siendo de notar, por lo que hace al orden de colocación de los capítulos preliminares, que el autor acoge benévolamente una observación de método consignada en el prólogo de la anterior edición española.

La parte general que, como decimos, puede considerarse casi toda ella nueva, comprende en varios capítulos, bajo un punto de vista general, la ley personal, la de familia, la real, la de sucesión, la de formas de los actos y las de orden público, amén de un estudio que pudiéramos llamar relativo á la promulgación de la ley extranjera que deba ser aplicada.

Paréceme, y lo aplaudo, influido el autor en esta cuestión de método por la tendencia muy marcada ya en Italia, á sustituir los trabajos de exégesis y la antigua división histórica del derecho, con el orden sistemático que ha prevalecido en Alemania, del cual ofrecen modelos muy dignos de estima los tratados de Pandectas de Arndts y Windischeid, entre otros, y el *Curso sistemático de Derecho privado austriaco*, de Unger. En este punto, considero que la obra de Fiore ha ganado mucho para la pública estimación.

Hemos dicho que advertimos, en la reducida lectura de algunos pliegos de la obra, gran sinceridad y deseo de acierto en el autor. Sirva de ejemplo, entre otros que podríamos citar, el cambio de opinión respecto á los límites de la autoridad de cada ley, punto por todo extremo capital é interesante y de cuya solución dependen muchos problemas de derecho internacional privado.

Sostiene Savigny, contra la añeja doctrina de la territorialidad exclusiva de las leyes, fundada, aunque otra cosa parezca, en la idea patrimonial aplicada al régimen de los Estados, y sustentada como principio de derecho internacional por Fœlix, Rocco y Story, la necesidad de admitir una comunidad de derecho entre las naciones, para determinar y resolver los conflictos, según la índole y esencia de la relación jurídica, y sin tener para nada en cuenta los límites territoriales de los respectivos Estados.

Si no en absoluto, parecía muy inclinado Fiore á esta respetabilísima opinión, declarando paladinamente que admitía la dirección marcada por el jurisconsulto alemán y en sus profundas ideas se inspiraba; con lo cual, como que se alejaba algún tanto de la escuela novísima italiana, en la que prepondera con cierto exclusivismo el principio de la nacionalidad. Ya en el prólogo de la primera edición española se hizo notar esta especie de desviación del profesor Fiore.

No ha persistido, sin embargo, en este camino. «Como ya hemos declarado en la primera edición de nuestra obra sobre el Derecho internacional privado, hemos

seguido la dirección dada por Savigny, cuando dimos principio á nuestras investigaciones. Después de estudios concienzudos (*Preliminares*, cap. IV, página 102), nos hemos convencido de que para resolver el problema, es necesario determinar los límites de la autoridad de cada ley en cuanto al espacio, y precisar cuándo debe ser territorial y cuándo extraterritorial la eficacia de cada precepto imperativo; y nos complacemos en consignar, que la mayoría de los jurisconsultos contemporáneos admite que la aplicación de las leyes extranjeras ha de regirse por principios generales de derecho, y considerarse como un deber obligatorio de justicia internacional, no sólo reconocer y respetar los derechos del extranjero, sino también el de abstenerse de determinar por las leyes propias aquellas relaciones jurídicas que, por racional competencia, deben regirse por leyes extranjeras. Mancini, Laurent, Brocher, Asser y casi todos los miembros del Instituto de Derecho internacional están ya de acuerdo respecto á la dirección de la ciencia.»

Reconozco de buen grado, con Fiore, que la tendencia de los escritores modernos se endereza por tal camino, pero mis dudas se fundan, en primer lugar, en las mismas divergencias de esos mismos escritores que, conformes, á lo que parece, en el punto de partida, difieren cuando se trata del principio general según el cual deberá resolverse acerca de la admisión ó la no admisión de la autoridad de las leyes extranjeras en el territorio; y, en segundo lugar, de la dificultad de determinar el poder que genere la ley ó la regla por donde se ha de regir la

relación jurídica. En cuyo sentido, pienso que la opinión de Savigny ideando como una especie de Consejo anfictiónico de las naciones que resuelva, según los casos, podría ser más aplicable y práctica que el sistema de determinación previa de la ley,—la fórmula del Pretor,—salvo el de la existencia de un Código internacional que disiparía toda duda y alejaría la mayor parte de los conflictos.

Todavía convendrá pensar si el modo ideado por los modernos jurisconsultos á cuya opinión se inclina Fiore, como hemos visto, contradice la idea verdaderamente objetiva de Savigny, para el cual la forma del derecho, como que nace y deriva del derecho mismo, en cuyo sentido esa esencia de la relación jurídica que pasa como protipo y regla no podría nunca resultar desconocida ó negada por una regla puramente formal que, en tal caso, resultaría injusta.

Todo lo cual pone muy en claro, que, no obstante los muchos progresos del Derecho internacional y á pesar de las legítimas y generosas aspiraciones de cuantos lo cultivan, dista mucho la realidad presente de los ideales que la ciencia vislumbra. Hoy por hoy, la ausencia de todo elemento coactivo, excepción hecha de la guerra, reduce la vida del Derecho internacional privado á una relación casi exclusivamente voluntaria, cuya realización es por demás contingente y arbitraria. Pasará mucho tiempo antes que los intereses egoistas nacionales sean vencidos por la idea superior del derecho humano y universal.

Sea de esto lo que quiera, la cuestión recordada por vía de ejemplo, justifica, según me proponía, el mérito de Fiore como investigador sincero de la verdad, á la cual rinde tributo en su conciencia, alejando todo sentimiento de amor propio y desechando toda tenacidad injustificada.

Lamento no haber tenido á la vista, al escribir estas breves páginas, la obra entera de mi ilustre amigo, para ofrecer al público español una reseña completa de su contenido.

Por fortuna, no es menester, para otorgarle el aprecio que, de seguro, alcanzará, semejante estímulo, pues cuantos conocen la anterior traducción, hoy agotada, han podido apreciar los méritos de la obra y deben confiar en que la nueva los superará en alto grado. Antes de ahora la única fuente de conocimiento en estos estudios, asequible á la generalidad del público, era la obra de Fœlix que, en más de una ocasión, ha contribuído á resolver problemas en la práctica judicial. La de Fiore, no cabe dudarlo, abre nuevos horizontes á tan importante rama del derecho, y servirá de auxiliar á los unos, de regla á los otros, de estímulo á muchos.

Establecidos, de poco tiempo á esta parte, los estudios de Derecho internacional privado en nuestras Universidades, entre tanto que los Profesores preparan trabajos didácticos que sirvan de guía á sus discípulos, como el emprendido con acierto por el Sr. Torres Campos, el libro de Fiore lo tengo como texto apropiado de los estudios en su parte general, y siempre obra útil de consulta

para quienes deseen profundizar la materia, á lo cual convidan las necesidades modernas, la universalización de relaciones entre los Estados, los adelantos del comercio y las tendencias, cada día más enérgicas, á la unificación de las relaciones jurídicas, sin excepción de tiempos ni de lugares.

Termino estos brevísimos apuntes enviando á mi cariñoso amigo Pascuale Fiore cordial felicitación, esperando, concluída que sea la obra, ofrecerle más amplio testimonio del singular aprecio con que miro sus trabajos científicos.

VICENTE ROMERO Y GIRÓN.

Madrid, Enero de 1888.

PRÓLOGO DEL AUTOR

(SEGUNDA EDICIÓN)

> «El extranjero no es ya un enemigo como en la antigüedad, un siervo como en la Edad Media, *un aubana (aubain)* como en el siglo pasado; es un huésped á quien se reconocen todos los derechos civiles y á quien se dispensa una amistosa acogida.»
>
> LABOULAYE.

El estudio del Derecho internacional privado y público se va generalizando más cada día, y compensando las fatigas del escritor que con predilección se dedica á esta rama de la ciencia jurídica. Los grandes acontecimientos políticos y las calamitosas y recientes guerras sostenidas en Europa y América, muestran cuán imperfecto es todavía el Derecho internacional, y cuán necesario resolver las cuestiones suscitadas, y establecer reglas ciertas, claras y precisas para determinar los derechos y los deberes de los Estados y de los extranjeros.

Únese á esto, que la industria y el comercio van aproximando los intereses de todos los pueblos. Antes, á dos leguas de su aldea, era el hombre extranjero; hoy, habiéndose convertido la tierra en patria común á todos, se considera cada individuo ciudadano del mundo. El Universo se va transformando en un taller inmenso, en el que, dividido el trabajo, cada pueblo hace aquello á que la naturaleza le inclina, y para lo que le ayuda, y utiliza lo que los demás

producen, realizando una ganancia y disfrutándolo. De aquí que todos trabajen para introducir en todo el mundo la misma moneda, las mismas pesas, las mismas medidas, las mismas leyes postales y telegráficas y los mismos usos marítimos. El comercio nos aproxima á todos según se va extendiendo. Con razón, pues, pronunció Gladstone esta famosa sentencia: «Las naves que van de unas á otras naciones, se parecen á la lanzadera del tejedor, y van tejiendo lazos de amistad y de concordia entre los pueblos.»

En este rápido movimiento de nuestro tiempo se transforma la vida jurídica de los Estados, como al concluir la Edad Media ciertos hechos no menos trascendentales transformaron la vida jurídica de los municipios. Entonces conservaron éstos su personalidad, pero sin oponerse á la unidad del Estado; hoy son los Estados los que comienzan á relacionarse más íntimamente para formar la gran sociedad humana.

Cada Estado se reconoce como un organismo independiente, una personalidad que quiere ante todo libertad y autonomía, pero reconoce también que no puede reducir su actividad á los límites del territorio nacional, siente la necesidad de un derecho común y de una verdadera sociedad de derecho: *Ubi societas, ibi jus.*

Consecuencia de este trabajo secreto, pero incesante, será la paz, por más que no puedan evitarse todas las guerras. Y nos atrevemos á esperarlo así, porque, por una parte, vemos unirse y auxiliarse los publicistas y los hombres de Estado para ordenar las relaciones entre los pueblos, y por otra, los industriales, comerciantes y todos los hombres dedicados al trabajo, asustados por los estragos de la guerra, piden que se provea de un modo menos ruinoso y más humano á defender los derechos de los Estados.

¿Quién puede prever el resultado del gran movimiento científico y político de nuestra época, que va transformando la *sociedad de hecho* existente entre los Estados, en una verdadera *sociedad de derecho*? Este noble propósito no debe considerarse como un sueño. No se trata de obtener una

verdadera igualdad entre las naciones, como pensaba el abate de Saint-Pierre, ni de deshacer y rehacer de nuevo la carta de Europa con arreglo á cualquiera de los infinitos planes que surgen constantemente en la mente de los hombres, ni, por último, de impedir para siempre y en todos los casos que pueda recurrirse al empleo de la fuerza y á los horrores de los combates; se intenta únicamente determinar el modo cómo los Estados independientes pueden someterse á ciertas leyes comunes, consignando con exactitud los derechos y los deberes de cada cual, así como los principios de la ciencia, aceptados por medio de tratados solemnes, se convierten en leyes positivas perfectas.

Es un error manifiesto confundir estas aspiraciones de los hombres doctos con las antiguas utopías; pero es peor desesperar del éxito. La ciencia, que en los asuntos relativos á toda sociedad bien ordenada, como la familia, el municipio y el Estado, da la fórmula para las leyes y Códigos, ¿había de ser impotente cuando, por el bien de todos, se trata de unir entre sí los pueblos?

Nadie osará sostener que fué un trabajo inútil el que hizo en Inglaterra la *Asociación nacional de la ciencia social;* y en Francia la *Alianza universal del orden y de la civilización*, cuando la una, en Octubre de 1866, eligió en Manchester un comité para estudiar un proyecto de Código internacional, y la otra, en Junio de 1872, invitó á los publicistas de Europa y América á aunar sus esfuerzos y sus estudios para que el Derecho internacional no carezca de las leyes y disposiciones convenientes.

De este modo tendremos la obra colectiva y más fecunda de muchos ingenios, donde antes no hemos tenido más que investigaciones aisladas sobre determinados asuntos, y éstas llevadas á cabo por individuos particulares. No ignoramos ni ocultaremos que á todos se anticipó un compatriota nuestro, el genovés Paroldo (1), al que siguieron Petrus-

(1) *Progetto di un Codice di Diritto internazionale.*

heverz (1), Lieber (2), Bluntschli (3), Field (4); hasta los más autorizados jurisconsultos de Europa y de América, Burril, Bluntschli, Field, Lawrence, Lorimer, Mancini, Sclopis, Woolsey y otros, entre los que se hallan el benemérito Rolin-Jaequemyns y Mills, que con gran acierto y con una actividad infatigable cumplió en Europa el encargo que le habia dado la *Sociedad americana de la Paz*, procuraron y supieron reunir sus trabajos para llegar á la solución del gran problema (5).

Es, pues, digna de particular estudio la cuestión de saber cómo pueden resolverse de un modo uniforme los conflictos entre las diversas legislaciones civiles y criminales, y cómo habrá de ordenarse esta importantísima parte del Derecho internacional; esto es, el civil ó privado. Se ha desarrollado con tal rapidez el movimiento de los hombres y de las cosas, que de no existir un acuerdo ó ley será gravísimo el daño que sobrevendrá al comercio y á todos los actos de la vida civil; pues en medio de diversidad tanta, nadie está seguro de la ley que debe seguir ni del Código que pueda protegerlo.

---

(1) *Precis d'un Code du Droit internationale.*
(2) *Istruction pour les armées en campagne.*
(3) *Droit des gens Codifié.*
(4) *Draft outlines of an international Code.*
(5) La idea de una conferencia entre los jurisconsultos y publicistas de todos los países corresponde á Lieber, que la manifestó antes de su muerte á Rolin-Jaequemyns y á Moynier, que había dirigido una carta al redactor jefe de la *Revue de Droit international*. Bluntschli apoyó después la idea de organizar un Instituto permanente ó academia de Derecho internacional. Cómo Rolin-Jaequemyns, alentado por respetables jurisconsultos y publicistas había desplegado gran celo para reunir la conferencia de Gante, es bien conocido á cuantos han asistido ó han seguido con interés este acontecimiento. También Mills, secretario de la Sociedad americana de la Paz, enviado expresamente á Europa para promover una conferencia, contribuyó mucho á este resultado.—(Véase *Rev. de Droit intern.*, 1873, pág. 667.)

De que este derecho privado puede tener reglas generales, podrá convencerse fácilmente todo aquel que se haya fijado en las tentativas que se han llevado á cabo. Podemos decir con orgullo que nuestras leyes son de ello un buen ejemplo. Reconocen la autoridad de la ley personal del extranjero, y ordenan su aplicación allí donde no se halle en oposición con nuestro derecho público; equiparan la condición del extranjero á la del ciudadano en el ejercicio de los derechos civiles sin ninguna condición de reciprocidad. Pero no basta esto. En 1867 propuso nuestro Gobierno al de Francia, al de la Alemania del Norte, al de Bélgica y á los demás Estados civilizados la estipulación de un tratado internacional que estableciese reglas comunes y recíprocamente obligatorias, como se hizo en otro tiempo para la abolición del *albinagio* y de la trata de negros. La proposición, aceptada en principio por el Gobierno francés, merced á las solícitas gestiones del ilustre diputado Mancini (al que se confió el encargo de ultimar las negociaciones) halló aun más favorable acogida de parte de los Gobiernos de Alemania y de Bélgica, y se habrían llevado á feliz término los acuerdos, con gran beneficio de la civilización, si los acontecimientos de Mentana no hubiesen suspendido las negociaciones.

Cuando están, por decirlo así, en proyecto tantos estudios y reformas, no debo variar mucho este libro, impreso ya en 1869, y que ahora reproduzco; bastará sólo con que le agregue las noticias necesarias, á reserva de revisarlo y corregirlo cuando disponga de más tiempo y de mejores elementos. El fundamento de todo el sistema son los principios de la moderna escuela italiana sancionados en nuestra legislación. Todavía no ha tenido lugar una discusión sobre la totalidad del sistema, tan distinto del de los demás países, pero no carecería de oportunidad á juicio nuestro.

Una de las tres cuestiones que deben discutirse por el Instituto de Derecho internacional fundado en Gante, está formulada en estos términos: «Utilidad de hacer obligatorias para todos los Estados, bajo la forma de uno ó de mu-

chos tratados internacionales, cierto número de reglas generales de Derecho internacional privado, para asegurar la uniforme resolución de los conflictos entre las diversas legislaciones civiles y penales»; respecto de cuyo tema formulará el dictamen de la ponencia nuestro compatriota Mancini. Estamos seguros de que éste, que ha defendido en la cátedra y en sus escritos los principios consignados en el Código civil italiano, en el que tomó una parte tan importante, y á quien puede llamarse con razón el fundador de la moderna escuela italiana, procederá como sabio jurisconsulto y orador elocuentísimo al sostener todo el sistema de Derecho internacional privado sancionado por nuestros legisladores. No puede dudarse que la discusión será provechosa, si se tiene en cuenta que forman la Comisión los más eminentes publicistas y jurisconsultos modernos que se han dedicado á este estudio especial, tales como Asser, Blach-Lawrenze, Bluntschli, Massé y Westlake.

Agréguese á esto, que habiendo invitado recientemente el Sr. Mancini (1) al Gobierno en la Cámara de Diputados á favorecer y promover la formación de un Código de Derecho internacional, ha aceptado la invitación el Ministro de Relaciones exteriores, y se comprenderá con cuánta razón esperamos que se puedan ver y gozar pronto los frutos de estos esfuerzos.

Pasquale Fiore.

(1) Véase el *discurso y proposición* del diputado Manchini en la Cámara.—(Sesión de 24 de Noviembre de 1873.)

PRÓLOGO DE LA TERCERA EDICIÓN

La segunda edición de mi obra sobre el Derecho internacional privado fué, en realidad, una mera reproducción de la primera, publicada por mí en Florencia en 1869, agregándole únicamente un apéndice con diferentes disposiciones relativas á la materia. Diversas circunstancias me han impedido revisar y rehacer hasta hoy dicha obra, escrita en los primeros años de mi carrera profesional en la Universidad de Pisa. Cuando la escribí era escaso el número de obras publicadas sobre esta materia en Francia y en Italia. En la primera de estas naciones disfrutaba aun las primicias el libro de Foelix, y entre nosotros, el trabajo más importante de aquel tiempo era el de Nicolás Rocco, publicado con el título de *Tratado de Derecho civil internacional*.

Estoy convencido de que el buen éxito de dicha obra mia en Francia, donde fué traducida por Pradier-Fodéré en 1875, y en España, en donde lo fué también por García Moreno en el año 1878, debe atribuirse únicamente á la escasez de tratados de verdadera importancia relativos á esta materia, como los que después se han publicado. En Inglaterra y en América no faltaban obras de indiscutible mérito, bastando recordar las clásicas de Livermore, *Dissertations on the contrariety of laws;* de Burge, *Conmentaries on Colonial and Foreign laws;* la del jurisconsulto americano Story, *On the conflict of laws*, que es todavía una de las más importantes por la profundidad de su doctrina y por la vasta erudición que en ella manifies-

ta, y la de Phillimore, *Comentaries upon international law*. En Alemania y en Austria circulaban ya, entre otras, la obra de Schæffner y la de Savigny; pero en Francia, donde existe tanta riqueza en obras jurídicas, se había estudiado esta materia especial por muy pocas personas después de Foelix, pudiendo citar sólo á Massé, Demangeat y algún otro.

En estos últimos años, y con motivo del prodigioso desarrollo del comercio y de la industria internacional, se ha extendido mucho el estudio de esta rama del derecho. Los jurisconsultos de todos los países han hecho profundas investigaciones acerca de las cuestiones relativas á los conflictos de las leyes de los diversos Estados, siendo muchas y de gran mérito las obras publicadas sobre esta materia; tanto, que puede con razón decirse que en estos últimos tiempos ha adquirido esta parte de la enciclopedia jurídica una capital importancia. No sólo pueden citarse muchas y eruditas monografías sobre diversos puntos especiales, sino obras completas y de primera fuerza, entre las cuales citaremos las publicadas: en Alemania, por Bar, *Das internationale privat und Strafrecht;* en Inglaterra, por Westlake, *Treatis on private international law;* en América, por Wharton, *On the conflict of laws*, y por W. Beach—Lawrence, *Commentaires sur les elements du Droit international*, de Wheaton; en Bélgica, por Laurent, *Droit civil international;* en Suiza, por Brocher, *Cours de Droit international privé;* en Francia, por Barde, *Theorie traditionelle des statuts;* por Durand, *Essay de Droit international privé;* por Despagnet, *Precis de Droit international privé;* en Holanda, por Asser, *Elements de Droit international privé;* en España, por Manuel Torres Campos, *Principios de Derecho internacional privado;* y en Italia, por Lomonaco, *Trattato di diritto civile internazionale.*

Habiendo podido sacar gran provecho, además de la enseñanza dada en los años transcurridos, en las Universidades de Pisa y de Turin, y más aun de los profundos estudios hechos por los jurisconsultos contemporáneos de todos los

países y de las discusiones verdaderamente importantes habidas en las reuniones celebradas por los miembros del Instituto de Derecho internacional, he ampliado el campo de mis estudios y de mis conocimientos, y al publicar esta edición he sentido la necesidad de rehacer completamente la obra ya publicada, y ampliar su concepto tratando en partes y tomos separados las cuestiones que se refieren á la materia civil, á la comercial, al procedimiento y á las sentencias y al derecho penal.

Cada parte de las mencionadas formará un tratado especial independiente de los demás, que (si me lo permiten mis fuerzas y Dios mediante) espero terminar con los respectivos títulos de.

Derecho civil internacional;

Derecho comercial internacional;

Derecho judicial internacional; y

Derecho penal internacional.

Cuyas partes reunidas formarán el completo desenvolvimiento de un pensamiento único, esto es, el de consignar la AUTORIDAD EXTRATERRITORIAL DE LAS LEYES.

La parte que ahora me propongo publicar es el tratado de la *Autoridad extraterritorial de las leyes civiles.*

Pasquale Fiore.

Nápoles, Julio de 1887.

PRELIMINARES

Concepto y objeto del Derecho internacional privado.

CAPITULO PRIMERO

1. La diversidad de las leyes es un hecho necesario.—**2.** Triple modo según el cual puede el individuo considerarse sujeto á la ley.—**3.** Definición de la ciencia.—**4.** Justifícase el título del tratado.—**5.** Fundamento de la ciencia y su desarrollo.—**6.** Utilidad de los tratados.

1. El derecho positivo, en cuanto regula todas las relaciones entre las personas sujetas á la autoridad de la ley, sigue en su desarrollo constante y progresivo determinadas reglas, á las cuales se halla también sujeta la actividad humana.

Desarróllase ésta bajo las circunstancias de tiempo y de lugar, que son naturalmente diversas, y recibe sus influencias; de donde resulta que las leyes que regulan su desenvolvimiento deben ser diferentes en los distintos países. Esta diversidad es un hecho natural y necesario:

Natural, porque la legislación de cada Estado debe ser la más exacta expresión de las necesidades especiales de cada pueblo, teniendo en cuenta el estado actual de su cultura, su grado de civilización, y el conjunto de las circunstancias históricas en que el pueblo se halla en cada época. Por consiguiente, debiendo ser cada sistema de leyes la expresión del bien relativo, esto es, de aquello que puede ser más conveniente en determinadas circunstancias de lugar y tiempo, es evidente que las instituciones jurídicas deben ser distintas en los diversos países;

Necesario, porque el progreso de la legislación es condición indispensable para la vida del derecho positivo, es lo que hace

variable el derecho dentro de cada Estado, y que sea absolutamente distinto en los diversos países.

La uniformidad de legislación, que algunos han considerado como la forma del perfeccionamiento civil, es una aspiración verdaderamente irrealizable (*a*). Únicamente puede esperarse

(*a*) En la edición anterior, al hacer Mr. Fiore esta afirmación sin previas consideraciones ni detalles, sosteniendo además que las tentativas hechas y cuantas se intenten en adelante, han sido y serán infructuosas é inútiles, decía en una nota, en la edición francesa de la obra, el ilustrado escritor Mr. Pradié Fœderé:

«La imposibilidad de que habla el autor no es quizá tan absoluta como quiere suponer. Es cierto que habrá siempre diferencias más ó menos grandes entre las legislaciones civiles de los pueblos, pero solamente en lo concerniente á las disposiciones legales que se desprenden lógicamente de la diferencia de costumbres y de clima. Hasta las costumbres son susceptibles de modificarse y de uniformarse. No hay más que consultar la historia para reconocer que se ha formado á través de las edades una base de legislación uniforme, que se ha ido extendiendo sucesivamente desde la antigüedad hasta nuestros tiempos, habiendo contribuído á este resultado la filosofía antigua, el Cristianismo, el Derecho romano, la Revolución francesa, y, en nuestros días, el comercio. ¿Quién duda que hay entre todas las legislaciones cristianas principios comunes que, bajo cierto aspecto, han uniformado las leyes civiles de todos los países cristianos? Pues qué, ¿el Derecho romano no es el fundamento de todas las legislaciones de Europa? Los Códigos franceses, hijos de la Revolución de 1789, ¿no han servido de modelo á las legislaciones de un gran número de Estados europeos? Y en los tiempos modernos, las relaciones cada vez más estrechas de las naciones entre sí, ¿no han multiplicado los tratados internacionales que han generalizado ciertos principios de derecho privado? El espíritu de democracia y de reforma social, que va penetrando en las sociedades modernas y que tarde ó temprano recogerá sus frutos, se encargará de llevar á cabo la obra que el señor Fiore considera como irrealizable.»

A lo cual añadía como una especie de explicación en una segunda nota puesta á la edición castellana, un eminente jurisconsulto español, muy conocedor, y muy amante además, de las tendencias de los escritores italianos y de las instituciones de aquel pueblo:

«Aunque las generosas observaciones de Mr. Fœderé nos parezcan atinadas y admisibles, es preciso no olvidar el alcance y sentido de las palabras del autor. Fiore, como la mayoría de sus compatriotas, realzan, por motivos é intereses históricos, la idea de la nacionalidad, y le conceden una importancia quizá excesiva. Tal vez por este medio reavivan la idea de la patria italiana y protestan contra las injusticias históricas que durante siglos desgarraron su nacionalidad. Toda su literatura jurídica moderna está saturada de esa misma idea. Mancini, en su lección inaugural del curso de 1851, la toma como fundamento del derecho de gentes; Casanova, en su *Curso de Derecho internacional*, propugna la misma idea; Pierantoni, en el *Tratado de Derecho constitucional*, concebido con miras altísimas, la defiende con entusiasmo; Fiore, en fin, como puede verse más adelante, hace derivar de ella los principios que informan su sistema.

Por dignas y respetables que sean estas opiniones, no podemos compartirlas. Sin negar la personalidad independiente de las naciones, creemos, sin embargo, que por encima de ella y sobre el principio territorial que de la misma deriva y en ella se inspira, está el derecho colectivo de la humanidad, la *comunidad de derecho entre los diferentes pueblos* (Savigny, tomo VIII, pág. 30, traducción de Guenoux); *El derecho universal que regirá las relaciones de interés privado entre los pueblos* (Laurent *Principios de derecho civil*, tomo I, pág. 211); el *summum vinculum* de Lactancio (*De inst. div.* IV, 10). Y en verdad que todo el proceso reciente del Derecho internacional se alimenta de esta idea, que sin duda alguna se abrirá paso por entre la multitud de obstáculos tradicionales y de intereses egoistas que la combaten. El mismo Fiore, con una feliz inconsecuencia, la ensalza y antepone al principio de nacionalidad que antes acepta.»

Las consideraciones y aclaraciones que hace el autor en la presente refundición de la obra, son, á juicio nuestro, suficientes para colocar la cuestión en su verdadero terreno. No se trata aquí de los principios fundamentales del derecho como ideal eterno á que han de dirigirse siempre las aspiraciones de los hombres, sino del derecho positivo realizado en cada caso, según las circunstancias y las necesidades y aspiraciones de los pueblos; y en tal concepto, tiene razón Mr. Fiore: la uniformidad de las legislaciones es una verdadera utopía.—(N. DEL T.)

que la base y el fundamento de las legislaciones de aquellos Estados que se hallan al mismo nivel de civilización y cultura esté siempre más conforme con los principios comunes de la justicia

y del derecho natural; pero es imposible que puedan tener leyes uniformes Estados que vivan una vida propia, con propias tradiciones, usos y costumbres, y en condiciones geográficas, etnográficas, morales y políticas distintas.

2. Debe notarse además que el individuo puede considerarse sometido á la ley bajo un triple aspecto. «De tres maneras, dice Hercio, están sometidos los hombres á las autoridades soberanas: por razón de su persona, por razón de sus bienes, por razón de sus actos» (1). La ley, en efecto, determina primeramente el estado y las calificaciones de la persona, su condición y su capacidad jurídicas; establece, en segundo lugar, cuáles son los derechos de que es capaz el individuo en sus relaciones con las cosas, encargándose de regularizar su ejercicio; y determina, por último, cuáles son los actos del individuo que tienen valor jurídico, estableciendo las condiciones necesarias para que estos actos se conviertan en tales. El hombre está, pues, sometido á la ley por su persona, por sus bienes y por sus actos.

Pudiendo el individuo ejercitar su actividad fuera de los límites de su propia nación, puede ser considerado como sometido á diversas leyes bajo diferentes aspectos. Supongamos, en efecto, que un individuo se establece en territorio extranjero, en donde llega á adquirir bienes, y que después, en otra nación dispone de ellos, ya por donación entre vivos, ya por última voluntad; resultará de aquí que ese individuo se encontrará en relación con diversas leyes bajo un aspecto diferente. ¿Cuál será, en este caso, la ley que deberá regir cada relación jurídica? ¿Qué razones se aducirán en cada uno de estos casos para decidir si debe aplicarse con preferencia la ley de la patria, la del lugar en que radican los bienes, ó la de la nación en que se hallaba el dueño de éstos cuando dispuso de ellos?

3. La ciencia que establece los principios que deben determinar la ley que ha de aplicarse para regular las relaciones recíprocas entre súbditos de Estados diferentes, ó que deben regir las relaciones y los actos jurídicos, que se desarrollan ó se

(1) *De collisione legum*, sect. IV, p. 4.

han verificado en el territorio sujeto al dominio de otra soberanía, se ha llamado ciencia del *derecho internacional privado (a)*:

(a) Consideramos oportuno hacer algunas indicaciones acerca del concepto que del Derecho internacional tienen los principales tratadistas, según el punto de vista bajo que lo consideran, y al efecto vamos á transcribir en extracto las definiciones que de esta rama de la ciencia jurídica han dado, ya en general, ya con relación á uno de sus aspectos, á saber:

«El conjunto de reglas que presiden á la aplicación de tal ó cual ley á una relación jurídica determinada.» Holtzendorf, *Enciklopaedie der Rechtswissenschaft*, última edición.

«El conjunto de hechos y de principios *reconocidos* que reunen los diversos Estados en asociación jurídica y humanitaria y que aseguran además al ciudadano la protección común para los derechos generales que resultan de su cualidad de hombre.» Bluntschli, *Código de Derecho internacional*, art. 1.°

«El conjunto de principios que rigen las relaciones de los Estados entre sí.» Bluntschli, *obra citada, Introducción.*

«El conjunto de reglas destinadas á dirigir las relaciones de los Estados y determinar las leyes y usos aplicables á las relaciones de derecho privado nacidas bajo leyes ó usos de diferentes Estados.» Alcorta, *Curso de Derecho internacional público*, tomo I, pág. 19.

«El conjunto de reglas según las cuales se juzgan los conflictos entre las leyes civiles ó criminales de diversos países (Derecho internacional privado);» y «el conjunto de principios que regulan las relaciones de nación á nación (público).» Weaton, *Elementos de Derecho internacional*, tomo I.

«El conjunto de principios admitidos por las naciones civilizadas é independientes para arreglar las relaciones que existen ó pueden nacer entre aquéllas, y para decidir los conflictos entre las leyes y usos diversos por que se rigen.» Foelix, *Traité du Droit internationel privé*, tomo I.

«El conjunto de aquellas reglas según las cuales debe juzgarse el conflicto de las legislaciones civiles de Estados diferentes.» Schaefner, *Derecho privado internacional*, § 1.°

«La ciencia del Derecho internacional privado tiene por objeto establecer las reglas según las cuales deben resolverse las cuestiones relativas á los conflictos entre las leyes civiles y penales de diversos Estados.» Esperson, *Il principio de nacionalitá applicato alle relazioni civili internazionali*, pág. 9.

y del derecho natural; pero es imposible que puedan tener leyes uniformes Estados que vivan una vida propia, con propias tradiciones, usos y costumbres, y en condiciones geográficas, etnográficas, morales y políticas distintas.

2. Debe notarse además que el individuo puede considerarse sometido á la ley bajo un triple aspecto. «De tres maneras, dice Hercio, están sometidos los hombres á las autoridades soberanas: por razón de su persona, por razón de sus bienes, por razón de sus actos» (1). La ley, en efecto, determina primeramente el estado y las calificaciones de la persona, su condición y su capacidad jurídicas; establece, en segundo lugar, cuáles son los derechos de que es capaz el individuo en sus relaciones con las cosas, encargándose de regularizar su ejercicio; y determina, por último, cuáles son los actos del individuo que tienen valor jurídico, estableciendo las condiciones necesarias para que estos actos se conviertan en tales. El hombre está, pues, sometido á la ley por su persona, por sus bienes y por sus actos.

Pudiendo el individuo ejercitar su actividad fuera de los límites de su propia nación, puede ser considerado como sometido á diversas leyes bajo diferentes aspectos. Supongamos, en efecto, que un individuo se establece en territorio extranjero, en donde llega á adquirir bienes, y que después, en otra nación dispone de ellos, ya por donación entre vivos, ya por última voluntad; resultará de aquí que ese individuo se encontrará en relación con diversas leyes bajo un aspecto diferente. ¿Cuál será, en este caso, la ley que deberá regir cada relación jurídica? ¿Qué razones se aducirán en cada uno de estos casos para decidir si debe aplicarse con preferencia la ley de la patria, la del lugar en que radican los bienes, ó la de la nación en que se hallaba el dueño de éstos cuando dispuso de ellos?

3. La ciencia que establece los principios que deben determinar la ley que ha de aplicarse para regular las relaciones recíprocas entre súbditos de Estados diferentes, ó que deben regir las relaciones y los actos jurídicos, que se desarrollan ó se

(1) *De collisione legum*, sect. IV, p. 4.

han verificado en el territorio sujeto al dominio de otra soberanía, se ha llamado ciencia del *derecho internacional privado (a)*:

(a) Consideramos oportuno hacer algunas indicaciones acerca del concepto que del Derecho internacional tienen los principales tratadistas, según el punto de vista bajo que lo consideran, y al efecto vamos á transcribir en extracto las definiciones que de esta rama de la ciencia jurídica han dado, ya en general, ya con relación á uno de sus aspectos, á saber:

«El conjunto de reglas que presiden á la aplicación de tal ó cual ley á una relación jurídica determinada.» Holtzendorf, *Enciklopaedie der Rechtswissenschaft*, última edición.

«El conjunto de hechos y de principios *reconocidos* que reunen los diversos Estados en asociación jurídica y humanitaria y que aseguran además al ciudadano la protección común para los derechos generales que resultan de su cualidad de hombre.» Bluntschli, *Código de Derecho internacional*, art. 1.°

«El conjunto de principios que rigen las relaciones de los Estados entre sí.» Bluntschli, *obra citada, Introducción.*

«El conjunto de reglas destinadas á dirigir las relaciones de los Estados y determinar las leyes y usos aplicables á las relaciones de derecho privado nacidas bajo leyes ó usos de diferentes Estados.» Alcorta, *Curso de Derecho internacional público*, tomo I, pág. 19.

«El conjunto de reglas según las cuales se juzgan los conflictos entre las leyes civiles ó criminales de diversos países (Derecho internacional privado);» y «el conjunto de principios que regulan las relaciones de nación á nación (público).» Weaton, *Elementos de Derecho internacional*, tomo I.

«El conjunto de principios admitidos por las naciones civilizadas é independientes para arreglar las relaciones que existen ó pueden nacer entre aquéllas, y para decidir los conflictos entre las leyes y usos diversos por que se rigen.» Foelix, *Traité du Droit internationel privé*, tomo I.

«El conjunto de aquellas reglas según las cuales debe juzgarse el conflicto de las legislaciones civiles de Estados diferentes.» Schaefner, *Derecho privado internacional*, § 1.°

«La ciencia del Derecho internacional privado tiene por objeto establecer las reglas según las cuales deben resolverse las cuestiones relativas á los conflictos entre las leyes civiles y penales de diversos Estados.» Esperson, *Il principio de nacionalitá applicato alle relazioni civili internazionali*, pág. 9.

otros la designan con el título de *Teoría de los conflictos entre las leyes* (1).

4. No habiendo juzgado oportuno conservar el título más comunmente adoptado, lo hemos sustituido con éste, que nos ha parecido más exacto: *Teoría de la autoridad extraterritorial de las leyes.*

Los demás títulos empleados no expresan, á juicio nuestro, adecuada y completamente el concepto de la ciencia.

El más común, el de *derecho internacional privado*, no puede comprender el *derecho penal internacional*, ni las demás partes que se relacionan con el derecho público más bien que con el derecho privado.

El título *conflicto entre las leyes*, no es exacto; primero, porque el concurso de leyes que hagan imposible el conflicto es el hecho que se presupone, y que hace necesaria la ciencia que su-

---

«El Derecho internacional privado versa sobre la colisión de las leyes tanto civiles como penales.» Lomonaco, *Trattato di Diritto civile internazionale*, pág. 5.

«El Derecho internacional privado debe prevenir ó resolver de un modo conveniente los conflictos que puedan surgir entre las legislaciones que emanan de diferentes soberanías.» Brocher, *Nouveau traité du Droit international privé*, § 3.°

«Derecho privado internacional es el conjunto de disposiciones ó principios inducidos por la observación ó deducidos de la naturaleza de las relaciones jurídicas civiles y comerciales entre ciudadanos sujetos á diferentes reglas de derecho—*de un mismo Estado* ó de Estados diversos—que tienen por objeto regir y desarrollar este género de relaciones, y determinar y hacer respetar la competencia de derecho en la aplicación de las leyes para evitar y resolver los conflictos, etc.» *Int. ao estudo do Direito privado internacional*, § 6.°—(N. DEL T.)

(1) Huber intitula su tratado *De conflictu legum*. El mismo título adoptaron Hert, Story, Wharton, Waechter y otros muchos. Voet adoptó el título *De concursu legum*. La más comunmente empleada es la denominación de *Derecho internacional privado*. Otros adoptaron ambos títulos, como ha hecho recientemente Asser, que denomina á su obra *Elements de Droit international privé*. Laurent emplea el título *Droit civil international*, que antes habían adoptado Rocco y otros.

ministra las reglas para resolver aquellos conflictos. Debería, pues, decirse en todo caso: *principios ó teoría para resolver los conflictos entre las leyes.* Observamos, además, que ni aun este título sería adecuado, porque los conflictos entre las leyes surgen también en el interior de cada Estado, á consecuencia de los cambios introducidos en la legislación vigente, y del concurso de las leyes nuevas y de las antiguas. También haremos notar que, en el estado actual de las cosas, los conflictos nacen porque no está bien determinado cuál deba ser la autoridad que haya de aplicar cada ley fuera del territorio en que impere el soberano que haya promulgado la mencionada ley. Si esto estuviese bien establecido desaparecerían los conflictos, puesto que, determinados los límites de la autoridad de cada ley, cada relación jurídica debería estar regida por la ley anteriormente determinada.

Ahora bien: es evidente que el objeto de la ciencia debe ser el de determinar la autoridad extraterritorial de cada ley; esto es, el indagar y establecer, con arreglo á los principios del derecho, si la autoridad, la fuerza y la eficacia de todo precepto imperativo sancionado por cada legislador debe terminar en las fronteras del Estado en que se ha dictado, ó si debe extenderse en ciertos casos al territorio sujeto á otra soberanía; y en el supuesto de que deba admitirse la autoridad extraterritorial de la ley, precisar los límites dentro de los cuales puede aquélla ser admitida. Establecido cuál sea entre las leyes de los diversos países que pueden regular la misma relación jurídica la que, bajo aquella relación determinada, debe prevalecer, esto es, la ley que, según la naturaleza de las cosas, tiene autoridad como regla jurídica de la relación misma, es evidente que desaparecerá todo conflicto como consecuencia de la autoridad aceptada ó reconocida de cada ley.

El título de *Autoridad extraterritorial de las leyes*, puede aplicarse evidentemente á todos los ramos de la legislación positiva, no sólo á la materia civil, comercial y judicial, y por tanto, á todo lo concerniente á las pruebas, á las sentencias y al valor y autoridad de las mismas, sino también á la materia penal y á la correspondiente al derecho público. El problema que se im-

pone es siempre el mismo, á saber: el de determinar los límites territoriales de la autoridad de cada ley. El título adoptado por nosotros no excluye, antes bien incluye las subdivisiones, pudiendo con razón subdividirse según las diversas materias, y tratar con separación de la autoridad extraterritorial de las leyes civiles, de las comerciales, de las que se refieren al procedimiento judicial y á las leyes penales, sin confundir una materia con otra, como sucedería si se adoptase el título de Laurent, *Derecho civil internacional*, pues no podría comprender la materia comercial *(a)* y otras, ó si se adoptara el de *Derecho internacional privado*, y se tratasen juntas todas las materias sin la distinción suficiente.

Agreguemos, por último, que el referido título se presta á hacer de nuestra ciencia una cosa especial y muy distinta del derecho privado y del público. No podemos seguir en esto la opinión de Laurent, que dice que el Derecho internacional privado es una rama del público (1), ni la de aquellos que pretenden desconocer las relaciones entre nuestra ciencia y la del Derecho internacional ó de gentes, considerando que la disposición que motiva el conflicto es una disposición de derecho privado. Sostenemos que nuestra ciencia debe utilizar los principios del Derecho internacional público en cuanto sea necesario para determinar con arreglo á los mismos hasta qué punto puede y debe la soberanía territorial admitir la aplicación de las leyes de otro Estado. Debe aprovechar los principios del derecho privado para defender con arreglo al mismo los derechos de las personas á que aquéllos correspondan, aun cuando hayan nacido bajo el imperio de leyes de Estados diversos, ó tengan por objeto bienes existentes en distintos países.

(a) Esta afirmación nos parece demasiado absoluta, pues teniendo en cuenta que el Derecho comercial tiene los mismos fundamentos que el Derecho civil, lo consideran muchos autores, y entre ellos Montesquieu, como una parte de este derecho.

No desconocemos que las tendencias de los legisladores modernos se inclinan á considerar el comercial como una rama del Derecho en general, al lado del Derecho civil, del penal, etc., formando las leyes comerciales un derecho excepcional, un Código completamente aparte de los civiles; pero reconocen siempre «que el Derecho privado común es la base ó la parte general de los derechos privados especiales, entre los que se halla el mercantil,» como dice el sabio jurisconsulto autor de la *Exposición de motivos* del proyecto que sirvió de base al nuevo Código de Comercio español. (Véase la segunda edici n manual hecha por la Redacción de la *Revista de los Tribunales*, pág. 43.)

(1) Laurent, *Droit civil international*, tomo I, introducción.

Por lo demás, esto no modifica la esencia de la cosa, esto es, que nuestra ciencia es por sí misma una disciplina.

5. No falta quien haya suscitado dudas respecto de la existencia del Derecho internacional privado; pero hoy no se consideran en general dichas dudas como verdaderamente fundadas. Es cierto que en las legislaciones positivas, exceptuadas algunas, faltan las reglas jurídicas relativas á la autoridad y fuerza de las leyes extranjeras. En muchos Estados se rige esta materia por tratados, y no faltan reputados escritores que han considerado la aplicación de las leyes extranjeras fundada exclusivamente en la *comitas gentium*. Por lo demás, esto no varía la esencia de la cosa ni puede conducir á sostener racionalmente que no existan principios acerca de la autoridad territorial ó extraterritorial de las leyes.

Del mismo modo que existen principios y reglas para determinar la autoridad de la ley nueva en concurrencia con la antigua, así existen también principios y reglas para determinar y fijar el límite de la autoridad de la ley de cada Estado en concurrencia con la de los demás.

Lo que no podemos negar es que todavía no existe una gran uniformidad de miras entre los jurisconsultos de los diversos países respecto de dichos principios, lo cual hace que la ciencia aun no se halle constituída de una manera concreta y segura. Debe, sin embargo, esperarse que no tardará en establecerse el acuerdo entre los científicos, puesto que se deja sentir cada vez con más fuerza la necesidad, á consecuencia del continuo y creciente desarrollo de la actividad humana en territorios sujetos á distintas soberanías, y de las relaciones entre los ciudadanos y los extranjeros, que en la actualidad forman una parte considerable de la población de cada Estado.

Facilitarán seguramente el acuerdo entre los hombres de ciencia sus reuniones en los Congresos, entre los que tienen gran importancia los convocados por el Instituto de Derecho internacional, que ha emprendido la plausible tarea de excitar á los jurisconsultos de todos los países á estudiar y discutir en común respecto de las reglas para resolver los conflictos entre las leyes.

6. A la definitiva resolución del problema sólo se llegará cuando los Estados se hayan puesto de acuerdo, estipulando en un tratado general las reglas relativas á la autoridad territorial y extraterritorial de las leyes; y de este modo se establecerá entre los mismos un derecho común y se podrá obtener la uniformidad de la jurisprudencia internacional para resolver los respectivos conflictos de las legislaciones (1).

A esto debe tender nuestra ciencia. La mayor parte de los Estados civilizados han aceptado ya ciertos principios comunes, tales como los relativos á la forma de los actos, á la capacidad jurídica de las personas, etc., y se puede esperar con razón que, en un tiempo más ó menos lejano, serán aceptados los demás principios que la ciencia demuestre que son los mejores para resolver los conflictos que surgir puedan entre las leyes de los diversos Estados.

---

(1) En su excelente tratado, *Sistema del Derecho romano actual*, ha puesto de relieve Savigny la idea de la comunión jurídica para resolver de un modo uniforme los conflictos entre las legislaciones.

Entre los Códigos modernos corresponde al Código italiano la iniciativa para reducir á sistema los principios generales del Derecho internacional privado.

Háse reconocido la necesidad de un tratado general sobre esta materia por el Instituto de Derecho internacional, que lo ha hecho objeto especial de estudio y ha designado una comisión para estudiar el tema siguiente: «Utilidad de hacer obligatorias para todos los Estados, bajo la forma de uno ó de varios tratados internacionales, cierto número de reglas generales de Derecho internacional privado, para asegurar la uniforme decisión de los conflictos entre las diversas legislaciones civiles y penales.»

CAPITULO II

Breve exposición histórica acerca de la condición de los extranjeros.

7. Gran diferencia entre la condición de los extranjeros en los tiempos antiguos y en los modernos.—**8.** Rigores de la legislación romana respecto de los extranjeros.—**9.** Templanza de las máximas del derecho estricto.—**10.** Condición de los extranjeros en la Edad Media.—**11.** Derecho de aubana ó albinagio.—**12.** Legislación francesa.—**13.** Legislación inglesa —**14.** La Iglesia y la Revolución francesa.—**15.** Código de Napoleón (artículos 11,776 y 912).—**16.** Condición de los extranjeros en Inglaterra en los tiempos modernos.—**17.** Disposiciones análogas de la legislación italiana.—**18.** Condición de los extranjeros en los demás Estados.

7. En los tiempos que hemos alcanzado, en que los pueblos están unidos entre sí por la civilización y el comercio, y en que el interés mismo de los Estados aconseja que no se excluya á los extranjeros, difícilmente podemos explicarnos que antiguamente fuesen mirados con recelo, tolerándolos apenas, rechazándolos con frecuencia, recargándolos de impuestos y considerándolos como si estuviesen fuera del derecho común.

Cuando Alejandro Magno proclamó, en un edicto célebre, que todos los hombres honrados, cualquiera que fuese su procedencia y origen, debían ser mirados como hermanos, y que sólo los criminales eran extranjeros, incurrió en un glorioso anacronismo, pues Grecia estuvo muy lejos de aceptar en su legislación ese noble principio.

Los atenienses, que se honraban con tener el templo de la Piedad para recibir á los extranjeros, fijaban para su residencia un barrio especial, en el que estaban como encarcelados, obligándoles á pagar el tributo anual de 12 dracmas, y vendiendo, cual si fuesen esclavos, á los que se negaban á pagarlos (1).

---

(1) Bacquet, *Droit d'aubaine*, cap. III, núm. 22.

Facilitarán seguramente el acuerdo entre los hombres de ciencia sus reuniones en los Congresos, entre los que tienen gran importancia los convocados por el Instituto de Derecho internacional, que ha emprendido la plausible tarea de excitar á los jurisconsultos de todos los países á estudiar y discutir en común respecto de las reglas para resolver los conflictos entre las leyes.

6. A la definitiva resolución del problema sólo se llegará cuando los Estados se hayan puesto de acuerdo, estipulando en un tratado general las reglas relativas á la autoridad territorial y extraterritorial de las leyes; y de este modo se establecerá entre los mismos un derecho común y se podrá obtener la uniformidad de la jurisprudencia internacional para resolver los respectivos conflictos de las legislaciones (1).

A esto debe tender nuestra ciencia. La mayor parte de los Estados civilizados han aceptado ya ciertos principios comunes, tales como los relativos á la forma de los actos, á la capacidad jurídica de las personas, etc., y se puede esperar con razón que, en un tiempo más ó menos lejano, serán aceptados los demás principios que la ciencia demuestre que son los mejores para resolver los conflictos que surgir puedan entre las leyes de los diversos Estados.

---

(1) En su excelente tratado, *Sistema del Derecho romano actual*, ha puesto de relieve Savigny la idea de la comunión jurídica para resolver de un modo uniforme los conflictos entre las legislaciones.

Entre los Códigos modernos corresponde al Código italiano la iniciativa para reducir á sistema los principios generales del Derecho internacional privado.

Háse reconocido la necesidad de un tratado general sobre esta materia por el Instituto de Derecho internacional, que lo ha hecho objeto especial de estudio y ha designado una comisión para estudiar el tema siguiente: «Utilidad de hacer obligatorias para todos los Estados, bajo la forma de uno ó de varios tratados internacionales, cierto número de reglas generales de Derecho internacional privado, para asegurar la uniforme decisión de los conflictos entre las diversas legislaciones civiles y penales.»

CAPITULO II

Breve exposición histórica acerca de la condición de los extranjeros.

7. Gran diferencia entre la condición de los extranjeros en los tiempos antiguos y en los modernos.—**8.** Rigores de la legislación romana respecto de los extranjeros.—**9.** Templanza de las máximas del derecho estricto.—**10.** Condición de los extranjeros en la Edad Media.—**11.** Derecho de aubana ó albinagio.—**12.** Legislación francesa.—**13.** Legislación inglesa —**14.** La Iglesia y la Revolución francesa.—**15.** Código de Napoleón (artículos 11,776 y 912).—**16.** Condición de los extranjeros en Inglaterra en los tiempos modernos.—**17.** Disposiciones análogas de la legislación italiana.—**18.** Condición de los extranjeros en los demás Estados.

7. En los tiempos que hemos alcanzado, en que los pueblos están unidos entre sí por la civilización y el comercio, y en que el interés mismo de los Estados aconseja que no se excluya á los extranjeros, difícilmente podemos explicarnos que antiguamente fuesen mirados con recelo, tolerándolos apenas, rechazándolos con frecuencia, recargándolos de impuestos y considerándolos como si estuviesen fuera del derecho común.

Cuando Alejandro Magno proclamó, en un edicto célebre, que todos los hombres honrados, cualquiera que fuese su procedencia y origen, debían ser mirados como hermanos, y que sólo los criminales eran extranjeros, incurrió en un glorioso anacronismo, pues Grecia estuvo muy lejos de aceptar en su legislación ese noble principio.

Los atenienses, que se honraban con tener el templo de la Piedad para recibir á los extranjeros, fijaban para su residencia un barrio especial, en el que estaban como encarcelados, obligándoles á pagar el tributo anual de 12 dracmas, y vendiendo, cual si fuesen esclavos, á los que se negaban á pagarlos (1).

---

(1) Bacquet, *Droit d'aubaine*, cap. III, núm. 22.

En Esparta se prohibía á los extranjeros la entrada en la ciudad por temor de que corrompiesen sus severas costumbres.

8. La misma Roma, que, en cuanto á la gobernación de los pueblos se elevó al más alto grado de civilización y de grandeza, no fué en manera alguna benévola con los extranjeros. El *Derecho civil* había formado en Roma un círculo estrecho, en el cual no podían entrar aquéllos. El derecho quiritario, las sabias fórmulas de las acciones de la ley, el pleno poder atribuído á la *mancipación*, cuyas fórmulas sacramentales no podían suplirse sino por la *usucapión*, las solemnidades de los testamentos y el conjunto del procedimiento, revelan las instituciones de un pueblo poco dispuesto á compartir sus privilegios con los demás (1). Solamente para los ciudadanos de Roma aparece el pretor urbano en su silla curul; para ellos solamente escribe todos los años en el *album* su edicto, y á ellos están reservados los privilegios de que goza en cualquier punto en que se encuentre el ciudadano de Roma.

La inferioridad de los extranjeros no se manifestaba tan sólo en los honores, como por ejemplo, en la prohibición de vestir la toga, de usar un prenomen y otras distinciones semejantes; la legislación romana, negando á los extranjeros el *jus quiritium* y el *derecho de ciudad*, los despojaba, no sólo del derecho de censo y de sufragio en los comicios populares, lo mismo que de los honores y de los derechos políticos, sino también del derecho de *connubium* y de patria potestad, del derecho de ser patrono, la propiedad quiritaria, la *usucapion* y la testamentifacción activa y pasiva (2).

En las leyes de las Doce Tablas se designa varias veces á los extranjeros con el nombre de *enemigos*, lo cual justificaba, hasta cierto punto, el gran cuidado con que los vigilaba el Gobierno y

(1) *Mancipatio locum habet intercives romanos et latinos colonarios eosque peregrinos quibus commercium datum est.»* Ulpiano, *Fragm.*, tít. XIX, § 4.º

(2) Sigonius, *De antiquo jure civ. roman.*

la facultad que se tomaba de expulsarlos de la ciudad cuantas veces lo aconsejaba la razón de Estado ó la carestía, como sucedió á propuesta de Junio Penno, de Papio Celso y de otros. El orador romano vituperaba esta costumbre declarándola inhumana: «Prohibir la residencia en la ciudad á los extranjeros es ciertamente inhumano» (1).

Para obtener justicia no era permitido á los extranjeros presentarse ante el Magistrado que la administraba á los ciudadanos romanos. Los que gozaban del *jus connubii* y del *jus commercii* eran juzgados según las leyes romanas; los demás, si pertenecían á una de las naciones con quienes Roma tenía tratados, podían obtener justicia de un Magistrado llamado *prætor peregrinus*, porque casi siempre ventilaba las desavenencias de los extranjeros (2). Estos eran juzgados según el *Derecho de gentes*, y como estaba admitido que cada pueblo podía apropiarse las personas y las cosas del enemigo que caían en sus manos, considerándose como enemigos todos aquellos con quienes no había tratado, pacto ó alianza, del mismo modo se admitía también un derecho de *postliminium* en tiempo de paz. *In pace quoque postliminium datum est; nam si cum gente aliquâ neque amicitiam, neque hospitium, neque fœdus amicitiæ causâ factum habemus, hi hostes quidem non sunt; quod autem ex nostro ad eos pervenit illorum fit et liber homo noster ab eis captus servus fit et eorum. Idemque est si ab illis ad nos aliquid perveniat. Hoc quoque igitur casu postliminium datum est* (3).

9. Por más que aparezca de lo que llevamos dicho cuán grande fué la severidad de la legislación romana respecto á los extranjeros; por más que en las leyes de las Doce Tablas se haya escrito: *Adversus hostem æterna auctoritas sto*, principio tan rigurosamente interpretado en otros tiempos y cuya verdadera significación es hoy conocida, debemos observar, sin embargo, que poco á poco fué templándose el rigor de la ley por la generosidad del

(1) Cicerón, *De offic.*, lib. III, cap. XI.

(2) Dig., *De origine juris*, lib. II, § 28.

(3) Dig , *De captivis*, etc , 1, V., § 2.º, 49, 15.

pueblo y por la interpretación de la misma ley. Así es que los extranjeros no tenían en Roma la *testamentifacción* activa ni pasiva: *Deditiorum numero heres institui non potest, quia peregrinus est, cum quo testamenti factio non est* (1); mas por la institución de los fideicomisos se logró admitirlos á la sucesión contra lo dispuesto por la ley. Observamos también, según lo que refiere Cicerón, que los extranjeros podían aproximarse mucho á la condición de los ciudadanos, poniéndose bajo el patronato y la clientela de un romano: *Mortuo peregrino bona aut tamquam vacantia in fiscum cogebatur, aut privatæ adquirebantur si peregrinus ad aliquem veluti patronum adplicuisset eique clientelam dedisset; tunc enim, illo mortuo, patronus jure adplicationis in istius peregrini bona succedebat* (2).

Como una especie de templanza al rigor de la ley que atribuía á los romanos la propiedad de las cosas de los extranjeros, cuando caían en su poder, podemos citar las leyes humanitarias sobre los naufragios, hechas para reprimir la codicia de los habitantes de las costas, y la moderación, digna de elogio, del fisco: *Si quando naufragio navis expulsa fuerit ad litus, vel si quando aliquam terram attigerit, ad dominos pertineat. Fiscus meus sese non interponat. Quod enim jus habet fiscus in alienâ calamitate ut de re tam luctuosâ compendium sectetur?* (3).

Posteriormente, cuando Roma sintió la necesidad de atraerse á los pueblos vencidos, les concedió algunos de los privilegios reservados á los ciudadanos romanos, y la severidad contra los extranjeros fué mitigada según las condiciones de las naciones sometidas; y es importante observar aquí de qué modo los diferentes derechos, que eran al principio privilegio exclusivo del ciudadano de Roma, fueron, con una graduación metódica y una hábil economía, distribuídos entre los diferentes pueblos. A los unos se les concedió el *jus connubii;* creóse para otros el *jus italicum*, y para los demás el derecho del Lacio, dividiendo los ex-

(1) Ulpiano, *Fragm.*, XX, § 2.°
(2) Cicerón, *De orat.*, lib. I.
(3) Cod., 1, 1, *De naufragiis.*

tranjeros en *italianos provinciales* y *latinos*. Diferente era el modo según el cual se aplicaba el derecho á los pueblos de Italia, del Lacio ó de las provincias, y diverso también el derecho de los mismos pueblos, ya latinos, italianos ó provinciales, según su condición de municipios, de colonias ó de prefecturas. La primitiva dureza fué disminuyendo gradualmente, hasta el punto de que el derecho de ciudad fué concedido á algunos sin restricción, y se llegó á la Constitución de Caracalla, que confirió el mencionado derecho á todos los habitantes del Imperio: *In orbe romano qui sunt cives sunt Romani* (1).

Verdad es que cuando se considera la causa que determinó la Constitución de Caracalla, la admiración que puede causar á primera vista, por una disposición tan liberal, disminuye mucho. Según Dion Casio, Caracalla promulgó esta disposición solamente para aumentar el producto del impuesto sobre las herencias, y por esto debe considerarse como una medida verdaderamente fiscal. Desde que fué promulgada esta Constitución, sobre cuyo valor se ha discutido tanto, se vieron desaparecer los *latinos*, los *colonos* y los peregrinos que se hallaban en situación de ser ciudadanos romanos en la época de la susodicha promulgación; pero aun hubo *latinos junianos*, y se siguió considerando como peregrinos á los que sufrían una *capitis deminutio*, así como á los que, á causa de la conquista, fueron agregados al Imperio. Esto prueba que Caracalla se cuidó del presente, no del porvenir, y que no determinó la condición de los habitantes de las nuevas provincias que se agregaran después al Imperio. Quien suprimió todas las distinciones fué Justiniano, que declaró ciudadanos á todos los habitantes libres del Imperio, y después de él la *civitas* no volvió á ser un elemento del *status* (2).

Resulta de todo lo dicho que, si bien fué muy rigurosa la legislación romana respecto de los extranjeros, se fué dulcificando hacia los siglos IV y V de nuestra era, y en los primeros tiempos de la formación de los Estados modernos, la distinción entre ciu-

(1) Dig., *De statu hominum*, 1, 17.
(2) Demangeat, *Droit romain*, pág. 165.

dadano y extranjero tenía tan poca importancia en comparación de la que había tenido bajo la legislación romana, que no puede sostenerse de ningún modo que los derechos exorbitantes que fueron estableciéndose contra los extranjeros en tiempo de la invasión de los bárbaros hayan tenido su origen en el derecho romano.

10. En la Edad Media, época de ruda barbarie y de injustas violencias, la condición de los extranjeros fué sumamente triste. En algunos puntos, venían á ser esclavos del dueño de la tierra en que habían ido á establecerse; en otros, se había concedido el derecho de vida y muerte sobre los extranjeros, y generalmente no se les permitía la entrada en el territorio sino con onerosas condiciones, y se les obligaba á pagar gravosos impuestos que hacían difícil su permanencia (1). No nos detendremos á enumerar todos los excesos cometidos en perjuicio de los extranjeros; pero vamos á fijar nuestra atención en uno de ellos en particular, porque revela toda la barbarie de la legislación de los tiempos en la Edad Media contra los hombres venidos de fuera, es decir, sobre el derecho de *aubana* ó *albinagio (a)*.

Considerándose á los extranjeros fuera del derecho común, se les había quitado la facultad de hacer testamento, por lo cual los bienes pertenecientes á un individuo fallecido en un territorio que no era el de su país, eran declarados libres, y se devolvían, ya al

(1) Demangeat, *Condición de los extranjeros*, cap. I, núm. 6.° *Ley sálica*, tít. XLVIII, *De migrantibus*, § 1.°

(a) Aubana. Empleamos esta palabra extraña, porque si bien no ha adquirido carta de naturaleza entre nosotros, algunos de nuestros autores la usan. La *Enciclopedia de derecho y administración* (tomo V, pág. 346) la acepta; Escriche, en su *Diccionario de legislación*, la emplea á la vez que las de *albana* y *albinagio*; Bello, *Principios de derecho de gentes*, la traduce por *albanagio*; Riquelme, *Elementos de derecho público*, usa de la frase *advenia*; el Sr. Azcárate, en su *Programa de legislación comparada*, página 125, emplea también la palabra *albinagio*. Dudoso el origen etimológico de la palabra francesa *aubaine*, pero admitida ya en general por los tratadistas, consideramos preferible la equivalencia castellana que más se aproxima al original de que procede; por este motivo usaremos indistintamente las de *aubana* ó *albinagio*.— (N. DEL T.)

señor de la tierra, ya al fisco, aun con exclusión de los herederos legítimos. Hubo países en que prevaleció la inhospitalaria costumbre, en virtud de la cual sus habitantes se atribuyeron, *jure hospitii*, los bienes de los extranjeros fallecidos en su territorio. Esta monstruosa costumbre de considerar á los extranjeros incapacitados de heredar, la hallamos consignada en las leyes y en las capitulaciones de los bárbaros, y consideramos como más probable la opinión de los que pretenden que estos últimos la introdujeron cuando fueron á establecerse en los territorios conquistados después de la caída del Imperio (1). Según sus leyes, solamente los que tenían derecho á llevar las armas podían ser propietarios.

11. Desde el siglo X hallamos designado con el nombre de *aubana* el derecho de apropiarse los bienes de los extranjeros; derecho que, en los tiempos del feudalismo, fué ejercido por los señores feudales, quienes se apropiaban los bienes de los extranjeros fallecidos en sus dominios. Cuando más adelante la monarquía hubo sometido á los señores y apropiádose sus derechos, el de *albinagio* fué considerado como una prerrogativa de la corona y ejercido como un verdadero derecho de regalía hasta la época de la Revolución francesa y de sus nuevos Códigos.

No están acordes los autores acerca de la etimología de la palabra *aubain*, que servía para designar á los extranjeros. Sapey (2) dice que este vocablo provenía de que los extranjeros estaban empadronados en un *album*; sostienen otros que el nombre de *aubains*, que es peculiar de los escoceses, se generalizó para designar á todos los extranjeros (3); otros consideran esta palabra como derivativa de *alibi nati* (4), dándola otros distintas interpretaciones. Lo que hay de cierto es que, bajo la fórmula de *Droit de aubains*, *Derecho de aubana*, se han designado todos los derechos rigurosos que pesaban sobre los extranjeros, considerán-

(1) *Leyes de los Anglos*, tít. VI, § 5.°; *Leyes de los Lombardos*, libro III, tít. XLV.

(2) *Los extranjeros en Francia*, págs. 52 y sigs.

(3) Dragoumis, *De la condición del extranjero*, pág. 6.

(4) Demangeat, *lib. cit.*, págs. 66 y sigs.

dolos como derechos de regalía en la mayor parte de las naciones de Europa *(a)*.

Debemos observar también que algunos autores han supuesto erróneamente que este derecho emanaba de los griegos y de los romanos, como sostiene Bodín en su *Tratado de la República*. Se halla combatida esta opinión por el testimonio de Ulpiano, que dice que, en ciertos casos, se permitía testar á los extranjeros según las leyes de su patria; por el de Teófilo, que considera como una de las razones por las cuales debía admitirse el fideicomiso, la necesidad de templar el rigor de las leyes relativamente á los extranjeros, y el decreto de Adriano, que considera como tiránica la costumbre de su predecesor, de confiscar los muebles y demás efectos de los mercaderes extranjeros. Estos testimonios son suficientes para probar que no debe atribuirse al derecho romano el origen del derecho de *albinagio*. Los que deseen profundi-

---

(a) Pocos ó ningún dato preciso hallamos en las primeras compilaciones de España relativamente al derecho de *aubana*. La opinión de Escriche es muy terminante: «En España ni se ha impedido ni se impide á los extranjeros naturalizados ó no naturalizados disponer libremente de sus bienes por contrato entre vivos ó por última voluntad, ni tampoco se han confiscado ni confiscan los bienes de los intestados.» No parece muy conforme con esta opinión la de los escritores de la *Enciclopedia española de derecho y administración*, que se limitan á indicar que España ni fué la más extremada en este punto ni la última de las naciones que procuró aligerar estos onerosísimos derechos y aun abolirlos. En cuanto al derecho de testar, ya en el siglo XIII nuestras leyes del Fuero Real establecen preceptos justos, que guardan conformidad con los generalizados después en Europa á impulsos del progreso y la civilización. La ley 2.ª, tít. XXIV, libro IV de dicho Código, previene «que los romeros, quien quier que sean y donde quiera que vengan, puedan también en sanidad, como en enfermedad, facer manda de sus cosas según su voluntad, é nenguno no sea osado de embarazarle poco ni mucho;» y la ley 5.ª siguiente dice: «Si romeros muriesen sin manda, los alcaldes de la villa do murieren reciban sus bienes é cumplan de ellos lo que fuera menester á su enterramiento, é lo demás guárdenlo é fáganlo saber al rey.»—(N. DEL T.)

zar la materia deberán leer las obras de Bacquet, Denizart, Gaschon y Demangeat *(a)*.

12. Una de las naciones en que el derecho de *aubana* se aplicó en todo su rigor fué Francia, en donde los extranjeros estaban obligados á pagar cara la facultad que se les concedía de permanecer en el país. Inventáronse diversas formas de impuestos, que fueron rigurosamente aplicados á los extranjeros. No nos detendremos á examinarlas, pero haremos notar que éstos no podían obtener justicia sino prometiendo pagar los gastos de la sentencia; que no podían contraer matrimonio sin pagar un impuesto designado con el nombre de *Droit de formariage*. Todos los jefes de familia, casados ó viudos, estaban además obligados á pagar

---

(a) Como fuentes en lo que respecta á la legislación, competencia y derecho de los extranjeros, recomienda Pradier Fœderé las siguientes obras: Bonfil, *De la competencia de los Tribunales franceses respecto á los extranjeros en materia civil, comercial y criminal*; Dragoumis, *De la condición civil del extranjero en Francia*; Guillet (Aug.), *De la condición civil de los extranjeros en Roma y en Francia*; Say (E.), *De la posesión de los derechos civiles en beneficio de los extranjeros*; Legat, *Código de los extranjeros*; Lebaron, *El Código de los extranjeros ó Recopilación de las leyes y de la jurisprudencia inglesas concerniente á los extranjeros en el Reino Unido de la Gran Bretaña*; Lobé, *Guía de los derechos civiles y comerciales de los extranjeros en España*; Okey, *Derechos, privilegios y obligaciones de los extranjeros en la Gran Bretaña*; Westoby, *Resumen de la legislación inglesa en materia civil y comercial para el uso de los extranjeros*; Salinas, *Manual de los derechos civiles y comerciales de los franceses en España y de los extranjeros en general*; Sapey, *Los extranjeros en Francia bajo el antiguo y el nuevo derecho*; Schutzemberger, *Condición civil de los extranjeros en Francia*; Soloman, *Ensayo jurídico acerca de la condición de los extranjeros*. La segunda parte de la excelente obra de Mr. William-Beach-Lawrence, sobre Wheaton, comienza con un profundo estudio acerca de los derechos internacionales de la legislación civil y criminal y del conflicto de las leyes. Es lo último que se ha publicado sobre el *Derecho internacional privado*. Véase como complemento de estas indicaciones lo dicho por el autor en el último prólogo de esta obra, pág. 40.—(N. DEL T.)

un impuesto anual, el *Droit de chevage*, y cuando lo reclamaban las necesidades del Estado, estaban sometidos los extranjeros á impuestos extraordinarios y sumamente onerosos. Así fué que, por un edicto del mes de Septiembre de 1587, mandó Enrique III que todos los mercaderes extranjeros, sin excluir á los que estaban naturalizados, sacasen una cédula para residir en el reino, pagando un impuesto especial. Por una declaración de 29 de Enero de 1639, sometió Luis XIII á los extranjeros que residían y poseían bienes en el reino á un nuevo impuesto, y Luis XIV, por edictos sucesivos, impuso á los extranjeros naturalizados la obligación de hacer confirmar su carta de naturalización pagando otra.

Estas medidas rigurosas fueron á veces dulcificadas, pero solamente en favor de los mercaderes. Vemos, en efecto, que para animar á los italianos que comerciaban en los objetos de lujo y de arte, Felipe VI, en 1349, dispuso que: «Todas las compañías de mercaderes, especialmente los florentinos, los milaneses, los habitantes de Luca, los genoveses, los venecianos y los alemanes, si quieren comerciar y gozar de los privilegios del mercado, tendrán para sí y sus dependientes la facultad de residir en dichos mercados, sin tener por eso una estación fija en ningún punto de nuestro reino, á donde podrán venir libremente, permaneciendo en él y volviendo á marchar con sus mercancías y sus conductores sin ser detenidos por nuestras guardias.» Algún tiempo después Carlos VII concedió á la ciudad de Lyon tres ferias abiertas, y en el edicto de concesión declaró que todos los mercaderes que frecuentasen esas ferias estarían exentos, durante su viaje, su permanencia y su regreso, del *derecho de aubana*. Luis XI, por sus carta-patente del mes de Marzo de 1462, concedió una cuarta feria, declarando en el art. 9.° que se concedería á los extranjeros el poder testar y disponer de sus bienes conforme á sus deseos; que el testamento hecho durante la feria ó inmediatamente antes ó después, sería válido y tendría efecto como en la patria del testador; que si los forasteros fallecían durante la feria sin testamento, sus verdaderos herederos podrían sucederles según los usos, costumbres y estatutos de su patria como si la herencia hubiese tenido lugar en su país. Estas disposiciones fueron confirmadas luego por Carlos IX en sus cartas-patentes de 7 de Agosto de 1579 (1).

13. Las mismas medidas de rigor en perjuicio de los extranjeros hallamos adoptadas en Inglaterra, templadas también más adelante en favor de los mercaderes y en interés del comercio. Ningún extranjero podía efectivamente llegar á ser propietario de tierras, y si las adquiría en el reino eran restituídas al rey á título de *derecho de albinagio*. El primer acuerdo del Parlamento en este sentido se tomó en el reinado de Eduardo II, sometiendo todas las tierras de los normandos al derecho de *aubana* y declarando extranjero á todo individuo nacido bajo una soberanía extranjera. El estatuto 2.° del décimoséptimo año del reinado de este monarca, capítulo 12, se expresa de este modo: «El rey tomará á título de derecho de *albinagio* las tierras de los normandos, cualquiera que sea el feudo á que pertenezcan, salvo, sin embargo, los derechos correspondientes á los señores que tienen dominio sobre dichos feudos.» Hallamos también en Inglaterra numerosas restricciones impuestas á los extranjeros. Por el estatuto 9.° del primer año del reinado de Ricardo III se estableció que los comerciantes extranjeros deberían vender sus mercancías al por mayor y solamente en los primeros ocho meses desde su introducción en el reino, empleando su importe en adquisiciones de productos ingleses; que ningún extranjero pudiese vender ni comprar lana en el reino ni fabricar telas del mismo género; que tampoco podría tener oficio alguno ni ser sirviente. Los que quebrantaban semejantes disposiciones eran castigados con penas rigurosas. El estatuto 13 del vigésimo segundo año del reinado de Enrique VIII impedía á los extranjeros ejercer oficio alguno ó profesión, y Carlos II prohibió que se los emplease como agentes en las islas y colonias sometidas á S. M.

No obstante, como el comercio y el interés mercantil han sido siempre la principal mira de la nación inglesa, en su política, en

(1) Bacquet, *Derecho de albinagio*, cap. XIV.—Boerius, *Decis.* 13.—Demangeat, *De la condición de los extranjeros en Francia*, núm. 44.

sus instituciones y en sus relaciones internacionales, se hizo necesario que su legislación respondiese á las tendencias del pueblo inglés, y para fomentar el interés comercial y las transacciones, concediéronse, según las necesidades, algunas ventajas á los mercaderes extranjeros. Así es que hallamos, hacia los tiempos de Juan sin Tierra (1215), algunas disposiciones en favor de los mercadere (artículo 50), y las encontramos aun más numerosas en épocas posteriores, según las necesidades del comercio. Sin que las enumeremos todas, notaremos solamente que, en tiempo de Jorge II, en el vigésimosegundo año de su reinado, para fomentar la pesca de la ballena se promulgó un estatuto, por el cual se concedía la ciudadanía inglesa á todo extranjero que hubiese servido durante tres años en un buque inglés consagrado á esta pesca. Antiguamente la ciudadanía inglesa se confería por interés político. Así es que bajo el mismo Jorge II, en el décimotercio año de su reinado, para favorecer la emigración de los protestantes, que por ser objeto de vejaciones en Europa se refugiaban en las colonias inglesas, se publicó un estatuto por el que se confería la ciudadanía inglesa á todo extranjero que hubiese habitado en las colonias durante siete años. Bajo Jorge III, para favorecer la Sociedad de las Indias, que tenía necesidad de un empréstito, se concedió á los extranjeros el derecho de disfrutar de la hipoteca sobre los fundos libres ó enfitéuticos existentes en las Indias.

Todo esto revela el espíritu de la legislación inglesa y demuestra hasta la evidencia que en Inglaterra ha surgido el comercio con las mismas instituciones del país. Así es que, además de las disposiciones rigurosas relativas á los extranjeros dictadas por el interés comercial, hallamos en el quinto año del reinado de Jorge I el estatuto 27, por el cual se prohibe á los ingleses trasladar su industria y sus fábricas á país extranjero, bajo pena de perder su nacionalidad y de verse incapacitados de heredar y de recibir ningún legado en Inglaterra, si no regresaban á los seis meses contados desde el día en que recibieran aviso del Cónsul ó del Ministro inglés.

14. Las primeras tentativas para templar las disposiciones rigurosas contra los extranjeros fueron hechas por la Iglesia, la cual no podía conciliar los derechos inhumanos de *aubana* y de naufra-

gio con los preceptos de una religión enemiga de toda desigualdad entre los hombres; así fué que, en los lugares en que el derecho canónico tenía alguna autoridad, se templaron bastante los rigores contra los extranjeros. Otros paliativos vinieron á introducir la civilización, el progreso y la necesidad de ensanchar las relaciones con los de otra nación. Así fué como se hicieron los convenios diplomáticos basados en el sistema de reciprocidad, por los cuales se ha tratado de asegurar á sus propios súbditos residentes en país extranjero algunas ventajas, concediéndolas semejantes á los súbditos extranjeros que residen en el territorio del Estado.

Varios tratados se han celebrado para la abolición del derecho de *albinagio* con cláusula de reciprocidad; pero por este procedimiento se hubiera llegado muy tarde á una reforma radical de la legislación interior de los nuevos Estados, si la Revolución de 1789 no hubiera venido á modificar completamente las bases de todas las cuestiones sociales y políticas.

La Revolución francesa, que tuvo por objeto reivindicar los derechos del hombre por las reformas radicales que introdujo en todas las instituciones sociales y por las ideas filantrópicas con las cuales transformó el pasado, no podía conservar las barreras que tenían divididos á los pueblos. La Asamblea constituyente proclamó, en efecto, que el derecho de *albinagio* era contrario á los principios de fraternidad que debían unir á todos los hombres, cualesquiera que fuesen su país y su Gobierno; que este derecho, adoptado en los tiempos bárbaros, debía ser proscrito por un pueblo que había fundado su Constitución en el respeto á los derechos del hombre y del ciudadano, y que la Francia libre debía abrir sus puertas á todos los pueblos, invitándoles á venir á disfrutar, bajo un Gobierno libre, de los derechos sagrados é inviolables de la humanidad (1). El 6 de Agostro de 1790, formulando la Asamblea constituyente estos principios en disposiciones legislativas, decretó la abolición del derecho de *aubana* sin reciprocidad, y por un decreto subsiguiente, del 8 de Abril de 1791, los extranjeros, aun-

(1) Massé, *Droit comercial*, lib. II, tít. II cap. I, sec. 1.ª, § 1.º, el cual cita los motivos del decreto del 6 de Agosto de 1790.

que no residiesen en Francia, fueron admitidos á recoger la herencia de un francés. Encontramos, además, otras disposiciones generosas en favor de los extranjeros en la ley de 9 de Marzo de 1793.

15. Cuando al sistema republicano siguió un régimen monárquico con el nombre de Consulado, no pudieron triunfar las ideas cuerdamente liberales de la Constituyente respecto á los extranjeros. Dos sistemas podían seguirse en la redacción del Código civil: ó admitir á los extranjeros al goce completo de los derechos civiles sin reciprocidad, lo cual hubiera estado conforme con los principios de la equidad natural, ó consagrar el sistema de la reciprocidad, por el que se concedería á los extranjeros algunas ventajas bajo las bases de las relaciones diplomáticas existentes con la nación á que pertenecieran. Prevaleció este último sistema, y el art. 11 del Código civil establece que los extranjeros gozarán en Francia los mismos derechos civiles que los concedidos á los franceses por los tratados con la nación á que aquéllos pertenezcan.

Dicho artículo, por la forma indeterminada en que se halla redactado, abre ancho campo á lo arbitrario. Tal vez se adoptó esta fórmula para dar al primer Cónsul mayor fuerza ante las potencias extranjeras, pero no puede conciliarse con los progresos de la legislación de los tiempos modernos. Querer que dependa de los tratados el ejercicio de los derechos civiles de los extranjeros, es un principio de otros tiempos que hace incierto todo derecho de cualquier género que sea. Este principio subordina á consideraciones políticas exteriores, á las alianzas y amistades de los soberanos, la condición civil de una clase numerosa de individuos que podrían verse privados de sus derechos, si una circunstancia cualquiera venía á destruir la harmonía entre los soberanos. Nos complacemos en creer que no es este el espíritu de la ley, y que el legislador francés no podría aplicar el art. 11, que se halla en contradicción con los principios de la civilización moderna; pero no cabe duda en que la redacción del artículo es antiliberal, sobre todo teniendo en cuenta el valor significativo de las palabras *por los tratados*, y el sentido indeterminado de las otras palabras *derechos civiles*, por las cuales pueden entenderse todas las facultades reconocidas y sancionadas por la ley civil (1).

No queremos detenernos á comentar el art. 11; notaremos tan sólo que la interpretación que le han dado los jurisconsultos y la manera con que se ha aplicado, han hecho desaparecer los inconvenientes que envolvía su redacción. En efecto, interpretando benignamente las palabras, se ha venido á demostrar que el derecho de propiedad inmobiliaria y los derechos secundarios, que son su consecuencia, el derecho de comparecer personalmente en juicio, el derecho de contraer matrimonio, aunque sea con una francesa, y los demás derechos civiles pertenecen á los extranjeros independientemente de todo tratado; de suerte que la disposición del art. 11, que sería indeterminada no ateniéndose más que á la letra, ha sido solamente aplicada, por la manera con que se ha apreciado el espíritu de la legislación, á ciertos derechos expresamente negados por la ley francesa á los extranjeros por razón de reciprocidad, como por ejemplo, el derecho de presentarse en juicio como demandante sin prestar la fianza, *judicatum solvi;* el derecho de heredar *ab intestato* y de recibir por donación ó por testamento; la exclusión del beneficio de la cesión judicial *(a);* la sumisión de pleno derecho á la prisión por

---

(1) Locré, tomo II, pág. 113; Demangeat *ob. cit.*, núm. 56.

(a) En la citada traducción francesa, exponía Mr. P. Foderé la siguiente duda acerca de la interpretación de las palabras del texto primitivo: «*E di ricevere per donazione ó per testamento ad esclusione del beneficio della cesione giudiziaria...* Tal es el texto, cuyo sentido nos vemos precisados á confesar que nos parece suficientemente claro. ¿Ha querido decir el Sr. Fiore que los extranjeros no están admitidos por la ley civil al beneficio de la cesión de los bienes?» A estas indicaciones se contestaba en la edición castellana: «Las frases de Fiore no parecen suficientemente claras á M. P. Foderé, que de un modo dubitativo las aplica al beneficio de la cesión de bienes.» A nuestro juicio, el sentido de las palabras de Fiore se aplica en efecto á la cesión judicial de bienes, admitida por los artículos 1.266 y 1 268 del Código civil francés, á la cual se refiere el art. 898 del Código de procedimientos civiles, llamándola ya simplemente *cesión judicial*, frase que acaso sirvió á Fiore

deudas (1), queda, por consiguiente, establecido que el extranjero goza en Francia de todos los derechos civiles concedidos á los mismos, exceptuando sólo aquellos que les están expresamente negados por disposiciones especiales de las leyes.

Debemos, finalmente, observar que las disposiciones relativas á los derechos de herencia, disposiciones consignadas por los artículos 726 y 912 del Código de Napoleón, han sido modificadas por la ley de 14 de Julio de 1819. El art. 726 aplica textualmente la incapacidad general del art. 11 al derecho de recoger una herencia en Francia, y el art. 912 establece que no se puede de ninguna manera disponer en favor de un extranjero sino en el caso en que éste podría disponer en favor de un francés. Estos dos artículos reproducen bajo otra forma el derecho de *aubana* que se había querido proscribir (2), y, como observa Zacarías, por muy grande que sea la diferencia entre este derecho y el determinado por los susodichos artículos, no cabe duda, sin embargo, que han sido la consecuencia de la doctrina de la Edad Media. La ley de 1819 corrigió esta anomalía, declarando que los extranjeros pueden heredar, recibir y disponer en toda Francia como los franceses *(a)*, aun sin reciprocidad, excepto

---

para expresar el concepto, quizá impropio, pero en realidad tomada de la misma ley.

Mas esta exclusión de los extranjeros del beneficio de la cesión de bienes ó cesión judicial, parece que no tiene lugar cuando el extranjero obtuvo autorización para fijar su domicilio en Francia. Véanse Toullier, Pardessus, Pigeau, Berriat, Duranton y Favard. Según explicación que el autor nos ha dado por carta, tenía razón en interpretarlo así el anotador de la primera edición española, habiendo además una errata que, corregida en la edición presente, desaparece la oscuridad de que Mr. P. Foderé se quejaba.—(NOTA DEL T.)

(1) La ley de 10 de Septiembre de 1807 y la de 17 de Abril de 1832 sobre la prisión por deudas, suspendida por el decreto de 9 y 12 de Marzo de 1848, restablecida por la de 13 de Diciembre del mismo año, ha sido derogada por la de 22 de Julio de 1867.

(2) Zacarias, *Derecho civil francés*, tomo I, § 60.

(a) Conviene advertir que esta ley se propuso un fin exclusivamente utilitario y económico. En 1819 no se guiaron por los moti-

en el caso en que haya que compartir una misma herencia entre coherederos franceses y extranjeros, pues entonces los coherederos franceses pueden apartar de los bienes existentes en Francia una porción igual al valor de los que existen en país extranjero, de los cuales sean excluídos, bajo cualquier título, en virtud de las leyes ó de las costumbres locales.

Conviene notar, sin embargo, que ya se habían concedido en Francia á los extranjeros varios derechos por disposiciones especiales, de las que citaremos, entre otras: el decreto de 16 de Enero de 1808, que concede el derecho de adquirir acciones del Banco de Francia (art. 3.º); la ley de 21 de Abril de 1810, que les permite adquirir concesiones mineras; el decreto de 5 de Febrero de 1810, que concedió el derecho de propiedad literaria y el de invención, si hubiesen obtenido el privilegio; el decreto de 28 de Marzo de 1852, que castiga como delito la falsificación de obras extranjeras en Francia; la ley de 28 de Marzo de 1853; que los autorizó para colocar sus fondos en la Caja de ahorros, la de 5 de Julio de 1844, que les concede el derecho de obtener privilegios de invención en Francia; la de 23 de Junio de 1857, que asegura á las marcas de fábrica extranjeras la misma protección que á las francesas, etc.

También los Tribunales han reconocido á los extranjeros otros derechos de relativa importancia en beneficio de los mismos. Recordamos que los Tribunales de casación han resuelto que el extranjero establecido en Francia, aunque no esté naturalizado ni autorizado por el Gobierno para establecer allí su domicilio, tiene derecho al disfrute de los pastos y demás beneficios materiales en el municipio en que tiene su domicilio de hecho y es propietario de las tierras que cultiva (1).

---

vos de generosidad y de fraternidad universal que habían inspirado á la Constituyente. Las Cámaras de la restauración se propusieron sólo atraer los capitales extranjeros, dando á las personas que viniesen á establecerse en Francia ó adquiriesen bienes raíces la seguridad de transmitirlos libremente á sus parientes ó amigos, aun cuando fuesen extranjeros.—(N. DEL T.)

(1) Besançon, 25 de Junio de 1860, y Casación, 31 de Diciembre

En consecuencia de tales concesiones y amplias interpretaciones de la ley, hay razón para decir que la diferencia de la condición jurídica de los extranjeros y de los franceses es poco importante en lo concerniente á los derechos civiles.

16. Por lo que se refiere á la condición de los extranjeros en Inglaterra en los tiempos modernos, observaremos que esta parte de la legislación no ha sido metodizada ni regularizada hasta el reinado de la reina Victoria. Se hicieron algunos ensayos en tiempo de Jorge II, pero fueron infructuosos. Por vez primera, en 1843, presentó Mr. Hutt á la Cámara de los Comunes un *bill* para modificar la condición de los extranjeros y reformar la legislación en este punto. La Cámara de los Comunes juzgó esta proposición como demasiado liberal, y el *bill* fué desechado, manifestando, sin embargo, el deseo de revisar esta parte de la legislación y de disminuir los obstáculos para la naturalización, á cuyo fin, y á propuesta del mismo Mr. Hutt, se nombró una comisión para estudiar la parte de la legislación relativa á los extranjeros y para proponer las modificaciones oportunas. La comisión presentó su dictamen y sus proposiciones el 2 de Junio de 1843, y después de un largo debate la condición de los extranjeros fué determinada por el estatuto 7.° y 8.° Victoria, promulgado el 6 de Agosto de 1844, artículos 7.° y 8.°

Este estatuto modificó varias disposiciones y suprimió algunas; determinó las condiciones para obtener la naturalización y aceptó muchas de las proposiciones del comité, pero desechó la relativa á que los extranjeros pudiesen poseer bienes inmuebles en Inglaterra, capacidad que la política recelosa y poco motivada del Parlamento no quiso conceder (1).

---

de 1862. (C. de Trevillers, Dalloz, 1860, 20, 151; 1863, 1, 5: Metz, 25, 1.108, 63; Dalloz, 65, 2, 234.

(1) Le Baron, *El Código de los extranjeros ó Compilación de las leyes y de la jurisprudencia inglesas concerniente á los extranjeros.*—Westoby, *Resumen de la legislación inglesa.*

Los extranjeros sólo podían poseer en Inglaterra bienes muebles. En cuanto á los inmuebles, antes del *acta* de 1870, no podían ser propietarios de ellos por cuanto la corona tenía el derecho de

No nos detendremos en exponer todos los derechos positivos concedidos á los extranjeros por la moderna legislación inglesa; basta con haber consignado que la condición de los extranjeros ha sido legalmente establecida en 1844, durante el reinado de Victoria, y notablemente mejorado por el estatuto 11, cap. 20 Victoria; y por la ley de 1870, estatuto 33 y 34 Victoria, capítulo 14 *(Naturalization act.)* Dicha ley concede á los extranjeros la capacidad de adquirir propiedades inmuebles en el Reino Unido, y sólo les negó la facultad de hacerse propietarios de buques ingleses. Respecto de las colonias, dejó á los correspondientes poderes legislativos el cuidado de arreglar los derechos de los extranjeros para adquirir allí *latifondi.* Los extranjeros que adquieren propiedades territoriales en la Gran Bretaña no adquieren el derecho electoral ni para las elecciones políticas ni para las administrativas, ni pueden desempeñar ningún cargo público. Si llevasen más de diez años domiciliados en Inglaterra, se les concede aptitud legal para ser jurados; y si han de ser juzgados en materia criminal, no se les concede el jurado *de medietatæ linguæ* (1). Los modos de adquirir la ciudadanía inglesa ó de recobrarla una vez perdida, han sido regulados por principios más liberales, como diremos más adelante.

En otros países se nota la tendencia á hacer que desaparezca

---

reclamar todos los que adquiriesen; tampoco podían antiguamente tomar estos bienes por un contrato que durase más de veintiún años. La facultad de tomar, en virtud de contrato, bienes inmuebles, no ha sido concedida á los extranjeros hasta 1844. Por lo demás, gozan éstos de todos los demás derechos civiles, pudiendo ejercer cualquier comercio ó industria Gozan igualmente de los derechos comunales, contribuyendo á sus impuestos.

(1) Por costumbre admitida durante el reinado de Eduardo III, y conservada durante muchos años en todos los juicios civiles, comerciales y penales sometidos al Jurado, gozaban los extranjeros el privilegio de que el Jurado se compusiera mitad de compatriotas y mitad de ingleses: Jurado *de medietatæ linguæ.* El estatuto 6.° y 50 de Jorge IV, derogó el privilegio para los litigios en materia civil y comercial, y el Jurado *de medietatæ linguæ* se conservó únicamente para los asuntos en materia penal.

la diferencia entre los ciudadanos y los extranjeros en materia de derecho privado. Hasta los mismos intereses que otras veces podían sugerir la idea de excluir á los extranjeros del goce de ciertos derechos, creando á los ciudadanos una posición privilegiada á pretexto de proteger el comercio y la industria nacional, aconsejan hoy que no se haga de la desigualdad un arma de protección. Algunos Estados, entre ellos Austria (1) y los Estados alemanes (2) hacen depender todavía la igualdad de la condición de la reciprocidad. Otros proclaman la igualdad como una regla, pero establecen varias excepciones. Esto sucede en Holanda, según el art. 9.º de la ley de 15 de Mayo de 1829, que establece que el Derecho civil del reino es el mismo para los extranjeros y para los holandeses, á no ser que una ley especial declare expresamente lo contrario (3).

15. Por lo que concierne á la condición actual de los extranjeros ante nuestra legislación, debemos observar que el Código civil italiano, promulgado después de la Constitución del reino de Italia, ha fijado definitivamente la condición de aquéllos, admitiendo respecto á los mismos los principios liberales, que son el complemento de nuestras tradiciones.

Nuestro Código, no sólo ha igualado la condición del extranjero á la del nacional en todo lo que se refiere al goce de los derechos civiles (art. 3.º), sino que además ha tomado en esto una laudable iniciativa procurando codificar los principios según los cuales deben aplicarse las leyes extranjeras y establecer algunas bases para resolver los conflictos de las legislaciones; bases y principios cuya sabiduría apreciaremos mejor en los capítulos sucesivos.

En verdad, nunca han sido adoptadas entre nosotros las enormidades que formaban la razón común de los demás Estados de Europa, y principalmente los derechos de *aubana* y de *naufragio*. En el antiguo reino de las Dos Sicilias encontramos, desde los

(1) Código austriaco, art. 33.
(2) Código prusiano, introducción, arts. 41 al 43.
(3) Conf. Asser, *Revue du Droit intern.*, tomo I, pág. 113.

tiempos de Federico de Suabia, dos Constituciones de donde tomaron origen las auténticas *Omnes peregrini* y *Navigia;* una con el título de Código *Communia de successionibus*, y la otra bajo el título *De furtis et servo corrupto* (1). Por la primera, mientras este emperador daba á los extranjeros plena facultad para testar, les privaba de sus bienes, confiando á los obispos locales la obligación de consignarlos á los herederos. Por la segunda, derogaba la costumbre universal de apropiarse de los restos del naufragio. También hallamos bajo Carlos V (2) disposiciones generosas en favor de los náufragos. Mientras que en la mayor parte de los países de Europa el derecho de apropiarse los bienes de los extranjeros era considerado como un verdadero derecho de regalía, entre nosotros el derecho de *aubana* se aplicaba solamente á los ciudadanos de los Estados que lo practicaban en detrimento de nuestros nacionales. Esto sucedía en el reino de las Dos Sicilias, en donde, antes de la promulgación del Código, que estableció como regla la reciprocidad (art. 9.º) el derecho de *aubana* estaba proscrito por los tratados existentes con diversos Estados. En la colección de pragmáticas, bajo el título de *fœdera*, se encuentran varios tratados estipulados en vista de la capacidad mutua de heredar entre los nacionales respectivos; en los tratados, por ejemplo, con Suecia, Holanda, Dinamarca, la Puerta Otomana, Rusia, y en el verificado entre Luis XV y Carlos III de España en 1762. No negaremos que los extranjeros, aun aquellos á quienes se concedía el derecho de heredar y poseer bienes, estuviesen sometidos á ciertas disposiciones onerosas, como, por ejemplo, la *gabella hereditaria*, que consistía en un derecho de detracción, al cual estaban sometidos los extranjeros á quienes se permitía heredar en el reino de las Dos Sicilias, ó que, por cualquier título, adquirían bienes. Este derecho fué abolido por razón de reciprocidad para los súbditos austriacos por un convenio celebrado en Viena el 19 de Abril de 1844, y para los súbditos de otros varios Estados por tratados posteriores. Los ex-

(1) Cod., libro IV, tít. LIX, tít. II.
(2) Rocco. *Dirito civile internazionale*, parte 1.ª, cap. IV.

tranjeros que poseían bienes raíces y que estaban domiciliados fuera del país, se hallaban sujetos á una contribución fiscal extraordinaria llamada derecho de *valimento*, y por temor de que defraudasen al fisco con ventas simuladas de sus propiedades á los naturales, no se les permitía transmitir sus bienes por enajenación á los ciudadanos que residían en el reino sin haber obtenido antes la autorización real. Esta medida, tomada por Víctor Amadeo en 1714 para la Sicilia, se extendió también á Nápoles; más aun, en 1745 se estableció que la efectiva y real enajenación en favor de los naturales del país no podía suprimir las cargas á que se hallaban afectas las propiedades de los extranjeros, á menos de que fuese por gracia soberana ó por transacción con el fisco.

Cuando en el antiguo reino de las Dos Sicilias se sustituyeron con el Código (26 de Marzo de 1819) las Constituciones, las *capitoli*, las pragmáticas y las costumbres generales y locales, el legislador estableció el sistema de la estricta reciprocidad. En el art. 9.º del Código mencionado se encuentra escrito: «Perteneciendo el ejercicio de los derechos civiles y de los derechos políticos á los naturales del reino de las Dos Sicilias, el de los derechos civiles solamente corresponde:

1.º A los extranjeros, respecto de aquellos derechos que la nación á que pertenecen concede á los naturales, salvo las excepciones á que podrían dar lugar las transacciones diplomáticas.

2.º A los extranjeros admitidos por el Gobierno para establecer su domicilio en el reino, por todo el tiempo que sigan residiendo en él.»

El art. 617 dice: «Un extranjero es admitido á heredar los bienes que el extranjero ó el nacional poseían en el territorio del reino, conforme al art. 9.º, núm. 2.º»

Según estos artículos, puede suponerse que los extranjeros á quienes se permitía fijar su domicilio en el reino de Nápoles, eran considerados jurídicamente como capaces de gozar de todos los derechos civiles, y por consiguiente, del de testar y del de heredar, de comparecer en juicio, de enajenar, etc., cuya facultad se concedía también á los extranjeros que no estaban domiciliados en el reino, pero á condición de reciprocidad.

18. En las legislaciones vigentes en los demás Estados en que se dividía Italia, en cuanto al goce de los derechos civiles concedidos á los extranjeros, lo que predominaba era el sistema de la reciprocidad, según el cual estaban también determinadas las reglas para las herencias. Vamos á reproducir aquí algunas de las disposiciones particulares que no se hallan en el Código de las Dos Sicilias. Los artículos 26 y 27 del Código de Carlos Alberto para los Estados de Cerdeña están conformes con el espíritu de los artículos 9.º y 647 del Código de las Dos Sicilias. El artículo 28 contiene una disposición enteramente especial: «Los extranjeros no podrán adquirir ni tomar en prenda, ni alquiler, ni arrendar bienes raíces en el territorio del Estado, situados á menor distancia de cinco kilómetros de la frontera, bajo pena de nulidad del contrato. Las propiedades que se encuentran en estas condiciones no podrán tampoco ser adjudicadas á ningún extranjero en pago de lo que le sea debido, pero deberán sacarse siempre á pública subasta y se reintegrará á aquél con el producto de la venta. Todo esto sin perjuicio de otras prohibiciones mayores para algunos de los Estados extranjeros establecidas por los tratados.»

El art. 702 del mismo Código dice también: «El extranjero que posea bienes en el Estado puede disponer de ellos por testamento, aunque sea en favor de otro extranjero, según el art. 26 *(el cual sanciona el sistema de reciprocidad)*. En el caso en que no pudiese disponer según este artículo, podrá, no obstante, hacerlo en favor de un súbdito sardo.»

En el Código para los Estados de Parma y Plasencia se lee en el art. 1.402: «Bajo pena de nulidad de contrato, los extranjeros no pueden adquirir, ni aun en pública subasta, ni directamente, ni por intermediarios, cuando se trata de bienes raíces, siempre que esta facultad no les haya sido garantizada por medio de tratados ó por declaraciones, ó si no obtuvieron anteriormente la autorización;» y el art. 619, párrafo quinto, dispone: que «el extranjero que haya adquirido propiedades territoriales en estos ducados, cuando no pueda disfrutar de las disposiciones del art. 32 *(que sanciona el sistema de la reciprocidad)*, podrá disponer aun por testamento, con tal que sea en favor de un ciudadano de estos Estados.»

En la legislación toscana vemos la condición de los extranjeros especialmente favorecida para atraerlos hacia determinados centros de comercio. Son notables bajo este punto de vista las leyes de Fernando I para atraer á los extranjeros al puerto de Liorna. *(Ley de 10 de Junio de 1593)*. En cuanto á la capacidad de los extranjeros para adquirir bienes raíces ó para recibirlos por liberalidad testamentaria ó por herencia legítima de los naturales del país, prevaleció el sistema de reciprocidad, sancionado por el *motu propio* de 1784 y por la ley de 18 de Agosto de 1814. El artículo 30 de esta ley dice: «Todos los extranjeros pertenecientes á un país en el cual los súbditos toscanos no estén excluídos de las sucesiones son aptos para heredar en los Estados toscanos del mismo modo que sus propios súbditos;» pero más adelante la capacidad de los extranjeros de heredar y de adquirir en Toscana fué notablemente modificada por el *motu propio* soberano de 11 de Noviembre de 1835, que abolió casi completamente el sistema de la reciprocidad, reconociendo que el hecho de excluir á los extranjeros de las sucesiones por derecho de retorsión, era contrario á los verdaderos intereses del Estado.

El art. 1.° del *motu propio* que acabamos de mencionar, dice: «Los extranjeros, cualquiera quesea su nacionalidad, serán admitidos en lo sucesivo á heredar en toda la extensión del territorio de nuestros Estados, por testamento ó *ab intestato*, á adquirir por cualquier título, aun por título lucrativo, del mismo modo que nuestros súbditos, de la misma manera, con los mismos efectos, *sin que se pueda oponer á ninguno de ellos la existencia de leyes que prohiban á los toscanos heredar y adquirir en los Estados á que pertenezcan los extranjeros.*»

El principio liberal sancionado en el art. 1.° quedó luego modificado en el único caso de competencia entre coherederos toscanos y extranjeros por el art. 2.°: «En el caso de partición de una herencia conferida, por acto de postrimera voluntad ó por disposición de la ley, á herederos toscanos y extranjeros y compuesta de bienes situados, parte en Toscana y parte en país extraño, los herederos toscanos podrán apartar de los bienes situados en el Gran ducado una parte igual en valor á los bienes situados en el extranjero, de cuyos bienes estuviesen excluídos por las leyes y estatutos

de ese país; disposición que se aplicará también á los herederos á título particular y á los legatarios.»

En el ducado de Luca, el art. 53 del decreto relativo á las herencias, de 22 de Noviembre de 1818, estableció que: «Los extranjeros pertenecientes á un Estado, en el cual los súbditos lucanos no estén excluídos de las herencias, son admitidos á suceder, del mismo modo que heredan sus propios súbditos.»

Observemos también que, según el reglamento legislativo sancionado por Gregorio XVI, que ha estado en vigor en los Estados Pontificios desde 1.° de Enero de 1835, se halla establecido, título II, art. 8.°, que: «Los extranjeros pueden heredar por testamento ó *ab intestato*, y adquirir en los Estados Pontificios, siempre que por las leyes en vigor en los países extranjeros, los súbditos de dichos Estados sean aptos para heredar ó adquirir, salvo lo que dispongan las convenciones políticas y los tratados.»

Por último, el art. 9.° del título preliminar del Código civil del cantón del Tessino, dice lo siguiente: «Las leyes favorecen y obligan igualmente al extranjero en cuanto habite, contrate, posea ó pueda adquirir en el cantón. No obstante, para disfrutar de los beneficios de la ley, el extranjero deberá probar que los tessinenses son admitidos con iguales derechos en el Estado á que él pertenece. El extranjero es excluído siempre de los derechos cuyo ejercicio exige esencialmente la calidad de ciudadano tessinense» *(a)*.

(a) En la anterior edici n de esta obra dedicaba Mr. Fiore en este lugar algunas líneas á la nación española, haciendo breves indicaciones respecto de la misma. En la presente edición, habiendo variado en parte el plan de la obra, las ha suprimido, sin duda, porque ha creído conveniente tratar este punto más extensamente en la parte especial.

Sin embargo, cualquiera que sea la intención del sabio Catedrático napolitano, y con todos los respetos debidos á su criterio, que en general es excelente, creemos que debió dar en esta parte de su obra algunas noticias de la parte histórica de nuestra legislación tocante á la condición de los extranjeros en España; pero no habiéndolas hecho el autor en el texto, las haremos nosotros, aunque sumarísimas, en esta nota.

En la puesta en la pág. 60 sobre el llamado derecho de *aubana*

Cualesquiera que fuesen las limitaciones impuestas á los extranjeros por las legislaciones que regían en los diversos Estados italianos antes de la unificación, es un hecho reconocido por todos que el Código italiano ha dado un loable ejemplo de justicia equiparando los extranjeros á los ciudadanos en el goce de los derechos civiles. No habiendo subordinado tan completa asimilación á ninguna condición de reciprocidad, puede con razón afirmarse que ha sido el primero entre los Códigos modernos en proclamar los derechos privados del hombre, determinados y regidos por la propia ley como derechos de la personalidad humana, independientes de las relaciones territoriales. En esto no ha seguido nuestro legislador ningún precedente, debiendo recordar aquí lo que decía Pisanelli en la exposición de motivos de las disposiciones de Dere-

---

ó albinagio, hemos citado dos leyes del Fuero Real referentes al derecho de sucesión, concedido antes que en parte alguna con absoluta amplitud. Conviene ahora mencionar la ley 4.ª, tít. VII, Partida 5.ª, que otorga á toda clase de extranjeros, cristianos, judíos ó moros, así vengan como mercaderes á las ferias, como en *otra sazón cualquier*, que sean salvos sus cuerpos, sus haberes, su mercadería y todas sus cosas así en mar como por tierra. ¡Derecho verdaderamente humano y racional que arraigó en España desde mediados del siglo XIII! Varias disposiciones contenidas en la Novísima Recopilación regularizan después la situación legal de los extranjeros, aunque sin variar esencialmente los derechos fundamentales que las antiguas ya citadas les concedieron, si bien ciertas restricciones de índole política y administrativa vinieron á consignar algunas diferencias.

Nuestro derecho vigente en la Península se contiene en el decreto de 17 de Noviembre de 1852, y en el art. 2.º de la Constitución de 30 de Junio de 1876, copia literal del 25 de la de 1869. Los extranjeros pueden, por lo tanto, establecerse libremente en territorio español, ejercer su industria y dedicarse á cualquiera profesión, para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las autoridades españolas; pueden adquirir y poseer bienes inmuebles; pueden disponer libremente de sus bienes por contrato entre vivos ó por última voluntad: muertos *ab intestato*, la herencia se entrega á sus sucesores legítimos, aunque sean extranjeros.—(N. DEL T.)

cho internacional privado del nuevo Código presentado al Parlamento.

«Tres fases ha recorrido la legislación sobre este punto. En un principio, considerando á la persona jurídica como creación de la ley, estaba excluído el extranjero de toda participación en el derecho. La utilidad común hizo que se templase después aquella exclusión por el principio de reciprocidad: este es el principio de la legislación francesa.

»Mas en estos tiempos en que los extranjeros se establecen en los diversos Estados con tanta frecuencia, no es útil ni justo buscar en sus legislaciones ni en los tratados la medida de sus derechos.

»La justicia y hasta la utilidad exigían que se reconociese y proclamase el gran principio de que el derecho privado pertenece al hombre, y se admitiese indistintamente á la plena participación del mismo, así á los nacionales como á los extranjeros. Esto ha hecho el nuevo Código italiano, art. 3.º, y estoy seguro de que sus disposiciones sobre este punto serán la norma que sigan los Códigos ó leyes de los demás pueblos» (1).

---

(1) Esta esperanza ha sido confirmada por el Instituto de Derecho internacional, que, en la reunión de Oxford, acordó excitar á todos los Estados civilizados para que pusiesen su legislación respectiva en harmonía con la siguiente regla: «El extranjero, cualquiera que sea su nacionalidad ó su religión, goza de los mismos derechos civiles que los regnícolas, salvo las excepciones formalmente establecidas por la legislación actual.

Debemos advertir que bajo la denominación de derechos civiles comprende el Instituto todos aquellos que no sean políticos ó derivación de éstos.

CAPÍTULO III

Consideraciones históricas sobre las relaciones de vasallaje *(a)*.

19. Origen de la relación del vasallaje en la Edad Media.—**20.** Del concepto del vasallaje después de Carlo Magno.—**21.** Establecimiento del vasallaje en Inglaterra.—**22.** En los Estados modernos el vasallaje ha sido diversamente considerado, según que ha prevalecido el derecho feudal ó el derecho romano.

19. El vasallaje es una de las principales relaciones que determinan la subordinación del individuo á la autoridad soberana y á la ley de su patria. Habiendo sido doble el sistema seguido para determinar la base de esa relación, creemos indispensable exponer primeramente algunas consideraciones históricas para explicar la razón de estos sistemas.

Dos elementos hubo en la Edad Media, de donde se derivó el vasallaje; elementos muy distintos en las dos partes de las poblaciones sometidas á los francos y á los demás reyes bárbaros. Los francos, que se consideraban en todo y por todo como los herederos de los derechos del Imperio, impusieron el juramento de fidelidad á sus súbditos, y con preferencia á los que habitaban la ciudad, para imitar á los emperadores romanos, que exigían el juramento á los ciudadanos y habitantes de las provincias. El juramento de fidelidad ha sido una de las formas por las que se es-

(a) Como el lector comprenderá, empleamos aquí la palabra *vasallaje*,—en equivalencia á la italiana *sudditanza*,—en el sentido de ser súbdito de un país, cualquiera que sea su forma de gobierno (monarquía, república ó imperio), pues en todo este capítulo casi se concreta Fiore á indagar el origen de la relación entre el súbdito y el Estado, atribuyéndole, como se verá por el texto, dos fuentes: la idea que de ella tenía el Derecho romano y la que se formó con el feudalismo.

tableció la relación de vasallaje, puesto que ligaba indisolublemente el ciudadano á su soberano. El otro elemento creador del vasallaje ha sido la consecuencia natural de las costumbres tradicionales de las tribus germánicas (1), conducidas generalmente por un jefe rodeado de guerreros, que se consagraban voluntariamente á él con fidelidad y sumisión. Los guerreros llegaban á ser para su jefe *(a)* sus fieles y verdaderos compañeros de armas, y este lazo que les unía se estrechó más y más cuando empezaron á recibir de él algún beneficio, y se sintieron obligados á la fidelidad por reconocimiento y gratitud. Consistían primeramente estos beneficios en dádivas y honores, como por ejemplo, sentarse á la mesa de su jefe ú obtener de él armas, caballos y otras cosas equivalentes; más adelante, cuando los jefes por sus conquistas sobre el Imperio llegaron á poseer tierras, repartieron éstas entre sus fieles servidores, y de este modo obtuvieron los guerreros ciertas porciones de terrenos, que más tarde se llamaron feudos, y la fidelidad y sumisión á su señor fueron para ellos una obligación de reconocimiento y gratitud.

Andando el tiempo, en medio de las violencias y de la confusión general, se fué haciendo cada vez más difícil, aun para los propietarios alodiales é independientes, defender sus propiedades sin ponerse bajo la protección de un señor. Se introdujo, pues, la costumbre de *encomendar (b)* la seguridad y la defensa de su

(1) Westlake, *Conflit of Laws*, cap. II.

(a) Fiore emplea indistintamente las palabras *capitano* ó *condotiero*, que nosotros traduciremos generalmente por la palabra *jefe*, porque, si bien ésta tiene un sentido demasiado amplio, nos evitará en cambio incurrir en anacronismos más ó menos aparentes.

(b) En medio de una sociedad entregada á todas las violencias, los propietarios alodiales, libres de toda carga, pero aislados y por consiguiente en peligro, buscaban un apoyo en los grandes y se *encomendaban* á algún hombre poderoso de las inmediaciones. La *recomendación* era el acto por el que un propietario alodial hacía una cesión ficticia de su tierra en favor del protector que había buscado, para recibirla nuevamente de sus manos, no ya como *alodio*, sino como *beneficio*, con todas las cargas del servicio militar

propia persona y de sus propios derechos á un señor, y poco á poco se organizó el régimen feudal. Así, dice Guizot, se fué formando gradualmente esa jerarquía de propiedades y de personas, que debía constituir con el tiempo el feudalismo. De este modo, por la división progresiva de los beneficios se fué extendiendo de día en día esa serie de grandes y pequeños vasallos unidos unos á otros por iguales obligaciones, siendo la primera la fidelidad, que constituía el título de su posesión. Aunque por su encadenamiento gradual de intermediario en intermediario esas obligaciones ligasen al soberano con el mayor número de beneficiados y les impusiesen ciertos deberes directos ó indirectos de fidelidad, sin embargo, en una sociedad que tenía por base la fuerza era esta relación tan lejana y tan poco poderosa, que no pudieron realizarse por completo el vasallaje y la unidad de la monarquía. Las relaciones más eficaces eran las más inmediatas y las personales que correspondían á las antiguas costumbres de las tribus germánicas; como éstas no conocían más obligaciones que las que les unían á su jefe inmediato, del mismo modo los vasallos no reconocían más que á su señor (1).

20. Para unir más directamente los súbditos á su persona y á su poder, intentó Carlo Magno destruir la jerarquía feudal y ponerse en comunicación directa y sin intermediario con los hombres libres, procurando sobreponer las relaciones entre el rey y los ciudadanos á las de los vasallos con los señores. Se esforzó por cambiar la idea de la fidelidad, y mientras que hasta entonces se la había considerado como una obligación personal del hombre libre hacia su jefe, casi como una recompensa por las ventajas y la protección que de él recibía, después de las ordenanzas de Carlo Magno llegó á ser una obligación pública, y fué reclamada en nombre de la soberanía, sin consideración alguna á los beneficios que se hubiesen obtenido. La soberanía empezó de este modo á emanciparse de la jerarquía feudal y á mos-

---

y demás con que estaba gravada la propiedad beneficiaria. Este uso llegó á generalizarse con el tiempo.

(1) Guizot, *Ensayo sobre la his oria de Francia*, pág. 105.

trarse como un poder público que existía por su propio derecho, siendo, por consiguiente, modificada la idea de la relación de vasallaje. No obstante, el pensamiento de Carlo Magno no pudo realizarse, porque los propietarios inferiores no concebían el vasallaje respecto al soberano, descuidando el que debían al señor del feudo con quien estaban en relaciones inmediatas. Esta es la razón por qué en sus estatutos y en los de San Luis no se encuentra determinado el partido que debía tomar el vasallo en el caso de disidencia entre sus superiores respectivos (1).

21. En Inglaterra ha seguido las mismas fases la historia de la relación de vasallaje. Según unos, Edmundo fué el primero que exigió el juramento á todos los hombres libres; pero lo cierto es que en la colección de sus leyes no se encuentra nada sobre esto, y que los reyes anglo-sajones no hicieron obligatorio el juramento. El que verdaderamente exigió á todos los libres poseedores que prestasen juramente al rey, fué Guillermo el Conquistador. Un documento citado por Guizot, como del año 1071, y conocido bajo el nombre de *Carta de quibusdam statutis*, atestigua que Guillermo impuso el juramento de fidelidad, el cual prestaron efectivamente en 1086 todos los propietarios de tierras en todos los dominios de Inglaterra. Más aun: mientras que Carlo Magno no había definido la fuerza relativa del juramento prestado á su persona y del que cada vasallo prestaba á su propio señor, Guillermo imponía el juramento de fidelidad á él solo, prescindiendo de cualquier otra persona. Este ejemplo fué seguido por Federico Barbaroja, que en la dieta de Roncaglia (1158) estableció: que en el juramento de fidelidad que el vasallo prestaba al señor, la persona del rey debía ser nominalmente incluída.

Estas breves consideraciones históricas sobre el origen de la relación de vasallaje explican la tendencia natural á considerar semejante relación como algo de geográfico y de territorial. En efecto, el título originario de la fidelidad, de donde se deriva la *sujeción*, fué la posesión de la tierra, y tan es así, que, en el jura-

---

(1) Westlake, *loc. cit.*

mento que se prestó luego al rey, la fidelidad fué considerada primeramente como unida al suelo, y la obligación personal como limitada por la extensión del territorio; de suerte que se designó bajo el nombre de *súbditos* y *no súbditos* á los que habían nacido dentro ó fuera del territorio del Estado, de donde ha resultado que las naciones que han conservado con más tenacidad las tradiciones feudales, han considerado las relaciones entre soberanos y súbditos como limitadas al territorio, y por esto han admitido la máxima: *Leges non valent extra territorium*, cuyas consecuencias examinaremos cuando expongamos los sistemas seguidos en esta materia *(a)*. En Inglaterra, por ejemplo, donde las tradiciones feudales han sido conservadas con más tenacidad, el vasallaje dependía del hecho de haber nacido dentro ó fuera del reino, y este principio ha sido de tal modo exagerado, que se ha llegado hasta decir que los hijos nacidos en Inglaterra de padres extranjeros podían tener derecho á los privilegios anexos al carácter británico, y que los hijos nacidos de inglés fuera del Reino Unido debían ser considerados como extranjeros. Estas dos máximas fueron tan rigurosamente aplicadas, que por hacer depender el vasallaje del simple hecho del nacimiento en los dominios de un soberano, se ha suscitado la duda de si el hijo del rey, nacido accidentalmente fuera del reino, podría heredar su corona. La duda era lógica. Eduardo III, estatuto 25, después de haberle eliminado absolutamente como heredero de la corona, estableció que todos los hijos nacidos en el extranjero de padre y madre ingleses deberían gozar del beneficio de poder aceptar la herencia en Inglaterra, con tal, sin

(a) Como eran los propietarios entre sí los que se encomendaban, dice Mr. Duruy, no tardó en considerarse la tierra, que era lo permanente, con preferencia al hombre, que pasa y muere. No fué ya el hombre débil el que se encomendó al hombre fuerte, sino el pequeño campo al gran dominio, simbolizando ciertas formalidades esta nueva relación; la tierra venía á colocarse en cierto modo en manos del gran propietario, bajo la forma de un trozo de césped ó de una rama de árbol que el pequeño propietario depositaba en ellas. Este es el germen de la relación feudal. *(Historia de Francia*, tomo I, págs. 222 y sigs.)—(N. DEL T.)

embargo, que la madre hubiese pasado el mar con permiso del marido (1).

22. Esta tendencia á considerar el vasallaje como algo de geográfico, no ha sido aceptada por las naciones que han modificado las tradiciones feudales con los principios del derecho romano. La ciudadanía en el pueblo romano era el privilegio más grande y el vasallaje el más alto honor; y cuando se perfeccionó el estudio de aquel derecho se comenzó á comprender que el vasallaje debía considerarse más bien como un beneficio voluntariamente aceptado que como un lazo impuesto por la necesidad, y esta es la razón por qué se le hizo depender de la acción voluntaria del individuo más bien que del hecho material del nacimiento. El derecho romano, que personificaba casi todos los derechos de la familia en la persona del padre, establecía que el hijo debía seguir la condición de su progenitor y que debía ser considerado como ciudadano, no del lugar en que había nacido, sino de aquel en que debió nacer: *Est autem originis locus in quo quis natus est aut nasci debuit, licet forte alibi natus esset matre in peregrinatione parturiente* (2).

Según este principio, han admitido muchos Códigos modernos que la ciudadanía es un derecho personal del hombre, que depende principalmente de su libre elección, que á aquellos que no pueden manifestar su voluntad se le debe atribuir siguiendo los vínculos de la sangre y de las relaciones de familia, porque la presunción más racional es que cada cual quiera tener la misma patria que su padre. Como consecuencia de esto, se ha establecido, según la legislación francesa *(b)*, que el individuo nacido en el extranjero de padre francés debe ser considerado como tal, no porque el hijo sigue la condición del padre, sino porque, según la observación de Vattel, todo hijo quiere pertenecer á la misma nación que

(1) Westlake, *The conflict of Laws*, cap. II.
(2) Voet, *Ad Pand.*, V, I, § 91.
(b) La legislación española ha aceptado enteramente este principio. Véase art. 1.° de la Constitución de 1876, conforme con la de 1836, 1845 y 1869.—(N. DEL T.)

su padre (1). Tan cierto es que la ley ha hecho depender la acción de la nacionalidad de la libre elección del individuo, que ha reservado para el hijo nacido en el extranjero la facultad de escoger la nacionalidad del lugar en que ha nacido, haciendo la declaración al llegar á su mayor edad.

Esta distinta manera de considerar el vasallaje ha dado origen á otro sistema para determinar las relaciones entre soberano y súbdito, y mientras el primero hacía depender esas relaciones del territorio y las limitaba á su misma extensión, el segundo, haciéndolas derivar de la libre voluntad del individuo, las ha considerado como permanentes hasta que no hubiese declaración en contrario, y las ha hecho valer aun fuera del territorio.

(1) «... se presume de derecho que todo ciudadano, al entrar en la sociedad, reserva á sus hijos el derecho de ser miembros de la misma...» *Droit des gens*, lec. I, §§ 212 y 215.

CAPITULO IV

Examen crítico de los sistemas de los escritores.

23. Principios rigurosos de la limitación territorial de las leyes.—**24.** Temperamentos adoptados para la utilidad común.—**25.** Teoría de los estatutos personales y reales.—**26.** Dificultades suscitadas entre los partidarios de las mismas doctrinas.—**27.** Examen crítico del sistema —**28.** Sistema de la preferencia de la ley presuntamente aceptada por las partes, y su crítica.—**29.** Insuficiencia de las *sententiæ receptæ*.—**30** Doctrina de Fœlix.—**31.** Sistema de Schaeffner.—**32.** Sistema de Savigny.

23. Varios son los sistemas que han propuesto los escritores para determinar los límites de la autoridad de cada ley.

El sistema más antiguo es el que parte de la idea de que cada Estado debe considerarse como aislado, y exagera el principio general de que cada uno de ellos ejerce sola y exclusivamente su autoridad y su jurisdicción en toda la extensión del territorio.

Claro está, dice Rodenburgg, que ningún Gobierno puede dar autoridad á sus leyes fuera de su territorio: *Constat igitur extra territorium legem dicere licere nemini: idque si fecerit quis impune ei non pareri: quippe ubi cesset statutorum fundamentum, robur et jurisdictio* (1). Boullenois dice: «En estricto derecho, las leyes que hace cada soberano no tienen fuerza ni autoridad sino en la extensión de sus dominios» (2). Y P. Voet: *Nullum statutum sive in rem sive in personam, si de ratione juris civilis sermo instituatur, sese extendit ultra statuentis territorium* (3).

(1) Rodenburgg, *De jure quod oritur ex statutorum diversitate*, cap. III, § 1.°

(2) Boullenois, *Tratado de la personalidad y de la realidad de las leyes*, observación X, pág. 152; *Principios generales sobre los estatutos*, pág. 2.

(3) Voet, *De stat.*, cap. II, § 4.°

su padre (1). Tan cierto es que la ley ha hecho depender la acción de la nacionalidad de la libre elección del individuo, que ha reservado para el hijo nacido en el extranjero la facultad de escoger la nacionalidad del lugar en que ha nacido, haciendo la declaración al llegar á su mayor edad.

Esta distinta manera de considerar el vasallaje ha dado origen á otro sistema para determinar las relaciones entre soberano y súbdito, y mientras el primero hacía depender esas relaciones del territorio y las limitaba á su misma extensión, el segundo, haciéndolas derivar de la libre voluntad del individuo, las ha considerado como permanentes hasta que no hubiese declaración en contrario, y las ha hecho valer aun fuera del territorio.

(1) «... se presume de derecho que todo ciudadano, al entrar en la sociedad, reserva á sus hijos el derecho de ser miembros de la misma...» *Droit des gens*, lec. I, §§ 212 y 215.

CAPITULO IV

Examen crítico de los sistemas de los escritores.

23. Principios rigurosos de la limitación territorial de las leyes.—**24.** Temperamentos adoptados para la utilidad común.—**25.** Teoría de los estatutos personales y reales.—**26.** Dificultades suscitadas entre los partidarios de las mismas doctrinas.—**27.** Examen crítico del sistema —**28.** Sistema de la preferencia de la ley presuntamente aceptada por las partes, y su crítica.—**29.** Insuficiencia de las *sententiæ receptæ*.—**30** Doctrina de Fœlix.—**31.** Sistema de Schaeffner.—**32.** Sistema de Savigny.

23. Varios son los sistemas que han propuesto los escritores para determinar los límites de la autoridad de cada ley.

El sistema más antiguo es el que parte de la idea de que cada Estado debe considerarse como aislado, y exagera el principio general de que cada uno de ellos ejerce sola y exclusivamente su autoridad y su jurisdicción en toda la extensión del territorio.

Claro está, dice Rodenburgg, que ningún Gobierno puede dar autoridad á sus leyes fuera de su territorio: *Constat igitur extra territorium legem dicere licere nemini: idque si fecerit quis impune ei non pareri: quippe ubi cesset statutorum fundamentum, robur et jurisdictio* (1). Boullenois dice: «En estricto derecho, las leyes que hace cada soberano no tienen fuerza ni autoridad sino en la extensión de sus dominios» (2). Y P. Voet: *Nullum statutum sive in rem sive in personam, si de ratione juris civilis sermo instituatur, sese extendit ultra statuentis territorium* (3).

(1) Rodenburgg, *De jure quod oritur ex statutorum diversitate*, cap. III, § 1.°

(2) Boullenois, *Tratado de la personalidad y de la realidad de las leyes*, observación X, pág. 152; *Principios generales sobre los estatutos*, pág. 2.

(3) Voet, *De stat.*, cap. II, § 4.°

Exagerando estos principios, verdaderos bajo cierto aspecto, se ha deducido inmediatamente que las leyes de cada soberano obligan y rigen de pleno derecho todos los bienes muebles ó inmuebles que se encuentran en el territorio nacional; á todas las personas que residan en él, ya sean ciudadanos nacidos en el territorio, ó naturalizados, ó extranjeros, así como los actos consentidos ó consumados en la circunscripción de ese mismo territorio; por consiguiente, cada soberano puede establecer las condiciones bajo las cuales se adquieren y se ejercen la propiedad y la posesión de los muebles é inmuebles, y las condiciones con que esos bienes pueden ser transmitidos, enajenados ó expropiados. La misma ley determinará la capacidad jurídica de las personas que se hallen en el territorio, validez de los contratos y de los actos de toda clase que pueden ser realizados en los límites del mismo, las condiciones bajo las cuales puedan intentarse las acciones, y el modo de administrar justicia. Esta doctrina ha sido aceptada por los más célebres jurisconsultos, por De Argentré, por Voet, por Burgundius, por Bullenois y por Story (1).

24. Las demás consecuencias que los citados autores deducen de los mismos principios generales, son: que ningún soberano puede regular directamtnte por sus propias leyes los objetos existentes fuera de sus dominios, aunque pertenezcan á sus mismos súbditos, ó ejercer una jurisdicción sobre los ciudadanos que residen fuera del territorio, ó dar un valor extraterritorial á sus propias leyes, sin quebrantar directamente la independencia y la soberanía de los demás Estados; por esto dice De Argentré: *Omnis enim potestas extra fines potestatis atributæ privata est persona, et finit potestatis finitæ jurisdictio et cognitio* (2).

Estos principios fueron el punto de partida de todas las falsas teorías para resolver los conflictos de las legislaciones, y sin embargo, desde el primer momento, los mismos defensores de esta doctrina advirtieron sus inconvenientes. Empezaron por observar que, aplicando las máximas que emanan del derecho estricto, sobrevendrían la incertidumbre y la indeterminación de todos los derechos. El mismo Rodenburgh observaba que si los derechos de la persona debían ajustarse á la ley de los lugares en que aquélla podía residir, el estado del individuo cambiaría en cada viaje, lo que es un absurdo, pues equivaldría á suponer que se puede ser á un mismo tiempo mayor en una parte, menor en otra, aquí *alieni*, allí *sui juris* (1), etc. Se pensó, pues, en que para la utilidad común y teniendo en cuenta cierta necesidad social, era indispensable dar estabilidad y certeza al estado de las personas, y modificar los principios de derecho estricto por la *comitas gentium*.

(1) Story, *Conflict of Laws, general maxims.*

(2) Argentré, *Commentarii in patrias Britonum leges*, art. 218, gl. 6.ª, núm. 11.

Observa Bouhier, que si bien ninguna ley debe tener un valor extraterritorial, no obstante, el interés particular de los pueblos limítrofes, la cortesía, la mutua benevolencia y la consideración de que, en casos semejantes, las propias leyes participarían de igual beneficio, aconsejaban hacer algunas excepciones á los principios absolutos, y extender la autoridad de ciertas leyes más allá de los límites del territorio de cada soberano. Tal extensión, decía, debe admitirse siempre que el interés y la utilidad comunes lo exijan, y se la debe considerar como aconsejada por la *comitas gentium* (2).

Esta opinión ha sido admitida por varios autores. Hercio, Huberus, Kent, Livermore, Boullenois (3) y otros convinieron en que los principios del derecho estricto debían ser modificados por causa de utilidad común.

De aquí resultó la necesidad de clasificar las leyes que debían tener un valor extraterritorial, y las que debían valer solamente

(1) Rodenburgh, *De jure quod oritur ex statutorum diversitate*, tít. I, cap. III § 4.°

(2) Bouhier, *Coutumes de Bourgogne. Observations*, cap. XXIII, §§ 62-63.

(3) Hertius, *De collisione legum*, § 4.° núms. 3 y 4; Huberus, *De conflictu legum*, lib. I, tít. III, § 2.°, pág. 538; Kent, *Comentaries on american law*; Livermore, *Dissertations of the Contrariety of Laws*; Boullenois, *Observaciones*, 10.

en el territorio, y este fué el origen del sistema de los estatutos. Los juristas europeos se esforzaron en hacer una clasificación de todas las leyes, tratando de deducirla de la misma naturaleza. Admitiendo como de utilidad común la estabilidad que hay que dar á la condición jurídica de las personas, imaginaron dividir todos los estatutos en dos grandes categorías, es decir, los *estatutos personales* y los *estatutos reales*, según que se refiriesen directamente á las personas ó á las cosas (1). El *estatuto personal* lo define Hercio del siguiente modo: *In personam constituit lex, quando personam afficit et quidem primarie, nihil enim obstat si secundarie et vi legis jus aliquid vel acquirendi rem vel disponendi de eâdem tribuitur* (2). Así, por ejemplo, la ley que establece la mayor edad á los veinticinco años es una ley personal, por más que se derive de ella la capacidad de disponer de los bienes y de llevar á cabo ciertos actos, porque el objeto inmediato de la ley es *la persona*.

25. Dióse después el nombre de *estatuto real* á toda ley que tenía por objeto directo ó inmediato las cosas. *Realia sunt*, dice Voet, *quæ rem principaliter afficiunt et circa rem aliquid disponunt, sive personæ mentio facta sit, sive non; si modo primaria mens statuentis sit non de personis sed de rebus disponere* (3). Tales son, por ejemplo, todas las leyes de sucesión. Hecha esta distinción, establecieron la regla de que los estatutos puramente personales, ya universales, ya particulares, acompañan por todas partes á la persona, es decir, que la persona tiene en donde quiera el estado particular y universal que está determinado por la ley de su domicilio. Las leyes reales, por el contrario, no traspasan los límites del territorio de los Estados.

(1) La palabra *estatuto* ha sido empleada para designar toda ley ó todo reglamento que permiten, ordenan ó prohiben alguna cosa. Toda disposición de una ley ó reglamento es un estatuto que permite, ordena ó prohibe alguna cosa. (Merlin, *Repertorio*, véase *Estatuto*.)

(2) Hercio, *De collisione legum*, sec. 4.ª, pág. 4.

(3) Voet, *Comment. ad Pand.*, tit. *De stat.*; Boullenois, *Principios generales*, 18, 23, 27.

26. La teoría pareció muy sencilla y propia para evitar toda controversia, y fué aceptada por la mayor parte de los jurisconsultos. Argentré, Rodenburgh, Burgundius, Voet, Boullenois, Molineo, Stockmans y otros, tomaron por base de sus investigaciones la distinción que acabamos de indicar; pero en la aplicación práctica de la regla suscitáronse tantas dificultades entre sus mismos defensores, que no pudieron conseguir evitar interminables controversias. ¿Cómo establecer, con las definiciones que ellos han dado, cuándo la ley es real y cuándo es personal? Algunos, partiendo del principio de que las leyes que determinan las relaciones de las personas con las cosas son leyes reales, han supuesto que los derechos de toda familia extranjera sobre sus propios bienes, los derechos del padre sobre los bienes del hijo, los derechos de éste sobre los de aquél, los del marido sobre los bienes de la mujer, y otros semejantes, debían ajustarse á la *lex rei sitæ*, porque los estatutos á que se refieren son reales; otros, considerando que algunas de esas disposiciones modifican el estado de las personas, han dicho que esos estatutos debían ser considerados como personales; otros, en fin, y principalmente Argentré, no pudiendo clasificar ciertas relaciones jurídicas en las dos categorías mencionadas, se constituyeron en defensores enérgicos de los estatutos mixtos. Esta nueva clasificación fué aceptada por G. Voet, por su padre Pablo, por Vinnio y otros, pero fué combatida por muchos, lo cual aumentó las controversias entre los defensores de la misma doctrina.

Dejando aparte las interminables disputas respecto de los elementos constitutivos de la *realidad* y de la *personalidad* de los estatutos, conviene, sin embargo, reconocer que los glosadores y jurisconsultos de la Edad Media echaron con su teoría las primeras bases de la ciencia del Derecho internacional. Habiendo admitido que ciertos derechos civiles del hombre debían regirse por la ley á que estaba sujeta la persona, cualquiera que fuese el territorio en donde se estableciera, vinieron á reconocer también la autoridad extraterritorial de ciertas leyes. Fué ésta una gran innovación introducida en la teoría feudal, que considerando los derechos del hombre subordinados á la posesión de la tierra, convertía la personalidad humana en un accesorio del suelo. La escuela

de Bolonia y los más antiguos glosadores italianos fueron los primeros en dar una dirección doctrinal al Derecho internacional privado, estableciendo que ciertos derechos debían atribuirse al hombre independientemente de las relaciones territoriales, y que toda persona debía gozar de ellos en todas partes. Así, pues, al concepto de la *realidad* feudal que conducía á convertir al hombre en un accesorio de la tierra, sustituyeron los glosadores el de la *personalidad* independiente del territorio, y regida por doquiera por sus propias leyes, que denominaron *estatutos personales*.

No debemos ocultar que los criterios expuestos por los glosadores para determinar las leyes personales, esto es, las que deben acompañar por todas partes á la persona, eran inciertos é inseguros; que esta incertidumbre aumentó cuando Bartolo y sus secuaces quisieron hallar en la forma literal y gramatical de la disposición el argumento principal para decidir cuándo debía considerarse personal el estatuto. Conviene, pues, notar, que el haber pretendido hallar en la *comitas gentium* la principal razón para atribuir á los estatutos personales el poder de regir á la persona en todas partes, fué precisamente el principal impedimento para la formación de un sistema científico. Pero, dejando aparte estos y otros defectos, es un hecho indudable que corresponde á los glosadores italianos el alto mérito de haber dado una dirección científica y doctrinal á la teoría de la eficacia y de la autoridad de las leyes, estableciendo el principio que ha servido de fundamento á la ciencia moderna, esto es, el de la autoridad extraterritorial de ciertas leyes, y de la personalidad de ciertos derechos privados. Este es el gran mérito de la escuela italiana. El feudalismo había inmovilizado el derecho de las personas, subordinándolo á las relaciones territoriales; la escuela italiana, sin haber podido resolver el problema, estableció el principio de la extraterritorialidad de ciertos derechos, y, por consiguiente, de las leyes que debían proteger y garantir el goce de aquéllos (1).

(1) Entre los escritores que emprendieron la tarea de estudiar la cuestión de la concurrencia ó de los conflictos de los estatutos, deben mencionarse en primer término los dos jurisconsultos italianos Bartolo y Baldo. El primero, que nació en Sasso Ferrato, en 1313, en la marca de Ancona y que murió á la edad de cuarenta y seis años, fué llamado por sus contemporáneos el astro y el luminar de los juristas, el maestro de la equidad y el guía de los ciegos, y dejó importantes obras que fueron impresas en Venecia en cuatro volúmenes en folio en 1499. En la primera parte del comentario al Código trata del conflicto de los estatutos. Su contemporáneo Baldo nació en 1324 y murió en 1400; también dejó importantes obras comprendidas igualmente en cuatro volúmenes. Ambos escritores siguieron los glosadores que estudiaron cuidadosamente la materia, sobre todo en los siglos XVI y XVII.

Son importantes, entre otras, las obras siguientes: D'Argentré, *Comentarii in patrias Britonum leges;* Everhard, *Consilia sive responsa juris;* Molineus, *Coment. ad cod. conclusiones de statutis* y *consilium*, 53; Hertius, *De Collisione legum;* Voet (Paul.), *De statutis et eorum concursu;* Voet (Joannis), en su comentario á las *Pandectas*, cap. *De Statutis;* Albericus de Rosciate, *Tractatus de Statutis;* Rodenburg, *De jure quod oritur ex statutorum vel consuetudinum diversitate;* Chrintinœus, *Commentarii in leges municipales Mechlinienses;* Gaill, *Practicarum quœstionum ethicæ observationes*. (A este se le llamó el Papiniano de Alemania). Mascardo, eclesiástico y jurisconsulto italiano, que dejó una importante obra titulada *De probationibus conclusiones;* Bouhier, Presidente del Parlamento de Digione, dejó escritos sobre este asunto dos tomos en folio muy importantes bajo el título de *Les coutumes du Duché de Bourgogne, avec les observations du president Boupier;* Boullenois, *Traité de la personalité et de la realité des lois, coutumes et statuts*, y *Disertations sur des questions qui naissent de la contrarieté des lois et des coutumes* (cuatro tomos); Bretonnier, *Recueil des principales questions du droit que se jugent diversement dans les differents Tribunaux du Royaume, avec des reflexions po ir concilier la diversité de la jurisprudence;* Casaregis, excelente abogado genovés, que dejó escritas obras de gran mérito con el título de *Discursus legales de commercio*. Son también muy importantes los trabajos de Cocceio, *Tractatus de fundatá in territorio jurisdictione* y *jus civile controversum*, y los de Strykius, Stockmans, Struvius, Froland y otros muchos.

27. Después de largas y serias discusiones respecto de las leyes territoriales y extraterritoriales, la ciencia moderna ha fundado con muy buen acuerdo en principios más correctos y racionales los criterios á propósito para decidir qué leyes deben extender su imperio al territorio extranjero, sustituyendo las

formas indeterminadas y confusas de los jurisconsultos de la Edad Media con reglas más correctas y seguras. El mérito principal de la ciencia moderna consiste en haber sabido justificar de un modo racional la autoridad extraterritorial de ciertas leyes, mientras que la teoría de los estatutos había sido impotente para conseguirlo. No podemos, sin embargo, por menos de repetir que los primeros vestigios de la dirección moderna deben buscarse en la teoría de los jurisconsultos italianos del siglo XVII, y de los glosadores que, siguiendo las huellas de Baldo y de Bartolo, establecieron la diferencia que existe entre los estatutos personales y los reales, y demostraron que los primeros debían extender su imperio y su autoridad por todas partes.

Diremos para concluir, siguiendo la opinión de Savigny (1), que aun cuando no puede aceptarse por completo el sistema de los jurisconsultos de la Edad Media (porque, careciendo de fundamento científico seguro y cierto, se presta á errores y á contínuas controversias y opiniones contradictorias, y carece de valor práctico), debemos, sin embargo, considerarlo como el primer paso, aunque inseguro, de la dirección científica.

Algunos autores han creído resolver el problema considerando que, así como las relaciones jurídicas deben mirarse como un efecto de la libre voluntad del hombre, esto mismo debe decirse de la sumisión á la ley. Los que han sabido inventar el famoso contrato social para explicar la existencia de la sociedad, y han considerado las convenciones y los tratados como el fundamento de la sociedad internacional, han querido hallar en el consentimiento presunto de las partes la principal razón para decidir si en todos los casos que puedan ocurrir debería aplicarse ó no con preferencia esta ó aquella ley. Los partidarios de esta doctrina sostienen que, para evitar toda duda acerca de la ley que debe regir toda relación jurídica, conviene atenerse á la voluntad presunta de las partes (2).

(1) Savigny, *Tratado del Derecho romano,* versión castellana, tomo VI.

(2) Véase Bacquet, *Traité des droits de justice,* cap. XXI, números 66 y 67; Froland, *Memoires sur les statuts,* t. II, p. 936.

Esta teoría no resuelve, sino que expone únicamente la cuestión, puesto que no establece criterio alguno para decidir acerca de la presunta aceptación de la ley. No puede decirse que la sumisión del individuo á la ley sea un hecho voluntario por parte de éste. Toda persona tiene á su disposición los hechos de que dependen sus relaciones con la ley; pero establecidas las reglas según las cuales cada individuo debe sujetarse á su ley propia, ésta no obliga porque se presuma aceptada, sino que se presume aceptada porque obliga; hé aquí por qué hacíamos observar que en este orden de ideas la cuestión está planteada, pero no resuelta. Puesto que ciertas leyes obligan al ciudadano en todas partes, y no es permitido al mismo, si quiere conservar la ciudadanía, sustraerse al imperio de la ley nacional, es claro que la necesaria sumisión á dicha ley no puede depender del tácito consentimiento de la persona. Es verdad que el individuo puede evadir el cumplimiento de su ley nacional naturalizándose en el extranjero, y renunciando á la ciudadanía anterior, del mismo modo que si continúa siendo ciudadano puede ó no contratar; pero si bien puede obrar libremente en dicho asunto, no sucede lo mismo respecto á la sumisión á la ley, porque ésta le obliga de un modo absoluto y permanente en todas partes. Concluímos, pues, afirmando que los conflictos de las leyes no pueden resolverse prefiriendo la ley presuntamente aceptada por las partes, porque tal criterio es insuficiente y carece de fundamento científico.

28. Menos racional es todavía el sistema de la reciprocidad, sostenido por algunos jurisconsultos y adoptado por ciertas legislaciones, como por ejemplo, la francesa. Consiste aquél en admitir la ventaja de una extensión extraterritorial para ciertas leyes, cuando el Estado extranjero concede el mismo beneficio á nuestras leyes en su territorio. Este sistema estaba aceptado por las legislaciones en vigor en Italia, y ha sido defendido por Rocco, uno de los más ilustres jurisconsultos italianos de nuestro tiempo que han escrito acerca de la materia que tratamos (1).

(1) La obra de Nicolás Rocco, *Diritto civile internazionale,* ha sido muy elogiada en Francia y en Alemania. Portalis leyó en la

Sin querer nosotros quitar nada del mérito real del docto napolitano, desechamos el sistema que ha sostenido, como poco conforme con los principios de la razón y del derecho. El sistema de la reciprocidad tiende á legitimar las represalias jurídicas, admitiendo que el ejercicio de los derechos civiles, del mismo modo que el de los derechos naturales, puede ser negado á los extranjeros cuando el Estado á que pertenecen niega el ejercicio de esos derechos á los nacionales. No desconocemos que, en los tiempos en que Rocco escribía su libro, el sistema de la reciprocidad era casi una necesidad social. Cuando las represalias y la retorsión estaban consideradas como principios legítimos del derecho público, la reciprocidad tenía su razón de ser en el derecho privado; pero si esto excusa á Rocco, que muestra por otro lado atrevimiento en sus ideas y miras liberales, no legitima sus principios. Basta, efectivamente, con leer algunas de las conclusiones del mismo Rocco, para convencerse de la falsedad del sistema. «Si bien nuestras leyes, dice, deben ser indulgente; con los extranjeros, no debe creerse que, cuando el Estado á que pertenecen nos niega el ejercicio de algunas de las facultades que la naturaleza misma nos concede, no esté permitido practicar lo propio en el reino por represalia. ¿Cómo admitir que los extranjeros pueden heredar en nuestro territorio y disponer de los bienes, si no se nos concede igual facultad en su nación (1). Este principio legitima toda injusticia y toda arbitrariedad, sustituyendo á la razón del derecho la de la utilidad *(a)*.

Academia de París, en las sesiones del 14 y 21 de Mayo de 1842, una Memoria sobre este libro, la cual es digna de consideración, y honra mucho al jurisconsulto napolitano.

(1) Rocco, *Diritto civile internazionale*, parte 1.ª, cap. VIII, página 82.

(a) Siguiendo la doctrina de Aubry y Rau *(Droit civile français*, tomo I, p. 263), dice Mr. Pradier Fœdéré respecto de este punto: «Con razón combate Mr. Fiore la teoría de la *reciprocidad*, teoría caduca, concepción paradójica, que asigna á una nación, como regla de conducta, no la idea de justicia, sino la dudosa adhesión de otra nación más atrasada. Haremos notar, sin embargo, que esta teoría pierde mucho de sus funestos efectos, por la adopción de la doctrina que, distinguiendo entre las facultades ó ventajas comunmente otorgadas por todas las naciones cultas, como desprendiéndose del derecho natural, y aquellas cuyo establecimiento es más especialmente obra del derecho nacional que las ha consagrado, admite á los extranjeros al disfrute de las primeras, como derecho común y sin ninguna clase de condiciones, mientras no les concede el de aspirar á las segundas, sino con determinadas restricciones. Esta distinción no tiene nada de arbitraria, sino que está tomada de la esencia misma de las cosas; y siendo movible por su naturaleza, se presta á todos los progresos de la civilización. El derecho de gentes no es, en efecto, un derecho estacionario, sino esencialmente progresivo. ¿No prueba la experiencia que las diferentes legislaciones civiles tienden incesantemente á aproximarse, y no ha hecho sensibles progresos este trabajo de asimilación, después de la promulgación del Código civil francés? Los redactores de este Código parece que participaban de la idea de que, desde el día en que haya sido admitida una institución por los diferentes pueblos civilizados, estaría sancionada por el consentimiento unánime de todos y se convertiría en una institución de derecho de gentes, el principio de la reciprocidad exigiría que los extranjeros pudiesen invocar en Francia el beneficio de esta institución, lo mismo que los franceses serían admitidos á reclamarlo en el extranjero. Creyeron que la barrera que debía oponerse á las pretensiones de los extranjeros no podía fijarse de una manera definitiva por la legislación, y había que dejar á la jurisprudencia y á la doctrina la posibilidad de salvarla siguiendo la marcha progresiva del derecho de gentes.» Como puede observarse, comienza el distinguido escritor francés por anatematizar la teoría de la *reciprocidad*, y concluye por aceptarla para ciertas instituciones que, admitidas por muchos pueblos civilizados, constituyen verdaderas instituciones de derecho de gentes. A juicio nuestro, desde el momento en que la mayor parte de las naciones cultas atribuyan este alcance á una institución, es obligatorio su reconocimiento de hecho, sin perjuicio de que ella sea tal que lo fuera ó debiera serlo en principios aun antes del mencionado reconocimiento.

29. El sistema seguido por aquellos que quieren subordinar la aplicación de los principios del derecho á la condición de reciprocidad legitima toda injusticia y toda arbitrariedad, sustituyendo á la razón del derecho la de la utilidad, y no es justificable en

modo alguno. En efecto, si se trata de subordinar á dicha condición el ejercicio de los derechos del hombre, se llega á negar los de la personalidad humana, admitiendo que todo soberano puede á su antojo conceder ó negar al hombre el goce y el ejercicio de los derechos civiles, como si esto fueran una concesión del legislador. La ley civil reconoce, determina y garantiza el ejercicio de los derechos civiles; mas no por eso pierden aquéllos su carácter y su naturaleza primitiva, esto es, la de derechos correspondientes á la personalidad humana; no pudiendo, por tanto, sostenerse que tenga el legislador un poder discrecional para conceder ó negar á los extranjeros el goce de sus derechos sólo porque el soberano del Estado á que pertenecen niegue el disfrute de los mismos á los nacionales.

Siempre que quiera aplicarse la condición de la reciprocidad sólo para determinar la ley que debe regir en territorio extranjero el ejercicio de los derechos correspondientes á la persona, se llega necesariamente á la consagración de la injusticia. En el supuesto de que la autoridad extraterritorial de ciertas leyes se derive de los principios del derecho y de la justicia, no puede admitirse que sea lícito violar éstos para proteger los intereses nacionales.

Estableciendo, por ejemplo, que el individuo tiene derecho á que se reconozcan por doquiera su capacidad jurídica y su estado personal, tales como están determinados por su ley nacional, es claro que deberá en tal caso tener dicha ley una extensión que exceda los límites del territorio por una regla de derecho y un principio de justicia, y no podrá subordinarse la aplicación extraterritorial de la ley mencionada á la condición de la reciprocidad, sin hacer condicional el respeto absoluto debido á los principios de la justicia.

30. La teoría de la reciprocidad es una derivación de aquella, no muy correcta por cierto, que atribuye á toda soberanía un derecho absoluto y eminente sobre el territorio, sobre las personas que lo habitan y sus actos jurídicos, y sobre las relaciones de toda especie, cualquiera que sea el título de que procedan, sujetándolas en todo y por todo á la ley territorial. De esta teoría han deducido Fœlix y los jurisconcultos anglo-americanos su

sistema, que se reduce, en sustancia, á desconocer todo principio de derecho y de justicia respecto de la autoridad extraterritorial de las leyes, admitiendo que todo puede depender del interés y de la utilidad recíproca.

En efecto, después de haber establecido como principio fundamental que las leyes no pueden tener ningún valor extraterritorial, deduce Fœlix, como consecuencia, que la aplicación de las extranjeras puede depender exclusivamente del consentimiento expreso ó tácito del soberano territorial, manifestado mediante tratados ó por decisiones de las autoridades judiciales y administrativas. «El legislador, dice este escritor francés, las autoridades públicas y los Tribunales, al admitir la aplicación de las leyes extranjeras, se refieren, no á una obligación cuya ejecución pueda exigirse, sino únicamente á consideraciones de utilidad y de conveniencia recíproca entre las naciones» (1).

Los escritores anglo-americanos admiten, casi por unanimidad, que la aplicación de las leyes extranjeras es una pura cuestión de cortesía. Story, Burge, Phillimore y otros han creído poder elevar á la categoría de un principio la teoría de que la aplicación de las leyes extranjeras en el territorio depende principalmente de la *comitas gentium*, por lo cual tituló Phillimore su obra *Privaté international law or comity*.

No es necesario extenderse mucho para demostrar que el sistema que lo reduce todo á la *comitas gentium* carece de fundamento jurídico, y tiende á negar por completo la ciencia del Derecho internacional privado, puesto que llega á establecer que no hay principios ciertos para resolver los conflictos de las legislaciones, y que todo debe regirse por el interés y la conveniencia.

De este modo llega á negarse todo derecho. Siendo el interés por sí mismo esencialmente variable, claro está que tomándolo como norma sería absolutamente imposible establecer re-

(1) *Traité du Droit international privé;* Introduc., cap. III, número 11.

glas jurídicas para decidir en justicia respecto de la autoridad territorial ó extraterritorial de cada ley.

En la actualidad, la inmensa mayoría de los publicistas está de acuerdo en reconocer la *comitas gentium* como un concepto falaz y arbitrario. Hasta los mismos jurisconsultos anglo-americanos lo han reconocido. Lawrence ha sostenido con valiosos argumentos que la cortesía no puede constituir la base del derecho; que existen principios supremos que deben regir las relaciones de interés privado, lo mismo que las de interés público, y que estos principios son obligatorios para los legisladores y los jueces. También Westlake sostiene que las *comitas gentium* puede ser motivo para admitir la aplicación de una ley extranjera, pero reconoce que aquélla no puede ser suficiente para determinar en cada caso particular qué ley debe aplicarse. Lord Brougham demuestra asimismo que los magistrados no pueden juzgar según las conveniencias, sino con arreglo al derecho. De este modo, la nueva escuela de los jurisconsultos anglo-americanos comienza á reconocer que debe resolverse la cuestión ajustándose á los principios de la justicia universal, y no á lo que puedan exigir el interés y la conveniencia. El haber reconocido ellos mismos que el principio de la *comitas* es incompleto y falaz, es la prueba más segura de que dicho sistema carece de todo fundamento jurídico.

La escuela moderna tiende, en efecto, á encontrar un principio racional para determinar la relación que existe entre las relaciones y los actos jurídicos, y la ley por que deben regirse. Dejando aparte el concepto antiguo, esto es, el de que corresponde á la soberanía un derecho absoluto é ilimitado sobre el territorio, y que los derechos del hombre pueden depender de las relaciones territoriales, se han propuesto los escritores modernos investigar y determinar cuál debe ser la ley que ha de regir cada relación y cada hecho jurídico, teniendo en cuenta la naturaleza de la relación misma, y las relaciones de los sujetos del derecho con la ley á que deben estar sometidos, y con el territorio en que dichas relaciones se desarrollan ó se realizan dichos actos.

31. Siguiendo esta nueva dirección se abandonó, en parte,

la antigua máxima: *Leges non valent extra territorium*, y se procuró establecer el límite de la autoridad de las diversas leyes, indagando y determinando cuáles son las relaciones de derecho sometidas, según su íntima naturaleza y las necesidades sociales, al imperio de cada ley.

32. Debemos consignar que entre los que señalaron la nueva dirección de nuestra ciencia debe mencionarse en primer término á Savigny. Estudiando este ilustre jurisconsulto la cuestión de los límites de las diversas legislaciones positivas, teniendo en cuenta las diferencias de lugar y tiempo y espacio, sostiene la idea de la comunidad de derecho entre los diversos pueblos, y excluye el concepto predominante del absoluto y exclusivo predominio de cada ley territorial. En virtud del riguroso derecho de soberanía, dice el jurisconsulto aleman, «podría imponerse á los jueces de un país la exclusiva aplicación de su ley nacional, sin tener en cuenta las disposiciones contrarias de la ley extranjera. Esta regla no debería, sin embargo, sancionarse por ninguna legislación positiva, porque á medida que aumentan las relaciones entre los diversos pueblos, debe irse renunciando á este principio exclusivo, y admitiendo el contrario, esto es, el principio de una comunidad de derecho entre las diferentes naciones» (1).

No es esta ocasión de examinar cómo Savigny ha resuelto el problema, porque esto nos obligaría á una digresión demasiado extensa; ya lo haremos en el curso del tratado, haciendo notar las divergencias entre las opiniones del eminente jurisconsulto y las nuestras. Pero dejando aparte el examen de cómo se ha resuelto el problema, debemos reconocer, sin embargo, que el gran mérito de Savigny consiste en haber planteado la cuestión con gran precisión y acierto. Discurriendo acerca de los conflictos que pueden surgir en el caso de que una misma relación jurídica pueda regirse por leyes positivas diferentes y contrarias, hace notar, con razón, que no basta ocuparse de los conflictos como

(1) *Sistema del Derecho romano*, tomo VIII (VI de la versión castellana).

del único problema por resolver, sino que es necesario estudiar los límites de las diversas leyes positivas, determinando á cuál debe someterse cada relación jurídica.

Como ya hemos declarado en la primera edición de nuestra obra sobre el Derecho internacional privado, hemos seguido la dirección dada por Savigny cuando dimos principios á nuestras investigaciones. Después de estudios concienzudos nos hemos convencido de que para resolver el problema es necesario determinar los límites de la autoridad de cada ley, en cuanto al espacio, y precisar cuándo debe ser territorial y cuándo extraterritorial la eficacia de cada precepto imperativo; y nos complacemos en consignar que la gran mayoría de los jurisconsultos contemporáneos admite que la aplicación de las leyes extranjeras debe regirse por principios generales de derecho, y considerarse como un deber obligatorio de justicia internacional, no sólo reconocer y respetar los derechos del extranjero, sino también el de abstenerse de determinar por las leyes propias aquellas relaciones jurídicas que por racional competencia deben regirse por leyes extranjeras. Mancini, Laurent, Brocher, Asser y casi todos los miembros del Instituto de Derecho internacional están ya de acuerdo respecto á la dirección de la ciencia. La divergencia entre ellos nace de que aun no se ha llegado á un acuerdo acerca del principio general según el cual debe resolverse siempre acerca de la admisión ó la no admisión de la autoridad de las leyes extranjeras en el territorio. El perfecto acuerdo en este punto no podrá establecerse fácilmente, porque las fórmulas propuestas por los unos se consideran por los otros insuficientes é incompletas. Esto puede, pues, decirse con razón de la suprema regla propuesta por Schaeffner, esto es, que toda relación jurídica debe regirse en todas partes con arreglo á la ley del lugar donde ha nacido (1). En efecto, debe notarse ante todo, que la relación jurídica, producto de un acto de la voluntad humana (contrato, donación, testamento) puede crearse en diversos lugares, y surgiría siempre la dificultad de si debía regirse por una ú otra ley. Si hasta el domicilio puede sustraer á la persona al imperio de su propia ley personal, no pueden sustraer á la familia á la autoridad de la ley que debe regir las relaciones familiares. Por consiguiente, las relaciones de estado personal y las de familia no pueden regirse por la ley del lugar en que aquéllas hayan tenido su origen.

(1) *Derecho privado internacional*, § 32.

Vése, pues, que no podemos aceptar la forma propuesta por Schaeffner.

Tampoco podemos admitir la propuesta por Savigny; esto es, que debe preferirse la ley del lugar en que se reconozca que existe ó reside la relación jurídica, porque para determinar esta residencia debe establecerse previamente cuál es la ley á que debe considerarse sometida la relación misma. Cuando surja la duda de si deberá aplicarse con preferencia la ley personal ó la del lugar en que el acto sea estipulado, ó la de aquel en que se hallan los bienes, no podría determinarse la residencia de la relación jurídica que nace de un acto de esta naturaleza, sin establecer de antemano la ley á que debe considerarse sometido (1).

(1) Entre otros escritores de los tiempos modernos, véase Story, *Conflict of Laws;* Burge, *Commentaires on colonial and foreigns laws;* Phillimore, *Comment. upon international Law*, tomo IV; Westlake, *A treatise on private international Law;* Rocco, *Dell uso e dell'autorità del Reyno delle due Sicilie;* Fiore, *Trattato di Diritto internazionale públlico*, primera edición año de 1865; Esperson, *Del principio di nacionalità;* Lomonaco, *Trattato di Diritto civile internazionale;* Mancini, *Rapporto all Istituto di Diritto internazionale;* Catellani, *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*: Gianzana, *Lo straniero nel Diritto civile italiano;* Milone, *Dei principii e delle regole del diritto intern. priv.* Todos los tratadistas de Derecho civil discurren sobre este asunto. Véase Pacifici Mazzoni, Borsari, Bianchi, Colamarino, Gianturco y otros. Foelix, *Traité du droit intern. privé;* Massè, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens;* Barde, *Theorie traditional des Statuts;* Durand, *Essai de droit intern privé;* Rougelot de Lioncourt, *Du conflit des lois personelles et étrangères;* Schaeffner, *Entwickelung des internationalen Privatrechts.* (De esta obra hay una traducción italiana hecha por Tenore.) Savigny, *System des heutigen roemischen Rechts* (en

Repetimos que estas divergencias no impiden reconocer que en nuestro tiempo se ha planteado el problema bajo un punto de vista científico; y el gran mérito de los escritores contemporáneos consiste en haber eliminado todos los sistemas que negaban en principio toda autoridad á las leyes fuera de los límites del territorio de cada Estado.

el tomo octavo). De esta obra se han hecho una traducción francesa por Guenouxs, otra española por Mesia y Poley, y varias traducciones italianas; Bar, *Das internationale private-und Strafrecht;* Willian-Beach Lawrence, *Comment. sur les Élements du Droit international, e sur l'Histoire des progres du droit des gens di* Wheaton; Wharton, *A treatise on the conflict of Laws or international Law*, segunda edición, 1881; Field, *Draft outlines of international code, Saggio di un Codice internazionale;* Asser, *Schetz von het international privaatrealt;* esta obra fué traducida del holandés por Alphonse Rivier; Laurent, *Droit civil international;* Manuel Torres Campos, *Principios de Derecho internacional privado ó de derecho extraterritorial de Europa y América, en sus relaciones con el derecho civil de España;* Brocher, *Cours de droit international privé suivant les principes consacrés par le droit positif francais.*

Para los trabajos especiales pueden consultarse las bibliografías anuales del *Journal du droit international privé* de M. Clunet y el *Bulletin de jurisprudence de droit intern* , idem, y en la *Revue du droit international*, las ponencias y las deliberaciones del Instituto de Derecho internacional en el *Annuaire de l'Institut* y la bibliografía de las obras *De droit international privé* al final de cada tomo.

CAPÍTULO V

Principios fundamentales según nuestro sistema.

33. Los Estados se hallan sujetos á la suprema ley del derecho.—**34.** Límites de la autonomía del Estado.—**35.** Competencia de cada soberanía como poder legislativo.—**36.** Principio general acerca de la autoridad territorial y extraterritorial de cada ley.—**37.** Dificultades que nacen inevitablemente en la aplicación del mismo.—**38.** Carecemos de criterios positivos para determinar las leyes de orden público.—**39.** La aplicación de una ley extranjera puede causar una verdadera lesión del derecho territorial.—**40.** Necesidad de los tratados para establecer las reglas acerca de la autoridad territorial y extraterritorial de las leyes.

33. Creemos oportuno establecer algunos principios generales que, á juicio nuestro, deben considerarse como base de toda la teoría que en adelante expondremos.

Los Estados, en cuanto se consideran como personas que coexisten en la MAGNA CIVITAS, *están sujetos á la suprema ley del derecho y de la justicia.*

Sin la sociedad de derecho no sería posible la sociedad de hecho entre los Estados: *Ubi societas ibi jus.* No es, en verdad, posible concebir la coexistencia de personas libres (sean físicas ó morales) sin presuponer que se mantiene constantemente entre ellas cierta ley natural de proporción entre sus actos (1).

También es necesario admitir entre los Estados una ley su-

(1) *Si nulla est communitas,* dice Grocio, *quæ sine jure conservari possit, quod memorabile latronum exemplo probabat Aristotelis, certè et illa quæ genus humanum aut populos complures inter se colliget, jure indiget,* Proleg. (23). Conf. Wolf, *Jus naturæ* (art. 7, cap. XLVI); *Jus Gent.* (cap. II); Pradier Fœdéré, *Elements de Droit public.*, p. 35.

Repetimos que estas divergencias no impiden reconocer que en nuestro tiempo se ha planteado el problema bajo un punto de vista científico; y el gran mérito de los escritores contemporáneos consiste en haber eliminado todos los sistemas que negaban en principio toda autoridad á las leyes fuera de los límites del territorio de cada Estado.

el tomo octavo). De esta obra se han hecho una traducción francesa por Guenouxs, otra española por Mesia y Poley, y varias traducciones italianas; Bar, *Das internationale private-und Strafrecht;* Willian-Beach Lawrence, *Comment. sur les Élements du Droit international, e sur l'Histoire des progres du droit des gens di* Wheaton; Wharton, *A treatise on the conflict of Laws or international Law*, segunda edición, 1881; Field, *Draft outlines of international code, Saggio di un Codice internazionale;* Asser, *Schetz von het international privaatrealt;* esta obra fué traducida del holandés por Alphonse Rivier; Laurent, *Droit civil international;* Manuel Torres Campos, *Principios de Derecho internacional privado ó de derecho extraterritorial de Europa y América, en sus relaciones con el derecho civil de España;* Brocher, *Cours de droit international privé suivant les principes consacrés par le droit positif francais.*

Para los trabajos especiales pueden consultarse las bibliografías anuales del *Journal du droit international privé* de M. Clunet y el *Bulletin de jurisprudence de droit intern* , idem, y en la *Revue du droit international*, las ponencias y las deliberaciones del Instituto de Derecho internacional en el *Annuaire de l'Institut* y la bibliografía de las obras *De droit international privé* al final de cada tomo.

CAPÍTULO V

Principios fundamentales según nuestro sistema.

33. Los Estados se hallan sujetos á la suprema ley del derecho.—**34.** Límites de la autonomía del Estado.—**35.** Competencia de cada soberanía como poder legislativo.—**36.** Principio general acerca de la autoridad territorial y extraterritorial de cada ley.—**37.** Dificultades que nacen inevitablemente en la aplicación del mismo.—**38.** Carecemos de criterios positivos para determinar las leyes de orden público.—**39.** La aplicación de una ley extranjera puede causar una verdadera lesión del derecho territorial.—**40.** Necesidad de los tratados para establecer las reglas acerca de la autoridad territorial y extraterritorial de las leyes.

33. Creemos oportuno establecer algunos principios generales que, á juicio nuestro, deben considerarse como base de toda la teoría que en adelante expondremos.

Los Estados, en cuanto se consideran como personas que coexisten en la MAGNA CIVITAS, *están sujetos á la suprema ley del derecho y de la justicia.*

Sin la sociedad de derecho no sería posible la sociedad de hecho entre los Estados: *Ubi societas ibi jus.* No es, en verdad, posible concebir la coexistencia de personas libres (sean físicas ó morales) sin presuponer que se mantiene constantemente entre ellas cierta ley natural de proporción entre sus actos (1).

También es necesario admitir entre los Estados una ley su-

(1) *Si nulla est communitas,* dice Grocio, *quæ sine jure conservari possit, quod memorabile latronum exemplo probabat Aristotelis, certè et illa quæ genus humanum aut populos complures inter se colliget, jure indiget,* Proleg. (23). Conf. Wolf, *Jus naturæ* (art. 7, cap. XLVI); *Jus Gent.* (cap. II); Pradier Fœdéré, *Elements de Droit public.*, p. 35.

prema de sus relaciones jurídicas, sin la cual sería imposible su coexistencia (1).

34. *Todo Estado es autónomo é independiente en los límites fijados por el derecho.*

La individualidad es el carácter esencial constitutivo de la personalidad del Estado, y el carácter distintivo de la individualidad es la existencia *per se*, con una determinada esfera de acción distinta de la de los demás, con un fin propio, con propios medios y con el poder jurídico de obrar sin obstáculos dentro de los límites fijados por el derecho.

Al Estado no puede corresponder la libertad ilimitada y absoluta, puesto que éste sólo puede aspirar á la libertad y á la independencia compatible con la de los demás Estados que con él viven en la *Magna civitas*. Deben, por tanto, respetarse mutuamente como miembros de la familia humana, y respetar la ley de sus relaciones jurídicas. Deduciéndose de aquí que la independencia de cada cual no puede ser otra cosa que *la potestad jurídica de obrar sin obstáculos dentro de los límites fijados por el derecho.*

Debe, pues, admitirse como regla suprema, que el poder soberano de cada Estado, para desarrollarse y ejercer sus derechos de soberanía, debe entenderse con la limitación del respeto debido á los derechos y á los intereses legítimos de los demás Estados.

Síguese de aquí que toda soberanía tiene el derecho exclusivo de hacer las leyes más adecuadas para proteger y conservar su organismo político y los intereses de los particulares. Este poder tiene, sin embargo, sus justos límites, puesto que ninguna soberanía puede, á su arbitrio, someter á sus preceptos legislativos las personas, los bienes y los actos jurídicos, sino que debe tener en cuenta la condición de aquéllas, la naturaleza de las relaciones de derecho, y las exigencias de la vida social, para fijar los límites de su competencia especial como legisladora.

(1) Véase mi obra de *Derecho internacional público* (tercera edición), parte general, lib. I, cap. II (traducida al francés por Mr. Antoine y al castellano por García Moreno.)

35. *La competencia de cada soberanía como poder legislativo, debe ser determinada según los principios del derecho, teniendo en cuenta la naturalezu de la relación jurídica, los intereses sociales y el interés general.*

No puede desconocerse que hasta que se establezca un derecho común obligatorio, mediante tratados, podrá toda soberanía, con entera independencia, admitir ó rechazar la autoridad de las leyes extranjeras, y no podrá concederse á los Magistrados ni á los particulares que se sustraigan al imperio de la ley. Sería, sin embargo, un verdadero contrasentido jurídico el sostener que no existen reglas y principios acerca de la competencia de todo poder legislativo, ó el admitir que los principios del derecho y de la justicia pueden justificadamente trastornarse so pretexto de proteger los intereses nacionales.

El sistema que niega toda autoridad á las leyes extranjeras ó que hace derivar la autoridad extraterritorial de las mismas del beneplácito del soberano ó del interés recíproco, debe considerarse como fundado en el modo exagerado de entender el principio de la independencia de los Estados. Será, sin embargo, una verdad permanente que los intereses generales deben conciliarse siempre con los intereses nacionales y con el respeto debido á los derechos de la soberanía territorial; pero debe reputarse error evidente el sostener que no hay reglas jurídicas para determinar la competencia legislativa de cada poder soberano respecto de las personas, de los bienes, de las sucesiones, de los contratos, del procedimiento de la ejecución de las sentencias extranjeras, etcétera.

36. *Toda soberanía puede regular con sus propias leyes los derechos privados de las personas y las relaciones de las familias sujetas á su autoridad, y los negocios ó actos jurídicos que tengan su origen ó hayan de realizarse en el territorio en que impere, aun cuando las relaciones jurídicas que de ellos se derivan se desarrollen en territorio extranjero, con tal que no se perjudiquen los intereses ni los derechos legítimos de la soberanía territorial ni del orden público.*

Para explicar esta regla debemos observar que la soberanía territorial tiene en nuestro tiempo una base muy distinta de la

que tenía en la época feudal, y que tiene todavía en aquellos Estados que han conservado el carácter y el espíritu del feudalismo. El Estado moderno es un organismo jurídico, y su principal misión se resume en la *tutela del derecho*. La soberanía se considera aun como territorial, pero no en el sentido de que le pertenezca la propiedad del suelo ó el derecho eminente sobre las personas que habitan en el territorio, sino sólo en el sentido de que ejerce el *imperium*, la *auctoritas* y la *jurisdictio* sobre dicho territorio. Los derechos correspondientes á los individuos están protegidos por la ley, pero no se consideran como una concesión del legislador, sino como facultades de la personalidad humana.

Conviene además advertir que la actividad del individuo no puede circunscribirse á los límites territoriales del Estado de que se es ciudadano, sino que tiende á ampliarse hasta los más extensos confines. Sin romper los lazos que lo ligan á su patria, se siente y considera todo hombre como ciudadano del mundo, y no sólo entra en relaciones con extranjeros de países diferentes, sino que atiende á distintos negocios de diversa índole en todos los puntos de la tierra y adquiere bienes y transmite y dispone de su propiedad por actos *inter vivos* ó de última voluntad. De aquí ha resultado de hecho el consorcio internacional, como de la multiplicación de las relaciones entre las personas que se establecen en las ciudades nace su consorcio civil.

Es, pues, evidente que ni todas estas relaciones pueden regirse por la misma ley, ni puede ser indiferente aplicar á un pueblo las leyes hechas para otro. Cada sistema legal, como dice Montesquieu, debe ser propio de cada pueblo, puesto que debe referirse á los usos, á las tradiciones, á la cultura, á las costumbres, á la constitución y á todas las contingencias etnográficas, físicas y morales en que se encuentre. Las leyes deben estar además relacionadas entre sí, con el orden de cosas para que fueron sancionadas, con el fin que se propuso el legislador, y con los intereses que mediante ellas se intenta proteger; y no puede admitirse sin reducir casi á la nulidad la misión del Estado que su competencia legislativa deba ejercitarse dentro de los límites de sus fronteras territoriales.

Debe reconocerse, por otra parte, que incumbe al Estado

conservar el organismo político y todo aquello *quod ad statum rei publicæ spectat*. Por consiguiente, la aplicabilidad de las leyes extranjeras no podrá admitirse en aquello que al aplicarlas perjudicase á la conservación del Estado y á los intereses generales de la comunidad política. De estos dos principios se sigue que puede admitirse la autoridad extraterritorial de las leyes extranjeras en lo que *ad singulorum utilitatem pertinent*, pero que debe considerarse como absoluta y exclusiva la autoridad territorial de las leyes en aquello que *ad statum rei publicæ spectant*.

37. Explicada y aclarada de este modo la regla, no nos atrevemos á decir que hemos aclarado su aplicación. En efecto, resta aun la grave dificultad de distinguir cuáles sean las leyes que tienen por objeto defender el organismo político en aquello que *ad statum rei publicæ spectat*. Esta es verdaderamente la cuestión más grave de la ciencia del derecho. En términos generales, es fácil distinguir las leyes en dos grandes categorías, á saber: las que rigen directamente los intereses generales y proveen á la tutela del derecho social y del orden público, y las que se refieren á los intereses particulares y proveen á la tutela del derecho privado y de la utilidad de los particulares. Por consiguiente, cuando se quiere resolver de hecho si una ley dada pertenece á una ó á otra de dichas categorías, es muy difícil evitar toda duda. Así, pues, las leyes sobre la patria potestad y sobre el poder marital, las concernientes á los actos del estado civil, y otras, forman parte del derecho privado, pero interesan, sin embargo, en alto grado á la constitución del Estado y al orden público, á pesar de que no sean leyes políticas.

En la materia objeto de nuestras investigaciones es aun más grave la dificultad, porque al decidir si una determinada ley ha de clasificarse en una ú otra categoría, debe determinarse también si de la aplicación de la ley extranjera en el territorio del Estado se origina ó no alguna ofensa á la ley territorial, cuya autoridad debe considerarse absoluta y exclusiva en el territorio.

38. La legislación y la ciencia no dan criterios positivos, ciertos y concretos para enumerar las disposiciones legislativas que por diverso título y en distinto grado interesan al orden público. Deben considerarse como tales, no sólo las leyes consti-

tucionales, administrativas, penales y todas aquellas que se llaman generalmente leyes de policía y seguridad, sino también las que proveen á la seguridad de las personas y de la propiedad, á las que velan por la conservación de las buenas costumbres, y, en general, á las que proveen á la organización social. El carácter distintivo de dichas leyes es el de que, dirigiéndose á proteger ciertas exigencias sociales, se imponen absolutamente á todos y no es lícito en ningún caso á los particulares derogar los preceptos imperativos de dichas leyes.

La dificultad de distinguirlas es en ciertos casos verdaderamente grave, porque en sustancia no es posible establecer una línea de separación entre los intereses sociales y los de los particulares asociados, siendo así que, pudiendo sacar los individuos mayores ventajas de la mejor organización social, las leyes que tienden á esto proveen indirectamente á sus particulares intereses, y, por otra parte, el tener cada cual su posición jurídica según se determina y establece por el legislador en sus relaciones con la familia y con su patrimonio, tiende á evitar la confusión y la anarquía, y provee, por consiguiente, á la mejor organización social y al orden público.

Debemos notar además que, así como las exigencias y las necesidades sociales son diversas según las contingencias de lugar y tiempo, en relación al principio, político aun en el interior del Estado, así también las disposiciones de orden público deben con más razón ser diferentes en los diversos Estados. Claro es que toda soberanía debe proteger el orden público y el derecho social, siguiendo aquellos criterios y principios que sean la más fiel expresión de las convicciones jurídicas y morales del pueblo, y que ninguna puede tener la pretensión de imponer las suyas á los demás pueblos ó á las otras soberanías.

No debe elevarse á máxima que el orden público interior haya de considerarse lesionado por admitir en el territorio la aplicación de una ley extranjera, informada por principios de organización social y de orden público diversos de los que prevalecen en el Estado. Si con este concepto quisiera establecerse un criterio de limitación á la autoridad extraterritorial de las leyes, se llegaría á restringir demasiado el campo de su aplicación. El

desarrollo de los mismos principios morales en todo sistema de leyes positivas debe ser diverso, puesto que aquéllas no expresan lo absolutamente justo, sino lo que lo es relativamente, ó sea lo que más conviene, lo que puede ser más adecuado en aquellas circunstancias para conseguir lo mejor y evitar lo peor; por lo cual no puede ningún Estado abrigar la pretensión de haber fijado en sus leyes, mejor que los otros, los principios morales, ó considerarse perjudicado admitiendo leyes extranjeras que en distintas circunstancias hubiesen procedido de diverso modo á desarrollar los principios morales y los de la justicia natural (1).

39. Pueden darse casos en que haya que reconocer que, el admitir la aplicación de una ley extranjera informada en principios diversos y opuestos, ocasione una lesión á las leyes territoriales, á las que no puede atentarse sin atentar al mismo tiempo á la vida jurídica del Estado y al derecho social. Pero el determinar estos casos es la investigación más difícil y más vasta en que se revela el ingenio del jurisconsulto y del magistrado. Estudiando el espíritu de la propia legislación y las principales exigencias de la vida jurídica y social del Estado, puede llegar á de-

---

(1) Las leyes positivas no son las de la naturaleza humana tal como debería ser, sino las del hombre, tal como es en las circunstancias históricas en que se halle, y de aquí que no puedan fijarse en lo mejor absoluto, sino en lo mejor posible y realizable.

Por esto cada sistema de leyes es la expresión de la vida social de un pueblo, y la historia de las diversas instituciones jurídicas representa la de los orígenes, progresos, transformaciones, decadencia y ruina de las diversas instituciones sociales. El derecho positivo representa la evolución progresiva de los principios de la justicia natural y de los principios morales en la conciencia del pueblo. Esta es la razón por que el derecho tiene su historia, y porque ningún pueblo puede pretender haber representado en sus leyes más exacta y rectamente los principios morales. El método experimental aplicado á la ciencia de la legislación, ha puesto de relieve las relaciones entre las leyes y los fenómenos sociales.

Preguntado Solón si había dado á su pueblo las mejores leyes, respondió que las que más le convenían. Estas palabras son la expresión de la más alta sabiduría jurídica y la más sabia lección para los legisladores.

terminarse cuáles sean las disposiciones legislativas, culto absoluto respecto á reclamar las imperiosas exigencias sociales. Determinadas éstas, cuando los efectos que puede producir en el territorio del Estado el reconocimiento de la autoridad de una ley extranjera son atentatorios al imperio absoluto de las leyes, sería una necesidad inevitable negar á dicha ley extranjera toda eficacia.

Todas las leyes pueden dividirse en dos grandes categorías:

La primera comprende las que se proponen crear ó abolir ciertas instituciones jurídicas;

La segunda, aquellas que fundan y desarrollan mejor ciertas instituciones ya existentes, y determinan las condiciones jurídicas para la adquisición, el goce y el ejercicio de los derechos relativos á las mismas.

Las leyes de la primera categoría se subdividen en dos clases. Pertenecen á la primera las que crean nuevas instituciones jurídicas, y determinan en general los derechos relativos á tales instituciones pertenecientes á los que están ó pueden estar sujetos á la autoridad de la ley. A la segunda pertenecen aquellas que tratan de abolir ciertas instituciones jurídicas ó que prohiben en absoluto cualquier relación jurídica referente á ciertas instituciones prohibidas.

La ofensa y la lesión de la ley territorial resultará evidentemente cuando, habiendo ésta abolido una institución jurídica ó la posibilidad de la relación referente á dicha institución, se quisiera invocar la autoridad de una ley extranjera para considerar vigentes la institución abolida ó las relaciones jurídicas relativas á la misma.

Por consiguiente, en la hipótesis de que la ley territorial hubiese dado á una institución admitida también por la ley extranjera, fundamento y desarrollo diverso, y se tratase de reconocer en el territorio la autoridad de dicha ley extranjera respecto de una relación ó de un acto jurídico relativo á dicha institución, en tal caso surgiría la dificultad de un modo inevitable; y las reglas para poder resolverla iremos exponiéndolas en el curso de este tratado.

40. *Los principios generales relativos á la autoridad territorial y extraterritorial de las leyes, sólo pueden ser obligatorios para los Estados mediante los correspondientes tratados.*

La ciencia debe indudablemente investigar y determinar los principios relativos á la autoridad de las leyes, y la importancia de esta investigación científica es mayor que la de cualquier otro ramo de la enciclopedia jurídica, á causa de la falta de un acuerdo respecto de dichos principios fundamentales y de la necesidad de establecerlo. Es además evidente que no podrá conseguirse ver aceptadas por los Estados reglas uniformes para evitar los conflictos entre las leyes de diversos países, si antes no se han generalizado las convenciones jurídicas acerca de la autoridad extraterritorial de las leyes, y no se ha establecido en este punto la comunidad de ideas y de reglas de derecho.

Será siempre una verdad que las reglas jurídicas formuladas por los jurisconsultos no podrán ser positivas para los legisladores y los Magistrados si no han sido aceptadas por los Estados mismos mediante tratados.

Estos son verdaderamente el medio general para convertir las reglas del Derecho internacional en reglas de derecho positivo, no pudiendo declararse de otro modo obligatorios para los Estados los principios del derecho, sino mediante el recíproco consentimiento y la formal obligación contraída en los tratados de observarlos y respetarlos.

A esto se tiende en nuestra época, y será el buen éxito tanto más fácil, cuanto que de una parte reclaman los ciudadanos de todos los países que se resuelvan de un modo uniforme los conflictos entre las diversas legislaciones civiles y comerciales, á fin de que en el rápido y continuo movimiento progresivo de los hombres y de los negocios, pueda cada cual conocer con seguridad la ley que debe seguir y qué Código puede protegerlos. De otra parte, el derecho elaborado por los jurisconsultos adquiere cada vez mayor autoridad como consecuencia de la laudable iniciativa tomada para sustituir la opinión científica individual con la colectiva, manifestada y discutida en los Congresos por los publicistas de los diversos países reunidos para formular cierto número de reglas generales por las que puedan resolverse los conflictos entre las diversas leyes y hacerlas obligatorias para todos los Estados.

Hasta que lleguen á hacerse obligatorias para los Estados ciertas reglas uniformes, podrá siempre suceder que uno ú otro Estado, sin preocuparse de lo que los demás hagan, sancione los preceptos relativos á la autoridad de la ley extranjera en su propio territorio. Esto ha hecho el legislador italiano que ha codificado el modo de resolver los conflictos entre nuestras leyes y las extranjeras, dando á los Magistrados ciertas reglas generales por las que puedan decidir acerca de la autoridad y la eficacia de las leyes extranjeras en el reino de Italia.

Esta generosa y liberal iniciativa es tanto más laudable, cuanto que el legislador italiano no ha subordinado la aplicación de las reglas sancionadas á ninguna condición de reciprocidad. Debemos, sin embargo, notar que nuestras leyes referentes á las relaciones internacionales no pierden su carácter de leyes interiores.

Es verdad que cuando un Estado proclama con un acto unilateral los principios de Derecho internacional, dando á los mismos la sanción por medio de una ley constitucional ó de leyes particulares, asume la obligación de observar y defender los principios por él sancionados, y mantenerlos como obligatorios mientras no se derogue ó modifique la ley por él promulgada. Lleva esto consigo la consecuencia de que un Estado puede asumir una obligación internacional mediante un acto unilateral, y esta es la razón por qué, mientras se hallen vigentes las disposiciones de Derecho internacional privado sancionadas por nuestro legislador, deben reputarse obligatorias por el Estado italiano, por los jueces y por las demás personas sometidas al imperio de nuestras leyes. Sin embargo, si los demás Estados, siguiendo el ejemplo dado por Italia, sancionasen también las mismas reglas de Derecho internacional en sus leyes interiores, no sería esto suficiente para atribuir el carácter de internacionales á las diversas leyes particulares.

Las reglas de Derecho internacional propiamente dichas sólo pueden convertirse en reglas de derecho positivo mediante el *consensus gentium*, y, por consiguiente, sólo mediante tratados generales por ellos estipulados podrá establecerse un derecho uniforme para resolver los conflictos entre las leyes de los diversos Estados.

PARTE GENERAL

Siendo nuestro propósito investigar qué ley debe aplicarse para regular cada relación jurídica cuando llegue el caso de que pueda estar sujeta dicha relación á leyes positivas diversas y contrarias, hemos creído oportuno considerar primeramente la cuestión bajo un punto de vista general, determinando cuál debe ser la ley á que han de reputarse sometidas las relaciones jurídicas concernientes al estado de las personas, los derechos y las relaciones de familia, los derechos patrimoniales y la forma de los actos. Trataremos, pues, de todo esto en capítulos separados, cuyos respectivos epígrafes serán:

De la ley personal;

De la ley de la familia;

De la ley real;

De la ley que debe regir los derechos que se derivan de la sucesión;

De la ley que debe regir los derechos que se derivan de las obligaciones;

De la ley que debe regir las formas de los actos;

De las leyes de orden público.

Examinaremos, por último, cómo debe comprobarse la ley extranjera y ponerse en conocimiento del juez que haya de aplicarla.

Fijando la ley á que debe considerarse sometida en general cada institución jurídica, ó lo que es lo mismo, fijando los límites de su autoridad, se facilitará el modo de resolver en particular los conflictos que pueden surgir siempre que concurran leyes positivas diversas y contrarias, y que sean aplicables á las relaciones que nacen al ejercitar los derechos.

CAPITULO PRIMERO

De la ley que debe regir el estado y la capacidad jurídica de las personas.

41. Concepto general del estado y capacidad jurídica.—**42**. Necesidad de que el estado de la persona se rija por una sola ley.—**43**. Diversos pareceres entre los jurisconsultos de la Edad Media acerca del concepto de la ley del domicilio.—**44**. Opinión de Froland.—**45**. Opinión de Hubert.—**46**. Opinión de Boullenois.—**47**. Opinión de Henry.—**48**. Escritores que sostuvieron la preferencia de la ley del domicilio actual.—**49**. Observación crítica acerca de la teoría de los jurisconsultos modernos.—**50**. Discordancia entre las leyes positivas de los diversos Estados.—**51**. Legislación francesa.—**52**. Derecho vigente en Austria y en otros Estados.—**53**. Lo más racional es que cada cual esté sujeto por doquiera á la ley del Estado de que es ciudadano.—**54**. Confírmase esta teoría con la autoridad del derecho romano.—**55**. Consideraciones de Savigny.—**56**. Inconvenientes que se derivan del sistema que da la preferencia á la ley del domicilio.—**57**. Cómo podrán evitarse estos inconvenientes con el sistema por nosotros preferido.—**58**. En qué casos puede tener importancia el domicilio.—**59**. De la persona que no tenga ciudadanía ni domicilio.—**60**. Cómo deben aplicarse los principios expresados á la capacidad jurídica y á los derechos que de ella se derivan.—**61**. Refutación de la opinión contraria.—**62**. Confirmación de la teoría por la autoridad de los escritores.—**63**. Excepción á la regla establecida.

41. El estado de la persona es el conjunto de las circunstancias ó cualidades jurídicas que la ley atribuye al individuo considerado en sí mismo y en sus relaciones con la familia y con el Estado.

Toda ley determina la condición jurídica de las personas y las circunstancias aptas é idóneas para constituir lo que se llama estado personal. Así, pues, cada individuo debe ser calificado, con arreglo á la ley, como ciudadano ó extranjero; casado ó soltero; padre; hijo legítimo ó natural; mayor ó menor de edad; impedido, inhabilitado, emancipado.

Cada legislador determina además los derechos y los deberes que se derivan del estado personal ó que existen entre las personas de la familia, entre las cuales median relaciones de estado personal, ó entre aquéllas y el Estado; así, pues, atribuye á aquellas personas ciertos derechos y facultades, á otras ciertos deberes y cargos; de donde se deduce que, de estas personas, unas tienen poder y autoridad sobre otras y aun sobre los bienes de estas últimas, y algunas sufren ciertas limitaciones respecto de la capacidad de realizar ciertos actos y de administrar sus bienes ó disponer de ellos.

El derecho que tiene cada persona para ejercitar su propia actividad según las reglas establecidas por la ley á que está sujeta, constituye su capacidad jurídica. Esta capacidad va siempre unida al estado personal, pues éste es siempre el hecho jurídico primordial por cuya consideración atribuye el legislador al individuo aquella capacidad y aquellos derechos determinados.

42. Están de acuerdo todos los escritores en reconocer la suprema necesidad de someter el estado de la persona á una ley única. Los mismos defensores de la máxima rigurosa *leges non valent extra territorium statuentis*, no pudieron menos de considerar, que si el estado y la capacidad jurídica de la persona pudiesen variar con arreglo á las leyes vigentes en los diversos países en que fuese á establecerse, serían inciertos y variables todos los derechos de la persona misma. Habría debido admitirse, en efecto, el absurdo de que el mismo individuo fuese aquí menor y allí mayor de edad, aquí *sui juris*, allí *alieni juris*; que en un punto estuviese sujeta la mujer á la potestad marital y á la necesidad de la autorización para realizar actos válidos, y en otro estuviese libre de toda autoridad de esta clase. Inconveniente verdaderamente grave, y sobre todo en aquellos tiempos en que cada ciudad se regía por estatutos ó costumbres propias diferentes de las que otras ciudades tenían respecto de los más importantes asuntos de la vida y para regular el desenvolvimiento de la actividad civil.

Para evitar este inconveniente y dar á la personalidad civil de cada individuo cierta estabilidad, fué por lo que los más antiguos escritores que defendieron el principio de la exclusiva autoridad territorial de cada ley, hicieron una excepción respecto de las que regulaban el estado de las personas, reconociendo la necesidad de admitir la autoridad extraterritorial de aquellas leyes,

por consideración á la utilidad recíproca y á la *comitas gentium;* y á dichas leyes, que debían continuar rigiendo la persona misma en todas partes, denomináronlas *Estatuto personal* (1).

43. La discordancia entre los jurisconsultos de la Edad Media surgió al tratar de establecer el criterio para fijar el estatuto personal, y al determinar qué leyes debían considerarse comprendidas en él y cuáles excluídas, en lo que ellas llamaban estatuto personal.

Este segundo punto de la disputa adquirió grande importancia, según hemos notado anteriormente, porque habiendo sido derogada la regla *lex non valet ultra statuentis territorium* únicamente en lo que se refiere á las leyes personales, era decisivo el establecer si una disposición determinada debía considerarse dentro del estatuto personal ó del estatuto real, puesto que de ello dependía admitir ó rechazar su autoridad territorial. Pero no es este el lugar más oportuno para tratar este asunto.

Respecto al primer objeto, podrá parecer á primera vista que no existe disparidad de criterio, puesto que todos los escritores están de acuerdo en admitir que el estatuto personal debe ser el del domicilio de la persona. Boullenois, Rodenburg, Hercius, Froland, Bouhier, Voet, Pothier y otros muchos convienen en la misma teoría, hasta el punto de que no han faltado entre los modernos jurisconsultos de gran nota que, para sostener la preferencia de la ley del domicilio, han aducido en apoyo de su opinión la *communis opinio* de los escritores de la Edad Media (2).

Para el que se halle libre de todo prejuicio, aparecerá claro que no existe dicha *communis opinio* entre los escritores mencionados, en cuanto á determinar el criterio para fijar el estatuto personal, que hubo con frecuencia marcado desacuerdo entre los mismos; tanto, que pueden distinguirse dos escuelas, exactamente lo mismo que en nuestro tiempo.

(1) La palabra *estatuto* significa en realidad disposición legal. Tomada en el sentido general y comprensivo, ha sido adoptada esta palabra para denotar todas las disposiciones en su conjunto, y se denominaron *Statuti* las legislaciones que regían cada país. De aquí resultó que todas las disposiciones relativas á las personas se denominasen *estatuto personal*, y las relativas á las cosas *estatuto real*.

(2) Véase Gabba, *Anales de jurisprudencia italiana*, 1866 á 67, parte 3.ª

Debemos notar, que respecto de la ley del domicilio no puede discurrirse en cuanto al derecho moderno como en los tiempos antiguos, cuando cada ciudad se regía por su estatuto propio, y sólo Francia tenía más de 300 *coutumes*, que diferían entre sí en los puntos más graves, como por ejemplo, respecto de la época de la mayor edad; de los derechos y de las relaciones de familia; acerca de la facultad de disponer á título gratuíto, etc., etc. Cuando la solución de cuestiones tan importantes podía ser diversa, según se aplicara uno ú otro estatuto, no podían los escritores sostener que debía preferirse para resolverlas la ley nacional, ó la del Estado á que por su ciudadanía pertenecía el individuo. La relación entre la persona y su ley propia se establecía siempre con el domicilio, por lo que los escritores de la Edad Media se referían á la ley del domicilio, como la que debía constituir el estatuto personal, y la disidencia entre ellos consistía en que algunos opinaban que debía considerarse como ley personal la del domicilio de origen, esto es, la de la patria de cada cual, mientras otros sostenían que debía ser la del domicilio actual de la persona.

La cuestión que establece la verdadera diferencia entre las dos escuelas es la muy importante de saber, si cuando ocurre la *mutatio domicilii* debe aplicarse la ley del nuevo domicilio ó la del primitivo.

Para resolver esta cuestión, sostienen algunos autores resueltamente que el estado y la condición jurídica de las personas deben determinarse por la ley de su actual domicilio.

44. Froland, que es citado por todos como el más firme defensor de la ley del domicilio, cuando trata la cuestión de averiguar si al cambiar éste, el estado de la persona debe determinarse por la nueva ley, se expresa de este modo: «Si se alude al estado de la persona, *abstracte ab omni materia reali*, en ese caso, la ley que ha empezado á fijar su condición, que es la ley del domicilio de origen, conservará su fuerza y su autoridad donde quiera que resida la persona. Así es que, si por la ley del domicilio de origen

una persona es mayor de edad á los veintiún años, y se traslada á otra nación en la cual la mayor edad no empieza hasta los veinticinco, será mayor á los veintiuno, y en su nuevo domicilio podrá enajenar, vender, hipotecar, etc., según su voluntad» (1).

45. Huber formula su doctrina del siguiente modo: «*Qualitates personales certo loco alicui jure impressas, ubique circunferri et personam comitari cum hoc effectu, ut ubique locorum eo jure, quo tales personæ alibi gaudent vel subjectæ sunt fruantur et subjicianturr*. Por consiguiente, añade, los que entre nosotros se hallan sometidos á la tutela ó á una curatela, como los menores, los pródigos, la mujer bajo el poder del marido, estarán obligados á permanecer en todas partes bajo la autoridad de la tutela ó del poder marital; y poseerán y ejercerán los derechos que concede nuestra ley á las personas en tutela. *Qui prodigus hic ets declaratus, alibi contrahens, valide non obligatur, neque convenitur*. Por el contrario, los que según la ley de una nación son mayores á los veintiún años, deben ejercer todos los derechos inherentes á la mayor edad, aun en las naciones en que ésta no empieza hasta los veinticinco años, porque todos los Gobiernos deben hacer efectivas las leyes y prescripciones de las demás naciones, siempre que no perjudiquen á sus propios súbditos ó á sus propias leyes (2).

La teoría de Huber que, sustancialmente, no difiere de la nuestra, es la consecuencia de los principios generales que establece como axiomas y que aclaran más su opinión: *Rectores imperiorum*, dice, *id comiter agunt, ut jura cujusque populi intra terminos ejus exercita teneant ubique suam vim, quatenus nihil potestati aut juri alterius imperantis ejusque civium præjudicetur*» (3).

46. Boullenois no es muy explícito al resolver la cuestión. Hace una distinción entre las calificaciones personales que dependen de la ley por razones generales reconocidas por todas las naciones, y que, una vez adquiridas, acompañan á la persona aun

(1) Froland, *Memoria concerniente á la naturaleza y á la calidad de los estatutos*, cap VII, § 13, pág. 171.
(2) Huber, *De conflictu legum*, lib. I, tít. III, § 12.
(3) Huber, *idem, ibid.* lib. I. tít. I, § 2.°

cuando cambie de domicilio; tales son para él la interdicción, la prohibición de ejecutar ciertos actos por causa de enfermedad mental, la legitimación y otras análogas; además de las calificaciones que dependen de disposiciones particulares de la ley del domicilio, como la patria potestad y la prohibición impuesta á la mujer casada por el Senado-Consulto Veleyano (1).

Y á propósito de la mayor edad, escribía lo siguiente: «¿Qué disposición *(coutume)* debe determinar la mayor ó la menor edad? Acerca de esta cuestión sólo puede haberla entre la ley del domicilio actual y el de origen. En mis disertaciones mixtas he mostrado que era el domicilio del padre y la madre en el día del nacimiento el que debía prevalecer; porque la ley adquiría sobre el niño que nacía de padres domiciliados en su territorio el derecho de velar por él, y este derecho de protección la coloca en situación de seguir al niño á donde quiera que vaya... El lugar del nacimiento imprime en el súbdito una marca indeleble» (2).

47. Sobresale entre los demás Henry, jurisconsulto inglés del siglo XVII, el cual, queriendo determinar la razón por qué debe prevalecer siempre la ley del domicilio de origen, dice que cada Estado ó nación debe presumirse el más capaz para juzgar de las circunstancias físicas de clima y otras, y cuándo las facultades del individuo están física y moralmente desarrolladas de tal modo que pueda proveer á sus propios intereses (3). Esta es la razón aducida por otros civilistas, según observa el jurisconsulto americano Story (4).

48. Entre los que sostienen que el estado y la condición jurídica de las personas deben regirse por la ley de su domicilio actual, citaremos á Hercio, que dice: *Hinc status et qualitas personæ regitur a legibus loci cui ipsa sese per domicilium subjecit. Atque inde etiam fit, ut quis major hic, alibi, mutato scilicet domi-*

(1) Boullenois, *Personalidad y realidad de las leyes*, obser. IV, pág. 53.
(2) Boullenois, *Traité de la personalité des lois*, tít. I, cap. II. observ. IV, pág. 53.
(3) Henry, *On foreing Law*, p. 56.
(4) Story, *Conflict of Laws*, cap. IV.

cilio, incipiat fieri minor (1). De la misma opinión participan Paulo y Juan Voet, Burgundio y Rodenburgl, el cual se expresa en estos términos: *Personæ enim status et conditio, cum tota regitur a legibus loci, cui illa sese per domicilium subdiderit, utique, mutato domicilio, mutari et necesse est personæ conditionem* (2).

También Pothier es mucho más explícito: «El cambio de domicilio, dice, libra á las personas del imperio de las leyes del lugar del domicilio que abandonan, y las somete á las del nuevo que adquieren» (3).

49. De lo expuesto se deduce claramente que la opinión de los autores modernos que consideran al individuo sometido en todas partes á la ley de su patria, aunque contraria á la *communis opinio*, apóyase en la doctrina de los jurisconsultos de la Edad Media, que sostuvieron que debía preferirse siempre la ley del domicilio de origen. No desconocemos que el sistema de la ley del domicilio ha sido sostenido por escritores muy respetables, entre los que podemos citar á Savigny, Story y Demangeat (4), pero son en mayor número los que opinan que debe ser la ley del Estado de que es ciudadano el individuo la que debe regir la condición civil y su capacidad personal (5).

---

(1) Hertii *Opera de collisione legum*, § 4.°, núm. 5.°, p. 122.

(2) Rodenburg, *De jure quod oritur ex statutorum diversitate*, tít. II, p. 2, cap. I, núm. 3.°; V. Voet, *De statutis*, § 4.°, cap. II, número 6.°, y Burgundio, *Tract.*, II, núms. 5, 6 y 7.

(3) Pothier, *Cout. d'Orleans*, cap. I, art. 1.°, núm. 13.

(4) Savigny, *Sistema del Derecho romano*, tomo VI (de la versión castellana); Story, *Conflict of Laws*. Este escritor sostiene también la preferencia del domicilio de origen. El más explícito es Demangeat, que presenta la cuestión de si debe aplicarse la ley francesa ó la ley nacional al extranjero domiciliado en Francia, y contesta: «Nosotros creemos que el domicilio debe predominar sobre la nacionalidad;» nota *(a)* al núm. 29 de Fœlix.

(5 Véase Merlin, *Repert.*, *v.° majorité*, § 4.°; *Autorisation marital*, § 10, art. 4.°; Pardessus, *Droit comm.*, tomo VI, número 1.482, y Zacarias, por Aubrig y Rau, *Cours de Droit civ. franc.*, § 31; Delvincourt, tomo I, § 194; Wheaton, tomo I, capítulo II, § 6.°; Calvo, *Derecho inter.*, 812; Hefter, *Derecho inter.*, § 59; Asser, *Droit intern. privé*; Laurent, *Droit civ. intern*, tomo I; Durant, *Droit intern. privé*; Bar, *Das intern. privat. und Strafrecht*.

Todos los jurisconsultos italianos sostienen calurosamente que el estatuto personal debe determinarse con arreglo á la ley nacional de cada uno, tanto que esta teoría es conocida bajo la denominación de teoría de la escuela italiana. Pescatore fué uno de sus primeros mantenedores en su obra titulada *La logica del diritto*. Casanova lo fué en su *Diritto internazionale*; pero el más enérgico sostenedor de dicha teoría ha sido Mancini, que como cooperó á que la regla se elevase á precepto legislativo, habiendo formado él mismo parte de la comisión que redactó el proyecto de Código civil, influyó para que el Instituto de Derecho internacional la propusiese como regla de derecho.

Mommsen, en su *Archiv. fur. civ. praxis*, 51, p. 152, indicó la idea de que el nuevo Código para el imperio alemán consagre el principio de la preferencia de la ley nacional sobre la del domicilio, la cual, como nota Savigny, ha adquirido la fuerza de un verdadero derecho común en Alemania.

50. Tan discordes como los escritores, se hallan las legislaciones en el modo de determinar la ley que debe regir el estado y la capacidad jurídica de las personas.

El principio de la territorialidad de la ley fué sancionado en el antiguo Código de las Dos Sicilias, cuyo art. 5.° disponía: «Las leyes obligan á todos aquellos que habitan en el territorio del reino, sean ciudadanos ó extranjeros, domiciliados ó transeuntes.»

El sistema de la preferencia de la ley del domicilio se halla adoptado en la legislación de la Gran Bretaña y en la de la América del Norte.

Por el contrario, el Código prusiano tiene una disposición que confirma la doctrina que hemos combatido: «Las cualidades personales y la capacidad de cada individuo están regidas por la ley del lugar en que la persona tiene su domicilio real (art. 23).» Esta disposición se refiere á los súbditos prusianos, y no hace distinción, ya ejerzan sus derechos en una de las provincias de Prusia regidas por una ley diferente, ya en una nación extranjera.

En cuanto á los extranjeros, establece la misma ley: «Los súb-

ditos de los Estados extranjeros que residen ó tienen negocios en Prusia, deben ser juzgados igualmente según las disposiciones precedentes (art. 34).» Por consiguiente, la ley á que está sometida la persona por sí misma, es, según la legislación prusiana, la del lugar en que aquélla está domiciliada. A esta regla general, sin embargo, se ha hecho una excepción especial relativa á la capacidad para contratar. Considerando el legislador que los ciudadanos pueden ignorar la ley que está en vigor en el lugar del domicilio de la persona con quien contratan, ha establecido que «los extranjeros que contraten en Prusia objetos que se encuentren allí, deben ser juzgados, respecto á su capacidad para contratar, según la ley más favorable á la validez del contrato (artículo 35).» Por lo tanto, un contrato hecho en Berlín por un francés mayor de veintiún años es valedero, porque la ley francesa fija la mayor edad á los veintiún años cumplidos; y un contrato hecho por un individuo domiciliado en una nación regida por el Derecho romano, y que tuviese veinticuatro años de edad, es también valedero, porque aunque la ley de su domicilio fije la mayor edad á los veinticinco años cumplidos, se aplicaría la ley prusiana, que la fija á los veintiun años.

51. En la legislación francesa hallamos que el principio sostenido por nosotros está sancionado respecto á los franceses que residen en el extranjero, pero no en cuanto á los extranjeros que residen en Francia. El art. 3.°, párrafo 3.° del Código civil francés establece que: «Las leyes relativas al estado y á la capacidad de las personas rigen á los franceses, aun cuando residan en país extranjero.» Por consiguiente, el francés no puede, en territorio extranjero, estipular válidamente sobre cosas de que estaría incapacitado para hacerlo en Francia, aun cuando, en virtud de la ley del territorio en que se encuentre, tuviese capacidad para ello; como tampoco puede en ningún caso prevalerse en Francia de las disposiciones de una ley extranjera, para dudar, tocante á su capacidad, de la validez de lo estipulado por él en territorio extranjero. Pero las disposiciones del párrafo 3.° del art. 3.°, ¿pueden aplicarse también á los extranjeros que residen en Francia? ¿Estarán éstos bajo el imperio de sus leyes nacionales, en todo lo que concierne á su estado ó su capacidad, ó les es aplicable la ley personal francesa, como opinan algunos (1), después de la autorización que les ha sido concedida por el Gobierno, para establecer su domicilio en Francia?

Los compiladores del Código de Napoleón se han abstenido de resolver esta cuestión importante. No han prescrito formalmente la aplicación de la leyes extranjeras en sus controversias relativas al estado y á la capacidad jurídica de los extranjeros, tal vez por el temor de establecer una regla que hubiera podido comprometer intereses franceses dignos de protección. Merlín dice que del principio de que las leyes francesas relativas al estado y á la capacidad de las personas rigen á los franceses, aun cuando residan en territorio extranjero, se deduce naturalmente que, por reciprocidad, las leyes que rijan el estado y la capacidad de los extranjeros, seguirán á éstos en Francia, y que los magistrados deben juzgar en virtud de esas leyes (2). Los autores franceses y la jurisprudencia aceptan como regla general este principio; pero también es cierto que la legislación no pone en claro los puntos dudosos; que se ha dejado gran parte al buen juicio de los Magistrados; que ilustres jurisconsultos han hecho varias excepciones al principio, y que, por último, si los Tribunales, sin motivos suficientes, se negasen á aplicar la ley nacional de los extranjeros, no podrían por ese solo motivo ser declarados transgresores de la ley francesa, é incurrir, por consiguiente, en la censura del Tribunal de casación, puesto que de hecho la ley no tiene una prescripción formal.

Debemos notar además, que respecto de los italianos, debe admitirse la aplicación de su ley nacional en virtud de lo dispuesto en el art. 11 del Código civil francés, que dispone que los extranjeros gozarán en Francia de los mismos derechos civiles concedidos á los franceses por el Estado á que dichos extranjeros pertenezcan; y como, según nuestro Código, los franceses pueden pedir en Italia la aplicación de la ley nacional en todas las cuestiones concernientes al estado, la capacidad y las relaciones de

(1) Demangeat, *Condición de los extranjeros en Francia*, p. 81.
(2) Merlin, *Repert.*, *v.° Lois*, § 6.°, núm. 6.°

familia, debe considerarse obligatoria en Francia la aplicación de nuestra ley para los italianos en las cuestiones concernientes á dichas relaciones.

52. Según el Código austriaco, artículos 4.º y 34, es aplicable la ley del domicilio respecto de los extranjeros que hayan fijado en Austria su domicilio, cuando para los austriacos se admita en el extranjero que deban regirse en todas partes por la ley austriaca.

El sistema que da la preferencia á la ley del Estado de que es ciudadano el individuo, se halla sancionado principalmente en el Código civil italiano, cuyo art. 6.º dice así: «El estado y la capacidad de las personas y las relaciones de familia, se regirán por la ley de la nación á que pertenezcan» (1).

En el Código holandés de 1829 está sancionado el principio

(1) Según hemos notado en otra obra (*Derecho público internacional*, lib. IV, cap. VI), el haber proclamado el legislador italiano la ley nacional como ley personal, no puede considerarse exacta en la precisión del lenguaje jurídico, y es de sentir que se haya adoptado la misma expresión en las reglas propuestas por el Instituto de Derecho internacional. Mejor hubiera sido que se expresase en estos términos: «la ley del Estado á que cada cual pertenece.»

Es verdad que en nuestro tiempo se emplea indistintamente los términos *Estado* y *nación*, *nacional* y *ciudadano*, y por consiguiente, ley nacional equivale á ley del Estado. No puede, sin embargo, dejar de reconocerse que la expresión *ley nacional* es inexacta; tomando la palabra en el significado jurídico técnico, tiene una significación distinta de la que el legislador ha querido atribuirle.

¿Cuál es, por ejemplo, la ley personal de los pobres, de los bohemios y de los mismos italianos sujetos al Austria? Teniendo éstos sus leyes nacionales, deberá aplicárseles dicha ley.

Si se sostiene, como es natural, que á los polacos sometidos á Rusia debe aplicárseles hoy la ley rusa, y á los italianos sujetos al Austria la ley austriaca, viene á considerarse de este modo dicha ley como nacional para ellos, y á prejuzgar indirectamente la cuestión de la nacionalidad, admitiendo casi que la de aquéllos es la rusa ó la austriaca.

de que la ley nacional acompaña en todas partes al ciudadano (art. 6.º).

Debemos también notar que la ley general alemana del cambio, art. 84, dispone que la capacidad de obligarse por una letra debe apreciarse con arreglo á la ley nacional. La misma disposición se halla en la ley dinamarquesa, art. 84, y en el Código federal suizo, «De las obligaciones», art. 822.

El Código civil del cantón de Berna sanciona también la preferencia de la ley nacional, cuyo art. 4.º dispone: «Las leyes civiles se aplicarán á las personas y á las cosas sometidas á la soberanía del Estado. Los ciudadanos berneses en el extranjero y los extranjeros en Berna, serán juzgados, en cuanto á su capacidad personal, con arreglo á las leyes de su patria respectiva. Las formas de los actos se ajustarán á la ley del país en que se hayan realizado ó estipulado.»

53. No obstante esta gran diversidad entre las disposiciones del derecho positivo, es un hecho digno de notarse el de que en adelante se pueda considerar como regla del derecho común para todos los Estados de Europa, que las leyes relativas al estado y la capacidad jurídica siguen al ciudadano á todas partes, siendo la consecuencia legítima de esta regla otra recíproca, la de que el estado y la capacidad jurídica del extranjero deben regirse por la ley nacional del ciudadano.

Esta regla nos parece la más conforme con los principios racionales, y de aquí los principales argumentos en que dicha opinión se apoya.

Es un hecho general que todo individuo nace siendo ciudadano de una patria, y que la ciudadanía establece una relación permanente entre la ley y el individuo. Este adquiere su personalidad civil con arreglo á la ley de su patria, ley que determina cuándo existe la persona jurídica, si el individuo debe reputarse hijo legítimo, natural ó adulterino; cuáles son los derechos y cuáles los deberes que al ciudadano pertenecen en sus relaciones con la familia, con el patrimonio y con el Estado.

Siendo la ciudadanía una relación libre, voluntaria y permanente mientras el individuo no adquiera otra distinta, parece más conforme al respeto debido á la personalidad humana, que ésta

se rija en todas partes por la ley del Estado en que se halle en relación en virtud de la ciudadanía. No puede, en efecto, suponerse que venga á romperse esta relación por el hecho de habitar en territorio extranjero, ni por el de haber fijado en él su domicilio. El extranjero domiciliado continúa siendo ciudadano de su país, y así como no pierde su carácter nacional ni con el domicilio rompe los lazos que le unen á la soberanía de su patria, así también puede exigir, no sólo que se le considere bajo la protección del soberano nacional, sino pedir además que su condición jurídica, su capacidad, sus derechos, tal y como se hallan determinados por la ley de su patria, sean reconocidos y respetados, no sólo en virtud de los tratados, sino en consideración á los altos principios de justicia que deben regir las relaciones entre los Estados y el libre desenvolvimiento de la personalidad humana. Por otra parte, tampoco puede pretender el soberano territorial que la relación entre el individuo y su ley personal deba considerarse como una relación geográfica, á fin de someter completamente á la ley territorial al extranjero que resida en sus dominios. Tampoco puede suponerse que el extranjero haya podido adquirir, por el simple hecho de su domicilio, las costumbres, el carácter, las cualidades fundamentales jurídicas sobre que se fundan, en parte, las leyes que regulan el estado y la capacidad jurídica de las personas. Debiendo suponerse estas cualidades y este carácter permanente, como la ciudadanía, no puede el soberano territorial tener interés alguno en sustraer al extranjero al imperio de su ley natural, é imponerle las leyes hechas para sus propios ciudadanos. El único derecho de aquél puede ser impedir que el extranjero ejerza los suyos en el territorio en virtud de la ley de su país, cuando el ejercicio y el reconocimiento de tales derechos vengan á ofender los principios del orden y del derecho público vigentes en el territorio.

54. De lo dicho se deduce que el sistema que admite la preferencia de la ley nacional, es por regla general el más conforme á los principios racionales (1). Diremos, pues, con qué limitacio-

(1) Los argumentos aducidos por los escritores que consideran como ley personal la ley del domicilio de origen, pueden también citarse en apoyo de nuestra opinión. Después de haber expuesto la teoría de los mismos, cita Story, entre otros, la opinión de Henry, que se expresa en estos términos. La razón de los civilistas que opinan que para fijar la época de la mayor edad debe prevalecer siempre la ley del domicilio de origen sobre la del domicilio actual, y que debe ser invariable no obstante los sucesivos cambios de domicilio, se funda en que cada Estado ó nación debe presumirse el más competente para juzgar con arreglo á las circunstancias físicas de clima y otras análogas, cuando las facultades de sus ciudadanos deben ser moral y civilmente perfectas. Story, *Conflict of Laws*, § 72.

nes lo aceptamos. Creemos oportuno advertir que apoyan nuestra opinión algunos principios de derecho romano, que indirectamente conciernen á la cuestión de que nos ocupamos.

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

La obligación del *fidepromissor* no pasaba á los herederos como la del *fidejussor;* sin embargo, se admitía una excepción cuando el *fidepromissor* era un *peregrinus,* y cuando la ley positiva de la ciudad á que pertenecía era diferente de la ley romana. *Sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur, nisi si de peregrino fidepromissore quæramus,* ET ALIO JURE CIVITAS EJUS UTATUR (2).

Los que no eran ni *cives* ni *latini,* sino solamente *peregrini* y con ciertas restricciones *(dedititiorum numero)* no podían hacer en Roma un testamento válido, ni como ciudadanos romanos,

(1) Gaii, *Comm.*, I, § 92.
(2) Idem, ibidem, III, § 120.

porque no tenían el título de tales, ni como *peregrini*, porque no eran ciudadanos de ninguna ciudad: *Is qui dedititiorum numero est, testamentum facere non potest, quoniam nec quasi civis romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec cuasi peregrinus*, QUONIAM NULLUS CERTÆ CIVITATIS CIVES EST, UT ADVERSUS LEGES CIVITATIS SUÆ TESTETUR (1). Por consiguiente, si pertenecían á una ciudad determinada, si la ley de su nación reconocía el derecho de testar, y si había reglas especiales para el ejercicio de este derecho, podían hacer en Roma un testamento válido según las leyes de su patria.

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

55. No reproduciremos las doctas consideraciones de Savigny (2) sobre las importantes diferencias jurídicas del *origo* y del *domicilium* según el derecho romano; nos contentaremos solamente con observar que el Imperio romano ha sido una vasta aglomeración de comunidades cívicas, en gran parte municipios y colonias, y de comunidades secundarias, teniendo cada una su constitución más ó menos independiente, sus magistrados, su jurisdicción y hasta su legislación especial. Esta organización, que fué primeramente la de Italia, llegó á ser, en tiempo de los grandes jurisconsultos, es decir, en los siglos II y III de la era cristiana, la organización de todo el Imperio, de modo que sus habitantes pertenecían, ó á la ciudad de Roma, ó á una de estas *comunidades* designadas con el nombre de *civitates* ó *reipublicæ*. Cada individuo estaba en relación inmediata con la ley de su propia *comunidad*, y esta relación se establecía, ó por la ciudadanía, ó por la residencia en el territorio de aquella. La ciudadanía se adquiría de diferentes maneras: *Municipem aut nativitas facit, aut manumissio aut adoptio* (3). Sin embargo, el modo más ordinario

(1) Ulpiano. *Fragm.*, tít. 20, § 14.
(2) Savigny, *Sistema del Derecho romano*, tomo VI (de la versión castellana).
(3) Dig., I, 1, *Ad municip.*, lib. I.

para adquirirla era el nacimiento, hasta tal punto, que se designó con la palabra *origo* esa relación y el derecho que confería. *Cives quidem origo, manumissio, allectio, vel adoptio, incolas vero domicilium facit* (1). Los derechos que derivaban del nacimiento eran muy diferentes de los que procedían de la residencia, y son jurídicamente muy distintos los *municipes* y los *incolæ;* el *jus originis* y el *jus domicilii;* el *forum originis* y el *forum domicilii;* la *patria* y la *domus*.

Es curioso, sin embargo, que un individuo que podía pertenecer á una ciudad por el nacimiento ó por el domicilio, cuando se quería determinar el derecho local que le era aplicable, se prefiriese el derecho de la ciudad á que pertenecía por el nacimiento al de la ciudad de su domicilio. «Tengo por incuestionable, dice Savigny, después de doctas y sagaces investigaciones, que, cuando un individuo tenía el derecho de ciudadanía y de domicilio en diferentes ciudades, la ley local por que era regido estaba determinada por la ciudadanía y no por el domicilio. Hé aquí las razones que hay en favor de esta opinión. En primer lugar, comparando la ciudadanía al domicilio, que podía depender de una voluntad arbitraria ó caprichosa, el derecho de ciudad era por sí mismo un lazo más estrecho y superior; en segundo lugar, era el más antiguo, puesto que se remontaba á la época del nacimiento, y el domicilio no podía ser sino el resultado de un acto posterior de libre voluntad. No había, pues, razón alguna para cambiar el derecho territorial una vez establecido para la persona. En tercer lugar, en el texto de Gayo se lee: *Si alio jure civitas ejus utatur*, y en el de Ulpiano: *Quoniam nullius civitatis civis est*, de donde se deduce que el derecho territorial, al cual la persona se consideraba como sometida, era el de la ciudad y no el del domicilio».

El único caso en que, según Savigny, se aplicaba la ley del lugar del domicilio, era cuando el individuo no tenía el derecho de ciudadanía en ninguna ciudad.

Despréndese de todo lo dicho que, si bien las decisiones de

(1) Cod., lib. VII, *De incolis*, X, 39.

los jurisconsultos romanos eran incompletas, no obstante, la teoría moderna, que da tanta importancia á la ley de la patria de cada uno, tiene mucha analogía con la del Derecho romano, tanto más cuanto que los romanos no entendían por lugar de nacimiento el sitio en que el niño nacía materialmente. *Est autem originis locus in quo quis natus est, aut nasci debuit, licet forte re ipsa alibi natus esset, matre in peregrinatione parturiente.*

56. Los inconvenientes que se derivan del sistema que da á la ley del domicilio la preferencia, vienen también en apoyo de la opinión mantenida.

Habiendo reconocido todos los jurisconsultos la necesidad de hacer cierto y estable el estado de la persona, deberían convenir también en que sería más difícil conseguirlo haciéndolo depender todo del domicilio. La nación de éste no es tan cierta y determinada como la de la ciudadanía, siendo muchas veces difícil decidir si la residencia principal ó el centro de los negocios de una persona, de lo cual depende el domicilio, se halla en un lugar ó en otro. El cambio de domicilio puede efectuarse con suma facilidad, y, por consiguiente, podría también variar con el mismo el estatuto personal.

Conviene además considerar que el empeoramiento de la condición jurídica, que puede ser la consecuencia del cambio de domicilio, no puede justificarse, como dice Rocco, aduciendo que el individuo debe imputarse á sí mismo la culpa, si habiendo cambiado voluntariamente de domicilio, se ha colocado en condición de que cambie su ley personal, porque la variación de domicilio puede ser un hecho necesario respecto de ciertas personas, como el menor no emancipado y la mujer casada, respecto de los cuales el empeoramiento del estado personal podría ser la consecuencia de un simple cambio de domicilio por parte del padre que quisiese ejercer por más tiempo y con más ventajas los derechos de patria potestad, ó por parte del marido, que se propusiere empeorar la condición jurídica de su mujer. También el deudor podrá amenguar las garantías de un acreedor con un simple cambio de domicilio.

57. Reconocemos, sin embargo, que algunos de estos inconvenientes pueden tener también lugar con el sistema que admite

la preferencia de la ley nacional, pero la relación de la ciudadanía es más cierta, más determinada y permanente, y no hallamos la razón, aunque existiesen inconvenientes por una y otra parte, para admitir que las relaciones temporales que se establecen en virtud del domicilio, puedan anular las más íntimas, ciertas y duraderas que ligan al individuo á la soberanía y á la ley de su patria.

Para obviar estos inconvenientes convendría que los Estados se pusiesen de acuerdo respecto de los principios relativos á la adquisición y á la pérdida de la ciudadanía, y á la influencia que respecto de ésta puede ejercer un domicilio prolongado.

58. En algunas legislaciones ha prevalecido el principio de que ni aun el domicilio prolongado pueda servir para la adquisición de la ciudadanía: esto sucede según la ley italiana.

Debemos observar, sin embargo, que aun cuando el domicilio y la ciudadanía sean dos relaciones esencialmente distintas, y no pueda admitirse como regla que por el hecho de trasladar á otra parte el centro de los asuntos propios vengan á romperse las relaciones con la patria, es también un hecho que el núcleo de la asociación política (cuya unidad moral encuentra su última expresión en la soberanía) se forma por la población fija, y que la comunidad de vida social y política sólo puede verificarse bajo la condición de relaciones reales y efectivas. Estas no pueden considerarse rotas por el simple hecho de trasladar á otra parte el centro de sus negocios; y por esto, cuando uno se haya alejado de su patria con intención manifiesta de no volver á ella, y se haya establecido definitivamente en un país, y el establecimiento de este domicilio por su duración hubiese adquirido cierta estabilidad, y el individuo no hubiere hecho declaración alguna expresa de querer conservar los derechos de la ciudadanía de origen, en estas circunstancias debería presumirse que, transcurrido un período determinado (diez años, por ejemplo) se perdiese la primera ciudadanía, y se adquiriese la nueva en virtud del domicilio prolongado *(a)*. De este modo se evitaría el inconveniente de que aque-

(a) Así lo establece, por ejemplo, el art. 13 de la ley de extran-

llos que se hubiesen establecido por muchos años en un país, pudiesen invocar la aplicación de la ley de su patria, con la cual habían roto efectivamente todos sus lazos.

Las relaciones que se derivan del domicilio pueden servir además para determinar la ley personal cuando no haya medio de atribuir á la persona la ciudadanía de un país determinado. En este caso pueden hallarse todas las personas que no pertenezcan á un Estado políticamente constituído y reconocido. Tales son los individuos procedentes de las regiones interiores de Africa, ó los que forman parte de tribus nómadas, y que se han establecido en un país determinado. En este y otros casos, en que no se pueda establecer mediante la ciudadanía la relación entre el individuo y su ley personal, no hay otro hecho más inmediato que el del domicilio.

Debemos notar que la relación que se deriva del domicilio puede tener también su importancia para determinar la ley personal, si se tratase de un extranjero ciudadano de un Estado regido por leyes distintas, como sucede, por ejemplo, respecto de la Gran Bretaña, en donde existe una gran variedad de leyes en Irlanda, Escocia é Inglaterra. En esta hipótesis, además del hecho de la ciudadanía, debe establecerse también el del domicilio, para determinar cuál de las distintas leyes que rigen en las diversas regiones del mismo Estado debe aplicarse con preferencia *(a)*.

59. También puede darse el caso de que no sea posible asignar á la persona ciudadanía ni domicilio alguno. Así, según nuestra ley, cuando se ignora quién sea el padre y la madre, es ciudadano el individuo nacido en el reino. Pero, ¿y si no hubiese nacido en Italia? ¿Y si se tratase de un niño abandonado por un viajero en un coche de un tren, ó por uno que no tenga domicilio fijo? En este caso, cuando fuese necesario determinar la condición jurídica de estas personas, no podría hacerse otra cosa que aplicarles la ley del país en donde residiesen. No puede admitirse que una persona pueda hallarse en la condición verdaderamente anormal de no estar sujeta á ninguna ley civil; por consiguiente, se ajustará á los buenos principios, cuando falte la ley de la patria, considerar como subsidiaria la del domicilio, y cuando en el individuo no pueda hallarse el carácter del ciudadano, ni el del domiciliado, será forzoso reconocer en él el carácter del hombre civil en su naturaleza cosmopolita, y sujeto, como tal, á las leyes del país en que habite.

jería del Imperio alemán en su núm. 3.° que dice así: «La nacionalidad se perderá:..... por la permanencia constante por espacio de diez años en país extranjero.» (*Colección de las Instituciones jurídicas de los pueblos modernos,* tomo II, pág. 103, columna 2.ª)

(a) Esto mismo puede decirse respecto de España, en donde existe también, como es sabido, bastante divergencia entre las leyes y costumbres vigentes en sus diversas regiones, acerca de relaciones importantísimas del estado civil, etc.

60. Los principios expuestos por nosotros acerca de la ley personal de cada individuo deben aplicarse, no sólo para determinar la ley que debe regir su estado, sino también aquella por que debe regirse la capacidad jurídica y los derechos que son consecuencia del mismo. No puede separarse una cosa de otra, como han querido sostener algunos. A la ley á que cada cual debe estar sujeto corresponde, no sólo fijar el estado de la persona, sino también determinar la condición jurídica de la misma y la facultad de ejercitar ciertos derechos que del estado mismo se derivan. Admitiendo la distinción que quieren hacer algunos escritores entre estado y capacidad, y que para decidir si uno es casado ó soltero, si está emancipado ó bajo tutela, debe aplicarse la ley personal, y además para acordar si la mujer casada tiene ó no necesidad de la autorización del marido para obligarse válidamente, ó si el menor necesita de la asistencia ó de la representación del tutor, ó de la autorización del Tribunal, se debe aplicar la ley del lugar en donde se verifica el acto jurídico, se llegaría á hacer ineficaz la autoridad de la ley, á que la persona deberá permanecer siempre sujeta.

Cuando la ley atribuye á un individuo el estado, no reconoce en él una cualidad abstracta, sino una condición jurídica, de la que se deriva la aptitud de llegar á ser sujeto de derechos y de obligaciones. Por consiguiente, las cuestiones de estado y las de

capacidad jurídica están tan íntimamente ligadas, que no pueden resolverse con principios diversos.

61. Los que sostienen la opinión contraria dicen, por ejemplo, que para decidir si un hijo de familia debe reputarse ó no sujeto á la patria potestad deberá aplicarse su ley personal; pero que para decidir si éste podía válidamente prestar dinero sin el consentimiento de su padre, si podía prestar válidamente fianza, etc., deberá aplicarse la vigente en el país en que se llevan á cabo tales actos. Aducen en apoyo de su opinión, que no pudiendo los ciudadanos conocer exactamente de qué actos puede ser capaz el extranjero con arreglo á su ley personal, podrían perjudicarse éstos si aquél pudiera prevalerse de dicha ley para invalidar actos válidos según la ley del lugar en que han tenido efecto. A estos argumentos sólo contestaremos que los ciudadanos deben conocer, ó se presume que no ignoran, que el extranjero, igual al ciudadano en el goce de los derechos civiles, no puede ejercitar éstos sino con arreglo á la ley, á la que deberá permanecer sometido en lo que se refiera á su persona; por consiguiente, que su capacidad personal debe serle atribuída con arreglo á la ley mencionada, y no con arreglo á la del lugar en que se obligue. En el supuesto de que estuviese incapacitado según su ley personal, no debería declarársele capaz aplicándole la ley territorial.

62. Tiene razón Pardesus cuando dice: «Una persona declarada incapaz por la ley del país á que pertenece, no puede relevársela de esta incapacidad aplicándola la ley francesa, porque sólo es capaz dentro de los límites señalados por su ley *nacional*, para los actos que ésta le permite, y llenando las condiciones prescritas por esta ley» (1).

Zacarías se expresa en estos términos:

«El juez francés llamado á resolver acerca de la validez de un acto realizado por un extranjero, é impugnado por éste mismo alegando su incapacidad, debe, en general, ajustar su decisión á la ley nacional del extranjero. Un acto llevado á cabo por un extranjero capaz, según la ley de su país, debe ser declarado válido por el juez francés, aunque según la ley francesa no tenga el extranjero la capacidad necesaria. Recíprocamente, los actos otorgados por un extranjero incapaz según su ley nacional, deben ser anulados aunque tenga la capacidad necesaria con arreglo á la ley francesa» (1).

(1) Pardesus. *Droit comm.*, tomo IV, núm. 1.482, pág. 239 (sexta edición).

63. La única excepción respecto de los principios hasta ahora desarrollados, es la de que no debe admitirse de modo alguno la aplicación de la ley extranjera, ni aun en lo que se refiere al estado y capacidad jurídica de las personas sujetas á la misma, cuando reconociendo la autoridad de dicha ley resultase lesionado ó violado un principio de orden público ó de derecho social sancionado por el legislador del lugar en donde la ley extranjera deba aplicarse. Más adelante explicaremos el verdadero sentido de esta excepción (2). Por ahora consideramos suficiente haber establecido la regla general, esto es, la de que toda ley que regule el estado y la capacidad jurídica de los ciudadanos, debe tener autoridad extraterritorial, salvo el caso en que su aplicación ofenda los principios de orden público ó los del derecho público territorial.

(1) Aubry y Rau, *Cours de droit civ. franc.*, § 31, núm. 2.º *(a)*, página 92 de la cuarta edición.

(2) Véase el cap. VII, en el que tratamos de la autoridad territorial del derecho público y de las leyes de orden público.

CAPITULO II

De la ley que debe regular las relaciones de la familia y los derechos que de éstas se derivan.

64. Idea general de las relaciones de familia.—**65**. El matrimonio como base del estado de familia no puede regirse por los mismos principios que las relaciones convencionales.—**66**. El matrimonio ha sido considerado de muy diverso modo por el derecho positivo.—**67**. Discordancia de los escritores al determinar la ley que debe regir las relaciones de familia.—**68**. El matrimonio no puede equipararse á cualquier otro contrato.—**69**. Opinión de los que quieren que todo dependa de la ley del domicilio matrimonial.—**70**. Crítica de su teoría.—**71**. Nuestra opinión.

64. Las relaciones de familia son las consecuencias del estado de familia, que se deriva principalmente del matrimonio, que es la base fundamental de la misma, y que atribuye al hombre y á la mujer que se unen en matrimonio el estado de esposos, y á las personas que nacen de tal unión el de hijos legítimos.

Los derechos y las obligaciones que de aquel estado se derivan, son consecuencia del estado mismo, y constituyen las llamadas relaciones de familia. Estos derechos y estas relaciones podrían comprenderse también bajo la categoría general de *estado de las personas*. Conviene, sin embargo, tratarlas por separado.

65. El estado de familia tiene, en efecto, su base en el matrimonio, que es el acto más solemne de la vida civil, el cual, como se realiza mediante el consentimiento de las partes, tiene por su naturaleza propia algunos de los elementos que corresponden al derecho convencional. Siendo diversos los modos sancionados por las leyes positivas respecto de las condiciones á que la existencia legal del matrimonio está subordinada, es también un hecho que todos convienen en considerar como carácter esencial de la unión conyugal el que le constituyan con tres condiciones, á saber: la capacidad de los contrayentes de sexo distinto, su consentimiento respectivo de unirse como marido y mujer, y la celebración solemne del acto establecido para la unión conyugal.

Estos elementos, que se hallan en las relaciones convencionales, pudieron dar lugar á la duda acerca de si al determinar la ley que debe regular el matrimonio, del cual se derivan luego las relaciones de familia, pudieran tenerse en cuenta los principios mismos que deben determinar la ley de las relaciones contractuales. Sin embargo, no puede admitirse esto cuando se considera que el matrimonio es la institución social más importante, y que no puede confundirse con ninguna de aquellas relaciones, por más que reconozca como condición esencial el consentimiento recíproco de las partes.

66. Debe notarse además que, respecto de la naturaleza del matrimonio, base de la sociedad civil, han existido y existen todavía las más graves discusiones, porque en aquél no sólo están interesadas las partes contratantes y la nueva familia por él fundada, sino también los terceros que puedan tener relaciones con ella, los de la sociedad, y los principios de la moralidad pública referentes á la organización de la familia.

Según el concepto que prevalece en ciertas legislaciones, aunque, constituído mediante el consentimiento de las partes, se considera el matrimonio como una unión religiosa y perpetua, de manera que la sanción de la religión no se reputa necesaria sólo para imprimir el carácter de la moralidad á la unión sexual, sino también para atribuirle el carácter de acto jurídico ante la ley civil, hasta el punto de que no se considere el matrimonio como un estado civil legal sin obtener la sanción religiosa. En otras leyes ha prevalecido un concepto diverso, á saber: el de considerar ésta como una mera relación civil completamente independiente de las creencias religiosas, y legalmente constituída siempre que el respectivo consentimiento de unirse como marido y mujer se haya prestado bajo las condiciones exigidas por la ley civil para la celebración del matrimonio. Estas leyes han considerado, pues, á aquél como un contrato personal; pero no confundiéndolo con los demás contratos civiles ni subordinándolo á las mismas reglas á que aquéllos se hallan sujetos. Por esto se considera todavía indispensable en algunos países, para proteger

los intereses generales de la sociedad, declarar esta unión perpetua é indisoluble hasta la muerte de uno de los cónyuges; en otros se admite como indispensable para este mismo objeto conceder en ciertos casos la disolución del vínculo conyugal mediante el divorcio, siempre de un modo subordinado á las condiciones establecidas por la ley, las cuales se determinan en los diversos lugares con criterios inspirados en distintos principios.

Finalmente, si se considera que las relaciones de familia son la base de las del patrimonio familiar, las cuales no pueden equipararse á las existentes sobre los bienes considerados en general como objetos del derecho, puesto que los derechos sobre dicho patrimonio están también sujetos á reglas especiales que tienen su fundamento en las relaciones de familia, conduce todo á concluir que es indispensable discutir á parte las cuestiones que conciernen á las relaciones y á los derechos de ésta, no pudiendo tratarlos de un modo ordenado y suficiente bajo la categoría general de *estado de las personas*.

67. Al determinar la ley que debe regir el matrimonio y las relaciones de familia, han sostenido los escritores diversas opiniones. Han creído algunos que podía darse toda la importancia á la autonomía de las partes admitiendo que el matrimonio debía regirse por la ley del lugar en que se celebrase, ó á aquella á que los contrayentes se sometieran al celebrarlo. Esta doctrina, aceptada por el derecho anglo-americano (1), tiene su fundamento en un concepto erróneo, á saber: el de que el matrimonio puede equipararse á cualquier otro contrato. Los jurisconsultos americanos se fundan, en efecto, en las mismas reglas que se aplican á los contratos para establecer la validez del matrimonio; y así como admiten que la voluntaria sumisión á la ley del lugar en que cada cual contrata, debe reputarse suficiente

(1) Dice Story: «Respecto del contrato de matrimonio, han establecido los Tribunales ingleses la regla de que un matrimonio válido entre extranjeros con arreglo á la ley del lugar en que fué celebrado, lo es también en todas partes,» § 79, *Conflict of Laws*. Refiere este autor muchos casos decididos por los Tribunales ingleses y americanos, en los que fué aplicada dicha máxima.

para someter en todo la persona á la ley allí vigente, así también sostienen que debe suceder lo mismo respecto del matrimonio. Sostienen además, que siendo el matrimonio de derecho de gentes, es más oportuno en la práctica en todos los países civilizados que, para decidir respecto de su validez, tenga el juez en cuenta la ley vigente en el lugar en que aquél se haya celebrado (1).

68. Esta opinión no puede justificarse en modo alguno, porque aun cuando, teniendo en cuenta su constitución, quiera considerarse el matrimonio como un contrato consensual y personal, no puede, sin embargo, discurrirse acerca de él lo mismo que respecto de cualquier otro contrato. Relacionándose con él tanto los intereses, y sobre todo los del estado á que la familia pertenece, no puede admitirse que deba dejarse al arbitrio de los cónyuges el someterse por completo á la ley del lugar en donde el matrimonio se celebre, y mucho menos que pueda dejarse á la libre voluntad de aquéllos el referirse á cualquiera ley. La del lugar de la celebración del matrimonio podrá regular las solemnidades y las formas en virtud del principio *locus regit actum;* pero en lo que se refiere á la esencia del mismo y á los requisitos esenciales para su validez, no puede sometérsele á las mismas reglas á que se sujetan las formas externas del acto.

69. La opinión que mayor número de partidarios cuenta es la que sostiene que debe aplicarse la ley del domicilio matrimonial, teoría tan generalmente aceptada, que puede considerarse como una *communis opinio*. Bouhier, Burgundio, Boullenois, Burge, Story, Savigny, Rocco (2) y otros muchos la defienden casi sin darse cuenta de ello, porque les parece un principio incontrovertible. Explícase este hecho considerando que en los tiempos en que escribieron los grandes jurisconsultos antiguos, estaban divididos los Estados en pequeñas fracciones territoria-

(1) Véase la causa Scrimshire citada por Story, § 80.

(2) Bouhier, *Cout. de Bourg.*, cap. XXII, § 18 al 28; Boullenois, *Observ.*, 36; Burge, *Comment. on colonial Law*, parte 1.ª, cap. VI, § 2.º; Story, *Conflict of Law*, cap. VI, §§ 189 á 194; Savigny, *obra citada*, § 379; Rocco, parte 3.ª, cap. XX.

les, y no podía haber otro criterio razonable para determinar los derechos de los cónyuges y las relaciones de familia que la ley del domicilio matrimonial. Cuando por la necesidad generalmente sentida de orden y de unidad legislativa, comenzaron á redactarse los Códigos modernos, continuó prevaleciendo la misma teoría por la constante tradición científica y por la misma vida jurídica de los Estados, que, considerándose aislados, no admitían en su territorio la aplicación de ninguna ley extranjera.

En los tiempos modernos han cambiado, sin embargo, notablemente las condiciones, y no podemos aceptar la opinión de los jurisconsultos antiguos sin examinar su fundamento.

Invocan primeramente sus sostenedores la autoridad del derecho romano, aduciendo, entre otros, los siguientes textos: *Deductione enim opus esse in mariti non in uxoris domum, quasi indomicilium matrimonii* (1).—*Mulieres honore maritorum erigimus, genere nobilitamus, forum est eorum personâ statuimus, et domicilia mutamus* (2).—*Exigere dotem mulier debet illic, ubi maritus domicilium habuit, non ubi instrumentum dotale conscriptum est. Nec enim id genus contractus est, ut potius eum locum spectari oporteat, in quo instrumentum dotis factum est, quam eum in cujus domicilium et ipsa mulier per conditionem matrimonii erat reditura* (3).

Dichos textos no vienen al caso en el asunto de que se trata, porque no suponen ninguna diversidad en la ley reguladora del matrimonio, sino que determinan únicamente el lugar y el modo de ejercitar ciertos derechos y ciertas relaciones que de aquél se derivan.

La cuestión es aquí completamente distinta, pues se trata de determinar cuál sea, entre diversas leyes, la destinada á regular estos derechos y estas relaciones.

Savigny admite que el domicilio del marido debe determinar el derecho local del matrimonio, porque aquél es el jefe de la familia, y porque el *vinculum juris* tiene su origen en el domicilio

(1) Dig., lib. V, *De ritu nuptiarum*, 28, 2
(2) Cod., lib. XIII, *De dignitatibus*.
(3) Dig., L. LXV, *De judiciis*.

del marido. Rocco afirma que, ya sea el marido de nacionalidad italiana, ya extranjero que tenga su domicilio en el reino, podrán aplicarse nuestras leyes moderadoras del estado personal de los cónyuges (1).

70. Es verdad que la opinión de estos dos reputados escritores es consecuencia lógica de su doctrina acerca de la ley personal, y que ésta está fundada en el sistema defendido por ambos. En efecto, habiendo admitido como principio que el domicilio determina el derecho especial á que cada persona está sometida respecto de su estado y su capacidad jurídica (2), para ser consecuentes debían resolver las cuestiones relativas al derecho de familia teniendo en cuenta la ley del domicilio matrimonial. Con razón dice Savigny: «el verdadero asiento ó residencia conyugal no puede dar lugar á dudas, es el domicilio del marido... y este domicilio es el que determina el derecho local del matrimonio;» y Rocco se expresa en estos términos: «el matrimonio produce entre los cónyuges una doble relación: la primera personal, que resulta de su mutua condición y del estado del uno respecto del otro; la segunda real, que surge de los bienes que poseen. Comenzando por la primera relación, fácil es comprender que procede la aplicación de las leyes personales. Se trata de conocer qué estado y condición debe tener el marido, y cuál la mujer; y no es difícil persuadirse que á esto únicamente debe proveer la ley del domicilio» (3). Estas son consecuencias lógicas de sus principios. Sin embargo, para ser también lógicos con nuestro sistema, estamos obligados á separarnos de la opinión de los dos grandes jurisconsultos.

71. A juicio nuestro, cualquiera que sea el lugar en donde se haya celebrado el matrimonio, debe ser éste regido en general por la ley del Estado de que fuese ciudadano el individuo en el momento de la celebración. La razón principal la hallamos en que la familia que se constituye mediante el matrimonio perte-

(1) Véase las leyes citadas anteriormente.
(2) Savigny, *ob. cit.*, §§ 339 y 372; Rocco, parte 3.ª, caps. XXIX y siguiente.
(3) Rocco, cap. XX, pág. 554 (edición de Liburna, 1859).

nece al Estado de que el marido es ciudadano, y que los hijos que puedan nacer de la unión nacen siendo ciudadanos de la patria del padre. Siendo la ley del Estado la que debe proteger civil y jurídicamente la nueva familia que acaba de formarse y los miembros que á ella pertenecen, es más razonable admitir que deben regirse por esta misma ley.

El italiano, el francés ó el ruso que, siendo ciudadanos de su Estado, quieran contraer matrimonio en país extranjero, como conservan en éste su carácter de ciudadanía extranjera, deben considerarse sometidos á la ley de su patria, á la que no pueden sustraerse para realizar un acto tan importante como es la constitución de una familia que pertenece á la misma patria.

¿Qué interés podría tener el soberano territorial ó el del lugar en donde la familia extranjera quisiera establecer el domicilio conyugal para aplicar á ésta las leyes hechas para los ciudadanos? ¿Por qué había de quererse determinar con arreglo á esta ley la capacidad de unirse en matrimonio, las condiciones esenciales para constituir legalmente la familia, los derechos y las obligaciones de los cónyuges entre sí y con su prole, la legitimidad de los hijos y los derechos que son consiguientes al estado civil de filiación legítima? Si la familia es extranjera, si los hijos nacen extranjeros, no vemos razón alguna que justifique la opinión de aquellos que quieren aplicar en todo la ley del lugar de la celebración del matrimonio, ni la de aquellos que quieren se dé preferencia á la ley del domicilio del marido, y estamos plenamente convencidos de la exactitud de la opinión antes manifestada, y que tiene un valioso apoyo en el hecho de haber sido sostenida por Laurent, esto es, la de que las relaciones de familia y los derechos que de ella se derivan deben ser regidas, por regla general, por la ley del Estado de que es ciudadano el marido.

Y no se aduzca en contrario que las leyes que regulan la familia deben ser consideradas como ligadas estrechamente con las instituciones públicas, en que se reflejan los usos y las tradiciones de cada país, los principios de la moral pública y de las buenas costumbres; y que la independencia de la soberanía quedaría menoscabada si las leyes y las instituciones que rigen el matrimonio en un país pudieran tener autoridad para regirlo en otro.

A tal argumentación debemos contestar que, aun cuando el organismo de la familia y el derecho de ésta, considerados en sí mismos, tengan estrechas relaciones con la organización de la sociedad y con el derecho social, no puede, sin embargo, atribuirse tal carácter á cada disposición especial de las concernientes á las relaciones de familia. Aquéllas pueden dividirse en dos categorías, según que tienen por objeto directo é inmediato la defensa de la moral, del orden público y de las buenas costumbres (constituyendo el derecho público matrimonial), ó proveer á la tutela de los intereses privados de los miembros de la familia. También nosotros admitimos que ninguna ley puede tener autoridad para regular en país extranjero el matrimonio de un ciudadano, cuando de reconocer la autoridad de dicha ley resulte una ofensa para la ley territorial de derecho ú orden público. No puede, en efecto, admitirse que á los extranjeros domiciliados ó residentes en un país pueda permitírseles que se sustraigan al imperio de las leyes que en aquél constituyen el derecho público matrimonial, ó invocar la aplicación de la ley de su patria para derogar aquéllas; mas cuando la aplicación de la ley extranjera pueda admitirse sin que tal ofensa resulte, no hallamos una razón que justifique el desconocimiento de su autoridad.

Nuestras instituciones sociales, por ejemplo, no podrán considerarse ofendidas porque una extranjera domiciliada en el país contraiga matrimonio antes de cumplir la edad de quince años exigida por nuestro Código para que la mujer pueda contraerlo, con tal que su ley personal atribuya á la extranjera la facultad de unirse en matrimonio en edad menor que la establecida por este Código. Tampoco podría considerarse lesionado el orden público porque una mujer extranjera esté ó no sujeta á la autorización del marido para realizar actos válidos, ó si el hijo de un extranjero tuviese esta ó aquella parte legítima en los bienes del padre. El derecho público matrimonial podría considerarse en cambio lesionado, si el extranjero, invocando su ley que le permitiese provocar la disolución del matrimonio por medio del divorcio, quisiera ejercitar la acción correspondiente para conseguir que los Tribunales italianos pronunciasen esta disolución y

la autorizasen para unirse después en matrimonio con otra mujer en Italia, pues nuestra ley no reconoce hoy el divorcio.

Síguese de todo esto que puede haber casos en que las relaciones de familia puedan reputarse sometidas á la ley territorial, de lo que procuraremos hablar detenidamente en el curso de este tratado. Por ahora, creemos suficiente haber establecido como regla general que el estatuto de la familia debe determinarse con arreglo á la ley del Estado á que pertenece el marido, con tal que de reconocer la autoridad extraterritorial de aquélla no resulte ninguna ofensa al derecho ni al orden público del país en donde haya de aplicarse.

CAPITULO III

De las cosas y de la ley que debe regir los derechos reales.

72. Del estatuto real y de su autoridad según los jurisconsultos de la Edad Media.—**73.** Divergencia que existía entre los mismos al distinguir las leyes pertenecientes al estatuto real.—**74.** Criterio propuesto por Bartolo.—**75.** Cómo unos procuraron ampliar y otros restringir la extensión del estatuto real.—**76.** Froland, Burgundio y los realistas exagerados.—**77.** Cómo plantearon la cuestión los escritores mencionados.—**78.** Fœlix y los demás escritores franceses.—**79.** Teoría de Demolombe.—**80.** Zacarías.—**81.** Laurent y los escritores franceses que se han emancipado de la doctrina tradicional.—**82.** Los jurisconsultos anglo-americanos.—**83.** La escuela italiana.—**84.** La ley aplicable á los muebles.—**85.** Teoría de Fœlix.—**86.** Los jurisconsultos anglo-americanos.—**87.** Doctrina de Savigny.—**88.** Disposiciones de las leyes positivas acerca de la ley de los inmuebles.—**89.** Razones aducidas por Portalis en apoyo del art. 3.º del Código civil francés.—**90.** Nuestra opinión acerca de la autoridad territorial de las leyes relativas á los inmuebles.—**91.** Teoría racional acerca de la ley aplicable á las cosas muebles.—**92.** Con qué limitaciones puede admitirse la antigua regla respecto de los muebles.—**93.** Principios sancionados por el legislador italiano y ampliación de los mismos.

72. Se ha designado generalmente con la denominación de *estatuto real* el conjunto de leyes aplicables para regir los derechos sobre los inmuebles.

Los jurisconsultos antiguos han estado generalmente de acuerdo en admitir que no puede ejercitarse derecho alguno sobre las cosas inmuebles existentes en el territorio de cada Estado, sino en conformidad con la ley territorial, y han sostenido que es esto indispensable para defender y poner á salvo la autonomía y la independencia de cada soberanía. Habiendo advertido que la organización de la propiedad se halla estrechamente ligada con el régimen político de cada país, y que la soberanía tiene su base en el territorio sobre que impera, se vieron obligados á reconocer que la base misma de la soberonía podría ser socavada si se

la autorizasen para unirse después en matrimonio con otra mujer en Italia, pues nuestra ley no reconoce hoy el divorcio.

Síguese de todo esto que puede haber casos en que las relaciones de familia puedan reputarse sometidas á la ley territorial, de lo que procuraremos hablar detenidamente en el curso de este tratado. Por ahora, creemos suficiente haber establecido como regla general que el estatuto de la familia debe determinarse con arreglo á la ley del Estado á que pertenece el marido, con tal que de reconocer la autoridad extraterritorial de aquélla no resulte ninguna ofensa al derecho ni al orden público del país en donde haya de aplicarse.

CAPITULO III

De las cosas y de la ley que debe regir los derechos reales.

72. Del estatuto real y de su autoridad según los jurisconsultos de la Edad Media.—**73.** Divergencia que existía entre los mismos al distinguir las leyes pertenecientes al estatuto real.—**74.** Criterio propuesto por Bartolo.—**75.** Cómo unos procuraron ampliar y otros restringir la extensión del estatuto real.—**76.** Froland, Burgundio y los realistas exagerados.—**77.** Cómo plantearon la cuestión los escritores mencionados.—**78.** Fœlix y los demás escritores franceses.—**79.** Teoría de Demolombe.—**80.** Zacarías.—**81.** Laurent y los escritores franceses que se han emancipado de la doctrina tradicional.—**82.** Los jurisconsultos anglo-americanos.—**83.** La escuela italiana.—**84.** La ley aplicable á los muebles.—**85.** Teoría de Fœlix.—**86.** Los jurisconsultos anglo-americanos.—**87.** Doctrina de Savigny.—**88.** Disposiciones de las leyes positivas acerca de la ley de los inmuebles.—**89.** Razones aducidas por Portalis en apoyo del art. 3.º del Código civil francés.—**90.** Nuestra opinión acerca de la autoridad territorial de las leyes relativas á los inmuebles.—**91.** Teoría racional acerca de la ley aplicable á las cosas muebles.—**92.** Con qué limitaciones puede admitirse la antigua regla respecto de los muebles.—**93.** Principios sancionados por el legislador italiano y ampliación de los mismos.

72. Se ha designado generalmente con la denominación de *estatuto real* el conjunto de leyes aplicables para regir los derechos sobre los inmuebles.

Los jurisconsultos antiguos han estado generalmente de acuerdo en admitir que no puede ejercitarse derecho alguno sobre las cosas inmuebles existentes en el territorio de cada Estado, sino en conformidad con la ley territorial, y han sostenido que es esto indispensable para defender y poner á salvo la autonomía y la independencia de cada soberanía. Habiendo advertido que la organización de la propiedad se halla estrechamente ligada con el régimen político de cada país, y que la soberanía tiene su base en el territorio sobre que impera, se vieron obligados á reconocer que la base misma de la soberonía podría ser socavada si se

admitiese que una ley extranjera puede regir los derechos sobre los inmuebles. En su consecuencia, establecieron que, no sólo la condición jurídica de las cosas existentes en el territorio, sino también todos los derechos correspondientes á las personas sobre las mismas, el modo de adquirirlas y transmitirlas, y la validez ó nulidad de los actos que tuviesen por objeto los bienes inmuebles, todo debía regirse exclusivamente por la *lex rei sitæ*, y por esto establecieron como máxima ó precepto absoluto: *immobilia statutis loci regantur ubi sita*, y lo aplicaron para decidir toda cuestión jurídica que tuviese por objeto las cosas.

Quid si itaque, dice Voet, *contentio de aliquo jure in re, seu ex ipsa re descendente, vel ex contractu, vel actione personali, sed in rem scripta? An spectabitur loci statutum, ubi dominus habet domicilium, an statutum rei sitæ? Respondeo, statutum rei sitæ*, y concluye su razonamiento con una regla breve y absoluta, *immobilia statutis loci regantur ubi sita* (1).

Boullenois acepta el mismo principio: las leyes reales, dice, no tienen extensión directa ni indirecta fuera de la jurisdicción y de los dominios del legislador (2).

23. Los jurisconsultos de la Edad Media estuvieron todos de acuerdo en admitirla como regla general invariable; surgiendo sólo su disentimiento cuando se trató de decidir si ciertas leyes debían comprenderse ó no en lo que ellos llamaban *estatuto real*. El carácter distintivo de este estatuto y el concepto jurídico de la *realidad* no habían podido determinarlos con nociones exactas, claras y completas.

En teoría era fácil afirmar que debían considerarse como pertenecientes al *estatuto real* todas las leyes que tenían por objeto inmediato todo lo referente á las cosas inmuebles; pero así como las mismas leyes que atribuyen derechos á las personas tienen también en sus efectos ciertas relaciones con los derechos sobre el patrimonio, debía surgir naturalmente, y surgió la duda, de si había de considerarse como objeto principal de estas leyes la persona ó la cosa, y acerca de esto fueron acaloradas é interminables las disputas, sin que fuera fácil evitarlas, porque la dificultad insuperable procedía de que los escritores no podían definir exactamente los requisitos distintivos de la personalidad y de la realidad de las leyes; y no podían, porque cuando el legislador atribuye derechos á las personas y determina la capacidad necesaria para adquirirlos, no atribuye una aptitud y una facultad en abstracto, sino que tiene á la vista el patrimonio ó los bienes que pueden ser objeto de los derechos; por esto se observa que en estas disposiciones legales, la *mens legislatoris* se refiere, bajo un aspecto, á la persona, y bajo otro á las cosas y al patrimonio. La dificultad era, pues, intrínseca y objetiva, y no fue superada porque no podía serlo.

(1) Voet, *De statutis*, § 9.°, cap. I, núm. 2, p. 253.
(2) Boullenois, *Princ. gener.*, 27.

24. Bartolo vino á aumentar la confusión cuando propuso que se examinara atentamente la palabra y la expresión de la ley para determinar de este modo la *mens legislatoris*, poniendo como ejemplo, que si el legislador hubiese dicho *los bienes del difunto pertenecerán al primogénito*, esta disposición debía aplicarse á todos los bienes existentes en el territorio, *quia jus afficit res ipsas sive possidentur a cive sive ab advena;* pero si hubiese dicho el *primogénito sucederá*, la disposición debía aplicarse solamente á los ciudadanos, porque esta ley debía considerarse únicamente como personal (1). Admitiendo semejante criterio, la realidad ó la personalidad de las leyes debía depender del orden de las palabras y de la construcción de la frase (2).

(1) Bartolus, *Ad Cod.*, lib. I, tit. I; *De Summ. Trinit.*, lib. I, *Cunctos populos*, núm. 42.

(2) Stockmans, Molineus, Bouhier, Paulus Voet y Juan Voet aceptan el mismo criterio. Molineo dice: *Aut statutum agit in rem, et quacumque verborum formula utatur, semper inspicitur locus ubi res est. Si statutum dicat, quod minor 25 annis non possit testari de immobilibus, tunc enim non respicit personam principaliter, nec in solemnitatem actus, sed agit in certas res, ad finem conservandi patrimonii, et sic est reale. Quia idem est, ac si dictum esset immobilia non possint alienari in testamento per minores. Unde statutum loci inspicietur, sive persona subdita sit, sive non.* Molineus, *Comm. ad Cod.*, lib. I, tit. I, leg. I; *Conclus. de Statut.*, tomo III, p. 556.

95. Era natural que los escritores llegasen á conclusiones diferentes y contradictorias, y que los que querían ampliar la extensión del *estatuto real*, debían poner mucho cuidado en evidenciar en las disposiciones el elemento en que, á juicio suyo, se fundaba el carácter de la realidad, mientras que los que procuraban aumentar la extensión del *estatuto personal*, debían afanarse en evidenciar el elemento de que dependía la personalidad de la ley.

Dividiéronse los jurisconsultos en dos escuelas, que estuvieron en lucha incesante sin lograr ponerse jamás de acuerdo. Uniéronse á uno de los bandos los que querían conservar el principio feudal, en virtud del cual se consideraban como un accesorio del suelo los derechos del individuo. El caso es que éstos procuraban hallar en toda disposición legal el elemento *real*, á fin de asegurar el predominio de la ley territorial y excluir la aplicación de la ley personal.

A esta escuela pertenecían, entre otros, Argentré, Mascardo, Mevio y casi todos los jurisconsultos holandeses, Delaceriere, Froland, Boullenois y otros muchos.

En el bando opuesto figuran los jurisconsultos filósofos que, esforzándose por emancipar al hombre de las cadenas del feudalismo, procuraban demostrar en dichas leyes la preeminencia de la personalidad, y restringir de este modo la aplicación de la ley territorial, ampliando á la vez la de la patria de cada cual. A esta escuela pertenecían Coquille, Gerard-Titius, Prevost-la-Janés, Stockmans, Bouhier y algunos otros.

96. Froland formula su doctrina y la de la mayoría de los jurisconsultos de su tiempo del modo siguiente: «La primera regla es que el estatuto real no sale de su territorio; de aquí que cuando se trata de una sucesión, del modo de dividirla, de la parte de bienes de que puede disponerse entre vivos ó por testamento, de la enajenación de inmuebles, de la viudedad de la mujer ó de la orfandad de los hijos, de la legítima, del retracto gentilicio, feudal ó convencional, del derecho de patria potestad y otros casos análogos, es necesario atenerse á las leyes y costumbres de los lugares en donde están situadas las propiedades» (1).

(1) Froland, *Mémoires*, 156; idem, 49, 60, 66, 67. Véase también

También hubo algunos, aunque en muy corto número, que llegaron á sostener que hasta las mismas formalidades y solemnidades de los actos que tuviesen por objeto un inmueble, debían regirse, para su validez, por la ley del lugar en que existiese la cosa, aun cuando el contrato se estipulase en otro país. *Si quidem solemnitates testamenti*, dice Burgundio, *ad jura personalia non pertinent: quia sunt quædam qualitas bonis ipsis impressa, ad quam tenetur respicere quisquis in bonis aliquid alterat. Nam ut jura realia non porrigunt effectum extra territorium; ita et hanc præ se virtutem ferunt quod nec alieni territorii leges in se recipiant* (1). También dice Boullenois en sentido análogo: «Cuando la ley exige ciertas formalidades que van anejas á las cosas mismas, debe seguirse la *lex rei sitæ*» (2).

Fué tan grande la confusión, que ciertas leyes, presentadas por algunos como ejemplo de leyes reales, lo fueron por otros como ejemplo de leyes personales. Así, Boullenois, en sus principios generales, después de haber manifestado los requisitos de la ley real y de la personal, pone como ejemplo de esto último el Senado consulto Veleyano. El mismo Boullenois admite después que la ley concerniente á la capacidad de testar debe considerarse como ley real cuando se trata de la propiedad inmueble.

Observamos, en fin, que algunos escritores extendieron de tal modo la autoridad territorial de la ley, que se llegó hasta admitir que la capacidad misma para adquirir un inmueble debía depender de la *lex rei sitæ*, lo mismo que la de disponer de él por un acto entre vivos ó por testamento; y que de la misma ley debían depender los derechos de los cónyuges y los de los hijos, la parte legítima correspondiente á éstos, etc., etc.

97. En los tiempos modernos se ha resuelto de muy diverso

Argentré, *Ad Breton leg. de donatione*, art. 218, glosa 6.ª, número 46; Burgundio, *Tract.*, II, núm. 10, págs. 63 y siguientes.

(1) Burgundio, *ob. cit.*, 6.ª, núm. 2, p. 128.

(2) *Observat.*, núm. 46, tomo II, p. 467. Véase también Argentré, *ob. cit.*, art. 218, núm. 2; Burgundio, *ob. cit.*, 6.ª, núms. 2 y 3; R denburg, *De div. stat.*, tít. II, cap. III, §§ 1.º y 2.º; Sande, *Decisiones fris.*, lib. IV, tít. I, defin., 14.

modo en la doctrina y en las legislaciones de los distintos países la cuestión relativa á la ley que debe regir los inmuebles existentes en el territorio y los derechos que á los mismos se refieren.

En realidad, no han sabido los escritores emanciparse de la teoría de los jurisconsultos de la Edad Media. Habiendo partido éstos del justo principio de que corresponde á cada soberanía el *imperium* absoluto y exclusivo en el territorio del Estado, han deducido de aquí que la ley territorial debe regir exclusivamente los bienes inmuebles existentes en el territorio, y han reproducido en nuestro tiempo la doctrina de aquellos jurisconsultos, sin tener en cuenta que su base era el principio del derecho feudal.

78. Fœlix, entre otros, después de haber sostenido que la ley territorial debe regir los bienes inmuebles situados en Francia, sea quien quiera el dueño de los mismos, excluyendo la ley personal del propietario, cita en apoyo de su opinión á los jurisconsultos de la Edad Media, y deduce de aquí que la *lex rei sitæ* debe regular el derecho de usufructo legal, la extensión del mismo y la obligacion de la persona usufructuaria; y que por lo tanto, el usufructo paterno ó materno (art. 384 del Cód. francés) sólo puede atribuirse con arreglo á la ley del lugar en donde la cosa objeto del usufructo está situada. Admite también que la *lex rei sitæ* debe regir todo lo que se refiere á la sucesión intestada de inmuebles y á la división de la herencia, con abstracción de la capacidad general de la persona; la capacidad de disponer de un inmueble ó de recibirlo por donación entre vivos ó por testamento; la porción de bienes disponible; la prohibición de disponer entre los esposos; todo lo relativo al régimen dotal; las prohibiciones impuestas á ciertos individuos de adquirir ó enajenar inmuebles; las obligaciones que nacen de la venta de un inmueble y las causas que producen la nulidad; la resolución ó la rescisión de dicha venta; las obligaciones que resultan del arrendamiento, ó de la anticresis de inmuebles, y los derechos de hipotecas legal, convencional ó judicial. La ley del domicilio de las partes ó de aquel que dispone de los bienes será aplicable, á juicio de este escritor, cuando se trate de bienes muebles.

Estos son los principales puntos de vista en que nos hallamos en desacuerdo con el autor citado, y los hemos reproducido para

manifestar claramente de qué modo entiende la *realidad* de la ley, y los casos en que la aplica.

La misma teoría aceptan la mayor parte de los escritores franceses, quizá por la influencia de la tradición científica de los grandes jurisconsultos de su país que han escrito antes de la promulgación de los Códigos, y bajo la inspiración de principios muy distintos de los que en nuestro tiempo prevalecen.

79. El mismo Demolombe reproduce como regla general la distinción de las leyes reales y personales (1), denominando del primer modo á las que tienen por objeto predominante y esencial los bienes y se ocupan de las personas de una manera accesoria (2), y no vacila en enumerar entre otras, como leyes reales, todas aquellas que determinan los diversos derechos que tienen por objeto los bienes (3); las que regulan la transmisión de los bienes *abintestato* (4); la ley sobre la reserva y cantidad de bienes disponibles (5); la que determina la parte del hijo natural reconocido en la sucesión paterna y materna (6); la que determina la cantidad de bienes disponibles entre los cónyuges (7); la que declara la inalienabilidad de la dote (8); y concluye sosteniendo que todas las leyes territoriales reales, y particularmente las citadas por él, rigen los inmuebles en general, pertenezcan á quien quiera.

80. Zacarías, el más exacto y el más profundo expositor del Código civil francés, da la definición más racional del estatuto real, que, según él, «se compone de las leyes que tienen por objeto inmediato y principal determinar la condición jurídica de los bienes; pero admite también que deben depender del estatuto real las reglas relativas á la devolución de las sucesiones intestadas, regulares ó irregulares, ordinarias y anormales: á las sucesiones

(1) Demolombe, *Del efecto y aplicación de las leyes*, núm. 90.
(2) Idem, ibid., núm. 76.
(3) Idem, ibid., núm. 77.
(4) Idem, ibid., núm. 79.
(5) Idem, iidd., núm. 80.
(6) Idem, ibid., núm. 81.
(7) Idem, ibid., núm. 83.
(8) Idem, ibid., núm. 85.

testamentarias; á las que restringen la facultad de disponer á título gratuito, sea de una manera absoluta, sea relativa á personas determinadas, y las que regulan la cantidad disponible de los bienes, ora sea ordinaria, ora excepcional (1).

81. Puede decirse, con razón, que la teoría que admite que las leyes que rigen los inmuebles constituyen el estatuto real, es tradicional en Francia (2). Hállase también mantenida en principio, aun en la doctrina de los escritores de otros países, pero todos están de acuerdo en admitir que cada ley debe tener autoridad exclusiva en el territorio, y como éste se compone de los inmuebles, importa que, respecto de éstos, se asegure la aplicación que prevalezca en la ley territorial. Sin embargo, no todos los escritores están hoy de acuerdo en admitir que la territorialidad de la ley deba depender de que ésta rija los inmuebles y los derechos relativos á los mismos. Entre los que mantienen todavía la conocida distinción entre el *estatuto real* y el *personal*, entre los cuales hemos nombrado á Laurent (3), deben distinguirse aquellos que se han emancipado por completo de la teoría tomada de los derechos feudales, que aducía como razón para sostener la aplicación de la ley territorial que ésta provee á la tutela y defensa de las cosas inmuebles que forman parte del territorio.

(1) Zacarias, *Droit civil français*, § 31, núms. 2 y 3.

(2) Véase Argentré, *Commentarii in pratias Britunum leges*; Bouhier, *Les coutumes du Duché de Bourgogne*; Bretonnier, *Questions de droit*; Coquille, *Des coutumes des Nivernois*; Pothier, *Ouvrages*, y *Sur la coutume d'Orleans*, cap. I, § 2.°, núms. 22 á 24, cap. III, núm. 51; Portalis, *Exposé des motifs du Code civil* (Locré, tomo I, p 581); Merlín, *Repert.*, *v.° Loi.* § 6.°; Taulier, *Introduction*; Duranton, *Cours de droit français*; Valette, *sur Proudhon*, tomo I, p. 97; Fœlix, *Droit intern. priv.*, tomo I, §§ 56 y sig; Barde, *Théorie traditionelle des estatuts, etc., etc.* (Bordeaux, 1880). El Tribunal de casación funda también sus decisiones constantemente en la teoría tradicional de que prevalezca el estatuto real.

(3) Laurent mantiene la nomenclatura, porque, como hace notar él mismo, la ha establecido la tradición, y se justifica alegando que el Código penal francés (art. 3.°) consigna la distinción; *ob. cit.*, tomo VI, § 22.

Laurent establece, en efecto, sobre una base absolutamente distinta de las notas características del estatuto real, y esto mismo hacen también los más modernos escritores franceses, entre los que mencionaremos á Antoine (1) y á Durand (2), cuya teoría, respecto de la ley que debe regular los derechos sobre los inmuebles, está fundada en principios distintos de los admitidos por la tradición francesa.

82. En la doctrina de los demás países, y sobre todo en Inglaterra y América, vemos aceptado generalmente el principio de los jurisconsultos de la Edad Media. Puede decirse, en efecto, que es principio general sostenido unánimemente por los escritores anglo-americanos, el de que las relaciones respecto de los inmuebles, de cualquiera clase que sean, deben estar sujetas á la *lex rei sitæ*. Esta regla se aplica rigurosamente á la capacidad de adquirir, enajenar y transmitir los inmuebles; á los derechos sobre los mismos que se derivan de la ley ó de contratos; á las formas y solemnidades exigidas por la ley para adquirir válidamente los derechos sobre los inmuebles. Según esto, ningún acto de cesión ó traslación de dominio de inmuebles puede considerarse como título valedero, según el *Common law (ta give perfect. title)* si no se han observado las formalidades prescritas por la ley territorial, *except according to the formalities prescribed by the local law* (3).

83. En Italia la teoría de los escritores de la Edad Media ha tenido un valioso defensor en Rocco, jurisconsulto napolitano. Habiendo aceptado éste como fundamental la distinción entre el estatuto real y el personal, reputó que debía mantenerse aquél en todas las leyes relativas á las cosas independientemente de la condición de las personas, desde donde se pasó á investigar si el motivo que prevalecía en cada disposición tenía por objeto las cosas ó las personas. Como no pudo establecer á este propósito crite-

(1) Antoine, *De la succession légitime et testamentaire en droit international privé*

(2) Durand, *Essai de Droit int. priv.*

(3) Story, *Conflict of Laws*, cap. X, *Comm. on colon and foreign... laws*, parte 2.ª, cap. XII.

rios seguros, vióse forzado á hacer las mismas aplicaciones que hicieran los jurisconsultos de la Edad Media, sosteniendo que la *lex rei sitæ* debía aplicarse, no sólo para regular la condición jurídica de las cosas existentes en el territorio, sino también los derechos sobre los inmuebles, y por consiguiente, los derechos de sucesión, las donaciones entre los cónyuges, la posesión legítima, la edad para disponer de los inmuebles por testamento, la irrevocabilidad de las donaciones entre vivos y todos los derechos generales que tuviesen por objeto los inmuebles existentes en el territorio (1).

La escuela italiana ha abandonado después de Rocco la teoría tradicional, que pretendía hallar en el objeto de la disposición legal la razón decisiva para atribuir á la misma la autoridad territorial.

Los jurisconsultos que han escrito después se han inspirado, en efecto, en principios más racionales, siguiendo en esto las huellas de Mancini, que en el seno de la comisión que discutió el proyecto de Código civil, sostuvo con calor los nuevos principios establecidos recientemente por los escritores alemanes, y principalmente por Mittermaier, Savigny, Schaeffner, Menken, y adoptados también por nuestro compatriota Pescatore, los cuales no aceptaron el concepto de la territorialidad de la ley con arreglo al derecho feudal.

La escuela de los modernos escritores italianos ha aceptado unánimemente las máximas fundamentales sobre que se funda todo el sistema de Derecho internacional privado, sancionado por nuestro Código civil, y que se resume en no imponer al extranjero las leyes territoriales, ni aun en aquello que regula el ejercicio de los derechos sobre los inmuebles, sino respetar siempre la aplicación de la ley nacional respectiva, es decir, de la patria de cada individuo, aun en lo concerniente á los derechos que se derivan del estado personal, de las relaciones de familia, de la sucesión, de la donación relativa á los inmuebles, con tal que este reconocimiento de la ley extranjera en el territorio so-

(1) Rocco, *Diritto civ. inter.*, parte 1.ª, caps. XIX y XX.

metido á la soberanía italiana no derogue las leyes de orden público ni el derecho público vigente.

Hubo, sin embargo, alguna divergencia entre los jurisconsultos italianos en cuanto al modo de interpretar las reglas sancionadas por el legislador, en cuanto al modo de aplicarlas, y sobre todo, en determinar los justos límites de la excepción que excluye la autoridad de dichas leyes en el territorio. Salvo, sin embargo, ciertas divergencias, podemos decir que los escritores contemporáneos están acordes en admitir que no puede depender de que sea objeto del derecho el inmueble existente en Italia, lo que puede determinar la preferencia de nuestra ley, cuando ésta se halle en concurrencia con la ley extranjera.

Este nuevo concepto, tal como fué expuesto por el mismo Mancini en la Memoria al Instituto de Derecho internacional, es la base de la teoría de todos los escritores contemporáneos, entre los que mencionaremos á Esperson, Lomonaco, Pierantoni, Agnetta-Gentili, Catellani y Fusinato (1).

84. Respecto de la ley aplicable á las cosas muebles y á los derechos referentes á las mismas, se había hecho por los jurisconsultos antiguos una distinción importante, que se ha reproducido después por algunos modernos, á saber: que las cosas antedichas y las relaciones jurídicas que á las mismas se refieren debían ser regidas en todas partes por la ley personal del propietario. La razón dada por ellos para justificar esta diferencia, es que, pudiendo las cosas muebles acompañar á la persona por doquiera, no pueden considerarse fijas en éste ó en aquel territorio, ni retenerlas sujetas á la ley territorial (2). Por otra parte, el

(1) Véase Mancini, *Relazione all Istituto di diritto internazionale sulle régole di diritto internazionale privato*, sesión de Ginebra, 1874; Esperson, *Il principio de nazionalità applicato alle relazioni civili internazionali* (1868); Pierantoni, *I progressi del diritto pubblico e delle genti*; Lomonaco, *Trattato di diritto civile internazionale*; Agnetta-Gentili, *La donazione in diritto internazionale privato*; Catellani, *Il diritto internazionale privato é i suoi recenti progressi*; Fusinato, *Questioni di diritto internacionale privato*. Véase la nota al núm. 90.

(2) Argentré, *Consuetudines Britanniæ, De donatione*, art. 218,

mismo principio feudal, por el que se juzgaba indispensable sujetar en todo la propiedad inmueble á la *lex rei sitæ*, no tenía aplicación á las cosas muebles. De aquí nació la ficción jurídica de considerar los muebles como anejos á la persona á quien pertenecían, y el proverbio *mobilia omnibus personæ inhssrent; mobilia non habent sequelam.*

Bona moventia et mobilia, decía Burgundio, *ita comitari personam, ut extra domicilium ejus censeantur existere, adduci sane non passum* (1).

Mobiles ex conditione personae legem accipiunt nec loco continentur, decía Hercio (2).

85. Entre los escritores modernos, algunos han aceptado la distinción hecha por los antiguos entre las cosas muebles y las inmuebles respecto de la ley á que deben hallarse sometidas.

Las cosas muebles, escribe Fœlix, ya sean corporales ó incorporales, no pueden por su naturaleza tener una situación fija como los inmuebles: su destino depende de la voluntad de la persona á quien pertenecen. Legalmente se presume que cada ciudadano ha reunido todos sus bienes muebles en el lugar de su domicilio; por consiguiente, aunque de hecho se hallen en otra parte, por una ficción legal se consideran como unidos á la persona, y deben regirse por la misma ley que el propietario. Por una ficción legal se considera que los muebles siguen á la persona y están sometidos á la misma ley que rige el estado y la capacidad de aquélla, y ya hemos visto que esta ley es la del domicilio. En otros términos, el estatuto personal rige los muebles corporales ó incorporales. Este estatuto es real por consecuencia de la ficción que le reputa en el lugar regido por este mismo estatuto (3). En apoyo de su opinión cita Fœlix, no sólo á todos los autores

glosa 6.ª, núm. 30; Le Brun, *Traités des successions*, lib. IV, cap. I, p. 28; P. Voet, *De stat.*, § 4.º, cap. II, núm. 2; Rodenburg, *De div. statut.*, tít. I, cap. II; Bretonnier, *Note ad Henrys*, lib. IV, quest., 127; Bouhier, *ob. cit.*, cap. XXV, § 2.º; Boullenois, *De la personalité et realité, obser.* 19.

(1) Burgundio, *Tract.* II, núm. 20, p. 71.

(2) Hercio *De collis*, § 4.º, núm. 6.º

(3) Fœlix, § 61 de la *obra citada*.

antiguos que escribieron sobre la materia, sino también á la mayoría de los modernos, y entre éstos á Kent, Duranton, Story, Borge, Valette, Schaeffner, Taulier y Rocco.

86. Los jurisconsultos ingleses y americanos admiten también la conocida distinción, aceptando en general el principio *Personal property has not locality*, y Lord Loughborough, en la causa Sill, se expresa en estos términos: «Es una máxima de todos conocida, no sólo del derecho inglés, sino también de la legislación de todo pueblo en que el derecho constituye una ciencia, que la propiedad mueble no tiene ninguna situación local fija, lo cual no significa que las cosas muebles no se hallen en un lugar visible, sino que están siempre sometidas á la ley de la persona del propietario, no sólo respecto de las disposiciones que á ellas se refieren, sino también respecto del derecho que puede tener el propietario á transmitirlas ó adquirirlas por sucesión, ó á realizar actos de otra naturaleza. Estos siguen siempre la ley personal (1).

87. Savigny y Waechter han sido de los primeros en combatir la diferencia admitida según la tradición científica, y aunque han partido de diverso punto de vista, han llegado, sin embargo, á la misma conclusión, demostrando que falta la razón jurídica para sustraer los muebles al imperio de la ley territorial. Su opinión ha sido aceptada por muchos jurisconsultos modernos, que excluyen la distinción generalmente admitida entre los muebles y los inmuebles respecto de la ley que debe regular los derechos sobre los mismos, aunque reconozcan que debe existir una diferencia, teniendo en cuenta la que existe en la condición jurídica de las cosas. Mühlenbruch, Eichorn, Chassat, Bar, Wharton, Westlake, Asser, Laurent y otros, están de acuerdo en reconocer que ciertas relaciones jurídicas, que tienen por objeto los bienes muebles, deben ser regidas por la ley del lugar en que se hallan. Para el caso de someterlas á la ley del propietario, se han divido dichos escritores, hasta el punto de admitir unos la ley del domici-

(1) Sill Worswick, I; H. Black, 690, citado por Story, *Conflict of Laws*, § 360.

lio, y otros, entre los cuales podemos citar á Laurent, la de la ley nacional. Esta es también la opinión de los jurisconsultos italianos Mancini, Esperson, Lomonaco y otros (1).

88. En los Códigos modernos se halla uniformemente sancionada la máxima de que los inmuebles deben regirse por la *lex rei sitæ*.

El Código de Baviera, el primero de los Códigos alemanes en el orden cronológico, somete á la *lex rei sitæ in causis realibus et mistis* todos los bienes corporales ó incorporales, muebles é inmuebles (part. 3.ª, c. 2.º, § 17). El Código prusiano (§ 35, introducción) dispone que «los bienes inmuebles serán regidos por las leyes de la jurisdicción en cuyos dominios se hallen situados, sin consideración alguna á la persona del propietario.» El Código austriaco (§ 300): «Todos los inmuebles se hallan sometidos á la ley del lugar en que están situados.» El Código francés (artículo 3.º, apartado 2.º): «Los inmuebles, aun los poseídos por un extranjero, son regidos por la ley francesa.» Análoga disposición encontramos en el Código badenés, en el del reino de Polonia (art. 3.º), en el de Holanda (art. 7.º), en el del cantón de Vaud (art. 2.º), en el de Berna (art. 4.º), en el de Friburgo (artículo 1.º), en el de Luisiana (art. 9.º). También el Código civil italiano dispone: «Los bienes inmuebles están sometidos á las leyes del lugar en que se hallan situados.»

89. Las razones con que se ha justificado la máxima generalmente sancionada, fueron expuestas por Portalis cuando se trató en Francia de la redacción del art. 3.º del Código civil.

«Es esencial, dijo, que la soberanía sea indivisible, y que extienda su autoridad exclusiva á todo el territorio, así como la extiende á todas las personas que lo habitan. La soberanía no sería completa si estuviera dividida, si una parte del territorio pudiera hallarse sometida á leyes extranjeras, porque formando el conjunto de los inmuebles el territorio público de un pueblo, es necesario que se rijan exclusivamente por las leyes del mismo. En una palabra, la realidad de las leyes concernientes á los inmuebles es una emanación de la soberanía; los particulares que poseen inmuebles no pueden oponer al legislador su cualidad de extranjeros y pedir que dichos bienes sean regidos por su ley personal, porque resultaría de aquí que una parte del territorio estaría sometido á una ley extranjera, y por consiguiente, no sería completa é íntegra la soberanía, sino que estaría dividida, siendo así que por su esencia es indivisible. Para que sea completa, es necesario que todo el territorio, esto es, todos los inmuebles, sean regidos por un solo soberano, por el soberano territorial» (1).

(1) Véanse las obras citadas.

90. Nosotros no podemos aceptar el concepto sancionado como regla general por las leyes positivas, según ha sido entendido por los escritores que querían perpetuar la teoría de los jurisconsultos de la Edad Media. Admitimos que el territorio es en cierto modo la base material de la soberanía y que corresponde á ésta el derecho eminente sobre todo el territorio sometido á su imperio y sobre todas las cosas que en aquél se hallan. No podemos, sin embargo, admitir que cada soberanía pueda sujetar al imperio de sus propias leyes todos los derechos, bajo cualquier título adquiridos sobre las cosas, y pretenda regir con dichas leyes el ejercicio de tales derechos, hasta el punto de desconocer la autoridad de la ley del Estado á que pertenece la persona (y que atribuye á ésta derechos patrimoniales reales), ó la autoridad de la ley vigente en el lugar donde tuvieran efecto las relaciones contractuales referentes á las cosas existentes en el exterior.

A la soberanía territorial debe atribuirse, en efecto, el dominio eminente sobre todo el territorio, y como éste se compone de todos los *inmuebles reunidos y contiguos*, es también natural y lógico admitir que el imperio y la autoridad de la ley territorial debe ser exclusiva é indivisible, considerada en relación con dichos inmuebles, lo cual equivale á decir en aquello que rige los inmuebles considerados *uti universitas*. De este principio no pue-

(1) *Segunda exposición de motivos del título preliminar*, números 14 y 15.

de llegar á deducirse que cualquiera que sea el derecho de cada cual sobre la cosa inmueble, debe ser regido por la *lex rei sitæ*; porque esto conduciría á reproducir en nuestro tiempo el concepto de la propiedad según el derecho feudal, y hacer de los derechos del hombre un accesorio de la tierra.

En aquella vasta jerarquía que fué la consecuencia del feudalismo, todo se fundaba en la organización de la propiedad y en las relaciones que ligaban los vasallos á su señor, á consecuencia de la distribución de las tierras conquistadas hecha por éste. Según el sistema feudal, la propiedad era respecto de todos una concesión del señor, y así se hallaba dividida, viniendo cada cual á ser poseedor de la tierra, con la facultad de disfrutar únicamente los derechos y privilegios anejos al feudo, según la constitución primitiva de éste y la investidura obtenida.

Dado este orden de cosas, era muy natural considerar los derechos del hombre como un accesorio de la cosa, porque ninguno adquiría los de propiedad y la facultad de transmitir la tierra á su antojo; á veces las relacionss personales entre el poseedor y la tierra poseída, las relaciones de familia y los derechos patrimoniales á cualquier título, estaban subordinados á la ley constante que regía la posesión de la tierra, y que tendía principalmente á conservar el carácter originario y constitutivo del feudo.

Cuando se sintió la necesidad de modificar esencialmente tal orden de cosas, no desapareció la confusión de una vez y por completo, porque los Estados que se formaron conservaron los vestigios de los grandes feudos, y cada soberano procuró guardar celosamente todas las instituciones relativas á la propiedad de la tierra y al disfrute de todo derecho patrimonial real, porque se continuó suponiendo que toda ley concerniente á los inmuebles afectaba directamente al principio político y á la Constitución del Estado.

En nuestro tiempo ha sufrido este estado de cosas una transformación sustancial en virtud de la ciencia y de los progresos del derecho público. Admitiendo también hoy que el territorio es la base material de la soberanía, admítese al mismo tiempo que ninguna soberanía puede considerarse aislada; que su fuerza principal no se funda en las relaciones que se derivan de los de-

rechos de la tierra, de las combinaciones ficticias ni de los privilegios establecidos en vista de estas relaciones. Hoy se ha comprendido que aun cuando entre las leyes que regulan los derechos sobre las cosas haya algunas que tienen estrecha relación con las instituciones y con el principio político del Estado, sin embargo, no todas las leyes tienen el mismo carácter hasta el punto de justificar la regla inflexible que pretende someter á las *lex rei sitæ* los derechos de las personas sobre los inmuebles y los modos de adquirirlos, enajenarlos y transmitirlos. Se ha llegado, por consiguiente, á concluir que, aun admitiendo la autoridad territorial exclusiva de ciertas leyes, que versan acerca de los derechos sobre los inmuebles, viene á resultar necesariamente un concepto muy diverso del establecido por los escritores de la Edad Media para decidir cuándo debe cada ley tener autoridad exclusiva en el territorio del Estado.

En el orden de ideas seguido por nosotros, queriendo establecer, respecto de este punto, un principio racional, conviene notar que las leyes que regulan la propiedad y los derechos que de ellas se derivan, pueden distinguirse ó clasificarse en dos grandes categorías. Una tiene por principal objeto defender los intereses generales de la asociación política considerada *uti universitas*, y proveer á la consolidación de los derechos y de los intereses de los propietarios particulares con los derechos y los intereses públicos del Estado. La otra se propone determinar los derechos de los individuos sobre las cosas, y regular y garantir su ejercicio, considerando á dichos individuos *uti singuli* en relación con la propiedad y con la familia. Tanto una como otra, consideradas en sí mismas, forman parte, la primera, del derecho público del Estado y de las leyes de orden público; la segunda, del derecho privado.

Es, pues, claro que, así como no podría admitirse violación, ofensa ni derogación alguna de las leyes del derecho y del orden público (porque esto equivaldría á atentar contra los intereses sociales, contra la vida y la conservación del Estado), así tampoco puede admitirse que una ley extranjera tenga autoridad en el territorio en oposición á una de dichas leyes, que por su interés

social, económico, industrial, agrícola ó político, provea á regular la condición jurídica de las cosas existentes en el territorio, y los derechos de que aquéllas puedan ser objeto. ¿Cómo, por otra parte, ha de admitirse que la soberanía territorial no pueda tener interés alguno en impedir que el extranjero ejercite sus derechos sobre las cosas que le pertenecen, con arreglo á la ley que debe regir sus intereses privados como propietario?

Así, por ejemplo, ninguna soberanía puede consentir que las servidumbres prediales establecidas en beneficio de las heredades ó por razón de su situación, ó en interés de la propiedad inmueble, sean regidas por una ley extranjera. Tampoco podrá concederse que la hipoteca sobre los bienes existentes en el territorio sea eficaz sin observar las disposiciones del derecho territorial relativas á la publicidad y á la inscripción. En cambio esa soberanía no tendrá interés alguno en someter los extranjeros á sus leyes para que puedan disfrutar y ejercitar sus derechos sobre los inmuebles que fuesen la consecuencia de las relaciones de familia; no tendría interés en regular la administración de los bienes inmuebles en caso de tutela ó de curatela de los extranjeros, ni lo tendría tampoco en que se decidiese con arreglo á la ley territorial si el padre extranjero debía tener ó no el usufructo legal, ó si el menor había ó no de tener hipoteca legal sobre los bienes del tutor, etc., etc.

Los extranjeros deben, en efecto, ejercitar un derecho, en el territorio del Estado, respetando el derecho social allí vigente; pero cuando de esto no puede derivarse ninguna ofensa para aquel derecho, no podrá la soberanía territorial tener interés alguno en imponerles las leyes destinadas á regir los derechos privados de los ciudadanos, en relación con su propiedad y con el patrimonio de su familia.

De lo dicho se sigue que, para decidir si una ley dada puede ó no tener autoridad territorial ó extraterritorial para regular los derechos sobre las cosas, no basta indagar si el objeto principal é inmediato de la disposición es la persona ó la cosa, á fin de deducir de aquí si ha de prevalecer la ley personal ó la territorial, como enseñaron los jurisconsultos de la Edad Media, sino que debe

estudiarse la naturaleza de la ley, investigando si al regular ésta la propiedad se propone defender un interés público y el derecho social, ó un interés y un derecho privado (1).

---

(1) Esta teoría está conforme con la sostenida por Laurent en su obra *Derecho civil internacional.*

Congratúlase este autor de hallarse de acuerdo con Mittermaier, que había manifestado la misma opinión en un artículo publicado en la *Kritische Zeitschrift*, tomo XI, p. 273 (véase Laurent, *ob. cit.*, tomo I, § 166, p. 307). Conviene notar que el elevado concepto de Savigny fué en sustancia este mismo, puesto que dicho jurisconsulto sostenía que para decidir en cada caso de colisión si se debía preferir ésta á aquella ley, era necesario estudiar la naturaleza de cada relación jurídica, y sin inspirarse en la conservación celosa y exclusiva de la soberanía territorial. El hallar, pues, en el interés general ó en el derecho social el verdadero límite racional de la autoridad de cada ley extranjera en el territorio del Estado, ha sido sostenida por la misma escuela italiana mucho antes que por el eminente profesor de Gante, y no lo haga notar por reivindicar una iniciativa ú originalidad, sino para hacer constar un hecho.

La misma opinión sostiene Pescatore en la *Lógica del derecho*, y en el mismo concepto se han inspirado los compiladores del Código italiano, habiéndose constituído Mancini en su defensor en el seno de la Comisión. También yo he manifestado esa misma opinión en mi obra *Nuevo Derecho internacional público*, impresa en Milán en 1865, antes de la publicación del *Código civil italiano.* En dicha obra, después de haber establecido que el derecho público es territorial, decía:

«El derecho de cada Estado á regular la vida privada de sus súbditos, podrá ejercitarse en el exterior mientras su uso sea inofensivo, esto es, mientras no se oponga á los principios del derecho público de aquel Estado.

«En sus relaciones jurídicas internacionales podrá el ciudadano invocar con justicia, en cualquier territorio, la aplicación de aquella ley particular del Estado que gobierna su estado y el de su familia, aun en lo relativo á los bienes, donde quiera que estén situados, con tal que la aplicación de dicho ley en el Estado no perjudique el interés político y económico del mismo Estado, ni contradiga los principios que el legislador ha consagrado, como leyes de orden público, moral y religión... Las leyes civiles de cualquier Estado deben aplicarse en todas partes á las personas y

91. En lo que se refiere á la ley que debe regir las cosas muebles y los derechos relativos á las mismas, no puede sostenerse, según nuestro sistema, la distinción admitida por los escritores que quisieron establecer bajo este aspecto una diferencia entre los muebles y los inmuebles.

No puede, en efecto, admitirse en principio que las cosas muebles puedan sustraerse por completo al imperio de la ley territorial, puesto que, respecto de aquellas relaciones, en las cuales se trata del derecho social, no puede permitirse al propietario invocar la aplicación de su ley personal, y derogar la ley territorial vigente en donde la cosa mueble se halle á la sazón. Puede haber casos en que la relación entre la cosa mueble y la ley territorial deba reputarse accidental y contigente, y excluir la preferencia de esta ley. Esto puede decirse, por ejemplo, de los efectos de su uso que un viajero lleve consigo al atravesar diversos países, ó de la mercancía transportada por mar, en cuyos casos y otros análogos, como estas cosas muebles no están destinadas á permanecer por mucho tiempo en un lugar determinado, no pueden considerarse en el territorio de ningún Estado para sujetarlas á las leyes allí vigentes. Cuando por el contrario las cosas muebles estén destinadas á permanecer por mucho tiempo en un lugar determinado, y efectiva y actualmente se hallen allí, no puede admitirse que la ley de aquel país deje de tener autoridad sobre las mismas. La condición jurídica de la cosa considerada en relación con los derechos que los terceros pueden adquirir sobre ella, interesa al régimen de la propiedad.

La cosa que, por ejemplo, fuese calificada mueble con arreglo á la ley del propietario, no podría considerarse tal si la *lex rei sitæ* la calificase como inmueble, y si un tercero hubiese adquirido derechos reales sobre la misma al amparo de la ley territorial. También deberá aplicarse la ley territorial para decidir las controversias relativas á la posesión de los inmuebles y á las consecuencias jurídicas de aquélla si se hubiese adquirido en el lugar donde la cosa se halle. Deberá igualmente decidirse con arreglo á la *lex rei sitæ*, si la posesión hace las veces de título respecto de un tercero; si las cosas muebles pueden ser pignoradas y confiscadas; si son susceptibles de ciertos derechos ó privilegios, y de cualquier otra relación referente á los derechos adquiridos por terceros.

á las cosas pertenecientes á éstas, siempre que no contradigan al derecho público del Estado en el cual deben aplicarse»; páginas 132 y 133.

92. De estos principios se deduce que el proverbio de todos conocido *mobilia ossibus personæ inhærent*; *mobilia non habent sequelam*, no puede admitirse de un modo absoluto, sino sólo en el caso de que el lugar ocupado por una cosa mueble sea accidental, ó que no pueda ser determinado, en cuyo caso no puede considerarse dicha cosa en el territorio de ningún Estado, sino en el domicilio del propietario, y, por tanto, sujeto á la ley personal de éste.

Esta ley puede sostenerse también que debe ser la destinada á regular los muebles considerados como universalidad, como patrimonio, porque así como éste se halla en relación permanente con la persona y con la residencia jurídica de ésta, así también es imposible que esta ley no sea distinta de la persona á quien aquél pertenece, por lo cual es racional admitir que la ley á que deben estar sujetos los muebles considerados como universalidad, debe ser aquella á que la persona misma esté sometida, la cual, según nuestro sistema, habrá de ser la del Estado de que el propietario es ciudadano. En lo concerniente á los derechos particulares de que pueden ser objeto las cosas muebles, es necesario admitir la regla expuesta para los inmuebles, esto es, que deben aplicarse á los muebles pertenecientes á extranjeros que se hallen en el lugar en donde la ley impere, las leyes que regulan los derechos y las relaciones jurídicas respecto de las cosas muebles en interés público ó en el de terceros; de modo que lo mismo respecto de los muebles que de los inmuebles, debe decidirse siempre, con arreglo á la naturaleza de la relación jurídica, si ha de admitirse la autoridad territorial ó extraterritorial de la ley llamada á regir la relación misma. Veremos inmediatamente las aplicaciones particulares de estos principios.

La teoría por nosotros expuesta hasta ahora, conforme con

la sostenida en la obra publicada en 1865 bajo el título de *Nuevo Derecho internacional* (1), encuentra hoy un valioso apoyo, no sólo en la doctrina de los más reputados escritores contemporáneos, entre los que debemos citar á Laurent, Brocher, Asser y otros, sino que ha sido también puesta como base de las reglas de Derecho internacional privado, sancionadas por el legislador italiano á propósito de la ley que debía regir los inmuebles y los muebles.

93. A primera vista podrá parecer, que habiendo dispuesto el legislador italiano en el art. 7.º de las disposiciones generales que «los bienes inmuebles están sujetos á las leyes del lugar en que se hallan situados» había querido confirmar la máxima sancionada por todas las demás legislaciones y admitir como regla general, que debían considerarse como territoriales todas las leyes que tienen por objeto los inmuebles.» Sin embargo, esto no es cierto, como puede verse con sólo confrontar lo dispuesto en el art. 7.º con lo prescrito en los artículos 6.º, 8.º y 9.º Resulta, en efecto, que no sólo la capacidad de adquirir ó de enajenar inmuebles debe regirse por la ley nacional de la persona, sino también que los derechos hereditarios sobre los inmuebles existen-

(1) Hé aquí lo que yo escribía á propósito de la ley aplicable á las cosas existentes en el territorio (págs. 135 y 136 de la citada obra): «Podemos distinguir las cosas bajo un doble aspecto: el del interés personal y el del interés territorial. Las relaciones de la propiedad con la persona del propietario, y los derechos y los deberes del mismo con la familia á que pertenece, son de interés privado personal. Toda nación define y gobierna los intereses privados personales de los miembros que le pertenecen, y no puede estar interesada en aplicar á familias extranjeras lo que establece para definir y regir los intereses de sus propias familias. Pero la propiedad, considerada en su organismo, interesa al territorio y al orden público, y bajo este aspecto, sea cualquiera la persona del propietario, no puede violar el organismo territorial de la propiedad; por esto podemos establecer el principio general de que todo ciudadano puede adquirir propiedades en el territorio de otras naciones y disfrutarlas por completo con arreglo á las leyes que regulan sus intereses personales, con tal que no perjudiquen el interés de la nación en cuyo territorio existen dichos bienes.»

tes en Italia, no sólo en cuanto al orden de suceder sino, también respecto de la medida de los derechos de sucesión, habrán de regirse por la ley nacional de la persona de cuya herencia se trate (art. 8.º); que la donación de los inmuebles, en cuanto á su esencia y á sus efectos, debe regirse por la misma ley (artículo 9.º); que las formas extrínsecas de los actos entre vivos ó de última voluntad, aunque sean relativos á los inmuebles existentes en Italia, deberán ser determinadas por la ley del lugar en que se realicen dichos actos (art. 9.º): que la venta de inmuebles y las obligaciones contractuales relativas á los mismos deberán regirse por la ley del lugar en donde se celebraron los contratos (art. 9.º) Como consecuencia de estas disposiciones, se ve claramente que la máxima sancionada en el art. 7.º del Código civil italiano deberá interpretarse de un modo esencialmente distinto de aquel cómo se ha entendido en el art. 3.º del Código francés, por los escritores y por los Tribunales.

No puede, en efecto, interpretarse de otro modo que con arreglo á la justa sanción del principio incontrovertible de derecho público y de derecho político, á saber: que los inmuebles reunidos y contíguos considerados como un todo (en cuanto constituyen el territorio) están bajo el imperio exclusivo de la ley italiana.

Respecto de los muebles, ha sancionado también el legislador italiano la diferencia entre éstos y los inmuebles, en lo concerniente á la ley que debe regir los derechos relativos á los mismos. Dispónese, en efecto, en el art. 7.º ya citado, que «los bienes muebles están sujetos á la ley de la nación del propietario,» pero añade: *salvo las disposiciones contrarias de la ley del país en que se hallen.*

Con esta disposición no ha hecho otra cosa el legislador italiano que designar la ley á que deben considerarse sometidos los muebles tomados en conjunto como universalidad, y ha eliminado la aplicación de la ley del domicilio, designando en su lugar la ley nacional del propietario como aquella de que debe depender el estatuto de los muebles.

En cuanto á la ley que debe regir los derechos especiales que puedan adquirirse ó se quieran ceder sobre cada cosa mueble

existente en Italia, se provee en los otros artículos, como respecto de los derechos sobre las cosas inmuebles; y habiendo salvado el caso de ser la ley nacional del propietario contraria á la del país en que las cosas muebles se hallan, ha reconocido como regla general el legislador italiano, que las cosas muebles están sujetas también á la ley del lugar en que efectivamente se hallan situadas en ciertos casos. El significado, pues, del art. 7.° del Código civil italiano, puesto en relación con los demás, no puede por menos de ser el que le hemos atribuído. Los derechos particulares de cada individuo sobre cada cosa mueble ó inmueble deben regirse por lo dispuesto en los artículos 6.°, 8.°, 9.° y 12. Los muebles, considerados como universalidad, están sujetos á la misma ley de la persona, esto es, á la ley nacional, siempre que no exista una disposición contraria en el país en que se hallen.

Los inmuebles, considerados como universalidad (ó sea el territorio) están sometidos á la ley territorial.

CAPÍTULO IV

Ley de la sucesión.

94. Importancia de la cuestión.—**95.** El régimen de las sucesiones presenta gran divergencia entre los diferentes Estados.—**96.** En qué límites puede esperarse un derecho uniforme.—**97.** Diversos sistemas acerca de la ley que debe regir la sucesión de los extranjeros.—**98.** De la sucesión con arreglo al derecho feudal.—**99.** Sistema adoptado en el Código Napoleón.—**100.** Ley francesa del 14 de Julio de 1819.—**101.** Cómo han procurado los escritores justificar el derecho vigente en Francia.—**102.** Escritores que quieren que se rija la sucesión de los extranjeros por la *lex rei sitæ*.—**103.** Teoría de los escritores de Alemania.—**104.** Sistema sancionado por el legislador italiano.—**105.** Cómo debe resolverse la cuestión según los principios racionales del derecho —**106.** Se justifica la teoría que admite la preferencia de la ley del Estado de que era ciudadano el difunto.—**107.** No todas las disposiciones en materia de sucesión tienen carácter de leyes territoriales.—**108.** Por qué debe preferirse la ley de la patria de cada cual.—**109.** El sistema del legislador italiano corresponde al derecho racional.—**110.** No puede hacerse distinción alguna entre la sucesión inmueble y la mueble.

94. La cuestión respecto de la ley que debe regular la sucesión de los extranjeros, tiene una gran importancia práctica, puesto que de admitir la preferencia de una ú otra de las leyes que pueden regir los derechos de sucesión, pueden también derivarse el respeto ó la violación del derecho de propiedad y de los de la persona que, por sus títulos particulares, fundados en sus relaciones personales con el difunto, deben ser llamados á recoger la herencia.

Esta cuestión es, pues, verdaderamente grave á consecuencia de la notable diversidad de las leyes de los diferentes Estados, las cuales, al regular la sucesión, están discordes en muchos puntos fundamentales, y no parece posible que se establezca un derecho uniforme. La sucesión es un hecho que tiene íntima conexión con el derecho de familia, que no puede ser el mismo en

existente en Italia, se provee en los otros artículos, como respecto de los derechos sobre las cosas inmuebles; y habiendo salvado el caso de ser la ley nacional del propietario contraria á la del país en que las cosas muebles se hallan, ha reconocido como regla general el legislador italiano, que las cosas muebles están sujetas también á la ley del lugar en que efectivamente se hallan situadas en ciertos casos. El significado, pues, del art. 7.° del Código civil italiano, puesto en relación con los demás, no puede por menos de ser el que le hemos atribuído. Los derechos particulares de cada individuo sobre cada cosa mueble ó inmueble deben regirse por lo dispuesto en los artículos 6.°, 8.°, 9.° y 12. Los muebles, considerados como universalidad, están sujetos á la misma ley de la persona, esto es, á la ley nacional, siempre que no exista una disposición contraria en el país en que se hallen.

Los inmuebles, considerados como universalidad (ó sea el territorio) están sometidos á la ley territorial.

CAPÍTULO IV

Ley de la sucesión.

94. Importancia de la cuestión.—**95.** El régimen de las sucesiones presenta gran divergencia entre los diferentes Estados.—**96.** En qué límites puede esperarse un derecho uniforme.—**97.** Diversos sistemas acerca de la ley que debe regir la sucesión de los extranjeros.—**98.** De la sucesión con arreglo al derecho feudal.—**99.** Sistema adoptado en el Código Napoleón.—**100.** Ley francesa del 14 de Julio de 1819.—**101.** Cómo han procurado los escritores justificar el derecho vigente en Francia.—**102.** Escritores que quieren que se rija la sucesión de los extranjeros por la *lex rei sitæ*.—**103.** Teoría de los escritores de Alemania.—**104.** Sistema sancionado por el legislador italiano.—**105.** Cómo debe resolverse la cuestión según los principios racionales del derecho —**106.** Se justifica la teoría que admite la preferencia de la ley del Estado de que era ciudadano el difunto.—**107.** No todas las disposiciones en materia de sucesión tienen carácter de leyes territoriales.—**108.** Por qué debe preferirse la ley de la patria de cada cual.—**109.** El sistema del legislador italiano corresponde al derecho racional.—**110.** No puede hacerse distinción alguna entre la sucesión inmueble y la mueble.

94. La cuestión respecto de la ley que debe regular la sucesión de los extranjeros, tiene una gran importancia práctica, puesto que de admitir la preferencia de una ú otra de las leyes que pueden regir los derechos de sucesión, pueden también derivarse el respeto ó la violación del derecho de propiedad y de los de la persona que, por sus títulos particulares, fundados en sus relaciones personales con el difunto, deben ser llamados á recoger la herencia.

Esta cuestión es, pues, verdaderamente grave á consecuencia de la notable diversidad de las leyes de los diferentes Estados, las cuales, al regular la sucesión, están discordes en muchos puntos fundamentales, y no parece posible que se establezca un derecho uniforme. La sucesión es un hecho que tiene íntima conexión con el derecho de familia, que no puede ser el mismo en

los distintos pueblos que se hallan en muy diversas condiciones por su civilización y sus costumbres, y por las múltiples condiciones morales y políticas que influyen en la organización de la familia y en las relaciones entre los miembros de la misma.

95. Algunas legislaciones, siguiendo la doctrina de los sabios jurisconsultos romanos, reconocen la sucesión legítima y la testamentaria, y sancionan la preferencia de la segunda sobre la primera. Así lo dispone el Código civil italiano, según el cual se recibe la herencia ó por la ley ó por testamento; de modo, que sólo se admite la sucesión legítima cuando falta, en todo ó en parte, la sucesión testamentaria (art. 720). Otros sólo reconocen, por el contrario, la sucesión legítima. Tal sucede, por ejemplo, con el Código Napoleón que, consagrando los principios admitidos por las antiguas costumbres francesas (1) y las ideas aceptadas por la Cámara legislativa, estableció como principio que la cualidad de heredero no podía atribuirse por testamento, y para evitar todo error y mostrar que los efectos atribuídos por el derecho romano al título de heredero testamentario no eran admitidos en el sistema adoptado por el Código Napoleón, se juzgó oportuno agregar al proyecto el art 1.002 (2). Por el sistema francés, sólo pueden hacerse por testamento legados ó donaciones.

Hay todavía Estados menos adelantados en cultura que conservan las costumbres de los antiguos pueblos de Oriente, según las cuales la propiedad de la tierra pertenecía exclusivamente al soberano, y el dominio precario á los súbditos. Esto sucede, por ejemplo, en Turquía, en cuyo Estado, cuando uno muere sin hijos varones, pasa la propiedad de sus bienes al sultán, y el usufructo á las hijas del difunto (3). En otros Estados, aun cuando

(1) La máxima del Derecho consuetudinario era la siguiente: *no há lugar á la institución de heredero; hæredes gignuntur non scribuntur.* Conf. Simmaco, *Epist.*, I, 15; Loysel, *Instit. consuet.*, lib. II, tít. IV, regla 5.ª; Laboulaye, *Droit de propieté;* Troplong, *Des donations*, prefacio.

(2) Véase Dalloz, *Repert.*, *v.º Succession.*

(3) Dalloz, *v.º Succession, Droit comparé;* Montesquieu, *Espíritu de las leyes,* lib. V, cap. XII.

estén muy adelantados, continúan siempre vivas las tradiciones del régimen feudal; tal sucede en Inglaterra, en donde el organismo de la propiedad y de la sucesión conserva el sello del feudalismo.

Existen, finalmente, leyes que, por la extraña confusión del elemento religioso y del civil, niegan el derecho de sucesión al que adjura de su religión. Esto sucede, por ejemplo, en Suecia, en donde por una disposición inspirada en la intolerancia religiosa, se excluye de la sucesión al que haya adjurado del luteranismo, á no ser que vuelva á la verdadera fe ú obtenga gracia del soberano dentro de los cinco años siguientes á la adjuración (1).

96. Aunque podrán desaparecer indudablemente con el progreso de la civilización algunas de estas divergencias, es indudable que el orden por el que los herederos son llamados á suceder, su grado respectivo, la parte legítima correspondiente á cada cual de ellos, la mayor ó menor extensión del derecho de representación, los derechos del hijo natural, del cónyuge *superstite* y de los sucesores extraños llamados á falta de herederos, el modo de adquirir la propiedad y la posesión de la herencia, son y serán diversos, según las diferentes leyes, y la uniformidad perfecta no podrá esperarse jamás, porque la determinación de las cosas indicadas depende en gran parte del modo de estimar ciertas tendencias naturales del corazón del hombre, del espíritu de familia y de la mayor ó menor consideración de las relaciones personales de los herederos con el difunto.

Lo que á juicio nuestro puede realizarse, y debería ser el fin de las investigaciones de los jurisconsultos de todos los países, es el modo de hacer que se acepte por todos los Estados un derecho común para resolver de un modo uniforme los conflictos que surjan en caso de sucesión de extranjeros. Para esto es necesario prescindir de algunos antiguos sistemas, de ideas preconcebidas y de principios exagerados de la independencia de cada Estado en sus relaciones con los demás, y estudiar á fondo la verdadera naturaleza del derecho de sucesión, para determinar, se-

(1) Código sueco, cap. VII, art. 4.º

gún la esencia de esta relación, el límite de cada ley de las que se hallan en conflicto, y designar la que deba preferirse.

97. Las teorías que prevalecen pueden reducirse á tres sistemas.

El primero es el que considera la herencia como una continuación de la personalidad del difunto, y somete todos los derechos hereditarios á la ley misma á que se halla sujeto. Los fautores de tal sistema se subdividen al determinar esta ley, y algunos sostienen que debe ser la del domicilio del difunto, otros la del Estado á que el difunto pertenecía como ciudadano, llamada por otro nombre ley nacional.

El segundo sistema somete á la ley territorial todas las relaciones que de la sucesión se derivan. Para sus mantenedores, la adquisición de todo derecho hereditario está sujeto á la *lex rei sitæ*, y, por consiguiente, debe depender de la situación de los bienes en el país sujeto al imperio de la soberanía territorial.

El tercer sistema se funda en una doctrina mixta, que consiste en admitir la aplicación de la ley personal del difunto para los derechos de sucesión sobre los bienes muebles, y la aplicación de la *lex rei sitæ* para los derechos hereditarios sobre los bienes inmuebles.

98. Para apreciar el alcance de dichos sistemas, es necesario anticipar, siquiera sea sumariamente, algunos precedentes históricos.

Prescindiendo de los tiempos en que el extranjero era considerado fuera del derecho común y se le negaba toda capacidad para transmitir ó recibir la herencia, vamos á considerar sólo el sistema que prevaleció mientras estuvo vigente el derecho feudal, del que se derivan los falsos conceptos relativos á la ley de sucesión de los extranjeros.

En el sistema feudal vino á ser la sucesión una institución de derecho político, tendiendo, en efecto, á hacer permanentes é inmutables las relaciones entre los poseedores de la tierra y sus señores feudales, y fué una de las aplicaciones de los principios que entonces prevalecían, con los que se llegó á negar la libertad política, la libertad civil y la verdadera propiedad. En efecto, hallándose los propietarios alodiales en condiciones de no poder defender por sí mismos su propiedad, se vieron obligados á ponerse bajo la protección de su señor, y conservar la propiedad en virtud de la concesión de éste. De este modo se convirtieron todos en vasallos y subvasallos, y estuvieron en posesión de la tierra, sin la facultad de disponer libremente de ella, convirtiéndose la propiedad para todos en un verdadero usufructo.

En tal estado de cosas era muy natural que el vasallo, que no tenía derechos de propiedad, sino el simple derecho de investidura, no pudiese nombrar sucesor. El heredero era, pues, invariablemente impuesto por el señor, con arreglo á la ley política del país y á la naturaleza del feudo, prescindiendo de los lazos de familia y de los sentimientos naturales del difunto. De aquí se derivaron dos consecuencias: 1.ª Que ninguno podía heredar si no era vasallo ó subvasallo; 2.ª Que nadie podía suceder sino con arreglo á la ley del país en que se hallaban los bienes.

99. Cuando á los señores sucedieron los soberanos, no se abandonaron por completo las tradiciones feudales, considerándose la sucesión como una institución de derecho civil. En la introducción á su tratado sobre la sucesión, se expresa Pothier en estos términos: «El derecho de sucesión, tanto activo como pasivo, es de derecho civil, puesto que es la ley civil la que defiere la sucesión del difunto, y la que llama á ella á las personas que deben recogerla. Resulta de aquí que sólo los ciudadanos que gozan de la vida civil tienen derecho á transmitir la sucesión» (1).

Esta teoría, que considera la sucesión tanto activa como pasiva como una institución de derecho civil, ha sido la teoría tradicional de los jurisconsultos franceses que han escrito mientras se hallaba en vigor el derecho consuetudinario, y fué confirmada después, cuando se trató de discutir el proyecto de Código civil. Sostúvola calurosamente Mirabeau ante la Asamblea; Robespierre y Tronchet se erigieron en sus defensores ante el Consejo de Estado (2), siendo después afirmada en el dictamen presentado

(1) Pothier, *Traité de la succession*, cap. I, § 1.º
(2) *Historia parlamentaria*, tít. IX.

al Tribunado en nombre de la Comisión legislativa (1). No han faltado jurisconsultos que la hayan reproducido en los tiempos posteriores (2).

En estos precedentes deben buscarse las razones por qué en el Código Napoleón no se consideró el derecho de adquirir ó transmitir la herencia respecto del extranjero como un derecho inherente al de propiedad, sino subordinado á las condiciones establecidas por el legislador é inspiradas en el derecho político.

No debe, pues, extrañarnos que se haya aplicado en Francia tan rigurosamente el derecho de albinagio que declaraba al extranjero incapaz de suceder y de transmitir, sea *abintestato* ó por testamento, los bienes situados en Francia á cualquiera persona (3). La Asamblea nacional, con la ley de 6 de Agosto de 1790 y más aun por el decreto de 8 de Abril de 1791, había declarado á los extranjeros capaces de suceder y de transmitir en Francia la herencia, pero el Código Napoleón, dando un paso hacia atrás, volvió á poner en vigor indirectamente el derecho de albinage. El art. 726 está redactado en estos términos: «El extranjero no será admitido á suceder en los bienes que un pariente extranjero ó francés posea en el territorio de la República, sino

(1) Chabot (del Allier) se expresa en los términos siguientes: «Antes del establecimiento de las sociedades civiles la propiedad era más bien un hecho que un derecho. La naturaleza ha dado la tierra en común á todos los hombres: no ha señalado á cada uno tal ó cual porción. La propiedad particular no podía, pues, tener otro origen que el derecho del primer ocupante ó el del más fuerte: sólo subsistía por la posesión de hecho, y sólo la fuerza podía también destruirla. La sociedad civil es la única y verdadera fuente de la propiedad...; pero si el hombre no tenía en el estado natural el derecho de propiedad, no podía transmitirla cuando moría, porque no puede transmitirse ni darse lo que no se tiene. *La transmisión de bienes por sucesión no es, pues, de derecho natural, sino de derecho civil*» (Sesión del 26 germinal, año XI).

(2) Chabot, *De la sucesión*, art. 726; Rodière, *Revue de législ.*, 1850, tomo I, págs. 180 y sig.; Demangeat, *Revue practique de droit franç.*, 1856, tomo I, p. 63.

(3) Favard, *Repert.*, *v.º Aubaine*; Sirey, I, 442.

en el caso y de la manera que un francés suceda á su pariente que posea bienes en el país de este extranjero, con arreglo á las disposiciones del art. 11, en el título que trata «Del goce de los derechos civiles.»

El art. 912 se expresa también en análogos términos al establecer que «no se podrá disponer en beneficio de un extranjero, sino en el caso en que este extranjero pueda disponer en beneficio de un francés.»

Estos dos artículos, en relación con el 11, no quitaban al extranjero la capacidad de transmitir, sino sólo la de suceder, á no ser que se cumpliesen las condiciones expresadas por el legislador, que habían sido formuladas de un modo equívoco, y fueron después interpretadas por la jurisprudencia tan rigurosamente (1), que de ordinario se declaraba la herencia caduca y volvía al fisco. Así, pues, si no se autorizaba la confiscación directa como en el derecho de albinagio, se llegaba á la confiscación indirecta mediante la aplicación de los dos artículos citados.

En efecto, el artículo 11 concede al extranjero el goce de aquellos derechos civiles que se conceden á los franceses en virtud de los tratados estipulados con la nación á que el extranjero pertenece. Por consiguiente, la capacidad de transmitir la sucesión está subordinada por el derecho francés á la condición de la reciprocidad consignada en los tratados, y el motivo por el cual fué sancionada esta condición en el Código francés, se deduce de las siguientes palabras pronunciadas por M. Treilhard en el Cuerpo legislativo, en la discusión del art. 11: «Habrá que convenir, por lo menos, en que el principio de la reciprocidad, según los tratados, tiene esta *ventaja muy real*, que quedando suspendidos los tratados por el simple hecho de la declaración de guerra, todo pueblo vuelve á ser dueño de tomar en tan críti-

(1) Chabot, *Succession*, art. 726; Demante, tomo I, núm. 10 bis, y tomo III, núm. 33 bis; Duranton, tomo I, núm 64 y tomo VI, número 82; Toullier, tomo II, núm. 102; Demangeat, *Condition des étrangers*, p. 236; Rodière, *Revue de legislat.*, tomo I, 1850, p. 182; Casación francesa, 24 Agosto de 1808; idem 1.º de Febrero de 1813; Rej. 9 Febrero de 1831: Douai, 1.º Mayo 1819; *Pasicrisie*.

cos instantes el *interés del momento* por única regla de su conducta (1).»

100. Las injustas disposiciones contenidas en los citados artículos han sido derogadas posteriormente por la ley de 14 de Julio de 1819 (2), que se intituló ley relativa á la abolición del Derecho de albinagio y de detracción; pero tampoco esta ley consagró los verdaderos principios, ni podía consagrarlos, porque fué dictada por el interés, y no por sentimientos de justicia y de humanidad. El mismo Ministro de Justicia fué el que lo declaró en la exposición de motivos de la nueva ley. «No es ciertamente por un impulso de generosidad por lo que queremos borrar las diferencias relativas á las sucesiones y á la transmisión de bienes, *sino por cálculo*» (3).

Esta ley no se propuso, pues, reparar una injusticia, sino atender á los intereses de Francia. Concede, en efecto, á los extranjeros el derecho de suceder, pero sólo con el fin de evitar que éstos se retiren de Francia ó se retraigan de llevar á ella su industria y sus capitales, como sucedería si se conservara en vigor la ley que les quitaba la facultad de disponer de sus bienes. Concediendo, pues, el legislador esta capacidad á los extranjeros, estableció al mismo tiempo, que la sucesión de estos debía someterse en absoluto al derecho francés: «los extranjeros tendrán el derecho de suceder y de disponer de sus bienes de la misma manera que los franceses.»

Por consecuencia, prevaleció en la jurisprudencia francesa la regla de que la sucesión y la división de los inmuebles existentes en Francia, pertenecientes á un extranjero, ya venga á morir allí ó en otra parte, deberá ser regida por la ley francesa, aunque los herederos sean extranjeros; y cuando sólo una parte de estos

(1) Locré, *Législation civile*, tomo IV.

(2) La ley de 14 de Julio se extendió á las colonias francesas por la Ordenanza de 21 de Noviembre de 1821, salvo la reserva contenida en el edicto de Junio de 1783 (Demolombe, *Succession*, tomo I, núm. 212).

(3) Sesión del 4 de Mayo de 1819 en la Cámara de los Pares. Locré, *Législation civile*, tomo X, p. 501.

bienes se halle en Francia y la otra en país extraño, deberá procederse, como si se tratase de sucesiones enteramente distintas, aplicando siempre la ley francesa para la sucesión que deba abrirse en Francia. Por consiguiente, el extranjero llamado á recibir una herencia con arreglo á la ley de su país, no sucederá en los inmuebles existentes en Francia, cuando haya sido excluído con arreglo á la ley francesa y viceversa. Así, pues, un padre extranjero, que según la ley de su patria fuese el único heredero de su hijo, excluyendo al abuelo materno, deberá concurrir con éste en cuanto á los inmuebles existentes en Francia, con arreglo á la ley francesa (1). Esta ley debe regir, por tanto, la extensión de los derechos de sucesión y la medida de los mismos, y cuanto concierne al orden de sucesión.

En el pleito Etchevest contra Galharagua acerca de derechos sucesorios de un hijo natural español que concurría con los hijos legítimos á la sucesión parterna, y que según su ley personal sólo tenía derecho á los alimentos, se declaró que respecto de la sucesión mueble debía excluírsele de la herencia con arreglo á la ley de su país; pero que respecto de los inmuebles existentes en Francia debía gozar los derechos de sucesión que concede la ley francesa.

Aplicando los mismos principios, se han declarado competentes los Tribunales franceses para conocer y proceder á la partición de los inmuebles existentes en Francia, de conformidad con la ley francesa (2), y han sostenido generalmente que las demandas de partición de inmuebles situados en Francia y pertenecientes á la sucesión de un extranjero muerto fuera de Francia, debían verificarse ante el Tribunal del lugar en que se hallasen

(1) Cas., 21 Julio 1851; Sirey, 1851, 1.°, 685; Rej., 31 Diciembre 1850; *Pasicrisie*, cas., 14 Marzo 1837. Conf. Demolombe, *Succession*, tomo I, núm. 196; Demante, sobre el art. 3.° (tomo I, núm. 10), y sobre el art. 726 (tomo III, núm. 33); Marcadé, art. 3.° (tomo I, páginas 49 y sig.)

(2) Merlin, *Repert.*, *v.° Competence*, § 6.°, núm. 9; Pigeau, libro II, parte 1.ª, tít. II, cap. I; Legat, p. 295; Cas., 14 Marzo 1837, *Pasicris*.

situados los bienes, y no ante el del lugar en donde la sucesión se haye abierto (1). El art. 3.° del Código civil, dice el Tribunal de Colmar, que somete á la ley francesa los inmuebles existentes en Francia aunque los posea un extranjero, somete también por una consecuencia necesaria los mismos inmuebles á la jurisdicción francesa, siendo el poder jurisdiccional, como el legislativo, una emanación de la soberanía. Por estas consideraciones no juzgaron aplicable el párrafo octavo del art. 59 del Código de procedimiento civil á las sucesiones abiertas en país extranjero ni á las acciones que de las mismas se deriven, y aplicando el artículo 14 del Código civil para las acciones personales (2), y el tercero del mismo Código para las que tengan por objeto acciones sobre inmuebles situados en Francia (3). Por el contrario, para las acciones y división de la herencia de un extranjero muerto en Francia se han declarado competentes para conocer aun de la división de los muebles, si el extranjero tenía allí su domicilio, siendo incompetentes si no lo tenía, siguiendo siempre el principio de la distinción entre la sucesión mobilaria regida por una sola ley, y la inmueble regida por la *lex rei sitæ* (4).

Los escritores y la jurisprudencia francesa han admitido más generalmente que, así como la sucesión se abre en el domicilio del difunto, debe también determinar esta misma ley los derechos de sucesión correspondientes (5). También se aplicó la ley del domicilio con preferencia á la ley francesa para la sucesión de un francés que había establecido su domicilio en país extranjero (6), habiéndose resuelto esto sobre todo respecto de los bienes muebles (1), y el Tribunal de casación francés decidió que en la sucesión de un ciudadano de aquella nación domiciliado en el extranjero sean llamados á suceder los agnados con exclusión de los cognados, porque así lo disponía la ley del país en que el francés estaba domiciliado (2).

(1) Colmar, 12 Agosto 1817, *Pasicris*.

(2) París, 17 Noviembre 1834; idem, 11 Diciembre 1847; Dalloz, 1848, 2, 49.

(3) Cas franc., 10 Noviembre 1847; Dalloz, 48, 1, 38.

(4) París, 13 Marzo 1850; *Pasic.*, 1851, 2, 791; Riom, 7 Abril 1835, *Pasic. Cr.*

(5) Riom, 7 Abril 1835 (Onslow), *Pas. Cr.*; París 13 Marzo 1830, *Pas.*, 51, 2, 791; Bordeaux, 16 Agosto 1845; Dalloz, 47, 245. Confirma Rodiere, *Revue de legislation*, tomo I, 1850, p. 185; Chabot, *Succession*, sobre el art. 726.

(6) Cas. franc., 27 Abril 1868, *Journ. du Pal.*, 68, 636; Cas. 25 Junio 1866; *ibid.*, 65, 764. Conf. Toulouse, 7 Diciembre 1863; *ibid.*, 64, 1.184.

En algunas decisiones que han llegado á nuestro conocimiento, se ha establecido como máxima que la sucesión mueble del extranjero debe regirse por la ley nacional (3). Conviene notar además que en todas estas sentencias coincidía el domicilio con la nacionalidad, y no puede afirmarse que la jurisprudencia reciente haya aceptado la máxima de que la sucesión mueble del extranjero se rija por su ley nacional. En la sentencia del Tribunal del Havre se ha admitido también que si un extranjero tiene en Francia el domicilio legal, la sucesión mobiliaria del mismo se le adjudicaría con arreglo á la ley francesa (4).

No debemos, sin embargo, dejar de notar que la sentencia del Tribunal antes citado inicia una importante reforma en sentido liberal y progresivo, y si los principios doctrinales que la motivan son aceptados por la jurisprudencia francesa, y no se interpretan después de un modo diverso, como sucede generalmente por la exagerada tendencia á proteger los intereses de sus nacionales, tendrán aquellos sabios y doctos magistrados el mérito de haber establecido en su decisión los principios racionales que deben presidir en esta materia, dejando á un lado los caducos criterios de le escuela antigua.

101. Los escritores han procurado justificar el sistema francés aduciendo como razón que la ley de sucesión forma parte del estatuto real, y que los inmuebles deben regirse por la *lex rei sitæ*;

(1) París 13 Marzo 1850, *ibid.*, 1850, 2, 436; París, 25 Mayo 1852; 6 Enero 1862, *ibid.*, 52, 2, 2. 232; 63, 68.

(2) Cas. franc., 27 Abril cit.

(3) Lyon, 21 Junio 1871, *Journ. du Pal.*, 72, 900; París, 14 Julio 1871, *ibid.*, 71, 505; Pau, 17 Enero 1872, *ibid.*, 72, 936; París, 29 Julio 1872, *ibid.* 73, 690; Havre, 22 Agosto 1872, *ibid.*, 72, 1.219.

(4) Sentencia citada.

pero atendiendo al espíritu que informa dicho sistema, no puede por menos de reconocerse que la verdadera razón es que la teoría feudal (que consideraba el derecho de sucesión como una concesión del señor de la tierra, y el orden de suceder como cosa aneja al principio político de cada país), del mismo modo que ha ejercido su influencia en la doctrina de los autores que escribieron cuando regía el principio consuetudinario, y sobre los jurisconsultos que prepararon el proyecto de Código civil, así ha continuado y continúa todavía ejerciendo dicha influencia sobre la mayoría de los escritores franceses que se esfuerzan en justificar los principios aceptados por la legislación de su país.

Basta, en efecto, citar lo que escribe Demangeat sobre este punto: «Toda ley de sucesión, dice, es una ley política, una ley que interesa al orden público: el derecho privado en materia de sucesión se ajusta siempre á los principios del sistema de gobierno vigente; y según que éste sea un gobierno de privilegio ó un gobierno nacional, así predominará en la ley de sucesión la idea del privilegio ó de la igualdad. Para convencerse de ello basta fijarse en las diferentes leyes sobre la sucesión, admitidas en Francia en las diversas épocas de nuestra historia: todas aparecen de un modo más ó menos evidente, como instrumentos de que se sirve el soberano para hacer que predomine tal ó cual principio de organización política y social. Hay, por consiguiente, un interés público en que nuestra ley francesa rija toda sucesión que deje en Francia cualquier persona sin distinción de nacionalidad» (1).

Aubry y Rau escriben después en apoyo de la misma teoría, expuesta y aceptada por Zacarías: «El territorio forma en cierto modo la base material del Estado, cuya existencia se halla estrechamente ligada con la suerte de los inmuebles que componen este territorio; y por esto es por lo que ningún legislador puede consentir en someter los inmuebles situados en su país al imperio de una ley extranjera... bajo el punto de vista de los motivos en que se funda esta regla, no há lugar á distinguir entre la transmisión á título particular y la transmisión á título universal de una sucesión inmobiliaria. En vano se objeta para sostener lo contrario, por una parte, que no siendo el patrimonio un objeto exterior, y confundiéndose con la persona misma, que es su propietario, no tiene situación distinta al domicilio de la persona, y por otra parte, que la sucesión *abintestato* se defiere con arreglo á la voluntad presunta del testador, y que para interpretar esta voluntad conviene referirse á la ley de su país. A esto puede contestarse que en la transmisión del patrimonio no puede hacerse abstracción de los objetos que lo forman...: además, si para regular las sucesiones tiene ordinariamente en cuenta el legislador las afecciones naturales y presuntas del hombre, esta consideración es, y no puede menos de ser, secundaria. En materia de *sucesiones predominan las miras políticas*, las razones de interés social. Este es un motivo más para excluir, en la materia de que se trata, toda aplicación de una ley extranjera» (1).

(1) Demangeat, *Condition des étrangers*, p. 337.

102. No debe desconocerse que la teoría en que se funda la legislación francesa es la que han aceptado unánimemente los jurisconsultos y los legisladores de todos los países, con raras excepciones; y es la consecuencia de la aplicación de los principios consignados en el capítulo precedente respecto de la territorialidad de toda ley que regule los derechos sobre las cosas inmuebles. Hallamos, en efecto, sirviendo de base á la doctrina y á las legislaciones, la máxima *quod sunt bona diversis territoriis obnoxia totidem patrimonia intelliguntur*. Juan Voet había también formulado esta regla: *immobilia deferri secundum leges loci in quo sita sunt, adeo ut tot censeri debeant diversa patrimonia, ac tot hereditates, quod locis diverso jure utentibus immobilia existunt* (2). Esta teoría no fué sólo aceptada por los jurisconsultos de los siglos XVI al XVIII (3), sino también por la mayoría de

(1) Aubry y Rau, nota 43 al § 31 de Zacarías.

(2) Voet, *Com. ad Pand.*, lib. XXXVIII, tit. XVII, núm. 34.

(3) Paulo Voet inserta una extensa lista de escritores que sostienen la misma opinión, esto es, que la sucesión de los inmuebles debe regirse por la ley del lugar en donde se hallan situados. Véase su obra *De statut s*, § 9.°, cap I, núm 4.°, pág. 253, edic. 1715.

los juristas modernos, exceptuándose únicamente los de Alemania, que, inspirándose en los principios del derecho romano *(a)*,

---

(a) A primera vista parece raro que los descendientes de los antiguos germanos, pueblos de costumbres tan distintas de las de Roma, precisamente también en el lugar que la historia reconoce como centro de los mismos desde tiempos remotísimos, donde se desarrolló la antigua civilización germánica, si se nos permite la expresión, y donde existían ya en germen todas ó la mayor parte de las instituciones que tuvieron en la Edad Media su desenvolvimiento más ó menos completo, y por consiguiente la institución del *feudalismo*, hayan venido á constituir la excepción ó por lo menos á ser de los primeros que se han separado en éste como en otros principios del derecho, de las viciosas teorías feudales, para abrazar los principios del derecho romano. ¿Cuál es la causa de este fenómeno?

Dice el autor en el número siguiente (103), que influyó mucho para producir este resultado, el haber aceptado los escritores alemanes el principio romano ó el concepto que los jurisconsultos de aquel gran pueblo de la antigüedad habían establecido ó formado acerca de la naturaleza de la sucesión, y que no es esto más que una consecuencia de la gran autoridad del derecho romano en Alemania; pero vuelve á surgir, ó queda en pie mejor dicho, la cuestión, y ocurre hacer esta otra pregunta: ¿por qué ha adquirido esa autoridad en Alemania el derecho romano, y han arraigado antes y en primer término, en un pueblo de este origen y precedentes, los principios más sanos y fundamentales de aquel derecho?

A juicio nuestro, la contestación es sencillísima. El fenómeno tiene una causa y una explicación natural y lógica. El pueblo alemán se ha colocado en estos últimos tiempos á la cabeza de las naciones en todo lo que se refiere á la cultura científica, y mucho más en lo concerniente al derecho. En un país que cuenta entre sus hijos romanistas tan ilustres como Savigny y Mommsen, donde el culto á la ciencia raya á la altura que muestran estas y otras lumbreras en todos los ramos del saber, son naturales y lógicos éste y otros fenómenos raros á primera vista.

Esta misma es la razón por qué Italia se va colocando al nivel de los pueblos más adelantados y aun superándolos en la aplicación de los principios del derecho moderno. El prodigioso vuelo que allí han adquirido los estudios jurídicos en la última mitad de este siglo, y que ha producido tantos y tan ilustres jurisconsultos, unido al origen de aquel Estado, que ha nacido y se ha desarrollado precisamente al calor de los mencionados principios, ha hecho que se los asimile y le sean consustanciales é indispensables para su existencia, estando en esto, en general, sus Códigos á una altura á que no han llegado todavía los de otros Estados, que han tenido y tienen que luchar con las dificultades que engendran naturalmente el hábito y las teorías tradicionales.—(N. DEL T.)

admitieron que la sucesión debe regirse por la ley personal, porque aquélla debe ser considerada como una *universitas juris*, representada de derecho por la persona misma del difunto.

Los demás escritores están de acuerdo en admitir la misma regla. Bynkersoek escribe á este propósito: *Inmobilia enim deferri ex jure, quod obtinet in loco rei sitæ, adeo hodie recepta sententia est, ut nemo auxit contradicere;* y Rodenburg: *Jus rebus succedendi inmobilibus semper a loco rei sitæ metiendum;* y Paulo Voet: *quid si circa succesionem ab intestato statutorum sit difformitas? Spectabitur loci statutum ubi inmobilia sita, non ubi testator moritur* (1).

103. Los escritores alemanes han sido los primeros en impugnar la teoría tradicional que en materia de sucesión inmobiliaria sobre todo admitía la absoluta territorialidad de la ley. Influyó mucho para producir este resultado el haber aceptado dichos escritores el concepto romano para apreciar la naturaleza de la sucesión, lo cual fué consecuencia de la gran autoridad del derecho romano en Alemania. Los jurisconsultos alemanes han admitido, en efecto, el principio de que el patrimonio, considerado como una *universitas*, es un objeto que comprende todos los derechos activos y pasivos de la persona, y por consiguiente, que no puede considerarse como si fuese distinto en las cosas muebles y en las inmuebles, en los créditos y en los débitos, sino que, tomado en sí mismo, representa una unidad ideal, una *universitas;* que considerado como tal no puede decirse que exista en éste

---

(1) Véase Binkersoëk, *Quæst. privat. jur*, lib. I, cap. XVI, página 180; Rodenburg, *De diversit. stat.*, parte 2.ª, cap. II, p. 59; Burgundio, *De divers. stat.*, tít. II, parte 2.ª, cap. II, § 1.º; Boullenois, *Apéndices*, tomo II, p. 59; P. Voet, *De stat.*, § 9.º, cap. I, número 34; Sande, *Decisione frisicæ*, libro IV, tít. VIII, defin., 7.ª; Boullenois, *Observ.*, 33.

ó en aquel lugar, sino que antes de adir la herencia el sucesor, representa de derecho dicha *universitas* la persona misma del difunto; y así como debe reputarse como la continuación de aquél, así debe regirse por la misma ley á que estaba sometida dicha persona. Esta teoría, defendida por Savigny, Mittermaier, Menken y otros, lo ha sido después por la mayoría de los escritores alemanes, habiendo sido aceptada últimamente casi por la totalidad de los escritores italianos, por algunos franceses (1), y defendida vigorosamente por Laurent.

104. El legislador italiano ha sido el primero en sancionar con la ley una innovación tan importante, habiendo, no sólo igualado al extranjero con el ciudadano respecto al derecho de suceder, sino que también ha admitido que la misma ley designada como reguladora del estado de la persona y de las relaciones de familia, debe regir también todo lo concerniente al orden de suceder, la medida de los derechos de sucesión y la validez intrínseca de la disposición testamentaria, de cualquier naturaleza que sean los bienes y cualquiera que sea el país donde se hallen situados (2).

---

(1) Entre los que recientemente han sostenido en Francia que la sucesión debe regirse por la ley personal, debemos citar á Dubois, en el *Journal du droit international privé*, 1875, págs. 51 á 54; Bertauld, *Questions pratiques et doctrinales*, §§ 75 y sig.; Antoine, *De la succession en droit international privé*, los cuales se han esforzado también en demostrar que lo que sostienen en teoría no está en contradicción con las disposiciones del Código francés. Laurent prueba, sin embargo, con muchos y muy fundados argumentos, que el Código civil francés ha consagrado el principio tradicional de la realidad del estatuto de la sucesión, y que la jurisprudencia ha mantenido constantemente el mismo principio. *Droit civil international*, tomo VI, §§ 128 y sig.

(2) Art. 8.º *Disposiciones generales del Código civil.*

La más atrevida y grandiosa innovación verificada en la legislación italiana, ha sido la de admitir, respecto del extranjero, la capacidad activa y pasiva para suceder, excluyendo toda condición de reciprocidad.

Nuestro legislador ha venido así á reconocer que el derecho de transmitir la propiedad debe considerarse como un verdadero derecho del hombre, dando un admirable ejemplo á todos los Estados civilizados.

En el proyecto de Código no había adoptado la Comisión del Senado el sistema liberal propuesto por Pisanelli de admitir á los extranjeros al disfrute de los derechos civiles lo mismo que los ciudadanos, y por esto se había agregado un párrafo al artículo 742, concebido en estos términos: «En caso de división de una herencia correspondiente á ciudadanos y extranjeros, y compuesta de bienes situados en Italia y fuera del reino, los herederos italianos tendrán derecho á sacar de los bienes existentes en nuestra nación una porción igual al valor de los situados en el extranjero y de los que los ciudadanos hayan sido excluídos en todo ó en parte por cualquier título.» Esta disposición fué desechada por la Comisión legislativa, que la consideró con razón como una verdadera represalia, contraria á los principios liberales en que se informa el nuevo Código. Véase *Processi verbali*, sesión del 11 de Mayo.

105. Pasando ahora á examinar cuál de los diferentes sistemas es el que mejor responde á los principios racionales del derecho, hallamos en la autoridad de los escritores contemporáneos que han aceptado la nueva teoría, un valioso apoyo para defender con mayor fe la opinión que antes hemos sostenido en la obra de Derecho internacional público, impresa en 1865 (1), y en la primera edición de la presente, publicada en 1869, esto es, que la ley reguladora de la sucesión y de los derechos á ella respectivos, debe ser aquella á que estén sometidas la persona y las relaciones de familia. Esta es la justa consecuencia de los principios que imponen que se respete en todas partes los derechos de la persona y la ley que debe regir las relaciones de familia.

---

(1) Hé aquí lo que decíamos en la citada obra de *Derecho público internacional* (Milán, 1865, p. 137): «La ley de la sucesión debe ser reconocida en todas partes, porque ninguna nación puede pretender regir los intereses de las familias extranjeras; pero si tal ley violase el interés económico y público de la nación en que existen los bienes, no deberá ejecutarse, porque alteraría el organismo de la propiedad. Tal sucedería, por ejemplo, si una ley de sucesión admitiese los vínculos fideicomisarios, que no podrían tener efecto en país extranjero si estuviesen abolidos por la legislación del mismo.»

Debe tenerse en cuenta, en efecto, que la propiedad es el complemento necesario de la personalidad humana, y que el elemento esencial que caracteriza el dominio es la facultad de disponer libremente, según nuestros propios intereses y con arreglo á nuestras inclinaciones naturales, de aquello que nos pertenece. Puesto que el derecho de propiedad es un derecho del hombre, que debe ser protegido por la ley civil, pero que no se deriva de ella; que el derecho de disponer de la cosa propia está comprendido en el de propiedad (1), es evidente que negar al propietario un derecho tan legítimo equivale á ofender la personalidad humana, negándole una de sus más justas é importantes prerrogativas.

Conviene considerar, además, que el legislador en tanto puede regular la sucesión, en cuanto está llamado á proteger los derechos correspondientes á los miembros de la familia, determinando cuál debe ser la parte de la herencia reservada á los mismos; y por aquella parte que puede disponerse por testamento, puede también el legislador regular la sucesión en caso de abintestato, porque la disposición de la ley se considera como declarativa de la presunta voluntad del difunto. Ahora bien: nos parece claro que la ley de la sucesión debe ser única, porque si todo ha de depender de las relaciones de familia y de la presunta voluntad del *de cujus*, no puede admitirse que éste haya podido tener tantas voluntades cuantos sean los países en que se hallen sus bienes, y mucho menos que, sin caer en el absurdo, el *de cujus* haya podido tener al mismo tiempo dos voluntades opuestas, llamando como su heredero á una persona para los bienes situados en un país, y excluyéndole para los situados en otro. Considerando que el patrimonio tomado en su conjunto es una unidad

(1) Conf. Gabba, *Ensayo sobre el verdadero origen del derecho de sucesión*; Platon, *Dial. de leg.*; Aristóteles, *Política*, II, 8; Pufendorf, *De jure nat. et gent.*, lib. IV, cap. X, § 4.°; Coccejus, *Animad. ad Grotium*, lib. II, cap. VII, § 14; Thomasius, *De orig. suces. testam.*, 3, 12 32; Binkersoëk, *Observationes juris romani*, lib. II, cap. II; Tronchet, sesión del 7 pluvioso, año XI; Toullier, *Cod. civ.*, libro V, § 343; Granier, *De donacione et testam.*, *Discours histor.*

indivisible. una *universitas*, se ve claramente que debe ser única la ley, según la cual ha de transmitirse este patrimonio.

106. Procurando, pues, investigar entre las diversas leyes cuál debe considerarse como ley de la sucesión, sostenemos que debe ser la del estado de que el *de cujus* sea ciudadano, con tal que su aplicación en el país en que se hallen situados los bienes hereditarios no ofenda al derecho ni á las leyes de orden público en él vigentes.

El conflicto y la concurrencia de las leyes podrá surgir, en efecto, entre la ley del lugar en donde ha ocurrido la muerte, la del país en donde se halle la mayor parte del caudal hereditario, la del domicilio, y la del Estado de que el *de cujus* sea ciudadano.

La ley del lugar en donde ha ocurrido la muerte no puede ejercer influencia alguna, porque la sucesión se abre necesariamente en el momento en que ocurra el fallecimiento, pero en el lugar del último domicilio del difunto.

El sistema que admite la preferencia de la *lex rei sitæ* se funda principalmente en la consideración de que el derecho de sucesión tiene estrecha relación con el derecho político. Este argumento no puede considerarse, sin embargo, como decisivo frente al derecho moderno, por más que lo fuese respecto del derecho feudal. Puede ser, pues, invocado únicamente en aquellos países en donde se conservan todavía las tradiciones feudales, como acontece en la Gran Bretaña; pero no puede elevarse á la categoría de principio contra los resultados de la ciencia moderna, lo que dice Demangeat, á saber: «que toda ley de sucesión es una ley política.»

Admitamos también que en las leyes de sucesión se revela el principio político, económico y social, en que reposa el organismo del Estado, según aparece en las instituciones jurídicas de casi todos los países. El derecho civil de cada pueblo es, en efecto, el desarrollo del derecho privado, puesto en armonía con el derecho social y con el político, y precisamente por esto es por lo que el derecho civil aplicable á un pueblo no puede serlo completamente á otro. Por otra parte, si la soberanía se hallase todavía fundada en ficticias combinaciones territoriales, sería cierto que

toda ley que regulase la sucesión de los inmuebles debiera ser considerada como una ley política, á causa de sus relaciones con el principio político.

El Estado y la soberanía, según el concepto del derecho moderno, se fundan en bases muy diversas, siendo su principal misión la tutela del derecho, mediante la aplicación de la ley, la cual debe regular su ejecución y su goce, con arreglo á la naturaleza de las cosas y de las relaciones jurídicas. Ahora bien, puesto que, según hemos dicho, el derecho de transmitir la propiedad pertenece al individuo (estando comprendido en el de dominio), que la soberanía intervenga para regular la sucesión, limitando la facultad de disponer por testamento, y (á fin de proteger los derechos de los individuos de la familia), fijando la porción legítima que á cada cual pertenece, ó determinando el orden de la sucesión y la medida de los derechos respectivos (á falta de testamento), de conformidad con la presunta voluntad del difunto, parece claro que, según la naturaleza de las cosas, la ley que debe regular la sucesión ha de ser la misma que debe regir y defender los derechos de la familia, y bajo la cual vive civilmente cada individuo, esto es, la ley del Estado á que cada cual pertenece como ciudadano.

Cuando uno muere sin testamento se rige la sucesión por la ley, porque ésta se considera como el testamento presunto del fallecido. Cada legislador adopta en esto el criterio que le parece más en armonía con las tendencias naturales del hombre considerado en sus relaciones con la familia. Debe, por consiguiente, admitirse, que el soberano territorial no puede tener interés en aplicar como regla á los extranjeros las leyes hechas para sus súbditos, justificando esta aplicación con la consideración única de hallarse los bienes hereditarios en el territorio del Estado. Si todo debe depender de la presunta voluntad del propietario, es más racional que entre las diversas leyes se prefiera aquella que más directamente pueda revelar esta voluntad presunta, y esto sólo puede hacerlo la ley del Estado, bajo cuya tutela viven civilmente el individuo y su familia.

¿Qué interés puede tener, por ejemplo, la soberanía francesa, en aplicar, á falta de testamento, á los rusos, á los ingleses ó á

los italianos, las leyes de sucesión hechas para proteger los derechos de los miembros de la familia francesa y regular la transmisión del patrimonio perteneciente á un francés? Su único interés será el de conservar y proteger el derecho social, é impedir, por consiguiente, que la ley extranjera, aun en aquello que regula las relaciones de sucesión de los ciudadanos, tenga eficacia en Francia, si reconociendo la autoridad de dicha ley sobre los bienes allí situados se infiriese una ofensa al derecho social francés. Admitimos, pues, aun respecto de las leyes que deben regular los derechos y las relaciones que se derivan de la sucesión, que deben considerarse como leyes territoriales las que tiendan á poner á salvo el derecho social, pero no podemos admitir del mismo modo que deban considerarse tales aquellas que regulan la sucesión en interés privado de los que tienen derecho á ello.

107. El error en este punto consiste en considerar todas las disposiciones en materia de sucesión como iguales y querer hallar en todas el carácter de la territorialidad. Así, pues, Duranton, por ejemplo, siguiendo la idea de Agueseau, ha enseñado que la ley que establece la reserva en beneficio de ciertas personas es una ley *real*, como la que prohibe enajenar los bienes dotales; de lo cual ha deducido que el extranjero debe tener sobre los inmuebles hereditarios situados en Francia la porción asignada por la ley francesa. Nosotros entendemos que esta ley, hecha para regular las relaciones patrimoniales de las familias francesas, no puede aplicarse á los extranjeros, porque la ley de la patria de cada cual es la que debe atender por regla general á proteger los intereses y las relaciones privadas de las familias; que sólo cuando del reconocimiento de la ley de la patria resulte en Francia alguna lesión para el derecho público francés ó á las leyes de orden público, podrá únicamente negarse toda eficacia á la ley extranjera.

Esto puede decirse de las leyes sobre la transmisión de los feudos, de los fideicomisos y de las sustituciones, que no pueden ser válidas en un Estado que haya abolido completamente el régimen hereditario feudal. Lo mismo puede decirse de las leyes que establecen un régimen privilegiado de sucesión para las fa-

milias nobles, ó que sancionan los mayorazgos y otras instituciones análogas. Tales leyes no pueden denominarse en rigor leyes de sucesión, por las que entendemos todas aquellas que se ocupan de regular del modo más conveniente la transmisión de los bienes del difunto y su distribución entre los miembros de la familia, según los derechos de estos miembros y la libre voluntad, expresa ó tácita del difunto. Las leyes sobre la transmisión de los feudos, sobre los fideicomisos y sobre los mayorazgos son de naturaleza mixta; excluyen la sucesión testamentaria, la división de los bienes, los derechos de sucesión de la mujer, y tienen el carácter de leyes políticas inspiradas en el interés particular del Estado que las ha sancionado. Por consiguiente, estas leyes sólo pueden tener autoridad dentro de los límites territoriales en que mande la soberanía de donde aquéllas emanan.

108. Las razones en que nos apoyamos para sostener que la ley de la sucesión debe ser la de la patria y no la del domicilio, son las mismas expuestas anteriormente al tratar de determinar la ley á que debe considerarse sometida cada persona, y convendrá tener en cuenta dichas razones, así como las reservas que hicieron.

109. De lo dicho resulta que, entre todos los sistemas, el que mejor responde al derecho racional es el adoptado por el legislador italiano, que se resume en el art. 8.° de las disposiciones generales del Código civil, que dice así: «Las sucesiones legítimas y testamentarias, ya en cuanto al orden de suceder, ya acerca de la medida y límites de los derechos de sucesión y á la intrínseca validez de las disposiciones, se rigen por la ley nacional de la persona de cuya herencia se trata, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes y el país en que se hallen.»

Debemos esperar que los principios sancionados en nuestro derecho sean aceptados por todos los Estados civilizados (1), tanto porque son los más conformes al derecho racional, cuanto porque conducen á evitar muchos inconvenientes y contradicciones que inevitablemente se verifican en el sistema adoptado en los demás países. Ocurre, en efecto, en el actual orden de cosas, que cuando un italiano muere sin testar y deja sus bienes parte en

(1) Considerando el estado actual de las legislaciones positivas, notamos que sólo en el Código civil de Sajonia, § 17, se halla admitido el principio de la unidad de la ley reguladora de la sucesión, disponiendo que ésta debe regirse por la ley del último domicilio del difunto.

Savigny sostiene también que las disposiciones del Código prusiano no son incompatibles con la teoría que él sostiene respecto de la unidad de la sucesión.

Debemos también hacer mención de una sentencia del Tribunal Supremo de Madrid de 6 de Junio de 1873 (*Journal du droit internacional privé*, 1874, p. 40), en que se ha mantenido el principio de que la ley nacional del difunto debe regular la sanción, habiendo decidido dicho Tribunal que la nulidad de un testamento inoficioso debía resolverse con arreglo á la ley nacional del finado *(a)*.

(a) La importancia de la doctrina de este notable fallo nos mueve á transcribirla en este lugar, haciendo antes algunas indicaciones relativas al hecho y á los motivos que sirvieron de base al recurso: resulta:

«Que un individuo residente en España requirió al Canciller del consulado de Francia, en Palma de Mallorca, para que recibiese en depósito, en presencia y con autorización del Cónsul, un pliego cerrado y con inscripción firmada por él, expresando ser su testamento, que depositaba en el consulado, extendiéndose acta de todo;

Que en dicho testamento, titulándose francés el testador, instituyó á su mujer heredera universal de cuanto poseía, con omnímodas facultades para disponer libremente de los bienes en que la herencia consistía;

Que la madre de dicho individuo entabló demanda para que se declarase nulo ó inoficioso el testamento, y que se procediera á la sucesión intestada, condenando de cualquier modo á la viuda á entregar á la demandante la tercera parte de los bienes dejados por su hijo en España, y la cuarta parte de los que tuviese en Francia;

Que en apoyo de su pretensión alegó que aquél, aun cuando francés, estaba domiciliado en España y casado con española, y que por esto y porque los franceses que querían otorgar testamento en España debían sujetarse para su validez á las solemnidades exigidas por nuestras leyes, no podía otorgarlo ológrafo, sino nuncupativo ó cerrado; y alegando en apoyo de su pretensión, entre otras razones, las máximas de Derecho internacional *locus regit actum*, y la de que debe aplicarse la *lex rei sitæ*, debiendo en su consecuencia instituir heredera ó desheredar nominal y expresamente, y por justa causa, á su madre;

Que la demandada probó que su marido había sido siempre francés, lo mismo que ella, por seguir la condición de aquél, el cual hizo testamento con arreglo á las leyes francesas, lo que estaba en perfecto acuerdo con lo consignado en el

Francia y parte en Austria, como debe aplicarse la *lex rei sitæ* en la sucesión inmobiliaria, puede darse el caso de que la viuda obtenga en un punto la mitad, y en otro la tercera parte ó aun menos; y así como la herencia se considera en cada uno de estos

---

convenio vigente entre Francia y España; impugnando que fuesen aplicables, en general, y menos al caso actual, las máximas citadas;

Que dicha parte demandada acreditó, por medio de certificaciones y otros documentos, todos los hechos por ella alegados;

Que el Juez de primera instancia dictó sentencia, que confirmó la Audiencia, declarando válido el testamento y absolviendo á la demandada;

Que la demandante interpuso recurso de casación porque, á su juicio, la sentencia había infringido, entre otros preceptos: 1.º Las leyes 3.ª, 8.ª y 9.ª, título 11 libro 6.º de la Novísima Recopilación; la doctrina en que se basaba la Real orden de 20 de Agosto de 1849; los arts. 3.º, 18 y 19 del Real decreto de 17 de Noviembre de 1859 y el art 1.º de la Constitución de 1837, reproducido en la de 1845 y 1869; 2.º El art. 3.º del Real decreto de 17 de Noviembre de 1852, y el 5.º del Convenio de 7 de Enero de 1862; 3.º La ley 15, título 1.º de la Part. 1.ª; la 18, tít. 20, libro 10 de la Novísima Recopilación; la máxima universalmente admitida *locus regit actum;* el Real decreto de 17 de Octubre de 1851; 4.º La ley 15, tít. 14 de la Part. 3.ª; 5.º la doctrina admitida por todos los tratadistas y Tribunales y confirmada por la jurisprudencia del Supremo relativa á los estatutos, puesto que en la ejecutoria se afirmaba que la institución de heredero es una formalidad del testamento, y debe regirse, por tanto, por el estatuto personal.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación, estableciendo los siguientes puntos de doctrina:

«1.º *Que no puede decirse que han sido infringidas por una sentencia leyes ni doctrinas que no tienen aplicación al caso de autos.*

2.º *Que tanto en las leyes comprendidas en nuestros Códigos como en los tratados internacionales celebrados con Francia, se ha reconocido constantemente el derecho de los franceses transeuntes y domiciliados en España á ser juzgados por las leyes de su país en todo lo que se refiere al estatuto personal, y que hasta el Tribunal Supremo ha sancionado la misma doctrina en diferentes sentencias.*

3.º *Que el derecho de testar, como que se refiere á la capacidad del individuo, es uno de los que corresponden al estatuto personal.*

4.º *Que el art. 19 del último tratado celebrado con Francia en 7 de Enero de 1862, lejos de contener frase alguna que revele el propósito de privar á los franceses de la facultad de hacer testamentos ológrafos, le sanciona, puesto que en los párrafos primero y segundo se estipuló «que los Cónsules generales, Cónsules, Vicecónsules ó Agentes consulares ó sus Cancilleres tuviesen*

países distinta de la parte situada en los otros, debe admitirse también que el heredero nombrado pueda aceptar la herencia en Italia y en Francia y renunciarla en Austria, anomalía que vulnera el derecho hereditario que es individual, como lo es también la persona del difunto, y como tal indivisible.

También es difícil en el sistema que combatimos resolver las cuestiones relativas á la equitativa repartición de las deudas de la herencia, cuando las personas llamadas á suceder son diversas según los países, y cuando los inmuebles dados en garantía existan en países regidos por diversos estatutos sucesorios (1). Acerca de la obligación de la colación y del derecho de acrecer,

---

(1) Véase Story, *Conflict of Laws*, §§ 487 y sig.

el derecho de recibir en sus Cancillerías, en el domicilio de las partes y á bordo de los buques de su nación las declaraciones que hubiesen de prestar los Capitanes, tripulantes y pasajeros, negociantes y cualesquiera otros súbditos de su país, y que estuviesen facultados para autorizar como Notarios las disposiciones testamentarias de sus naturales,» sin hacer distinción entre los diferentes testamentos que el Código francés reconoce; añadiéndose en el párrafo 4.º que los testimonios ó certificaciones de estos actos, debidamente legalizados por dichos agentes y sellados con el sello de oficio de sus Consulados ó Viceconsulados, hiciera fe en juicio y fuera de él, así en los Estados de España como de Francia, y tuvieran la misma fuerza que si se hubiesen otorgado ante Notario ú otros Oficiales públicos del uno ó del otro país, con tal de que estos actos se hubiesen extendido en la forma requerida por las leyes del Estado á que pertenecieran los Cónsules y Vicecónsules, y hubieran sido después sometidos al sello, registro ó cualesquiera otras formalidades que requieran en el país en que el acto debiera ponerse en ejecución; de todo lo cual, y especialmente de las últimas frases, se desprende que los franceses pueden testar en España de la misma manera que en Francia, sin más limitación que la de observar al hacerlo las formalidades exigidas por las leyes de su país.

5.º *Que si bien es cierto que la transmisión de unos á otros de la propiedad inmueble ó raíz debe regirse por el estatuto real, siempre que se trate únicamente de determinadas fincas que hagan sido adquiridas en virtud de un título particular, esta doctrina no tiene aplicación cuando se impugna una disposición testamentaria, en la cual está comprendido el conjunto ó universalidad de los bienes hereditarios, cuya especie y naturaleza ni aun son conocidos, porque en este caso las leyes aplicables son las concernientes al estatuto personal.»*

pueden presentarse serias dificultades en el sistema contrario, cuando los bienes estén situados en países regidos por leyes diversas. Puede suceder, por ejemplo, que mientras la ley del país en que exista una parte de los bienes del difunto reconozca el derecho *de acrecer en beneficio de los coherederos*, y la ley del otro país en que exista el resto de los bienes no atribuya la posesión vacante por causa de renuncia al otro coheredero, sino al pariente más próximo, ó por representación ó por derecho propio, cuando dé á los acreedores del renunciante facultad de aceptar ellos mismos la porción renunciada en perjuicio de sus intereses. En estos y otros casos sólo tendría efecto aquel derecho respecto de los bienes existentes en un país y no para los otros, quedando así destruída la indivisibilidad del derecho hereditario. Pero si en donde quiera que se hallen los bienes del difunto forman en su conjunto una sola unidad jurídica, si según el derecho romano *hæres et hæreditas, tametsi duas appellationes recipiant, unius personæ tamen vice funguntur*, la ley que debe regular la sucesión ha de ser una sola, esto es, la del Estado de que el difunto era ciudadano.

110. En el sistema por nosotros expuesto no puede hacerse diferencia alguna entre la sucesión mobiliaria y la de los inmuebles, bajo el punto de vista de la ley que debe regir una y otra. Casi todos los que han escrito acerca de esta materia, exceptuándose muy pocos, han sostenido que debe admitirse un orden diverso de sucesión para las cosas muebles, y que éste debe regirse por la ley del domicilio del difunto, siempre por el principio de que las cosas muebles acompañan á la persona del propietario, y por ficción jurídica deben considerarse como existentes en su domicilio. *Mobilia*, dice Voet, *certum locum non habent, quia facile de loco in locum transferuntur, adeoque secundum loci statuta regulantur, ubi domicilium habuit defunctus* (1). Fœlix, Demangeat, Schaeffner, Story, Burge, Zacarías, Rocco, Demolombe y otros muchos entre los modernos han admitido la misma re-

(1) P. Voet, *De statut.*, § 9.°, cap. I, núm. 8.

gla (1), y en ella se funda la jurisprudencia de los Tribunales de diversos países (2).

Zacarías se expresa en estos términos: «La opinión más generalmente admitida en la práctica judicial establece como norma, que la sucesión de un extranjero, en cuanto á los muebles corporales é incorporales, se rige por la ley de su país, y con arreglo á ella debe también determinarse la porción disponible respecto de los muebles» (3). La jurisprudencia ha confirmado con repetición este principio.

Nosotros, por el contrario, habiendo admitido que la herencia es una unidad jurídica, una *universitas juris*, es natural que no podamos hacer distinción alguna bajo el aspecto de la ley aplicable á ella, y que sostengamos, por el contrario, que ha de ser una sola la que debe regir el orden de la sucesión y la medida de los derechos correspondientes, ora constituyan el patrimonio cosas muebles ó inmuebles, ó derechos ó créditos.

(1) Fœlix, *loc. cit.*; Demangeat, *Condition des étrangers*, página 337; Schaeffner, *Diritto privato intern.*, § 132, núm. 2; Story, § 483; Burge, parte 2.ª, cap. IV; Zacarías, *Diritto civile*; Aubry y Rau, § 31 y las citas de la nota; Rocco, *Diritto civile intern.*, parte 1.ª, cap. XXI; Demolombe, *Traité de la publicité des lois*, número 91.

(2) Cas. franc., 8 Diciembre 1840, *Dev.*, 41, 1, 56: Cas. 2 Diciembre 1843, *Dev.*, 44, 1, 74; Story, § 448, 485, 489; Kames, *On equity*, lib. III, cap. VIII, § 3.°

(3) *Ob. cit.*, § 31, núm. 3.°, h.

CAPÍTULO V

De la ley de las obligaciones.

111.—Nociones generales.

111. En este capítulo nos proponemos hablar de los derechos que tienen por objeto una prestación, es decir, el cumplimiento de una obligación. Estos derechos presuponen que una persona está obligada á realizar un acto en beneficio de otra, é implican una restricción de la libertad de la primera en favor de la segunda. Por más que el objeto inmediato del derecho no sea la persona obligada, sino el hecho que ésta debe realizar, sin embargo, como entre la prestación y la obligación hay la misma relación que entre el efecto y la causa, puede decirse que el objeto del derecho es la obligación, y por esta razón lo llaman algunos *derecho de las obligaciones, jus obligationum.*

Otros, considerando que estos derechos suponen una relación entre dos personas, el acreedor y el deudor, y que sólo pueden valer contra la persona obligada, los denominan derechos personales para distinguirlos de los *derechos reales,* que se ejercitan sobre una cosa corporal, haciendo abstracción de toda persona.

Las fuentes de donde pueden derivarse las obligaciones están enumeradas en el derecho romano de la manera siguiente: *Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut propio quodam jure ex variis causarum figuris* (1). La última especie comprende las que nacen de un cuasi-contrato, de un cuasi-delito y de una disposición de la ley (2).

Las que ofrecen más vasto círculo de controversia y merecen ser tratadas especialmente bajo la relación de los conflictos entre

(1) L. 1, Dig.; *De obligat. et act.*, XLIV, 7.
(2) Instit., § 2.°, *De obligationibus*, III, 13.

las leyes á que pueden estar sometidas, son las obligaciones convencionales. Puede suceder, en efecto, que las dos personas obligadas, como acreedor y deudor, pertenezcan á países regidos por leyes diferentes, ya porque la ley bajo la cual se ha hecho perfecta la obligación sea diferente de la del lugar indicado para el cumplimiento de esta obligación, ó de la del lugar en que el acreedor quiere obligar al deudor á la prestación, ya porque las formas externas, suficientes aquí para dar valor jurídico á un acto, sean insuficientes en otra parte y modifiquen el *vinculum juris*; ora, en fin, porque el objeto del contrato sea una cosa inmueble y surja la cuestión de la influencia que podrá tener la *lex rei sitæ*, y otras cuestiones semejantes.

Aquí vamos á ocuparnos principalmente de las obligaciones convencionales y de las que nacen de los delitos y de los cuasi-delitos. Sin perder de vista las demás obligaciones que se derivan de la ley, convendrá tener presente que, así como aquéllas dependen de la ley á que están sujetas la persona ó la familia, ó de la del lugar en que se hallan los bienes (1), convendrá acudir á los principios anteriormente expuestos para determinar la ley de la persona ó de la familia, á fin de decidir con arreglo á dicha ley las obligaciones que se derivan de las relaciones del estado personal y de familia.

Expondremos toda esta materia en párrafos separados.

§ 1.°

De la ley de la obligación convencional.

112. En la determinación de la ley que debe regir la obligación convencional, conviene tener en cuenta la autonomía de las partes.—**113.** Dentro de qué límites debe valer este principio.—**114.** No puede determinarse fácilmente siempre la ley á que se han referido las partes.—**115.** Graves dificul-

(1) Tales son las obligaciones que se derivan de la ley entre los propietarios de predios vecinos, citadas á modo de ejemplo en el art. 1.370 del Código civil francés.

tades en caso de obligaciones contractuales.—**116**. Desacuerdo de los jurisconsultos al fijar el principio que ha de resolverlas.—**117**. Cómo invocan y explican unos y otros los textos del derecho romano.—**118**. Nuestra opinión.—**119**. Se funda ésta en la de los jurisconsultos antiguos, Mevio, Voet y Burgundio.—**120**. Impugnación de la teoría de Story y de Savigny.—**121**. Se confirma la opinión sostenida por la teoría de Rocco.—**122**. Esta teoría se apoya también en la jurisprudencia.

112. Siendo la obligación un lazo jurídico invisible é incorporal, no podemos aplicar los mismos principios expuestos anteriormente para determinar la ley que rige el estado personal y los derechos reales. La relación inmediata de éstos con la ley de que dependen, puede establecerse de una manera inequívoca por el hecho de la ciudadanía y de la situación de la cosa; mientras la obligación no puede estar localizada en el espacio, depende de actos fugitivos de voluntad, y, para subordinarla á una ú otra ley, es necesario fundarse en la libre sumisión de las partes.

Debe observarse, en efecto, que las obligaciones que se derivan del hecho voluntario lícito del hombre, se forman de dos elementos, á saber: del acto lícito y de la ley, que sosteniendo ó declarando aquel acto propio para engendrar el vínculo jurídico, atribuye al acreedor el derecho de exigir que el deudor dé, haga ó preste, é impone al deudor el correspondiente deber jurídico de dar, hacer ó prestar lo exigido. Ahora bien; como la persona que tiene capacidad suficiente, según su ley personal, puede realizar actos en los límites de dicha capacidad en cualquier país, síguese de aquí que la sujeción á la ley de que se deriva la relación obligatoria, debe depender de la autonomía de las partes.

Por regla general, debe, pues, admitirse que, salvo lo concerniente á la capacidad de la persona para realizar con eficacia jurídica el acto de que se trate, el vínculo de derecho que nace á consecuencia del mismo debe depender de la ley vigente en el lugar en que se realiza el acto, porque en general debe presumirse que han querido someterse á esta ley lo mismo el acreedor que el deudor.

En efecto, cuando no se ha declarado expresamente que se prefiere la ley del lugar de la ejecución á la del domicilio del deudor ó del acreedor, ó la preferencia no resulte de las circunstancias de un modo cierto, debe presumirse que las partes se han referido á la ley vigente en el lugar en donde han realizado el acto que ha dado origen al vínculo jurídico.

No puede negarse, en verdad, á las partes, la facultad de someterse por declaración expresa más bien á una que á otra ley dentro de los límites de su autonomía, porque en materia de obligaciones no ejerce la ley su autoridad absoluta, como sucede en las relaciones que se derivan del estado de la persona, de las relaciones de familia y de la situación de las cosas, puesto que dejando aquélla al arbitrio de las partes que se obligan el regular libremente los efectos de la obligación contraída, sólo interviene para completar lo que no se ha establecido expresamente por las primeras, y por consiguiente, viene á formar parte integrante del acto realizado, porque, á falta de voluntad manifiesta, fija la naturaleza y extensión de la obligación y las consecuencias y efectos de la misma. Es, pues, evidente, que las partes pueden referirse á una ú otra ley para integrar ó completar lo que no se haya expresado con claridad, en cuya hipótesis todo debe depender de la ley indicada por las partes mismas al tiempo de obligarse.

113. Debe, sin embargo, tenerse en cuenta que la expresada regla ha de estar siempre subordinada á la excepción de no infringir las leyes de orden público vigentes en el lugar en donde haya de cumplirse lo pactado. *Ne aliquid in alienâ civitate fiat contra civitatis mores, leges, institutiones ejusmodi, quæ ad inmutanda prorsus nihil valet privatorum arbitrium* (1).

Si siempre que las personas pertenecientes á distinta patria, al contratar y obligarse declarasen expresamente que se referían á esta ó á aquella ley, ó si la determinación de la ley á que debe considerarse sujeta la obligación contraída, resultase por las circunstancias que no podía haber lugar á duda respecto á haberse sometido á una ley determinada, podría evitarse toda dificultad; pero muchas veces faltan ambas cosas, y es necesario deducir de

(1) Muhlenbruch, *Doctrina Pandect.*, § 73.

las circunstancias y de los hechos que han acompañado á la obligación, cuál debe ser la ley á que aquélla, las relaciones y los efectos á que ha dado origen, deben considerarse sometidos. Debe, pues, analizarse el asunto jurídico en sus elementos para determinar la ley que debe regir las relaciones que de ella se derivan.

Puede, en efecto, ocurrir, que la relación obligatoria haya sido la consecuencia de actos sucesivos realizados bajo el imperio de leyes distintas, en cuya hipótesis es indispensable fijar el momento y el lugar en que el hecho principal propio para engendrar el vínculo jurídico sea perfeccionado, y determinar la ley que debe regir la obligación y las consecuencias jurídicas de la misma.

Puede, además, ocurrir, que al acto adquisitivo originario se agregue otro nuevo que haya sobrevenido como consecuencia del desenvolvimiento de las relaciones por aquél creadas, en cuyo caso es indispensable decidir si el nuevo hecho debe considerarse como distinto y separado, y, por consiguiente, como una cosa independiente en cierto modo y sujeta al imperio de la ley del lugar en que se verificó, ó si debe considerarse como conexo con el hecho primitivo y regido por la misma ley que éste.

Agrégase á esto, que así como la relación entre la obligación y la ley depende de la autonomía de las partes, así también, cuando falta la declaración expresa, es necesario fundarse en las presunciones, es decir, deducir de las circunstancias y de los hechos, en medio de los cuales ha nacido la obligación, cuál debe ser la ley á que las partes han querido someterse para todo lo concerniente á la obligación y á las consecuencias jurídicas de la misma.

114. Estas dificultades aumentan y se hacen más graves cuando de las obligaciones que se derivan de los contratos, y á causa de poder ser el lugar en que se han efectuado distinto de aquel en que deban cumplirse, puede surgir la duda acerca de la ley que ha de regular su validez, su naturaleza y su esencia, y la que deba regir su ejecución. Estas dificultades no surgen respecto de las obligaciones contraídas por acto unilateral, puesto que debe racionalmente presumirse que el autor ha querido referirse á la ley de su patria, cualquiera que haya sido el lugar en donde lo haya realizado.

Si el deudor y el acreedor son ciudadanos de la misma patria ó están domiciliados en el mismo país, debe presumirse con más razón que se han referido á la ley de su patria ó de su domicilio, conocida de ambos, más bien que á la del lugar de la estipulación, que podía ser ignorada de ellos. *Si inter duos*, dice Hercio, *celebratur, verbi gratia, pactum, et uterque paciscens sit externus et unius civitatis civis, dubitandum non est actum a talibus secundum leges patriæ factum in patriâ valere* (1).

---

(1) Hercio, *De Collisione legum*, núm. 10. Este principio ha sido consagrado por el Código civil italiano, art. 9.°, disposición preliminar; Código prusiano, Introducción general, § 35; Código austriaco, § 4.°; véase Massé, *Derecho común*, núm. 571; Fœlix, *Derecho internacional privado*, núms. 83, 96 y 101; Voet, *De stat.*, núm. 15; ley alemana, *Sobre la letra de cambio*, art. 85, cuyo texto literal dice así:

«Las condiciones esenciales de una letra de cambio librada en país extranjero ó de cualquier compromiso por letra de cambio, suscrito en país extranjero, se regularán por las leyes del país en que el acto se haya realizado. No obstante, si el acto efectuado en país extranjero estuviese conforme con la ley alemana, su irregularidad, bajo el punto de vista de la ley extranjera, no llevará consigo la nulidad de las obligaciones ulteriores suscritas en Alemania. Serán asimismo válidos, siempre que estén conformes con la ley alemana, los compromisos por letra de cambio suscritos en el extranjero por un alemán en favor de otro.» (Véase la nota puesta á este artículo en la *Colección de las instituciones, etc.*, tomo II, p. 528, columna 2.ª)

La ley italiana, en el apartado 2.° del art. 9.° de las *Disposiciones generales para la interpretación y aplicación de las leyes*, dice lo siguiente en lo que se refiere á la materia que en el texto se examina:

«La sustancia y efectos de las obligaciones deberán regirse por las leyes del lugar en que se lleven á cabo; y si los contrayentes fuesen extranjeros y de nacionalidad común, por las leyes de su país. Todo sin perjuicio de que se manifieste una voluntad distinta.» (Véase la obra antes citada, tomo III. p. 133, columna 1.ª)

Con esta disposición ha dejado á salvo en todo caso el legislador italiano la demostración que puedan hacer las partes obligadas de haberse referido á una ley diversa de la que él mismo designa. En su consecuencia, compete al magistrado analizar la obligación en relación con las circunstancias, y admitir ó excluir la

Cuando los contratantes sean extranjeros y estén domiciliados en el mismo país, la principal duda que puede surgir es la de si la ley que debe regular las relaciones contractuales ha de ser la del lugar en donde el contrato se ha estipulado, ó la de aquel en que debe ejecutarse.

115. En la resolución de esta controversia están discordes los jurisconsultos. Algunos, considerando que la ejecución pertenece á la esencia de la obligación, dicen que debe determinarse la competencia de los Tribunales para juzgar de aquélla, y la ley que debe regir su sustancia, según el lugar destinado á su cumplimiento. Otros creen, por el contrario, que la ley del lugar de la ejecución no tiene autoridad alguna para determinar la competencia de los Tribunales á fin de hacer jurídicamente eficaz la obligación, y para todo cuanto concierna al modo de cumplir lo pactado ó á los medios de obligar al deudor á que lo cumpla; pero no puede ejercer influencia alguna sobre la obligación, la cual únicamente debe depender de la ley del lugar en que el contrato se ha celebrado, porque es más verosímil que las partes hayan tomado allí los informes necesarios acerca del valor jurídico del acto, y que hayan querido referirse á aquella ley.

116. Los textos del derecho romano que estos jurisconsultos invocan en apoyo de su doctrina, son los siguientes, interpretados de diferente modo por unos y por otros: *Contraxisse unusquis quein eo loco intelligitur, in quo ut solveret se obligavit* (1).—*Venire bona ibi oportet, ubi quisque defendi debet, id est, ubi domicilium habet aut ubi quisque contraxerit.—Contractum autem non utique eo loco intelligitur, quo negotium gestum sit, sed quo solvenda est pecunia* (2).—*Si fundus venierit ex consuetudine ejus regionis in qua negotium gestum est pro evictione caveri oportet* (3) —...*uniuscujusque enim contractus initium spectandum est et causam* (4).

---

aplicación de la ley, á que sostenga la parte deba someterse la obligación.—(N. AMPLIADA POR EL T.)

(1) L. 21, Dig., *De obligat. et act.*, 44, 7.

(2) L. 1, 2 y 3, Dig., *De reb. auct. judic.*, 43, 5.

(3) L. 6, *De evic.*, Dig., XXI, 2.

(4) L. 8, *Mandati*, Dig., XVII, 1.

Dicen los unos que los dos primeros textos, no sólo deben aplicarse para determinar la jurisdicción, sino también el lugar de la obligación y el derecho local por donde debe regirse. Otros, por el contrario, son de parecer que los dos primeros sirven para determinar la jurisdicción, pero que, en cuanto á la ley á que la obligación se halla por sí misma sometida, debe tenerse en cuenta el lugar en que se ha verificado el contrato, *in quo negotium gestum est.*

117. En nuestra opinión, ni una ni otra de las expresadas puede admitirse exclusivamente. En efecto, la obligación es un lazo jurídico entre dos ó más personas determinadas, en virtud del cual puede la una obligar á la otra á dar, hacer ó prestar alguna cosa. *Obligatio est juris vinculum inter debitorem et creditorem, quo vel ad dandum vel ad faciendum vel ad præstandum alteri obstringitur* (1).

Cada obligación, supone, pues:

a). Un lazo jurídico que liga necesariamente al deudor con el acreedor, y del que se deriva el derecho que éste tiene para exigir que aquél dé, haga ó preste, y el deber jurídico correspondiente al deudor, de dar, hacer ó prestar.

b). Un hecho reductible á valor pecuniario, que es el objeto del lazo jurídico.

En las obligaciones que nacen de un contrato el *vinculum juris*, que liga al deudor y al acreedor (2), se establece por el concurso del consentimiento recíproco: *duorum pluriumve in idem placitum consensus.* Ahora bien: la ley del lugar en donde se realizó el concurso del consentimiento de dos ó más personas con el fin de constituir, arreglar ó resolver una relación jurídica entre las mismas, es la que debe regir la obligación.

Es necesario distinguir bien del *vinculum juris* el *onus conventionis* y las consecuencias jurídicas que á ellos se refieren. El no

---

(1) Muhlenbruch, l. c., § 323; lib. III, Dig., *De obligationibus*, XLIV, 7.

(2) Los antiguos romanos, en lugar de la palabra *obligatio*, introducida en la época clásica, empleaban la de *nexus* ó *nexum*, derivada de *nectere*, enlazar.

tener en cuenta esta distinción ha inducido á error á muchos jurisconsultos, que han establecido como regla que, cuando la obligación deba ejecutarse en otra parte, se regirá por la ley del lugar fijado para su cumplimiento. Sin embargo, esto no puede afirmarse en la precisión del lenguaje jurídico. Es verdad que la palabra obligación se emplea en muchos sentidos aun en los textos romanos, y entre otros, para designar el hecho que sirve de base al lazo jurídico (1); sin embargo, es indispensable distinguir ambas cosas, y para esto debe establecerse, como segundo principio fundamental, que la ley del lugar en donde debe cumplirse la obligación, si éste es diferente de aquel en que fué contraída, es la que debe regir la forma de su cumplimiento. Luego de los textos del derecho romano ya citados, los dos primeros pueden aplicarse al *onus conventionis*, y los otros dos al *vinculum juris*.

118. Esta opinión, que es la nuestra y que está conforme con la de Fœlix, Pardessus, Demangeat, Zacarías, Rocco y Demolombe (2), está fundada en la doctrina de los jurisconsultos antiguos.

119. Mevio se expresa respecto de esta cuestión en los siguientes términos: *Forenses servare teneri statuta et consuetudines loci ubi aliquid agunt, et contrahunt ad validitatem actûs seu contractûs: statutum enim actus seu contractus semper atenditur, cui disponentes, vel contrahentes se obligare et conformare voluisse censetur* (3).

Y poco después añade: *Cave autem in hac materia, confundas actuum solemnia nec non et efectus ab ipsis causatos cum* EORUM ONERE *et accidenti extrínseco, quod contractus subsequitur, sed non ex ipsis contractibus est. Id, dum multi non discernunt forenses, maxime lædunt et gravantur* (4).

(1) L. 19. Dig., *De verborum significatione*, lib. XVI; L. 1, § 3.º; Dig., *De pactis*, II, 14.

(2) Fœlix, l. c., núm. 98; Pardessus, *Derecho común*, número 1.495; Demangeat, *Cond. de los extranjeros*, p. 354; Zacarías, l. c., núm. 98; Rocco, p. 3.ª, cap. VII; Demolombe, tít. I, núm. 105.

(3) Maevius, *Ad gus Lub.*, *Quæst. prel.*, 4, núms. 11, 13 y 14, página 22.

(4) Idem, id., núm. 18.

La autoridad de Paulo Voet es también aquí muy oportuna, cuyo autor se expresa en estos términos: *Quod, si de ipso contractu quæratur, seu de naturâ ipsius, seu de is quæ ex naturâ contractûs veniunt, puta fidejusione*, etc., *etiam espectandum est loci statutum ubi* CONTRACTUS CELEBRATUR, *quod ei contrahentes semet acordare præsumantur* (1): y después añade: *Hinc rationi efectus et complementi ipsius contractûs spectatur ille locus in quem destinata est solutio: id quod ad modum, mensuram, usuras*, etc., *negligentiam, moram post contractum initium accedentem referendum est* (2).

Y Burgundius: ..... *qui in aliena provincia paciscitur non credendus est esse consuetudinis ignarus: sed id quod palam verbis non exprimit, ad interpretationem legum se referre, atque idem velle et intendere quod lex ipsa velit* (3). El mismo autor, hablando de los contratos hechos en un lugar y que deben ser ejecutados en otro, concluye de este modo: *Igitur, ut paucis absolvam, quoties de vinculo obligationis, vel de ejus interpretatione quæritur, veluti quod et in quantum obliget, quid sentenciæ stipulationis inesse quid abesse credi oporteat; item in omnibus actionibus et ambiguitatibus, quæ inde oriuntur, primum quidem id sequemur quod actum est, et si non appareat quod actum est, erit consequens ut id sequamur, quod in regione quâ actum est frequentatur* (4). Y después añade: *Ea vero quæ ad complementum vel executionem contractûs spectant vel absolute eo superveniunt, solere a statuto loci dirigi, in quo peragenda est solutio* (5).

120. Apoyados en la autoridad de los escritores citados y en las razones antes expuestas, no aceptamos la opinión de los que, sin distinguir, admiten como regla general que, cuando el lugar de la ejecución sea diferente del de la estipulación del contrato, debería depender todo de la ley del indicado país para el cumplimiento de la obligación. Tal es el parecer de Story, el cual

(1) Voet, *De stat.*, § 9.º, cap. II, § 10.

(2) Idem, id.; véase Emerig., *Tratado de los segur.*; Casaregis *Discursus legales*, § 179.

(3) Burgundius, *Trac.* 4, núm. 8, p. 105.

(4) Idem, id., núm. 7.

(5) Idem, id., núms. 10 y 29.

dice que, cuando el contrato deba ejecutarse en otro lugar, por voluntad expresa ó tácita de las partes, se debe admitir, según la voluntad presunta de los contratantes, que el contrato debe depender—en cuanto á su validez, en cuanto á la capacidad para obligarse y en cuanto á la interpretación de la ley—del lugar en donde la obligación ha de cumplirse. Tal es también la opinión de Savigny que, para determinar la ley que rige la obligación, aplica los mismos principios que para fijar la jurisdicción, y admite, como primera regla, que, cuando hay un lugar fijo para cumplir la obligación, con arreglo á él es cómo debe determinarse el derecho local al que la obligación está sujeta (1).

Esta doctrina es sostenida, entre otros, por Molineo (2). Pero sin detenernos en una cuestión de interpretación, y después de atentas investigaciones, nos hemos convencido de que todo lo dicho relativamente á la influencia que puede ejercer sobre el contrato la ley del lugar en donde ha de ejecutarse la obligación, debe entenderse con la distinción hecha anteriormente y no como la entienden Story y los que han seguido su doctrina. En nuestro sentir, está fuera de toda duda que las condiciones esenciales para la existencia y necesarias para la validez de las obligaciones, deben depender de la ley del lugar en donde han contratado las partes.

121. De esta opinión participa también Rocco: «Aun cuando el contrato hecho en el reino, dice este escritor, debiera efectuarse en territorio extranjero, y hubiera alguna diferencia relativamente á las condiciones exigidas y de las cuales resulta la validez intrínseca y sustancial de los contratos, debe ser siempre nuestra ley la que decida. Si en el reino se hace un contrato de compra ó de venta de mercancías que se hallan en Suiza, y hay diferencia entre ambos Estados respecto á la causa de la obligación y á las causas que pueden viciar el consentimiento relativamente á la prueba y á la confirmación auténtica de una voluntad libremente manifestada, el contrato, válido según nuestras leyes, lo será también en Suiza, y el vendedor estará obligado á consignar las mercancías, aunque el contrato no hubiera tenido efecto si por casualidad se hubiese hecho en Suiza. La razón de ello es porque, en el lugar en donde se ha ultimado el acto, se presume que las partes han tomado todos los informes necesarios para conocer la naturaleza y la extensión de la obligación recíproca» (1).

(1) Story, *Conflict of Law*, § 280; Savigny, *Tratado de Derecho romano*, tomo VIII, § 372.

(2) Molineo, *Comment. ad Cod.*, lib. I, tit. I; *Conclus. de stat.*, tomo III, p. 554.

Insistiendo, pues, en el ejemplo referido, todo lo que concierne á la manera de cumplir la obligación, deberá regirse por la ley suiza, y, por consiguiente, la entrega de la cosa, el pago, el envío y las consecuencias que de aquí se derivan en cuanto á los riesgos y peligros de aquélla y á los intereses. Así como la letra de cambio, extendida en Italia y pagada en país extranjero, debe pagarse con arreglo á la ley del lugar, del mismo modo debe determinarse el plazo en que el portador debe pedir la aceptación, los días de gracia si los hay, y el carácter de dicho plazo, según que son en favor del deudor ó del acreedor, y todo lo que se refiere á la manera de dar, de hacer ó de prestar aquello á que el deudor está obligado. A esta cuestión y á otras análogas debe aplicarse el texto del derecho romano *contraxise unusquisque eo loco intelligitur, quo ut solveret se obligavit.* Pero respecto de la obligación del comprador, sea italiano ó extranjero residente en Italia, de la solidaridad y de las condiciones necesarias para la validez del contrato de cambio, debe aplicarse nuestra ley y no la del país extranjero en que debe pagarse la letra de cambio (2). Para estas cuestiones y otras análogas, debe, por el contrario, aplicarse este otro texto: *uniuscujusque enim contractus initium spectandum est et causa.*

122. La teoría que hemos expuesto tiene un apoyo eficaz en la jurisprudencia, que ha establecido que la validez, la naturaleza y la extensión de la obligación que se deriva de un contrato entre extranjeros, debe depender de la *lex loci contractus*,

(1) Rocco, parte 3.ª, cap. VII.

(2) Véase el capítulo IX siguiente.

Se ha establecido, en efecto, que un contrato de seguros hecho en Francia para mercancías cargadas en un puerto extranjero, á bordo de una nave extranjera y destinadas á un puerto también extranjero, debe ser regido por la ley francesa (1). Que según la ley del país en que se realizó el contrato de seguro, debe determinarse la extensión de la obligación respecto de las cosas y condiciones en que el asegurador habrá de estar obligado al resarcimiento de daños y perjuicios (2), y también debe decidirse con arreglo á la misma ley si la mercancía cargada sobre cubierta debe estar excluída en la apreciación de las averías en caso de echazón (3).

En un contrato de transporte entre un francés y una Compañía inglesa hecho en una posesión inglesa, ha sostenido el Tribunal de casación que la responsabilidad de la compañía en caso de pérdida del bagaje debía apreciarse con arreglo á la ley inglesa (4).

En un contrato de préstamo á interés ha decidido el mismo Tribunal de casación que, si se había estipulado en país extranjero y por una razón superior á la permitida por la ley francesa, la convención válida según la *lex loci contractus* debía ser eficaz en Francia (5).

En un contrato de fletamento se decidió, en el caso de una nave fletada en Marsella á una casa de Hamburgo, que se le debían al corredor sus honorarios con arreglo á los usos de Marsella y no con arreglo á los de Hamburgo, por más que éste hubiera aceptado otro en este último punto para tratar con la misma casa (1).

(1) Ruen 7 Junio 1886 (Langstaff), *Journ. de Mars.*, 34, 2 148. Conf. Cas franc., 1.° Febrero 1862 (Asegurador C. Vázquez). *Journal de Mars.*, 1862. 2 145.

(2) Marsella, 4 Agosto 1852 (Battle C. Gaillard) *Journ de Marsella*. 31. 1, 197, y 18 Octubre 1831 (Seren). *Journ. de Mars.*, 13, 1, 28.

(3) Marsella, 4 de Agosto citado.

(4) Casación franc., 27 Febrero 1844 (Compañía peninsular de Londres); *Pal.*, 1864, 225. Conf. la sentencia del mismo Tribunal, 26 Marzo 1860 (Ferrocarril de Orleans); *Pal.*, 61, 715; idem, 9 Julio 1872 (Compañia de Lyon); *Pal.*, 1872, 1, 224; idem 5 Febrero 1863 (Delatre); *Pal.*, 1872, 238; cas. de Nápoles 28 Junio 1871, *Gaz. Proc.*, 1871 á 1872, 367.

(5) Casación 10 Junio 1857 (Diab); *Pas.*, 1859, 1, 501; Bastia, 19 Marzo 1866 (Erose), *Pal.*, 1866, 940.

Sólo cuando los contratantes sean extranjeros y ciudadanos de la misma patria, se ha dicho que el contrato celebrado por ellos podría regirse por la ley de su patria (2).

En el caso de contrato celebrado en Francia entre franceses, pero que debió ejecutarse en país extranjero, se estableció que en lo que respecta á la ejecución del mismo, debía regirse por la ley del país en que había de ser ejecutado, no obstante que se discutiese el asunto ante los Tribunales franceses (3).

La aplicación de estas dos máximas no ha modificado la regla que establece que la persona y las cosas son siempre regidas por la ley á que están sujetas, y por consiguiente, aunque el contrato de seguro se haya acomodado á la ley del país en que se ha estipulado, para decidir si estaba obligado el Capitán á hacer visitar la nave, y si la falta de ciertos certificados de á abordo podían hacerle perder el derecho al justiprecio y abandono de las averías, se tiene sólo en cuenta la ley nacional de la nave (4), y el Tribunal de casación de Milán, á propósito de una venta de inmuebles, decidió, que las cuestiones acerca del carácter comercial de las cosas inmuebles y otros puntos concernientes á la condición jurídica de las mismas, debían resolverse con arreglo á la *lex rei sitæ*, y la cuestión acerca de la validez ó nulidad de la venta por falta de autorización marital, de conformidad con la ley personal (5).

(1) Marsella, 10 Diciembre 1860 (Aubert), *Journal de Marsella*, 1861, 11, 3.

(2) Argel, 18 Agosto 1848, *Journal de Mars*, 28, 2, 75; Nápoles, Trib. de com., 19 Junio 1872, *Gaz. Proc.*, 1872 á 1873 394.

(3) Marsella, 29 Septiembre 1864 (Agelasto), *Journal de Mars.*, 1864, 1, 276.

(4) Bordeaux, 6 Mayo 1861 y Cas. franc., 1.° Febrero 1862 (Aseguradores contra Vázquez), *Journal de Mars.*, 1862, 2, 3 y 145.

(5) Cas. de Milán, 17 Mayo 1867 (F. di Nasser), *Monit.*, 1867, 466.

§ 2.º

Del lugar en que debe considerarse perfeccionado el contrato y de aquel en que debe entenderse que se ha fijado la ejecución del mismo.

123. Dificultades que pueden surgir al determinar el lugar en que se ha perfeccionado el contrato.—**124.** Opiniones diversas de los jurisconsultos acerca del tiempo y del lugar en que debe considerarse perfeccionado el contrato por correspondencia.—**125.** También hay discordancia en la jurisprudencia. **126.** Solución de la cuestión según la ley italiana.—**127.** Opinión sostenida por nosotros.—**128.** Cuándo y dónde debe considerarse perfeccionado el contrato hecho por intermediario.—**129.** Mandato por carta.—**130** De la ley á que debe considerarse sometido el mandato.—**131.** De los contratos hechos en un lugar y ratificados en otro.—**132.** De la ratificación de los contratos nulos por su origen.—**133.** De los contratos hechos por comisionados viajantes.—**134.** De los contratos condicionados.—**135.** De las obligaciones que se derivan de actos realizados en diversas localidades.—**136.** Cómo pueden resolverse las dudas respecto del lugar destinado á la ejecución de la obligación.—**137.** Del cumplimiento de la obligación de remitir una mercancía á su destino: opiniones diversas.—**138.** Solución dada á la cuestión por la jurisprudencia.—**139.** Opinión que parece preferible.—**140.** Jurisprudencia de los Tribunales americanos.

123. Serían suficientes las reglas por nosotros expuestas en el párrafo precedente, si siempre pudiera determinarse con certeza el lugar en donde debía considerarse perfeccionado el contrato, y el destinado para su ejecución, pero puede surgir y surge con frecuencia la duda precisamente al determinar una y otra cosa.

Respecto del lugar en que debe considerarse perfeccionado el contrato, puede surgir la dificultad en el caso en que aquél se haya hecho por cartas ó por telegramas, por intermediarios, ó se haya verificado mediante actos sucesivos realizados en distintos países, ó hecho en un país y ratificado en otro.

124. Disienten todavía los jurisconsultos acerca del tiempo y del lugar en donde debe considerarse perfeccionado el contrato hecho por correspondencia; esto es, si la relación jurídica contractual debe considerarse nacida y perfeccionada en el lugar y

en el momento en que ha sido aceptada la oferta, ó si, por el contrario, debe considerarse necesario al efecto que la aceptación llegue al lugar de donde partió la oferta y que sea conocida por el proponente.

Opina Savigny que el contrato por correspondencia debe considerarse hecho en el lugar en que ha sido recibida y aceptada la oferta (1). Tal es, también, la opinión de Struvio, del cardenal Lucca, de Casaregis, de Zacarías y otros respetables escritores (2).

Casaregis pone el ejemplo de un negociante de Génova que escribe á su corresponsal de Venecia para ofrecerle mercancías, y sostiene que, si la oferta es aceptada, debe considerarse el contrato como hecho en Venecia, que es donde se han unido el consentimiento del comprador y el del vendedor como si éste se hallase presente allí: *quia fingitur medio litterarum esse venetiis præsens, ibique venditionem mercium cum veneto concludere.*

Zacarías llega á la misma conclusión. «Todo contrato, dice éste, exige esencialmente el concurso de dos ó más declaraciones de voluntad, las cuales se manifiestan de un lado con la oferta y del otro con la aceptación. No es necesario que esta última venga inmediatamente después de la oferta, sino que puede transcurrir un intervalo de tiempo más ó menos considerable; pero, una vez verificada la aceptación, no queda ultimado el contrato cuando ésta ha llegado á conocimiento del que ha hecho la oferta, sino desde el momento en que ésta ha sido aceptada» (3).

Por el contrario, Muhlenbruch, Merlin, Toullier, Troplong, Rocco y otros han manifestado la opinión opuesta, y se fundan en la consideración que la aceptación es como un *propositum in mente retentum*, hasta que el autor de la oferta tenga de ella conocimiento. *Nec si per literas alteri ab altero conditiones propositæ sunt, ante est perfecta conventio, quam aceptio facta in notitiam*

---

(1) Savigny, l. c., tomo VIII, p. 254; Struvius, *Exerc. ad Pand.*, número 11.

(2) De Lucca, *De credito discur.*, 51, núm. 6; Casaregis, *Discursus legales de comm.*, Dis. 179, núm 1.º

(3) Zacarías, *Derecho civil*, § 343; Aubry y Rau, nota 3.ª

pervenit ejus, qui obtulit condictionem (1). Tal es también nuestro parecer.

Merlin, Troplong y Toullier observan, que el que hace la oferta puede retirarla, hasta no haberle llegado la carta de aceptación; que no puede haber un lazo jurídico obligatorio sin el concurso de dos voluntades, y que tampoco puede suponerse este concurso si no es conocida por el proponente la del aceptante.

125. La jurisprudencia es muy varia y discorde (2).

126. En la legislación italiana se ha evitado toda cuestión, porque deseando nuestro legislador dar á los Tribunales una norma constante para juzgar, ha sancionado como máxima en el Código de comercio, que el contrato por correspondencia deberá considerarse perfeccionado en el lugar donde haya partido la oferta, cuando llegue al mismo la aceptación.

---

(1) Muhlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, § 331; Merlin, l. c., *verbo Vente*, § 1.°, art. 3.°, núm. 11; Toullier, VI, 29; Toplong., *De la Vente*, tomo I, núm. 22; Rocco, parte 3.ª, cap. XVI.

(2) Se ha establecido que el contrato queda perfeccionado en el lugar en que se verifica la aceptación en las siguientes sentencias: Génova, 3 Marzo 1863 (Pivado), *Monit.*, 1863, 839; Turín, 22 Mayo 1866 (Bersamino), Caveri, 6, 20, 60; idem, 28 Diciembre 1867 (Suecur), Cav., 7, 2, 254; idem, 12 Abril 1862 (Schwars), Cav., 2, 2, 107; Génova, 21 Julio 1862 (Goldaniga), Cav., 2, 2, 250; casac. Turín, 22 Diciembre 1871 (Petrini), *Monit.*, 1872, 36; Génova, 27 Febrero 1871 (Fassina), Bettini, 1871. 2, 132; Nápoles, 15 Diciembre 1873 (Borenther), *Gaz. Proces.*, 73, 74, 594. Han consignado la opinión contraria: Tribunal de Turín, 15 Enero 1861 (Balmita), Caveri, 1, 2, 236; Tribunal de comercio de Génova, 5 Junio 1865 (Eslle), Cav., 5, 2, 168, y 24 Agosto 1865 (Buccheti), Cav., 5, 2, 248; cas. de Florencia, 30 Junio 1863 (Gobst), *Gaz. Proc.*, 1873, 497; Tribunal de apelación de Nápoles, 16 Diciembre 1667, *Gaz. Proc.*, 1868, 286; Aix, 14 Mayo 1872 (Delelain), *Journal de Mars*, 33, 4, 66; Marsella, 23 Mayo 1872 (Gibelin), *Journal de Mars.*, 61, 1, 172. Véase la sentencia de los Tribunales ingleses inserta en la *Revista de Derecho francés*, tomo II, p. 690 Las sentencias de los Tribunales alemanes insertas en Litten, *Quo tempore pactun inter absentes propositum perfici videatur*. La sentencia de la Rota romana en el negocio *Berthe*, 4 Septiembre 1843, y otras muchas.

127. Si queremos resolver la cuestión con arreglo á los principios del derecho, observamos que el contrato por correspondencia no puede ser enteramente igual al celebrado entre presentes, porque no pudiendo haber la simultánea unión de ambos consentimientos, de modo que sea objetiva y subjetiva, no puede evitarse el admitir una ficción jurídica. A juicio nuestro, es más racional elegir aquel modo de ver que se halle más en armonía con los principios jurídicos, con la tradición científica, con la rapidez y la certeza con que se resuelven los contratos mercantiles y que evite los errores. Tal es la opinión que sostiene que el contrato se perfeccione en el lugar en que la aceptación se verifica. Cuando á la voluntad del proponente, que exteriorizada en una carta adquirió existencia jurídica positiva, se une la voluntad del aceptante, manifestada de modo que adquiera realidad exterior y subsistente por sí, debe considerarse perfecta la obligación recíproca y definitivamente concluído el contrato. El poderoso argumento de Mancini, respecto de que no basta para que el contrato sea perfecto la existencia de dos voluntades conformes, sino que es necesario el convencimiento recíproco, porque ninguno puede estar obligado si no tiene conocimiento de ello, no es suficiente para destruir aquellos en que se funda la opinión contraria. El convencimiento recíproco y simultáneo en el contrato por correspondencia es imposible que exista como en el contrato entre presentes, y por esto decimos que es inevitable una ficción jurídica. ¿Cómo podría obtenerse el consentimiento conforme, simultáneo, objetivo y subjetivo, como se obtiene cuando uno habla y el otro oye y contesta? ¿Podrán decir los adversarios que todo se obtiene cuando la carta de aceptación llega á casa del proponente? ¿Y si éste no la leyese inmediatamente ó estuviese ausente? ¿Y si pudiese probar que no podía leerla? ¿Admiten en este caso una ficción jurídica para evitar los absurdos? Y decimos nosotros: pues si en último término es inevitable una ficción jurídica, ¿por qué multiplicar la posibilidad de errores y de litigios?

La carta del proponente es la manifestación exterior jurídica y duradera de la voluntad del mismo, si no ha sido revocada

antes de la aceptación. Si el corresponsal acepta en tiempo debido la oferta, de modo que el *propositum in mente retentum* adquiere una existencia exterior efectiva é independiente, el *vinculum juris*, el ente jurídico, el contrato, está perfecto, es eficaz y no puede ser declarado nulo. Esta opinión parecerá sostenible únicamente si se eliminan todas las tergiversaciones y las concesiones, que dan lugar á los errores y equivocaciones. Si la perfección del contrato está legalmente establecida desde el momento en que la proposición ha sido aceptada, debe considerarse eficaz y definitivamente concluído, y sostener que ni la revocación del consentimiento, ni la muerte, ni la incapacidad que hayan sobrevenido pueden ser bastante para anular un ente jurídico perfecto. El proponente es dueño de su proposición hasta que haya sido aceptada, y cuando propone sabe que, si el corresponsal acepta, queda él obligado, y el corresponsal es dueño de su voluntad hasta que manifieste su consentimiento en forma extrínseca exterior, que adquiera existencia independiente y subsista por sí. Desde el momento en que *haya entregado el material* (carta, telegrama ú otra cosa análoga), que es la representación jurídica, efectiva y subsistente por sí de su consentimiento, no puede ya revocarlo ni destruirlo por el arrepentimiento, porque ya es tarde y el contrato está perfeccionado (1).

Los temperamentos de equidad con que ha querido justificarse por algunos la facultad concedida al aceptante de revocar la aceptación antes de que ésta llegue al proponente, no son, en último término, más que una verdadera contradicción. O el ente jurídico que llamamos contrato se ha perfeccionado con la aceptación, y nada puede tener fuerza para anular lo que existe, ó falta algún requisito para que el contrato sea perfecto, como, por ejemplo, la llegada de la carta, y entonces valdría más decir

(1) Véase la Memoria de Pigozzi (*Archivio Giuridico*, tomo VI, f. I), en la que se citan casi todos los escritores que se han ocupado del contrato por correspondencia, y la importante obra de Serafini, *El telégrafo en relación con la jurisprudencia civil y mercantil*.

que el contrato se perfecciona cuando la carta llega á manos del proponente *(a)*.

(a) Las prescripciones del Código de Comercio español parece que están de acuerdo con la opinión manifestada por Fiore.

El art. 54 del Código vigente dice textualmente: «Los contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta ó las condiciones con que ésta fuere modificada.»

No obstante concordar este artículo con el 243 del Código antiguo, en relación con el núm. 4.º del 235, no hay, que sepamos, sentencia alguna de nuestro Supremo Tribunal de Justicia, cuya doctrina confirme el principio sentado por el precepto á que nos referimos.

Y por cierto que la concisión con que está redactado dicho artículo pudiera dar lugar á dudas, pues las palabras «desde que se conteste aceptando, etc.» no indican con suficiente claridad si el momento en que el contrato queda perfeccionado es aquel en que la contestación sale de manos del aceptante, ó aquel en que llega á conocimiento del proponente.

Las leyes y Códigos de los demás pueblos adoptan uno ú otro de ambos criterios opuestos, no faltando legislaciones que siguen uno en la parte civil y el contrario en la comercial.

El Código civil de la República Argentina, por ejemplo, refiriéndose á esta materia, dice en su art 1.154: «La aceptación (por carta) hace s lo perfecto el contrato *desde que ella se hubiere mandado* al proponente.»

En cambio, el art. 203 del Código de Comercio de este mismo Estado establece de un modo claro y categórico que «en caso de contrato por cartas se requiere (para su perfección) que el autor de la proposición persevere en su consentimiento, hasta el momento en que reciba la aceptación de su corresponsal.»

El art. 204 confirma el anterior precepto del modo más terminante diciendo: «el contrato por carta se perfecciona en el lugar y en *el acto* en que la respuesta del que acepta el negocio *llega al proponente*.» En el apartado siguiente de este mismo artículo dice que hasta ese momento está en libertad el proponente de retractar su propuesta.

Como se ve, es diametralmente opuesta la doctrina ó principio consignado en uno y otro precepto.

Y no se diga que no existe la contradicción, porque las palabras del art. 1.154 del Código civil antes citado pueden interpretarse en

128. Los principios expuestos pueden valer para resolver la cuestión respecto de la ley que ha de regir el contrato hecho por intermediario ó comisionista, en el supuesto de que la comi-

---

un sentido que evite dicha contradicción; porque, además de que sería necesario violentar y aun desnaturalizar para ello el de las palabras «que se hubiera mandado al proponente,» existe una razón mucho más poderosa, á saber: la de que, en la nota puesta por el legislador á este artículo, declara terminantemente que su doctrina está sostenida por Aubry y Rau, Zacarías, Duranton, Marcadé y otros escritores, que, como todos sabemos, son opuestos á la teoría de Troplong, Merlin, Toullier, Maynz, etc., que enseñan que la conclusión ó perfección del contrato no se verifica hasta el momento en que la respuesta afirmativa llega á poder del que ha hecho la proposición.

Después de estas indicaciones creemos que no cabe duda alguna de la contradicción de las disposiciones á que antes nos hemos referido.

Aunque en la legislación belga no existe—ó por lo menos nos es desconocida—disposición alguna concreta relativa á este punto, la jurisprudencia de los Tribunales establece, en general, como doctrina que la obligación por medio de correspondencia se constituye, *no con la aceptación de la oferta, sino con el recibo de la carta que confirma esta aceptación.*

La jurisprudencia establecida por algunos Tribunales de los Estados Unidos, confirmando las disposiciones legales que más ó menos concretamente se refieren á esta materia, establece una doctrina contraria por completo á la anteriormente consignada. El Tribunal Supremo de Iowa consigna en una reciente sentencia: que en el contrato por correspondencia, el hecho de expedir por el correo la carta de aceptación constituye un principio de ejecución que perfecciona el contrato y obliga á ambas partes.

No hay para qué decir que, á juicio nuestro, son irrebatibles las razones que el autor aduce en apoyo de su opinión sobre esta materia, pues verdaderamente los que sostienen lo contrario vienen á encerrarse en un círculo que no tiene salida alguna: porque claro es que si el proponente tiene derecho á que no se considere perfeccionado el contrato hasta que llegue á su conocimiento la aceptación del corresponsal, ó sea de la otra parte, y puede retractarse por no haber todavía concurso de voluntades ó consentimiento simultáneo, habrá la misma falta y tendrá el mismo derecho la otra parte hasta saber si en efecto el proponente se ha

sión se haya dado á persona que resida en el extranjero. Cuando el intermediario ó comisionista obre en virtud de un mandato, representa en sus actos á su comitente, y vale lo mismo que si éste hubiese ido personalmente al lugar en donde se halle el comisionista y allí hubiese contratado.

129. Creemos oportuno hacer notar aquí que cuando el mandato ó la comisión se haya dado por carta, el contrato entre el mandante y el mandatario quedará perfeccionado en cuanto éste haya aceptado el mandato y lo haya ejecutado, sin que sea necesario que la aceptación sea conocida por el comitente que hubiese hecho la proposición. Esta regla debe admitirse aun en el sistema que declara necesario, para la perfección del contrato por correspondencia, que la aceptación llegue á noticias del proponente, puesto que este principio no es aplicable al contrato de mandato, para el cual no puede exigirse por la naturaleza del mismo la respuesta preventiva de la aceptación (1).

Debe presumirse, en efecto, que el mandante persiste en su voluntad hasta que manifieste intención contraria, y que el mandatario asiente en cuanto, conociendo la voluntad del mandante, comience su ejecución; de donde se deduce que el contrato se perfecciona en cuanto el comisionista comienza la ejecución de la comisión recibida.

Sólo en la hipótesis de que el mandante quiera revocar el mandato, no bastaría que revocara formalmente el consentimien-

---

arrepentido de su proposición, y así sucesivamente hasta el infinito; ó, en términos más claros: si el contrato no queda perfecto desde el momento en que la contestación á la proposición sale de poder del corresponsal, no podrá éste estar seguro del concurso de voluntades hasta que le conste que el mandante ó proponente ha persistido en su proposición; pero como en este tiempo tiene el corresponsal derecho á variar de voluntad, no podría constar al mandante que había ese concurso simultáneo de ambas voluntades, continuando así subsistente el derecho á retractarse y el desconocimiento hasta el infinito, según antes hemos indicado.—(N. DEL T.)

(1) Delamarre, *Del contrato de comisión*, tomo I, núm. 97; Casaregis, *Disc.*, 179, núm 2.

to prestado, sino que el cambio de voluntad debe ser conocido por el mandatario.

Esta doctrina está basada en la autoridad del Derecho romano: *Si mandassem tibi ut fundum emeres, postea scripsissem ne emeres, tu, ante quam scias me vetuisse, emisses, mandati tibi obligatus ero* (1).

La razón de la notable diferencia entre una venta hecha por carta y un mandato dado en la misma forma, es que, en la primera, ambos contratantes se obligan á hacer una cosa distinta, y su obligación es para ambos principal y recíproca, y no puede establecerse sin el acuerdo de las dos voluntades, mientras que, en el mandato, la obligación principal es única y recae en el solo interés del mandante; y por consiguiente, así como la voluntad manifestada por éste debe considerarse como voluntad actual hasta que sea revocada, así también queda perfeccionado el contrato en cuanto el mandatario, conociendo dicha voluntad, ha comenzado por su parte la ejecución.

130. De los principios expuestos anteriormente se deduce, que el contrato de mandato ó de comisión debe regirse por la ley del país donde reside el mandatario, porque allí es donde se perfeccionan.

Mandati contractus, dice Casaregis, *dicitur initus in loco in quo deriguntur litteræ misivæ alicujus mercatoris, si alter ad quem diriguntur eas recepit et aceptat mandatum* (2). Y puesto que el mandatario representa completamente al mandante en los actos hechos por él en el punto en que se halla por cuenta del mandante, se consideran como hechos por éste, y son, por consiguiente, regidos por la ley del mandatario. Observa con razón Casaregis que, cuando un comerciante ordena á su corresponsal comprar por su cuenta una cantidad ó partida de mercancías, y que se la remita, y cuando el corresponsal compra la mercancía, es necesario distinguir en este hecho dos contratos, uno de mandato y otro de venta, y ambos se cumplen en el lugar donde reside el manda-

(1) L. 15, Dig., *Mandati*. XVII, 1, lib XXVI. cap. 34, § 1.° eodem.
(2) Casaregis, *Disc*, 179, núm. 2.

tario, porque es donde el consentimiento de éste se unió al del mandante y al del vendedor (1). Esta teoría ha sido formalmente consagrada por el Tribunal Supremo de la Luisiana y por la Cámara de los Lores de Inglaterra. El lord canciller de este Tribunal se expresa en estos términos: «Si yo, que resido en Inglaterra, encargo á mi corresponsal en Escocia que haga un contrato por mi cuenta, es lo mismo que si yo en persona lo realizase» (2).

También el Tribunal de Marsella sostiene el mismo principio, y ha decidido: que, cuando según los usos del país en que se haya verificado la venta por intermediario, deba concederse al comprador un plazo de favor para el pago del precio, no podrá el comitente obligar al comisionista á hacerle entrega del dinero hasta después de transcurrido dicho plazo, y que estará obligado al resarcimiento de daños, si procediese contra él hasta ese tiempo (3).

131. Respecto de los contratos hechos en un lugar y ratificados en otro, estamos de acuerdo con Casaregis, que dice: que el contrato debe considerarse perfecto en el lugar en donde se verificó el convenio, no en el que fué ratificado, porque la ratificación se retrotrae al tiempo y al lugar de la gestión. Este principio se aplica, no sólo á los contratos hechos por un comisionista y ratificados por el comitente, sino también á los verificados por un *negotiorum gestor* que, en cuanto á sus actos, se le asimila al mandatario (4), y por lo mismo deben regirse aquéllos por la ley

(1) Casaregis, *Disc*, 179, núm. 10.
(2) Story, *Conflict of Law*, § 285; Burge, *Comment. on col law*, parte 2.ª, cap. XX.
(3) Marsella, 16 de Octubre de 1883 (Chapelie). *Journ. de Mars.*, 14, 1, 79.
(4) Compárese el art. 1.141 del Código italiano con el 1.372 del Código de Napoleón:

Dice el primero «que todo el que se encargue voluntariamente de un asunto de otro, contrae la obligación de continuar la gestión comenzada y conducirla hasta que el interesado pueda proveer á ella por sí mismo, y debe también someterse á todas las conse-

del lugar en que se ha hecho el negocio, y no por la del domicilio del *negotii dominus* que lo ha ratificado. En efecto, cuando un gerente compra ó hace un contrato cualquiera por cuenta de su principal, y después pide la ratificación, por más que el consentimiento del ratificante se haya unido al del gerente en el lugar en donde se ha verificado la ratificación, puede retrotraerse, sin embargo, al tiempo y al lugar en que se verificó el negocio. *Ratio rationis est*, dice Casaregis, *quia consensus ratificantis non unitur in loco suo ad aliquem actum seu contractum perficiendum, sed aceptandum contractum vel negotium pro se in loco gestoris jam factum, ac si eodem tempore et loco, in quo fuit per gestorem negotium gestum, ipsemet ratificans esset præsens, ibique contraxiset* (1).

132. Debe, sin embargo, hacerse aquí una distinción respecto de la ratificación de los contratos nulos en su origen, puesto que por ellos no son eficaces los actos anteriores á la ratificación para dar vida á las relaciones obligatorias entre las partes, que nacen sólo mediante la ratificación, que es el verdadero contrato. Es, pues, claro, que así como éste no puede considerarse existente y perfecto sino en el lugar en que se ha ratificado el acto nulo en su origen, así también debe regirse por la ley allí vigente.

133. Del mismo modo debería resolverse la cuestión en caso de contratos hechos por comisionistas ó viajantes que no tuviesen un mandato regular para contratar en nombre de las casas

---

cuencias de este asunto y á todas las obligaciones que resulten del mandato recibido.»

Y el segundo: «Cuando se gestiona voluntariamente un asunto de otro, ya sea que el propietario conozca la gestión ó la ignore, el que gestiona contrae el compromiso tácito de seguir la gestión comenzada y continuarla hasta que el propietario pueda proveer á ella por sí mismo; debe encargarse también de todas las dependencias de este mismo asunto. Se somete á todas las obligaciones que resulten del mandato expreso que le haya dado el propietario.»

(1) Casaregis, *Disc.*, 179, §§ 20, 64, 75 y 80; Lucca, *Disc*, 47, número 9; Delamarre y Lepoitvin, tomo I, núm. 175; Pardessus, l. c., núm. 1.354, cas. franc., 3 Diciembre 1811 (Dev., 3, 1, 42); Tribunal reg. de Bordeaux, 27 Abril 1828 (Dev., 9, 269).

comerciales, sino que viajasen por su propia cuenta á fin de recoger pedidos y ofertas y transmitirlas á dichas casas, proponiéndoles que las acepten ó las rehusen. Cuando estas casas hayan aceptado la proposición, deberá considerarse perfecto el contrato entre la casa principal y el viajante ó comisionista, aplicando á este contrato las mismas reglas aplicadas á los verificados entre personas que se hallan en distintos lugares.

Conviene notar que, para determinar la naturaleza de los contratos concluídos por dichos comisionistas y el lugar en que han de considerarse perfeccionados, deberá establecerse con toda precisión la condición jurídica del viajante respecto de la casa principal. Si éste viaja por cuenta ó por interés de su principal, y con poderes suficientes para concluir contratos, siendo así un mandatario del mismo, estará sujeto á las reglas expuestas para el contrato de mandato. Si tuviere poderes limitados para estipular contratos bajo la condición suspensiva de la ratificación de su principal, deberán aplicarse los principios que regulan la gestión de negocios subordinada á la ratificación.

Finalmente, si el agente mencionado viaja por su propia cuenta, esto es, para recoger pedidos y ofertas y proponerlos á la casa de comercio principal, deberá considerársele como comisionista de personas aisladas que hayan hecho las ofertas y los pedidos, y deberán aplicársele las mismas reglas que si hubiesen escrito dichas personas á las casas principales.

134. Respecto de los contratos estipulados bajo condición suspensiva, cuando el lugar en que hayan de ejecutarse fuese distinto de aquel en que se hayan concluído, deben considerarse perfeccionados en éste más bien que en aquel en que haya de verificarse el acto, y deberá aplicarse la ley allí vigente para decidir si la condición pactada debe considerarse ó no como cumplida; pero así como el cumplimiento de la condición se retrotrae al tiempo y al lugar en que la obligación haya nacido, así también debe regirse el contrato por la ley vigente en el lugar en que aquél fuese estipulado.

135. Lo que se refiere á las obligaciones que se derivan de actos sucesivos estipulados en diversas localidades, debe fijarse la atención en la naturaleza de los mismos. Si éstos han de con-

siderarse como actos preparatorios coordinados al negocio principal, claro es que así como las obligaciones no pueden considerarse perfectas hasta que existan por sí mismas, así también conviene referirlas á la ley del lugar en que estos actos preparatorios hayan tenido efecto definitivamente, porque sólo allí puede decirse que se ha verificado el *duorum in idem placitum consensus.*

Tal sería el caso en que, viajando dos personas por distintos países, traten un asunto que haya de ser después definitivamente concluído en un lugar determinado. Cuando los actos singulares, aunque sucesivos y coordinados al mismo negocio, tenga cada cual una existencia separada, y como tales, sean á propósito para dar origen á obligaciones jurídicas, convendría en tal caso aplicar á cada uno de aquéllos la ley del lugar en que se haya realizado. Esto debe decirse, por ejemplo, de los giros sucesivos de una letra de cambio, los cuales deberán regirse por la ley del lugar en que se hayan llevado á cabo. Lo mismo puede decirse en caso de que una sociedad de seguros envíe un agente con las pólizas firmadas por los representantes de aquélla, dándole facultades para entregarlas en cada país donde llegue, concluyendo contratos parciales y poniendo en ellos su firma. Estos contratos serán obligatorios para la sociedad, y la ley del lugar en que aquélla tenga su principal domicilio deberá aplicarse en lo concerniente á la obligación de la sociedad misma, pero deberá tenerse en cuenta la ley del lugar en que cada contrato parcial se halle estipulado, en lo concerniente á los derechos que se deriven del contrato entre las partes y respecto de terceros.

136. Pasemos ahora á exponer las reglas para evitar las dudas que puedan sugir respecto del lugar en que deba considerarse ejecutoria la obligación.

Hay ciertas obligaciones para las que el lugar de la ejecución debe determinarlo la naturaleza del negocio mismo, sin que haya lugar á dudas, como sucede, por ejemplo, cuando se trata de una casa ó de un terreno, cuya obligación sólo puede ejecutarse en el lugar en donde la casa ó el terreno se hallen situados. Por lo demás, el lugar de la ejecución está determinado por las circunstancias ó por la intención de las partes si han hecho alguna indicación válida acerca de la ejecución inmediata de la obligación.

Así, por ejemplo, el extranjero que contrae deudas para atender á sus necesidades diarias, deberá pagarlas en el mismo lugar en donde las haya contraído, porque esto resulta de la naturaleza de las cosas y de la intención de las partes.

La dificultad puede nacer, cuando por la naturaleza misma del contrato y por las circunstancias pueda admitirse que el cumplimiento de la obligación sea posible en lugar distinto de aquel en que el contrato se haya estipulado, pero que á consecuencia de no haberlo fijado expresamente pueda surgir la duda de si el cumplimiento debe tener efecto en determinado lugar y momento.

137. Pongamos, por ejemplo, la obligación contraída de remitir una mercancía dada á un punto determinado. En el supuesto de que las partes nada hayan estipulado acerca del modo de hacer la entrega, podría surgir la duda de si el cumplimiento de tal obligación había de considerarse obligatorio en el domicilio del deudor ó en el del acreedor.

Por una parte, puede entenderse que la persona que se haya obligado de este modo, podrá alegar que deberá considerarse cumplida la obligación por él contraída, desde el momento en que haya expedido las mercancías para su destino por los medios ordinarios de transporte, consignándolas, por ejemplo, en las oficinas correspondientes de una estación de ferrocarriles, porque allí había realizado todos los actos que á él le competían para ejecutar dicha operación, de donde podía deducirse que el transporte de la mercancía y su recibo sería una consecuencia ulterior de la ejecución ya perfeccionada. Así lo entiende Savigny (1), que dice: «la expedición constituye la ejecución real;» apóyase en dos disposiciones del derecho romano, á saber: que la pérdida de la cosa por caso fortuíto es de cuenta y riesgo del comprador desde el momento en que la venta se ha realizado, y aun antes de que se haya verificado la entrega (2), y que cuando se haya hecho

(1) *Sistema del Derecho romano,* tomo VI (de la edición castellana).

(2) § 3.° *Ist. de empt* (III, 24).

promesa de entregar una cosa mueble, no puede pedirse aquélla sino en el lugar en que la cosa misma se halle (1).

Hay quien piensa de distinto modo considerando que el envío de la mercancía por los medios ordinarios es un acto preparatorio de la ejecución, lo cual no puede decirse que se haya efectuado verdaderamente hasta que la mercancía haya llegado á manos del destinatario ó á su domicilio.

En general, es necesario atender á los términos del contrato y á las circunstancias para determinar el lugar en que debe entenderse que se ha querido fijar la ejecución del contrato.

138. El Tribunal de Turín ha decidido que el lugar de la ejecución del contrato no es aquel á que se han expedido las mercancías, aun cuando deban expedirse francas de porte y á domicilio, sino á aquel en que deban ser consignadas y puestas á disposición del comitente. Por consiguiente, dicho Tribunal sostiene que cuando el vendedor esté obligado á consignar la mercancía franca hasta el punto de su destino, la ejecución del contrato debe considerarse fijada en el lugar en donde resida el vendedor (2).

El mismo principio ha sostenido el Tribunal de Génova (3).

El de Nápoles, teniendo en cuenta el pacto de garantir el peso de la mercancía hasta un lugar determinado, ha considerado éste como lugar de la ejecución (4).

139. En realidad, la cuestión de determinar el lugar de la ejecución del contrato cuando este lugar no se ha fijado expresamente, es muy complicada y no puede resolverse con un principio general; sin embargo, nos inclinamos á establecer como regla, que debe considerarse como lugar de la ejecución aquel en que la mercancía deba ser reconocida y aceptada, porque cuando se halla identificada aquélla y determinada su cualidad, es cuando puede decirse que se ha cumplido la obligación del que la tenía de hacer la entrega. La circunstancia de efectuar la entrega de la mercancía franca en la estación no es siempre decisiva, porque este pacto puede tener por objeto fijar si los gastos de transporte deben ser de cuenta del vendedor ó del comprador. Por lo demás, incumbe al juzgador tener en cuenta las circunstancias particulares del caso para determinar el lugar de la ejecución con arreglo á la presunta voluntad de las partes.

(1) L. 12, § 1.°, Dig., *De pasit.* XVI, 3.

(2) Turín, 22 Diciembre 1868 (Mazzoni) *Giurisp. torin.*, VI, 250. Véase también Turín, 21 Mayo 1866, Caveri, 6, 2, 60; cas. Florencia, 1.° Marzo 1874, *Gazz. di Genov.*, XXVII, 1, 221.

(3) 22 Junio 1861 (Tadei-Garibaldi), Caveri, 6, 2, 129. Véase en sentido contrario, Turín, 19 Enero 1866 (Mordant), Caveri, 6, 2, 6.

(4) Nápoles, 6 Diciembre 1866, *Jurisp. ital.*, 1866, 1, 878.

140. En un litigio fallado por los Tribunales de Nueva York prevalecieron diversos criterios: tratábase de un negociante que había consignado una cantidad de mercancías con encargo de venderlas en Nueva York y expedir su importe á Cina. Habiendo quebrado el consignatario, tratábase de determinar el motivo de los intereses de demora por falta de pago, siendo distinta la opinión del Tribunal de primera instancia y la del superior en cuanto á fijar el lugar en que, según el contrato, debía verificarse el pago. El Tribunal, con arreglo á la opinión del canciller Hent, consideró que, debiendo ser remitido á Cina el dinero obtenido mediante la venta, esta obligación no podía decirse ejecutada sino cuando aquél hubiera llegado al lugar de su destino, y que, por consiguiente, habiéndose verificado allí la falta de pago, debía juzgarse también en aquel lugar lo relativo á la mora.

El Tribunal Superior entendió, por el contrario, que la ejecución de la obligación del comisionista consistía en expedir el producto de la venta desde Nueva York á Cina, y que, por consiguiente, debía considerarse que la morosidad había tenido lugar en Nueva York, y debía ajustarse el interés moratorio á las prescripciones de la ley allí vigente (1).

(1) Story, *Conflict of Laws*, 15, 297.

§ 3.º

De la ley que debe regir la naturaleza y los efectos jurídicos de la obligación.

141. Con arreglo á qué ley debe determinarse la naturaleza de la obligación.— **142.** De la solidaridad.—**143.** Del beneficio de la división entre los codeudores.—**144.** Medios de que puede disponer el acreedor para obligar al deudor.—**145.** De los efectos jurídicos que se derivan de la obligación.— **146.** Los efectos naturales deben regirse por la *lex loci contractus*.— **147.** De los efectos que deben regirse por la ley del lugar en que debe verificarse la ejecución.—**148.** Efectos que provienen de sucesos accidentales.— **149.** De las arras.—**150.** De la cláusula penal.

141. Los principios hasta ahora expuestos y la distinción hecha por nosotros respecto de todo lo concerniente al vínculo jurídico y la ejecución de la obligación, pueden servir también para determinar la ley que debe regir la naturaleza y los efectos jurídicos de la aquélla.

Con arreglo á la ley del lugar en donde se contrae es como debe decidirse si la obligación es civil ó natural, si es pura y simple ó condicional, si consiste en dar ó en hacer, y si es una obligación *rei certæ* ó una *obligatio generis* (1).

142. En cuanto á la solidaridad de los deudores comprometidos, ya se derive inmediatamente de la ley, ya proceda de un convenio en donde se haya estipulado expresamente, debe ser regida por la ley del lugar en donde se ha realizado el contrato.

La solidaridad constituye, en efecto, la fuerza de la obligación y la seguridad del acreedor; debe, pues, depender de la ley, bajo la cual se han obligado las partes (2). Si, por ejemplo, muchos mandantes extranjeros confieren un mandato á un italiano para un asunto común, están obligados solidariamente con el mandatario para todos los efectos del mandato, con arreglo á la

(1) Véase Colmar, 25 Abril 1821 (Müller); Sirey, 31, 2, 264.
(2) Henry, *On foreign Law*, 39.

disposición del art. 1.756 del Código civil italiano. La razón de esto es porque el contrato de mandato se hace perfecto en Italia tan pronto como el mandatario lo acepta y ejecuta (1), y la fuerza de la obligación entre los mandantes extranjeros y el mandatario italiano debe regirse por nuestra ley, bajo la cual se han obligado las partes.

Lo mismo debe decirse en la hipótesis de que muchos fideyusores extranjeros hubiesen dado caución por el mismo deudor y por la misma deuda. Todos y cada uno estarían obligados por toda la deuda con arreglo á nuestra ley (art. 1.911). Por la misma razón, el extranjero que contrae matrimonio con una viuda italiana sin que haya obtenido préviamente del consejo de familia la autorización para administrar el patrimonio de los hijos del primer matrimonio, se hace responsable solidariamente con la mujer de la administración ejercida por ella anteriormente é indebidamente conservada (238 á 239).

143. Puede también surgir una duda relativamente á la ley por la cual ha de decidirse si los deudores deben gozar del beneficio de división (2). Boullenois considera el beneficio de división entre los codeudores como una excepción personal contra la acción, y opina que debía ser regido por la ley del domicilio de la persona. Añade, sin embargo, que si la *lex loci contractus* admite semejante beneficio, debía éste valer, aun cuando no fuese reconocido por la ley del domicilio del deudor, por la razón de que debe siempre preferirse la ley más favorable á éste. De aquí concluye que se debe aplicar la ley del contrato ó la del domici-

(1) Véase el núm. 261.
(2) Según nuestra ley, tiene lugar el beneficio de división cuando varias personas garantizan á un mismo deudor y por la misma deuda, en cuyo caso pueden aquéllos exigir que el acreedor distribuya previamente su acción y la reduzca á la parte de cada uno. (Artículos 1.911-12, correspondientes al 2.026 del Código Napoleón). Según el derecho romano podía haber en esto obligaciones correales impropiamente, y los cofideyusores podían ser obligados á pagar *in solidum* y á gozar del *beneficium divisionis*. (Véase Savigny, *De las obligaciones*, §§ 20 á 25).

lio de la persona, según la que sea más favorable al deudor (1).

Nosotros opinamos, por el contrario, que debe tenerse en cuenta la *lex loci contractus*, porque el beneficio de la división pertenece á la esencia de la obligación. En efecto, los codeudores están más ó menos estrechamente obligados, según que se admita ó no entre ellos el beneficio de la división. No es una razón suficiente la de considerar tal beneficio como una excepción personal, porque cada uno puede renunciar un derecho que le corresponde, y cuando tiene origen la obligación bajo una ley extranjera, debe juzgarse de su naturaleza, de su extensión y de la excepción de inadmisibilidad, con arreglo á la ley bajo la cual nace la obligación misma (2).

144. En lo que se refiere á los medios de que puede disponer el acreedor para obligar al deudor al cumplimiento de la obligación por él contraída, conviene atenerse á la ley del lugar en que el contrato deba ser ejecutado, y tener presentes los principios que expondremos en seguida respecto al procedimiento para la ejecución de los contratos.

145. En lo que concierne á los efectos jurídicos de las obligaciones, es necesario distinguir los que se derivan inmediatamente de la naturaleza del contrato, de una disposición de la ley, ó de la costumbre vigente en el lugar en que se obligaron las partes, de los efectos accidentales que resultan de acontecimientos posteriores, y los que nacen de circunstancias que se verifican al cumplirse la obligación.

Los jurisconsultos llaman á los primeros *naturalia contractuum* (3); éstos son muy distintos de los efectos esenciales, sin los cuales no existiría el contrato, ó por lo menos cambiaría su especie, como es, por ejemplo, la traslación de la propiedad en el contrato de venta. *Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cujus dominio id agitur, ne ad emptorem transeat: sed hoc aut locatio est,*

(1) Boullenois tomo II. págs. 463, 475 y sig.

(2) Fœlix núm. 109; Voet *De stat.*, sec. 9.ª, cap. II, núm. 10; Story, § 322 *b*; Burge, *Comment*. parte 2.ª, cap. XX.

(3) Pothier *Oblig.*, art. 1.º § 3.º; Boullenois, *Observ.* 33, p. 446; Burge, *Comment.*, parte 2.ª, cap. IX.

aut aliud genus contractus (1). Los efectos inmediatos ó naturales se derivan de la naturaleza del contrato sin necesidad de convenio expreso, pero pueden ser excluídos por la voluntad de las partes sin que falte la esencia ó la especie del contrato. Así, pues, en el contrato de compra y venta, garantiza el vendedor al comprador la cosa vendida; pero modificando el contrato, puede estipularse que la pérdida de la cosa vendida sea por cuenta del adquirente, sin quedar por esto dispensado del pago del precio; y el comodatario puede ser responsable de la más pequeña falta de la cosa que recibe en *commodato*.

146. Cuando las partes no han declarado nada expresamente, la *lex loci contractus* es la que debe determinar todos los efectos jurídicos inmediatos que del contrato se derivan, ya sea por disposición de la ley, ya por la costumbre. En efecto, cuando los contratantes no son ciudadanos de la misma patria ni están domiciliados en el mismo país, no puede hacerse prevalecer la intención que uno de ellos pudo tener de referirse á la ley de su patria ó de su domicilio, sino que debe admitirse más bien que la ley á que ambos se han sometido, por un acuerdo tácito, es la del lugar en que se obligaron. Esta ley, es, por consiguiente, el complemento del contrato, y debe valer siempre para determinar los derechos recíprocos de las partes. *Semper in stipulationibus et in cæteris contractibus id sequimur quod actum est. Unde si non apparant quod actum est, consequens erit, ut id sequamur, quod in regione, in quâ actum est, frequentatur* (2).

Y Lauterback dice: *Ea enim quæ autoritate legis vel consuetudinis contractuum comitantur, eidem adherent, naturalia a doctoribus appellantur. Lex enim altera est quasi natura et in naturam transit. Atque quod naturalia contractuum etiam forenses statuta loci contractus observare debent* (3).

Aplicando este principio, aceptado por la mayor parte de

(1) L. 80, § 3.º. Dig., *De contr. empt.*

(2) L. 55, Dig. *De regulis juris*.

(3) Lauterback. *Dissert.*, 104 parte 3.ª, núm. 58, citado por Boullenois, *Observ.*, 46 p. 460.

los jurisconsultos (1), deducimos que según la *lex loci contractus* es como debe decidirse si la cosa perece para el deudor ó para el acreedor; si aquél está obligado por la falta grave ó leve, ó solamente por el dolo; si es responsable, no obstante la fuerza mayor ó el caso fortuito; en qué plazo puede exigir el acreedor el cumplimiento, cuando no haya sido consignado explícitamente, pero resulta de la naturaleza del hecho objeto de la obligación; qué derecho puede tener el acreedor para pedir la ejecución del contrato ó el resarcimiento del *damnum emergens* y del *lucrum cesans;* qué obligación tiene el deudor de entregar la cosa, de verificar la prestación, ó de reparar el daño; qué garantía debe tener el vendedor; á quién y en qué casos corresponde el derecho de pedir la rescisión del contrato por causa de lesión, ó la *restitutio in integrum*, por causa inherente al contrato mismo.

147. Todos estos efectos deben ser regidos por la ley del lugar indicado para la prestación, puesto que se derivan de la ley de la ejecución. *Ea quæ ad complementum vel executionem contractus spectant vel absolute eo superveniunt, solere a statuto loci dirigi in quo peragenda est solutio* (2). Así, por ejemplo, si, no pudiendo restituir la cosa, es obligado el mutuario á pagar el precio correspondiente, la tasación de aquélla deberá hacerse con arreglo á la ley del lugar designado para la restitución (3). *Extimatio rei debitæ*, dice Everardo, *consideratur secundum locum ubi destinata est solutio seu deliberatio non obstante quod contractus alibi sit celebratus* (4).

La misma ley deberá aplicarse para decidir si puede decirse que hay culpa, negligencia, caso fortuito ó morosidad, según la regla que sobre esto da Voet: *Hinc ratione efectus et complementi ipsius contractus spectatur ille locus, in quem destinata est solutio:*

(1) Fœlix, núm. 109; Story, § 321; Voet *De stat.*, sec. 9.ª, capítulo II; Rocco, parte 3.ª, cap. VIII.
(2) Burgundio, *Tract.*, 4, núm. 29.
(3) Comp., *Código civil italiano*, art. 1 828.
(4) Everardo, *Consilia sive Responsa juris* 78, núm. 9.

id quoad modum, mensuram, usuras, negligentiam, etc., *et moram post contractum initum accedentem, referendum est* (1).

148. Finalmente, los efectos que provienen de acontecimientos accidentales ocurridos antes ó después del contrato, ó durante su ejecución, y que no dependen de una causa inherente á la obligación primitiva, sino de hechos nuevos, *ex post facto*, deben ser regidos por la ley del lugar en que nace la nueva causa de que dependen. Así, por ejemplo, si las garantías que presentaba el deudor en la época en que se obligó han disminuído, y si el acreedor pudiera obligarle judicialmente á garantir su obligación, ya mediante seguridad ó fideyusión, ya mediante otra caución, deberá recurrirse á la ley del lugar en donde se ha obtenido el fallo, para decidir todos los efectos de la fideyusión judicial, ó el derecho que podía tener el fideyusor para pedir la discusión del deudor principal. Esto mismo debe decirse de los efectos que se derivan de la novación, de la ratificación ó de la confirmación de un contrato primitivamente nulo, de los efectos de la cesión de una acción, de los derechos que puede tener aquel á quien se ha cedido un derecho litigioso respecto al cesionario, y de las consecuencias que se derivan de la confusión de las cualidades de deudor y de acreedor.

149. En cuanto á la señal ó arras, que pueden darse como prueba de un contrato que ha de celebrarse, y de los efectos jurídicos que de esto se derivan, debe juzgarse con arreglo á la ley del lugar en que aquéllas se dieron, porque debe considerárselas como un incidente distinto del contrato. Si las arras se han dado como señal de una obligación ya concluída, deben regirse por la *lex loci contractus*. Por último, si dichas arras se dieron en Italia, y no resulta ninguna voluntad contraria, debe considerárselas como una seguridad para la reparación del perjuicio en caso de falta de cumplimiento de la obligación. La parte que no ha faltado puede retener las arras que ha recibido, ó pedir el

(1) Voet, *De stat.*, § 9.º, cap. II, p. 270.

doble de las que ha dado, á no ser que prefiera obtener la ejecución del contrato (1).

150. En lo que á la cláusula penal concierne, esto es, á la prestación á que por convenio esté obligado el deudor que por su propia culpa no haya cumplido ó cumpla ya tarde aquello á que se obligó, debemos advertir que es por sí misma un convenio accesorio, y que conviene aplicar los principios generales para decidir lo relativo á dicha cláusula.

Consígnase ésta en el contrato á fin de determinar la extensión del resarcimiento de daños á que está obligado el deudor por falta de cumplimiento ó por ejecución incompleta de la obligación que asumiera; pero así como sólo incurre en la pena cuando hay culpa ó morosidad, así también conviene atenerse á los principios expuestos para decidir lo relativo á la morosidad ó á la culpa.

Pero debemos advertir además, que la cláusula penal, aunque consentida por las partes y válida con arreglo á la *lex loci contractus*, no puede ser eficaz en el lugar en que se quiera proceder contra el deudor por virtud de la misma, cuando sea contraria á las leyes de orden público allí vigentes. Esto sucederá, por ejemplo, en el caso de que en el lugar del contrato sea permitido obligarse con la prisión por deudas *(arresto personale)*, si falta ó deja incompleta la ejecución de la obligación, respecto del deudor que de este modo se haya obligado.

Cuando la ley del lugar en donde se quiera arrestar al deudor no permita este medio de ejecución, se invocará en vano la cláusula penal válidamente pactada en el extranjero, porque dicho arresto no está permitido por la ley territorial (2).

---

(1) Así lo establece el Código civil italiano, art. 1 217, y el Código austriaco, art. 908.

(2) El arresto personal por deudas en materia civil y comercial se ha regido siempre por la *lex fori*, más bien que por la *lex loci contractus*. Esto se hacía en Francia antes que fuese abolido por la ley, y en Inglaterra. La mayor parte de los Estados civilizados lo han abolido, excepto en muy pocos casos, como el de fraude: Francia, por la ley de 22 de Julio de 1867; Bélgica, por la de 27 de Julio de 1871; la Confederación de la Alemania del Norte, por la ley de 29 de Mayo de 1868; Austria, por la ley de 4 de Mayo del mismo año; Inglaterra por el estatuto 32 y 33 Victoria de 9 de Agosto de 1869. En América la mayor parte de los Estados lo han prohibido expresamente en la Constitución, y en los demás ha sido por leyes especiales. En Italia lo fué por la ley de 6 de Diciembre de 1877.

§ 4.°

De la ley que debe regular las acciones y las excepciones.

151. Las acciones que se derivan de la obligación convencional dependen de la *lex loci contractus* —**152.** Se precisa el objeto propio de la cuestión.—**153.** Las acciones y las excepciones, en cuanto al fondo del derecho, forman parte de la esencia del contrato.—**154.** Aplicación de esta regla á diversos casos particulares.—**155.** Confírmase con la jurisprudencia.—**156.** De las acciones de rescisión, de revocación y de reducción.—**157.** De la acción redivitoria y de la rescisión por lesión.

151. La eficacia de la obligación debe también apreciarse con arreglo á la *lex loci contractus*, cuando se trate de apreciar las acciones correspondientes al acreedor para obligar al deudor á cumplir la obligación por él contraída y las excepciones perentorias que el deudor pueda oponer para rechazar la demanda. Estas acciones y excepciones así consideradas forman parte de la esencia misma de la obligación, según dijeron ya los jurisconsultos romanos. *Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel prestandum* (1). La obligación únicamente puede decirse eficaz de pleno derecho cuando el deudor pueda ser obligado á la prestación mediante una acción judicial. *Debitor intelligitur is a quo invito exigi pecunia potest* (2).

152. No es este el lugar oportuno para discurrir acerca del modo y de la forma cómo deben ejercitarse las acciones para obtener la sanción judicial de las obligaciones y respecto del ma-

---

(1) Ley 3, Dig., *De obligat. et act.* (XLIV, 7).

(2) Ley 108, Dig., *De verborum significatione* (L, 16).

gistrado para ello competente. Aquí sólo debemos ocuparnos de la eficacia de un contrato en un país distinto de aquel en que ha sido estipulado, y tratar de él bajo un punto de vista general, esto es, determinar, por regla general, la ley destinada á regir la admisibilidad de las acciones y de las excepciones. En este orden de ideas no podemos admitir la teoría de aquellos escritores que han considerado de un modo distinto las acciones y las excepciones, de cualquier naturaleza que sean, como instituciones procesales, y sostienen que como tales deben depender de la ley del lugar en que la acción haya de ejercitarse (1).

153. Nosotros seguimos en este punto la doctrina de Savigny (2), y sostenemos que, así como el valor de la obligación jurídica consiste en el derecho que adquiere el acreedor para obligar al deudor á cumplirla, así también la existencia y la naturaleza de la acción, siempre que se trate del fondo del derecho, deben reputarse estrechamente unidas con el *vinculum juris*, y sólo pueden depender de la ley misma que debe regir la obligación. La excepción perentoria se funda igualmente en la naturaleza y en la esencia de la obligación, y tiene su origen aquélla en que puede ser atacada la validez misma de la obligación. No se puede, pues, sin pecar de inconsecuencia, sostener que la esencia y la validez intrínseca de la obligación deba depender de una ley, y la admisibilidad de una acción ó de una excepción perentoria dependan de otra. Esto puede admitirse, respecto de las acciones que se derivan de hechos nuevos, *ex post facto*, las cuales deben regirse por la ley del lugar en donde el nuevo acto adquisitivo ha tenido su origen. Lo mismo sucede respecto de las excepciones que se refieren al orden del juicio, las cuales se fundan en el derecho procesal, y deben regirse naturalmente por la ley del lugar en donde se sigue el juicio.

154. Aplicando los principios expuestos, puede deducirse que, para decidir en materia de venta si el comprador tiene la ac-

(1) Fœlix, *Derecho intern. priv.*, § 100.
(2) Savigny, *Sistema del Derecho romano*, tomo VI (de la edición española), § 374.

ción de garantía contra el vendedor en caso de evicción, debe aplicarse la *lex loci contractus*, no la del lugar en que la cosa se halla, la de aquel en que el pago deba hacerse, ó la del domicilio del vendedor, porque aunque la acción de garantía sea personal y deba ser regida, en cuanto á la forma, por la ley del domicilio del vendedor, aunque pueda ser ejercitada sólo cuando la evicción se haya verificado con arreglo á la *lex rei sitæ*, sin embargo, en cuanto al fondo, se deriva de la ley bajo la cual se han obligado las partes, y forma parte integrante de la obligación del vendedor.

Por la misma razón la *exceptio non numeratæ pecuniæ*, la *exceptio excussionis*, la *exceptio doli* y otras análogas, deben apreciarse siempre con arreglo á la ley bajo la cual la obligación tuvo origen (1).

155. La jurisprudencia confirma la opinión aceptada por nosotros.

A propósito de una mercancía dirigida á un puerto extranjero y asegurada en Francia, se decidió, que la acción de averías contra el asegurador debía regirse por la ley francesa, y que si la mercancía se hubiera recibido sin la protesta hecha dentro del término establecido por el art. 435 del Código de Comercio francés, habría caducado la acción; que no puede valer, para hacer inadmisible la excepción, el hecho de que el consignatario haya pedido un examen pericial para comprobar el estado de la mercancía si hubiese omitido protestar ante el Cónsul ó en la embajada francesa (2). Aun en el caso de que el asegurador hubiese entrado en tratos amistosos con el asegurado sobre el arreglo de averías, habría podido presumirse decaído en el derecho de promover la excepción por haber renunciado á ello (3).

Los mismos principios se han aplicado á un contrato de se-

(1) Mascardus, *Conclus.*, 7, núm. 75; Rocco, parte 3.ª, cap. VIII; Massé, *Droit comm.*, núm. 638.
(2) Marsella, 10 Enero 1838 (Arnaud), *Journ. de Mars.*, 17, 1, 59.
(3) Bordeaux, 16 Agosto 1859 (Lacourade, Durand, etc., *Journal de Mars.*, 37, 2, 138.)

guros verificado en Francia por mercancías cargadas á bordo de un buque extranjero en puerto extranjero. Díjose que la acción contra el asegurador debía regirse por la ley francesa: «esta es la ley bajo cuyo imperio se ha llevado á cabo el contrato de seguros; esto es, la ley francesa es la que debe regir la acción del asegurado por avería de las mercancías» (1).

156. Acerca de las acciones de rescisión, revocación, reducción y nulidad de las obligaciones, debemos observar que si están fundadas en un vicio intrínseco del contrato, deben ser regidas por la misma ley bajo la cual se hayan obligado las partes; si dependen de mera causa extrínseca y posterior á la estipulación ó de la incapacidad de los contratantes, deberán regirse por la ley del lugar en qué se haya verificado el acto ó á qué esté sometida la persona.

La razón de esta doctrina, aceptada por Rocco, por Fœlix, por Voet, por Merlín y otros, está fundada en la consideración de que la acción por rescisión es un efecto inmediato de la obligación misma, porque, según Merlín, las partes se han reservado tácitamente la facultad de rescindir el contrato cuando concurra una de las causas determinadas por la ley bajo que se obligaron. «Si en un lugar, dice Rocco, se verifica una donación condicional, para decidir si el cumplimiento trae consigo la nulidad ó la rescisión de la donación, debe aplicarse la ley bajo que aquélla se hizo, no la del lugar en que existe la cosa donada ó en que la condición debía tener efecto.»

157. Este principio debe aplicarse también á la acción redivitoria por defectos ocultos de la cosa vendida, y á la rescisión por causa de lesión en favor del comprador ó del vendedor.

Massé opina que cuando la acción de rescisión tenga por objeto un inmueble, debe regirse por la ley real, ó sea por la del lugar en que la cosa se halle situada, y que con arreglo á la misma ley deberá decidirse la cuestión de si la venta de un inmueble puede ser atacada por lesión (1). Esta es también la opinión de Fœlix, que parece ha incurrido en una contradicción. Admite, en efecto, que si la ley del contrato concede al comprador el derecho de rescindir la venta por lesión, debe su acción ser válida en Francia, no obstante lo prescrito en el art. 1.683 del Código Napoleón (2) (que concuerda con el 1.536 del Código italiano), mientras en otra parte dice que debe aplicarse la *lex rei sitæ* para decidir si la venta de un inmueble puede anularse por lesión (3). Más fundada es la opinión de Rocco, según la cual, para evaluar la lesión y determinar el valor efectivo de la misma, debe aplicarse la ley del lugar en que la cosa esté situada; mas para decidir si la acción por lesión corresponde al comprador y al vendedor, ó sólo á uno de ellos, y si la lesión debe ser mayor de la mitad ó de las dos terceras partes para rescindir la venta, debe aplicarse la *lex loci contractus*, porque las partes se someten tácitamente para la rescisión á la misma ley de que dependa la validez del contrato.

(1) Fœlix. *Derecho internacional privado*. núm. 111: Rocco, parte 3.ª, cap. X; Voet. *De statut.*. sec 9.ª, cap. II núm. 20; Meier, § 46: Merlín, *Effet retroactif*. sec. 3.ª; Chabot *Quest. transit.*, *Rescission*, núm. 7.º

§ 5.º

De la ley que debe regir la prescripción de las acciones.

158 Divergencia entre los jurisconsultos acerca de la ley que debe regir la prescripción de la acción.—**159**. Opinión de Pothier.—**160**. Opinión de Merlín.—**161**. Observaciones críticas.—**162**. Teoría de Pardessus.—**163**. Opinión de varios jurisconsultos. -**164**. Doctrina de Troplong.—**165**. Teoría que consideramos preferible.—**166**. Confírmase ésta con la autoridad de Savigny y con la jurisprudencia.

158. No están de acuerdo los jurisconsultos al determinar la ley que debe regir la prescripción de las acciones.

159. Pothier (4) opina que debe ser regida por la ley del

(1) Massé, *Droit comm.*, núm. 641.
(2) Fœlix, *Derecho internacional privado*, núm. 111.
(3) Idem. *ob. cit.*, núm. 93 y cita dos sentencias del Supremo Tribunal Anseático establecido en Darmstadt, 19 de Marzo de 1819 y 1820.
(4) Pothier, *Prescription*. núm. 251.

domicilio del acreedor. «Las rentas y las cosas muebles, que no tienen situación fija, dice, deben regirse por la ley del domicilio del propietario, que sólo puede ser privado de ellas con arreglo á la ley á que está sometido, y por tanto, la ley del domicilio del mismo es la que debe regir la prescripción.»

El vicio de este razonamiento parece ser el de considerar ya al acreedor como propietario, siendo así que el objeto de la cuestión es precisamente saber si el acreedor que no ha exigido el pago antes de transcurrir el término para la prescripción, debe ó no ser considerado como propietario de su crédito, ó si ha de admitirse que, debiendo presumirse por parte del mismo la renuncia al derecho y la adquisición de aquel por parte del deudor, se ha convertido éste en propietario, lo cual conduciría á afirmar que debería preferirse la ley del domicilio del deudor.

160. Algunos jurisconsultos entienden que todo debe depender de la ley personal del deudor, aduciendo como razón que la prescripción liberatoria debe ser considerada como un beneficio personal, y por consiguiente, regida por la ley del domicilio del deudor (1). «Cuando la ley, dice Merlín, declara prescrita una deuda, no anula el derecho del acreedor, sino que sólo opone una barrera á su acción, siendo, por tanto, evidente que no debe regirse ésta por la ley del domicilio del acreedor, sino por la del domicilio del deudor» (2).

161. No podemos aceptar el orden de ideas expuestas anteriormente por Merlín, debiendo observar que aun cuando sea evidente que la prescripción liberatoria es un *modus tollendi obligationem* en favor del deudor, no habrá la misma evidencia respecto á que el término para prescribir debe fijarse con arreglo á la ley de su domicilio, porque esto conduciría á colocar al deudor en condiciones de abreviar el término de la prescripción con

(1) Voet, *Com. ad Pand; De rev. div.* núm. 12; *De in integ. rest.*, núm. 29; Burgundus. *Ad consuet. Flandriæ*, tract. 2.°, núm. 23; Troplong. *Prescript*, núm. 38.

(2) Merlín, *Repert.*, *v.° Prescript.*, sec. 1.ª, § 3.°, núm. 7; *Quest. de droit*, § 15.

el simple cambio de domicilio (1). La razón de las cosas exige que el término para prescribir sea cierto y determinado, y no variable al arbitrio de una parte y en perjuicio de la otra.

162. Pardessus entiende que puede evitarse todo inconveniente sosteniendo la aplicación de la ley del domicilio del deudor en el momento de obligarse (2).

No estamos conformes en que se dé la preferencia á la ley del domicilio para ajustar á la misma las obligaciones personales; pero si hubiésemos de entrar en este orden de ideas, observaríamos que no existe, á juicio nuestro, razón para admitir preferentemente la aplicación de la ley del antiguo domicilio. Tratándose de un beneficio personal, habría que atenerse al domicilio actual. El acreedor que no hubiese ejercitado la acción dentro del término fijado por la ley del primer domicilio, debería culparse á sí mismo, si por ser más breve el plazo con arreglo á la ley del nuevo domicilio de su deudor, quedase privado de su derecho á proceder. Repetimos, sin embargo, que no admitimos por completo esta opinión.

163. Reputados escritores han sostenido que todo debe depender de la *lex fori*. Esta opinión, aceptada por Huber (3), por Boullenois (4), por Meyer (5) y por otros, ha sido también sancionada por la jurisprudencia de Inglaterra y de la América Septentrional, y defendida con diversos argumentos (6).

Algunos han aducido como razón, que la prescripción debe considerarse como una excepción perteneciente al *ordinem judici*. Otros añaden que el juez no puede proteger un derecho cuando

(1) Conf. Dunod, *Prescript*, parte 1.ª, pág. 14.

(2) *Droit commer*, § 1.495.

(3) Huber, *De conflictu legum*, núm. 7; Casaregis, *Discursus leg.*, 130, núm. 25; Everhardus, *Cons.*, 78; P. Voet, *De stat.*, § 10, cap. I, núm. 1.°

(4) Boullenois, *Observations*. p. 530.

(5) Meyer, § 48

(6) Tittman, *De competentia legum externarum*, § 14; Story, § 577; Everhardus, *Const.*, 78; Casaregis, *Discursus leg.*, 130, número 25.

ha transcurrido el término fijado por la ley para considerarlo eficaz, y que tal prohibición debe considerarse como un *beneficium fori*.

Huber dice: *Ratio hæc est, quod præscriptio et executio non pertinet ad valorem contractus, sed ad tempus et modum actionis instituendæ, quæ per se quasi contractum separatumque negotium constituit* (1).

Contra esta opinión militan las mismas razones que contra la que pretende que debe preferirse la *lex domicilii;* tanto más cuanto que la acción debe ejercitarse ordinariamente en el domicilio del deudor, y como no estaría facultado el acreedor para elegir el lugar en que debía ejecutar la acción, dependiendo esto del deudor, el derecho del acreedor podría ser perjudicado.

164. También merece ser tomada en cuenta la opinión de Troplong, que pretende que debe depender la prescripción liberatoria de la ley del lugar en que deba ejecutarse la obligación, porque considera la prescripción como pena de la negligencia del acreedor, que no reclamó el cumplimiento á su debido tiempo (2). Esta opinión, que ha sido confirmada por la jurisprudencia en las cuestiones relativas á la letra de cambio, fué aceptada por el Tribunal de Marsella y por el Tribunal de apelación de Aix, consignándola en estos términos: «Según la doctrina más acreditada, la prescripción que extingue una obligación personal depende de la ley del lugar de la ejecución del contrato» (3).

Podría además observarse que, si como dice Troplong, donde se verifique la negligencia del acreedor allí debe ser castigado por la ley, parece que no debía ser castigada la negligencia en exigir el pago, sino la de proceder en juicio para obligar al deudor á verificarlo, y por tanto, que la prescripción debe depender más bien de la ley del lugar en que haya de procederse en juicio,

(1) *Loc. cit.* Esta opinión se halla conforme con la sostenida por Labbé, en su nota á la sentencia del Tribunal de casación francés, 13 Enero 1869. *Journ. de Pal.*, 1869, 113.

(2) Troplong, *Prescript.*, I, § 38.

(3) 20 Diciembre 1865 (Schoeffel), 20 Junio 1866. *Journ. de Mars.* 1866, 1, 36; 1867, 1, 116.

porque allí es donde podía obligarle á la ejecución. Así lo establece, en efecto, el Tribunal de casación francés que casó las citadas sentencias de Marsella y de Aix, diciendo que: «en materia de acciones personales, las reglas de la prescripción son las de la ley del domicilio del deudor, el cual, perseguido en virtud de la de su país, tiene derecho á prevalerse de las disposiciones de esta misma ley, que pueden protegerlo contra la acción de que es objeto» (1).

Pero en el asunto juzgado por dicho Tribunal de casación se trataba de un acreedor alemán, establecido por su comercio en Londres, á favor del cual había contraído un francés en Génova la obligación de transportar á Londres ciertas mercancías; además había contraído en Francia una obligación de garantía, y la cuestión surgió por haberse opuesto la prescripción á propósito del recurso de garantía.

Esta sentencia excluye la aplicación de la ley inglesa, esto es, la del lugar de la ejecución, y sostiene que la prescripción debe regirse por la ley francesa, que es la del domicilio del deudor; pero como dicha ley coincide con la del lugar en que se había constituído la obligación de garantía, no puede sostenerse que el Tribunal de casación haya decidido que la ley del domicilio del deudor sea la que deba preferirse si se hallase en conflicto con la del lugar en que tuvo origen la obligación, contra la cual se haya opuesto la prescripción.

165. Entre todas las teorías presentadas para resolver la cuestión, consideramos y aceptamos como la más fundada aquella que sostiene que la prescripción liberatoria de las acciones que se derivan de una obligación, debe regirse por la misma ley á que esté sujeta aquélla. En efecto: si la obligación jurídica vale en sustancia tanto como el derecho del acreedor para obligar al deudor á la prestación, la duración de la acción va unida á la obligación, y debe, por consiguiente, regirse por lamisma ley que ésta.

(1) 20 Febrero 1869, *Journ. de Mars.*, 1869, 2, 78.

Cuando dos personas se obligan, debe sobreentenderse que se ha convenido entre ellas que el término en que una pueda proceder contra la otra para obligarla al cumplimiento debe depender de la misma ley bajo la cual haya nacido la obligación y el derecho de proceder relativo á la misma. «Cuando yo contrato, dice Demangeat, con un inglés en Inglaterra, en donde supongo que las acciones prescriben á los veinte años, ¿no es lo mismo que si hubiese dicho á mi deudor que me reservaba el derecho de proceder contra él dentro de este plazo?» (1).

166. Esta es también la opinión de Savigny (2), y merece que se la prefiera á todas las demás, porque es la más conforme al derecho racional. El término para prescribir se determina de un modo fijo, sin que pueda influir para modificarlo el cambio de domicilio del deudor ó el lugar en que el acreedor esté obligado á proceder contra el mismo; con lo que se evita que una de las partes pueda hacer alguna cosa en perjuicio de la otra. M. Ballot sostiene la misma opinión en la *Revue pratique de Droit*, opinión que vemos confirmada por la jurisprudencia de los Tribunales franceses (3) é italianos (4). El Tribunal de Argel sostiene, en efecto, que las letras firmadas en el exterior entre extranjeros de la misma patria, deben regirse por la ley de su país, sobre todo en lo que se refiere á la duración de la prescripción, aunque el pago sea exigido ante el Tribunal francés (5). En cambio, M. Labbe, combatiendo esta teoría, dice: «La ley de la prescripción es la ley de la acción. La ley que otorga la facultad de proceder en juicio, limita el ejercicio de esta facultad» (1).

(1) Demangeat, *Condit. des étrangers*, pág. 358; v. Apénd., página 598.

(2) Savigny, *l. c.*, tomo VI.

(3) El Tribunal de Chambery sostiene que la prescripción quinquenal no puede oponerse en Francia contra una demanda para el pago de una deuda contraída en el país en que tal prescripción no está admitida. 12 Febrero 1869, *Journ. de Pal.*, 1870, p. 91. Conf. cas., 13 Enero 1869; ibid., 1869, págs. 113 y 6; Febrero, 1869, ibid., pág. 118.

(4) Véase la sentencia del Tribunal de Perusa, 28 Noviembre 1868, (Manicomio de Roma contra Ferri), *Annali di Giur.*, 1879, 38.

(5) Argel, 18 Agosto 1848 (Heffner), *Journ. de Mars.*, 28, 2, 75.

Esta doctrina de M. Labbe es tanto más peligrosa cuanto que la ley francesa concede (aunque sin razón) al acreedor francés la facultad de dirigirse al magistrado de su país como el competente por razón del contrato, lo cual conduce á que deba aplicarse la ley francesa siempre que un francés tenga interés en un contrato y crea conveniente referirse á dicha ley. De cualquier modo, la teoría de Labbe no conduce á fijar el término de la prescripción, si se tiene en cuenta que en materia comercial, sobre todo, pueden ser diversos los Tribunales competentes.

§ 6.°

De la eficacia jurídica extraterritorial de los contratos.

167. Los contratos deben ser jurídicamente eficaces en todas partes siempre que no sean contrarios al orden público.—**168.** Son ineficaces los contratos que implican una violación del derecho público.—**169.** Lo mismo sucede respecto de los contratos contrarios á los reglamentos y á las leyes prohibitivas de un Estado.—**170.** Los contratos ineficaces pueden engendrar sin embargo una acción judicial válida.—**171.** Decisiones de los Tribunales franceses y de los americanos.—**172.** Determinación de la regla relativa á la ineficacia de la acción judicial.—**173.** Del contrato para hacer el contrabando y de las acciones judiciales relativas al mismo. —**174.** Nuestra opinión.—**175.** El contrabando ya ejecutado puede dar origen á una acción judicial válida.

162. Siempre que la acción judicial correspondiente al acreedor para obtener el cumplimiento de la obligación contraída por el deudor no se haya prescrito, podrá pedirse en donde quiera la ejecución de la obligación mencionada, y obligar judicialmente al deudor, con tal que la prestación no sea contraria á los principios de orden público ó al derecho social vigente en el país en que quiera hacerse efectiva esta obligación.

(1) Véase la nota á la sentencia de cas. franc., 13 Enero 1869 (Albrecht), *Pal.*, 1869, 113.

Todos los pueblos civilizados han reconocido que por regla general la obligación convencional debe tener un valor extraterritorial. Los mismos romanos, tan rigurosos con los extranjeros, consideraron como de derecho de gentes gran parte de los contratos. *Ex hoc jure gentium commercium, emptiones, venditiones, locationes, obligationes institutæ, exceptis quibusdam, quæ a jure civile introductæ sunt;* pero ellos mismos declararon nulos los pactos contrarios á las leyes y á las instituciones públicas. *Pacta quæ contra leges constitutionesque, vel contra bonos mores fiant nullam vim habere, indubitati juris est* (1).

168. Aplicando este principio, se deduce que deben considerarse ineficaces, no solamente los contratos por futura cohabitación ilícita, prostitución, publicaciones obscenas y aquellas que llevan consigo una torpeza moral, sino también los que se hallan en contradicción con el derecho público del Estado. Si un italiano se hubiere comprometido en un país en que esté abolida la trata á transportar esclavos á América, y hubiese recibido por anticipado parte del precio del transporte, no podrá ser obligado ante los Tribunales al cumplimiento de su compromiso, porque la trata de negros está prohibida por nuestras leyes, y se reprime esta infracción con gravísimas penas (2). También sería ineficaz un contrato para transportar mercancías de contrabando en tiempo de guerra si nuestro Estado se hubiese declarado neutral.

169. Lo mismo debe decirse de los contratos contrarios á los reglamentos y á las leyes prohibitivas de nuestro país. Así, por ejemplo, no podría ser jurídicamente eficaz un contrato para

(1) Ley 6.ª Cod., *De pactis* (11, 3). También los Tribunales franceses han decidido que el seguro de fletamento no ganado, aunque válido en el país en donde se llevó á cabo, no podría ser eficaz en Francia, porque estaba en oposición con la ley francesa. Tribunal de Rennes, 7 Diciembre 1859 (Dacosta), *Journ. de Mars.*, 38. 2, 61. Rennes 4 Diciembre 1862, *ibid.*, 1863. 2. 189. Por la misma razón no fué admitida la acción judicial por un mandato encomendado con tal objeto, por más que el mandatario debió ejecutarlo en un país en que estaba permitido el seguro de fletamento no ganado. Bordeaux, 15 Febrero 1859 (Domilatre), *Journ. de Mars.*, 37. 2, 73.

(2) Código de la Marina mercante, parte 2.ª, tít. II, cap. V.

la venta de billetes de una lotería extranjera no autorizada, y lo mismo el relativo á la compra y venta de sal, de tabaco, de espíritus, de licores y otros artículos análogos en un Estado donde sea necesario un permiso ó patente especial para comerciar en estos géneros. El contrato de venta de objetos en que no puede comerciarse en un país, no debe ser sancionado en él por los Tribunales, aunque se haya celebrado en otro país en donde la prohibición no exista.

170. Debemos notar, sin embargo, que cuando el contrato haya sido no solamente celebrado en el país en donde la venta no está prohibida, sino también ejecutado en el mismo, y el vendedor quisiera proceder contra aquel que hubiese verificado el contrabando para que le pague el precio de la mercancía por él entregada ó consignada, deberá admitirse la acción judicial, porque siendo el objeto de ésta obtener el pago de la mercancía vendida y entregada, no podría considerarse contrario al derecho y al orden público el hecho de ventilar judicialmente esta cuestión y condenar al deudor al pago de lo comprado.

Esta regla podrá también tener aplicación en caso de que el mismo contrato de venta de tabaco, por ejemplo, se hubiese celebrado en el país en donde no era lícito el comercio de este artículo. La razón es porque la acción judicial tuviera por objeto impedir que uno se enriqueciese injustamente, no sería contrario sino conforme al orden público el condenar al deudor á pagar el precio de la mercancía. *Si clam,* dice Huber, *fuerunt venditæ merces in loco ubi prohibitæ sunt, emptio, venditio non valebit ab initio nec parit actionem, quocumque loco instituatur, utique ad traditionem agendam: sed si traditione facta pretium soloere nollet emptor, non tam contractu, quam re obligaretur, quatenus cum alterius damno locupretior fieri vellet* (1). Lo mismo debe decirse si la mercancía ha sido comprada en un lugar en donde no existía prohibición alguna, y la acción para el pago del precio se ejercitase en el lugar en que la mercancía fué transportada á pesar de la prohibición. También en este caso sería el pago un efecto in-

(1) Huber, *De conflictu legum*, lib. I, tít. III, § 5.°

mediato del contrato de compra y de venta perfeccionado, consumado y originariamente válido (1).

171. En Francia, en donde están prohibidas las loterías extranjeras (2), se ha discutido acerca de si se podía proceder contra un francés por el pago de un billete de una de ellas. El Tribunal real de París pronunció la nulidad de semejante obligación (3), y Massé opina que aun cuando la obligación haya sido suscrita en un país en donde el convenio no estaba prohibido, el francés no puede ser compelido al pago en Francia (4). Por el contrario, ante el Tribunal de Nueva York, en donde está prohibida la venta de billetes de loterías, entablóse una acción para conseguir el pago de un billete comprado en Kentucky, en donde la venta estaba permitida. El Tribunal, sin distinguir si la obligación debía ser ejecutada en Nueva York ó en Kentucky (5), admitió la acción y condenó á la parte al cumplimiento. Creemos preferible esta solución.

172. Resumiendo, pues, los principios expuestos, debemos establecer que no puede pedirse la sanción judicial de un contrato hecho en el extranjero cuando la prestación á que el acreedor quiere obligar al deudor sea contraria á los principios de orden público vigentes en el lugar en que se ejercite la acción: de modo que cuando la prestación se derive de un hecho jurídico que ha tenido su origen en país extranjero, y que esté por sí mismo en oposición con una ley de orden público vigente en el Estado en que se trate de ejercitar la acción, deberá ésta ser admitida, no obstante, cuando tienda á obligar al deudor á la prestación que se deriva del acto jurídico, pero que no sea en sí misma contraria á una ley de orden público. Así, por ejemplo, cuando un italiano se haya obligado á transportar esclavos á un país en que no esté prohibida la trata de negros, siendo dicho contrato nulo en su origen, no podrá dar lugar á una acción judicial contra el italiano ante nuestros Tribunales; pero si hubiese recibido un anticipo por el precio del transporte, y el acreedor procediese judicialmente en Italia para que se le condene á restituir la suma anticipada, deberán nuestros Tribunales conocer del asunto y condenar al deudor á restituir lo tomado indebidamente.

(1) Story, *Conflict of Law*, §§ 251 y sig.
(2) Decreto del Consejo, 20 Septiembre 1776; ley de 21 de Mayo de 1836.
(3) París, 25 Junio 1829 (Sirey. 1829. 2, 341); Fœlix, 90.
(4) Massé, *Droit commerc.*, núm. 570
(5) Story, *ob. cit.*, § 258 a.

Por la misma razón, algunos de los efectos que se derivan de un contrato válido con arreglo á la ley extranjera, pero absolutamente prohibidos por nuestras leyes, deberán ser declarados judicialmente ineficaces por razón de la ofensa que de aquí resultaría contra las leyes de orden público, si se reconociese en juicio su eficacia. Esto debería decirse, por ejemplo, del pacto comisorio, anejo al contrato de prenda ó de anticresis, etc.

173. Más delicada es la cuestión de saber si un contrato que tenga por objeto hacer el contrabando en el extranjero y violar en cualquier forma las leyes de aduanas ó los derechos del fisco de otra nación, puede ó no ser judicialmente eficaz, y si debe considerarse contraria al orden público toda acción judicial relativa á tal contrato.

Los escritores están discordes en la resolución de la cuestión propuesta. Pfeiffer, Delangle y otros, sostienen que ningún Estado debe sancionar tales contratos hechos para violar las leyes de otro Estado. Equivale, dice Pothier, á faltar á la buena fe y á los deberes recíprocos el sancionar contratos hechos para defraudar las leyes aduaneras de otro Estado. Por el contrario, Valín, Emerigon, Pardessus, Zacarías, Massé y otros (1), opinan que ningún Estado se halla obligado á hacer respetar las leyes fiscales de otro, y que los Tribunales no deben declarar ineficaces los contratos para hacer el contrabando en el extranjero.

«El contrabando, dice Pardessus, sólo es un delito para los súbditos que violan las leyes del Estado. Bajo este respecto, viven

(1) Valín, *Comm. ord.*, 1861, art. 49, tit. *Des assur.*; Emerigon, *Tratado de los seguros*, cap. VIII. § 5.°: Pardessus, *Droit comm.*, núm. 1.492; Zacarías, *Derecho civil;* Aubry y Rau, § 31, número 4 nota 57; Massé, *Droit comm.*, núm 568. Conf. Schaeffner, núm. 89; Story, § 245; Kames *On equity princ.*, 3 cap. VIII, § 1.°

los Gobiernos en hostilidad permanente, y sin favorecer abiertamente las empresas que tienen por objeto el contrabando, no las proscriben. Los intereses comerciales sufrirían un grave desaquilibrio, si una nación se propusiese prohibir escrupulosamente el contrabando permitiéndolo las otras.»

También Massé considera el contrabando como un vicio común á todas las naciones, una guerra recíproca y un medio comercial permitido en unas porque lo permiten las otras. «De otro modo, dice, si los nacionales se exponen al castigo impuesto por las leyes extranjeras y al riesgo de perder la mercancía cuando tratan de llevar á cabo una operación de contrabando, no deben dar cuenta á nuestros magistrados porque no han violado nuestras leyes.» En apoyo de su doctrina cita Massé dos sentencias; una relativa á una asociación para efectuar el contrabando (1), y otra de seguro de la nave y de la mercancía contra el riesgo y peligro de comercio ilícito (2).

Kent critica las decisiones de los Tribunales, que sancionan los contratos hechos en Inglaterra, para dedicarse al contrabando en el extranjero. «Es en verdad sorprendente, escribe, que en países civilizados, como lo son Francia, Inglaterra y los Estados Unidos, que se distinguen por la irreprochable exactitud de la administración de justicia, se favorezca y estimule por los Tribunales el comercio de contrabando hecho con propósito de eludir las leyes y reglamentos de un Gobierno extranjero. El principio no honra á la jurisprudencia comercial de nuestro tiempo» (3).

124. Nosotros entendemos que los contratos hechos para defraudar la Hacienda de un Estado y para violar sus leyes deben considerarse como ilícitos, y contrarios al orden público principalmente para el Estado cuyas leyes se haya tratado de violar. Por los demás Estados debe considerarse contrario á la buena fe y á los principios de justicia natural el declarar jurídicamente

(1) Cas. franc , 25 Agosto 1835 (*Dev.*, 1835, 1, 673).
(2) Cas. franc . 25 Marzo 1855.
(3) Kent, *Comm.*, lec 48

eficaces semejantes contratos, y admitir las acciones judiciales para obligar á cumplirlas á la parte que no quiera efectuarlo.

La obligación que tiene toda persona que quiera ejercer el comercio en un país es la de respetar las leyes en él vigentes, y el propósito de no violarlas es una obligación jurídica, que debe ser reconocida como tal en todos los países. En su consecuencia, si no puede ser materia lícita de contrato la violación de las leyes extranjeras, el obligar á cualquiera á cumplir el compromiso contraído de violarlas debe considerarse contrario al orden público, puesto que lo sería el declarar válida una obligación fundada en una causa ilícita.

Dicen los contrarios que el contrabando sólo es un delito respecto de los intereses del Estado, que lo ha declarado tal por razones fiscales, pero que debe ser considerado como un hecho indiferente para los demás, por lo cual no puede el magistrado tachar de nula la obligación que se deriva de un acto jurídico, que es indiferente según la ley de su propio país.

Debemos observar, ante todo, que parece más exacto en este punto el concepto de Beccaria, según el cual debe considerarse el contrabando como un hurto al príncipe ó al Estado (1). No queremos decir con esto que el contrabando deje de ser un hecho indiferente respecto de todos los Gobiernos extranjeros, pero no podemos del mismo modo decir que pueda considerarse como un hecho indiferente la violación de una ley extranjera. El magistrado que obligase á una de las partes á cumplir el contrato, le obligaría á violar la ley extranjera, cosa que sería evidentemente contraria á los principios de orden público y á las instituciones sociales.

125. Debemos también repetir respecto del contrabando la reserva hecha anteriormente, á saber: si ha sido ya ejecutado y si las partes han acudido á los Tribunales, á fin de que éstos diriman una contienda relativa á este asunto, como, por ejemplo, la que surgiera respecto de la distribución de las ganancias efectuadas en el comercio del contrabando, para el pago del premio de

(1) Beccaria, *De los delitos y de las penas*, § 31.

seguro de la nave contra el riesgo y peligro del comercio ilícito, etcétera, etc.; en cuyo caso deberá aplicarse la regla establecida por Huber, esto es, que no será contrario al orden público el conocer de las consecuencias del hecho consumado, porque el deudor, *non tam contractu, quam re obligaretur, quatemus cum alterius damno locupletior fieri vellet* (1).

Con arreglo á este principio, decidió el Tribunal de Marsella que el convenio entre un extranjero y un francés para expedir en fraude de la Hacienda francesa mercancías que le habían sido vendidas en Francia, no era ilícito respecto del extranjero para negar al mismo cualquier acción judicial por cuentas relativas á dicho convenio. Si en estas circunstancias el comisionista francés, por temor á las pesquisas que pudiera llevar á cabo la aduana, había depositado las mercancías de contrabando en manos de un tercero que las hubiese malversado, estaría obligado, como si las hubiese entregado por su propia cuenta, á pagar á su corresponsal el importe de las mismas (2).

§ 7.°

De la interpretación de los actos y de los contratos.

176. Determínase el objeto de la interpretación en las relaciones internacionales.—**177.** Regla general.—**178.** Importa determinar la intención de las partes.—**179.** Cómo puede la intención ser dudosa.—**180.** Cómo debe determinarse la medida si el valor es diverso según la ley de los distintos países.—**181.** De la interpretación de un contrato celebrado por carta.—**182.** Interpretación del valor de la moneda indicada.—**183.** Cláusula de los testamentos.

176. Pasemos ahora á exponer las reglas oportunas para evitar las oscuridades y la ambigüedad á que pueden dar lugar las expresiones empleadas en un contrato ó en un acto verificado en un país y que deba ser ejecutado en otro.

(1) *Obra citada.*
(2) Marsella 17 Enero 1856 *Journ de Mars*, 34, 1, 43.

Cuando la duda proceda de que las expresiones empleadas no tengan por sí mismas una significación exacta y determinada, ó cuando por la construcción y el contexto de la frase aparezcan oscuras y equívocas, convendrá tener en cuenta las reglas generales de interpretación de los contratos, y no es este el lugar oportuno para ocuparse de ellas. Muchos son los preceptos que relativamente á este punto pudiéramos tomar del derecho romano. Dícese en él, que el contrato debe interpretarse contra el que lo estipula, si se trata de una estipulación (1); contra el vendedor ó contra el propietario, si se trata de una venta ó de un arrendamiento (2), por la consideración general de que la parte más interesada en prevenir toda duda con la redacción clara y precisa del contrato, debe imputarse á su negligencia ó mala fe si no ha procurado prevenirla (3); el desarrollo de éstas y otras reglas nos conduciría muy lejos y fuera de nuestro propio campo. Debemos, pues, ocuparnos aquí de aquellos casos en que las expresiones adoptadas, aunque claras por sí mismas, pueden tener, sin embargo, un significado distinto en los dos países; esto es, en el del deudor y en el del acreedor; en el del lugar en que contrataron, y en aquel en que el contrato debe ser ejecutado. Así como en los contratos concluídos entre extranjeros los derechos y las obligaciones recíprocas del acreedor y del deudor se derivan (dentro del círculo de su autonomía) de su intención al obligarse, ocurre también determinar ésta deduciéndola del valor jurídico de las expresiones con arreglo á la ley. Ahora bien: en el supuesto de que este valor jurídico sea diverso según las distintas leyes á que las partes hayan podido referirse, es necesario comprobar su intención aun cuando las expresiones sean claras y ciertas.

(1) L. 27, *De reb. dub.* (XXXIV, 5); L. 38, § 18; L. 99, *De verbor. obligat.* (XLV, 1).
(2) L. 39, *De pactis* (II, 14); L. 21, 33, *De contr. emt.* (XVIII, 1); L. 172, *De regul. jur.* (L. 17).
(3) Savigny, *Sistema del Derecho romano*, tomo VI (de la versión castellana), § 374.

Wächter refiere el siguiente ejemplo:

Una Compañía de seguros de Leipzig había fijado en sus estatutos: «excepto el caso en que el siniestro resulte por un motín.»

Habiendo sobrevenido un incendio ocasionado por personas que se habían insurreccionado, surgió la cuestión (siendo la ley sajona distinta de la del lugar en que había acontecido el siniestro) de si había llegado el caso del amotinamiento, y si el concepto jurídico de éste debía determinarse aplicando una ú otra ley.

177. En estos casos y en otros análogos no basta aplicar la regla *in contractibus tacite veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis* (1), la cual es válida para las cláusulas oscuras y ambíguas, sino que debe tenerse más bien en cuenta este otro precepto: *in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari oportet* (2), porque de hecho la cuestión se reduce á determinar el valor jurídico de una expresión que es por sí misma clara y cierta.

178. Puesto que en los contratos depende todo de la voluntad de las partes, la intención de éstas, en los casos dudosos, debe determinarse teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación, la situación del objeto, la ejecución y otras circunstancias. Debe, pues, deducirse de todo esto, si las partes han querido emplear ó apropiarse el lenguaje del lugar en que la estipulación se ha verificado, aquel en que la obligación ha de ejecutarse, ó el del domicilio del deudor. La regla del derecho romano *quæ sunt moris et consuetudinis in bonæ fidei judiciis debent venire* (3) puede ser válida en general cuando por las circunstancias del caso pueda presumirse que las partes han querido apropiarse el lenguaje del lugar en que la estipulación se ha verificado (4).

(1) Pothier, *Oblig.*, núm. 95; Merlin, *Repert., Convention.* § 7.º; L, 54, Dig., *De reg. jur.* (L. 17).

(2) L. 219, Dig., *De verborum signific.* (L. 16).

(3) L. 31, § 20, Dig., *De ædilitio ædict.* (XXI, 1).

(4) *Consuetudinem regionis sequimur*, dice Godofredo, *et ideo conducere, concedere, contraere et quidvis agere pro more regionis indubio præsumitur. Nam, sicut natura non separatur a subjecto, ita nec á consueto. Quod est de consuetudine habetur pro pacto (Ad Pand.*, L. 34; *De reg. jur.*, L. 17).

179. Se dan, sin embargo, casos en que puede dudarse, con razón, de la intención de las partes, y por consiguiente, no tiene aplicación dicha regla.

Supongamos, por ejemplo, que se haya vendido una heredad situada en país extranjero, y que el precio se ha especificado por áreas ó por acres; si la extensión del terreno correspondiente á la medida indicada es diversa en el lugar de la estipulación y en el de la *rei sitæ*, puede surgir la duda acerca de si para fijar el significado de dicha expresión, clara por sí misma, debe aplicarse una ú otra ley. Las opiniones de los jurisconsultos y las decisiones de los Tribunales son muy diversas. Opinan algunos que debe preferirse la *lex loci contractus*, otros la *lex rei sitæ* (1). La segunda opinión cuenta mayor número de autoridades. *Si res immobiles*, dice Voet, *ad certam mensuram debeantur, et ea pro locorum diversitate varia sit, in dubio solvi debent justa mensuram loci in quo sitæ sunt* (2); y Molineus: *Stantibus mensuris diversis, si fundus venditur ad mensuram, vel affirmatur, vel mensuratur, non continuo debet inspici mensura quæ viget in loco contractus, sed indubio debet attendi mensura loci in quo fundus debet metiri et tradi et executio fieri* (3).

Entendemos nosotros que la medida, considerada como extensión, forma parte del objeto del contrato, porque denota verdaderamente el *quantum in obligatione est*. Al modo de ejecución, sólo pertenece el acto de medir y la manera como debe hacerse.

Admitimos, sin embargo, que, por regla general, debe entenderse que la intención de las partes contratantes se haya referido á la ley del lugar en que la cosa esté situada, cuando contra-

(1) Boullenois, *Observ.*, 46; Burge, *Comm. on colon. and foreign. Law*, p. II. cap. IX.

(2) Voet, *De statutis*, lib. XLVI, tít. III, núm. 8; Choppini, *Opera de feudis*, tomo II, lib. II, tít. III, núm. 10; Burge, *Comment.*, tomo II, cap. II.

(3) Molineus, *Comm. ad Cod.*, lib. I, tít. I, núm. 1; tomo I.I, *Conc. de statut.*

taron sin poder fijar su extensión, ni apreciarla sino con arreglo á la ley del lugar en que se encuentra. Aceptamos también la doctrina de Voet y de Molineus, porque parece más razonable en los casos ordinarios, siendo esta además la opinión de Boullenois, que se apoya en la autoridad de Savigny (1), y ha sido también aceptada por Warthon (2).

Hemos dicho en los casos ordinarios, porque puede haber algunos en que por las circunstancias deba presumirse otra cosa.

180. Supongamos, por ejemplo, que el contrato de venta se haya estipulado en el domicilio de las partes, en cuyo caso será más razonable presumir que han querido adoptar el lenguaje que les es más familiar, y hablar de la medida empleada en su país, no de la usada en el lugar en que se halle situada la cosa. Aun en el caso en que sólo una de las partes esté domiciliada en el lugar en que se ha celebrado el contrato, deberá presumirse que ésta ha querido emplear el lenguaje que le es más familiar, y si de las circunstancias resultase que el extranjero conocía dicho lenguaje y se lo había apropiado, no sería justo determinar la medida con arreglo á la *lex rei sitæ*, sino que debería preferirse la *lex loci contractus* para determinar la extensión correspondiente á la indicada medida.

Respecto de las cosas muebles, puede considerarse bastante fundada la opinión de los que admiten que la medida debe ser la empleada con arreglo á la ley del lugar en que haya de verificarse la entrega.

En efecto, la medida es un acto distinto de la venta, y como debe considerarse como un modo de ejecución y no puede separarse de la relación que tiene con la entrega ó consignación, debe admitirse la justa presunción de que las partes se han referido á la ley del país en que debían ser entregadas las mercancías.

181. Cuando el contrato se haya celebrado por cartas, debe tenerse en cuenta la ley y la costumbre del lugar en que esté domiciliado el que haya escrito la primera carta, porque se presu-

(1) Savigny, *ob. cit.*, tomo VI (de la edición castellana), § 374.
(2) Warthon, *Conflict of Laws*, § 437.

me que al escribir ha empleado el lenguaje que le era más familiar. Por consiguiente, si un comerciante español ofreciese á un americano una partida de mercancías por valor de tantos duros, debe entenderse que habla del duro corriente en España y no del de América.

182. Respecto de la moneda en que debe pagarse el precio convenido, pueden surgir dudas cuando el valor real de la misma sea distinto en el lugar del contrato y en el que deba exigirse el pago.

Toullier (1) pone el caso de un alemán que vende á un holandés una heredad por 2.000 florines, sin determinar si habla del florín corriente en Alemania ó del florín de Holanda, que tiene un valor distinto, y dice que el valor del florín debe ser el que tenga en el lugar del contrato. Esta es también la opinión de Story y de Burge (2), y nosotros la aceptamos cuando en el contrato no se haya señalado el lugar donde el pago deba verificarse. Si una finca agrícola situada en Jamáica se vende en Inglaterra por 20.000 libras sin especificar el valor en otra forma, habiendo una diferencia del 8 por 100 entre la libra esterlina inglesa y la corriente en Jamáica, podrá pretender el vendedor que le pague el comprador 20.000 libras esterlinas, valor corriente en Inglaterra, que corresponden á 22.000 libras, valor corriente en Jamáica. La razón es porque debe presumirse que el precio ha de pagarse en el valor corriente en el lugar del contrato, no en aquel en que la cosa se halle situada (3), á no ser que de las circunstancias pueda deducirse una intención contraria. Pero si en el contrato se ha designado el lugar del pago, deberá hacerse éste con arreglo al valor corriente en el mismo, porque debe presumirse que á aquél se han referido las partes. *Æstimatio rei debitæ*, dice Everard, *consideratur secundum locum ubi destinata est solutio, non obstante quod contractus alibi sit celebratus* (4).

(1) Toullier, tomo VI, núm. 319.
(2) Story, *Conflict of Law*, § 271; Burge, *Comm.*, parte 2ª, capítulo IX.
(3) Conf. Pardessus, *Droit comm.*, núm. 1 492.
(4) Everhard, *Consil.*, 78, núm. 9; Burgundus, *Tract.*, 4, n.º 29.

El principio expuesto se aplica á los pagos por cualquier título.

183. Las cláusulas de los testamentos, que pueden tener un significado diverso en el lugar en que el acto se haya verificado y en aquel en que exista la cosa, deben interpretarse con arreglo á la ley del testador, porque se presume que éste se ha referido á las leyes y á las costumbres de su patria. *Quando verba sunt ambigua tunc inspicimus quid testator senserit* (1).

No nos detendremos á dar otras reglas de interpretación, porque en realidad no pueden establecerse principios generales, sino que se debe indagar en cada caso la intención más verosímil de las partes. Algunos escritores, entre ellos Story, han dado tanta extensión á las cuestiones de interpretación, que han comprendido en ellas muchas controversias sobre el derecho de las obligaciones. Es verdad que todo puede reducirse á cuestión de interpretación, pero con perjuicio del método y de la distribución científica de la materia.

§ 8.º

De la prueba de las obligaciones.

184. Determínase el objeto de este tratado.—**185.** La prueba forma parte integrante del contrato.—**186.** La omisión de la prueba debe depender de la *lex loci contractus*.—**187.** Impúgnase la opinión de los que quieren que se aplique la *lex fori*.—**188.** Cómo debe el juez apreciar las pruebas.—**189.** Del valor de la prueba testifical.—**190.** De la necesidad de la escritura para la adquisición de los derechos sobre los inmuebles.—**191.** Para los contratantes de la misma patria deben ser válidas otras reglas.

184. La prueba de las obligaciones contraídas en país extranjero está sujeta á los principios generales relativos á la materia en lo que concierne al deber de suministrar la prueba de los hechos deducidos en juicio.

Las pruebas tienen además cierta relación con el derecho procesal en cuanto se refieren á la instrucción del procedimiento y al orden del juicio, y bajo este aspecto deben regirse por la *lex fori*, que ha de regular todas las formas del procedimiento, *ordinatoria litis*. En este lugar no debemos ocuparnos de ellas bajo este respecto, sino considerarlas en lo que se refiere á establecer el derecho controvertido y el fundamento de la decisión, *decisoria litis*.

(1) Sandé, *Comm.*, *De reg. jur.*, l. 9

185. El juez debe decidir con arreglo al derecho constituído y á la prueba suministrada; y así como ésta es, bajo este aspecto, un elemento integrante de la obligación en el sentido de que el valor jurídico de ésta depende de la prueba, que tiende á establecer judicialmente la verdad de la obligación y á dar al juez motivos para decidir en el fondo ó en derecho la cuestión controvertida, así también debe regirse por la misma ley á que se halle sujeto el contrato ó el acto jurídico de que la obligación se deriva.

Debemos considerar, en efecto, que cuando las partes contraen una obligación voluntariamente y bajo la tutela de la ley, mediante un contrato ó realizando un acto jurídico que dé origen á una obligación por disposición de la ley, adquieren todos los derechos atribuídos á las mismas por la ley vigente en el lugar en que la obligación ha nacido. Todos los derechos adquiridos por las partes al amparo de la ley deben ser reconocidos y garantidos por doquiera, salvo el caso en que existan limitaciones fundadas en la violación del derecho público territorial ó del orden público, según en otro lugar hemos indicado.

Claro es que debe considerarse como un derecho adquirido por la parte el de establecer la existencia jurídica de la obligación por los medios de prueba reconocidos por la ley del lugar en donde la obligación se ha contraído.

186. El magistrado llamado á decidir la cuestión de derecho controvertido, debe fundar su decisión en la prueba suministrada, y cuando quiera excluir cualquier medio de prueba, ateniéndose á la ley de su país, llegará también á desconocer los derechos legítimamente adquiridos por las partes. En realidad, al contratar, no podrán éstas referirse á otra ley para establecer la existencia jurídica de sus recíprocas obligaciones, sino á la vigen-

te en el lugar donde se obligaron. Deben ajustarse á la misma para decidir, si para comprobar jurídicamente la existencia del convenio es ó no necesario un documento escrito, y si era indispensable que éste fuese público ó es suficiente un documento privado, si podía bastar con probar sus derechos y sus obligaciones mediante la prueba testifical, ó si podían valerse de la facultad de resolver toda cuestión con el juramento decisorio. Cuando se quiera negar á aquéllas el derecho á probar la existencia de la obligación ateniéndose á la ley á que se hayan sometido al contratar, esto equivaldría evidentemente á reducir á la nulidad derechos legítimamente adquiridos por ellas.

Concluímos, pues, de lo dicho, que los medios de probar las obligaciones deben determinarse con arreglo á las leyes á que debe estar sujeto el acto jurídico de que la obligación se deriva.

182. Contra esta opinión hay quien observa que, teniendo la prueba por objeto convencer al juez, como éste sólo puede sacar su convencimiento de los elementos reconocidos eficaces para tal efecto por la ley de su país, debe limitarse á tomar en consideración las pruebas admitidas con arreglo á la *lex fori*, y si ésta no concede la acción ó la protección á un convenio, sino cuando se suministre la prueba por un medio determinado, no puede el magistrado sacar su convencimiento de otros elementos que de los reconocidos por dicha ley (1).

Esta teoría no tiene un buen fundamento jurídico, bastando para probar este aserto considerar que tiende á establecer como máxima que las partes que contratan y que deben saber con certeza cuáles son los medios legales para comprobar la existencia de los actos jurídicos que tienen interés en establecer, deben referirse á la ley del lugar en que por accidente pudiera suceder que contendiesen respecto de sus derechos, mientras el lugar del juicio en las obligaciones personales no puede considerarse fijado en absoluto y con certeza en el momento del contrato.

El magistrado extranjero, al cual piden las partes la sanción

(1) Mittermaier, *Archivi della Giurisprudenza civ.*, tomo XIII, pág. 315.

judicial de su contrato, debe negar á éste la protección de la ley, cuando el reconocerla lleva consigo una ofensa ó lesión de la ley territorial; pero no debiendo ésta regular la validez y la esencia de la obligación que ha tenido su origen bajo el imperio de una ley distinta, no debe tampoco regular la existencia jurídica de la obligación misma.

Dedúcese, pues, de lo dicho, que el juez no puede decidir en el fondo, ateniéndose á la ley de su país, en cuanto á admitir ó rechazar los medios de prueba, sino que debe reconocer que al obligarse quisieron las partes establecer la existencia de su obligación valiéndose de todos los medios consentidos y autorizados por la ley bajo que se obligaron.

Aplicando los principios expuestos, dedúcese que para decidir si los libros de comercio, por ejemplo, llevados de cierto modo, pueden ó no hacer fe en juicio; si es necesaria la prueba escrita; si ésta debe considerarse siempre superior á cualquiera otra, y en general, todo lo concerniente á la admisibilidad y valor de las pruebas propias para establecer la existencia de los actos jurídicos, y las modificaciones que en ellos puedan haberse introducido, todo debe depender de la ley del lugar en que se han verificado ó han tenido origen tales actos.

183. Respecto de este punto, puede surgir una grave dificultad relativa á la admisibilidad y al valor de la prueba testifical, contraria ó favorable al contenido de los actos que consten por escrito. Las leyes positivas son diversas, considerando unas la prueba escrita como superior á cualquiera otra, y contra la cual no tiene valor alguno la prueba testifical, y admitiendo otras un principio distinto, sobre todo en materia comercial. Las reglas dadas respecto á la admisibilidad de las pruebas, parece que no pueden extenderse al valor de las mismas.

La admisibilidad de la prueba testifical está coordinada, en efecto, con la formación del vínculo jurídico, y con su existencia legal, mientras el valor de la misma, cuando se deduzca contra el contenido de un documento, se refiere al orden del juicio y al valor de la prueba, no sólo en interés de las partes, sino también para proteger los derechos de tercero que pudieran ser perjudicados, si habiendo tenido en cuenta lo que resultase del acto es-

crito, fuesen después sorprendidos por pruebas contrarias suministradas por testigos.

Nosotros sostenemos, que interesando el valor de la prueba á las leyes de orden público siempre que haya tercero en cuestión, no podemos conceder que pueda imponerse al juez el deber de atenerse á la ley extranjera, aun en lo concerniente al valor de las pruebas y á la consideración que merecen.

189. Debemos hacer también otra reserva en lo que se refiere á los principios expuestos, esto es, á la eficaz adquisición de los derechos sobre inmuebles, respecto de los cuales puede ser indispensable en ciertos casos atenerse á la *lex rei sitæ*. Esto debe decirse, por ejemplo, de los actos ó contratos que con arreglo á lo prescrito en el art. 1.314 del Código civil italiano, deben celebrarse por escritura pública ó por documento privado so pena de nulidad (1).

Cuando estos actos hayan sido realizados en país extranjero, no podrá comprobarse la existencia legal de los mismos si falta el documento correspondiente.

(1) Hé aquí el texto del artículo de que se trata:

«Deberán consignarse en escritura pública ó por documento privado so pena de nulidad:

1.° Los contratos que transfieran la propiedad de un inmueble ó de otros bienes ó derechos susceptibles de hipoteca, salvas las disposiciones relativas á las rentas del Estado;

2.° Los contratos que constituyan ó modifiquen las servidumbres prediales, derechos de uso ó habitación, ó transfieran el ejercicio del derecho de usufructo;

3.° Los actos de renuncia á los derechos enunciados en los dos números precedentes;

4.° Los contratos de arrendamiento de inmuebles por un tiempo que exceda de nueve años;

5.° Los contratos de sociedad que tengan por objeto el disfrute de bienes inmuebles, cuando no se determine la duración de la sociedad ó pase de nueve años;

6.° Los actos constitutivos lo mismo de rentas perpetuas que vitalicias;

7.° Las transacciones;

8.° Los demás actos indicados especialmente por la ley.»

190. En rigor, puede decirse que esto no modifica en realidad los principios, porque una cosa son los medios de prueba propiamente dichos, y de los cuales hemos hablado anteriormente, y exigidos para comprobar la existencia del acto jurídico, y otra los elementos esenciales del mismo.

Nuestra legislación exige la escritura, no ya para probar el acto jurídico, sino para la existencia del mismo, en el sentido de que no puede existir, por ejemplo, traslación eficaz de la propiedad de un inmueble existente en el territorio italiano, si el consentimiento no se ha prestado y consta por escrito; y siendo ésta una de las disposiciones protectoras del derecho social, no se podrá referir en ningún caso á la ley extranjera que sea diferente de la nuestra, como si se tratase de probar un acto jurídico que ha tenido su origen legal bajo el imperio de la misma.

191. Debemos hacer una última observación relativa á los medios de prueba: cuando las partes sean extranjeros pertenecientes al mismo Estado, y resulte de las circunstancias del hecho que al realizarlo en el extranjero se han referido á su ley nacional, en tal caso deberá aplicarse ésta para la admisibilidad de la prueba, porque habiendo adquirido su realidad el acto jurídico bajo el imperio de esta ley, será necesario tomar de ella el criterio respecto de la admisibilidad de una prueba determinada, así como de ella deberá también tomarse el criterio para decidir acerca de la esencia de la obligación y cuanto se refiriese á la decisión.

Todo lo expuesto se refiere al negocio jurídico considerado en sí mismo, y á la eficacia jurídica de las pruebas; ahora debemos ocuparnos de la ley que debe regular el acto extrínseco redactado para comprobar la obligación jurídica.

§ 9.°

Extinción de las obligaciones.

192. De cuántos modos puede extinguirse la obligación.—**193.** Ley que debe regir el pago.—**194.** Pago de una suma de dinero.—**195.** Idem hecho en papel moneda.—**196.** Del pago con subrogación y de la ley á que está su-

jeto.—**197**. Condiciones para su eficacia jurídica.—**198**. Subrogación legal. **199**. De la renuncia voluntaria de un crédito.—**200**. De la remisión forzosa.—**201**. Opinión de Massé respecto de la eficacia de un convenio entre el quebrado y sus acreedores.—**202**. Nuestras observaciones.—**203**. De la cesión judicial de los bienes.—**204**. Eficacia de tal institución en el extranjero.—**205** De la novación.—**206**. De la ley que debe decidir si se ha verificado la novación, y de los efectos de la misma.—**207**. Al arreglar los asuntos comerciales se debe ser muy cauto para no dar lugar á novación.—**208**. Extinción de la obligación por imposibilidad física ó moral de la prestación.—**209**. Extinción de la obligación *ope exceptionis*.

192. El hecho jurídico por el cual se extingue directa y completamente la obligación, es la exacta prestación de la cosa debida. *Solutio est præstatio ejus quod in obligatione est.* La extinción puede depender también de un hecho cualquiera, que deje libre al deudor, ora anulando *ipso jure* el derecho del acreedor, ora haciendo nacer un derecho contrario por parte del deudor, *ope exceptionis*. En derecho romano se toma la palabra *solutio* en este significado: *Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoque modo factam.*

El pago, la renuncia voluntaria del crédito, la novación, el mutuo disenso y la confusión, deben colocarse entre las causas que extinguen, tanto el elemento civil, cuanto el elemento natural de la obligación respecto de toda persona que en ello pueda tener interés. La remisión forzosa de lo debido, la compensación, la nulidad ó la rescisión pronunciada por el magistrado y la prescripción, extinguen siempre el elemento civil de la obligación, pero no siempre el elemento natural. Hablaremos solamente de algunos modos de extinción que pueden dar origen á conflictos de las legislaciones.

193. En general, considerada la solución como un modo de extinguir la obligación, es regida por la ley del lugar fijado para el cumplimiento de la obligación misma. De aquí que todas las cuestiones acerca del modo cómo debe realizarse el pago, de la cualidad de las cosas que pueden ser pagadas, de las personas á quienes puede hacerse el pago á fin de que el deudor pueda decirse válidamente libre, de los efectos del pago por subrogación, de los casos en que el deudor puede ser autorizado á librarse mediante el depósito precedido de la oferta real y de la forma de tales actos, deban regirse, sin duda, por la *lex loci solutionis.*

194. Cuando el deudor está obligado á pagar una suma, debe realizar el pago en metálico, en moneda de oro ó plata que tenga curso en el lugar y en el tiempo en que debe efectuarse dicho pago, y esto con arreglo al valor nominal de dichas especies en aquel momento. Es este un principio que sirve para distinguir en los cambios y en las contrataciones dos hechos y dos términos separados: la fijación del precio que se deja á la libre voluntad de los contratantes, y el pago del precio convenido, que cae bajo el dominio de la ley del lugar en donde debe efectuarse. La ley es la que fija el curso legal de la moneda como valor legalmente reconocido en el cambio de todos los demás productos y de todos los demás valores. De donde se sigue que, si entre la creación de la obligación y el tiempo del pago ha sufrido alteración el valor de la moneda, el deudor debe siempre, á pesar de la rebaja, pagar la suma numérica debida con arreglo á la obligación, y se libertará por el pago de la misma suma numérica aunque dicho valor hubiese aumentado. Esta regla, que está fundada en motivos de interés público, no puede ser violada por ningún convenio en contrario.

Este principio no es aplicable cuando se ha convenido expresamente que el pago deberá hacerse en una especie y en una cantidad determinada de monedas de oro y de plata, que el reembolso debe verificarse en la especie y cantidad de monedas de oro ó de plata que se prestaron, ó que debe hacerse en moneda extranjera. En este caso, cuando el valor intrínseco de las monedas se ha alterado, cuando han dejado de circular, ó cuando no sea posible hallarlas en el lugar en que el pago debe efectuarse, puede el deudor pagar en monedas que tengan curso legal, pero está obligado á abonar el equivalente del valor intrínseco que tuvieran las monedas en la época del contrato, ó el equivalente del valor en cambio, si la especie se ha determinado en moneda extranjera (1).

(1) Véase Zacarías, § 318; Massé, *Derecho comercial*, núme-

195. Cuando en el intervalo entre el día de la obligación y el del pago hubiere sustituído el papel moneda á la moneda metálica, ó cuando el curso de los billetes de Banco hubiera sido declarado obligatorio, puede surgir la cuestión de si el deudor debe considerarse válidamente libertado pagando en la moneda que tiene curso forzoso en el lugar en que el pago debe verificarse.

Pardessus es de parecer que, cuando el acreedor y el deudor son extranjeros, ó cuando el deudor es ciudadano y el acreedor extranjero, no debe tenerse en cuenta la denominación legal en la época del pago, sino el valor intrínseco de la moneda en la época del contrato. Cuando Pedro (español) ha prometido pagar á Pablo (francés) 500 duros, entendió Pablo que recibiría una cantidad de piezas metálicas, equivalente á una cantidad determinada de plata y de liga, y su cálculo se basó, naturalmente, en la moneda que existía en la época del contrato. No puede estar obligado á obedecer ó á prestar fe al Gobierno extranjero y á creer que, por una orden del Gobierno, un papel en el que se halla un *bono de 500 duros*, los valga realmente (1).

Tal es también la opinión de Massé (2). Pero ambos creen

ro 610 y siguientes; Merlín, *Cuest.*, v.° *Payement*; Toullier, t. VII, p. 54; Dalloz, *Jurisprudenc a general*, v.° *Obligaciones*.

(1) Pardessus. *Derecho comercial*. núm. 1.485 bis.

(2) Massé, *ob. cit.*, núm. 611. Hé aquí sus palabras: «Cualquiera que sea, por otra parte, la moneda estipulada, y en cualquier lugar que lo haya sido, deberá hacerse siempre el pago en la moneda corriente en el lugar en donde se ha efectuado. No sucedería otra cosa aunque hubiesen fijado expresamente el pago en una moneda determinada. Si la moneda corriente en el país en donde se haya de hacer el pago consistía en moneda metálica de un valor real inferior á su valor legal, ó en un papel moneda depreciado, el acreedor que su nacionalidad sometiera á las leyes que han atribuído á esta moneda un valor que no tiene, ó que han creado un papel sin valor, sería indudablemente obligado á recibir uno ú otro por su valor nominal. No sucedería esto si el acreedor fuese extranjero, en cuyo caso se vería obligado á recibir la moneda ó el papel del país, pero s do por su valor real. No podría, ciertamente, obligar al deudor, en el país en que se hiciese el pago, á abonarle la dife-

que el francés no puede proceder contra su deudor en España, y que los Tribunales no pueden condenarle á pagar en moneda diferente; pero sostiene que el francés puede demandar en Francia á su deudor, y obligarle á que le pague en moneda francesa una suma igual al valor de la materia que contenían los 500 duros en la época del contrato.

No podemos aceptar semejante opinión, porque está en contradicción con el principio incontrovertible de que todo lo que se refiere al *modus solutionis* debe regirse por la ley del lugar en que el pago ha de verificarse. La determinación de los valores y la fijación del precio, se dejan, en efecto, á la libre elección de los contratantes; pero el *modus solutionis* de los créditos anteriormente evaluados y del precio ya fijado, está sometido á la ley del lugar en donde el pago debe realizarse. De donde se deduce que, si por razones de interés público, ha dispuesto la ley que los billetes de Banco se den y reciban en los pagos como dinero contante, por su valor nominal, no obstante las disposiciones de la ley ó pacto en contrario, no podrá el acreedor negarse á tomar los billetes ni rebajar su valor. No hay que decir que es extranjero, porque contestaremos que está sometido á la ley del lugar en donde se ha estipulado el pago, para todo el que se refiere al *modus solutionis*, y que no puede eludir el cumplimiento de las disposiciones de la ley que rige el pago de los créditos ya estipulados y del precio ya fijado.

rencia si la ley de dicho país se oponía á ello: pero este deudor no se vería completamente libre y podría ser citado por el acreedor extranjero ante los jueces de éste, y ser válidamente condenado á completar el pago, y sería ejecutado sobre todos los bienes que tuviese el país extranjero á disposición del acreedor. Por lo demás, no es necesario recurrir á este extremo; sucede con frecuencia que las leyes de un país cuyo valor monetario ha decaído, establecen, en interés del comercio, reglas particulares para los pagos que hayan de hacerse á los extranjeros Esto es lo que se hizo particularmente en Francia bajo la regencia, cuando se adopt el célebre sistema de Law (regla del 27 de Mayo de 1719), y más tarde con el papel moneda de los asignados (ley de 25 de Noviembre, año IV.» (*El Derecho comercial en sus relaciones con el erecho de gentes*, edic. de 1874, t. I, p. 548.) *N. del P. F.*

Es verdad que esta solución perjudica en cierto modo los intereses del acreedor, el cual, de hecho, recibe menos de lo que contaba recibir; pero esto no puede imputarse al deudor y debe considerarse como una de tantas eventualidades que hacen perder al comerciante una parte de las ganancias que esperaba realizar. De cualquier modo, si el mismo Pardessus reconoce que el acrreedor no puede citar al deudor y hacerle condenar por los Tribunales del país en donde debe exigir el pago, no podemos admitir que pueda hacerlo por medio de los Tribunales de su patria. Si después de la negativa ha hecho el deudor la oferta real y el depósito con todas las formalidades exigidas por la ley del lugar del pago, y tales ofertas se han juzgado válidas y suficientes para libertarlo como equivalentes al pago, no sabemos con qué título podría el magistrado del domicilio del acreedor obligar al deudor á pagar de otro modo, siendo así que todos los escritores están de acuerdo para sostener que el *modus solutionis* debe regirse exclusivamente por la ley del país en que el pago haya de verificarse. *Æstimatio rei debitæ*, dice Everhard, *consideratur secundum locum ubi destinata est solutio seu liberatio, non obstante quod contractus alibi sit celebratus, ut videlicet inspiciatur valor monetæ qui est in loco destinatæ solutionis* (1).

196. Acerca del pago verificado por subrogación, creemos oportuno notar que no importa el lugar en que se ha consentido la subrogación, ya por el acreedor sin la intervención del deudor, ya por éste sin el asentimiento de aquél; se rigen siempre sus efectos por la ley que ha regido *ab initio* la obligación primitiva y su ejecución; porque el pago con subrogación no lleva consigo novación. Esta consiste, en efecto, en una ficción jurídica admitida ó establecida por la ley, en virtud de la cual se entiende que una obligación extinguida mediante el pago efectuado por

(1) Everhard., *Consil.*, 78, núm. 9; véase Toullier, t. IV, número 587; Troplong, *Del prest.*, núm. 243, Voet, *De stat*, § 9 °, 12 y 15; Vinnio, *Ad instit.*, lib III, tít XV, *De mutuo comm.*, núm. 12; Bartolo, *In leg.*; Paulus, 101, *De solutionibus*; Baldo, *De leg.*, *res in dotem*, 24, *De jur. dot.*; Castro, lib. III, *De rebus creditis*; Boerius, *Decis.*, 327.

un tercero, ó por el deudor mismo con dinero de un tercero, continúa existiendo en favor de éste, que está autorizado á ejercitar los mismos derechos y acciones que el antiguo acreedor. Por una ficción jurídica, forman el antiguo y el nuevo acreedor una sola persona, y por esto es por lo que las acciones que puede ejercitar deben ser determinadas con arrreglo á la ley que ha regido *ab initio* la obligación primitiva y su ejecución.

También debe aplicarse este principio cuando la subrogación ha sido consentida por un acreedor extranjero, y el acreedor subrogado sea del mismo país que el deudor; el subrogante ejercitará todos los derechos del antiguo acreedor, que deberán ser siempre determinados con arreglo á la ley que regía la obligación de su compatriota en beneficio del extranjero.

197. Debemos observar, sin embargo, que para que la subrogación pueda ser judicialmente eficaz, debe hacerse con arreglo á la ley del lugar en donde ha de hacérsela valer, como hemos dicho en el capítulo precedente; y por esto es por lo que la subrogación, aunque verificada en un país extranjero, no puede oponerse á los terceros en Italia, si se ha hecho en un documento distinto del recibo, por más que ambos tengan la misma fecha. Sea cualquiera la ley del lugar en que se verifica la subrogación, se opondrá á su eficacia en Italia la disposición del artículo 1.252 *(a)*; no podrá aplicarse el principio *locus regit actum*,

(a) Hé aquí los términos del citado artículo del Código italiano: «La subrogaci n es convencional: 1.° Cuando el acreedor, al recibir el pago de una tercera persona, la subroga en los derechos, acciones é hipotecas que tiene contra el deudor; esta subrogación debe ser expresa y hecha al mismo tiempo que el pago. 2.° Cuando el deudor toma prestada una suma á fin de pagar su deuda y subrogar al prestador en los derechos de acreedor. Para la validez de esta subrogación es necesario que el acta del empréstito y del saldo de cuentas tengan una fecha cierta; que en el acta ó documento del préstamo se declare que la suma ha sido tomada para hacer este pago, y que, en el mencionado saldo, se declare que el pago se ha hecho con el dinero suministrado al efecto por el nuevo acreedor. Esta subrogación podrá verificarse sin el concurso de la voluntad del acreedor.» (*Colección de las Instituciones jurídicas*, t. III, p. 253, col. 2 ª)

porque la subrogación hecha en un documento distinto del finiquito equivale á una contradeclaración, y el art. 1.319 del Código civil dispone que «las contradeclaraciones hechas por documento privado, no pueden tener efecto sino entre las partes contratantes y sus sucesores á título universal.» Esta disposición es absoluta, general y prohibitiva, y teniendo por objeto defender los intereses de los terceros, no solamente los de los contratantes, debe ser considerada entre las de orden público.

198. En cuanto á la subrogación legal, haremos notar que tiene lugar de pleno derecho por efecto de la ley bajo la cual se verifica el hecho en cuya virtud fué concedida, y debe ser reconocida universalmente, porque, por más que se derive de la ley, no es una concesión, sino un derecho de la parte, garantizado y reconocido por la ley civil. Tal es, por ejemplo, la subrogación que se deduce de pleno derecho del pago por intervención de una letra de cambio, y la subrogación sucesiva de los endosantes en los derechos del portador contra los coobligados que les preceden.

En materia comercial puede surgir una duda importante en cuanto á la subrogación del comisionista que compra la mercancía por cuenta del comitente y la paga de sus propios fondos. No todas las leyes admiten la subrogación de pleno derecho en este caso: en Francia, en donde la subrogación está sancionada por la jurisprudencia (1), discuten los jurisconsultos si se deriva de la

(1) Cas. fran. 14 Noviembre 1810; Dev. 3, 1.258. Ruen, 4 Enero 1825; Dev. 8. 1. 2.

Este es en efecto, un ejemplo notable de la subrogación legal en beneficio de aquel que tiene interés en pagar una deuda á que estaba obligado por unos ó por otros. Trátase de la subrogación verificada en beneficio de un comisionista encargado de comprar mercancías por cuenta de su comitente, y que las ha pagado de sus propios fondos: este comisionista es subrogado de pleno derecho al vendedor de tal modo que si el comitente llega á quebrar el comisionista puede reivindicar las mercancías vendidas, como hubiera podido hacerlo el vendedor mismo. Esto es lo que ha resuelto el Tribunal de casación en 14 de Noviembre de 1810: «Considerando que el comisionista tuvo interés en pagar el importe de la venta que se le había hecho, y que al pagarlo había subrogado

ley y del art. 1.251 del Código Napoleón, ó de los usos comerciales (1). Si hay divergencia entre la ley del país del comitente y la del comisionista, podrá surgir la cuestión de si, en el caso de quiebra del primero, tendría el segundo derecho á reivindicar las mercancías vendidas, como hubiera podido hacerlo el vendedor. Sin ocuparnos en discutir si hay subrogación según tal ó cual ley, creemos que ha de ser siempre con arreglo á la del comisionista como se ha de decidir si la subrogación procede de pleno derecho, y, en caso afirmativo, debe producir sus efectos, aun cuando la ley del comitente fuera diversa, porque los efectos del contrato de comisión y los derechos del comisionista dependen siempre de la ley del lugar en donde la comisión se ha verificado (2).

199. La renuncia, en general, mediante la cual abandona el acreedor un crédito que le pertenece, y la entrega de la deuda en particular, forman parte de los medios por los cuales puede extinguirse una obligación. Para hacer ó aceptar una renuncia, debe ser la persona capaz de dar ó recibir á título gratuíto, y esto debe determinarse con arreglo á la ley á que la persona está sometida. Los efectos de la entrega voluntaria frente á los codeudores solidarios y á los fideyusores, son regidos por la ley á que está sujeta la obligación principal. Así, por ejemplo, la en-

de pleno derecho el lugar y puesto de los vendedores, conforme al art. 1.251 del Código civil ...» Véase además la sentencia del Tribunal de Rouen del 4 de Enero de 1875, dictada en este mismo sentido. (Massé. *Derecho comercial* edición de 1874, t. VI, p. 68.)

(1) Delamarre y Lepoitvin *Contrato de comisión* t. II, p. 715 y siguientes.

Mr. Massé combate esta última opinión y la señalada como una consecuencia del peligroso sistema, que consiste en emancipar al comercio de las reglas fijas establecidas en el Código civil, considerado como complemento natural y necesario del Código de Comercio, para correr tres reglas fugitivas, inciertas y variables, á las que se adorna con el nombre de usos comerciales. Massé, l. c., pág. 69.

(2) Véase el cap. 1.° núm. 248.

trega voluntaria consentida por el tenedor de una letra de cambio no modifica la obligación solidaria de los endosantes ni sus acciones, que son siempre regidas por la ley del país en donde se extendió la referida letra, y por esto, si el endosante se ha obligado después á pagar al portador por el librador, puede, á pesar de la entrega, proceder contra él conforme á la ley que regía *ab initio* la obligación solidaria (1).

Los actos suficientes para probar la renuncia ó la entrega voluntaria respecto del deudor deben ser apreciados con arreglo á la ley del lugar donde el pago debía verificarse.

200. La remisión forzosa puede tener lugar respecto de las obligaciones comerciales, y en ciertos casos especiales que merecen una atención particular. El comerciante en quiebra que ha obtenido un concurso de acreedores, queda libre respecto de éstos hasta la entrada de fondos, y es responsable de las sumas reducidas. El concurso regularmente homologado es un título que puede oponerse siempre y en donde quiera á los acreedores que lo han concedido y á toda persona interesada. Según ciertas leyes, tales, por ejemplo, como la nuestra (art. 840) *(a)*, y la francesa (art. 16 del Código de Comercio), el concurso homologado es obligatorio para todos los acreedores, hayan ó no presenciado el balance y estén ó no comprobados sus créditos, y hasta para los acreedores residentes en el extranjero. Este perdón forzoso, que se deriva de una disposición de la ley, para todos aquellos que no han justificado sus créditos y que perdieron el derecho á hacer la oposición, es válido en todo el territorio en donde impera

(1) Véase Pothier, *Contrato de cambio* núm. 182; Delvincourt, *Derecho comer.*, t. II p. 170. Pardessus núm. 314; Nouguer, t. I, pág. 254.

(a) Hé aquí el texto del mencionado artículo:

«La autorización hace obligatorio el convenio para todos los acreedores figuren ó no en el balance, háyanse ó no reconocido sus créditos y hasta para los acreedores que residen fuera del reino y para los que han sido admitidos provisionalmente en el pasivo, cualquiera que sea la cantidad que se liquide definitivamente á favor de ellos.»

la ley de donde procede, y por esto es por lo que el concurso homologado por un Tribunal italiano es un título que puede oponerse en Italia á todos los acreedores, tanto nacionales como extranjeros, hayan justificado ó no sus créditos. Puede surgir la duda de si podrá oponerse igualmente ante los Tribunales de otra nación contra los acreedores extranjeros.

201. Massé sostiene la negativa, y se funda en las razones siguientes: el convenio es un modo particular de liberación establecido por la ley civil, y no puede oponerse sino entre aquellos que, por su nacionalidad, estén sujetos á la misma ley. Supone que el acreedor ha abandonado una parte de su crédito, y si no consiente en abandonarlo, lo suple la ley consintiéndolo por él. Hay, pues, necesidad, para poder oponer el consentimiento presunto, de que la ley, en virtud de la cual nace la presunción, obligue al acreedor ó esté sometido á ella de un modo cualquiera. Es verdad que un acreedor extranjero que no se ha adherido al concurso no puede obtener en Francia derechos más amplios que los acreedores franceses, porque en este país no se admiten dos clases de acreedores, ni se prefiere á los extranjeros con ó sin perjuicio de los nacionales: pero si cita ante el Tribunal extranjero á su deudor, éste último no puede útilmente oponerle el concurso á que no se ha adherido. Asimismo, un extranjero que ha sido declarado en quiebra en su país y que ha obtenido en él un concurso, no puede prevalerse de éste en Francia para oponerse á la acción contra él ejercitada por un acreedor francés (1).

Esta doctrina ha sido consagrada en Francia por el Tribunal ordinario y por el Tribunal real de París (2), que han decidido que un concurso verificado en país extraño y homologado por el Tribunal extranjero, no puede oponerse en Francia contra un acreedor francés que no se haya adherido á él; pero la han impugnado Lainné (3) y Rocco (4), cuyo parecer es que, cuando el

(1) Massé *Derecho comercial*, etc., núm. 613.

(2) París 25 de Febrero de 1825 (Asunto Pedemonte).

(3) Lainné, *Coment. analítico sobre la ley del 8 de Junio de 1838*, p. 254, sobre el art. 516.

(4) Rocco, parte 3.ª, cap. XXXIII, p. 379, edición Livourne.

concurso es declarado ejecutorio por el magistrado del país del acreedor, puede oponerse contra aquél, por más que haya sido homologado por un Tribunal extranjero.

202. La opinión de Massé no nos parece aceptable. En primer lugar, no admitimos que la ley del lugar no obligue al acreedor, por más que sea extranjero. Es verdad, en efecto, que cada acreedor puede pedir la prestación en donde quiera que encuentre una jurisdicción á la que el deudor se halle sometido, y que puede suceder que el lugar en donde la obligación debe ejecutarse sea diferente de aquel en que se ha declarado la quiebra. A pesar de esto, como demostraremos más ampliamente en su lugar oportuno, en caso de quiebra debe prevalecer la jurisdicción personal sobre la especial de la obligación, y si el extranjero es un acreedor quirografario, no puede exigir su crédito ni ejercitar su acción personal sino en el domicilio del concursado (1). Después de haber demostrado que todo lo que se refiere al pago debe ser regido por la ley del lugar en donde es exigible el crédito, y que, según la misma ley, debe determinarse también si ciertos actos equivalen á una renuncia ó á un perdón total ó parcial, concluímos diciendo que, cuando la ley del domicilio del concursado dispone que los acreedores que no han justificado sus créditos en un plazo determinado sean considerados como si hubiesen consentido tácitamente el convenio ó concurso aceptado por la mayoría, semejante disposición obliga también á los acreedores extranjeros que están sometidos como los demás á la ley del lugar en donde deben y pueden hacer que se les pague.

A más de esto, está en el interés recíproco de los Estados y del comercio, cosmopolita por su naturaleza, admitir la unidad y la universalidad del juicio de quiebra para defender la igualdad jurídica de todos los acreedores, porque el procedimiento correspondiente, como toda acción personal, no puede ser instruído sino por el magistrado del domicilio del concursado, y porque somos de parecer que el convenio homologado por el Tribunal de la quiebra puede ser opuesto contra los acreedores extranjeros,

(1) Véase más adelante, cap. X, *De las quiebras*.

tanto ante los Tribunales del país en donde la quiebra se ha declarado, como ante los de los otros Estados (1).

En cuanto á lo que dicen Rocco y Lainné, según los cuales es necesario que el concurso, al cual concede la homologación el Tribunal del concursado, sea declarado ejecutorio por el magistrado del acreedor extranjero, para que pueda serle opuesta (2), observamos que la homologación no puede equivaler á una sentencia emanada de un Tribunal extranjero, sino que es más bien un acto de protección en interés de los acreedores que han consentido en el concurso, ya sea expresa, ya tácitamente y por presunción, que es necesaria para elevar un contrato privado á acto público, y que tiene por efecto hacer eficaz el contrato contra los que lo consienten. Massé dice que, cuando la quiebra se ha declarado en país extranjero y el quebrado ha obtenido en él un concurso homologado, no es necesario hacerlo declarar ejecutorio por el magistrado francés para poder oponerlo en Francia á los acreedores franceses que han concurrido. Paréceme fuera de toda duda que este juicio no necesita que se haga ejecutorio en Francia. El concurso es una especie de contrato voluntario entre el quebrado y sus acreedores, y que es obligatorio por sí mismo para todos aquellos que en él ha tomado parte (3). Inferimos de aquí, que así como el concurso puede oponerse contra aquellos que se han adherido á él efectivamente, sin que sea necesario declararle ejecutorio por el magistrado del país del deudor, debe poderse oponer también contra aquellos que no se han adherido expresamente, sino que se consideran por presunción de la ley como si se hubiesen adherido. Admitida la primera parte de nuestro razonamiento, hay que admitir por fuerza la segunda, y por eso concluímos que el concurso homologado debe poder oponerse universalmente, conformándose con lo que dispone la ley bajo la cual se ha realizado el juicio de quiebra. En su lugar oportuno expondremos el modo cómo debe procederse para que el con-

(1) Véase más adelante, capítulo X, *De las quiebras*.
(2) L. c. p. 379; Rocco, parte 2.ª, cap. XXXIII.
(3) Massé, *Derecho comercial*, núm. 811.

curso pueda oponerse en otro país contra terceros ante los Tribunales respectivos (1).

203. Los principios expuestos en cuanto al perdón forzoso de una parte de la deuda, que puede tener lugar por obligaciones comerciales, no son aplicables á ciertos modos especiales por los que un deudor no comerciante, que no puede pagar sus deudas, puede librarse de las acciones que puedan entrablar contra él sus acreedores. Según el Derecho romano, por ejemplo, ciertas personas gozaban del privilegio de no estar obligadas al cumplimiento de una obligación, sino en el límite de lo que podían hacer, sin quedar privadas de lo necesario para su subsistencia (2). Este privilegio, llamado *beneficio de competencia*, podía ser opuesto por los que de él gozaban, aun después de la sentencia (3). Entre otros, se ha concedido este beneficio al deudor de buena fe que hace cesión de los bienes (4).

El Código Napoleón admite también la cesión de bienes voluntaria y judicial, la cual consiste en la cesión que el deudor hace de todos sus bienes á sus acreedores, para librarse de sus persecuciones, sea en virtud de un convenio, sea por la intervención de la autoridad judicial cuando éstos lo rehusan. De estos dos medios, está prohibido el segundo á los comerciantes; pero le conviene en gran parte una institución creada por la ley de 17 de Julio de 1856, y designada con el nombre de *concordat par*

(1) Véase mi obra, *Efectos internacionales de las sentencias y de los actos*, tomo I.

(2) Dig., XLII, 1; Instit., *De actionibus*, lib. IV, tít. VI, § 38; Digesto, lib. I, tít. XVII, *De regulis juris*, 1, 28 y 173.

(3) Dig., *De re judicata*, 1, 41, § 2.º, 1, 72; *De regulis juris*, L. 41, § 2.º

La referencia al Digesto no corresponde á la idea admitida por el autor: recordemos á este propósito la forma en que debía invocarse el *beneficium competentiæ*. El defensor hacía insertar una excepción en la fórmula, y esta excepción se aplicaba á la *condemnatio*.

(4) Dig., *De cesione bon.*, XLII, 3; Código *Qui bon or. ced. possunt*, VII, 71. Novela 135.

abandon (1). En Escocia se admite la cesión de bienes en favor de los comerciantes condenados á prisión, ó presos por deudas, los cuales pueden obtener una orden para librarse del arresto por medio de la *cessio bonorum*; y la autoridad competente para ello es el scherif del lugar (2).

204. Estas instituciones y otras análogas, aceptadas por las demás legislaciones, no tienen por efecto extinguir la obligación, sino poner un obstáculo á la acción del acreedor, y limitar su derecho de exigir el pago. Según el derecho romano, en el que tienen su fundamento las legislaciones modernas, la *cessio bonorum* no libra absolutamente al deudor, sino cuando el acreedor ha quedado completamente satisfecho; pero produce, sin embargo, el efecto de librarlo del arresto: *Qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sunt liberati. In eo enim tantummodo hoc beneficium eis prodest, nec judicati detrahantur in carcerem* (3).

Siendo tales beneficios un favor concedido por el legislador, no pueden tener efecto en país extranjero, cuando el *forum contractus* sea diferente de el del domicilio del deudor. Unicamente puede ser eficaz en todas partes la cesión de bienes cuando ha sido voluntariamente aceptada por los acreedores; pero si se trata de una cesión judicial de bienes, no puede producir efectos en

(1) Código civil, art. 1.265 á 1.270; Massé, *Derecho comercial* núm. 2.186; Pardessus, *Derecho comercial* núm. 1.327.

(2) León Levi, *International comm. Law*, p. 1025.

(3) L. 1.º, Código, *Qui bonis cedere possunt*, lib. VII, tít. LXXI.

El deudor que había hecho cesión de bienes permanecía, en efecto, sujeto á sus acreedores, cuando éstos no habían hecho más que un dividendo. Si el deudor adquiría nuevos bienes, podían los acreedores ejercitar contra él nuevas persecuciones y proceder á nueva venta; pero estas nuevas persecuciones sólo estaban autorizadas en cuanto los bienes así adquiridos por el deudor tenían cierta importancia. Además cuando el pretor concedía acción contra él, la condenación no se pronunciaba sino hasta donde alcanzaban sus facultades. Por medio de una excepción particular, *nisi bonis cesserit*, era como el deudor verificaba el beneficio de que se trata. (Demangeat, *Curso elemental de Derecho romano*, 1866, tomo II, págs. 608 y sig.

país extranjero, porque de hecho, el deudor no está enteramente libre. Por consiguiente, si ha sido citado y condenado á prisión en país extranjero, no puede invocar el beneficio de la ley de su domicilio para sustraerse á la condenación.

205. La *novación* consiste en realidad en el hecho de sustituir la deuda antigua con una nueva obligación ó con una nueva deuda. *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio adque traslatio, hoc est cum ex precedenti causa ita nova constituitur ut prima perimatur* (1). De cualquier modo que la novación se realice, siendo así que consiste siempre en la transformación contractual de una obligación en otra, hace cesar *ipso jure* la primera obligación con todos sus accesorios, y es regida, en cuanto á los efectos, por la ley bajo cuyo dominio se verifica, no por la que rige la obligación anterior que ha servido de causa á la nueva. Resulta de esto que, cuando el acreedor que ha consentido en la novación, tiene la capacidad exigida en materia de renuncia, no puede aspirar á ejercer las acciones ni invocar las excepciones ó las garantías de cualquier naturaleza que sean á que tenga derecho con arreglo á la ley primitiva de la obligación, sino que debe regirse por las disposiciones de la ley bajo la cual consiente en la novación, porque bajo esta ley es bajo la que se hace perfecta la nueva obligación.

206. Con arreglo á la misma ley bajo la cual se ha realizado el hecho de que se quiere hacer depender la novación, es como debe decidirse si hay novación ó no, y si ésta, que nunca se presume, puede derivarse, sobre todo en materia comercial, de documentos ó hechos realizados entre las partes, no obstante la falta de términos sacramentales ó equivalentes. Siendo esto así, sobre todo en materia comercial, hay que ser muy circunspectos para no hacer novaciones, á fin de no perder las garantías que se tenían según la ley del lugar en donde las partes se han obligado.

207. En las ventas comerciales, por ejemplo, sucede con frecuencia que la mercancía se vende en un país, y el precio se

(1) L. 1.°, Dig., *De novationibus*, lib. XIV, tít. II.

paga en país diferente. Hasta que se ha realizado el pago, goza el vendedor de todas las garantías y de todos los privilegios que se derivan del contrato ó de la ley en que éste se llevó á cabo. Por lo común, el comprador da al vendedor letras de cambio por un valor igual al precio estipulado, lo cual, en el lenguaje de los comerciantes, se dice *hacer el arreglo (fare il regolamento)*; y sucede con frecuencia que la venta se hace en el domicilio del vendedor y el arreglo en el del comprador. Si semejante operación *novase* el crédito primitivo, el comprador estaría obligado, en virtud de las letras de cambio, y no en virtud de la obligación primitiva; por consiguiente, el comprador no tendría los derechos ni las garantías que proceden de la venta con arreglo á la ley del contrato, sino sólo á aquellas que se derivan de las letras de cambio, con arreglo á la ley del lugar en donde han sido suscritas.

Para decidir la cuestión sobre si la creación de estos nuevos títulos de obligación forma ó no novación, debe aplicarse la ley del lugar en donde se ha hecho el arreglo. Por punto general, cuando el vendedor no pone el recibo en la factura, ó entrega un recibo condicional, es decir, subordinado al pago efectivo de los valores recibidos por él en el arreglo, no puede haber duda en que hay novación, porque la obligación primitiva no se ha extinguido, y las letras de cambio, según dice Casaregis, *semper intelliguntur datæ pro solvendo et non pro soluto*; es decir, que no constituyen un pago actual, sino que aseguran un pago futuro, y por esto es por lo que no libran al deudor sino bajo la condición de la entrega efectiva. Pero si el vendedor había escrito debajo de la factura un recibo puro y simple, y no resultase del contenido de las letras de cambio que éstas se refieren á la venta, como si, por ejemplo, se hubiera extendido con la indicación de «valor en cuenta», podría sostenerse con razón que la obligación del deudor debería regirse por la ley del lugar en donde se han extendido las letras, porque la obligación primitiva se habría extinguido y el deudor no estaría obligado sino en virtud de las letras suscritas (1). Es esta una cuestión muy grave que debe evitarse, ya

(1) Véase Pardessus, núm. 221; Delamarre y Lepoitvin, t. II,

firmando el recibo subordinado al pago efectivo de los valores, ya enunciando en las letras de cambio que éstas representan el precio de la venta.

Uno de los casos en que indudablemente sustituye la ley del lugar en donde se verifica la novación á la ley primitiva del contrato, es el de la letra de cambio extendida en un punto sobre otro, para cuyo pago acepta el portador la sustitución del pagador al librador. Si el portador de la letra de cambio aceptada concede, al vencer, un plazo al aceptante, haciendo sustituir la primera con una segunda aceptación, sin el consentimiento del librador, semejante sustitución trae consigo novación, y los efectos que de ella se desprenden son regidos por la ley del lugar en donde la sustitución se ha consentido. El librador y los endosantes no están ya solidariamente obligados con el pagador, con arreglo á la ley del lugar en donde la letra ha sido girada y endosada, sino que el aceptante asume solo la obligación á que antes estaban sujetos los demás coobligados, y su obligación se rige exclusivamente por la ley del lugar en donde la sustitución fué consentida (1).

208. La obligación puede extinguirse cuando la prestación á que se refiere se hace física ó legalmente imposible. En este caso debe tenerse en cuenta la ley del lugar en donde ha tenido su origen la obligación para decidir si se convierte en una obligación de daños y perjuicios, ya sea porque el obstáculo que se opone al cumplimiento es el resultado de una falta imputable al deudor, ya porque es responsable del caso fortuíto ó de la fuerza mayor por causa del retraso.

209. En cuanto á los conflictos que pueden surgir en los casos en que la obligación se haya extinguido *ope exceptionis*, es necesario tener en cuenta los principios ya expuestos en el párrafo precedente.

---

número 376; Merlín, *Repert.*, V.° *Novation*, Metz, 26 de Enero de 1854; Dev. 1854, 2, 743; Reg., 1.° de Abril de 1811; Dalloz, 1811, 1, 335.

(1) Véase Rej. 21 de Marzo de 1808 (asunto Cabarrús); Sirey, 8, 1, 245 Pasicr.

CAPITULO VI

De la ley que debe regir la forma de los actos.

210. La regla *locus regit actum* ha sido la admitida comunmente —**211.** Divergencia de pareceres al precisar los límites de esta regla.—**212.** Aplicación de ella en materia de obligación —**213.** A las formalidades para dar la capacidad jurídica *(abilitanti)*.—**214** A los testamentos.—**215** A la prueba del acto.—**216.** A la celebración del matrimonio.—**217.** Observaciones que nosotros hacemos para precisar el alcance de la regla —**218.** Cómo puede justificarse ésta.—**219.** Disposiciones del derecho francés acerca de las formas de los actos —**220.** Código prusiano —**221.** Código neerlandés.—**222.** Las reglas sancionadas por los legisladores no sirven para determinar el alcance de ésta.—**223.** Este inconveniente ha sido evitado por el legislador italiano.—**224.** Explicación del sistema sancionado por el Código italiano —**225.** El sistema italiano es preferible á cualquier otro.—**226** La regla acerca de las formas sancionadas por cada legislador sólo puede ser eficaz en el territorio sometido á su imperio. -**227.** Cuestión acerca del valor imperativo del principio *locus regit actum*.—**228.** Cómo los cindadanos y los extranjeros deben someterse á la regla que concierne á la forma de los actos —**229.** De los actos verificados *in fraudem legis*.—**230** Si la regla *locus regit actum* puede aplicarse para decidir de la necesidad del documento público ó privado.-**231.** Teoría de Zacarías.—**232.** Opinión de Demolombe —**233** De los jurisconsultos italianos —**234** Nuestra opinión.-**235.** La cuestión de la forma privada ó pública no es cuestión de pura forma.—**236.** Aplicación del principio al reconocimiento del hijo natural.—**237** Al contrato de matrimonio.—**238.** A la donación.—**239.** Examínase la hipótesis de que la condición de la autenticidad no haya podido cumplirse.—**240** Actos realizados en Turquía.—**241** Actos realizados por un ministro extranjero en la legación.-**242.** A qué actos se aplica la regla *locus regit actum*.-**243.** A quién corresponde suministrar la prueba. —**244.** Aplicaciones hechas por la jurisprudencia.

210. La cuestión concerniente á la ley á que la forma de los actos debe sujetarse, ha tenido distinto alcance en el sistema de los glosadores y en el de los jurisconsultos modernos. En la teoría de los primeros vemos, en efecto, que no se ha distinguido bien la cuestión relativa á las formalidades intrínsecas de los ac-

firmando el recibo subordinado al pago efectivo de los valores, ya enunciando en las letras de cambio que éstas representan el precio de la venta.

Uno de los casos en que indudablemente sustituye la ley del lugar en donde se verifica la novación á la ley primitiva del contrato, es el de la letra de cambio extendida en un punto sobre otro, para cuyo pago acepta el portador la sustitución del pagador al librador. Si el portador de la letra de cambio aceptada concede, al vencer, un plazo al aceptante, haciendo sustituir la primera con una segunda aceptación, sin el consentimiento del librador, semejante sustitución trae consigo novación, y los efectos que de ella se desprenden son regidos por la ley del lugar en donde la sustitución se ha consentido. El librador y los endosantes no están ya solidariamente obligados con el pagador, con arreglo á la ley del lugar en donde la letra ha sido girada y endosada, sino que el aceptante asume solo la obligación á que antes estaban sujetos los demás coobligados, y su obligación se rige exclusivamente por la ley del lugar en donde la sustitución fué consentida (1).

208. La obligación puede extinguirse cuando la prestación á que se refiere se hace física ó legalmente imposible. En este caso debe tenerse en cuenta la ley del lugar en donde ha tenido su origen la obligación para decidir si se convierte en una obligación de daños y perjuicios, ya sea porque el obstáculo que se opone al cumplimiento es el resultado de una falta imputable al deudor, ya porque es responsable del caso fortuíto ó de la fuerza mayor por causa del retraso.

209. En cuanto á los conflictos que pueden surgir en los casos en que la obligación se haya extinguido *ope exceptionis*, es necesario tener en cuenta los principios ya expuestos en el párrafo precedente.

---

número 376; Merlín, *Repert.*, V.° *Novation*, Metz, 26 de Enero de 1854; Dev. 1854, 2, 743; Reg., 1.° de Abril de 1811; Dalloz, 1811, 1, 335.

(1) Véase Rej. 21 de Marzo de 1808 (asunto Cabarrús); Sirey, 8, 1, 245 Pasicr.

CAPITULO VI

De la ley que debe regir la forma de los actos.

210. La regla *locus regit actum* ha sido la admitida comunmente —**211.** Divergencia de pareceres al precisar los límites de esta regla.—**212.** Aplicación de ella en materia de obligación —**213.** A las formalidades para dar la capacidad jurídica *(abilitanti)*.—**214** A los testamentos.—**215** A la prueba del acto.—**216.** A la celebración del matrimonio.—**217.** Observaciones que nosotros hacemos para precisar el alcance de la regla —**218.** Cómo puede justificarse ésta.—**219.** Disposiciones del derecho francés acerca de las formas de los actos —**220.** Código prusiano —**221.** Código neerlandés.—**222.** Las reglas sancionadas por los legisladores no sirven para determinar el alcance de ésta.—**223.** Este inconveniente ha sido evitado por el legislador italiano.—**224.** Explicación del sistema sancionado por el Código italiano —**225.** El sistema italiano es preferible á cualquier otro.—**226** La regla acerca de las formas sancionadas por cada legislador sólo puede ser eficaz en el territorio sometido á su imperio. -**227.** Cuestión acerca del valor imperativo del principio *locus regit actum*.—**228.** Cómo los cindadanos y los extranjeros deben someterse á la regla que concierne á la forma de los actos —**229.** De los actos verificados *in fraudem legis*.—**230** Si la regla *locus regit actum* puede aplicarse para decidir de la necesidad del documento público ó privado.-**231.** Teoría de Zacarías.—**232.** Opinión de Demolombe —**233** De los jurisconsultos italianos —**234** Nuestra opinión.-**235.** La cuestión de la forma privada ó pública no es cuestión de pura forma.—**236.** Aplicación del principio al reconocimiento del hijo natural.—**237** Al contrato de matrimonio.—**238.** A la donación.—**239.** Examínase la hipótesis de que la condición de la autenticidad no haya podido cumplirse.—**240** Actos realizados en Turquía.—**241** Actos realizados por un ministro extranjero en la legación.-**242.** A qué actos se aplica la regla *locus regit actum*.-**243.** A quién corresponde suministrar la prueba. —**244.** Aplicaciones hechas por la jurisprudencia.

210. La cuestión concerniente á la ley á que la forma de los actos debe sujetarse, ha tenido distinto alcance en el sistema de los glosadores y en el de los jurisconsultos modernos. En la teoría de los primeros vemos, en efecto, que no se ha distinguido bien la cuestión relativa á las formalidades intrínsecas de los ac-

tos de aquella otra que se refiere á las formalidades extrínsecas, por lo que, al aplicar después las mismas reglas generales, han llegado los unos á conclusiones contrarias á las aceptadas por otros.

Tanto los escritores antiguos como los modernos han estado conformes en sostener que la forma de los actos debe regirse por la ley del lugar en donde se han estipulado, y el proverbio común *locus regit actum* se ha considerado, por común consentimiento y por jurisprudencia constante, como una regla de Derecho internacional. Fœlix consigna en una larga lista los escritores que han sostenido este principio (1), y otros han sido numerados por Story (2), por Barth (3) y por Wharton (4).

211. La confusión existente en esta materia procede únicamente de no haberse precisado en la doctrina de los glosadores los límites en que debía aplicarse la regla y de no haber sido bien determinado el alcance de la misma. En efecto, el concepto de la palabra acto no fué bien determinado, porque algunos lo entendieron de modo que comprendía el asunto jurídico mismo, sosteniendo que éste debia estar completamente sometido á la ley del lugar en donde había tenido efecto.

Entre los que han considerado aplicable esta regla al asunto jurídico y á las condiciones intrínsecas exigidas para su validez, incluso las concernientes á la capacidad del que ha realizado el acto, debemos citar á Paulo de Castro. Entendiendo de este modo la regla, han llegado los escritores á confundir los elementos que constituyen la esencia del acto con los que se refieren á las formalidades extrínsecas exigidas por la ley para la legalidad del mismo, y con los requeridos para probar un hecho jurídico.

212. En materia de obligaciones convencionales, los escritores que han seguido la teoría de Merlín (la cual establece que la convención debe depender completamente de la voluntad de

(1) Fœlix. *Der. int. priv.*, § 74.
(2) *Conflicts of Laws*, §§ 259 y sig.
(3) *Das inter. privat unds-trafrecht*, § 35.
(4) *Conflicts of Laws*, § 676.

las partes contratantes, y que debe regirse, por consiguiente, por la ley á que expresa ó tácitamente se hayan referido), han hecho más amplias aplicaciones de la regla *locus regit actum*, puesto que hemos aceptado el principio de Curtius (1), que admite que el acto debe regirse por las leyes del lugar en que se ha realizado, porque debe siempre presumirse que el extranjero se ha sometido á ellas, y de aquí han deducido que la esencia del acto mismo, y todas las condiciones para su validez, deben depender exclusivamente de la ley del lugar en que se haya llevado á cabo.

213. Se ha sostenido también que la regla de las formas debe aplicarse para resolver lo relativo á las llamadas formalidades para atribuir facultades. Así han sostenido, por ejemplo, que el consentimiento que debe prestar el marido para habilitar á la mujer ó darle cierta capacidad que no tiene por sí misma para obligarse válidamente, puede ser considerada como una de las formalidades *habilitantes*, y regirse por la ley del lugar en que ha tenido efecto el acto correspondiente, teoría vigorosamente combatida por Baldus (2).

214. Respecto de los testamentos, se han hecho también muchas aplicaciones del principio *locus regit actum*, y algunos jurisconsultos han admitido que la regla debía aplicarse también para decidir si el extranjero podía ó no testar sirviéndose de una forma de testamento determinada, y otros han sostenido que esta aplicación no podía hacerse y no han distinguido la cuestión de la capacidad para disponer por testamento de la verdadera y propia forma extrínseca del mismo. De aquí que Eichorn haya opinado que la regla no podía aplicarse á los actos de una persona relativos á su patrimonio, porque, por regla general, deben conformarse á las leyes del país del domicilio en cuanto á su forma, y en cuanto á su esencia, siempre que éstos deban ejecutarse en el lugar en donde se hacen. Este autor halla la razón de su teoría en el principio de la autonomía de los Estados y en la re-

(1) Curtius, *De statutis*, sect., IX, núm 1.°
(2) Baldus. *De statutis*, v° *Territorium*, núm. 1.°; *Prima super Digesta veteri*, *De legibus et senatus-consultis*, L. *scire leges*.

gla del Digesto *contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur quo ut solvere se obligavit (a).*

215. Los escritores que han dado á la antigua regla *locus regit actum* el alcance y sentido más racional considerándolo sólo aplicable á lo concerniente á la prueba del acto, no han conseguido tampoco evitar la confusión, porque no han sabido distinguir bien lo que se refiere á la prueba del acto jurídico de lo que concierne á las condiciones exigidas por la ley para la existencia jurídica del mismo. Así, por ejemplo, han opinado algunos que ciertos actos y contratos, que con arreglo á la ley territorial deben hacerse por escritura pública ó por documento privado so pena de nulidad, podrían ser válidos aunque faltase el documento, si se hubiese celebrado en un país en donde no se exigiese dicha formalidad, por más que se refiriesen á un objeto existente en el territorio del Estado cuya ley exija la escritura como requisito indispensable para la existencia jurídica del acto. Aplicando de este modo la regla *locus regit actum*, no faltan en Italia jurisconsultos (1) que han opinado, que la traslación de dominio de un inmueble existente en el territorio italiano puede ser válida aun sin escritura si el contrato se ha celebrado en el extranjero, en un país en que las leyes permitan que se haga verbalmente el contrato de venta de un inmueble, no obstante que nuestra ley, según lo prescrito en el art. 1.314 del Código civil, exija la escritura como requisito indispensable para la existencia jurídica de la venta de un inmueble.

216. No es este el lugar más oportuno para mostrar las inexactas aplicaciones que se han hecho de la regla *locus regit actum* por los escritores y por la jurisprudencia aun respecto de la celebración del matrimonio, ni de refutar la teoría en que se han apoyado. Nos limitaremos aquí á consignar que mientras todos están generalmente conformes en admitir el principio, no

(a) Acerca de este punto existe una notable sentencia de nuestro Tribunal Supremo de justicia, cuya doctrina hemos consignado en una contranota de este mismo tomo pág. 193 y sig.

(1) Véase Bianchi, *Elementi di Diritto civile*, tomo I, p. 304

existe el mismo acuerdo en la aplicación de dicho principio y en el alcance atribuído á la antigua máxima, y que la divergencia de opiniones ha sido la consecuencia de la confusión de los glosadores á que antes nos hemos referido, y de la influencia que ha ejercido y ejerce todavía la teoría tradicional.

217. Aceptamos en principio la antigua máxima *locus regit actum*, pero creemos indispensable precisar su alcance. Debemos, ante todo, observar, que la palabra *acto* puede emplearse para denotar el mismo negocio jurídico en sí, y también el acto extrínseco, es decir, las formalidades externas exigidas por la ley para acreditar el acto jurídico. En este último sentido es en el que debe entenderse la palabra *acto* cuando se trate de considerarlo sometido á la ley del lugar en que se haya realizado. No puede, por consiguiente, admitirse que el acto, en lo concerniente á su contenido, á su sustancia, á las condiciones exigidas para su validez, á las formalidades indispensables para integrar la capacidad de las partes que sean por sí mismas incapaces, ó á las formalidades exigidas para ejecutarlo, ó á las indispensables para darle eficacia respecto á los terceros que tengan derechos sobre la cosa que constituye el objeto del contrato, deba regirse por la ley del lugar en que aquél se haya verificado, sino que debe ajustarse á esta ley únicamente en lo que concierne á las formalidades exteriores que tienen por objeto comprobar legalmente lo hecho.

Debe, pues, admitirse que la antigua máxima *locus regit actum* ha de entenderse en el sentido de que las formalidades extrínsecas de los actos jurídicos, y las exigidas para la redacción legal de los instrumentos, de los contratos, de las disposiciones, de las declaraciones, de los documentos destinados á comprobarlos, deben regirse por la ley del lugar en que dichos actos hayan sido estipulados ó redactados. Por consiguiente, las formalidades prescritas por la ley sólo habrán de observarse para la validez legal extrínseca de los mismos.

218. La razón principal que hace generalmente necesaria la regla *locus regit actum* es aquella que, como dice Savigny, hace muchas veces difícil que uno conozca en el lugar en que se ha verificado un acto jurídico, las formas legales exigidas en derecho

en el lugar en que el acto ha de utilizarse, y es mucho más difícil llenarlas exactamente, mientras por otra parte interesa en el mismo grado no hacer absolutamente imposibles los actos jurídicos en el extranjero, ó no exponerlos á la nulidad por carecer de algunas formalidades legales, que no se han establecido, de seguro, para crear obstáculos á los negocios civiles (1).

Discurriendo Merlín sobre este mismo argumento, añade: «No es por un simple motivo de conveniencia por lo que, respecto de la forma probatoria de los actos, se ha dado la preferencia sobre todas las demás leyes á la del lugar en que aquéllos se han estipulado, sino que hemos fundado esta lección en principios verdaderos. En efecto, los actos toman, por decirlo así, sustantividad en el lugar en que se realizan; la ley del lugar es la que les da fuerza y vida; ésta debe ser, por consiguiente, la que determine y rija la forma» (2).

219. Pasando ahora á exponer las disposiciones de derecho positivo relativas á las formas de los actos, y dejando aparte el derecho romano, en el que algunos escritores han sostenido que existía la regla admitida (3), notamos que en el derecho francés no se ha convertido en precepto legislativo, aun cuando haya sido constantemente admitida por la jurisprudencia y por los escritores (4).

En el proyecto del Código Napoleón había un artículo del libro preliminar, concebido en estos términos: «La forma de los actos será regida por las leyes del país en que se haya verificado.» Pero este artículo fué suprimido, porque se observó que el legislador francés no podía hacer leyes que tuviesen autoridad fuera del territorio, ni podía sancionar una máxima de derecho de gentes: que por otra parte, la regla pertenecía más bien á la doctrina que á la ley, y que, concebida como estaba en términos generales, era vaga é indeterminada. Ya prevaleciesen estas ú otras razones, el hecho es que el artículo proyectado no se insertó en el Código, y que el legislador francés, considerando la máxima como establecida en la doctrina, se limitó únicamente á hacer de la misma algunas aplicaciones especiales en los artículos 47, 170, 999 y 1.317 *(a)*.

(1) Savigny, *Sistema del Derecho romano*, tomo VI (de la edición española), § 381.

(2) Merlín, *Repert.*, *v.º Preuve* 11, § 3.º, art. 1.º, núm. 5.

(3) Se han citado varios textos: L. XXXIV, *De regul. jur.*, 50, 17, L. VI: Dig., *De convictionibus*, 21, 2, L. I, pr Dig. *De usuris*, 22, 1, L. IX; Cod., *De testamentis* 6. 23.

(4) En efecto, la máxima se halla constantemente confirmada en las sentencias del Parlamento de París, según acredita Gail: y entre las sentencias más antiguas cita la del 15 de Enero de 1721, en la cuestión del testamento de Pommeren. Véase Asser, *Droit inter. privé*, p. 60.

220. En el Código general prusiano se halla expresamente sancionado el principio de que la forma de un contrato debe regirse por la ley del lugar en que aquél se celebró (1.º, 5.º, 55, 111). Prevé el caso del contrato concluído entre ausentes, y dispone que la forma de este contrato deberá ajustarse á las prescripciones legales vigentes en el lugar en que se haya extendido y fechado, y si se han indicado dos lugares diversos, en donde rigen leyes opuestas, ó si no existe documento sino simple cambio de cartas, deberán sujetarse á la ley del lugar, en virtud de la cual pueda ser válido el acto. Sólo respecto de los contratos que

(a) El texto de los artículos citados, es como sigue:

«Art. 47. Toda acta del estado civil de los franceses ó de los extranjeros, redactada en país extranjero, hará fe si está ajustada á las formas usadas en dicho país.»

«Art. 170. El matrimonio contraído en país extranjero entre franceses ó entre franceses y extranjeros, será válido si se ha celebrado con las fórmulas establecidas en el país, siempre que haya sido precedido de las publicaciones prescritas por el art. 63 en el título de *Actas del estado civil* y que el francés no haya infringido las disposiciones contenidas en el capítulo precedente.»

«Art. 999. El francés que se encuentre en país extranjero podrá hacer sus disposiciones en acta privada, formada por el con arreglo al art 970, ó por acta auténtica con las formalidades admitidas en el país en que se otorgue.»

«Art. 1 317. Se considera público un instrumento cuando ha sido extendido por funcionarios públicos que tengan derecho para hacerlo en el lugar en que haya sido redactado y con las solemnidades requeridas.»

tengan por objeto la propiedad, la posesión ó el usufructo de los bienes inmuebles, es en los que el Código dispone que deberá observarse en cuanto á la forma la *lex rei sitæ*.

221. En la ley holandesa está sancionada en el art. 10 de las Disposiciones generales *(a)* la regla *locus regit actum;* pero este artículo está redactado en términos muy vagos y generales, como podrá observarse leyendo su texto, que dice así: «La forma de todos los actos se regirá por las leyes del país ó del lugar en que se hayan hecho ó estipulado.» El no haber determinado exactamente aquel legislador el concepto jurídico de la forma del acto, que debe ser regida por la ley local, ha dado ocasión para que reputados escritores, como Asser (1), hayan reconocido la necesidad de distinguir las formalidades concernientes al Estado y á la capacidad de las personas, ó que ejercen influencia sobre ellas, de aquellas que no tienen este carácter, y á considerar las disposiciones de dicho Código contenidas en los artículos 138 y 139 del mismo, en los cuales se establecen las condiciones para la validez del matrimonio celebrado por holandeses en país extranjero, como una excepción á la disposición general del artículo 10 *(a)*.

(a) Estas disposiciones se dictaron por la ley de 15 de Mayo de 1829, con el título de *Disposiciones generales de la legislación del reino*, y se publicaron en el núm. 28 del *Diario oficial*. La concisión con que están redactados los catorce artículos de que dicha ley consta, es causa de que algunos de sus preceptos dejen bastante que desear respecto de su alcance y de la claridad, que debe ser la primera cualidad de las leyes.

(1) Asser, *lot. cit.*, p. 68.

(a) Hé aquí el texto de los artículos citados:

«Art. 138. Los matrimonios contraídos en país extranjero, ya por holandeses entre sí, ya entre holandeses y extranjeros, serán válidos si han sido celebrados con las formalidades usadas en el país, con tal que las publicaciones del matrimonio hayan sido hechas sin oposición en el reino, con arreglo á la sección segunda de este título, y que los esposos holandeses no hayan contravenido á las disposiciones contenidas en la sección primera de este título.»

«Art. 139. Un año después del regreso de los esposos al territorio del reino, deberá transcribirse al Registro público de matrimonios del lugar de su domicilio el acta de celebración del matrimonio contraído en país extranjero.»

Véase además la nota anterior.

222. Esto confirma la idea por nosotros emitida, de que no hay todavía en nuestro tiempo una teoría uniforme y segura respecto del alcance de la regla, la cual puede admitirse dentro de ciertos límites, pero no en lo concerniente al estado y á la capacidad de las personas, cualidades que deben ser regidas por principios distintos. No debería ni aun discutirse, respecto de la aplicabilidad de la ley local á todo lo concerniente al estado y capacidad jurídica, porque en el derecho moderno debe eliminarse en absoluto el concepto feudal: esto es, no debe admitirse que la persona pueda ser considerada como una cosa dependiente de la tierra y sometida como tal én todo al imperio de la ley local. Tanto en el caso de que el concepto que uno pueda formarse del estatuto personal haga depender éste de la ley del Estado, cuanto en el de que lo haga depender de la ley del domicilio, no deberían discutir los escritores modernos sobre si las relaciones del estado personal ó las concernientes á la capacidad pueden caer ó no bajo la regla *locus regit actum*, puesto que esto conduce á perpetuar la confusión acerca del alcance de dicha regla. Sería mejor discutir si debe admitirse un estatuto personal ó si debe reproducirse la teoría feudal y considerar siempre la persona como un accesorio de la tierra. Aceptando un sistema, cualquiera que éste sea, respecto de la ley de que debe depender el estatuto personal, no puede llegar el caso de discutir si éste debe depender ó no de la ley local.

Para evitar toda confusión, es indispensable que los legisladores, cuando quieran sancionar un principio general respecto de las formas de los actos, procedan con el mayor cuidado para evitar todo equívoco, y procuren precisar los límites en que debe aplicarse dicha regla. Sería mejor, en realidad, no sancionar ningún precepto legislativo, que adoptar la antigua máxima *locus regit actum* sin determinar su alcance, pues no existiendo límites precisos en la tradición ni en la doctrina, si no se encuentran en la ley, es natural é inevitable que la confusión se perpetúe.

223. No surge este inconveniente en el sistema seguido por el Código italiano, porque nuestro legislador no se ha limitado á sancionar la regla respecto de las formas de los actos, adoptando una fórmula vaga é indeterminada, sino que por disposiciones especiales ha sancionado las reglas generales de Derecho internacional privado, siendo una de éstas la que concierne á las formalidades de los actos, respecto de las cuales establece que «las formalidades extrínsecas de los actos intervivos y de última voluntad se determinarán por la ley del lugar en que se hayan realizado» (1).

En el sistema de nuestro Código no puede llegar el caso de discutir si la máxima consignada concierne también á las formalidades *habilitantes* y á todo lo concerniente al contenido de los actos y á sus requisitos intrínsecos, ó lo que se refiere á los medios de prueba ó á los modos de ejecución.

Ya hemos notado que el legislador establece, respecto de estos objetos, reglas especiales en los demás artículos y aun en el mismo art. 9.°; y siendo siempre necesario confrontar todas las partes de la misma ley, la regla relativa á las formalidades, con las demás que completan todo el sistema, es clara y precisa, y no puede llegar el caso de que dé lugar á muchas controversias. La cuestión se halla limitada á su verdadero campo, ó á las formas extrínsecas, esto es, á las formalidades exteriores legales que deben observarse para que el acto tenga existencia legal. Sólo para estas formalidades puede darse el caso de que sea aplicable la máxima tradicional *locus regit actum*.

224. Así, por ejemplo, si se tratase de una venta realizada en el extranjero y de la aplicación de la regla sancionada en el Código italiano, no podría llegar el caso de sostener que el contrato de venta esté sujeto á la ley del lugar en que se ha estipulado, ni para su contenido, ni para la capacidad de los contrayentes, ni para las formalidades exigidas para completar la capacidad jurídica de una de las partes, si fuese incapaz (como sucedería en caso de ser necesaria la asistencia del curador ó la autorización del Tribunal), ni para dar eficacia á la venta, respecto de terceros (como si se tratase, por ejemplo, de decidir acerca de la necesidad de la transcripción), ni para las condiciones indispensables para la eficacia de la transmisión de la propiedad inmueble, y otras cuestiones análogas, las cuales no pueden considerarse sometidas á la ley del lugar en que se ha estipulado el contrato de venta, porque éstas no deben considerarse como si tuviesen por objeto las formalidades extrínsecas del contrato. ¿A qué puede, pues, aplicarse la regla sancionada por nuestro legislador? Sólo á las formalidades legales exigidas en donde el contrato de venta puede considerarse legalmente estipulado.

(1) Artículo 9.° de las *Disposiciones generales del Código civil.*

Puesto que para transferir eficazmente la propiedad de una cosa mueble existente en Italia deben redactar el contrato por escrito, y no pueden las partes derogar respecto de este punto nuestra ley (porque las condiciones intrínsecas para la eficacia de la traslación de la propiedad inmueble, no pueden, como ya hemos dicho, considerarse como pertenecientes á la forma extrínseca), debiendo redactar el acto por escrito, y pudiendo hacerlo bajo la forma de documento público ó privado, las formas exigidas para dar vida legal al acto deben depender de la ley del lugar en que se ha ultimado. Con arreglo á ésta debe, pues, decidirse acerca del funcionario público llamado á dar autenticidad al documento, y de las formalidades legales con que el privado debe redactarse, cuántas copias deben extenderse, cómo debe ser encabezada, cómo suscrita, etc., etc.

225. El sistema sancionado por el legislador italiano es el que, á nuestro modo de ver, responde mejor á los principios generales del derecho y tiene su fundamento en la naturaleza de las cosas. Aceptamos, pues, por completo el concepto de nuestro derecho, y considerando la máxima aplicable en los términos limitados antes indicados, dejamos para lugar más oportuno toda discusión que no sea estrictamente la de la forma extrínseca, limitándonos aquí á resolver toda duda que pueda surgir al aplicar la regla á esta forma.

226. Debemos notar, ante todo que, aun en la hipótesis de que la ley positiva de un país sancione la regla acerca de las formalidades extrínsecas, como lo ha hecho el legislador italiano,

esta disposición sólo podrá considerarse como una norma dada á los jueces de aquel país para juzgar acerca de la forma de los actos. Por consiguiente, no pudiendo ningún legislador sancionar reglas de Derecho internacional, no podrá invocarse la máxima de derecho positivo respecto de las formalidades en el país extranjero en donde deba ser eficaz el acto, si allí rigiesen leyes distintas. Así, pues, en los Estados Unidos de América y en la Gran Bretaña, en donde se admite como regla que los actos, cualquiera que sea su naturaleza, relativos á la adquisición de derechos sobre inmuebles, deben redactarse, aun en lo que se refiere á las formalidades extrínsecas, con arreglo á la ley del lugar en que los inmuebles se hallen situados, no podrá invocarse útilmente la máxima sancionada por el legislador italiano para considerar allí válida por la firma un documento redactado en Italia con arreglo á las prescripciones de nuestro derecho.

Sería injusto suponer que el legislador italiano haya tenido la pretensión de dictar la ley al mundo. Debemos, pues, añadir, que un italiano que quisiese realizar actos relativos á los inmuebles existentes en dichos Estados, y que se atuviese á nuestra ley en vez de observar la del lugar en que el inmueble se halla situado, no podrá sostener que el documento redactado en la forma exigida por nuestra ley (y nula por defecto de forma según la ley inglesa), debía considerarse válida por el magistrado italiano, en virtud de la regla sancionada por nuestro legislador en el art. 9.° antes citado.

El magistrado italiano llamado á conocer del valor de tales actos, deberá tener en cuenta el derecho territorial, siendo así que nuestro legislador ha sostenido como regla general, que los inmuebles deben considerarse sometidos á la ley del lugar en que están situados. Ahora bien: disponiendo la ley vigente en la Gran Bretaña que los contratos y los actos que tengan por objeto la propiedad de los bienes inmuebles ó los derechos reales, deben verificarse observando, en cuanto á la forma, la ley territorial (1), no pueden sustraer los inmuebles existentes en la Gran Bretaña

(1) Este principio se aplica rigurosamente aun respecto de los ciudadanos que celebran actos en las diversas regiones del Reino

al imperio de la ley vigente en este país, ni admitir que la disposición de nuestra ley pueda ser eficaz para regular las formalidades legales exigidas para los actos relativos á dichos inmuebles. Dedúcese de todo esto, que debe considerarse como máxima, que puede ser válida la regla sancionada por cada legislador, respecto de la forma de los actos, cuando llegue el caso de apreciar el valor del realizado por extranjeros en el territorio sujeto al imperio de este legislador, ó el hecho en el extranjero, que deba producir sus efectos en el Estado.

227. Han discutido los jurisconsultos acerca del valor imperativo del principio *locus regit actum*. Han opinado algunos, que esta regla de Derecho internacional consuetudinario no puede derogarse jamás por las partes que quieran verificar en el extranjero un acto válido en todas partes por la forma; han opinado otros, que siendo un favor concedido á las partes el de observar las formalidades prescritas por la ley local, debe concedérseles la facultad de renunciar este favor observando las formalidades prescritas por la ley del lugar en donde deba ser eficaz el acto ó las prescritas por la ley de su patria común, en el supuesto de que ambos fuesen ciudadanos del mismo Estado.

228. Parece, pues, que los ciudadanos que estipulen en su país una cosa, estén obligados á observar, en cuanto á la forma, la ley vigente en aquel país, aun cuando el acto deba producir sus efectos en el extranjero. Las leyes del Estado obligan siempre al ciudadano, y éste no podrá sustraerse de observar las que regulan la forma de los actos, á menos que el objeto de la convención sea una cosa existente en el extranjero, y que allí rigiese una ley que prescribiese necesariamente ciertas formalidades particulares para la validez del contrato relativo á aquella misma cosa.

Por consiguiente, cuando los contratantes sean extranjeros y

Británico regidas por leyes diferentes, como si los ingleses, por ejemplo, realizasen en Escocia un acto relativo á los inmuebles existentes en Inglaterra. Story, *Conflicts of Laws*, § 363 y siguientes; Wheaton, *Reports.*, tomo VII p 195; Wharton, *Private international law*, § 689.

ciudadanos del mismo Estado, no deberá negárseles la facultad de regir ó ajustarse á las formalidades prescritas por la ley del Estado de que sean ciudadanos. Esta regla está admitida hasta por el Derecho romano, que concedía á los *peregrini* la facultad de contratar en la forma permitida exclusivamente por sus leyes y costumbres nacionales (1). La hallamos también aceptada por los escritores de la Edad Media. *Si inter duos*, dice Hertius, *celebratur, verbi gratia, pactum, et uterque paciscens sit externus et unius civitatis civis, dubitandum enim non est, actum a talibus secundum leges patriæ factum in patria valere* (2).

También en Francia se ha decidido que el principio *locus regit actum* es aplicable á los extranjeros que hayan realizado un acto ajustándose á las formalidades prescritas por la ley de su patria común (3).

En Italia se halla sancionada la máxima en el art. 9.° antes citado, que deja en libertad á los contratantes para seguir las formalidades de su ley nacional, con tal que ésta sea común á todas las partes.

Pueden surgir dificultades cuando el convenio se haya estipulado en un país entre un ciudadano y un extranjero, con las formalidades exigidas por la ley del lugar en que el contrato haya de ejecutarse. Si el acto es sinalagmático y obliga recíprocamente á las partes, no puede ser obligatorio respecto de este punto para la una sin serlo para la otra. Por consiguiente, si el extranjero se hubiese obligado válidamente con arreglo á las leyes del país en que debiera ejecutarse la promesa, el nacional que quiera obligarle á la ejecución no podrá aducir para eludir el cumplimiento de su propia obligación, que el acto no es válido por la forma con arreglo á la ley de su patria. Si el acto fuese unilateral, el extranjero que hubiese asumido una obligación con arreglo á las formalidades exigidas por su ley, no podrá eximirse de

(1) Gaius, lib. III, § 134

(2) Hertius, *De collisione legum*, núm. 10 Conf Voet, *De statutis*, sec. 9.ª, cap IX. núm 2; Voet *Ad Pand.* lib. IV, parte 2.ª, número 15; Rodenburg, *Tract. prel*, tit. XI cap. III.

(3) Rej. 19 Mayo 1830 (Toaffe), *Pasicris*.

ejecutarlo en su país; pero si el nacional hubiese contratado en su país á favor de un extranjero una obligación que deba ejecutarse en el extranjero y no hubiesen observado las formalidades exigidas por la ley á la que únicamente estaba sometido, cuando se hubiese contratado en país extraño, respecto de la ejecución de lo convenido podrá oponerse la nulidad como consecuencia de la falta de las formalidades exigidas por su ley patria (1).

Supongamos, finalmente, que algunas partes de las que han intervenido en la estipulación de un contrato sean ciudadanos y otros extranjeros, y que el contrato fuese válido por la forma con arreglo á la ley extranjera, y nulo con arreglo á la ley del lugar en que haya sido estipulado. Si se tratase de un contrato sinalagmático, no podrá ser obligatorio para los unos sin serlo también para los otros, y por consiguiente, los que sean ciudadanos del Estado cuya ley no haya sido observada en cuanto á la forma, no podrán aducir en beneficio suyo la nulidad del contrato,

(1) Hemos visto que se ha hecho una justa aplicación de esta regla por el Tribunal de casación de Turín á propósito de una constitución de dote puramente verbal hecha en 1869 (estando allí en vigor el Código civil italiano) á favor de una persona de la provincia de Mántua, en donde regía el Código civil austriaco, cuyo artículo 34 reconoce como válida la constitución dotal hecha de palabra. La sentencia de casación estableció que el acto debía reputarse nulo por falta de firma, porque, ya se quiera considerar la autenticidad de los actos como condición intrínseca y sustancial, ya de cualquier otro modo se llegará siempre á la misma conclusión á saber: á la de que la constitución de dote hecha por un italiano bajo el imperio de nuestro Código civil en una ciudad del reino, no puede ser válida sino cuando por su esencia y por su forma se ajuste á las disposiciones del Código civil vigente. Éste impone en sus artículos 1 314 y 1.382 *(a)* la forma auténtica, so pena de nulidad, para el contrato de matrimonio. Casación, 27 Marzo 1885 (*La legge*, XXV, p. 661).

(a) El texto del art. 1.314 puede verse en la nota *(a)* de la pág. 262 de este tomo; el otro dice así:

«Art. 1 382 Los contratos matrimoniales deberán estipularse por acto público ante Notario antes del matrimonio.» (*Colección de las Instituciones jurídicas de los pueblos modernos*, tomo III, p. 266, columna 1.ª)

sosteniendo al mismo tiempo que debe considerarse válido para las demás partes. Llevando consigo el contrato una obligación recíproca, no podrá ser válido para unos sin serlo también para los otros. Sólo en la hipótesis de que se tratase de una obligación unilateral, y que los coobligados fuesen unos ciudadanos del Estado cuyas leyes no se hubiesen observado en cuanto á la forma, y otros extranjeros, y en el supuesto de que pudiera ser declarado nulo el acto por defecto de forma, podrán los coobligados nacionales prevalerse de la ley local, y aducir que según ésta debe considerarse nulo el contrato, deduciendo de ello la nulidad de la obligación contraída por ellos. Sin embargo, esto no entrañaría la necesidad de considerar también nulo el acto para los otros coobligados que hubiesen observado la ley de su patria, si con arreglo á ésta pudiera considerarse válido el acto.

229. Algunos escritores han sostenido la opinión de que debe excluirse la aplicación de la regla *locus regit actum* cuando las partes hayan ido al extranjero con propósito de eludir la ley de su patria relativa á las formalidades necesarias.

Esta teoría no parece justificable, porque la cuestión de la nulidad de los actos es grave por sí misma, y no debe admitirse que puedan ser declarados nulos por presunciones ó simples conjeturas, sucediendo, por el contrario, que conviene atenerse rigurosamente á las reglas taxativamente prescritas por el legislador. Si la ley consignase la nulidad de los actos celebrados en el extranjero *in fraudem legis*, probado el fraude, habría que declararlos nulos; pero fuera de este caso, no podrá sostenerse la nulidad.

230. Debemos ahora examinar otro punto de vista de la cuestión, grave por sí mismo, y respecto del cual se hallan divididos los escritores que lo han tratado, á saber: el relativo al alcance de la regla y su aplicación á la necesidad del documento público ó privado.

Las leyes positivas consideran la forma de la escritura pública como indispensable para la validez de ciertos actos. Así, por ejemplo, según el Código francés (art. 334), el reconocimiento del hijo natural sólo puede hacerse por auto auténtico, cuando no se haya verificado en el acta de nacimiento. La misma forma es indispensable para cualquier otro acto que contenga una donación entre vivos (art. 931), y para todo contrato matrimonial (artículo 1.394). Ahora bien: habiendo leyes que admiten que estos actos pueden hacerse válidamente en otra forma, ¿podrá invocarse con éxito la aplicación de la regla *locus regit actum* para sostener la validez de los mismos, por no haberse verificado en forma auténtica, absolutamente indispensable con arreglo á la ley francesa?

Duranton opina que la regla no puede aplicarse para hacer válido un acto realizado por documento privado, y para el que la ley exija la autenticidad so pena de nulidad. En apoyo de su opinión aduce que la máxima *locus regit actum* ha sido aceptada por necesidad, y debe restringirse á los casos en que estrictamente sea necesario, y que pudiendo siempre cumplirse la condición de la autenticidad en país extranjero, no hay razón para dispensar de cumplirlo al que esté obligado á ello, y que sólo las formas que deben observarse para la autenticidad deberán ser apreciadas con arreglo á la ley del lugar en que se haya verificado el acto (1).

231. Zacarías es de opinión contraria, y no acepta las razones aducidas por Duranton, ni aun limitándolas á los franceses que se hallen en país extranjero (2), porque, según él dice, el contrato de matrimonio celebrado por documento privado hecho en país extranjero entre un francés y una extranjera, y aun entre un francés y una francesa, es válido en Francia si la ley del país en que se ha estipulado no exige el acto público ó auténtico. Las donaciones hechas por documento privado en un país que admite esta forma, son válidas aun respecto de los inmuebles situados en Francia, importando poco que hayan sido hechas por un extranjero ó por un francés y en favor de un francés ó de un extranjero.

232. También Demolombe escribe: «La diferencia entre el

(1) Duranton. *Curs. de derecho francés*, tomo I núm. 91, p. 95. Véase también Laurent, *Droit civil*, tomo I núm. 99.

(2) *Droit civil* § 31 véase Introducción.

auto auténtico y el verificado por documento privado es únicamente una diferencia de forma.» Luego la forma del documento privado en un país que la admita para tal ó cual acto, debe equivaler á la forma auténtica en otro país que exija la autenticidad para dicho acto, porque esta diferencia no es esencial sino extrínseca; no se refiere al fondo sino á la forma, y está sometida, por consiguiente, á la regla *locus regit actum* (1).

Todos los argumentos aducidos por los demás en apoyo de esta opinión, pueden resumirse de este modo. Se ha dicho, ante todo, que decidir si un acto puede hacerse ó no por documento privado, es una pura cuestión de forma. Háse añadido que el fin importantísimo de la regla *locus regit actum*, esto es, el de proteger la buena fe de las partes, no se conseguiría si no se tuviese por válido un acto realizado por documento privado, estando permitida esta forma por la ley del lugar, sólo porque estuviese prohibida por la otra ley, de cuyas disposiciones relativas á las formalidades legales de los actos, quizá no han podido las partes informarse con seguridad en el momento en que los llevaban á cabo (2).

233. Entre los escritores italianos, acepta Bianchi la teoría de que debe seguirse en todo lo relativo á la forma extrínseca la ley del lugar en que se realiza el acto, sobre todo cuando no haya disposición textual en contrario. Confrontando, pues, el citado escritor el art. 9.° con el 12 *(a)* dice: «que cuando la disposición

(1) *Curs. del Código Napoleón*, tomo I, núm. 106, p. 129.

(2) Marcadé, art. 3.°, § 8.° al final, tomo I, núm. 79. Véase también Fœlix, núm. 79; Merlín, *Report.*, *v.° Testament.*, sec. 2.ª, § 4.°, art. 1.°, núm. 3; Demangeat, *Código de los extranjeros*, página 342.

(a) Refiérese el autor á las *Disposiciones sobre la publicación, interpretación y aplicación de las leyes en general*, que preceden al Código civil italiano. Hé aquí el texto literal de los dos referidos artículos:

«Art. 9.° Las formas extrínsecas de los actos entre vivos y de los de última voluntad, se determinarán en las leyes del lugar en que se ejecuten. Los contratantes y testadores estarán sin embargo, facultados para seguir la forma de sus respectivas leyes nacionales siempre que aquélla sea común á todas las partes.

El fondo y efectos de las donaciones y disposiciones de última voluntad, se regirán por las leyes nacionales de los otorgantes. La sustancia y efectos de las obligaciones deberán regirse por las leyes del lugar en que se lleven á cabo; y si los contrayentes fuesen extranjeros y de nacionalidad común, por las leyes de su país. Todo sin perjuicio de que se manifieste una voluntad distinta.»

«Art. 12. No obstante las disposiciones de los artículos precedentes, en ningún caso las leyes, contratos y sentencias de un país extranjero, ni las disposiciones y convenios particulares podrán derogar las leyes prohibitivas del reino que se refieran á las personas, á los bienes ó á los contratos, ni las que en cualquier forma interesen al orden público y á las buenas costumbres.» (V. en la *Colección citada* anteriormente, en sus págs. 132 y siguientes.)

(1) Bianchi, *Elementi di diritto civile*, VI, 1, § 181, p. 298.

(2) Comentario al art. 9.°, § 65. Conf. Lomonaco, *Diritto civile internat.*, cap. VII, 2, p. 181.

que prescribe la forma auténtica tenga carácter de ley prohibitiva, es también obligatoria para los actos realizados en el exterior, y que cuando las leyes del reino prohiban, so pena de nulidad, realizar un acto determinado en forma de documento privado, deberá observarse esta disposición aun cuando aquél se verifique en el extranjero en donde fuese permitido hacerlo en dicha forma, salvo elevarlo después á documento público con las formalidades prescritas por las leyes locales.» De aquí concluye que una donación de bienes situada en el reino que se hubiese hecho por documento privado en país extranjero en donde no fuese necesario para el objeto el documento público, deberá considerarse, no obstante, como nulo (1). Borsari no tiene una opinión bien determinada (2).

234. A juicio nuestro, ninguna de las opiniones indicadas puede aceptarse en un sentido absoluto y sin ciertas distinciones, que deberán establecerse partiendo de otros criterios.

Bajo cierto punto de vista consideramos exacto cuanto dice Demolombe acerca de la diferencia entre el acto ó documento público, esto es, que es una diferencia de forma, y que, en términos

generales, puede admitirse, que no sólo ha de aplicarse la regla *locus regit actum* para decidir si se han observado las formalidades prescritas para atribuir al acto autenticidad, sino que, considerada como condición para dar á aquél existencia jurídica, debe determinarse la necesidad de dicha autenticidad como condición para dar existencia jurídica al acto con arreglo á la ley vigente en el lugar en que el acto ha tenido origen.

235. Sin embargo, la cuestión de la forma privada ó pública del acto puede considerarse bajo otro aspecto, á saber: como un modo de la manifestación legítima de consentimiento, y así considerada no puede resolverse de la misma manera que cualquiera otra cuestión de simple forma exterior.

236. Cuando el legislador italiano, por ejemplo, ha exigido en el art. 181, so pena de nulidad, el acto auténtico *(a)* para el reconocimiento del hijo natural, no ha querido disponer solamente lo relativo á la forma exterior del acto de reconocimiento, sino determinar también cuándo el consentimiento debe considerarse legítimamente manifestado, garantizando así la independencia de la voluntad y la plena libertad del autor del reconocimiento, y previniendo toda sorpresa y toda coacción indirecta en un acto tan importante. Por esto es por lo que nuestro legislador ha impuesto el acto auténtico. El reconocimiento produce importantes consecuencias en las relaciones de familia y en el régimen de patrimonio de ésta y la declaración del padre, que es el título del estado civil de filiación natural, no podía abandonarse á la frágil garantía de un documento privado.

Parece, pues, evidente, que si se quisiere aducir contra un italiano un documento privado de reconocimiento hecho por él en un país en que fuese eficaz y valedera la forma privada, y se quisiese invocar en apoyo de tal pretensión la regla de Derecho internacional sancionada en el art. 9.° por nuestro legislador

(a) Se refiere aquí Fiore al Código civil italiano Véase la *Colección de las Instituciones jurídicas y políticas*, tomo III, p. 153, columna 1.ª

y la autoridad de los escritores, deberían rechazarse tales pretensiones. En efecto, conviene poner en armonía con el contenido de otros artículos lo dispuesto en el 9.° citado. En el art. 6.° dispone nuestro legislador que las relaciones de familia se rigen por la ley nacional; por consiguiente, si para establecer la relación de filiación entre el hijo natural y el padre es indispensable, según la ley italiana, que la declaración de paternidad hecha por aquél lo sea por auto auténtico, ¿cómo admitir que pueda ser eficaz la declaración hecha por documento privado? Claro es que en este caso faltaría el consentimiento legítimamente manifestado.

Supongamos, por ejemplo, que el padre de un hijo natural de madre italiana fuese un extranjero, y que según su ley nacional no se impusiese el auto auténtico para la validez del reconocimiento, y que aquél (en un país en donde la ley permita el reconocimiento del hijo natural por documento privado) hubiese reconocido á su hijo en esta forma; ¿podría impugnarse el acto de reconocimiento aduciendo el argumento de Bianchi, que admite que cuando las leyes del reino prohiban, so pena de nulidad, verificar un determinado acto en forma privada, sea imperativa tal disposición aun para los actos verificados en el extranjero? A nosotros nos parece que no.

Repetimos que la forma privada ó auténtica puede considerarse, ó en relación con los requisitos indispensables para la legítima manifestación del consentimiento, y en este caso debe depender de la ley del Estado á que la persona esté sometida, ó independientemente de dicho consentimiento, y entonces cae bajo la regla *locus regit actum*, por lo cual no sería aplicable en ninguno de dichos dos casos al de que se trata, lo dispuesto en el art. 181 del Código civil italiano.

237. Este mismo razonamiento puede aplicarse en lo que se refiere á los contratos de matrimonio estipulados por documento privado. Un italiano que se casase con una extranjera en un país también extranjero, y en el que pudiera estipularse válidamente dicho contrato por escritura privada, no podría hacerlo válidamente. Las relaciones de familia se derivan del matrimonio y del contrato con el que se provee al porvenir de aquélla, y

como los cónyuges italianos no pueden someterse á una ley extranjera en lo que se refiere al régimen de los bienes, no podrán tampoco hacerlo para estipular por un documento privado cuanto concierne á dicho régimen (1). Pero si, por el contrario, fuese un extranjero el que se casase con una italiana, y según la ley de su país pudiera estipularse el contrato de matrimonio en un documento privado, y hubiese verificado de este modo el contrato, ¿podría acaso sostenerse que dicho contrato debía considerarse ineficaz, respecto de los inmuebles existentes en Italia, según lo dispuesto en el art. 1.382 del Código civil? Entendemos que no. Este contrato debía transcribirse cumpliendo todas las formalidades prescritas por nuestra ley, pero no podría considerarse nulo.

238. Por la misma razón no podemos aceptar para la donación la opinión absoluta de Bianchi; esto es, que debe considerarse nula, aunque se haya hecho en país extranjero en donde no sea necesario el acto público para este objeto; y no parecerá más fundada la opinión de Zacarías, que dice concretamente que las donaciones hechas de palabra deben ser válidas respecto de los inmuebles situados en Francia, importando poco que las haya hecho un extranjero ó un francés á favor de un francés ó de un extranjero. Opinamos que para la solución de esta cuestión ante la ley italiana, es necesario tener presente que habiendo dispuesto el legislador que la esencia de las donaciones debe regirse por la ley nacional de los donantes, si se tratase de una donación hecha por un italiano ó por un extranjero de un país cuya ley estuviese conforme con la italiana, no podría considerarse válida la manifestación del consentimiento, sino cuando la donación se hubiese verificado por acto ó documento público.

Cuando faltase en la legislación del donante una disposición análoga á la del art. 1.056 del Código italiano, entendemos que la donación hecha por documento privado con las formalidades prescritas por la ley local, sería válida aun respecto de los bienes inmuebles situados en Italia.

(1) Contra Parma, 23 Marzo 1883, *Monitor dei Tribunali milit.*, 1883, p. 550.

239. A las reglas expuestas sólo debemos añadir que cuando á la persona que se hallase en país extranjero no le hubiera sido posible observar la forma de la autenticidad exigida por la ley de su patria, resultando ésta del acto mismo, de las pruebas extrínsecas ó de las circunstancias, el acto realizado con arreglo á la ley real deberá reconocerse como válido. La máxima *locus régit actum* es aceptada por todos como máxima de Derecho internacional consuetudinario, y por otra parte, no puede la ley personal ejercer su imperio sobre los que se hallan en país extranjero imposibilitados de observar sus preceptos. Agrégase, además, que sería contrario á la equidad el declarar nulo un reconocimiento leal, espontáneo y sincero, cuando hubiere habido imposibilidad absoluta de proceder de otro modo.

Supongamos, por ejemplo, que un francés se hallase en un país bárbaro, en el que no hubiese funcionarios para los registros públicos, ni otras autoridades para dar al acto la autenticidad correspondiente, y que quisiera llenar sus deberes respecto de un hijo natural suyo reconociéndole. Si se probase cumplidamente la imposibilidad absoluta de verificar un acto auténtico, y se probase además que el autor de aquél no se había hallado en condiciones de rehacer el reconocimiento mediante un acto de dicha naturaleza; si de las circunstancias resultase la espontaneidad, la lealtad y la sinceridad del reconocimiento, deberá dejarse al prudente arbitrio del juez el declararlo eficaz. Pueden existir condiciones excepcionales, en que deje de ser aplicable el derecho común, y se haga necesaria la aplicación del derecho natural; por consiguiente, creemos que el italiano que se halle en regiones no civilizadas debe considerarse sometido al imperio de la ley natural, y que en el caso antes propuesto faltan las disposiciones de la ley escrita.

240. También ha sido motivo de dudas si la ley relativa á las formalidades extrínsecas podía tener aplicación respecto de los actos realizados en Turquía por un ciudadano de uno de dichos Estados, que en virtud de las capitulaciones poseyese el privilegio de la extrateritorialidad del distrito consular.

Esta duda se funda en el exagerado concepto de la extraterritorialidad, en virtud de la cual se ha creído que se podía con-

siderar el distrito consular del Estado como una parte de su territorio, y que eran aplicables á los actos allí estipulados las mismas reglas que se aplican á los estipulados en el territorio nacional. Este concepto no es por lo demás justificable con los principios generales del derecho moderno en materia de extraterritorialidad. No puede sostenerse, en efecto, que los italianos ó los franceses residentes en el Imperio Otomano se hallen en la misma condición jurídica en que se encuentran los ciudadanos que habitan en el territorio francés ó en el italiano, ni puede admitirse que las prerrogativas de que éstos pueden disfrutar en virtud de las capitulaciones, les haya quitado la facultad de observar, queriendo hacerlo, la ley local, en cuanto á las formalidades de los actos verificados por ellos en Turquía. Es, pues, evidente que ha decidido con acierto el Tribunal de casación de Turín al establecer que en las capitulaciones existentes entre el reino de Italia y el Imperio Otomano no limitan, respecto de los matrimonios celebrados en este Imperio, la aplicación de la regla común *locus regit actum* (1), ni la consiguiente ficción jurídica de la extraterritorialidad garantida á los italianos residentes en Turquía, ni las disposiciones de nuestra ley consular. Esta es también la máxima sancionada por la jurisprudencia francesa (2).

241. Algunos autores han sostenido que uno de los derechos del Ministro público, acreditado cerca de un gobierno extranjero, es el de observar para las formas de los actos por él estipulados en el lugar de su residencia, la ley del Estado al cual representa. Apóyase esta teoría en la autoridad de Fœlix, de Meier, y de otros escritores citados por el mismo Fœlix, y se funda en la extraterritorialidad de los Ministros públicos y de las personas de su séquito, en virtud de la cual dichas personas, aunque residentes en el extranjero, se considera que continúan habitando en el Estado por el cual han sido enviadas. De este

(1) Gaius, lib III, § 134.

(2) Casación de Turín, 29 Julio 1870. Lombardi contra Armao. *Monitore dei Tribunali*, 1870, 749. Contra cas. de Nápoles, 7 Febrero 1870 (Del Balzo), *Gazz. Prac.*, 1870, 8.

principio deduce Fœlix la excepción que hace á la regla *locus regit actum*. «Respecto de los Embajadores ó Ministros públicos, y de su séquito, no están sometidas estas personas á las leyes de la nación cerca de la cual están acreditadas ó ejercen sus funciones ó su misión diplomática» (1). Admite, sin embargo, que es potestativo en dichas personas observar, si así les place, la ley del lugar de su residencia.

Semejante doctrina no la consideramos bien fundada en derecho, y no será difícil demostrar que la ficción jurídica de la extraterritorialidad, tal como exageradamente la han concebido los publicistas, no puede justificarse (2). No es en verdad sostenible que la casa adscrita á la legación pueda considerarse por una ficción jurídica como una parte del territorio del Estado á que esta legación corresponde, porque esto conduciría á admitir, respecto de la misma, que deberán atribuirse los derechos de la soberanía territorial al soberano por quien el Ministro haya sido enviado. No puede, pues, sostenerse, que los actos estipulados en una legación por las personas en ella residentes, pueden reputarse como si se hubieran estipulado en el Estado representado por el Ministro. El Ministro italiano que reside en París ó en Berlín, se halla, respecto de los actos civiles que pueda realizar, en las mismas condiciones en que se hallaría cualquier funcionario público que residiese en país extranjero; puede, pues, admitirse que éste deba someterse, en ciertos casos, á nuestra ley al estipular un acto en el extranjero; pero no puede sostenerse que la casa adscrita á la legación se halle fuera del derecho común, y que en ella no es aplicable la regla *locus regit actum*.

Concluímos, pues, de lo dicho que no hallamos razón suficiente para que cualquiera pueda separarse de los principios generales del derecho; que aun dado el caso de que los ciudadanos puedan estipular en la legación un acto observando la ley de su

(1) Fœlix, *Derecho internacional privado*, tomo I, §§ 82 y 210.

(2) Véase mi obra, *Derecho internacional público*, tomo II y la monografía publicada en el *Digesto italiano*, en la palabra *Agentes diplomáticos*.

patria, opinamos que, cuando las partes sean de países diversos, convendrá atenerse á las reglas ya dadas para decidir acerca de la ley que debe regir las formalidades de dicho acto.

242. Los principios por nosotros expuestos deben aplicarse á los actos cualquiera que sea su naturaleza, y por consiguiente, á los contratos, á los actos del estado civil, á los actos entre vivos, á los de jurisdicción voluntaria, y en general, á cualquier negocio del cual se deriven relaciones jurídicas. Sólo repetiremos lo que hemos dicho en un principio, á saber: que las reglas expuestas únicamente pueden servir para las formalidades extrínsecas, y que no deben confundirse con éstas las exigidas para la eficacia del acto respecto de terceros, ó para proceder á la ejecución en virtud del mismo. Deberá, por consiguiente, aplicarse siempre la ley territorial en lo tocante á la transcripción, la inscripción y la renovación de la hipoteca, para todo lo concerniente á la publicidad de los actos, y para las formalidades exigidas para hacer que un acto sea judicialmente eficaz, como lo sería, por ejemplo, el registro, la legalización de las firmas, la copia en forma ejecutiva, etc., etc.

243. Claro es que corresponde á la persona que invoca la aplicación de la regla *locus regit actum*, el probar que el acto se ha estipulado en el lugar á cuya ley entiende referirse para deducir de ella la validez en cuanto á la forma.

También es evidente que corresponde á la persona que quiere deducir la validez del acto, en virtud de la regla antes citada, el probar que aquél se ha verificado en el lugar á cuya ley se refiere dicha persona. Esto es fácil en lo relativo á los actos auténticos. En efecto, para éstos basta que la parte que sostiene la autenticidad pruebe que el funcionario extranjero que la ha autorizado lo este á su vez para ello, y que la firma de éste se halle comprobada y legalizada por otro funcionario digno de fe para el Gobierno cerca del cual quiera hacerse valer el acto. Respecto de los actos privados, puede la cosa presentar algunas dificultades; pero la fecha, la declaración de las partes, las pruebas extrínsecas y las circunstancias, podrán disipar las dudas que surjan.

244. Existen en la jurisprudencia muchas aplicaciones de

la máxima *locus regit actum*, y notaremos, entre otras, la hecha á la firma del documento privado, esto es, para decidir si la indicación en carta y por extenso debe reputarse necesaria (1) á la forma de la relación hecha por el capitán en caso de avería (2), á la de los certificados exigidos para comprobar ésta contra los aseguradores, á la forma de la póliza de cargamento para constituir la prenda, á la de los protestos (3), al modo de comprobar la negativa de aceptación ó de pago (4) y otras muchas aplicaciones.

También se ha aplicado la máxima á la forma en que deben cumplimentarse los exhortos de las autoridades judiciales extranjeras relativas al examen de testigos, de actos periciales, juramentos, interrogatorios y otros análogos; pero de éstos nos ocuparemos más extensamente en su lugar oportuno (5).

---

(1) Cas. de Nápoles, 30 de Junio de 1886 (Avalos), *Ann. de jurisprud.*, 1866 á 1867, 1, 329.

(2) Bordeaux, 6 de Mayo de 1865, y cas. franc., 1.° de Febrero de 1862. Aseguradores contra Vázquez, *Journal de Marseille*, 1862, números 2.° y 3.°

(3) Marsella, 20 de Febrero de 1837 (Homble), *Journal de Marseille*, 1837.

(4) Génova, 22 de Junio de 1871 (Oreggio), *Gazz. del Proc.*, 72, 524.

(5) Véase Fiore, *Effetti internationali delle sentenze e degli atti* (materia civile), §§ 224 y sig.

CAPITULO VII

De la autoridad territorial del derecho público y de las leyes de orden público.

245. Es necesario determinar en qué caso no puede tener autoridad alguna en el territorio la ley extranjera.—**246.** Del derecho público.—**247.** Dificultades para determinar las leyes de orden público.—**248.** Laurent parece que no establece diferencia esencial entre estas leyes y el derecho público.—**249.** Opinión de Borsari.—**250.** Diferencia que debe establecerse entre unas y otro.—**251.** Planteamiento de la cuestión ante la autoridad territorial ó extraterritorial de las leyes.—**252.** Teoría de Brocher.—**253.** Fórmula propuesta por Mancini y por Asser.—**254.** Observaciones críticas.—**255.** La regla sancionada por el legislador italiano es también vaga.—**256.** Nuestra opinión para determinar el principio de la territorialidad de las leyes.—**257.** Se establece la diferencia entre el principio por nosotros sostenido y el criterio de Mancini.—**258.** Confírmase la regla acerca de la territorialidad de la ley.—**259.** Limitación fundada en la ofensa á las buenas costumbres.

245. En la exposición hecha anteriormente acerca de los principios que deben regir la autoridad extraterritorial de las leyes extranjeras, hemos consignado muchas veces la máxima general por nosotros establecida en los principios fundamentales, á saber: la ley extranjera no puede tener autoridad en el territorio de un Estado, sino á condición de que no se siga ni exista ofensa alguna contra las leyes de derecho público ó contra las de orden público. Sobre este principio hemos fundado la justa limitación de la aplicación de las leyes extranjeras concernientes á las personas, á los bienes, á los actos y á las relaciones jurídicas de cualquier naturaleza, teniendo siempre en cuenta que estas leyes no pueden tener autoridad, si el reconocerla implica denegación del derecho público del Estado, de las leyes, del orden público ó de las que se refieren por cualquier concepto á las buenas costumbres. Hemos dicho muchas veces que esta excepción se funda en el concepto de que estas leyes tienen por objeto proteger el de-

recho social, y que, por tanto, deben tener una autoridad exclusiva en el territorio, siendo la tutela del derecho y de los intereses sociales la principal misión de la soberanía.

En el sistema seguido por nosotros es la excepción una de las partes más interesantes, puesto que se funda en ella toda la teoría de la autoridad territorial de las leyes. Es, pues, indispensable esclarecer y precisar el concepto jurídico de esta excepción para declarar y precisar el límite de la territorialidad y de la extraterritorialidad de las leyes.

246. No es difícil, en realidad, determinar las leyes pertenecientes al derecho público del Estado. Están, en efecto, conformes todos en reconocer que pertenecen á esta categoría las que tienen por objeto defender los principios de organización política del Estado, y la división y distribución de los poderes públicos necesarios para la vida del mismo y para el desarrollo de su actividad. Tales son las leyes constitucionales, las administrativas y las penales; las que proveen á la seguridad, y se denominan leyes de policía; las relativas á la organización judicial, á las jurisdicciones y á la competencia; y en general, las leyes que proveen á la tutela de los derechos de los intereses del Estado (considerado como un todo) y á la conservación del mismo.

247. La dificultad nace respecto de las leyes de orden público, y es verdaderamente grave, porque los legisladores no han podido enumerarlas y la ciencia misma no ha establecido á su vez criterios seguros, para poder hacer de ellas una enumeración completa.

En el Código civil francés, como observa oportunamente Laurent, se ha empleado la expresión *orden público*, de modo que ésta se preste á la confusión.

El art. 6.º de este Código dispone que no se pueden derogar por convenios particulares las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres, y los escritores que se han fundado en dicho artículo para distinguir las leyes reales, esto es, las que deben tener autoridad absoluta en el territorio, han entendido de un modo distinto la expresión *orden público*. En efecto, algunos han sostenido que ésta designa las leyes correspondientes al derecho público, que es sin duda esencialmente territorial.

Otros la han considerado como adoptada para denotar las leyes que se refieren al interés general, considerando que la misma se ha adoptado en este sentido en el art. 1.133 del Código civil francés, que definiendo la causa ilícita en las convenciones, dispone lo siguiente: «Es ilícita cuando está prohibida por la ley, y cuando es contraria al orden público y á las buenas costumbres.» Otros escritores han considerado como leyes de orden público aquellas que determinan el estado de las personas y la capacidad ó incapacidad que de él resulta. En este concepto se funda la teoría que sostiene que deben ser retroactivas las leyes en lo concerniente al estado de las personas, porque estas leyes interesan al orden público (1).

248. Según parece, no encuentra Laurent una sustancial distinción entre las leyes de orden público y el derecho público. «En el lenguaje jurídico son sinónimas estas expresiones» (2). Aduce únicamente en apoyo de su opinión, que cuando se trató de la discusión del Código civil francés, las expresiones derecho público y orden público se emplearon sin distinción, y que Portalis declaró expresamente que el Código entendía por *orden público* lo que los jurisconsultos romanos denominaban *derecho público*, que no podía derogarse, y que lo consideraban en oposición con las leyes de interés privado, las cuales podían ser derogadas por las personas mediante convenciones especiales.

249. Entre los jurisconsultos italianos ha sostenido Borsari que las palabras adoptadas por el legislador en nuestro artículo 12, que excluye la aplicación de las leyes extranjeras que deroguen las prohibitivas del Reino concernientes á las personas, á los bienes ó á los actos, sean como una paráfrasis de las palabras derecho público interior.

---

(1) Conf. Merlín, *Effet rétroactif* Repert.; Demolombe, *Código civil*, V, 1; Bianchi *Elementi del Codice civile* tomo I, *Nozioni preliminari*, § 2.°; Borsari, *Comment. al Cod. civ.*, y Gabba, *Retroattività delle leggi*, el cual refiere la opinión de los escritores y expone cuidadosamente la doctrina y la legislación á ella relativa, en el tomo II, cap. II.

(2) *Derecho civil internacional*, tomo II, § 204.

250. En la materia de que nos ocupamos debe examinarse la cuestión, no sólo bajo el punto de vista general, sino también bajo el particular, que interesa más directamente, como es el de determinar las leyes que deben tener autoridad exclusiva en el territorio del Estado, y que no pueden derogarse invocando la aplicación de una ley extranjera, contraria ó distinta de las mismas. Bajo el punto de vista general, hemos dicho ya que debe establecerse una diferencia entre el derecho público y las leyes de orden público propiamente dichas. Nosotros sostenemos que no deben considerarse como pertenecientes á esta segunda categoría todas las leyes de organización social, puesto que bajo este respecto deberían ser consideradas como de orden público todas las leyes, incluso aquellas que proveen á los intereses particulares de los ciudadanos, y que regulan la actividad de cada cual en su exclusivo beneficio, proveyendo también á los intereses sociales y evitando la confusión y la anarquía. Las leyes de orden público que no deben derogar los particulares, deben ser precisamente aquellas cuyo fin directo y principal es el interés de los terceros y la conservación de las instituciones sociales.

Siempre que en una disposición legal no entre sólo el interés general, pero deba éste reputarse como *el fin directo y principal* de aquélla, deberá considerarse la misma en la categoría de las leyes de orden público.

251. Pasando ahora á examinar la ley extranjera frente á las leyes del Estado, para decidir cuándo debe admitirse su autoridad extraterritorial, es decir, cuándo debe considerarse eficaz para regular en otro país las relaciones jurídicas sometidas á su imperio, y cuándo la ley de un Estado, teniendo en cuenta la absoluta autoridad que debe ejercer en el territorio, habrá de excluir el imperio de toda ley extranjera, debemos notar que las teorías establecidas por los escritores no son suficientes para resolver por completo esta grave controversia, y que ni aun en esto es clara y precisa la regla establecida por el legislador italiano.

252. Brocher ha creído hallar un criterio decisivo para determinar los límites de la aplicación de la ley extranjera, distinguiendo las leyes de orden público interior de las de orden pú-

blico internacional, siendo las últimas las que sancionan los principios de orden superior, y de las que cada soberanía debe considerarse obligada, no sólo á reclamar el respeto á las mismas en su propio territorio, sino también, excluir en esto toda influencia de la ley extranjera, que puede ordenar lo contrario. De este modo, dice, son las leyes que prohiben la esclavitud, la muerte civil y otras instituciones análogas condenadas en el territorio (1).

253. Mancini y Asser, en su memoria presentada al Instituto de Derecho internacional, formularon de este modo la regla para determinar el concepto jurídico de la territorialidad de la ley. «Las leyes personales del extranjero no pueden ser reconocidas ni tener efecto en el territorio sometido á otra soberanía si están en oposición con el derecho público y con el orden público de este mismo territorio.»

254. En lo concerniente á la limitación fundada en que la ley personal extranjera se halla en oposición con el orden público del territorio, parecerá esta fórmula vaga é indeterminada. Admitiendo, en efecto, que la ley personal extranjera no debe ser reconocida, por ejemplo, en Italia, cuando esté en oposición con el orden público, deduciéndose de aquí que las leyes que proveen á la organización de la familia italiana en interés general, y que tienden á proteger el orden público respecto de aquellos que se hallan sujetos al imperio de nuestra ley, deberán aplicarse también á los extranjeros, y que por consiguiente, la ley personal extranjera, diferente de la nuestra ó contraria á ella, no deberá tener ninguna autoridad para regular en Italia el estado de las personas sometidas á su imperio.

Para conservar la organización de la familia, ha establecido el legislador italiano que nadie pueda contraer otras nupcias si ya ha contraído el vínculo matrimonial, y que el matrimonio sólo puede disolverse por la muerte de uno de los cónyuges. Ahora bien: siendo todo esto evidentemente de orden público, la ley

(1) Brocher. *Droit international privé* tomo I. Introducción general, y sección 3.ª, § 44.

personal del extranjero que declare que el matrimonio puede disolverse por medio del divorcio legalmente pronunciado, y que atribuya por consiguiente á la persona antes casada y que ha obtenido la sentencia de divorcio, la facultad de contraer nuevo matrimonio, no será reconocida en Italia, porque esta ley está en oposición con el orden público; lo cual no es sostenible, como demostraremos en su lugar correspondiente (1).

Pero aun hay más: todas las leyes prohibitivas contenidas en nuestro Código, deben considerarse como leyes de orden público, puesto que la prohibición del legislador prescribe que á nadie pueda permitirse emprender ó hacer cosa alguna que se halle en oposición con el texto de la misma. Ahora bien: así como la autoridad de estas leyes prohibitivas en el territorio sujeto á la soberanía es absoluta por estar destinadas á proteger el orden público, así también, de aceptar la fórmula propuesta por Mancini, se seguiría que la ley personal del extranjero no podría reconocerse en Italia, si estuviese en oposición con las leyes prohibitivas contenidas en el Código italiano, porque lo estaría también con el orden público.

Para citar algunos ejemplos, diremos, que queriendo el legislador italiano asegurar más la tutela con el sistema por él sancionado, ha dispuesto que el tutor no pueda asumir el ejercicio de aquélla si no hay protutor, y que incumbe á aquél promover el nombramiento de éste sin demora, si no ha sido ya nombrado (art. 265). También ha dispuesto que no puede ejercer la tutela ni la protutela la mujer que no sea ascendiente ó hermana carnal soltera (art. 268); que el hijo que no haya cumplido veinticinco años ó la hija que no tenga veintiuno, no pueden contraer matrimonio sin el consentimiento del padre ó de la madre, etc.

Ahora bien: tendiendo las leyes citadas y otras análogas á proteger el orden público con arreglo á los criterios que han prevalecido en nuestra legislación, no podrán ser reconocidas las leyes extranjeras en oposición á aquéllas ni producir efecto en el territorio italiano, por estar en oposición con el orden público del

(1) Véase la parte especial capítulo sobre el *divorcio*.

Reino. Por consiguiente, al tutor extranjero instituído en virtud de una ley extranjera que no impusiese la obligación del protutor, y que hubiese asumido legalmente el ejercicio de la tutela con arreglo á su ley personal, podría oponerse que para poder administrar los bienes del pupilo que se hallaren en Italia y ejercitar respecto á los mismos los derechos de tutela, debería hacer nombrar un protutor, porque su ley, que le dispensa de tal obligación, no puede tener ningún efecto en Italia.

Entendiendo de este modo la regla según la cual debe determinarse la autoridad territorial ó extraterritorial de las leyes, seguiríase de aquí que las extranjeras no podrían producir efecto alguno en el territorio sujeto á otra soberanía, si estuviesen en oposición con las leyes prohibitivas que rigiesen en el mismo territorio, lo cual llevaría consigo que sólo se reconociesen como eficaces, en el caso en que estuviesen conformes, las leyes territoriales que proveyesen á la tutela del orden público.

255. La regla sancionada por el legislador italiano no es en realidad más precisa ni está mejor determinada, puesto que ha establecido «que en ningún caso podrán las leyes extranjeras derogar las prohibitivas del Reino concernientes á las personas, á los bienes ó á los actos, ni á las leyes que de cualquier modo se refieran al orden público y á las buenas costumbres.» Esta forma en que está redactado el art. 12 de las disposiciones generales, ha sido considerada como vaga é incierta por todos los jurisconsultos italianos. Lo único que se puede decir para explicar la cosa es que, habiendo el legislador italiano sancionado la más atrevida reforma legislativa, y no pudiendo el mismo prever las consecuencias que debían derivarse de ellas en la práctica, sancionó de propósito la excepción de un modo amplio y no bien determinado, para dejar así á la magistratura ancho campo para salvar y proteger nuestras instituciones, el derecho social y todo lo que interesaba conservar, y no debía derogarse mediante la aplicación de leyes extranjeras.

256. Dejando aparte lo que han pensado otros escritores y lo que los legisladores han dispuesto, entendemos nosotros que para determinar los límites de la autoridad de la ley extranjera en el territorio sujeto á otra soberanía, conviene colocar la cuestión bajo su justo punto de vista. No podemos aceptar la distinción que quiere establecerse entre las leyes de orden público interior y las de orden público internacional, porque esto complicaría la solución del asunto. Las leyes de orden público deben tener autoridad absoluta en el territorio, no sólo en el sentido de aquellos que deben estar sometidos al imperio del legislador, sino que no puede ser lícito establecer frente á la ley un acto jurídico cualquiera, siempre que el reconocimiento legal del mismo lleve consigo una lesión y ofensa de dichas leyes.

Esto supuesto, síguese de ello que cuando las personas que no estén sujetas por sí mismas al imperio de la ley territorial, quieran invocar la ley extranjera á fin de hacer reconocer ó valer, en virtud de la misma, en el territorio sujeto á otra soberanía, una relación ó un acto jurídico que lleve consigo la lesión ú ofensa de una ley de orden público vigente en este territorio, no podrá hacerlo, porque no puede pretender que la ley extranjera tenga autoridad para legitimar en el territorio sujeto á otra soberanía la existencia ó el reconocimiento de un acto jurídico, del que se desprenda la derogación de una ley territorial de orden público. En otros términos, sostenemos que en el territorio sujeto á otra soberanía no puede establecerse en virtud de una ley extranjera ningún principio ni realizarse ningún acto jurídico que esté en oposición con el derecho público ó con la ley que por motivos de orden público no admita la existencia de tal acto ó lo prohiba expresamente.

257. Toda la diferencia entre la fórmula propuesta por nosotros y la que han propuesto Mancini y otros, consiste en que, á nuestro modo de ver, la limitación no debe fundarse en que la ley extranjera se halle en oposición con la ley territorial, sino en que el acto jurídico que en virtud de una ley extranjera quiere verificarse en el territorio sometido á otra soberanía, ó los efectos de este acto jurídico realizado en el extranjero y que deben desarrollarse en el territorio del Estado, se hallen en oposición con el derecho público territorial ó con las leyes de orden público allí vigentes. La diferencia es de gran importancia aun cuando á primera vista no lo parezca; y tan es así, que basta para ponerla de relieve notar que, siendo en el primer orden de

ideas el hijo natural extranjero, que hubiese hecho constar y fijar su estado mediante la prueba de la paternidad con arreglo á su ley natural que le permitiese la indagación de aquélla, no podría ser admitido á invocar en Italia la aplicación de esta ley, porque estaría en oposición con el orden público con arreglo á los criterios que prevalecen en nuestra legislación, y que prohíbe la indagación de la paternidad; mientras que en el sistema por nosotros propuesto no tendría lugar la limitación en este caso. Trataríase, en efecto, de una persona, que habiendo adquirido legalmente un derecho con arreglo á su ley personal, invocaría en Italia dicha ley para establecer que el estado de hijo natural había sido adquirido legalmente por él, y pediría además que se le reconociesen los efectos civiles propios de su estado personal legalmente adquirido. Ahora bien: nada hay en todo esto que ofenda los derechos ni los intereses de la soberanía italiana, puesto que de haber sancionado ésta la prohibición de probar la paternidad, y de haberla sancionado para mantener el orden de la familia, no puede deducirse que haya querido imponer la ley al mundo, y proclamar su oposición con el orden público: que en un país extranjero en que haya un sistema de leyes informado en principios diversos, no puede establecerse la filiación mediante prueba suministrada. La ley extranjera que permite la indagación de la paternidad debe considerarse también como basada en principios de orden público, aunque entendidos con diverso criterio. El legislador que ha concedido este permiso ha considerado que el obligar á los que engendraron, cometiendo una falta, á cumplir los deberes que la naturaleza impone y á soportar todas las cargas, puede ser un freno eficaz para disminuir la procreación ilícita, y ha considerado oportuno admitir la indagación y la prueba de la paternidad para conservar el orden en la familia. La independencia de las soberanías y su autonomía legislativa impiden que una trate de imponer á otra su criterio moral y la uniformidad de los principios acerca del modo de entender el orden público. Dedúcese de aquí que la soberanía italiana no tiene interés alguno ni puede considerarse ofendida porque el estado de filiación establecido en el territorio sujeto á otra soberanía, esté conforme con la ley á que la nuestra somete á los ciudadanos,

y que esta ley puede ser eficazmente invocada en Italia para que se reconozca el estado de filiación legalmente adquirido, á pesar de que dicha ley extranjera se halle en oposición con la nuestra.

La soberanía italiana no puede considerarse tampoco perjudicada ni ofendida porque el extranjero que haya adquirido legalmente el estado de hijo natural, quiera hacer valer en Italia los efectos civiles de la filiación, como sucedería en el caso de que aquél pidiese que se le admitiera á la sucesión paterna. ¿Podríamos decir acaso que se ha ofendido el orden público si aquél que ha adquirido legalmente un estado personal con arreglo á la ley á que está sujeto, lo hace valer para ejercitar los derechos que de aquí se derivan?

El orden público debía considerarse ofendido en Italia si permitiendo la ley extranjera la prueba de la paternidad, aun cuando la filiación fuese adulterina, el hijo de un extranjero hubiese probado en su país haber sido procreado por un extranjero y por una mujer casada italiana. Si éste quisiera deducir en Italia las consecuencias jurídicas del estado legalmente adquirido con arreglo á su ley personal, esto sería contrario al orden público, porque el establecer legalmente la filiación adulterina enfrente de nuestra ley, es un acto jurídico en oposición por sí mismo á los principios de orden público que existen entre nosotros. En tal hipótesis, la limitación de la autoridad de la ley extranjera tendría su fundamento en que el acto jurídico que en aquélla quería establecerse estaría en oposición con el orden público territorial.

258. Debemos repetir aquí, que aun cuando sean diferentes y opuestas á las leyes territoriales de orden público, pueden tener las leyes extranjeras autoridad en un Estado para establecer los derechos adquiridos con arreglo á las mismas, con tal que el acto jurídico que trata de establecerse en virtud de la ley extranjera no esté por sí mismo en oposición con el derecho público ó con las leyes de orden público; esto es, con las que tienden directamente á proteger el derecho social y las instituciones públicas.

Para aclarar más nuestro pensamiento, debemos observar que

la autoridad de las leyes de orden público en el territorio sometido á la soberanía, es absoluta en el sentido de que no puede ser lícito á los que deben estar sujetos al imperio de la misma emprender ni hacer cosa alguna en oposición con ella. Conviene, sin embargo, tener en cuenta que las leyes de orden público pueden dividirse en dos grandes categorías. Pertenecen á la primera aquellas que, para fundar y desarrollar mejor ciertas instituciones jurídicas, prohiben de un modo determinado adquirir ó ejercitar un derecho. Tal sucede, por ejemplo, con la ley que prohibe la adopción y la que la admite, prohibiéndola, respecto al hijo natural, ó respecto al menor, que no ha llegado á cierta edad, ó la que prohibe el matrimonio sin que se haya obtenido de antemano el consentimiento de los padres, etc.

A la segunda categoría pertenecen las que prohiben por completo ciertas instituciones, y quitan, por consiguiente, no sólo toda posibilidad de relación jurídica relativa á éstas, sino también toda eficacia á cualquier relación de dicha especie y á todo acto jurídico, cuyo reconocimiento implique el de la institución abolida. Tales son, por ejemplo, las leyes que prohiben las manos muertas, los fideicomisos, los mayorazgos, los feudos, las servidumbres personales, la subenfiteusis, etc., etc.

Las leyes de la primera categoría ejercen su soberanía absoluta, pero sólo respecto de aquellos que deben estar sometidos al imperio de aquélla en lo concerniente á la adquisición de los derechos. Por consiguiente, no obsta que los extranjeros, que deben ser sometidos al imperio de su legislador correspondiente, adquieran derechos de conformidad con su ley personal, aunque ésta sea diferente y opuesta á la ley territorial vigente donde los derechos adquiridos quieran hacerse valer.

Las leyes de la segunda categoría ejercen una autoridad absoluta respecto de cualquier acto jurídico que quiera realizarse ó hacerse valer en el territorio de un Estado, siempre que el realizarlo ó hacerle valer impliquen el reconocimiento de la institución abolida. La derogación de la ley territorial de orden público debería ser efectiva, siempre que habiendo abolido ésta una institución jurídica determinada se pretendiera que fuesen declaradas eficaces ciertas relaciones jurídicas en el territorio sujeto á su imperio, ó que se reconociese un acto jurídico cuyo reconocimiento condujese á dar vida á la institución abolida.

El legislador italiano ha abolido, por ejemplo, los feudos, las servidumbres personales propiamente dichas y las manos muertas. Ahora bien: aquél no sólo ha prohibido constituir válidamente cualquier relación jurídica referente á las instituciones abolidas, sino que también ha prohibido que en Italia pueda reconocerse cualquier acto jurídico que implique el dar existencia legal á la institución por él mismo abolida. Es, pues, evidente que, aceptando nuestro orden de ideas, si en virtud de una ley extranjera bajo cuyo imperio se hayan adquirido derechos feudales, quisiera uno ejercerlos en Italia para hacer revivir la servidumbre feudal, no podría admitirse ésta, porque la reinstitución del feudo, el dar vida á una institución jurídica que no puede existir legalmente en nuestro país, derogaría la ley de orden público, que prohibe toda posibilidad de relación jurídica que implique la existencia de las servidumbres feudales.

259. La autoridad de las leyes extranjeras puede hallar también una justa limitación, cuando de reconocer su eficacia en el territorio sometido á otra soberanía se derive una ofensa á las buenas costumbres. Esta limitación entra, sin embargo, en la expuesta, puesto que el mantener incólumes los principios morales que, según el sentimiento general y las ideas reinantes en cada país, se consideran necesarios para proteger la vida moral del pueblo, es una cuestión de orden público.

Siendo esencialmente distinto el derecho del Estado del de la Iglesia, es evidente que la soberanía no puede tener ningún interés directo é inmediato en conservar el principio moral religioso, pero puede exigir que no se ofenda el sentimiento moral, tal como existe en la conciencia pública.

CAPITULO VIII

De la prueba del derecho extranjero y de su recta aplicación.

260. Cómo ocurre frecuentemente aplicar las leyes extranjeras.—**261.** El juez está obligado á adquirir el conocimiento, pero no puede presumirse que deba tenerlo.—**262.** Máximas seguidas por los Tribunales alemanes.—**263.** Principios que prevalecen en Inglaterra.—**264.** Sistema seguido en Francia y Bélgica.—**265.** Idem en los Estados Unidos de América.—**266.** Máxima establecida por el Tribunal de casación de Turín.—**267.** El juez no puede considerar la ley extranjera como un acto deducido en juicio.—**268.** Cómo debe adquirirse de oficio conocimiento exacto y seguro.—**269.** Proposición hecha por Laurent para facilitar el conocimiento de las leyes extranjeras.—**270.** Proposición hecha por nosotros.—**271.** Se examinan otros medios á propósito para conseguir este fin.—**272.** Cómo debe procederse si no se llega á conocer el derecho extranjero.—**273.** La indebida aplicación de la ley extranjera puede dar lugar al recurso de casación.

260. Por los principios expuestos en los capítulos precedentes puede considerarse como establecido: que pudiendo las leyes extranjeras tener también autoridad en el territorio sometido á otra soberanía, deben ser aplicadas por los jueces siempre que deba decidirse la controversia con arreglo á ellas. Respecto de las cuestiones pertenecientes al estado personal, así como se admite generalmente que las leyes personales deben regir por regla general los actos de los ciudadanos en donde quiera que se hallen, se deduce también de ellas que los magistrados de todo país deben decidir con arreglo á las mismas las controversias relativas á dicho estado y las relaciones de familia. Puede, además, suceder que haya necesidad de aplicar las leyes extranjeras para decidir acerca de las formalidades legales de los actos, y acerca de los derechos de sucesión, etc., etc.

261. Es indispensable que el juez conozca las leyes que debe aplicar, y como las extranjeras no llegan á conocimiento de

los jueces mediante publicación legal, como sucede con las leyes del Estado, conviene por esto establecer el modo cómo el juez debe adquirir su conocimiento.

Es verdad que el adagio *jura novit curia*, con que se excluye la *ignorantia juris* respecto de las leyes promulgadas en el interior de cada Estado, no tiene aplicación cuando se trata de leyes extranjeras. Establecido, sin embargo, como principio que incumbe al juez aplicar la ley á que debe estar sujeta cada relación jurídica, es de suma importancia establecer cómo debe conocerse el derecho extranjero.

262. El Tribunal Supremo de los Estados del Imperio alemán ha establecido los siguientes principios en su sentencia de 14 de Febrero de 1874. Aunque el juez deba aplicar la ley extranjera en cuanto la conozca, y pueda con tal objeto procurarse de oficio su conocimiento, no debe, sin embargo, considerarse como una obligación propiamente tal la de conocer el derecho extranjero ó procurarse de oficio su conocimiento; y la regla *jura novit curia* no debe extenderse al derecho extranjero... Cuando se trate de un derecho extranjero desconocido por el juez, incumbe á la parte que intente utilizarlo, el probarlo al tribunal: en caso contrario no podrá quejarse de que el juez no se halle en situación de aplicar un principio de derecho extranjero que él no conoce, y esté obligado á decidir de conformidad con el derecho nacional que le es conocido (1) *(a)*.

---

(1) Sachz. *Les arrêts de la Cour suprême commerciale*, de Leipzig: *Revue de Droit intern.*, 1874 p. 230. Véanse allí las varias sentencias citadas en que fueron aplicados los mismos principios.

(a) En una sentencia dictada por el Tribunal Supremo de España en 13 de Enero de 1885, se consigna de un modo claro y explícito la doctrina legal que rige en nuestra patria acerca del punto á que este número se refiere. Hé aquí un extracto del hecho, las infracciones alegadas y los considerandos de la citada sentencia:

«*Capacidad de la mujer casada, ciudadana de los Estados Unidos, para personarse en juicio en los Tribunales españoles.*

Por fallecimiento en Cuba de D. Manuel Seiglié y Boe, el marido de su hija doña Rosa María promovió juicio de testamentaría y en el curso de ésta, dicha

Esta sentencia restringe, pues, la obligación del juez de aplicar la ley extranjera, al caso en que el mismo tenga conocimiento personal de ella ó la parte que quiera utilizarla suministre es-

---

hija suscitó la cuestión de que se deriva el recurso, diciendo que su marido había promovido la testamentaría como representante legal de ella, haciendo caso omiso de su cualidad de ciudadana del Estado de Nueva York, mayor de edad, y de no haber renunciado sus derechos de tal ciudadana ó su estatuto personal; que no había dado poder á su marido; que los bienes de la testamentaría que le pertenecían eran parafernales, y que, en aquel país, la mujer mayor de edad, sea cualquiera su estado, puede contratar por sí y ante sí, y tiene personalidad para comparecer en juicio y la libre disposición de sus bienes sin distinción de clases, derechos que no se comunican al marido sino por contrato; y no celebrado éste ni teniendo poder, era nulo lo practicado á instancia de su marido en su representación.

En la prueba se produjo un testimonio, expedido por un Notario, de un dictamen de dos jurisconsultos americanos sobre la capacidad de la mujer en aquel país, conforme con las afirmaciones anteriores.

La Audiencia de la Habana, por sentencia revocatoria de la del inferior, mandó cesase el marido en la representación de su mujer en los autos de testamentaría, pero no dió lugar á la nulidad de lo actuado mientras no estuviesen conformes las demás partes.

Don Francisco Martínez Gallardo, esposo de la doña Rosa, interpuso recurso de casación citando como infringidos:

1.º Los artículos 12, 1.351 y 1.352 de la ley de Enjuiciamiento civil del año 1881, según los cuales sólo podrán comparecer en juicio los que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, entre los que no se encuentra la mujer casada, que en caso de ausencia de su marido, ó de negarse éste á representarla, tiene necesidad de habilitación judicial; porque la sentencia recurrida no sólo otorga á doña Rosa Seiglié, casada con el recurrente, la facultad de comparecer en juicio por sí misma, sin la representación de su esposo ni la habilitación judicial, sino que priva al marido de la representación de su mujer, á pretexto de que son extranjeros, y á pesar de tratarse de un juicio que se sigue en España y sobre bienes que radican en España también:

2.º La ley 55 de Toro, ó sea la 11, tít. I, libro X de la Novísima Recopilación, y el art. 42 de la ley de Matrimonio civil, según las cuales la mujer casada no puede comparecer en juicio sin licencia de su marido; en el concepto de que se declare á favor de doña Rosa Seiglié esa facultad, en la forma y de la manera de que se ha hecho mérito al reseñar la infracción anterior:

3.º La regla de Derecho internacional privado de que los extranjeros se hallan sometidos, en cuanto á los actos que ejecutan, á la legislación del país donde se hallan, con arreglo al estatuto formal y al principio de derecho *locus*

tas pruebas para producir el convencimiento. No se excluye que el juez pueda adquirir, aun de oficio, los informes necesarios, pero no está obligado á ello, y, en caso dudoso, puede presumir la

---

regis actum, porque se declara, en contra de la legislación española, que doña Rosa Seiglié puede comparecer en juicio en España sin la representación de su esposo por suponer que la autoriza á ello la legislación del Estado de Nueva York, á que pertenece, aplicando el estatuto personal á lo que, por tratarse de la comparecencia en juicio, debe resolverse por el estatuto formal:

4.º El art. 42 de la ley de 4 de Julio de 1870, sobre extranjería en las provincias de Ultramar, según el cual los extranjeros están sujetos á leyes y Tribunales españoles en todas las demandas que por ellos ó contra ellos se establecen para el cumplimiento de obligaciones contraídas dentro y fuera de España á favor de españoles ó que versen sobre propiedad ó posesión de bienes existentes en territorio español, y los demás artículos de dicha ley que se relacionan con el citado, en el hecho de aplicar en el juicio de testamentaría de D. Manual Seiglié que se sigue en la Habana, y en el que se trata de bienes existentes allí, en vez de la legislación española, la que se supone que rige en el Estado de Nueva York, á que pertenecen doña Rosa Seiglié y su esposo el recurrente:

5.º La doctrina sentada por el Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en las de 14 de Marzo y 14 de Diciembre de 1861, 3 de Febrero de 1862, 5 de Febrero y 30 de Junio de 1866, según la cual las opiniones de los jurisconsultos, tratadistas y autores de derecho, por muy respetables que sean, no constituyen doctrina legal, ni pueden por tanto servir de fundamento para una sentencia, puesto que en la recurrida se establece como base el dictamen de dos letrados del Estado de Nueva York:

Y 6.º El principio de la reciprocidad en todo lo que se refiere á relaciones y consideraciones á los extranjeros, sancionado en los artículos 238, 923 y 924 de la ley de Enjuiciamiento civil del año 1855 y sus concordantes de la del año 1881, con más en el Código de Comercio y en la regla 5.ª del Real decreto de 16 de Octubre de 1851, respecto á la eficacia de los actos otorgados por los extranjeros; en el concepto de que se aplica en España lo que se supone ser la legislación del Estado de Nueva York, sin haberse acreditado que en dicho Estado se aplique la legislación española, antes al contrario, sabiéndose como se sabe de notoriedad que en los Estados Unidos no existe la reciprocidad ni aun para la recepción y cumplimiento de los exhortos.

La Sala 1.ª del Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso,

Considerando que son inaplicables y no han podido infringirse las disposiciones españolas citadas en los motivos 1.º y 2.º, porque es doctrina de Derecho internacional privado que al extranjero le acompañan su estado y capacidad y deben aplicársele las leyes personales de su país para evitar los inconvenientes de no juzgarle por una sola ley, cuando esto no contradiga como en el caso pre-

concordancia del derecho extranjero con el patrio, en virtud de la regla general, que el que quiera servirse de una regla de dere-

---

sente los principios de orden público y los intereses de la nación en que hace las reclamaciones:

Considerando que lejos de infringirse se ha respetado la regla de Derecho internacional citada en el tercer motivo, porque las actuaciones objeto de este recurso se han regido por los trámites de la ley española, quedando así á salvo el principio que se invoca y que en nada contradice la capacidad personal que doña Rosa Seiglié llevaba consigo como condición no comprendida en el orden del procedimiento, sin que por lo tanto haya confusión alguna de parte de la Sala sentenciadora, entre las leyes personales que rectamente aplica, y lo que el recurrente llama estatuto formal:

Considerando que la sentencia no infringe el art. 42 y demás con él relacionados que en estos términos se citan en el cuarto motivo, porque ninguno de ellos se opone á la observancia de las leyes personales, que en nada afectan á la soberanía de cada país, y que deben guardarse, no en concepto de extranjeras, y por consiguiente destituídas de fuerza de obligar, sino por conveniencia de las diversas naciones, que sin perder nada de su independencia, van estableciendo así un derecho común beneficioso á todas:

Considerando que es desestimable el quinto motivo, porque si bien la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido ciertamente que las opiniones de los escritores de derecho son incapaces de constituir doctrina jurídica para los efectos de la casación, no se trata de eso en el caso actual, sino de que la existencia de tales ó cuales leyes extranjeras es una cuestión de hecho sometida á prueba que los Tribunales aprecian en uso de sus facultades, como lo ha ejecutado la Sala sentenciadora, que aparte del conocimiento que los juzgadores pueden tener de la legislación de otros países, ha tomado en cuenta el certificado de que aparece por afirmación de jurisconsultos norte-americanos, cual es la capacidad de la mujer en el Estado de Nueva York, sin que el recurrente haya intentado prueba alguna en contrario, como pudo y debió hacerlo en su caso, ni haya alegado que con tal apreciación se cometa infracción alguna relativa á los medios probatorios:

Considerando, por último, que no es aplicable en el presente caso el principio de reciprocidad que se alega en el sexto motivo, como lo confirman las mismas citas que se hacen limitadas á fianzas de arraigo, sentencias y contratos, siendo de notar que en cuanto á estos últimos se reconoce la aplicación de las leyes personales, ó sean las relativas á la aptitud y capacidad, para obligarse con arreglo á las que rijan en la nación á que pertenezca el obligado, y sin que á nada conduzca el hecho que se expone sobre incumplimiento de los exhortos en los Estados Unidos, puesto que no es lícita la represalia, y en todo caso lo

cho derogatoria del de su patria debe probar su existencia (1).

263. La doctrina inglesa en materia de prueba de la ley extranjera está resumida por Westlake, el cual refiere que también en Inglaterra el que invoca una institución extranjera y aduce su existencia y su naturaleza diferente de la que allí se conoce, debe suministrar prueba suficiente. Si falta esta prueba, se entiende que las legislaciones extranjeras son idénticas á la inglesa, excepto ciertas instituciones especiales, que sólo funcionan en Inglaterra mediante una organización especial, como sucede, por ejemplo, con la quiebra.

Siendo un hecho la diferencia entre la legislación extranjera y la inglesa, dedúcese de aquí que corresponde al Jurado, si lo hay, el juzgar acerca de la relevación de prueba.

Síguese también que sea necesario probar de nuevo la legislación extranjera siempre que la parte que quiera sacar partido de ella, invoque su aplicación. No bastará que el Tribunal haya adquirido ya conocimiento de ella precedentemente mediante la prueba dada; porque el derecho extranjero pudiera haber variado por una nueva ley ó una nueva jurisprudencia.

La legislación extranjera debe probarse siempre por el testimonio de peritos. Aunque se trate de una ley escrita ó de un Código, no basta reproducirlo, ni es necesario que el perito que lo menciona lo reproduzca. El objeto de la cuestión y aquel sobre que debe recaer por consecuencia el testimonio del perito, no es el texto de la ley, sino el derecho que de él resulta por fuerza de la interpretación científica y de la jurisprudencia. Toda persona que sea *peritus virtute oficii*, es admitida como testigo res-

---

congruente en el sentido de reciprocidad sería demostrar que en aquel país, ó más bien en el Estado de Nueva York, no se admite en juicio á las mujeres casadas, aun cuando acrediten las circunstancias que en España las dan capacidad para este efecto.»

(1) Conf. Bar, *Des internat. privat. und Strafrecht*, § 32, y Goldshmidt, *Handbuch des Handelsrechts*, § 38.

pecto de la legislación extranjera, pues no lo son solamente admitidos los jueces y los abogados.

Conviene que el juez ó el *jurado*, según que funcione uno ú otro en el litigio de que se trate, pese cuidadosamente lo que los peritos llamados como testigos han dicho, y debe hacerse esto principalmente cuando sus pareceres sean oscuros ó se hallen discordes. Si al Juez le pareciese que los peritos han razonado mal, podrá, sin embargo, sacar sus conclusiones de los testigos citados, pero no podrá nunca referirse á testimonios que dichos peritos no hayan citado.

Según la ley de 1859, estatutos 22 y 23 Victoria, cap. 63, todo tribunal que tenga su residencia en un punto cualquiera de los dominios británicos, podrá consultar á un Tribunal superior de cualquiera otra parte de los mismos dominios respecto del derecho que, según la legislación vigente en aquel punto determinado, resulte de los hechos mencionados en la demanda.

El Tribunal cuyo parecer se haya pedido podrá oir á las partes; pero formulado el parecer por el Tribunal requerido, está obligado el requirente á aplicar el parecer del primero (salvo el derecho á someterlo á un Jurado, si le hay, y si el parecer se hubiese pedido antes que el asunto haya pasado á él) como prueba concluyente ó no (según lo que el Tribunal estime conveniente) del derecho que en la sentencia se haya declarado. Pero ni la Cámara de los Lores ni el Consejo privado, si el asunto se ha llevado en apelación, están obligados á seguir el parecer emitido por un Tribunal inferior.

Según la ley de 1861, estatuto 24 y 25 Victoria, cap. 11, puede la reina estipular tratados con las naciones extranjeras para convenir que todo Tribunal Supremo establecido en un punto cualquiera de los dominios británicos, pueda consultar á un Tribunal Supremo de otro país respecto del derecho que, según la legislación de su propio Estado, resulte de los hechos mencionados en la demanda. Sin embargo, el Tribunal que haya pedido el parecer no estará obligado á seguirlo. Podrá pedir un parecer ulterior al mismo Tribunal extranjero, manteniendo ó enmendando la relación de los hechos, ó podrá también consultar

á otro Tribunal Supremo del mismo Estado. Dispone además dicha ley que los Tribunales británicos deben responder á las consultas que puedan dirigirles los de otros Estados (1).

264. En la época en que en Francia y en Bélgica regían costumbres diversas y se trataba de averiguar cuál era la vigente en una ú otra provincia, se recurría á los actos de notoriedad, que se hacían por jurisconsultos ó por abogados, que atestiguaban el uso vigente en un lugar determinado, cuyos actos tenían gran autoridad, cuando eran redactados por personas competentes nombradas de oficio por el mismo tribunal que debía juzgar. Los dictámenes de los peritos emitidos á petición de las partes tenían menos importancia, y se daba preferencia á las pruebas aducidas por los jurisconsultos mismos en apoyo de su opinión.

En la actualidad, la jurisprudencia belga y la francesa se fundan, como dice Laurent (2), en un principio que puede engendrar una verdadera confusión de ideas. Consideran el derecho extranjero como un hecho que debe ser probado, y admiten que la prueba debe ajustarse á las prescripciones del derecho común. De donde concluye el citado escritor, que no siendo admitidos los actos de notoriedad entre las pruebas legales, no es admisible este medio de prueba. Esta doctrina puede producir, según hemos dicho, una verdadera confusión, porque sosteniendo que la ley extranjera no es más que un hecho que debe probarse, deben también aplicarse las reglas que el Código establece acerca de las pruebas legales, y debería también admitirse que se pudiera deferir el juramento acerca de la existencia de la ley y acerca de la conformidad de la misma con el texto producido en los actos; lo cual conduciría á un contrasentido jurídico, porque siendo el juramento una transacción, se vendría á transigir sobre el derecho vigente.

(1) Vestlake, *La doctrine anglaise en matière de Droit international privé*, en la *Revue de Droit internat.*, 1882, p. 304, y su obra titulada *Treatise on private international Law*, §§ 334 á 341.

(2) Laurent, *Droit civil intern.*, tomo II, § 267; Fœlix, *Derecho internacional privado*, núm. 18; Mailher de Chassat, números 86 y 240; Pardessus, *Droit Commerc.*, núm. 1.494.

265. En América prevalece la máxima de que debe probarse la ley extranjera ante el Jurado como cualquier otra cuestión de hecho. Así lo consignó y sostuvo el Tribunal Supremo de Massachusset en 1868, y el de Nueva Hampshir (1).

266. Esta misma teoría parece que se quiere admitir también en Italia, á juzgar por la máxima proclamada por el Tribunal de casación de Turín en la causa Mosca contra Ripa. «La ley extranjera, dice el mencionado Tribunal, no puede considerarse entre nosotros sino como un simple documento, que por acaso puede apoyar el deseo de las partes, y sería indispensable, por tanto, la presentación del Código civil de la Luisiana para que este Supremo Tribunal pudiera estatuir si los jueces que han entendido en el fondo la han interpretado ó aplicado bien ó mal» (2).

Según esto, la falta de esta presentación es por sí sola un obstáculo para que pueda tomarse en consideración la violación de que se trataba.

267. Procurando resolver la cuestión en el terreno de los principios jurídicos, parece que no puede admitirse que deba considerarse la ley extranjera como un hecho que el juez deba tener en cuenta cuando se alega é invoca por la parte interesada, y que incumbe á ésta la obligación de probarlo y al juez la de aplicar la ley extranjera, según se haya presentado y probado. Esto debe admitirse sin duda alguna en el sistema sancionado por el legislador italiano, porque habiendo impuesto á nuestros tribunales la obligación de decidir, con arreglo á la ley nacional, las cuestiones relativas al estado de las personas y á las relaciones de familia, y de aplicar la ley extranjera en los demás casos consignados en los artículos 6.° al 9.° de las disposiciones generales, ha hecho obligatorio para los mismos el aplicar en estos casos la ley extranjera. Por consiguiente, siendo el derecho extranjero el que debe presidir las decisiones del juez italiano, es indispensable admitir (sosteniendo también que éste no está obligado á conocerlo) que debe procurarse de oficio su conocimiento.

(1) Wharton, *Conflict of Laws*, § 771; Story, *Conflict of Laws*, §§ 37 y 38 y sus notas respectivas.

(2) Casación de Turín, 23 de Abril de 1884. *La giurisprudenza*, año 1884, p. 471.

268. No puede sostenerse por cierto enfrente á la legislación italiana, que la ley extranjera pueda considerarse como un hecho, un alegato, un documento que deba presentarse por las partes interesadas, y que deba tener en cuenta el juez en cuanto se haya establecido mediante la presentación y las pruebas dadas, como dice la citada sentencia. No: la teoría de nuestro Tribunal no es absolutamente justificable, porque siendo la ley extranjera el derecho á que debe ajustarse para decidir el juez italiano, no puede limitarse la misión de éste á juzgar según lo alegado y probado, sino que debe considerarse obligado á proporcionarse de oficio todos los medios necesarios para adquirir el conocimiento exacto y seguro del derecho extranjero, sirviéndose para tal objeto de todos los medios, incluso el de imponer á las partes la obligación de proporcionarle los indispensables para el objeto.

Por lo demás, opinamos que debe hacerse lo mismo según los principios del Derecho internacional, puesto que habiendo demostrado que con arreglo á estos principios es como debe el juez aplicar la ley, á la cual están sujetas, según la naturaleza de las cosas, las relaciones jurídicas controvertidas, no puede por menos de admitirse que deba procurarse de oficio el exacto conocimiento de la ley extranjera, cuando éste sea el derecho á que la decisión deba ajustarse. Esta es la opinión de muchos reputados escritores contemporáneos (1).

Surge, además, la grave dificultad de los modos oportunos para adquirir el conocimiento exacto y seguro del derecho extranjero. El juez no puede fundar su decisión en una ley que él cree probablemente conocer, sino que debe fundarla en la ley conocida por él con exactitud y seguridad hasta donde esto sea posible. ¿A qué se reduciría la autoridad de los fallos si se pro-

(1) Laurent, *Droit civ. int.*, tomo II, §§ 262 y sig.; Bar, *Das intern. privat und Strafrecht*, § 32; Asser, *Droit intern. privé*, § 11.

nunciasen aplicando leyes diversas de aquellas que deberían aplicarse?

Otra gran dificultad surge en la práctica para adquirir el exacto y seguro conocimiento del derecho extranjero.

269. Ensalza Laurent el deseo formulado por un eminente jurisconsulto americano, por Story, pretendiendo que se remita oficialmente por cada Gobierno á los Gobiernos extranjeros la colección oficial de las leyes (1).

Sería muy útil si así se practicase; ocurriría, sin embargo, hacer ante todo una traducción exacta de las leyes, que no sería buena si la hacían personas que, aun conociendo suficientemente la lengua, desconociesen el valor técnico de las palabras, y podrían falsear inconscientemente la significación jurídica de una disposición. Debe, además, tenerse en cuenta que con la manía legislativa de los parlamentos, formarían las leyes de todos los países civilizados una colección tan enorme que sería muy difícil formar una idea exacta del derecho extranjero. No basta la vida de un hombre para adquirir siquiera el conocimiento exacto del derecho nacional. En Inglaterra limítanse los jurisconsultos á estudiar una de las ramas de su legislación, y ni aun pretenden poseer por completo la parte por ellos estudiada.

No debemos ocultar que en el actual estado de cosas existe una deplorable laguna en la aplicación de los principios del Derecho internacional privado, y siendo frecuentes los casos

(1) *Obra citada*, § 272. De conformidad con este deseo se reunió la Conferencia de Bruselas en Agosto de 1880 para regular el cambio de las publicaciones oficiales entre varios Gobiernos; pero el proyecto sólo fué aprobado por algunos. En la segunda conferencia reunida en 1883 se discutieron y compilaron dos proyectos de convenio: uno relativo al cambio internacional de los documentos oficiales y las publicaciones científicas; el otro para el cambio de los documentos parlamentarios Estas convenciones fueron suscritas por los Estados que concurrieron á Bruselas el 15 de Marzo de 1886. El italiano concluyó varios acuerdos con los Gobiernos de los demás Estados para el cambio de las respectivas publicaciones oficiales. Véase *Raccolta dei trattati*, tomo X, página 845.

en que los Tribunales están obligados á aplicar las leyes extranjeras, los mismos legisladores que les imponen esta obligación (como ha sucedido entre nosotros) no han acordado nada acerca del modo de conocer exactamente el derecho extranjero.

270. Cuando tratamos de este mismo asunto en otra obra, hemos creído más oportuno proponer como expediente más eficaz el de hacer obligatorio, mediante tratados, entre los Tribunales de los diversos países, dar informes exactos acerca de la ley positiva vigente en el Estado, cuando sean requeridos por un Tribunal que entienda en un litigio que lo requiera, y parece que esto debería confiarse á los Tribunales Supremos por correspondencia directa, sin necesidad de apelar á la vía diplomática (1); pero juzgamos que, aun cuando no existan tratados, lo mejor que puede hacerse por parte del tribunal que entienda en un asunto litigioso, cuando con todos los medios de que puede disponer no llegue á adquirir conocimiento exacto del derecho extranjero, será dirigir una requisitoria al Tribunal extranjero pidiéndole informes acerca de la regla de derecho sobre que exista la duda. Una petición de esta naturaleza estaría siempre justificada por el principio de la *comitas gentium*, y por la mutua asistencia de todos los Estados civilizados, respecto de la recta administración de justicia.

No queremos decir con esto que el Tribunal pueda dirigirse al Tribunal Supremo extranjero pidiendo que éste declare cuál es el derecho aplicable al hecho controvertido. Esto conduciría á desnaturalizar el organismo del Poder judicial, que ha sido instituído para juzgar y resolver las cuestiones entre los particulares, y no para dar dictámenes respecto de cuestiones jurídicas. Decimos únicamente que podría preguntarse al Tribunal extranjero si estaba ó no vigente una disposición determinada. La aplicación de ésta al asunto controvertido deberá dejarse íntegra al Tribunal que entiende en el litigio.

(1) Véase mi obra *Efectos intern. de las sentencias*, parte 1.ª, materia civil, § 53. La proposición que yo hacía en este libro fué reproducida por Pierantoni en el *Filangieri*, 1883.

271. También puede haber otros medios para conseguir el mismo resultado sin recurrir al propuesto por nosotros, y debe dejarse al prudente arbitrio del Tribunal juzgador el utilizar el que crea más oportuno. Uno de ellos podrá ser el pedir á personas competentes *ratione officii* un dictamen motivado y razonado respecto del derecho aplicable al acto de que se trate. Para obtener una opinión imparcial parece oportuno que el Tribunal juzgador nombrase las personas destinadas á dar el parecer legal *pro veritate*, las cuales no deberán ser menos de tres. Obrando de de este modo podrá el Tribunal hallar en las razones debatidas y expuestas por los peritos lo necesario para ilustrarlo.

También los agentes diplomáticos pudieran servir para el caso, y nada obstaría á que el Tribunal se dirigiese á los cónsules residentes en el extranjero, á fin de conocer si una ley determinada estaba ó no vigente en aquel país, y sobre todo, para adquirir el conocimiento del texto y valor jurídico de las leyes y de los usos comerciales. Conviene, sin embargo, tener presente cuando se quiera proceder de este modo, que las informaciones de los cónsules deben considerarse como uno de los medios de instrucción para conocer la ley vigente en el país en que ejercen su cargo, pero no puede considerarse su declaración como prueba auténtica y concluyente del derecho extranjero. Corresponde siempre al magistrado que debe juzgar, el derecho de apreciar libremente con su prudente arbitrio el valor de las informaciones de los cónsules, como de cualquier otro medio instructorio por él ordenado.

272. Puede suceder asimismo que los medios instructorios ordenados por el Tribunal para conocer el derecho extranjero y las pruebas del mismo suministradas por las partes interesadas, no sean eficaces para establecerla con certeza. En este caso, no parece que pueda absolverse al demandado como cuando falta en el juicio la prueba de un hecho alegado. El juez que en esta circunstancia no hallase la regla de derecho para resolver el litigio, deberá, sin embargo, dictar sentencia, refiriéndose á los principios generales del derecho. Esta es la regla general respecto de toda cuestión, que no puede decidirse con una determinada disposición de la ley. El juez podrá, en tal caso, referirse á

la que en su propio país regule los casos y materias análogas, buscando en ella los principios generales propios aplicables á la cuestión.

273. En lo concerniente á la indebida aplicación de la ley extranjera, no puede admitirse como máxima que en los países en que no es obligatorio (como sucede en Italia), en virtud de una disposición de la ley interior, el aplicar la ley extranjera á que está sujeta la relación jurídica controvertida, puede proceder el recurso de casación por indebida aplicación de la ley extranjera.

En el sistema del Código civil italiano debe admitirse ésta, porque la indebida aplicación del derecho extranjero hecho en el fondo por el Tribunal, implicaría la violación de nuestro derecho, que impone formalmente á aquél el deber de aplicar el derecho extranjero. En los demás países no puede sostenerse la misma máxima, porque no puede proceder la casación sino cuando se haya aplicado indebidamente la ley vigente en el Estado.

El Tribunal de casación francés, en sentencia de 15 de Abril de 1861, se expresa en estos términos: «Instituído el Tribunal de casación para mantener la unidad de la ley francesa y para la uniformidad de la jurisprudencia, no teniendo por misión corregir la falsa aplicación de las leyes extranjeras, á no ser que dé origen á una contravención á las leyes francesas.....» (Dalloz, 1861, 1, 420.)

La misma regla ha establecido el Tribunal de casación belga en su sentencia de 11 de Mayo de 1855: «Considerando que las leyes citadas en apoyo del recurso son leyes extranjeras, y que el Tribunal no puede casar las decisiones judiciales por violación de dichas leyes, á no ser que el error acerca del sentido de una ley extranjera dé origen y sea el principio de una violación de la ley belga.»

Creemos además oportuno manifestar que, aun cuando la ley de un país no posea un sistema de reglas de derecho civil internacional codificadas, como sucede en el Código italiano, los Tribunales, que para resolver las cuestiones que por su misma naturaleza y por los principios del Derecho internacional deban ser decididas con arreglo á una ley determinada, hayan aplicado otra

diferente, no podrán considerarse libres de sufrir la censura del Tribunal Supremo, y de ver casadas por infracción de ley las sentencias dictadas por ellos.

No puede, en efecto, desconocerse que las reglas de derecho elaboradas por los jurisconsultos tienen por sí mismas una gran autoridad, cuando expresan el derecho correspondiente á las relaciones actuales, y que adquieren tanta más autoridad, cuanto más de acuerdo se halla la opinión de los más reputados jurisconsultos para sostenerlas. No pueden, pues, los magistrados, sin violar los principios del derecho y de la justicia, dejar de tener en cuenta el derecho científico cuando falte el positivo; y por consiguiente, cuando aquéllos decidan en contradicción con éste, y la violación sea evidente, puede el Tribunal Supremo y debe hallar el modo de casar la sentencia.

El Tribunal de casación francés ha tomado algunas veces este partido, según ha observado Demangeat (1). En su sentencia de 23 de Febrero de 1864, casó en efecto una sentencia del Tribunal de Marsella, confirmada por el de apelación de Aix, en la que se había decidido que un convenio hecho en país extranjero debía regirse por la ley francesa. El recurrente fundó su recurso en el motivo de que, según los principios constantes y universalmente admitidos, los contratos hechos en el extranjero entre ciudadanos de Estados diversos, deben ser sometidos, tanto respecto de la forma, como del fondo de las obligaciones asumidas por las partes, á la ley vigente en el lugar en donde concluyeren el contrato, y que debe, por tanto, considerarse infringida la ley del contrato, aplicando la francesa á uno celebrado en las posesiones inglesas. El Tribunal de casación consideró bien fundado el recurso y casó la sentencia, aunque aduciendo que había sido violada la ley francesa, que en su art. 1.134 dispone: «que las convenciones legalmente estipuladas tienen fuerza de ley para las partes que las hayan celebrado, y que para decidir si un convenio podia considerarse legalmente concluído y determinar la ley establecida por las partes mediante aquélla, debe referirse á la del lugar en que el mismo se haya celebrado.» Por consiguiente, el Tribunal de casación, considerando violado el art. 1.134 del Código civil francés, casó la sentencia. En el fondo, consiguióse el objeto, pero el Tribunal de casación quiso justificar su resolución apoyándola en la violación de una ley interior.

(1) Véase *Introduction au Journal de Droit international privé*, año I, 1874.

Siguiendo este camino, puede llegarse á encontrar fácilmente la violación de la ley internacional. En efecto, cuando en la ley escrita falte la regla positiva para decidir una cuestión de Derecho internacional, debiendo el juez decidir refiriéndose á los principios generales del derecho, es claro que siempre resultaría violada dicha disposición general, si debiendo los jueces decidir una cuestión de Derecho civil internacional, y no hallando en la ley de su país una regla para decidirla, no hubiesen aplicado bien los principios del derecho internacional privado, los cuales, en el caso de que se trata, representan los principios generales del derecho.

Para evitar todo error, convendría que los Estados civilizados se pusieran de acuerdo respecto de las reglas concernientes á la aplicación de las leyes extranjeras, y cuando se haya hecho esto, procederá indudablemente el recurso de casación por la indebida aplicación de las leyes extranjeras, designadas para regir las relaciones jurídicas.

PARTE ESPECIAL

274. Objeto de ésta.

274. En la Parte General hemos procurado exponer los principios según los cuales deberá, á juicio nuestro, determinarse el límite de la autoridad de cada ley. Habiendo planteado y discutido hasta ahora la cuestión bajo el punto de vista general, es natural que las conclusiones á que hemos llegado sólo puedan valer para resolver el problema de un modo abstracto. Nosotros nos hemos limitado, en efecto, á investigar cuál debe ser la ley á que han de someterse las instituciones jurídicas, esto es, la que con preferencia á cualquier otra debe regular el estado y la capacidad jurídicas de las personas, las relaciones de familia, las cosas, la sucesión, las obligaciones legales y las convencionales.

El problema que aquí nos hemos propuesto resolver consiste en investigar y establecer cuál es la ley á que debe someterse cada relación jurídica, y este problema no puede considerarse, en verdad, resuelto con lo que hasta ahora hemos expuesto en la Parte General, porque aun considerando como establecido que toda institución jurídica debe ser regida por una ley determinada, no puede considerarse resuelta del mismo modo toda cuestión y toda duda respecto de la regla jurídica á que deben someterse los derechos privados y civiles. La adquisición y el ejercicio de los derechos particulares pertenecientes á cada persona y los medios á propósito para conservarlos y hacerlos valer, pueden colocar á la persona en relación con diversas leyes, y así como están sujetas á diversas excepciones las mismas reglas generales que hemos consignado para determinar la autoridad de cada ley, así también es indispensable examinar en particular cómo la adquisición, el ejercicio y la conservación de los derechos especiales correspondientes á las personas deben ser regulados por cada

ley, para evitar los conflictos en caso de concurrencia de leyes diversas y contrarias.

Este será el objeto de nuestras investigaciones en esta Parte de la presente obra. Teniendo en cuenta los principios ya expuestos en la Parte General, nos proponemos investigar ahora cuál es la ley á que debe estar sometida cada relación jurídica especial, esto es, determinar la autoridad territorial ó extraterritorial de cada ley al regular la adquisición, el ejercicio y la conservación de todo derecho particular á la persona.

Procederemos con el mismo orden ya establecido en la Parte General, porque nos parece más adecuado para el desarrollo sistemático de la materia (1). Dividiremos, pues, esta segunda Parte en cinco libros, á saber:

Libro I.—*De las personas y de los derechos de condición civil.*
Libro II.—*De los derechos que se derivan de las relaciones de familia.*
Libro III.—*De los derechos que tienen por objeto las cosas.*
Libro IV.—*De los derechos que se derivan de una obligación.*
Libro V.—*De los derechos de sucesión.*

(1) Los derechos privados ó civiles, considerados como facultades pertenecientes á la persona y protegidos por la ley pueden dividirse, por el objeto á que se refieren, en derechos *personales* y derechos *patrimoniales*. Bajo la primera especie pueden comprenderse todos los derechos de carácter civil, esto es, los que se derivan de la personalidad jurídica ó civil del hombre, y los derechos de familia que tienen también por objeto la relación personal. Bajo la categoría de derechos patrimoniales pueden comprenderse los derechos sobre todo aquello que pueda formar parte del patrimonio de la persona, esto es, los derechos patrimoniales reales y los que proceden de una relación obligatoria, sin excluir la sucesión, que, considerada como un todo, es también un derecho patrimonial. Teniendo esto en cuenta habíamos dividido la materia en dos libros en la edición precedente; pero nos hemos convencido que para tratar de las relaciones jurídicas tal y como existen en la vida real, no conviene conservar las divisiones tradicionales sino sustituirlas por otras nuevas, siempre que parezca que éstas responden mejor á los ideales científicos.

LIBRO PRIMERO

DE LAS PERSONAS Y DE LOS DERECHOS DE CONDICIÓN CIVIL

275. Objeto del presente libro.—**276.** Orden de materias.

275. Los derechos privados ó civiles, cuya ley nos proponemos investigar, son, en general, las facultades de tener, de hacer y de exigir todo aquello que esté conforme con las leyes que regulan las relaciones derivadas de la coexistencia.

Todo derecho presupone:

a) *Una ley*, esto es, una regla civil y jurídicamente obligatoria sancionada y promulgada por la autoridad pública;

b) *Un sujeto*, al cual pertenezca, esto es, una persona, sea natural ó de creación jurídica;

c) *Un objeto*, sometido al poder de aquel á quien se atribuye el derecho;

d) *Un hecho*, que resulte de las circunstancias de que dependa la adquisición del derecho;

e) *Un medio* á propósito para hacer jurídicamente eficaz el derecho, ó sea una acción mediante la cual pueda éste hacerse valer en juicio.

El resultado definitivo de nuestro estudio debe ser el de determinar la ley, ó sea la regla civil y jurídicamente obligatoria de todo derecho especial. Todo el problema consiste, en efecto, en establecer cuál debe ser, en caso de concurrencia de leyes sancionadas por diversas soberanías, la que debe considerarse como regla de la relación jurídica. Pero así como el derecho pertenece á la persona, y la condición civil de la misma es una de las circunstancias importantes y que debe tenerse muy en cuenta para determinar la relación entre el derecho correspondiente á la persona y la ley á que debe estar sometida, así también es indispen-

sable estudiar ante todo la persona en sí misma, y su condición civil, para determinar luego los derechos personales y los correspondientes á esta condición, teniendo en cuenta la ley de que deben depender.

Se designa generalmente con el nombre de *persona* toda entidad capaz de ser sujeto de derechos y de obligaciones. Hemos dicho toda *entidad*, porque no es solo persona el hombre, sino también todas aquellas entidades que por la ley tienen aptitud para ser sujeto de derechos y de obligaciones. En efecto, la ley califica de persona al Estado, al Municipio, las fundaciones piadosas, las sociedades mercantiles y otras entidades análogas que se llaman *personas jurídicas ó morales*, para distinguirlas de la persona natural, pero que son, sin embargo, tales personas, porque tienen, por virtud de la ley, la capacidad jurídica, que constituye el carácter esencial y distintivo de la persona.

296. Debemos ocuparnos aquí de las personas y de los derechos personales sólo bajo el punto de vista que se refiere á todo lo que constituye el objeto de nuestras investigaciones.

No puede, pues, interesarnos nada más que establecer el estado de las personas en lo concerniente á la determinación de la ley á que deben considerarse sujetas, y los derechos de carácter civil de las mismas por lo que respecta á la ley por que deben regirse. Lo demás no entra en el campo de nuestro estudio, sino que forma parte del derecho civil.

El estado civil de la persona ejerce una decisiva influencia respecto de la ley á que debe estar sujeta y de los derechos de índole civil que le pertenezcan, según que sea extranjero ó nacional. Nos ocuparemos en dos capítulos distintos de la condición civil de las personas naturales y de las personas jurídicas ó morales, según sean extranjeras ó nacionales. Examinaremos después las consecuencias jurídicas que se derivan de la ciudadanía y de la adquisición ó pérdida de la misma, y de la naturalización.

Pasaremos después á examinar los derechos personales, que sufren una modificación por razones fundadas en el derecho social, como son las modificaciones que se derivan del domicilio, de la ausencia, de la condena penal, y otras por razones fundadas

en el mismo derecho natural, como son las que se derivan de la edad, que es causa de la falta del suficiente desarrollo de la capacidad natural, ó de la enfermedad, que puede ser causa de un defecto permanente, ó de una alteración de las facultades naturales, que pueda ser bastante para privar de toda capacidad para el ejercicio de los derechos, ó para quitar á la persona la aptitud para atender á sus propios negocios, como puede hacerlo un hombre completamente sano.

Examinaremos en capítulos separados estos argumentos especiales, y por último, teniendo en cuenta que el estado civil de cada persona debe establecerse mediante actos de este mismo estado, trataremos de estos actos.

CAPITULO PRIMERO

Del extranjero y de su condición civil.

277. El hombre es naturalmente sujeto de actos.—**278**. La acción de la ley es distinta respeto del ciudadano y del extranjero —**279**. Cómo se ha procurado en los tiempos modernos igualar la condición del extranjero á la del ciudadano.—**280**. Observaciones críticas sobre la expresión adoptada por el legislador italiano.—**281**. No se acepta la teoría de Bianchi acerca del goce de los derechos civiles.—**282**. Observaciones sobre la fórmula propuesta por el Instituto de Derecho internacional.—**283**. En qué debe consistir la igualdad de condición jurídica entre el extranjero y el ciudadano.—**284**. El justo concepto de la personalidad jurídica.—**285**. El extranjero debe igualarse al ciudadano en cuanto á la adquisición de los derechos.—**286**. Debe igualarse también en cuanto al ejercicio de los mismos.—**287**. Idem id. en lo concerniente á la conservación y seguridad.—**288**. No es potestativo en el soberano territorial poder conceder ó negar á su antojo al extranjero el goce de los derechos privados ni aun subordinarlo á la reciprocidad.—**289**. Derechos cuyo goce puede negarse ó limitarse á los extranjeros. —**290**. Reglas generales acerca de la condición jurídica del extranjero.—**291**. Disposición liberal contenida en la legislación italiana.—**292**. Cómo en las demás leyes ha prevalecido el erróneo concepto de la reciprocidad.—**293**. Distinción hecha entre derechos civiles y derechos de gentes, y cómo ésta no tiene un sólido fundamento jurídico.—**294**. Se esclarece el concepto de los derechos civiles del hombre.—**295**. Condición del extranjero según las leyes positivas.—**296**. Ley inglesa y la de otros países.—**297**. Condición jurídica del extranjero con arreglo á la ley italiana —**298**. Adquisición de los derechos y garantías legales de los mismos.—**299**. Derechos de condición civil.—**300**. Derecho de acudir á los Tribunales.—**301**. Derecho de promover medidas de conservación.

277. Todo hombre tiene en general una capacidad natural para los derechos, y es por lo mismo el sujeto del derecho *per se*, la persona natural. Sin embargo, la personalidad jurídica se deriva, bajo cierto aspecto, de la ley, porque teniendo ésta el poder de mandar, prohibir ó permitir, determina ó protege toda facultad correspondiente al hombre (que por ello está sujeto á la

autoridad), de tener, hacer ó exigir. Por consiguiente, la *capacidad natural* del hombre para los derechos se transforma en *capacidad jurídica*, cuando se considera á aquél en relación con la ley civil ó positiva, que reconociendo y sancionando las facultades que al mismo corresponden, reconoce y sanciona también sus derechos privados y civiles. Tomados éstos en su conjunto, componen la personalidad jurídica.

278. Considerada la de cada hombre frente á una ley determinada, debe sufrir necesariamente ciertas modificaciones derivadas de la circunstancia de ser éste ciudadano ó extranjero. Fúndase esto en que cada ley, en lo que se refiere al reconocimiento ó caución de las facultades que tomadas en su conjunto forman la personalidad jurídica, y en cuanto determina de este modo los derechos privados y civiles del hombre, ejerce y debe ejercer una autoridad distinta según que el sujeto del derecho sea ciudadano ó extranjero. Debe, en efecto, tenerse en cuenta que todo hombre, considerado en relación con el poder soberano del que la ley emana, se halla en una situación diversa según que forma ó no parte del Estado (esto es, según que es ciudadano ó extranjero).

La autoridad absoluta y permanente que corresponde á cada soberano respecto de los ciudadanos, fué considerada como fundada en una especie de vasallaje *(allegiance)*, que significa la obligación de fidelidad y obediencia que una persona debe al Estado de que es ciudadano, y al soberano del mismo.

Según el concepto moderno, es el Estado un organismo jurídico creado por la voluntad de los hombres congregados, y con el poder onnímodo de ejercer un cúmulo de funciones dirigidas á regular, determinar y proteger los derechos privados y civiles de los congregados, mediante la ley positiva. El Estado representa, pues, respecto de los congregados, la autoridad del derecho, y el derecho es superioridad, y lleva consigo la sumisión, que no es ya el vasallaje, sino la consecuencia de la misma agregación voluntaria de los individuos que crean y reconocen un poder supremo, que representa respecto á ellos la autoridad del derecho.

Dedúcese de aquí que también en el concepto moderno del Estado hallamos que la relación entre la ley positiva y los dere-

chos privados y civiles del hombre debe ser distinta según que tenga éste la condición jurídica de ciudadano ó de extranjero. Respecto al ciudadano, la autoridad de la ley jurídica es permanente, y no disminuye cuando éste se halla en el extranjero; respecto al extranjero, es temporal y contingente, porque se ejerce cuando aquél se coloca voluntariamente bajo el imperio de la misma, entrando en el territorio en el que aquélla impera, ó realizando un acto jurídico que por su naturaleza se halla sujeto á la autoridad de esta ley: pero en uno y otro caso, así como cada cual está en todas partes sujeto á las leyes de su patria (puesto que á la soberanía corresponde el derecho de regular y de obligar á sus propios ciudadanos por medio de sus leyes, aun cuando se hallen en el extranjero, y mientras conserven su ciudadanía de origen), así también se sigue de aquí, que la condición jurídica del que es ciudadano y la de aquel que habita en el territorio, ó que voluntariamente realice un acto jurídico, en virtud del cual esté sujeto á la ley, considerados uno y otro ante el derecho territorial, sean y deban ser diversos, y que no puedan igualarse en absoluto.

279. A primera vista parecerá que nuestra conclusión está en oposición con la tendencia liberal de la doctrina de los escritores modernos, los cuales sostienen que debe considerarse como regla de Derecho internacional privado que el extranjero debe tener los mismos derechos civiles que los ciudadanos, salvo el caso de una excepción formal establecida por la ley (1). Esta teoría ha encontrado un autorizado apoyo en el Instituto de Derecho internacional, que en su reunión de Oxford, fundándose siempre en el principio de la perfecta igualdad del ciudadano y del extranjero en el goce de los derechos civiles, formuló del modo siguiente la regla que dice debería introducirse en los Códigos civiles de todos los países: «El extranjero, cualquiera que sea su nacionalidad ó su religión, disfrutará de los derechos civiles como el nacional, salvo las excepciones formalmente establecidas por la legislación actual.» Creyóse haber hallado de este modo una fórmula más correcta y más exacta que la adoptada por el legislador italiano, el cual en el art. 3.º del Código civil sancionó la teoría de la perfecta igualdad jurídica entre el ciudadano y el extranjero, disponiendo que «el extranjero será admitido al disfrute de los derechos civiles atribuídos á los ciudadanos.» Cuya disposición, entendida más bien que en su letra en el espíritu é intención del legislador, es la prueba más solemne de que los progresos del derecho preparados lentamente por la ciencia, se convierten tarde ó temprano en convicción jurídica de los pueblos civilizados, para ser elevados inmediatamente á la categoría de máxima legislativa é inscritos en los Códigos. La máxima sancionada por el Código civil italiano establece, en efecto, la igualdad jurídica entre el ciudadano y el extranjero, y es en el campo del derecho civil la expresión de la fraternidad de los hombres, proclamada por la filosofía y por la revolución frente al derecho social. Dicha máxima es el resultado del trabajo lento y difícil de diecinueve siglos, que ha realizado la gran transformación, consistente en que desde negar al extranjero la personalidad jurídica y de admitirla después bajo ciertas condiciones restrictivas, se ha llegado á reconocerla por igual á los extranjeros y á los ciudadanos.

(1) Bar, *Das internationale privatrecht*, § 27.

280. Debemos, sin embargo, observar que las máximas de derecho elevadas á cánones legislativos, deben ser la expresión exacta, determinada y precisa de la *mens legislatoris*, sin lo que es imposible evitar las dudas, que son la consecuencia de la expresión impropia é indeterminada. Parece, sin embargo, que ni la expresión del concepto jurídico adoptado por el legislador italiano en el art. 3.º del Código civil, ni lo propuesto por el Instituto de Derecho internacional ya antes mencionado, expresan el concepto exacto que hubo intención de expresar, y por esto debemos añadir que si uno quisiera atenerse á lo expresado en la disposición legislativa, debería reconocer que la ley, tal como ha sido formulada, expresa un concepto inexacto, y que entendemos no es sostenible como máxima.

¿Qué significa, en efecto, esta expresión del legislador italiano: «el extranjero será admitido al disfrute de los derechos civiles atribuídos á los ciudadanos?»

Los derechos civiles ó privados de los ciudadanos son el con-

junto de aquellas facultades correspondientes al hombre, pero que son reconocidos, declarados y protegidos por la ley positiva, emanada de la autoridad pública, y á que debe atribuirse la virtud y la fuerza de precepto imperativo. El poder social no crea los derechos, porque éstos encuentran su base en la personalidad humana, y como tales se hallan en la naturaleza del hombre, por lo cual se llaman *naturales*. Pero los derechos naturales se convierten en civiles ó positivos, por virtud de la ley positiva y civil, que es la que, reconociéndolos, declarándolos y protegiéndolos, transforma los derechos naturales en *derechos civiles* y positivos.

Conviene notar aquí que, así como el derecho civil de cada pueblo es, según ya dijeron los jurisconsultos romanos, *quod quisque populus sibi constituit*, y ya hemos demostrado que las leyes positivas deben ser distintas en los diversos países, así también se sigue de aquí que los derechos civiles ó privados de las personas que pertenecen á Estados distintos, deben ser necesariamente diversos.

Habiendo el legislador italiano dispuesto que el extranjero sea admitido al disfrute de los derechos civiles atribuídos á los ciudadanos, quizá ha querido concederle que pueda ser considerado en la misma condición jurídica que los italianos para el goce de todos los derechos atribuídos á éstos por la ley civil italiana. Pero si así fuese, siendo el usufructo legal atribuído al padre, un derecho civil del que disfruta el padre italiano mientras dura la patria potestad, deberá tener también el extranjero derecho á gozarlo en Italia, aunque esta facultad no le fuese concedida por la ley del Estado de que sea ciudadano, y así también la mujer casada extranjera tendrá derecho á declarar nula la obligación contraída por ella en Italia sin autorización del marido, el hijo natural del extranjero tendría derecho á ser reputado legítimo por el subsiguiente matrimonio celebrado por sus progenitores, y el padre extranjero podría oponerse al matrimonio que el hijo quisiese celebrar en Italia sin su consentimiento, aunque el hijo mayor de edad extranjero pudiese, según su ley, contraer válidamente matrimonio sin el consentimiento del padre, etcétera, etcétera.

Tampoco podría considerarse exacta y precisa la expresión, si el goce de los derechos atribuídos á los ciudadanos se quisiera tomar como medida de los derechos atribuídos por la ley nacional de los extranjeros, de que pueden gozar en Italia, puesto que, entendiendo de este modo la disposición, llegaría á admitirse que la personalidad jurídica del extranjero debía ser reconocida en Italia sólo en el caso de que los derechos correspondientes al mismo según su ley nacional, y cuyo goce pidiese en Italia, estuviesen conformes con los atribuídos por nuestra ley á los ciudadanos italianos, lo cual no parece sostenible.

Admitiendo este concepto, seguiríase de él, en efecto, que la mujer extranjera apta y capaz para unirse en matrimonio á los catorce años según la ley de su país, no podría en tal edad celebrar el matrimonio en Italia, porque nuestra ley civil no concede á la mujer italiana el derecho de contraer matrimonio á los catorce años. Esto debería decirse también respecto de la mujer casada extranjera que, según la ley de la familia, pudiera dar válidamente las cosas muebles sin necesidad de estar autorizada por el marido: no podría disfrutar en Italia su derecho civil, porque el goce de este derecho no se concede por nuestras leyes á la mujer italiana. Y no queremos proseguir presentando ejemplos.

281. Los jurisconsultos italianos que han comentado el artículo 3.º del Código civil, han creído oportuno atenerse á la expresión empleada por nuestro legislador cuando dice que el extranjero será admitido *á gozar* de los derechos civiles atribuídos á los ciudadanos, y han creído que concediendo el legislador al extranjero el *goce* de los derechos civiles atribuídos á los italianos, ha concedido, como dice Bianchi, la potencialidad abstracta de gozar los derechos, salvo en lo concerniente á su ejercicio lo que disponga la ley nacional á que se hallen sujetos.

Debemos observar que la distinción hecha por algunos jurisconsultos (entre los cuales, además de Bianchi (1), encontramos á Gianzana (2), sin contar otros muchos), entre el goce y el ejer-

(1) *Curso de Derecho civil italiano* (segunda edición). *De las personas*, § 31.

(2) *El extranjero en el Derecho civil italiano*, tomo I.

cicio de los derechos civiles, no puede considerarse bien fundada en derecho como ellos la entienden. Bianchi dice que se goza un derecho por el solo hecho de hallarse en potencia en una persona y ejercitarse cuando se actúa prácticamente con la aplicación á aquello que constituye su objeto; pero parece que esto equivale á destruir el significado natural y el sentido jurídico de las palabras. El goce de un derecho no consiste ni puede consistir en otra cosa que en su ejercicio actual. Se puede haber adquirido un derecho y no haberlo perdido, sin que por esto se tenga su goce, ó sea su ejercicio actual. Se puede tener un derecho y no poder gozarlo sino ejercitándolo mediante otra persona que según la ley represente ó complete la misma á quien el derecho pertenece, pero verdaderamente el goce de un derecho civil independientemente de su ejercicio no acertamos á comprenderlo. Parece, pues, que la distinción entre el goce y el ejercicio no sirve para determinar y precisar la expresión de la ley italiana, y que conviene investigar la intención más bien que el contenido de la misma, y atender á la *mens legislatoris* más bien que á la expresión literal, que no da, á juicio nuestro, un concepto exacto y bien determinado.

282. La misma crítica puede aplicarse á la regla de derecho propuesta por el Instituto de Derecho internacional. Dice ésta: «El extranjero, cualquiera que sea su nacionalidad ó su religión, gozará de los derechos civiles lo mismo que el nacional, salvo las excepciones formalmente establecidas por la legislación actual.»

No puede decirse en rigor que según los principios pueda el extranjero ser admitido al goce de los derechos civiles lo mismo que el ciudadano, cuando no haya respecto de aquél una excepción formal establecida por la ley, porque hay algunos derechos que son una consecuencia de aquellos que se derivan de la condición civil y de las relaciones de familia, para cuyo disfrute no puede igualarse el extranjero al ciudadano.

Podría, pues, replicarse que, así como el ciudadano debe gozar estos derechos con arreglo á su ley nacional, el extranjero debería también gozarlos según su propia ley, y por consiguiente, los disfrutaría lo mismo que el ciudadano. Debemos, sin embargo, observar que esto sería decisivo respecto de las cuestiones de estado personal y de las relaciones de familia, si todas las leyes admitiesen las mismas reglas; pero como puede suceder y sucede en efecto que una ley prefiera para ciertas relaciones la ley nacional, y otra la ley del domicilio de las personas, aquellos que están sujetos á la otra ley pueden hallarse en diversa condición jurídica aun para las cuestiones de estado personal.

Debemos notar, además, que la igualdad de condición jurídica entre el ciudadano y el extranjero no debe admitirse sólo para lo concerniente al goce de los derechos, sino también en lo que se refiere á la adquisición, conservación y medios de hacerlos valer en juicio.

283. Pero ¿en qué puede consistir la igualdad de condición jurídica entre el ciudadano y el extranjero? Esto viene á resumirse en reconocer la personalidad jurídica del uno como se reconoce la del otro, en admitir que éste no sólo puede ejercitar todos los derechos legítimamente adquiridos (salvo el caso de la excepción fundada en el derecho público territorial ó en el orden público), sino que puede también adquirir y ejercitar (cuando según su ley personal tenga capacidad jurídica para ello) todos los derechos para que no se exige expresamente la cualidad de ciudadano por la ley como una de las condiciones legales para adquirirlo; que pueda además ejercitar y gozar estos derechos, como los ejercita y los disfruta el ciudadano; consiste, en fin, en admitir que el ejercicio de los derechos privados pertenecientes á cada persona debe ser independiente de su cualidad de ciudadano.

Entendida de este modo la igualdad de condición jurídica entre el extranjero y el ciudadano, derívase de aquí que el extranjero no puede tener la pretensión de gozar de los mismos derechos civiles que, según la ley territorial, se atribuyen á los ciudadanos, porque así como los derechos civiles pertenecientes á cada persona son el conjunto de las facultades reconocidas, declaradas y protegidas por la ley á que por sí misma está sometida la relación ó el acto jurídico de que el derecho se deriva, así también la igualdad de condición jurídica entre el extranjero y el ciudadano no puede tener lugar bajo este respecto, mientras por ra-

zón de la persona estén sometidos á diversas leyes, y por haber usado de diverso modo de la libertad civil, poniendo voluntariamente hechos, en virtud de los cuales se han sujetado del mismo modo á diversas leyes, han podido adquirir también diversos derechos.

Tampoco puede sostenerse en principio que esta igualdad de condición jurídica deba efectuarse en el sentido de que el conjunto de los derechos civiles de que disfrutan los ciudadanos haya de ser la medida de los que deban gozar los extranjeros, porque esto equivaldría á imponer al extranjero que entrase en un país una *capitis diminutio*, reduciendo los derechos civiles que le pertenecen á la misma suma y en igual grado que correspondan á los ciudadanos. En ciertos casos puede ocurrir esto, y se debe admitir necesariamente cuando el goce de los derechos correspondientes al extranjero y no atribuídos por la ley territorial á los ciudadanos, no pueda practicarse sin ofensa del derecho público territorial ó del orden público. Esto constituye, sin embargo, la excepción, y así debe considerarse como la aplicación de la regla general, que el derecho público es territorial, y que tienen autoridad absoluta en el territorio de cada Estado las leyes que se refieren á la tutela del orden público, como también la tienen las leyes de policía. Salvo, pues, el caso de que el disfrute de un derecho perteneciente á un extranjero encuentre el obstáculo de la ley territorial, que sólo reconozca aquella relación jurídica por razones fundadas en el derecho político ó en el derecho social, no puede interesar á la soberanía territorial el reducir el goce de los derechos civiles de los extranjeros á la misma suma y al mismo grado que los atribuídos á los ciudadanos.

La igualdad de condición jurídica entre el extranjero y el ciudadano sólo puede consistir en que, dentro del círculo del derecho privado, la personalidad jurídica del uno debe ser protegida por la ley lo mismo que la del otro. Hemos dicho *dentro del círculo del derecho privado*, porque las facultades que se derivan del estado público que se establece mediante la ciudadanía, pertenecen exclusivamente á los ciudadanos del Estado, y sólo pueden atribuirse al extranjero en el caso de que éste haya adquirido la ciudadanía con arreglo á la ley del Estado; y no debe decirse nada

más mientras las relaciones sean pacíficas. Hemos empleado la expresión *derecho privado* porque resume el conjunto de todos los derechos que resultan de las relaciones del hombre con el hombre, y que puede denominarse *derecho civil*, siempre que con esta denominación se entienda designar todo el derecho privado, y, por consiguiente, aquella parte del mismo que, refiriéndose á ciertas relaciones privadas, como son, por ejemplo, las que se derivan del comercio, se ha denominado derecho comercial, y separado del derecho civil. Adoptaremos como sinónimas la denominación derecho privado ó derecho civil, entendiendo, sin embargo, expresar el mismo concepto.

284. La personalidad jurídica de cada uno en el círculo del derecho privado, se compone del conjunto de aquellas facultades que son reconocidas y protegidas por la ley positiva, y que constituyen los derechos privados ó civiles del hombre. Estos no pueden considerarse como una creación de la ley. El poder social halla al hombre con sus facultades naturales, y, por consiguiente, con su personalidad natural, pero hace que se le respete reconociendo, declarando y sancionando tales derechos, y reglamentando su ejercicio les da verdadera eficacia. Hay, pues, razón para decir que las leyes civiles transforman la capacidad natural del hombre para los derechos, en capacidad jurídica; la personalidad natural del mismo en personalidad jurídica; pero sería un error evidente pensar que los derechos del hombre, en cuanto se convierten en derechos civiles, pierden su carácter originario y primitivo, y que sólo pueden ser considerados como si fuesen una concesión del legislador, porque han sido reconocidos y garantizados por la ley positiva.

285. Es necesario tener en cuenta que la adquisición de los derechos (sean personales ó patrimoniales), además de presuponer un sujeto que tenga capacidad jurídica para adquirir un derecho determinado, y un objeto idóneo para ser jurídicamente objeto del derecho, presupone un modo legítimo de adquirirlo, esto es, un acto jurídico de que es consecuencia legal la adquisición del derecho.

Toda ley determina los modos de adquirir los derechos, y cuando por razones especiales de interés público ó de interés so-

cial no se pueda justificar la reserva hecha en cuanto á la adquisición de un derecho otorgado exclusivamente á los ciudadanos, conviene admitir que en principio no debe existir ninguna diferencia en este punto entre el extranjero y el ciudadano. Todo el que sea capaz (sin distinción entre ciudadanos y extranjeros) de adquirir un derecho determinado, y realice el acto cuya consecuencia legal sea la adquisición del derecho, debe considerarse como adquirido jurídicamente.

También bajo este aspecto debe admitirse la igualdad de condición jurídica entre el extranjero y el ciudadano. Toda ley que determine el hecho á propósito para la legítima adquisición de un derecho, y que no declare expresamente que sólo el ciudadano tiene aptitud para adquirirlo, debe presumirse aplicable sin distinción entre ciudadanos y extranjeros.

Proponemos, pues, la siguiente regla: «Toda persona capaz para adquirir un derecho civil, ya sea ciudadano ó extranjero, podrá adquirirlo en la forma legítima de adquisición establecida por la ley, salvo que el legislador haya dispuesto expresamente lo contrario.» Fúndase esta regla en el concepto ya expuesto, esto es, en el de que la ley civil, en cuanto reconoce, regula y protege la libertad civil del hombre respecto de la adquisición de los derechos privados, no hace más que reconocer y regular el desenvolvimiento de sus facultades naturales; y así como éstas pertenecen al hombre como tal, así también puede presumirse, en principio, que debe hacerse alguna distinción entre el ciudadano y el extranjero. Es indudable que debe admitirse la autoridad exclusiva de la ley de cada país respecto de los ciudadanos del mismo, pero esta autoridad consiste principalmente en establecer su estado civil y sus derechos personales ó derechos de condición civil. En cuanto á lo demás, debe el precepto legal prescindir de la consideración de que el que quiera realizar el acto idóneo para la adquisición de un derecho, sea ciudadano ó extranjero.

Síguese de lo dicho, que tanto respecto á los modos originarios de adquirir derechos, cuanto de los modos derivativos, debe reputarse en principio al extranjero de la misma condición jurídica que al ciudadano. Debe, pues, ser considerado, como éste, apto para adquirir derechos por sucesión á título universal ó á

título singular, por actos entre vivos ó por causa de muerte, debiendo también concedérsele la adquisición de derechos por ministerio de la ley cuando se halle en ciertas circunstancias, que cuando concurran, sirven, *ope legis*, por sí mismas, para la adquisición de un derecho. Así es que puede adquirir los derechos de servidumbre legal; puede disfrutar la posesión para deducir de ésta consecuencias jurídicas y utilizar los interdictos posesorios que legalmente se derivan de la misma, el beneficio de la prescripción, etc., etc.

286. En lo concerniente al ejercicio de los derechos, debe admitirse como regla general, que así como la persona á quien el derecho corresponde posee la facultad de gozar de él y de exigir que se respete, y considerando que el goce efectivo de un derecho civil consiste en el ejercicio actual del mismo por la persona de que se trate, ó mediante la llamada por la ley á completar la personalidad jurídica del incapacitado, así también el respeto á la personalidad jurídica del extranjero exige que de todos los derechos civiles que á éste correspondan se le asegure el disfrute, lo mismo que se garantiza al ciudadano el de los derechos que le correspondan. Esto no excluye que la soberanía territorial pueda someter el goce efectivo y el ejercicio actual del derecho á ciertas condiciones, cuando la persona que quiera ejercitarla sea un extranjero. Estas condiciones pueden imponerse algunas veces á fin de regular jurídicamente el ejercicio del derecho mismo, otras para proteger el interés de terceros, y alguna, en fin, por el mero interés fiscal. Deben, sin embargo, estar siempre subordinadas á un fin que pueda justificarlas, y no exagerarlas extendiéndolas más allá de sus justos límites, pues de otro modo sucedería que el derecho legítimo de reglamentar el ejercicio podría degenerar en arbitrariedad cuando las condiciones á que el ejercicio mismo se subordine sean tan onerosas que hagan efímero ó ilusorio, y muchas veces imposible, el goce del derecho mismo (1).

(1) En la época en que el goce de los derechos civiles por parte de los extranjeros se consideraba como una concesión generosa del legislador, habiéndose considerado el derecho de contraer ma-

287. En lo concerniente á la conservación y seguridad de los derechos, parece que cuando llegue el caso de poder utilizar un medio establecido por la ley territorial á fin de conservar un derecho civil perteneciente á la persona, podrá ésta, aunque sea un extranjero, valerse del mismo. Los medios establecidos por la ley para conservar y asegurar los derechos, no pueden reputarse establecidos únicamente en beneficio de los ciudadanos. Nosotros consideramos esta regla como fundada en el concepto de que el Estado es por sí mismo un organismo jurídico, y representa la autoridad del derecho; de aquí que una de sus más nobles funciones sea la tutela jurídica de los derechos. Esta tutela no debe considerarse como un objeto de interés nacional, puesto que es por sí misma de interés internacional. No se puede, por consiguiente, sin desconocer los altos fines del Estado, negar al extranjero la facultad de utilizar todos los medios permitidos por las leyes para asegurar, mediante ellos, un derecho. Pueden, pues, hacer uso del embargo, del *jus retentionis*, de los interdictos posesorios y de cualquier otro medio establecido por la ley. Cuando llegue el caso de obtener un reconocimiento forzoso del derecho por medio del ejercicio de una acción judicial, no debe establecerse diferencia alguna entre el ciudadano y el extranjero, porque los Tribunales han sido instituídos para administrar justicia, y esta no es una relación jurídica creada por la ley territorial y cuya existencia deba admitirse sólo para los ciudadanos.

288. En nuestro sistema, es evidente que en ningún caso ni bajo pretexto alguno puede desconocer por completo la soberanía territorial los derechos del extranjero ni negarle su disfrute, pues esto equivaldría á atacar la personalidad jurídica del hombre, la cual, como ya hemos dicho, no es más que la personalidad natural reconocida y protegida por la ley, á que el hombre debe estar sometido por su condición civil y por sus actos civiles. Conviene, pues, considerar como cosa cierta que una ley que niegue completamente al extranjero el goce de sus derechos privados, estará en oposición, no sólo con los principios de la ciencia moderna, sino también con los de la justicia natural y del derecho social.

El atentado contra la personalidad humana, que sería la consecuencia de negar por completo el goce de los derechos civiles á los extranjeros, no podría justificarse, ni aun á título de represalias, negando á aquéllos el disfrute de los derechos que en su país se negase á nuestros ciudadanos, porque así como no puede ser lícito violar los preceptos de la justicia absoluta, ni aun respecto de aquellos que abusando de la libertad los violan respecto de nosotros, así tampoco puede ser cosa lícita el atentado á la personalidad jurídica del hombre.

El interés político y la idea de proteger á los ciudadanos han hecho que prevalezca en ciertos Códigos el principio contrario; así es que en el Código francés se ha elevado á precepto legislativo la represalia jurídica, habiendo dispuesto el legislador en el art. 11, que «el extranjero disfrutará en Francia de los mismos derechos civiles que se hayan concedido ó se concedieren á los franceses por los tratados hechos con la nación á que el extranjero pertenezca.»

Notaremos, sin embargo, que no han faltado escritores que hayan intentado justificar este sistema. Exponiendo Treilhard los motivos de tal disposición, dice que el mejor expediente para obligar á los Gobiernos extranjeros á conceder á los franceses los derechos civiles, es subordinarlo todo á la reciprocidad. Un escritor llega hasta considerar este sistema como «un monumento de profunda sabiduría» (1), y entre los italianos ha llegado Rocco hasta sostener que el ejercicio de los derechos naturales puede

---

trimonio como uno de los derechos naturales del hombre, y admitido como consecuencia que los extranjeros tenían derecho á disfrutar de él, salvo la facultad perteneciente á la soberanía para reglamentar su ejercicio, se exageró tanto esta facultad en Francia, que los extranjeros que querían contraer allí matrimonio estaban obligados á pagar una cantidad tan exorbitante que absorbía en gran parte la dote de la mujer, y no podían los extranjeros gozar de este derecho sin someterse á sacrificar una porción considerable de su patrimonio. Esto equivalió á hacer de hecho ilusorio el goce del derecho.

(1) Sapey, *Les etrangers en France*, p. 161.

negarse al extranjero, para proteger de este modo los intereses de los ciudadanos (1).

Esto no cambia, sin embargo, la esencia de la cosa, porque la represalia jurídica no puede justificarse, ni por la consideración de que se ha elevado á la dignidad de la ley, ni porque haya sido defendido por notables escritores que han considerado el interés como medida del derecho. Todas las teorías han cambiado en este punto, y ha comenzado á comprenderse que el mejor interés de un pueblo civilizado debe ser el de proclamar el derecho y la justicia y asegurar el respeto á los mismos.

289. Lo único que puede racionalmente admitirse es que el goce de ciertos derechos pueda negarse al extranjero, cuando la base de aquéllos sea el estado político ó cuando la limitación se funde en el interés público.

Esto debe decirse del derecho á permanecer en el territorio del Estado y de no poder ser expulsado del mismo por motivos de seguridad interior, que se denomina derecho de residencia *(incolato)* (2). Este derecho es exclusivo del ciudadano, porque se deriva de la relación pública que mediante la ciudadanía se establece entre éste y el Gobierno, y es natural que no corres-

(1) «No debe creerse, escribe, que cuando el Estado á que pertenecen los extranjeros nos niegue á nosotros el ejercicio de alguna facultad, que la naturaleza misma otorgue, no sea lícito hacer exactamente lo mismo en el Reino como represalia, pues no puede pensarse que los extranjeros tengan en el Reino el derecho de sucesión, si no se concede en su país esta misma facultad á nuestros conciudadanos.» *Diritto civile internazionale*, Parte 1.ª, capítulo VIII.

(2) *Incolato* significa más propiamente la relación que se deriva del establecimiento del domicilio. La palabra ha sido adoptada, sin embargo, para denotar el derecho correspondiente al ciudadano de permanecer en el territorio del Estado, y claro que, entendido de este modo, denota un derecho que no puede pertenecer al extranjero porque no es un derecho privado. Este expresa siempre una relación entre particulares y no la que puede mediar entre la persona y el Gobierno, la cual por su naturaleza debe regirse por el derecho público ó por el político, que no son aplicables ciertamente á los extranjeros.

ponda al extranjero. A éste puede pertenecer el derecho de permanecer en el territorio del Estado; pero debe entenderse que sólo le tiene mientras no haya perdido la facultad de permanecer en él, que en resumen es la facultad natural perteneciente á cada hombre del uso inofensivo de su libertad en todo el mundo. Así como la ley civil de cada país puede reglamentar el uso de las facultades naturales del hombre y limitar su ejercicio por razones de interés público, así también se comprende que la ley positiva pueda legitimar en ciertos casos la expulsión de los extranjeros del territorio del Estado.

Algunas leyes atribuyen á la autoridad administrativa ó al poder ejecutivo la facultad de decretar la expulsión de los extranjeros, y contra la cual no tiene éste ningún género de garantías, si esta autoridad y este poder abusa de tales facultades y decreta la expulsión sin motivos razonables. De los principios de la justicia se deriva que, una vez admitido que corresponde al hombre el derecho natural del uso inofensivo de su libertad civil, puede penetrar en un territorio extranjero, vivir en él y no ser expulsado sino por un motivo justificado de interés público ó por una necesidad reconocida. Por consiguiente, para evitar el peligro de que el poder ejecutivo abuse de sus atribuciones, si pudiese expulsar al extranjero sin dar cuenta alguna de este acto, disponen ciertas leyes que el decreto debe ser motivado y que el extranjero puede reclamar ante el Tribunal Supremo y pedir que, oído el Ministerio público, decida si la expulsión se ajusta ó no á la ley (1).

Las limitaciones fundadas en el interés social son diversas, y pueden estar inspiradas por la mayor ó menor desconfianza respecto de los extranjeros. En el Código civil sardo, por ejemplo, había entre las impuestas al extranjero respecto del goce de sus derechos sobre los inmuebles, una limitación, la del art. 28, que les prohibía tomar á renta, en enfiteusis ó en colonia, bienes inmuebles situados á menos de cinco kilómetros de los confines del

(1) Véase la ley holandesa sobre extranjeros de 13 de Agosto de 1849 y mis obras. *Diritto pubblico internazionale*, tomo I, §§ 481 y 671, y *Droit penal international*, tomo I.

Estado. Esta limitación no se ha reproducido en el vigente Código civil; pero hallamos otra relativa al derecho de propiedad, en la disposición que prohibe al extranjero convertirse en propietario absoluto de un buque italiano. Compréndense fácilmente las superiores consideraciones de orden público que justifican esta restricción al ejercicio del derecho de propiedad.

290. De lo dicho se deduce que, según los principios generales del derecho, deben admitirse las reglas siguientes:

a) El extranjero gozará de los derechos civiles que le correspondan, lo mismo que el ciudadano disfruta de todos los que la ley le atribuya;

b) El extranjero deberá reputarse como de la misma condición que el ciudadano en todo lo concerniente á los modos legítimos de adquisición, el ejercicio, la conservación y la seguridad de los derechos, salvo el caso de que la ley disponga formalmente lo contrario (1);

c) Todo ciudadano gozará exclusivamente de los derechos políticos y de todos los que sean consecuencia de su estado público.

291. Dado el orden de ideas por nosotros establecido, es claro que no estamos conformes con aquellos que consideran la disposición del legislador italiano como la última y más liberal expresión de los principios liberales, y mucho menos con Gianzana, que entiende que el art. 3.° de nuestro Código civil, tal como se halla redactado, es «la fórmula que resume cuanto hay de más amplio y liberal en la ciencia y en la doctrina» (2). Nosotros opinamos, por el contrario, que aun no se ha dicho sobre esto la última palabra; que la fórmula que sirvió para redactar el art. 3.° no es, por cierto, de las más felices, y que debió ser sugerida con el fin de que se aceptase la atrevida innovación respecto del derecho preexistente y de evitar las graves discusiones

(1) Bien entendido, que deben considerarse conformes con los principios del derecho y de la justicia las limitaciones legales motivadas por el interés público ó por la tutela del Derecho social.

(2) Gianzana. *Lo straniero nel diritto civile italiano*, tomo I, página 111.

que debían surgir inevitablemente en el seno de la comisión legislativa cuando se tratase de convertir en ley el grandioso concepto que existía en la mente del legislador, esto es, el de reconocer la personalidad jurídica del extranjero en el círculo del derecho privado, y proclamar que debia ser indiferente al tratarse de éste la cualidad de ciudadano ó de extranjero.

Era esta una gran innovación al derecho preexistente en las diversas regiones de Italia y al vigente en los demás países. Era, pues, natural, que no pudiendo aceptarse el nuevo concepto sin rudas luchas, no se haya formulado en toda su amplitud y con entera claridad; sin embargo, si dejando aparte la forma de la redacción se fija la atención en el concepto, ¿quién se atreverá á negar que el art. 3.° del Código italiano se ha informado en principios ampliamente liberales?

Nosotros, sin embargo, comparando lo que nuestro legislador ha proclamado con lo que sancionan respecto de la condición civil de los extranjeros las leyes de todos los países, no podemos por menos de considerar nuestra legislación como la más liberal de todas las existentes.

292. En efecto: en las demás leyes predomina el concepto, no muy correcto por cierto, de que los derechos civiles deben considerarse como una concesión del legislador; que deben estar, por consiguiente, sujetos al beneplácito de éste, y que pueden, por tanto, negarse á los extranjeros, ó á los subordinados á condiciones más ó menos restrictivas, entre las que sobresalen la de la reciprocidad diplomática ó legislativa, y no faltan leyes que subordinan el goce de los derechos civiles á la confesión religiosa del sujeto del derecho, negándolo á los que profesan una religión determinada (1).

(1) Según la ley de 1840, que ha regido por mucho tiempo en Rumanía, estaba expresamente prohibido á los israelitas adquirir bienes inmuebles, y aunque formasen parte de una sociedad mercantil, sólo se les concedía la facultad de adquirir inmuebles urbanos.

Sólo la ley de 13 de Octubre de 1879 borró estas injustificadas restricciones, y abolió toda diferencia en cuanto al goce de los de-

Ya hemos dado una idea de la ley francesa. Según ésta, el goce de los derechos civiles no es un derecho absoluto del hombre civilizado, sino que lo es solamente para el francés, atribuyendo, en efecto, el goce de dichos derechos de un modo absoluto únicamente á los franceses, disponiendo, respecto del extranjero, lo que en otro lugar hemos indicado. Ateniéndose á la letra de aquella ley, sería necesario admitir que una persona perteneciente á un país con el que Francia no hubiese estipulado tratado alguno relativo al goce de los derechos civiles respecto de los franceses, se hallaría en Francia en condición de no disfrutar ninguno de estos derechos. Hé aquí la anomalía que resulta de querer subordinar las reglas de derecho á los intereses nacionales. Un hombre puede hallarse en condición de no poseer jurídicamente ningún derecho civil cuyo goce pueda pretender en un país civilizado como Francia.

293. A fin de evitar semejante anomalía, han reproducido los escritores franceses la antigua distinción entre los derechos civiles y los de gentes, designando con la primera denominación los derechos establecidos para los ciudadanos, y han sostenido como consecuencia, que según el Código francés, deben considerarse los extranjeros excluídos del goce de estos derechos, los cuales se han establecido exclusivamente para los ciudadanos. ¿Pero cuáles son estos derechos? Aquí comienza la confusión de todo punto inevitable, porque faltan criterios jurídicos para resolver la cuestión de un modo cierto y seguro. Se ha dicho, por ejemplo, que el derecho de disponer de la propiedad debe considerarse como un derecho de gentes si se trata de disponer mediante un pacto ó contrato, porque los contratos son de derecho de gentes, y como un derecho civil si se trata de disponer por testamento, porque este modo de disponer de la propiedad se ha establecido y debe regirse por el derecho civil. Con tal distinción se ha llegado hasta negar en Francia al extranjero el derecho de

rechos civiles entre las personas que pertenecían á diferentes confesiones religiosas. Véase el *Anuario de legislación extranjera*, 1880, p. 759.

suceder y el de transmitir la herencia, aduciendo una razón que aquél sólo puede gozar de éste bajo la condición de la reciprocidad estipulada mediante un tratado.

Sin embargo, fijando la atención en que el derecho á la propiedad es el derecho natural más cierto, y en que, como tal es un derecho de gentes, que el derecho de disponer de la propiedad es uno de los elementos integrantes y esenciales del de propiedad, y que es también, por consiguiente, un derecho de gentes; que el de disponer de la propiedad en la forma establecida por la ley á que la persona está sujeta, es un derecho natural del hombre, y como tal, un derecho de gentes; que el derecho de ser ciudadano de un Estado es un derecho natural del hombre, y por lo mismo un derecho de gentes, se llega á la conclusión de que, si la ley del Estado de que uno es ciudadano en uso de su libertad natural, le concede poder disponer, mediante testamento, el que lo haya hecho del modo establecido por la ley á que está sujeto, habrá ejercitado un derecho natural ó de gentes, esto es, el de disponer de su propiedad en la forma establecida por su ley personal, y por consiguiente, podría sostenerse que el derecho de disponer por testamento debe considerarse también como de derecho de gentes.

Hemos llamado la atención sobre estas cosas á fin de evidenciar que la famosa distinción entre los derechos privados del hombre, según el derecho de gentes y el civil ante la ley positiva que rige las relaciones entre los hombres, ha contribuído, en parte, á que aparezca la anomalía existente en aquellas leyes que, como la francesa, desconocen la personalidad jurídica del hombre. Queriendo evitar el absurdo, se ha procurado limitar la transcendencia del precepto legislativo, alegando que no se refería á los derechos pertenecientes al extranjero, que deben considerarse fundados en el derecho de gentes.

294. Ya es tiempo de que estas distinciones inútiles desaparezcan del campo de la ciencia. El hombre posee la facultad de hacer todo lo que le es necesario para realizar su fin social. Cada facultad de éstas constituye un derecho propio. Mientras esta facultad sólo es protegida por la ley moral, es un derecho natural para el hombre; mas cuando es reconocida, declarada y

protegida por la ley positiva ó civil, constituye un derecho civil propio. Los derechos civiles del hombre no son más que sus facultades naturales reconocidas, declaradas y protegidas por la misma ley. La distinción de los derechos privados y civiles del hombre en derechos establecidos por el de gentes y derechos consignados en las leyes civiles, no tiene fundamento jurídico, y no puede servir para decidir acerca de aquellos cuyo goce deba concederse á los extranjeros.

Nosotros entendemos que la única diferencia que puede establecerse es la de derechos, cuya adquisición está reservada por expresa disposición de la ley al ciudadano, y derechos que, no habiendo hecho la ley reserva alguna respecto de dicha adquisición, puede esta obtenerse por todo el que realice el acto, cuya consecuencia, según la ley, es la adquisición del derecho. Es evidente que el goce de los derechos de la primera clase debe reservarse á los ciudadanos, puesto que sólo ellos han sido por expresa disposición de la ley declarados hábiles y capaces para adquirirlos.

295. No creemos oportuno discurrir aquí respecto de las diferencias existentes entre el derecho positivo acerca de la condición jurídica del extranjero según las leyes positivas de los diversos países, y sólo haremos notar que la dirección dada por el legislador francés ha falseado el justo concepto en esta materia, y que habiendo prevalecido en la mayor parte de aquéllos el falso concepto de que los derechos privados del hombre han sido creados por la ley positiva (en vez de aquel que nosotros reconocemos como verdadero, á saber: que la ley positiva no los crea, puesto que los derechos del hombre existen antes de que aquélla los declare, sino que los reconoce, los regula, los protege y los transforma en derechos civiles), se ha llegado hasta considerar al extranjero como un sér sin personalidad jurídica ante la ley del Estado, y á admitir que sus derechos pueden reducirse á los límites establecidos por la voluntad del legislador.

296. En Inglaterra fué peor la condición jurídica del extranjero que en todos los demás países hasta el año 1870. Hasta 1843 se le negaba el derecho á poseer inmuebles; pero aquella ley le concedió el derecho de poder tomar en arrendamiento

los inmuebles destinados al ejercicio de su industria ó á las necesidades de su familia, con tal que el goce no se prolongase más de ventiún años. Negábasele además por completo el derecho de adquirir ó de transmitir la propiedad de los inmuebles. La ley de 1870 ha hecho desaparecer tan grave anomalía y ha dispuesto lo siguiente:

«Art. 2.° El extranjero será asimilado á los ciudadanos ingleses en lo concerniente á la posesión, disfrute, adquisición y transmisión por todos los medios legales, de la propiedad de los muebles y de los inmuebles.

Sin embargo, el goce de la propiedad inmueble no le atribuye, ni la capacidad de las funciones públicas, ni la elegibilidad para los cargos parlamentarios ó municipales, ni el derecho electoral.

Dicho goce no le confiere en realidad derecho ni privilegio alguno fuera de los que constituyen la esencia de la propiedad.

Art. 14. El extranjero está incapacitado para ser propietario de un buque inglés.

Art. 18. La capacidad del extranjero para adquirir bienes inmuebles en las colonias, estará regida, como antes, por las diversas leyes coloniales» (1).

No creemos oportuno entrar aquí en pormenores y exponer detalladamente cuál es la condición del extranjero en la actualidad ante la ley inglesa, y con arreglo á las de los demás países, porque esta exposición nos obligaría á extensas disertaciones, y si quisiéramos ser breves, no podríamos evitar el grave inconveniente de la falta de precisión y de claridad. Parece, pues, el mejor partido referirnos á los autores que han tratado de este asunto (2), y limitarnos aquí á decir únicamente cuál es la condición jurídica del extranjero según nuestra ley.

---

(1) Véase el texto de la ley en el *Anuario de legislación comparada*, tomo I. y una exposición de la misma en la *Revista de Derecho internacional*, 1871. p. 601.

(2) Respecto de la condición de los extranjeros, pueden consultarse:

Para Austria: Stoerk, *Journal du Droit international privé*,

297. La disposición del art. 3.º del Código civil que se refiere á la condición del extranjero ante nuestra ley, tal como ha sido interpretada por la doctrina y la jurisprudencia, expresa la completa é incondicional igualdad entre el extranjero y el ciuda-

---

1880 p. 329 y las referencias; Beauchet, *Perte et acquisition de la nacionalité autrichienne*, 1883, p. 362; Lombard, ibid., 1887, página 210.

Para Bélgica: Haus, *Du droit privé, qui régit les étrangers en Belgique*; Lippeps, *Législation civile sur les droits dont les étrangers jouissent en Belgique*; Laurent, *Droit civil international*, tomo II y sig.; Borchrave, *Droit des auteurs et des artistes étrangers; Journal du Droit intern. privé*, 1887, 403.

Para Dinamarca: Hinderburg, *De la situation légale des societés étrangeres; Journal du droit int. privé*, 1884 p. 35; *De l'execution des jugements étrangers*, 1880, p. 368.

Para Francia: Demangeat, *Histoire de la condition civile des étrangers en France*; Legat. *Code des étrangers ou Traité de la legislation française concernant les étrangers*; Sapey. *Les étrangers en France sous l'ancien et le nouveau droit*; Gand, *Code des étrangers*; De Royer. *De la condition civile des étrangers en France*; Durand, *Essai du Droit int. privé* (primera parte); Laurent. *Droit civil int.*, tomo II; Folleville. *De la condition juridique des étrangers en France*; Renault, *De la succession ab intestato des étrangers en France*, en el *Journal du Droit international privé*, 1875, pág. 329.

Para la Gran Bretaña: Le Baron. *Le code des étrangers*; Westoby, *Résumé de la législation anglaise*; Westlake, *La doctrine anglaise en matiere de droit int. privé, Journal du Droit int. privé*, 1881, p. 312; 1882, p. 5 y en la *Revue du Droit int. privé*, 1882, página 285 á 307; Pavitt, *Competence des Cours anglaises particulierement á l'égard des étrangers, Journal du Droit int. privé*, 1885, página 505; Stephen, *New commentaires on the law of England*; Harrison, *Conflit de lois particulierement en Angleterre, Journal du Droit int. privé* 1880, p. 417 y 533.

Para Alemania: Gianzana, *Lo straniero nel diritto civile*, legislación comparada, tomo I, p. 210; Hænel, *Situation légale des enfants étrangers en Allemagne, Journal du Droit intern. privé*, 1884, p. 477; Laurent, *Droit civil intern.*, tomo II; Lawrence, *Commentaire sur Wheaton*, tomo II, p. 83; Heyssner, *Execution des jugements etrangers dans l'empire d'Allemagne, Journal du Droit international privé*, 1882 p 25

dano en todo lo concerniente al derecho privado. En efecto, no sólo en cuanto al goce de los derechos adquiridos por uno y otro, sino también respecto de lo concerniente á la adquisición, salvo los casos en que nuestra ley reserva al ciudadano la facultad de

---

Para Italia: Gianzana, *Lo straniero nel diritto civile italiano*; Esperson, *Droit int. pr. dans la leg. ital., Journ. du D. int. privé*, 1879, p. 329 y años siguientes.

Para el Perú: *De la condition legale des étrangers au Perou*, por Pradier-Fodéré, en el *Journal du Droit int. priv.*, 1878, p. 345 y 577.

Para la Prusia: Stoerk, *De la condition legale des étrangers en Prusse, Journ. du Droit int. priv.*, 1883, p. 5.

Para Portugal: Mello-Freire, *Inst. juris civil.*

Para Holanda: Asser, *Droit intern. priv.*, traducido por Rivier-Hingst, *Jurisprudence des Cours et Tribunaux des Pays-Bas en matiere de droit international; Revue de Droit intern.*, 1882, página 414 á 435.

Para Rumania: Suliotis, en el *Journ. du droit int. priv.*, 1887, 430, y *Loi du 13 Octobre 1879 revisant article 7.º de la Constitution* en el *Ann. de leg. étrang.*, 1880, p. 759, y las noticias acerca de las leyes vigentes respecto de los extranjeros, *ibid.*

Para Rusia: Lehr, *De la force obligatoire de la legislation civile russe au point de vue du droit international, Journ. du Droit intern. priv.*, 1877, p. 205; Witte, *Die Rechtsverhältnisse der Ausländer in Russland.*

Para Servia: Paulowich, *Condition juridique des étrangers en Servie, Journ. du D. int. priv.*, 1884, p. 140.

Para España: Torres Campos, *Principios de Derecho internacional privado en sus relaciones con el Derecho civil de España*; Torres y Aguilar, *Derecho intern. priv. según la legislación española. Journ. du Droit int. priv.*, 1879, p. 27; Lehr, *Les elemens du droit civil espagnol.*

Para Suecia: Dareste, *Condition legale des étrangers en Suède, Journ. du Droit int. priv.*, 1880, p. 434, y Olivecrona, *Mariage des étrangers en Suède, ibid.*, 1883, p. 343

Para Suiza: Véase *Recueil des constitutions federales et continentales en vigueur au primer Janvier* 1880; *Loi federale sur la capacité civile du 22 Juin* 1881 *en vigueur depuis le primer Janvier* 1882; *Code federal des obligations decreté par le Conseil des États le* 10 *Juin* 1881 *et par le Conseil National le* 14 *Juin* 1881 *executoire á partir du primer Janvier* 1883, en el *Ann. de leg. etrangère*, año

adquirir un derecho determinado (disponiendo formalmente que la cualidad de ciudadano es una de las condiciones para la adquisición del mismo, ó prohibiendo de un modo expreso al extranjero la adquisición de un derecho determinado), se admite que, cuando el extranjero tenga capacidad con arreglo á su ley nacional, se halla en la misma condición jurídica que el ciudadano.

298. En nuestra legislación no se ha señalado limitación alguna para el extranjero respecto de lo concerniente á la adquisición de los derechos sobre bienes muebles é inmuebles, excepto la de adquirir por completo la propiedad de un buque italiano. El extranjero puede llegar á ser, por consiguiente, propietario de minas, de establecimientos industriales, de una obra de arte, de una marca de fábrica, etc., observando las formalidades legales á que está subordinada la adquisición del derecho. Adquiriendo la propiedad, adquiere además todos los derechos que se derivan, *ope legis*, del de propiedad, como por ejemplo, los derechos de servidumbres legales. No puede negarse tampoco la adquisición del mismo derecho de propiedad mediante la prescripción en los casos en que puede adquirirlo el ciudadano.

1882, p. 520; Lher, *Des successions d'étrangers dans le Canton du Valais*, *Journ. du Droit int. priv.*, 1877, p. 523, y 1883, p. 13; König, *Des droits des étrangers en Suisse en matiere de marque de fabrique et de commerce*, *ibid.*, 1883, p. 585; Martin, *De la capacité civile au point de vue du droit int. priv. selon la législation federal Suisse ibid*, 1883, p. 29.

Para Trípoli: Véase el Tratado de 12 de Febrero de 1873 entre la Gran Bretaña, Francia, Italia y Turquía, que restableció allí la aplicación de las capitulaciones.

Para Turquía: Véanse las capitulaciones, y á Gavillot, *Essais sur les droits des europeens en Turquie et en Egypte*, París, 1875; Gatteschi, *Manuale di diritto pubblico e privato mussulmano*; Feraud-Giraud, *De la jurisdiction française dans les Échelles de Levant*, y Contuzzi en el *Digesto italiano*, voz *Scali del Levante*.

En el *Journal du Droit international privé* y en el *Annuaire de legislation étrangère* se encontrarán muchos informes y noticias acerca de la condición de los extranjeros y de la aplicación hecha por las leyes de los diversos países, en las cuestiones en que han estado interesados extranjeros, y también se insertan las leyes que han provisto á la reglamentación de la condición de los mismos.

El derecho de adquirir por sucesión, por donación ó por testamento, debe, pues, atribuírsele sin oposición de ningún género y sin subordinarlo á condición alguna, lo mismo que los derechos accesorios, que según nuestra ley deben comprenderse en el derecho principal. No puede, pues, ponerse en duda que el extranjero debe gozar del derecho de hipoteca legal en los casos comprendidos por nuestra ley y que pueden serle aplicables. Tales son el de la hipoteca debida al vendedor ó al que enajena, sobre los inmuebles enajenados, para el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de la enajenación, y el de la hipoteca constituída á favor de los socios coherederos y otros copartícipes sobre los inmuebles propios de la herencia, sociedad ó comunidad para el pago de los resarcimientos y compensaciones.

Suponiendo, pues, que un extranjero vendiese un inmueble de su propiedad á un italiano y le concediese un plazo para el pago del precio, el registrador de las hipotecas deberá, en este caso, con arreglo al art. 1.985 de nuestro Código, inscribir de oficio, al transcribir la escritura de enajenación, la hipoteca legal (establecida por el art. 1.969) á favor del vendedor extranjero, y cuando hubiese omitido este requisito, tendrá dicho vendedor, lo mismo que el italiano, derecho á proceder contra el registrador, para el resarcimiento de daños que hubiesen sido consecuencia de la omisión mencionada.

Lo mismo debería decirse en la hipótesis de que en una sucesión regida por nuestro derecho, uno de los coherederos fuese extranjero, ó que lo fuese uno de los socios de una compañía ó de otra comunidad cualquiera regida por nuestra ley. También en estos casos correspondería al extranjero el derecho de hipoteca legal para el pago de resarcimientos y compensaciones.

299. En lo que se refiere á los derechos de índole civil y personales, debemos notar que el extranjero puede gozar de ellos en Italia y ejercer todos los derechos personales que le correspondan con arreglo á su ley nacional, salvo el caso de la limitación impuesta por el art. 12 de las Disposiciones generales de las leyes, que no considera eficaz la ley extranjera en cuanto atribuya

á las personas derechos que estén en oposición con las leyes italianas que se refieran de cualquier modo al orden público ó á las buenas costumbres (1).

No puede surgir, pues, duda alguna, según nuestro derecho, acerca de que el extranjero, cuando sea capaz para ello, puede adoptar y ser adoptado, ser tutor y miembro del consejo de familia, con tal que se halle en condiciones que hagan posible el ejercicio de tales derechos.

Puede además ser árbitro, y el legislador ha tenido buen cuidado de evitar toda duda respecto de este punto, disponiendo expresamente en el art. 10 del Código de procedimiento civil, que todo individuo, sea *ciudadano* ó *extranjero*, puede ser nombrado árbitro. Puede también ser testigo en todos los actos públicos, con tal que tenga establecida su residencia en el reino. En efecto, al tratar el art. 788 del Código civil acerca de los testigos para los testamentos, dice que deben ser mayores de veintiún años, ciudadanos ó *extranjeros residentes en el reino*, y en la ley del Notariado se ha sancionado como regla general en el art. 42, que «los testigos deben ser mayores de veintiún años, ciudadanos ó extranjeros residentes en el reino».

300. El derecho de comparecer ante los Tribunales en calidad de actor sin estar sujeto á ninguna obligación de prestar caución para los gastos del juicio, lo tienen también indiscutiblemente en Italia los extranjeros.

Hay en nuestra legislación una disposición verdaderamente liberal respecto del extranjero, á saber: la consignada en la ley de 6 de Diciembre de 1865, modificada por la de 19 de Julio de 1880, y que se refiere á la defensa como pobres. Establece esta ley que todos aquellos que no tengan medios para pagar los gastos que puedan ocurrir al hacer valer sus razones en juicio, puedan obtener del Gobierno los gastos á crédito y el beneficio de declaración de pobreza. De esta ventaja pueden difrutar también

(1) Respecto de la recta interpretación del art. 12, expreso mi parecer en mi obra *Sulle disposizioni generali del Codice civile*, tomo II, págs. 1.ª y sig.

los extranjeros, habiendo dispuesto expresamente el legislador en el art. 8.º de la mencionada ley de 1865, que todos aquellos que se hallen en las condiciones prescritas en el art. 9.º, incluso *los extranjeros*, sean admisibles á la defensa por pobres.

No sólo está, pues, el extranjero exento de prestar la *cautio judicatum solvi* ó *cautio pro expensis*, sino que, si fuese pobre y se encontrase en las condiciones consignadas por la ley, según las cuales podría un italiano conseguir la defensa por pobre y la anticipación de los gastos del juicio hecha por el Gobierno, podría también el extranjero obtener esta ventaja.

Nuestras leyes relativas al procedimiento y á los juicios establecen las reglas respecto de la competencia de los Tribunales y del procedimiento, y no es este el lugar de exponerlas, haciendo notar solamente que el extranjero que tenga capacidad jurídica para ser actor y que se encuentre en las condiciones que, con arreglo á nuestra ley, pueden atribuir la competencia á nuestros Tribunales, deberán pedir que éstos decidan cualquier cuestión judicial que surja, sin hacer diferencia alguna por lo que se refiere á la forma del procedimiento, porque el demandado sea ciudadano ó extranjero.

301. Finalmente, en cuanto á los medios permitidos por nuestra ley para conservar y asegurar los derechos, parece que la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país están de acuerdo en admitir que el extranjero puede utilizar la disposición de nuestro Código civil y del de procedimiento, para obtener, cuando llegue el caso, el secuestro judicial ó conservativo contra otro extranjero ó contra un italiano (1).

Este derecho ha sido ampliamente reconocido por los Tribunales italianos, habiendo éstos admitido que puede obtenerse secuestro conservativo aun cuando penda un litigio en el extranjero acerca de la subsistencia del crédito por el que se ha pedido el secuestro de los bienes del presunto deudor existente en el

(1) No es esta ocasión de tratar á fondo la cuestión de cuándo puede ejercitarse este derecho; trataremos de ella en su lugar oportuno, remitiendo ahora al lector el citado libro de Gianzana, *Lo straniero nel Diritto civile*, tomo II, §§ 250 y sig.

reino (1), y que puede obtenerse por un extranjero contra otro extranjero, aunque ni uno ni otro tengan residencia en Italia (2).

Es, pues, indiscutible que el extranjero tiene derecho á pedir á nuestros Tribunales todas las medidas provisionales permitidas por nuestra ley para asegurar los derechos.

No entramos en otros particulares, porque lo dicho es suficiente para dar una sucinta idea del sistema verdaderamente liberal sancionado entre nosotros por la ley y por la jurisprudencia, y para mostrar que la condición jurídica del extranjero es de hecho igual en Italia á la del ciudadano.

---

(1) Véase Tribunal superior de Mesina, 10 de Diciembre de 1877 (Cooper contra Beek), y Parisi, *Temis Zancleense* 1877, 15.

(2) Véase Casación de Turín, 25 de Junio de 1870 (Cancio contra Pérez); Weber Gotz, *Giurisprudenza torinese*, 1870, p. 490.

CAPITULO II

De las personas jurídicas extranjeras.

302. Las personas jurídicas son una creación de la ley.—**303.** Principales categorías de las mismas.—**304** Su condición jurídica puede estudiarse bajo diferentes puntos de vista.—**305.** Con qué criterios debe determinarse su carácter de nacionales ó extranjeros.—**306** Del disfrute y del ejercicio de sus derechos en el extranjero.—**307.** Doctrina de Laurent.—**308.** Teoría del Tribunal de casación francés.—**309** Opinión de Mancini.—**310.** De Ricci, Pierantoni y Bianchi.—**311.** Doctrina contraria de Merlín —**312.** Brocher.—**313.** Gianzana.—**314.** Teoría adoptada por el Tribunal de casación de Turín.—**315.** Lomonaco.—**316.** La cuestión tal como ha sido propuesta ha dificultado la posibilidad de llegar á conclusiones precisas.—**317.** No puede admitirse la asimilación entre las personas naturales y las jurídicas —**318.** Nuestra opinión.—**319.** Las personas jurídicas deben ser admitidas al beneficio de la vida internacional.—**320.** Cómo deben protegerse los derechos de soberanía y los de terceros.—**321.** Admítese una especie de estatuto personal para las personas morales, pero considerado indispensable su previo reconocimiento.—**322.** Del ejercicio de los derechos de las entidades morales extranjeras reconocidas y de la aplicación de la ley territorial.

302. El hombre es por sí mismo un sér capaz de obligar á los demás para consigo y de obligarse para con ellos, por cuya razón es el individuo humano el tipo natural del sujeto del derecho, ó como dice Justiniano, el ente por el que existe el derecho.

La ley positiva ha *creado*, sin embargo, á imitación de la persona física, la persona jurídica ó moral; y decimos *creado*, porque, en realidad, las entidades que, sin tener capacidad natural para ser sujetos de derecho, tienen, sin embargo, la capacidad para los derechos á consecuencia de habérseles atribuído ésta por la ley, deben reputarse como si hubieran sido artificialmente creadas por esta.

No creemos oportuno discutir aquí cuáles sean las personas

reino (1), y que puede obtenerse por un extranjero contra otro extranjero, aunque ni uno ni otro tengan residencia en Italia (2).

Es, pues, indiscutible que el extranjero tiene derecho á pedir á nuestros Tribunales todas las medidas provisionales permitidas por nuestra ley para asegurar los derechos.

No entramos en otros particulares, porque lo dicho es suficiente para dar una sucinta idea del sistema verdaderamente liberal sancionado entre nosotros por la ley y por la jurisprudencia, y para mostrar que la condición jurídica del extranjero es de hecho igual en Italia á la del ciudadano.

---

(1) Véase Tribunal superior de Mesina, 10 de Diciembre de 1877 (Cooper contra Beek), y Parisi, *Temis Zancleense* 1877, 15.

(2) Véase Casación de Turín, 25 de Junio de 1870 (Cancio contra Pérez); Weber Gotz, *Giurisprudenza torinese*, 1870, p. 490.

CAPITULO II

De las personas jurídicas extranjeras.

302. Las personas jurídicas son una creación de la ley.—**303.** Principales categorías de las mismas.—**304** Su condición jurídica puede estudiarse bajo diferentes puntos de vista.—**305.** Con qué criterios debe determinarse su carácter de nacionales ó extranjeros.—**306** Del disfrute y del ejercicio de sus derechos en el extranjero.—**307.** Doctrina de Laurent.—**308.** Teoría del Tribunal de casación francés.—**309** Opinión de Mancini.—**310.** De Ricci, Pierantoni y Bianchi.—**311.** Doctrina contraria de Merlín —**312.** Brocher.—**313.** Gianzana.—**314.** Teoría adoptada por el Tribunal de casación de Turín.—**315.** Lomonaco.—**316.** La cuestión tal como ha sido propuesta ha dificultado la posibilidad de llegar á conclusiones precisas.—**317.** No puede admitirse la asimilación entre las personas naturales y las jurídicas —**318.** Nuestra opinión.—**319.** Las personas jurídicas deben ser admitidas al beneficio de la vida internacional.—**320.** Cómo deben protegerse los derechos de soberanía y los de terceros.—**321.** Admítese una especie de estatuto personal para las personas morales, pero considerado indispensable su previo reconocimiento.—**322.** Del ejercicio de los derechos de las entidades morales extranjeras reconocidas y de la aplicación de la ley territorial.

302. El hombre es por sí mismo un sér capaz de obligar á los demás para consigo y de obligarse para con ellos, por cuya razón es el individuo humano el tipo natural del sujeto del derecho, ó como dice Justiniano, el ente por el que existe el derecho.

La ley positiva ha *creado*, sin embargo, á imitación de la persona física, la persona jurídica ó moral; y decimos *creado*, porque, en realidad, las entidades que, sin tener capacidad natural para ser sujetos de derecho, tienen, sin embargo, la capacidad para los derechos á consecuencia de habérseles atribuído ésta por la ley, deben reputarse como si hubieran sido artificialmente creadas por esta.

No creemos oportuno discutir aquí cuáles sean las personas

jurídicas, y cuáles los elementos esenciales de su personalidad, y sólo diremos que la persona moral es una entidad organizada á la que la ley atribuye la personalidad jurídica, una condición civil, y cierta capacidad para los derechos, á fin de que pueda tener la facultad de servirse de los medios á propósito para conseguir el fin de su institución.

303. Todas estas personas pueden reducirse á dos categorías generales:

a) Asociación de hombres reunidos con el beneplácito del Estado para un fin útil y determinado *(societas, collegium, ordo)*, al que el Estado atribuye la personalidad jurídica, que es, por sí misma, muy distinta de la de las personas físicas; esto es, de la de los hombres que la forman;

b) Agregado de bienes ó de derechos coordinados y destinados á realizar un fin útil *(universitas bonorum)*, de donde resulta una institución, una fundación, un establecimiento, al que el Estado atribuye personalidad y capacidad para ejercitar ciertos derechos, á fin de que consiga mejor el fin á que está destinado.

El Estado es la persona jurídica mayor y la más importante de todas, y por esto se dice comunmente que es una persona de pleno derecho.

En la sociedad civil son también considerados por disposición de la ley como personas, el Municipio, la provincia y las secciones en que se divide el Estado y que representan un conjunto de intereses colectivos. Han sido considerados además como personas ciertos institutos civiles ó eclesiásticos, que fueron calificados como tales por estar destinados á producir ciertas utilidades públicas reconocidas, y sería verdaderamente inútil enumerarlos, porque, al atribuir á cada cual la personalidad jurídica, hace cada soberanía amplio uso de su autonomía, y son tantas en los diversos países las entidades morales reconocidas como personas, cuantos son los criterios que prevalecen respecto de las utilidades públicas reconocidas, en consideración á las cuales puede juzgarse conveniente atribuir personalidad jurídica á ciertas entidades.

Podemos, pues, establecer como regla que, según la ley positiva, deben considerarse como personas jurídicas todas las entidades organizadas y legalmente reconocidas, á las que la ley atribuye capacidad para algunos derechos.

304. Esto supuesto, conviene tener en cuenta que la condición civil de las personas morales puede estudiarse bajo dos puntos de vista:

1.° Por lo que se refiere á su organización y á la existencia de su personalidad jurídica;

2.° Por lo que respecta al ejercicio y al disfrute de los derechos que la ley les concede.

Bajo el primer punto de vista, debe resolverse la cuestión con arreglo á la ley interior del Estado de que forme parte la persona moral. Conviene referirse, en efecto, á aquélla cuando se trate de decidir si la persona jurídica tiene ó no existencia legal, y para determinar cuál debe ser la capacidad jurídica atribuída á esta persona.

305. Debemos notar aquí que, así como cada individuo pertenece á un Estado y uno de los elementos principales de su estado civil es su condición de ciudadano ó extranjero, debe decirse lo mismo de las personas jurídicas, las cuales, ó forman parte del Estado y deben reputarse nacionales, ó no forman parte de éste y deben considerarse extranjeras.

Pero ¿cuáles son los elementos de que debe deducirse el carácter de nacionalidad ó extranjería, cuando se trata de una sociedad, de una *universitas personarum* ó de una *universitas bonorum?*

Todo ente moral tiene una personalidad, una existencia jurídica propia y distinta de la de los individuos que componen la corporación, y su carácter de nacional ó de extranjero. Debe, pues, ante todo investigarse este carácter y cualidad para determinar sus relaciones con la ley propia.

Del mismo modo que los individuos son ciudadanos ó extranjeros, y es la ciudadanía la que determina su relación con el estatuto personal, así también las personas jurídicas, las corporaciones, las universalidades de cualquier clase que sean, ó son nacionales ó extranjeras, y esta calificación es la que establece *prima facie* la relación con su propia ley.

Pero ¿cuáles son los elementos de que debe deducirse el carácter nacional ó extranjero de una institución?

A este respecto, debe observarse que la personalidad jurídica de una institución no se funda en la de los miembros que la forman, individualmente considerados, ni en la de todos ellos, tomados colectivamente. De aquí que no podría calificarse como extranjera una institución sólo porque todos los miembros que la compusieran fuesen extranjeros. No pueden, en efecto, confundirse las calificaciones jurídicas de los individuos *uti singuli* con las calificaciones jurídicas de la entidad moral *uti universitas*. No adquiriendo una institución la personalidad jurídica sino por un acto del poder supremo del lugar en donde recibe su existencia, es el acta de fundación de la institución misma la que conviene examinar para decidir si debe reputarse nacional ó extranjera. Si el acta de fundación, que atribuye la personalidad jurídica á la institución, emana de la soberanía nacional, dicha institución debe considerarse como nacional, aunque los miembros que la componen sean todos extranjeros; pero si el acta de fundación emana de una soberanía extranjera, y después, bien por las buenas relaciones existentes entre los Estados, ó por la regla de derecho que prevalece en un país de reconocer la personalidad originaria de dichas entidades, se las hubiese admitido á ejercitar sus derechos en el Estado, la institución conservaría siempre su carácter de extranjera, aunque por la sucesiva subrogación de sus miembros llegase un tiempo en que todos fuesen nacionales. La personalidad jurídica de una institución es, pues, siempre independiente de la cualidad de sus miembros, y no cambia su naturaleza por el cambio de las personas que la componen; depende completamente de su acta de fundación y debe referirse exclusivamente á la soberanía en el territorio sometido al poder supremo.

306. La cuestión bajo el segundo punto de vista, esto es, de aquel que se refiere al goce y al ejercicio de los derechos atribuídos á las personas jurídicas, con arreglo á la ley por que fueron creadas, presenta mayores dificultades, no tanto frente á la ley del Estado que la dió vida jurídica, cuanto ante la de los

demás Estados, ni en los que una persona jurídica quiera extender su actividad y gozar y ejercitar sus propios derechos.

Dicen algunos que los mismos principios que regulan el goce y el ejercicio en el extranjero de los derechos correspondientes al hombre, deben regular también el de los atribuídos por la ley á la persona jurídica. Otros lo niegan en absoluto y sostienen en principio que las personas jurídicas legalmente constituídas con arreglo á la ley del Estado no pueden aspirar á la vida jurídica internacional, puesto que así como éstas existen sólo cuando son reconocidas y autorizadas por el soberano territorial, así también no pueden aspirar á gozar de dicha personalidad, sino en el territorio del Estado por que han sido reconocidos y autorizados, y en los demás Estados, no teniendo una existencia jurídica natural, ni pudiendo obtenerla sino en virtud de la autorización otorgada por el poder supremo con arreglo á la ley, no pueden tener existencia y vida jurídica sino cuando hayan sido reconocidos y autorizados por la soberanía imperante.

De estos principios deducen los escritores que la capacidad jurídica de las personas morales falta por completo fuera del Estado que las dió vida, porque, así como no es posible la capacidad jurídica sin una persona á la que pueda atribuirse, y las personas jurídicas no tienen vida propia, sino que la adquieren cuando son legalmente reconocidas por la autoridad pública competente, bajo las condiciones y por los medios previstos por la ley, así también debe reputarse indispensable, para que puedan tener capacidad jurídica en país extranjero, que sean previa y regularmente reconocidas y autorizadas por el funcionario público competente en el país.

307. Entre los que sostienen esta teoría debemos citar á Laurent, que después de haber demostrado ampliamente que existe una diferencia radical entre las personas físicas y las jurídicas (1), tanto en lo que respecta á su aptitud para ser sujetos de derecho, cuanto lo que concierne á los derechos de que pueden

(1) Laurent, *Droit civil international*, tomo IV, núms. 72 y siguientes.

disfrutar, fundándose en el concepto de que sólo el legislador puede crear las personas jurídicas, y que éste no puede tener tal autoridad sino dentro de los límites del territorio en que impera, deduce de aquí que las personas jurídicas no deben tener ningún derecho en el extranjero, porque no tienen existencia legal (1). La corporación, dice el insigne publicista, debe su existencia á la ley, y ésta sólo puede reconocerla dentro de los límites del territorio en que impera. El legislador no podría, aunque quisiera, darle existencia universal, porque esta existencia es una ficción, y la ficción implica el reconocimiento del legislador como tal. Para que haya una fiección universal, es necesario un legislador que también lo sea, y á falta de un legislador que extienda su poder á todas las naciones, sería necesario que la ficción fuese aceptada por las demás; una ficción creada por la ley en un país no tiene existencia en los demás mientras éstos no la hayan reconocido; una ficción universal creada por la voluntad de un solo legislador es una imposibilidad jurídica; luego todo lo que dicen los autores respecto de que las personas jurídicas existen y ejercitan sus derechos por do quiera, es una verdadera herejía (2).

Partiendo de estos principios, dice este escritor, que la cuestión de los derechos de que pueden gozar las personas jurídicas en el extranjero, planteada en términos generales, es un absurdo jurídico, y añade: «La cuestión de derechos de las personas jurídicas no puede ni siquiera plantearse respecto de aquellas que no han sido reconocidas; pues, en este caso, no tienen existencia legal á los ojos de la ley, son la nada, y se pregunta: ¿cuáles son los derechos de la nada? Hé aquí una herejía, si las hay» (3).

308. La teoría defendida con tanto calor por Laurent, fué aceptada por el Tribunal de casación francés que, á propósito de una sociedad anónima extranjera, se expresa en estos términos:

«Considerando que la sociedad anónima no es más que una ficción de la ley, que sólo existe por ésta y no tiene otros derechos que los que aquélla le asegura; que la ley que procede de la soberanía no tiene imperio fuera de los límites del territorio en que ésta se ejerce; que se sigue de aquí que la sociedad anónima extranjera, aunque legalmente constituída en el país en que se ha formado, no puede tener existencia en Francia sino por efecto de la ley francesa, y sometiéndose á sus prescripciones; que en vano se objetaría que el estatuto personal sigue al extranjero en Francia, y bajo este aspecto no puede hacerse ninguna distinción dentro de las leyes que regulan la capacidad de los individuos y las que rigen el Estado y la capacidad de las entidades morales; porque, á diferencia de las personas civiles, las personas naturales existen por sí mismas é independientemente de la ley; y que no pueden confundirse en cuanto á la autoridad que puedan tener fuera del país para el que se han formado, las leyes que crean la persona y le dan existencia, y las que no hacen más que reglamentar sus derechos y determinar las condiciones de su existencia (1).

(1) *Droit civil international*, tomo IV, núms. 130 y sig.
(2) *Obra citada*, p. 232.
(3) *Ibidem*, p. 256.

309. Entre los jurisconsultos italianos se ha debatido también ampliamente la cuestión sobre si las personas morales extranjeras deben ser admitidas en el reino al goce de los derechos que su ley nacional les atribuye, y si debe reconocerse respecto de ellos un estatuto personal extraterritorial tal como, según nuestra ley, debe reconocerse al individuo extranjero. Unos han seguido el camino trazado por Laurent, otros se han separado de éste. Entre los primeros figura Mancini, que en su preámbulo al Código de Comercio, á propósito del reconocimiento de las sociedades extranjeras en Italia, suscitó la cuestión general y de principio y reprodujo la teoría de Laurent: «Antes de examinar, dice, por qué ley deben regirse los derechos que reclamen las personas morales, debe probarse que éstas tienen verdadera posibilidad de ejercitar derechos fuera de su propio país. Mas para ejercitar derechos es necesario existir.»

Ahora bien: las personas físicas existen independientemente de la ley que regula su estado y su capacidad, y gozan, por tanto,

(1) Sentencia del Tribunal de casación. 1.° de Agosto de 1860 (Dussort), Dalloz, 1860, I, p. 444

en el extranjero los derechos naturales, y entre nosotros de todos los derechos civiles, mientras en las personas morales, por el contrario, no existen real y naturalmente y deben su vida á una ficción y á un acto emanado de la voluntad de la autoridad pública si á esta le place crearla y constituirla mediante la ley para un fin de utilidad pública, juzgada con el criterio del interés regional, y no tiene, por tanto, existencia ni pueden tener derechos fuera de los límites del territorio en que domina la soberanía que les atribuye una vida artificial, cuyo órgano es la ley por que fueron creadas. Sería un absurdo que pretendiese el legislador conferir á una sociedad nacional existencia universal. Aun queriéndola no podría conseguirlo, porque su autoridad no se extiende á todo el género humano, sino que se limita á la nación que representa.

Como consecuencia inmediata de lo dicho, se deduce que, si una persona moral quiere ejercitar cualquier derecho en el extranjero, tendrá necesidad del reconocimiento del Estado en que pretenda obrar como persona jurídica (1).

310. Ricci impugna esta doctrina en una nota á la sentencia del Tribunal de casación de Génova del 20 de Septiembre de 1882: Pierantoni en un artículo sobre la capacidad de las personas jurídicas extranjeras (2), y Bianchi, que en su obra elemental del derecho civil ha sostenido que las entidades morales extranjeras legalmente reconocidas con arreglo á la ley extranjera gozan los derechos atribuídos por dicha ley (3), ha modificado después su opinión en su obra más reciente, en la que, admitiendo la teoría de Laurent, ha sostenido que el art. 3.º de nuestro Código civil, que atribuye el goce de los derechos civiles á los extranjeros, no puede aplicarse á las entidades morales existentes en otro país hasta que hayan sido legalmente reconocidas en Italia (4).

(1) *Relazione sul nuovo Codice di Comercio*, p. 642.
(2) *Rassegna commerciale*, tomo II, págs. 1 á 29.
(3) *Elementi di Diritto civile*, tomo I, § 218.
(4) *Corso di Diritto civile*, edic. de 1886, *Delle Persone*, núm. 4.º, página 4.

311. Merlín ha defendido la opinión contraria, sosteniendo que el estatuto que atribuye á las corporaciones morales la capacidad de adquirir la propiedad, debía ser eficaz aun para conferirles este derecho respecto de los bienes situados en el extranjero. Hé aquí su razonamiento: «Cuando una corporación existe legítimamente, y por razón de su estado tiene capacidad para contratar y adquirir, su existencia y su capacidad deben influir también respecto de los bienes situados fuera de la esfera de acción de la ley que dió á dicha corporación existencia y capacidad jurídica. La autoridad de la ley del lugar en que se hallan situados los bienes no lo permite. La adquisición hecha por aquéllos de bienes sometidos al imperio de esta ley, no ofende el espíritu de la misma, puesto que dispone que las entidades morales legítimamente constituídas deben reputarse capaces para adquirir, observando las formalidades establecidas por las leyes, y sólo consigna una deferencia respecto de la ley extranjera en que reconoce las personas ideales reconocidas por ésta como corporaciones legítimamente constituídas (1).

312. Entre los adversarios de la teoría de Laurent podemos citar á Brocher. Reconociendo éste que en la práctica debe depender la solución del problema de la capacidad de las personas morales en el extranjero de las reglas establecidas á este propósito por cada soberanía, observa, sin embargo, que, «según la teoría especulativa, exigen graves necesidades sociales que no se restrinja la actividad de las personas morales á los límites del territorio en que se hallan establecidas. Si es verdad que la personificación puede prestar grandes servicios al desarrollo social, conviene considerar esto como un asunto común, para cuya realización deben las soberanías prestarse recíproco auxilio» (2).

Volviendo, pues, á la cuestión de las indicaciones con que las personas morales pueden ser admitidas á disfrutar el beneficio de la vida internacional, dista mucho de ponerse de acuerdo el

(1) Merlín, *Repert.*, *v.º Mano muerta*, § 7.º, núm. 11.
(2) *Cours de Droit international privé*, tomo I, págs. 177 y siguientes.

escritor citado con aquellos que no quieren conceder á dichas personas regularmente constituídas el derecho á extender su actividad al territorio de otro Estado, sin que hayan sido reconocidos antes por éste, porque, según él, la principal conquista de la ciencia moderna es que la autoridad de cada ley no se limite ni cese en las fronteras del Estado que la haya promulgado, y que debe admitirse la expansión del poder de cada soberanía siempre y hasta donde sea necesario y conveniente para el desarrollo social. De tales premisas deduce que la distinción profunda que quiere establecerse entre las personas morales y las naturales, sólo es aceptable, y aun debe admitirse, respecto de las personas morales, la competencia de la soberanía que impera en el territorio en que han sido creadas, y que, cuando esta soberanía haya reconocido que la personificación es una fuerza necesaria para el cuerpo moral, á fin de que éste pueda realizar su fin, la persona moral debe ser reconocida en todas partes sin que sea necesaria la previa autorización ó reconocimiento en todos los Estados en cuyo territorio tenga necesidad de obrar por el azar de los negocios (1).

313. Entre nosotros, sostiene Gianzana que las disposiciones del Código civil italiano, que tienen por objeto el goce de los derechos civiles correspondientes á los extranjeros, deben considerarse aplicables, no sólo al individuo físico, sino también á la persona jurídica extranjera, la cual, cuando exista en virtud del reconocimiento de su soberano, debe ser admitida á disfrutar sus derechos, sin que sea siempre necesaria la autorización del soberano territorial, como opina Laurent y sus partidarios (2). Llega á esta conclusión fundándose en la doctrina aceptada por el Tribunal de Génova en su sentencia en el litigio del Estado de Dinamarca, al que instituyó heredero por testamento un tal Mortellet, fallecido en Génova, sentencia que fué confirmada por el Tribunal de casación de Turín.

(1) *Obra citada*, págs. 185 á 188

(2) *Lo straniero nel Diritto civile*, tomo I, p. 157. Véanse además los dos capítulos precedentes.

314. La principal cuestión sometida á este Tribunal de casación, era la de si el art. 3.º del Código civil, que dice: «El extranjero será admitido á gozar de los mismos derechos civiles que los ciudadanos», debía considerarse aplicable sólo á la persona física. El mencionado Tribunal establece: «Que una interpretación tan restringida sería inconciliable con el amplio espíritu de la ley, que al admitir incondicionalmente al extranjero á disfrutar de los derechos civiles atribuídos á los ciudadanos, había marcado un verdadero progreso en las relaciones internacionales privadas, y ha querido ofrecer á los demás pueblos una ocasión para formar una sola familia en lo que se refiere á las relaciones civiles, económicas y políticas, que tanta parte representan en el bienestar moral y material de las naciones.

Que no es atendible el argumento de que la personalidad jurídica debe considerarse constituída *præter utilitatem publicam*, y que no siempre lo que se considera útil en un lugar puede serlo igualmente en otro, porque el legislador italiano ha querido separarse de la antigua escuela de la estricta reciprocidad y de la utilidad actual y directa, para seguir únicamente los principios de suprema justicia, que están muy por encima de toda consideración de interés individual, cuya utilidad no debe anteponerse á la que es universal y común á todas las naciones.»

Ha sostenido asímismo como un bien adquirido para el patrimonio común de la familia humana, y por consiguiente, de la nación italiana, cualquier ventaja que puedan traer las nuevas instituciones y la reforma de las antiguas á una nación hermana sin perjuicio para las otras, y esta utilidad no debe tener más objetivo que la firme convicción de que tan noble ejemplo será seguido en época no lejana por todos los pueblos civilizados.

El Tribunal observa además que no debe tenerse en cuenta el argumento fundado en la consideración de los daños que pueden derivarse de admitir las entidades morales extranjeras si se llegara de este modo á resucitar las *manos muertas*, porque el admitir las personas morales extranjeras á disfrutar de los derechos civiles no quiere decir que se las admita á ejercer sus funciones y desplegar la actividad propia de su organismo, ó en otros términos, á implantar su institución en Italia.

La ley, por el principio de solidaridad que debe existir entre todas las naciones, concede derechos civiles á la persona moral legalmente reconocida en el extranjero, pero no le concede *a priori* una segunda existencia en el Estado por la única razón de que exista en su propio país (1).

315. Reconociendo también Lomonaco que la doctrina sostenida por Laurent es la más conforme á los rigurosos principios del derecho, aplaude, sin embargo, á los que sostienen la doctrina contraria; y fundándose en el principio de la comunidad de derechos, entiende que así como el extranjero es admitido á disfrutar en todas partes los derechos civiles, así deberán también ser admitidas á disfrutarlos las personas jurídicas extranjeras (2).

316. La exposición hecha por nosotros es la prueba más segura de que la cuestión de la condición jurídica de las personas morales fuera del territorio en que han sido creadas, es grave y compleja, y es natural que la doctrina y la jurisprudencia hayan llegado á conclusiones diversas y opuestas. A juicio nuestro, tal como ha sido planteada la cuestión por los escritores y los Tribunales italianos, ha aumentado las dificultades para llegar á conclusiones precisas y seguras, sobre las que sea posible llegar á un acuerdo. Se ha pretendido, en efecto, averiguar si las disposiciones de la ley concernientes á la condición jurídica de la personalidad física pueden considerarse aplicables también á las personas jurídicas, y si las reglas que deben regir la aplicación del estatuto personal al individuo que quiera ejercitar y disfrutar en el extranjero los derechos privados que la ley le atribuye, han de regir también la condición jurídica de las personas morales en los países extranjeros. De este modo presenta Merlín

(1) Véase la sentencia del Tribunal de Génova de 6 de Agosto de 1881 (*Annali della Giurisprudenza italiana*, 1882, parte 3.ª, página 41) y la del Tribunal de casación de Turín de 18 de Noviembre de 1882 en el periódico *La Cassazione*, y la nota que resume los principales argumentos de la parte contraria.

(2) *Le persone giuridiche straniere e la giurisprudenza italiana*, en la *Revista Filangieri*, año 1885, parte 1.ª

la cuestión, y llega á las conclusiones citadas, partiendo del principio general de que el estado y la capacidad de las personas deben regirse por las leyes de la nación á que la persona pertenece.

Del mismo modo se ha planteado la cuestión por Brocher, que establece que el problema consiste en examinar si las disposiciones del Código civil que se refieren al extranjero, deben restringirse á la persona natural, ó si, por el contrario, estando concebidas en términos generales, deben extenderse también á las personas jurídicas, considerando éstas como asimiladas á aquéllas. «Es necesario preguntarse, dice, si estando generalmente asimiladas en derecho positivo las personas morales á las naturales, deben ser ó no consideradas como implícitamente comprendidas en el estatuto peasonal» (1).

Así se ha planteado también la cuestión en Italia. Se ha considerado, en efecto, como objeto principal de la discusión examinar si la disposición del artículo 3.º de nuestro Código civil, que dice: «El extranjero será admitido al goce de los derechos civiles» debe considerarse limitada al *extranjero persona física*, ó si, por el contrario, debe comprender á todas las personas jurídicas extranjeras, sean físicas ó morales. En estos términos ha sido formulada la cuestión por el Tribunal de casación en la sentencia antes citada, y las conclusiones á que allí se llega se fundan en el concepto de que la palabra *extranjero*, empleada por el legislador, se presta á una interpretación extensiva á todas las personas jurídicas extranjeras, sin distinguir las físicas de las morales. Este mismo principio han seguido los jurisconsultos italianos que han aplaudido la teoría del Tribunal de casación, entre los que mencionaremos á Gianzana y Lomonaco.

317. Creemos oportuno observar que no la consideramos correcta la dirección, porque en realidad no puede admitirse la absoluta asimilación entre la persona natural y la jurídica respecto de las reglas del estatuto personal, aunque dicha asimilación quiera limitarse á los derechos cuyo goce es posible á

(1) Brocher, *ob. cit.*, tomo I, p. 188.

ambas (como son los derechos de propiedad y los de sucesión, á título particular, por actos entre vivos ó de última voluntad), y excluir los que pueden derivarse de las relaciones de familia, y aquellos otros para los que no puede admitirse la capacidad de las corporaciones. Decimos que no es admisible la asimilación, aunque sea limitada, porque la condición jurídica de la persona natural es esencialmente distinta de la condición de la persona moral, tanto en lo concerniente á la existencia cuanto en lo que á su actividad propia se refiere. Para que pudiera admitirse semejante asimilación entre dos entidades sería necesario que la condición jurídica de una y otra tuviese alguna semejanza y equivalencia: pero como no puede hallarse una ni otra, estamos convencidos de que el haber partido del concepto de la asimilación ha sido el defecto principal del razonamiento, y ha servido después para hacer defectuosas, débiles é inciertas las conclusiones. ¿Qué equivalencia puede existir entre la persona física y las entidades físicas ó morales? La primera existe por sí misma; las segundas no existen por sí, sino por virtud de la ley, la cual les atribuye existencia como personas para un fin jurídico.

La persona física tiene por su naturaleza capacidad para los derechos, y las leyes civiles tienden sólo á regular su *capacidad natural*, la reconocen, la sancionan, la modifican, extendiéndola ó limitándola y la traducen en capacidad jurídica. La persona moral no tiene por su naturaleza ninguna capacidad para los derechos, sino que, por el contrario, esta capacidad le es atribuída únicamente por la ley civil, cuando reconociendo el legislador que ésta tiene un fin útil que conseguir, quiere que tenga la facultad de servirse de los medios para obtenerla, esto es, de los derechos.

La persona física tiene todos los derechos que corresponden á sus facultades naturales y al desarrollo de su actividad natural, es decir, derechos personales y derechos patrimoniales reales, procedentes de una relación obligatoria, como los derechos de sucesión, por ejemplo.

La persona jurídica no goza de todos estos derechos, sino sólo de aquellos que le son concedidos por la ley, y que son los necesarios para su especial existencia, á su modo de ser y á su

fin limitado; existencia y fin esencialmente diversos de los del hombre.

Ahora bien: estando así las cosas, ¿cómo puede defenderse la completa asimilación entre la persona física y la moral, entre estas dos entidades que no tienen sustancialmente nada que sea semejante ó equivalente?

El Tribunal de casación de Turín, que quiere hallar en la asimilación la base de sus conclusiones, contradice él mismo el principio de su argumentación, cuando en el curso del razonamiento, á fin de evitar las absurdas consecuencias que se derivarían de la lógica aplicación del principio, dice: «La ley, por el principio de solidaridad entre todas las naciones, concede los derechos civiles á la entidad moral reconocida en el extranjero, pero no le concede igualmente *a priori* una segunda existencia en el Estado, por la razón de que ya existe en su propio país.»

A lo cual observamos nosotros que, si la existencia de la entidad moral de otro país no debe depender de la ley extranjera que le ha atribuído personalidad; si es indispensable que el Estado examine previamente si debe ó no considerarla como existente, esto es, si debe ó no considerarla como persona, ¿cómo es posible admitir la asimilación? ¿Tiene acaso el Estado derecho á examinar si el hombre debe ser ó no considerado como persona? Y si el disfrute de los derechos supone un sujeto al que éstos pertenezcan; si la existencia de la entidad moral extranjera debe subordinarse al beneplácito del Estado, al cual corresponde decidir si dicha entidad extranjera debe ser reconocida como existente respecto á nosotros antes de afirmar esta condición, ¿á quién quieren atribuirse los derechos civiles? ¿Sería acaso á la nada?

318. El alto concepto de la solidaridad de los pueblos civilizados y de su comunidad de derecho pueden servir para hacer que se acepten en parte las conclusiones de aquellos que, con laudable propósito sin duda, tienden á asegurar la vida internacional á las personas jurídicas y á ampliar la esfera de su actividad, á fin de concederles mayores medios para conseguir sus fines de utilidad pública; pero debe partirse de otro punto de vista.

Conviene considerar, ante todo, que no de todas las personas jurídicas puede decirse que sean seres ficticios é ideales creados por el legislador por un esfuerzo de abstracción. No; algunos de ellos tienen un *sustratum* real y objetivo, sucediendo unas veces que son organismos necesarios en cuyo seno deba desarrollarse la actividad de las personas naturales (como es, por ejemplo, el Estado), otras el resultado del espontáneo desenvolvimiento de la actividad humana, de modo que deben ser consideradas como una forma natural del espíritu de asociación alimentado por necesidades comunes efectivas y reales que se refieren á la vida científica, artística, mercantil ó á otros intereses superiores reales y efectivos de los hombres que forman el Estado. El legislador no forma estos organismos, sino que los encuentra formados como consecuencia natural del desenvolvimiento de la actividad del hombre, y les atribuye después la personalidad, porque la personificación de los mismos es útil é indispensable al más completo desarrollo de la personalidad natural. La personificación de estas entidades morales tiene, pues, su verdadera razón de ser en la misma personalidad humana, y no puede desconocerse en principio sin esterilizar las fuentes del más completo desarrollo de la actividad humana.

Hay entidades morales que son verdaderamente artificiales y ficticias, y que vienen á ser una realidad en virtud de un esfuerzo de abstracción. Esto puede decirse de las fundaciones. El legislador personifica ciertos institutos de beneficencia, como, por ejemplo, un hospital. Este no representa una unidad colectiva de personas como una sociedad comercial, ni puede decirse que los sujetos del derecho sean los enfermos, los cuales son más bien el objeto de la obra pía. ¿En quién reside la personificación? Indudablemente en la obra humanitaria, que debe realizarse en un lugar determinado y con determinadas condiciones y medios, no viniendo á hacer en sustancia el legislador, al atribuir personalidad á este fin piadoso, otra cosa que personificar una abstracción, un ente ideal, que no tiene ninguna apariencia visible, como la tiene una corporación formada por cierto número de individuos.

Respecto de los organismos de la primera categoría, sobre todo, puesto que son producto de la actividad de los hombres y la

personificación de los mismos, debe considerarse necesaria ó á lo menos útil para el más amplio desarrollo de dicha actividad, siguiéndose de aquí que la vida jurídica de los mencionados organismos no debe restringirse, por regla general, á los confines del Estado, como no debe tampoco ser restringido á dichos límites el desenvolvimiento de la personalidad natural, á la que la personificación de tales entidades es útil y aun necesaria.

Conviene observar, además, que así como debe considerarse competente la soberanía de cada Estado para reconocer la necesidad ó la utilidad social que es la principal razón de la personificación de ciertas entidades morales, así también es necesario admitir que debe confiarse al poder legislativo de cada Estado la facultad de atribuir personalidad á estas entidades y concederles la facultad de servirse de los medios más adecuados para conseguir su fin, es decir, la capacidad para disfrutar de ciertos derechos.

También reconocemos que, para que una personalidad jurídica pueda considerarse legalmente constituída (excepto el Estado, que, cuando está constituído políticamente, es por sí mismo y de pleno derecho, una persona jurídica), debe intervenir siempre el poder supremo del Estado, que en virtud de la ley le haya atribuído ó le atribuya personalidad; pero no podemos admitir que la existencia de esta persona deba restringirse ó limitar su acción á los confines materiales del Estado, y que deba restringirse ó reducirse á tales límites la actividad jurídica de la misma. Si el progreso de la cultura tiende á establecer una verdadera comunidad de derecho entre los pueblos civilizados, y hacer que cada cual de éstos no oponga obstáculos al progresivo desarrollo de los intereses económicos y morales de los demás, y que todos cooperen á ensanchar el campo de la actividad humana, es claro, según hemos dicho, que todos deben considerar como de interés común el hecho de procurar á las personas morales el beneficio de la vida internacional.

No podemos, pues, admitir en principio lo que han sostenido Laurent y Mancini, á saber: que siendo la personalidad jurídica una ficción creada merced á la acción de la ley y por un fin de utilidad pública, entendida con un criterio regional, la existen-

cia de tal personalidad debe ser considerada como si terminase en la frontera, y no pudiese tener derechos fuera de los límites del territorio en que impera la soberanía que les atribuya una vida artificial. Contrario á este concepto es el que la ciencia moderna ha proclamado y sostiene como el más racional, esto es, el de que los Estados, en obsequio al principio de la comunidad de derecho que tiende á establecerse entre ellos, no deben perjudicarse unos á otros ni oponer obstáculos al desarrollo de los intereses recíprocos: que el desenvolvimiento de los intereses generales de la humanidad sólo puede resultar del de los intereses propios de los Estados particulares, por lo que cada cual de éstos no debe atender exclusivamente á su interés actual y directo, sino considerar, por el contrario, como un bien adquirido para el patrimonio común de la familia humana cualquier ventaja que de ciertas instituciones pueda obtenerse en un país extranjero, siempre que de ello no se derive una ofensa á los principios de la justicia y al derecho público territorial.

319. Partiendo del supuesto de que la personificación de las entidades morales sea una necesidad real y efectiva respecto de todos los Estados civilizados; de que sea siempre indispensable la autorización del poder supremo del Estado; de que conviene admitir preferentemente la competencia especial del poder del país en donde por consideraciones políticas ó económicas haya surgido la necesidad ó la utilidad de la personificación; de que deba reconocerse la competencia del poder mismo que haya constituído la persona moral, sobre todo para atribuir á ésta la capacidad para ejercitar aquellos derechos cuyo disfrute deba concedérsele: resultando que este poder se halla en situación de conocer mejor las facultades de que el ente moral necesita servirse para conocer más fácilmente su fin: considerando que la esencia de las personas morales creadas por la ley para satisfacer un interés nacional económico ó político, y para la utilidad pública nacional, no debe ser una razón suficiente por sí para negarles que extiendan su actividad á los países extranjeros, cuando tal desarrollo no perjudique los intereses de la soberanía territorial ni el derecho social, síguese de aquí, que en virtud del principio de la comunidad de derecho de los Estados civilizados, es necesario establecer como regla: que toda persona jurídica debe ser admitida al beneficio de la vida internacional, y estar autorizada para desplegar su actividad fuera de los límites territoriales del Estado en que por virtud de la ley se haya constituído, cuando con tal expansión no perjudique los derechos de la soberanía territorial ni los de los individuos asociados.

320. Reducido á estos términos el objeto de la cuestión, parece evidente que toda la dificultad consiste ahora en establecer el modo cómo deban protegerse los derechos de la soberanía territorial y la de los mencionados individuos.

Respecto de las personas morales no puede decirse que pueda evitarse esta dificultad, aplicando la regla general establecida por nosotros respecto del extranjero, en la que hemos sostenido que, sin que pueda discutirse si su personalidad jurídica debe ó no ser reconocida, se puede conceder que el ejercicio de los derechos civiles que les pertenecen, puede ser limitado por el soberano territorial cuando impliquen una ofensa al derecho público territorial ó al derecho social. Esta regla puede también aplicarse á las personas jurídicas aunque se hallen en una situación completamente especial, porque así como su existencia es siempre motivada por consideraciones de interés político, económico ó moral, reconocido por la autoridad pública, puede decirse que el reconocimiento de la existencia de la persona jurídica puede ser por sí mismo ofensivo al derecho público territorial, cuando las consideraciones que motivaron la personificación estén por sí mismas en oposición con los fines del Estado ó con el derecho público territorial. Es, pues, indispensable, para proteger los derechos de la soberanía, que la persona jurídica extranjera sea reconocida por el poder supremo del Estado.

El reconocimiento no equivale á la creación de la persona jurídica ni á la atribución á la misma de una vida ficticia dentro de los límites del Estado, porque esto traería consigo la constitución ó la existencia de otra persona jurídica, y por consiguiente, que debería ésta ser creada y constituída tantas veces cuantos fuesen los países en que debía desplegar su actividad. No: la persona jurídica existe en virtud de la ley de su propio país, y ningún otro poder debe reputarse más competente que el del lugar

en donde tuvo origen su personificación por consideración á necesidades políticas, económicas ó morales. El supremo poder del Estado sólo debe reconocer la persona jurídica para admitirla á ejercitar, dentro de los límites que inmediatamente indicaremos, los derechos cuyo goce le hayan sido concedidos por la ley misma que la haya creado.

321. Admitimos también una especie de estatuto personal para las entidades morales en el sentido de que, cuando hayan sido reconocidas, no sólo deben reputarse existentes en virtud de la ley extranjera, merced á la cual fueron creadas, sino que, salvo las restricciones de que después hablaremos, deben ser reputadas capaces para ejercitar los derechos que la ley misma les haya conferido dentro de los límites por ella fijados.

El reconocimiento de que hablamos puede ser formal cuando se dé en forma de autorización por el poder territorial; puede ser general cuando mediante un tratado, ó de otro cualquier modo, se acuerde el reconocimiento recíproco de una determinada clase de personas morales; y puede ser tácito, como sucede, por ejemplo, respecto de un Estado extranjero, que es de pleno derecho una persona jurídica en cuanto se halla políticamente constituído, siguiéndose de aquí que todos los Estados que hayan reconocido otro que se encuentre en este caso, deben reconocerlo también como una entidad jurídica.

El reconocimiento puede ser, por decirlo así, necesario, cuando deba considerársele como el resultado fatal de la naturaleza de las cosas. Esto puede decirse, por ejemplo, en el caso de una sociedad comercial que no haya sido formal ni tácitamente reconocida, y que haya, sin embargo, realizado actos jurídicos en país extranjero. Así como la reunión de varios individuos para un fin común hace que todos ellos adquieran de hecho la condición jurídica de una persona moral (porque no se puede por menos de considerarlos de otro modo que como una asociación de hecho), así también el Estado en que esta asociación haya realizado actos jurídicos sin haber sido previamente reconocida, debe considerarla como una asociación de hecho, y atribuirle, por consiguiente, el disfrute de aquellos derechos que en virtud de la ley corresponden á tales organismos.

Pero cualquiera que sea la forma del reconocimiento, repetimos que nos parece indispensable que éste se verifique, á fin de que la persona moral ya existente en virtud de la ley extranjera pueda extender la esfera de su actividad jurídica al país extranjero.

322. Entiéndase bien que, cuando el reconocimiento de la persona moral extranjera se haya verificado, no puede ser esto suficiente para atribuirle sin más el ejercicio de todos los derechos, cuyo disfrute le haya conferido el legislador extranjero. Conviene, por el contrario, tener presente la regla general, esto es, la de que cualquier relación y cualquier acto jurídico que haya tenido su origen en el territorio en que impera la soberanía nacional, debe someterse á las leyes vigentes en el territorio en todas aquellas circunstancias en que, según los principios generales, debe admitirse la autoridad de la ley territorial, y bajo este aspecto deben aplicarse á las personas morales extranjeras las mismas reglas que á las personas físicas ó naturales de otros países.

Del mismo modo que la soberanía territorial puede limitar el ejercicio de los derechos pertenecientes al extranjero siempre que pueda ocasionar perjuicio ú ofensa al derecho público territorial ó al derecho social, puede también suceder lo mismo respecto de las entidades jurídicas extranjeras.

Aplicando los principios expuestos hasta este punto, observamos que, cuando la soberanía territorial haya reconocido la entidad moral extranjera, deberá decidir con arreglo á la ley exterior respecto de si posee los requisitos necesarios y esenciales exigidos por esta ley para atribuirle la personalidad jurídica, y si para considerar á ésta como legalmente constituída es ó no necesario siempre un acto expreso y formal por parte de la suprema autoridad, y si la personalidad puede considerarse concedida por el legislador extranjero á consecuencia de una tolerancia manifiesta y de la autorización tácitamente concedida; y con arreglo á la misma ley deberá decidirse si la entidad moral ha de reputarse como una persona jurídica ó un ente colectivo, y si puede ó debe ser considerada como una corporación, una asociación ó una fundación.

Convendrá, además, referirse á la misma ley extranjera para determinar la capacidad jurídica de la persona moral, su esfera legítima de acción, etc., etc. Por consecuencia, cuando respecto del mismo Estado que hemos dicho debía ser considerado de pleno derecho como una persona jurídica, cuando según la ley constitucional no tuviese, por ejemplo, la capacidad de recibir una liberalidad, debería declararse nulo un legado á favor del mismo, á pesar de que se tratase de una sucesión que supongamos se hubiese abierto en Italia, y que el Estado extranjero quisiera obtener el pago del legado. Esto debería decirse también de un legado á favor del Gobierno de Nueva York que, según la ley constitucional, no tiene capacidad para recibir una liberalidad. El mismo Tribunal de dicho Estado (1) ha decidido que no puede hacerse válidamente un legado á una corporación si ésta no tiene, según la constitución ó el estatuto, capacidad para recibir una donación ó legado, y, por consiguiente, no teniendo el Gobierno de los Estados Unidos tal capacidad, debe considerarse como nulo cualquier legado en favor suyo. Así, pues, cualquier cuestión relativa á la capacidad jurídica de un Estado extranjero, deberá resolverse con arreglo á la ley exterior, y no á la de nuestro país, aun cuando ésta la haya reconocido, y, por consiguiente, haya venido de este modo á considerarla como una persona moral.

Por lo que pudiese concernir al goce y al ejercicio de los derechos para poseer y adquirir la propiedad al contratar, al presentarse en juicio, etc., convendría admitir el imperio de las leyes territoriales, en lo que éstas provean á la protección del orden público y del derecho social. Admitida, por consiguiente, la capacidad de adquirir la propiedad inmueble, cuando el legislador territorial, á fin de impedir el desproporcionado aumento de los bienes de *manos muertas*, haya dispuesto que las entidades morales no puedan adquirir bienes inmuebles sin haber sido plenamente autorizadas por el Gobierno (según lo prescrito por la ley italiana de 5 de Junio de 1850), no hay duda que esta ley debe

(1) Véase la sentencia inserta en el *Journal de Droit int. privé*, 1874 p. 266.

regir también las entidades morales extranjeras reconocidas y declaradas capaces para adquirir la propiedad.

Claro es que disponiendo el soberano territorial que la adquisición de bienes inmuebles por entidades morales debe ser comprobada por el Gobierno, ha debido tender directamente á proteger el derecho social y los intereses generales, económicos y políticos del Estado. Al someter éste la adquisición á la previa autorización, ha querido reservarse el medio de poderlo impedir cuando pudiera dañar á los intereses económicos nacionales y la propiedad agrícola á causa del excesivo aumento de los bienes de *manos muertas*. En esta ley debe evidentemente reconocerse el carácter del estatuto real, y considerarla aplicable á todas las entidades morales que quieran adquirir inmuebles, ya sean nacionales estas entidades, ya extranjeras (1).

Por la misma razón, si la ley territorial hubiese declarado redimibles los bienes de *manos muertas*, deberán ser sometidos también á estas disposiciones las entidades morales extranjeras, y esto debe decirse de toda ley sancionada por el soberano territorial para proteger los intereses nacionales, la prosperidad económica y la riqueza pública, y aquellas otras leyes que tienden á proteger el derecho político. No podrán después las corporaciones extranjeras prevalerse de la capacidad que les atribuye la ley para fundar solidaridades que estén en oposición con los intereses morales y políticos del Estado.

Con arreglo á nuestro orden de ideas, se comprende cómo puede el soberano territorial, reconociendo ciertas entidades jurídicas extranjeras, someterlas á las formalidades establecidas por la ley al admitirlas á ejercitar sus derechos. Esto, por ejemplo, puede decirse de las sociedades comerciales extranjeras, respecto de las cuales, reconociéndolas el legislador del Estado y reconociendo en ellas capacidad para los derechos según su ley, puede subordinar á ciertas condiciones el ejercicio de los de-

(1) Véase el Parecer del Consejo de Estado italiano de 7 de Junio de 1884, en el periódico *La Legge*, año 1884, tomo II, p. 355, y Saredo, *Il Governo del Re e gli acquisti dei Corpi morali*, en el *Digesto italiano*, voz *Acquisto*.

rechos por parte en aquellas que quisieran tener una residencia estable ó una representación en el Estado, y obligarlas al depósito, á la inscripción y publicación del acta constitutiva, de los balances, etc., etc., para proteger de este modo los derechos de tercero.

Volveremos sobre este punto cuando tratemos de las sociedades comerciales extranjeras. En esta Parte parece suficiente lo dicho para resolver en general las cuestiones relativas á las personas jurídicas extranjeras, para las cuales conviene admitir indistintamente, que teniendo en cuenta que su personalidad y su capacidad deben deducirse de la ley extranjera, ha de considerarse indispensable, ante todo, su reconocimiento, y que están sometidas á la ley territorial bajo el punto de vista antes expuesto en lo concerniente al desarrollo de su actividad jurídica y al ejercicio de sus derechos.

FIN DEL TOMO PRIMERO

PUBLICACIONES DE LA CASA EDITORIAL DE GÓNGORA

San Bernardo, 50, segundo.—Madrid.—1887.

REVISTA DE LOS TRIBUNALES

PERIÓDICO DE

LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

dirigida por el

EXCMO. SR. D. VICENTE ROMERO Y GIRÓN

La REVISTA DE LOS TRIBUNALES, por el módico precio de **24 PESETAS** en Madrid, **28** en provincias, **35** en Ultramar y **40** en el extranjero y Filipinas—pago anticipado—hecho directamente á esta Administración, ó 26 en Madrid, 30 en provincias, 40 en Ultramar y 45 en el extranjero y Filipinas, si se hace por medio de libreros y corresponsales ó por giro á cargo del suscritor, da á sus abonados:

1.° El número semanal de ocho páginas, que se repartirá todos los sábados, con los trabajos de poca extensión, resolución de consultas, máximas importantes de jurisprudencia corriente, noticias bibliográficas, anuncios de vacantes, etc.

2.° Con este número se repartirán los pliegos del *Repertorio anotado de Legislación* y de *Jurisprudencia Hipotecaria*.

3.° También se repartirán con dicho número un cuaderno bimensual con los trabajos extensos doctrinales de los más importantes jurisconsultos nacionales y extranjeros, artículos críticos de las disposiciones legales que lo merezcan ó necesiten, y de la doctrina que en sus sentencias establezcan el Tribunal Supremo y el Consejo de Estado en casos de verdadera importancia.

4.° En el primer semestre se repartirán á los suscritores que hayan anticipado el pago de su suscrición del 88, en tomos encuadernados y ordenada por materias, la Jurisprudencia del 87 en sus tres secciones: *Civil, Criminal y Administrativa*.

Los suscritores á la REVISTA, que esten al corriente en su pago, obtendrán una rebaja del 20 por 100 en las obras que adquieran de las publicadas por esta Casa, pidiéndolas directamente á la misma, y en el Diccionario de Escriche, el 15 por 100.

REPERTORIO-COLECCIONES

publicados por la

REVISTA DE LOS TRIBUNALES

1.° REVISTA (*Parte doctrinal y Boletin*):

Año 1878	tomo I de ambos....	18 y 19	ptas.
» 1879	» II »	18 y 19	»
» 1880	» III »	18 y 19	»
» 1881 y 82	tomo IV y V Boletin y IV Revista.....	18 y 20	»
Año 1883	tomo VI y VII Revista	16 y 17	»
» 1884	» VIII y IX »	16 y 17	»
» 1885	» X y XI »	16 y 17	»
» 1886	» XII y XIII »	15 y 16	»
» 1887	» XIV y XV »	15 y 16	»
		150 y 160	ptas.

(Deben encuadernarse por años en los tomos indicados, y costará á 2 pesetas tomo.

2.° *Repertorio de Legislación.*—Van publicados:

Tomos I. II. III.	Años 78, 79 y 80..	27 y 30	pts.
» IV. al IX.	» 1881 á 1886.	65 y 71	»
» X.	» 1887.	8 y 9	»
		100 y 110	pts.

La corriente, ó sea la de 1888, se repartirá por pliegos, y formará el tomo XI.

(Se venden tomos sueltos sólo desde el 4.° en adelante).

3.° *Repertorio-Diccionario de Jurisprudencia Criminal.*—Dos tomos, que comprenden las sentencias del Supremo desde 1870 hasta 1.° de Enero de 1880; 20 y 22 pesetas.

Apéndices 1.°, 2.° y 3.°; comprenden desde 1.° de Enero de 1880, á fin de Diciembre de 1884; 32 y 35 pesetas.

Apéndices 4.° y 5.° de 1885 y 1886, ordenados por materias, 12 y 13 pesetas.

La del 87 se repartirá en el primer trimestre del 88 á los que tengan abonado.

(Los siete tomos se encuadernan en cinco.)

4.° *Repertorio de Jurisprudencia Hipotecaria.*—Tomo 1.°—Comprende todas las Resoluciones de las Direcciones de los Registros de la Propiedad, etc., desde 1874 hasta 1.° de Enero de 1880.—6 pesetas.

Tomo 2.°; comprende las de 1880 y 81: 4 pts.
Tomo 3.°; las de 1882 y 1883, 4 pesetas.
Tomo 4.°; las de 1884 y 85, 4 pesetas.
Tomo 5.°; los de 1886 y 87, 4 pesetas.

La corriente ó sea la del 88, se repartirá por pliegos y formará el tomo VI.

(Estos tomos pueden encuadernarse en uno y costará 2 pesetas.)

5.° *Repertorios de Jurisprudencia Administrativa.*—Tomos 1.°, 2.° y 3.°—Comprenden desde 1.° de Enero de 1880, á fin de Diciembre de 1884; 26 y 28 pesetas.

Tomos 4.° y 5.° comprenden la de 1885 y 1886, ordenada por materias; 14 y 15 pesetas.

(Estos cinco tomos se encuadernan en dos.)

6.° *Repertorio de Jurisprudencia Civil Española.* — Consta de *catorce* tomos en 4.° mayor á dos columnas, y comprende desde 1869 hasta fin Diciembre 86; su precio es el de 158 *pesetas* en Madrid y 170 en provincias.

La del 87 se dará en tomo, ordenada por materias, en el primer trimestre del 88 á los que estén al corriente en su abono.

(Pueden encuadernarse en nueve tomos.)

BIBLIOTECA JURÍDICA.

CARRARA.—*Teoría sobre la tentativa y la complicidad ó el grado en la fuerza física del delito;* versión castellana, anotada y con un prólogo de D. Vicente Romero Girón. Un tomo en 4.°. (1.° de la Biblioteca): 6 pesetas en Madrid, 6'50 en provincias.

FIORE.—*Derecho internacional privado ó principios para resolver los conflictos entre las legislaciones de los diversos pueblos del mundo.*—Dos tomos.—(2.° y 3.° de la Biblioteca).—(Agotado.)

Adquirido por esta casa el derecho exclusivo de traducción de la nueva edición que el autor ha empezado, notablemente aumentada, se ha puesto á la venta el tomo 1.°—Su Precio 6 pesetas en Madrid y 6'50 en provincias.

SAVIGNI.—*Sistema del Derecho romano:* Versión castellana de los Sres. D. Jacinto Mesía y D. Manuel Poley con una introducción crítica de D. Manuel Durán y Bas, Presidente de la Asociacion «Savigny» de Cataluña, y Catedrático de la Facultad de Derecho en la Universidad de Barcelona.—Seis tomos (del 4.° al 9.° de la Biblioteca): 40 y 42 pesetas.

FIORE. — *Derecho internacional público.* Version castellana de A. García Moreno.—Esta obra consta hoy de tres tomos en 4.° mayor: los dos primeros tratan del derecho internacional público en tiempo de paz, y el 3.° en tiempo de guerra: (tomos 10, 11 y 12 de la Biblioteca): el precio 24 y 26 pts.

Como complemento á la obra anterior, se darán en tres tomos una reseña histórica-crítica de los Tratados de España con las demás naciones, incluyendo el texto de los que en la actualidad se hallan vigentes, tanto en el Derecho público cuanto en el privado. Se ha puesto á la venta el tomo 1.° (13 de la Biblioteca); 8 pesetas.

BLUNTSCHLI. — *Derecho público universal.*—Versión castellana ampliada con las noticias biográficas del autor, é indicación de su sistema y obras, así como tambien con algunas notas explicativas.—Cuatro tomos en 4.° mayor (14 al 17 de la Biblioteca): 26 y 28 ps.

TISSOT.—*Derecho penal*, estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo.—Tres tomos en 4.° mayor; (18 al 20 de la Biblioteca): 20 y 22 pesetas.

LOS NUEVOS HORIZONTES *del Derecho y del Procedimiento penal*, por Enrico Ferri, profesor de la Universidad de Siena. Versión castellana de D. Isidro Pérez Oliva, Abogado del Estado, con un prólogo del autor, escrito expresamente para la edición castellana. Forma el tomo 21 de esta biblioteca; su precio es el de 7 y 7'50 pesetas.

BIBLIOTECA HISTÓRICA

MOMMSEN.—*Historia de Roma.*—Versión castellana por A. García Moreno, con un prólogo y notas de la parte relativa á España por F. Fernandez y González.—Nueve tomos en 4.°, (1.° al 9.° de esta Biblioteca): 45 y 48 ps.

WEBER.—*Historia contemporánea de* 1830 *á* 1872.—Versión castellana, aumentada con tres apéndices, uno sobre la Historia y Constitución de los Estados americanos, sobre los principales acontecimientos de España hasta 1878, y otro sobre la cuestión de Oriente, y anotada por A. García Moreno.—Cuatro tomos en 4.°, (10 al 13 de esta Bibl.ª): 20 y 22 ps.

GARCIA MORENO.—*Introducción á la Historia é indicaciones generales sobre la Historia de Oriente* (14 de la Biblioteca. (Está agotada.)

MERIVALE.—*Historia de los Romanos bajo el Imperio.*—Traducción de la reciente edición inglesa, anotada por D. A. García Moreno. Van publicados los cuatro primeros tomos (15 al 18 de la Biblioteca).—Precio de cada tomo, 5 y 5'50 pesetas.

BIBLIOTECA FILOSÓFICA.

TIBERGHIEN.—*Generación de los conocimientos humanos en sus relaciones con la moral, la política y la religión.*—Versión castellana de A. García Moreno, con una introducción y notas de D. N. Salmeron y don U. Gonzalez Serrano.—Cuatro tomos en 8.°, (1.° al 4.° de esta Biblioteca): 14 y 16 pesetas.

GINER.—*Estudios filosóficos y religiosos;* Un tomo en 8.° (5.° de la Biblioteca): 3 pesetas en Madrid, 3'50 en provincias.

CÓDIGOS CIVILES, AMERICANOS Y EUROPEOS

Tomo 1.°—*Código civil de Méjico.*—Un tomo en 4.° mayor, á dos columnas, 5 pesetas.

Tomo 2.°—*Código Civil de la República Oriental de Uruguay.*—Un tomo en 4.° mayor, á dos columnas, 4 y 4'50 pesetas.

Tomo 3.°—*Código civil de la República de Guatemala.* Un tomo en idem, 4 y 4'50 ptas.

Instituciones jurídicas y políticas de los pueblos modernos, publicadas y anotadas por D. Alejo García Moreno.

Van publicados tres tomos que comprenden: el tomo I las leyes de Bélgica, y vale 17'50 pesetas y 18'50; el tomo II las de Alemania: 15 pesetas y 16; el tomo III las leyes de Italia, 17'50 ptas.

OBRAS VARIAS Y FOLLETOS

CARRERAS Y PROFESIONES: *Anuario del estudiante:* Guía de las familias.—Los cinco tomitos cuestan *siete* pesetas en la Península y *ocho* en Ultramar y extranjero.

LOS TOMOS SUELTOS VALEN		Pts.	Cts.
El primero: curso de	1876—77.	3	»
El segundo »	1877—78.	1	»
El tercero »	1878—79.	2	50
El cuarto »	18 9—80.	1	»
El quinto »	1880—81.	2	»

HENAO Y MUÑOZ.—*El angel caido ó la mujer*, poema familiar por D. Manuel Henao y Muñoz, 5 y 6 pesetas.

MACKENZIE.—*Estudios de Derecho romano*, comparado en algunos puntos con el francés, el inglés y el escoces, por lord Mackenzie; traducido, anotado y comparado con el español, por S. Ynerarity y Gumersindo Azcárate; un tomo en 4.°: 5 y 5'50 pesetas.

OLIAS.—*Influencia de la religión católica, apostólica romana en la España contemporánea:* 2'50 y 3 pesetas.

PEDREGAL.—*Estudios sobre el engrandecimiento y decadencia de España*, por don Manuel Pedregal y Canedo; un tomo en 4.° de más de 300 páginas, 4 y 4'50 pesetas.

Miguel de Cervantes Saavedra.—El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha.—Novísima edición económica. Consta de dos tomos de impresión esmerada y buen papel; precio, 3 pesetas en rústica y 4 encuadernado en tela, y en provincias, 50 céntimos más.

GUIZOT.—*Historia de la Revolución de Inglaterra*, desde la subida de Carlos I al trono hasta su muerte en el patíbulo, 5 pesetas en rústica y 6 encuadernada en tela.

TORRES CAMPOS. — *Nociones de Bibliografía y literatura jurídicas en España*, por D. Manuel Torres Campos, Profesor de Derecho internacional en la Universidad de Granada. su precio, 3 pesetas y 3'50.

BALTZER. — *Elementos de matemáticas;* traducción directa del alemán por los señores Jiménez y Merelo, con un prólogo de Echegaray.—Primera parte: Aritmética vulgar; 2 pesetas en Madrid, Segunda parte: Aritmética universal; 4 pesetas en Madrid.

Proyecto de Codigo de Comercio, publicado en la *Gaceta de Madrid* para los efectos del art. 1.° de la ley de 7 de Mayo de 1880; 2 pesetas.

Nuevo Proyecto de Código Civil, con algunas notas y concordancias con el Proyecto de 1851. Dos tomos que comprenden los libros 1.°, 2.°, 3.° y 4.°; 4 y 4'50 pesetas.

Código de Comercio (segunda edición), concordada con nuestra legislación anterior y la vigente, anotada con la jurisprudencia nacional y extranjera, exposición de motivos del proyecto, precedido de una introducción por D. Vicente Romero y Girón, y seguido de 29 Apéndices que contienen cuantas disposiciones aclaran, amplían ó explican los preceptos de aquél.—14 pesetas en Madrid, 16 en provincias y 14 en Ultramar, y una más encuadernado en tela y dos en pasta.

Ley de Enjuiciamiento civil. (Segunda edición), anotada con la jurisprudencia del Tribunal Supremo hasta fin de 1885, con las concordancias y equivalencias, en la parte que trata del orden de proceder en las quiebras, del procedimiento de apremio y de los actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio, entre los artículos á que esta ley hace referencia del Código de 1829 y el moderno, insertándose, para facilitar la comparación, el texto de unos y otros, y varios Apéndices: 5 y 6 pesetas y una más encuadernada en tela.

Nueva ley de Enjuiciamiento criminal.—Promulgada por Real decreto de 14 de Septiembre de 1882; 3 pesetas.

Manual de Impuestos, que comprende la ley provisional de la renta del Timbre del Estado con su reglamento; la ley de contribución é impuesto sobre derechos reales y trasmisión de bienes, con su reglamento, seguidos del Real decreto en que se establecen las oficinas liquidadoras para la recaudación de estos derechos y de la Real orden de 15 de Enero de 1882 dictando reglas para la provisión de estas plazas. Precio, 2 pesetas.

GISBERT.—*Prontuario alfabético de los Aranceles judiciales vigentes en los negocios civiles y criminales*, edición de 1870; 2 pesetas.

PISA PAJARES.—*Derecho romano*, acerca de la validez y subsistencia del testamento otorgado por los ascendientes y descendientes. Reformas sancionadas por la Novela 115. ¿Debe admitirse en buenos principios de derecho la absoluta libertad de testar?—Trabajos publicados en la REVISTA DE LOS TRIBUNALES; un folleto, 1'50 pesetas.

Discurso leido por el Excmo. Sr. D. Vicente Romero y Girón, Ministro de Gracia y Justicia, en la solemne apertura de los Tribunales celebrada, en 15 de Septiembre de 1883: 1 peseta.

TORRES CAMPOS.—*La pena de muerte y su aplicación en España;* edición de 1879: precio 1 peseta.

El Proceso de la Mano Negra.—Informes pronunciados en la vista del recurso interpuesto en esta célebre causa por los Excelentísimos Sres. D. José Carvajal y D. Manuel Pedregal, con las sentencias de la Audiencia de Jerez y del Supremo Tribunal de Justicia; 1'50 pesetas.

La Libertad de la Ciencia y el ultramontanismo, ó sea el Discurso de D. Miguel Morayta, juzgado por ultramontanos y liberales; 1 peseta.

CASTELLAR.—*La Codificación civil, con un resumen de las legislaciones forales;* edición de 1879: su precio 1'50 pesetas.

FALCÓN.—*La Codificación civil;* breves indicaciones sobre la misma con motivo del R. D. de 2 de Febrero de 1880: su precio 1 peseta.

FALCÓN.—Organización de los Tribunales en su relación con la Admistración de la justicia penal.—Precio, 50 céntimos de peseta.

TELMO VEGA.—*Derechos de la Madre binuva.* Memoria publicada en la *Revista* en 1881; su precio 1 peseta.

PROGRAMA *para los ejercicios de oposición á las plazas de Aspirantes al Ministerio fiscal:* 1 peseta.

PROGRAMA *de preguntas y temas* para las oposiciones á las plazas de Aspirantes á Registros de la Propiedad: 1 peseta.

CONTESTACIÓN Á ESTE PROGRAMA

Para el primer ejercicio:

El cuaderno 1.º Cuestiones de Derecho civil, 4 y 4'50 pts; 2.º Legislación hipotecaria, 4 y 4.50 pts; 3.º Legislación notarial, 2 pesetas; y el 4.º Cuestiones de Derecho Administrativo, Legislación del Impuesto sobre derechos reales y transmisión de bienes y procedimientos judiciales; 2 pesetas.

Para el segundo ejercicio:

Cuestiones de derecho civil ó indicaciones generales para la contestación á los temas de Derecho civil. El cuaderno 1.º Temas 1.º al 23 inclusive, 5 pesetas. El cuaderno 2.º Tema 24 al 50 inclusive; 3 pesetas.

Total de los seis cuadernos, 20 y 21 pesetas.

PROGRAMA oficial para las oposiciones á las plazas de la Judicatura, precedido del Reglamento y del Decreto de convocatoria de 8 de Octubre de 1883, con un *Apéndice* relativo á las fuentes que pueden consultarse para la contestación á las preguntas y temas, por la Redacción de la REVISTA DE LOS TRIBUNALES.—Precio, 1'50 pts.

RESOLUCIÓN de cien cuestiones de Derecho, ó sea contestación á los cien temas de Derecho civil, penal, comercial y procesal, que comprende el programa para las oposiciones á las plazas de Aspirantes á la Judicatura: 25 pesetas.

PROGRAMA de Literatura Jurídica, con expresión de las obras de más fácil consulta, por D. José Valdés.—1 peseta.

APUNTES para el plan de un curso de Historia general del Derecho español, por D. Felipe Sánchez Román.—1 peseta.

BIBLIOTECA DE BOLSILLO

Código de Comercio para la Península y las Antillas (segunda edición) anotado con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y numerosas referencias, tanto de unos artículos á otros como á los reglamentos y demás disposiciones legales vigentes; encuadernado en tela, 3 pesetas en Madrid y 3'50 en provincias.

Código penal para la Península, anotado con la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo desde que rige aquél, encuadernado en tela 3 pesetas en Madrid y 3'50 en provincias.

Código penal militar, con la ley de Bases, anotado; 1 peseta en rústica y 1'50 en tela.

Leyes de Enjuiciamiento Militar y de Organización y atribuciones de los Tribunales de guerra, precedidas de la de Bases de 15 de Julio de 1882; 1'50 y 2 pesetas.

Aranceles notariales, judiciales (en lo civil y criminal), y de los Registradores de la propiedad y mercantiles, 1'50 peseta.

Instrucciones para el procedimiento contra los deudores á la Hacienda pública y para la imposición, administración y cobranza del impuesto de cédulas personales, aprobadas por Reales decretos de 20 y 27 de Mayo de 1884, 1 peseta.

Manual del Impuesto del Timbre: 1 peseta.

Manual del impuesto de consumos, (segunda edición) que comprende, además de la ley y Reglamento de 16 de Junio de 1885, todas las disposiciones anteriores y posteriores vigentes sobre la materia. Su precio, 1 peseta.

Reglamento especial para el Resguardo del impuesto de consumos, aprobado por Real decreto de 29 de Septiembre de 1886; 25 céntimos de peseta.

Ley de Caza para la Península de 10 de Enero de 1879, 50 céntimos.

Novísima Ley de Aguas de 13 de Junio de 1879, con los modelos para la redacción de las Ordenanzas y Reglamentos de Sindicatos y Jurados de Riego y la Instrucción para formarlos y tramitarlos, aprobados por Real orden de 26 de Julio de 1884; 1'50 peseta.

Ordenanzas generales de la Renta de Aduanas, aprobadas por Real orden de 19 de Noviembre de 1884, 2 y 2'50 pesetas.

Ley de Reclutamiento y Reemplazo del Ejército de 11 de Julio de 1885, con algunas notas aclaratorias, el cuadro de exenciones físicas y Reglamento para su declaración, 1'50 pesetas.

Ley de Reclutamiento y Reemplazo de la Armada, de 17 de Agosto de 1885, Instrucción para su cumplimiento de 16 de Diciembre del mismo, y Reglamento Orgánico del ejército territorial de las islas Canarias, de 10 de Febrero de 1886, 1 peseta.

Leyes de procedimiento en las reclamaciones contra la Administración del Estado y de la organización de la Hacienda pública en las provincias, de 24 de Junio de 1885, con los reglamentos dictados para su ejecución, con notas y apéndices, encuadernado en tela, 1'50 pts.

Reglamento orgánico de la Administración económica provincial, de 14 de Enero de 1886, 1'50 peseta.

Reglamentos de practicaje en los puertos españoles y de los cuerpos de Contramaestres, Condestables y Practicantes de la Armada 2 y 2'50 pesetas.

Reglamento y cuestionario para los exámenes del grado de Bachiller, aprobados por Real orden de 30 de Septiembre de 1885, 50 céntimos de peseta.

Reglamentos del Registro mercantil y de Bolsa, y Real decreto creando el Registro de actos de última voluntad, con las circulares dictadas para su cumplimiento, 1 peseta.

Ley Orgánica del Consejo de Estado de 17 de Agosto de 1860 y Reglamento para el régimen interior del mismo, de 18 de Junio de 1887.—Precio, 1 peseta.

Leyes electorales para Diputados á Cortes y Senadores, anotadas con la Jurisprudencia ministerial, la del Tribunal de actas graves y la del Supremo de Justicia, 1'50 peseta en rústica y 2 en tela.

El Cuerpo de Abogados del Estado: Su organización y atribuciones, y el programa de preguntas para las oposiciones de ingreso en dicho Cuerpo, con indicaciones de las fuentes que pueden consultarse para su contestación; 2 pesetas.

Programa é instrucciones para las oposiciones de ingreso en el Cuerpo de Topógrafos, 0'50 peseta.

Programa é Instrucción que han de regir en las oposiciones para el ingreso en el Cuerpo de empleados de Aduanas. Precio, 1'50 ptas.

Programas para el ingreso en la Escuela general preparatoria de Ingenieros y Arquitectos.—Precio, 1 peseta.

Programas para el ingreso en el Cuerpo de empleados de Establecimientos penales.—Precio, 1 peseta.

Programas del Cuerpo de Ayudantes de Obras públicas y de el de Telégrafos, 1'50 peseta

Programa para el examen de ingreso en las Escuelas de Comercio, con el Real decreto de 11 de Agosto de 1887, 0'50 peseta.

Programa de las materias que constituyen el examen de ingreso en el personal de la Inspección administrativa y mercantil de Ferrocarriles, y Reglamento para el regimen interior de las Secciones provinciales de Fomento, 1 peseta.

Instrucciones para llevar á efecto en la Península e islas adyacentes el Censo general de los habitantes, según lo dispuesto por la ley de Estudio de la población de 17 de Junio de 1887, 1 peseta.

Reglamento para los ejercicios de oposición á las plazas de Auxiliares de la Dirección general de los Registros del Ministerio de Gracia y Justicia, *Programa* de preguntas para el primer ejercicio, *Reglamento* del Cuerpo Jurídico de la Armada y de *Oposiciones para el Cuerpo Jurídico militar*, 1 pta.

Ley de Disenso paterno de 20 de Junio de 1862, anotada con las modificaciones introducidas en la misma por el Real decreto de 3 de Febrero de 1882 haciéndola extensiva á las Antillas, y los artículos de la de Enjuiciamiento civil que prescriben el procedimiento que se ha de seguir cuando la Autoridad judicial otorgue el suplemento de consentimiento de los padres, etc., etc., 25 céntimos de peseta.

Reglamento de los Cuerpos de Seguridad y Vigilancia aprobado por Real decreto de 18 de Octubre de 1887, 50 céntimos de peseta.

Constitución de la Monarquía de 30 de Junio de 1876, anotada con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y con varias disposiciones que completan ó explican sus preceptos, y *Ley de Reuniones* de 15 de Julio de 1880, 50 céntimos de peseta.

Leyes de Imprenta de 23 de Julio de 1883, y *de Asociación* de 30 de Junio de 1887, 25 céntimos de peseta.

Ley de 16 de Julio y *Reglamento* de 25 de Noviembre de 1887, sobre derechos pasivos al Magisterio de primera enseñanza, con notas y observaciones de D. Ildefonso Fernández y Sánchez, Director de *La Educación;* 50 céntimos.

EN PRENSA

Ley del Notariado con el Reglamento para su ejecución é Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á registro, anotados con la Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros, la del Tribunal Supremo y cuantas disposiciones referentes á la materia se han publicado hasta el día.