

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

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-consulta 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 (*deditionum numero*) no podían hacer en Roma un testamento válido, ni como ciudadanos romanos,

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.

(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 deditiorum numero est, testamentum facere non potest, quoniam nec quasi civis romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus*, QUONIAM NULLUS CERTÆ CIVITATIS CIVIS 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.*, tit. 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, incolæ 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 vengán 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 constituido 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 ciu-

jería del Imperio alemán en su núm. 3.º 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.

dadano 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.

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).

Zacaría 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 deci-

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

sión 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).

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.