

## CAPITULO II

**De la ley que debe regular las relaciones de la familia y los derechos que de estas 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 consentimien-

to 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.

Ségún el concepto que prevalece en ciertas legislaciones, aunque, constituido 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 constituida 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 someterse 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. Explícate 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.<sup>a</sup>, cap. VI, § 2.<sup>o</sup>; Story, *Conflict of Law*, cap. VI, §§ 189 á 194; Savigny, *obra citada*, § 379; Rocco, parte 3.<sup>a</sup>, 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 in domicilium matrimonii* (1).—*Mulieres honore maritorum erigimus, genere nobilitamus, forum est eorum personam 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).

20. 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.

21. 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.<sup>a</sup>, 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.

### CAPÍTULO III

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

- 72.** Del estatuto real y de su autoridad según los juriconsultos 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.** Foelix 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 juriconsultos anglo-americanos.—**83.** La escuela italiana.—**84.** La ley aplicable á los muebles.—**85.** Teoría de Foelix.—**86.** Los juriconsultos 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 juriconsultos 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 soberanía podría ser socavada si se