

-1904



FIGURE

DERECHO

INTERNACIONAL.

TRIVADP

3



KV20

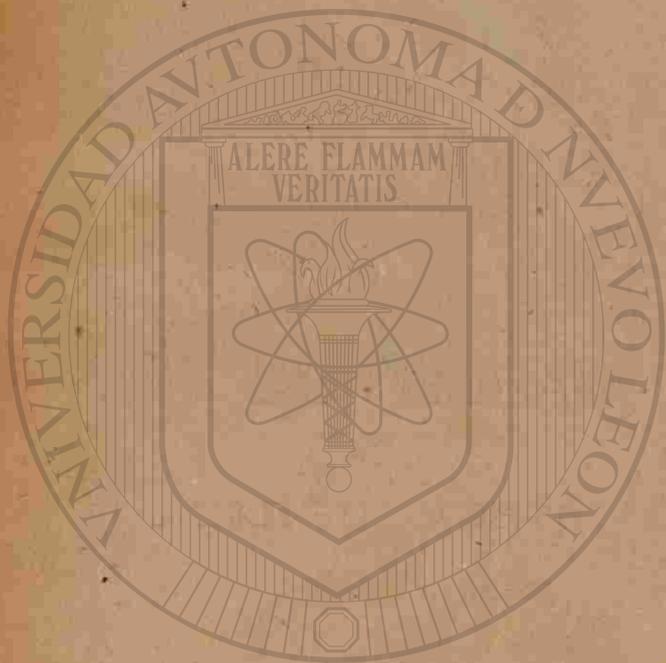
F5

1888-1900

v. 3



1080038647



DI 2842

NUEVA BIBLIOTECA UNIVERSAL

BIBLIOTECA JURÍDICA

Tomo III bis.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



Conilla Alfonsina
Biblioteca Universitaria

80960

NUEVA BIBLIOTECA UNIVERSAL
(SEGUNDA EDICIÓN) TOMO III bis

PASQUALE FIORE



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

NUEVA BIBLIOTECA UNIVERSAL
SECCIÓN JURIDICA (TOMO III bis).

PASQUALE FIORE

DI. 2842-III

DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

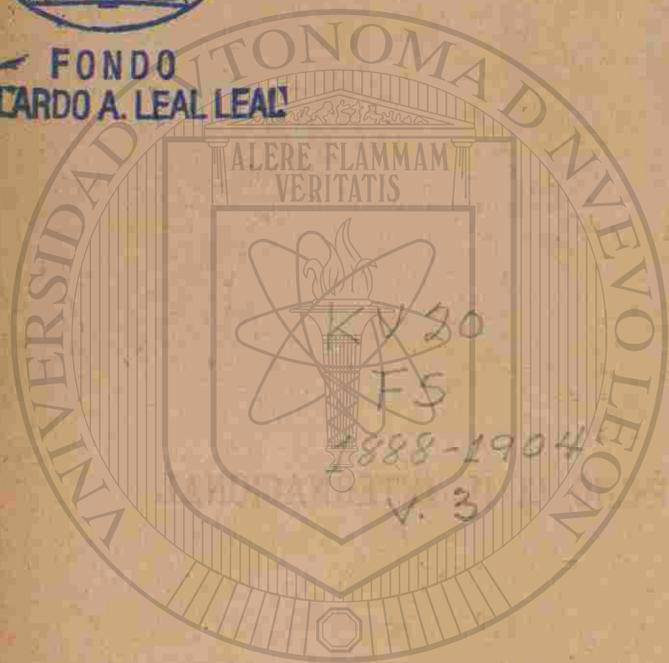
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

TOMO TERCERO

MADRID
CENTRO EDITORIAL DE GÓNGORA
Ancha de San Bernardo, 50.
1889



FONDO
ABELARDO A. LEAL LEAL

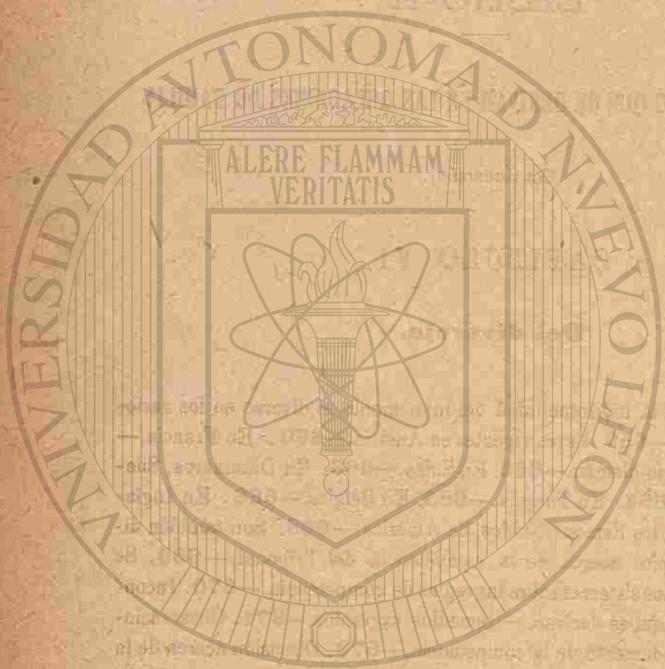


DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



LIBRO II

DE LOS DERECHOS QUE SE DERIVAN DE LAS RELACIONES DE FAMILIA

(Continuación).

CAPITULO VI

Del divorcio.

658. El concepto de la indisolubilidad del matrimonio es diverso en los varios sistemas de leyes.—**659.** Leyes vigentes en Austria.—**660.** En Francia.—**661.** En el Imperio alemán.—**662.** En Suiza.—**663.** En Dinamarca, Suecia y Noruega.—**664.** En Turquía.—**665.** En Bélgica.—**666.** En Inglaterra.—**667.** En los Estados Unidos de América.—**668.** Son también diversos los principios acerca de la competencia del Tribunal.—**669.** Se resumen los distintos sistemas sobre las reglas de competencia.—**670.** Inconvenientes que de aquí se derivan.—Remedios sugeridos.—**671.** Observaciones acerca del fundamento de la competencia.—**672.** Discusión acerca de la ley, según la cual debe decidirse en el fondo la demanda de divorcio.—**673.** La ley sobre el divorcio es de las que atañen al orden público.—**674.** El derecho á divorciarse no puede considerarse como un derecho privado personal.—**675.** No nos parece correcto atribuir á la ley sobre el divorcio el carácter de ley de policía y de ley penal.—**676.** El divorcio debe ser considerado jurídicamente como derecho de familia, y debe regularse según los mismos principios que rigen las relaciones de aquélla.—**677.** En Alemania prevalece la teoría que admite la preeminencia de la *lex fori*.—**678.** En Francia se ha atribuido á la ley sobre el divorcio el carácter del estatuto real.—**679.** En la Gran Bretaña rige una teoría uniforme.—**680.** La jurisprudencia de los Tribunales escoceses confirma el concepto que atribuye á la ley la autoridad del estatuto real.—**681.** En Inglaterra la jurisprudencia más reciente reconoce el carácter del estatuto personal y admite la preeminencia de la ley del domicilio conyugal.—**682.** Teoría en boga en los Tribunales americanos.—**683.** La subsistencia ó disolución del vínculo matrimonial debe depender del estatuto personal.—**684.** Bajo qué respecto debe admitirse la preeminencia de la ley territorial.—**685.** Resúmese el principio

que nosotros admitimos. —686. Observaciones críticas sobre la sentencia del Tribunal de Bruselas de 18 de Mayo de 1881. —687. Los principios establecidos por la jurisprudencia de los Tribunales de un país no forman parte del estatuto personal. —688. Se examina la cuestión de si un extranjero puede invocar el estatuto personal para divorciarse en un país en que la ley lo prohíba. —689. De qué manera la demanda de divorcio puede lesionar el orden público. —690. Las convenciones de las partes para modificar la ley sobre el divorcio, deben reputarse ineficaces. —691. Examinase la demanda de divorcio presentada por un naturalizado fundada en hechos anteriores á la naturalización. —692. Dificultad en el caso de naturalización del marido, en la hipótesis en que por haber conservado la mujer su nacionalidad primitiva no pueda verificarse el divorcio, según la ley personal de ésta. —693. Cuando la naturalización puede ser impugnada por fraudulenta y reputado ineficaz en la patria el divorcio de uno que está naturalizado en el extranjero. —694. Ley que debe regular el procedimiento y la prueba de los hechos. —695. Efectos que produce una sentencia de divorcio. —696. Discusión acerca del nuevo matrimonio del cónyuge divorciado. —697. La opinión por nosotros sostenida de que el divorciado no está incapacitado para contraer nuevo matrimonio, puede mantenerse aun respecto del derecho italiano. —698. Casos en que puede considerarse lesionado el orden público por conceder al divorciado que contraiga nuevo matrimonio. —699. De las limitaciones que con arreglo á la ley personal y á la territorial se ponen al matrimonio del divorciado. —700. Consignase la decisión de la Congregación de la Santa Inquisición acerca de la eficacia del divorcio.

658. Las disposiciones de las leyes sobre la indisolubilidad del vínculo conyugal son sustancialmente diversas. En algunos Estados prevalece la teoría consagrada por el derecho canónico, que admite la indisolubilidad del matrimonio en tanto que no muera alguno de los cónyuges, y en otros, por el contrario, se considera el divorcio como un medio legítimo para disolver el matrimonio cuando se ha declarado por sentencia del Tribunal competente. No nos incumbe discutir si el divorcio debe ser considerado con arreglo á los fines morales que han de servir de base á la familia, ni si puede mirarse como útil para el mejor orden de la misma, porque esto nos conduciría fuera de nuestro objeto. Bástanos solamente hacer constar que existen leyes que permiten el divorcio por graves razones de orden público, y otras que lo prohíben absolutamente por razones fundadas en los mismos conceptos, pero apreciadas de diverso modo, y esta diversidad de leyes da origen, naturalmente, á la grave

cuestión de si el matrimonio de dos cónyuges extranjeros puede ser disuelto por el divorcio.

Conviene, por otra parte, considerar que aun las leyes mismas de los Estados que lo permiten son bastante diversas, ya respecto de los motivos por los que el divorcio puede declararse, ya respecto al Magistrado competente para entender en él.

659. En Austria, la legislación que regula la importante cuestión del divorcio, tiene un carácter completamente especial. Dicha ley, en efecto, prohíbe el divorcio entre católicos y declara igualmente indisoluble el vínculo conyugal, aunque sólo una de las partes profesase la religión católica en el momento del matrimonio (artículo 111 del Código civil) (1). Permite, en cambio, el divorcio á los no católicos (art. 115). Las causas legales del divorcio no son, pues, las mismas en todas las confesiones religiosas, y tanto es así, que hay distinciones entre los no católicos y los israelitas.

Respecto de los primeros, el divorcio puede llevarse á cabo por mutuo consentimiento; y basta para ello la recíproca averción, por la cual ya el uno ya el otro de los cónyuges pidan la disolución del matrimonio. Las causas determinadas son, pues: 1.^a el adulterio de uno de los cónyuges; 2.^a la condena á la pena carcelaria por cinco años á lo menos; 3.^a el abandono malicioso; 4.^a las asechanzas peligrosas contra la vida ó la salud; 5.^a los malos tratos graves y repetidos.

Para los israelitas, el divorcio puede tener lugar: 1.^o por recíproco y libre consentimiento, y mediante el libelo de repudio dado por el marido á la mujer (artículos 133 y 134); 2.^o cuando

(1) En virtud de tal disposición, no es posible el divorcio entre dos cónyuges, de los cuales uno sea católico en el momento del matrimonio, convirtiéndose después al protestantismo ó á otra confesión religiosa. Por la Cámara de Diputados fué aprobado en 1876 un proyecto para modificar, en este punto, el Código civil, en el cual se consignaba que debiera atenderse á la religión de los cónyuges en el momento de la demanda de divorcio; mas este proyecto fué rechazado en 1877 por el Senado; *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1877, p. 210, y *Annuaire*, 1877.

se haya probado que la mujer ha cometido adulterio (art. 135). Esta diversidad de disposiciones legislativas ocasiona graves conflictos aun en la misma ley austriaca (1).

660. En Francia el título primitivo sobre el divorcio contenido en el Código de Napoleón lo admitía por mutuo consentimiento. El art. 233 disponía, en efecto, lo siguiente: «El consentimiento mutuo y perseverante de los esposos expresado de la manera que la ley prescribe y bajo las condiciones y pruebas que ella determina, probará suficientemente que la vida común les es insoportable, y que hay con relación á ellos una causa perentoria de divorcio.» Las causas, pues, del divorcio, consignadas en dicho Código, son: el adulterio de la mujer; el adulterio del marido cuando éste tenga en el domicilio común á la concubina; los excesos, la crueldad ó injurias graves de un cónyuge contra el otro; la condena á una pena infamante. En 1816, habiendo prevalecido en el Parlamento francés las tendencias reaccionarias inspiradas por los sentimientos políticos y religiosos, entre las reformas introducidas en la legislación se cuenta la que abolió el divorcio por la ley de 6 de Marzo de 1816 (2).

En estos últimos años las tentativas para restablecer el divorcio, inútiles al principio, llegaron después á feliz término, y las vivas discusiones sobre la indisolubilidad del matrimonio se resolvieron restableciendo el divorcio por la ley de 27 de Julio de 1884, la cual puso en vigor el título sobre el divorcio contenido en el Código Napoleón, introduciendo en éste diversas modificaciones sobre puntos secundarios, y una sustancial que rechaza el divorcio por mutuo consentimiento, como estaba admitido por el citado art. 233 (3).

(1) Véase á este propósito el artículo de Lyon-Caen en el *Journal de droit international privé*, 1880, p. 258 y siguientes.

(2) La propuesta para la abolición fué hecha por M. Bonald. Véanse las actas del Parlamento y *Rapport de M. De Lamignon á la Chambre des Pairs* (Sesión de 25 de Abril de 1816), reproducido en la *France judiciaire*, t. 8.º, p. 271; Glasson. *Le divorce dans le droit français* (*ibid.* t. XI, p. 361), y la obra del mismo: *Le mariage civil et le divorce*; De Bonald, *Du divorce*.

(3) Véase el texto de la ley y los comentarios y notas de

661. En el Imperio alemán está admitido el divorcio en todos los Estados. En efecto, la ley de 6 de Febrero de 1875, que regula en todo el Imperio el estado de las personas y la celebración del matrimonio, dispone en el art. 77 lo siguiente: «Cuando según el derecho actual deba declararse la definitiva separación personal, en lo sucesivo se declarará el divorcio.» «Si antes de la fecha del día en que empiece á regir la presente ley, se ha declarado la separación personal, sin haber tenido lugar de nuevo la reunión de los cónyuges separados, puede cada uno de ellos, en virtud de la sentencia emanada, pedir la disolución del matrimonio siguiendo el procedimiento ordinario para el divorcio.»

Los motivos que pueden dar lugar al divorcio son diversos, según las legislaciones de los diferentes Estados del Imperio. Según el Código prusiano de 1794, puede pedirse el divorcio por once motivos. Entre éstos, preséntanse como nuevos la denegación constante del deber conyugal; la impotencia absoluta é incurable sobrevinida después del matrimonio; la vida desordenada y pródiga de uno de los cónyuges; el cambio de religión y también la aversión invencible. El citado Código admite asimismo el divorcio por mutuo consentimiento cuando no haya prole.

662. En Suiza, con arreglo á la ley federal sobre los actos del estado civil y sobre el matrimonio de 23 de Diciembre de 1874, si ambos cónyuges piden el divorcio, el Tribunal está obligado á concederlo, cuando del estado de las cosas resulte que su ulterior convivencia es incompatible con la esencia del matrimonio (art. 45). Cuando la demanda se promueve por uno de los cónyuges, debe ser concedido por causa de adulterio, si no han transcurrido más de seis meses desde que la parte ofendida tuvo conocimiento de él; por causa de asechanzas á la vida, de malos tratos y de injurias graves; por condena á pena infamante; por abandono malicioso si se prolonga durante dos años, y si ha quedado sin efecto la intimación judicial de que vuelva

M. Challames, en el *Annuaire de législation comparée*, año 1885, y Covtant, *Le rétablissement du divorce en France*, en la *France judiciaire*, t. 8.º, p. 433-47, 565, 497.

dentro de los seis meses; por enajenación mental, si dura tres años y se ha declarado incurable. Púedese también declarar el divorcio, cuando, sin existir ninguno de los mencionados motivos, los lazos matrimoniales estén profundamente relajados.

Está admitido igualmente el divorcio en todos los demás Estados de Europa, exceptuando tan sólo á Italia, España y Portugal. En Rusia ha sido regulada esta materia por el Código civil de 31 de Enero de 1833, artículos 29 y siguientes. Este Código, en el art. 38, prohíbe el divorcio por consentimiento mutuo.

663. En Dinamarca, el Código civil de 1856, admite el divorcio por diversas causas, reconociéndolo también por mutuo consentimiento entre cónyuges, que de antemano hayan conseguido la separación personal, si persisten en tal estado durante tres años.

En Holanda, el Código civil de 1856, admite el divorcio por las mismas causas que se han visto en el Código civil francés, pero no por mutuo consentimiento.

En Noruega, el Código de 1867 reconoce el divorcio, y establece que éste puede declararse por las mismas causas, tanto por lo que respecta al marido como á la mujer, y de aquí que pueda motivarlo el adulterio del uno ó del otro. En este Código se reconoce el divorcio declarado por autorización real en el caso de mutuo consentimiento entre los cónyuges. Estos deben pedir previamente á las autoridades civiles el permiso para vivir separados, y, si transcurridos tres años desde el día en que obtuvieron tal permiso, persistieren en la determinación de divorciarse, el Rey debe acordar la disolución definitiva del matrimonio (artículos 66, 67 y 68). Es digno de notarse, que cuando el divorcio se ha concedido por el Rey, uno y otro cónyuge necesitan después un permiso especial para celebrar nuevo matrimonio.

En cuanto á Suecia, el Código civil de 1734 admite el divorcio, pero las disposiciones á él relativas son distintas de las de Noruega. El Rey, como Jefe Supremo de la Iglesia luterana, tiene el derecho de autorizar previa la demanda de una de las partes, la disolución del matrimonio, por ciertas y determinadas

causas consignadas en la ley de 27 de Abril de 1810. Una de estas puede ser la embriaguez incorregible, como también la violencia de carácter y la divergencia de opiniones, que, estableciendo incompatibilidad de temperamentos, llegue á ser tan grave que se manifieste en continuas ocasiones hasta el punto de engendrar entre los cónyuges un ódio recíproco. Puede obtenerse, por consiguiente, el divorcio, ó por demanda presentada al Tribunal competente, ó por petición hecha al Rey como Jefe Supremo de la Iglesia del Estado.

664. En Turquía puede ser disuelto el vínculo conyugal por divorcio ó por repudio. Puede llevarse á cabo el divorcio pagando á la mujer una compensación; y con arreglo al estatuto personal, art. 276, puede divorciarse el marido jurídicamente de la mujer pagándole una cantidad que exceda á la dote que ella entregó. También puede disolverse el vínculo conyugal sin necesidad de ningún acto judicial, mediante el libelo de repudio definitivo; es decir, repetido por tres veces (art. 278).

665. En Bélgica, el Código civil reproduce las disposiciones del Código Napoleón relativas al divorcio.

666. En Inglaterra puede ser disuelto el matrimonio por el divorcio por causa de adulterio de la mujer, y también por causa de adulterio del marido, sólo en el caso, si se trata de éste, de que sea un adulterio incestuoso, es decir, cometido por el marido con una mujer que por impedimento de consanguinidad ó de afinidad no pudiese contraer matrimonio con él, si su esposa muriese, ó de adulterio conjunto con bigamia, raptó, sodomía ó bestialidad, adulterio y crueldades contra su mujer, por las cuales, aun sin el adulterio, se habría concedido á ésta el derecho á separarse, *a mensa et toro*, ó cuando existe adulterio y abandono de la mujer sin motivos racionales por dos ó más años (artículo 27, Estatuto 20-21 Victoria, cap. 85. *Divorce Act*, 1857).

667. En los Estados Unidos de América, el divorcio está generalmente admitido, exceptuando sólo aquellos Estados en que el matrimonio se rige todavía por el derecho canónico. En la legislación de los diversos Estados americanos, se encuentra alguna diversidad respecto de los motivos por los cuales puede declararse el divorcio.

668. Aparte de la notable diversidad de las leyes mencionadas respecto de los motivos que pueden existir para declarar el divorcio, no es la menos grave la que se encuentra en el derecho y en la jurisprudencia de los diversos países acerca del Tribunal competente para concederlo, cuando se promueve la demanda por un cónyuge extranjero.

La ley federal suiza de 1874, dispone lo siguiente en el artículo 56 sobre la demanda promovida por un extranjero: «En cuanto á los matrimonios entre extranjeros, no puede admitirse por los Tribunales ninguna acción tocante á divorcio ó nulidad, si no se ha establecido que el Estado, de donde los esposos proceden, ha de reconocer el fallo que recayere.» La aplicación de este precepto ha dado lugar á muchas dificultades. Habiéndose, en efecto, exigido que los cónyuges debían presentar una declaración de las autoridades del Estado á que pertenecen, para hacer constar que la sentencia que debiera pronunciarse por el Tribunal suizo habría de ser reconocida por su país, y no pudiendo ser remitida esta declaración hasta después de pronunciada la sentencia, ha venido á ser de hecho imposible cumplir la condición exigida por el citado artículo (1).

En Inglaterra, después de promulgarse el Estatuto 20-21 Victoria, cap. 85, *Divorce and matrimonial causes Act* de 1857, por el cual se atribuye al Supremo Tribunal de Justicia la competencia para entender en el divorcio (*Probate and divorce division*), han surgido muchas discusiones acerca de la competencia de este Tribunal para entender en la disolución de matrimonio entre extranjeros, y se ha mantenido la competencia respecto de todos aquellos que tenían su morada ó residencia matrimonial (*Matrimonial home or residence*) en la jurisdicción del Tribunal, aunque domiciliados en el extranjero. Tal decisión se ha fundado en la interpretación del art. 27 del citado Estatuto, que dispone: «Se permite á todo marido presentar en adelante á dicho Tri-

(1) Véase á este propósito el importante artículo de Barrilliet, *Du divorce des époux étranger en Suisse*, en el *Journal du droit intern. privé*, 1880, p. 347 y á Leher (*ib.* p. 464.)

bunal la demanda para la disolución del matrimonio fundada en el adulterio cometido por la mujer después de la celebración del matrimonio; es igualmente permitido á toda mujer formular demanda para la disolución del matrimonio por los motivos indicados en el art. 27.» El Tribunal inglés ha interpretado la disposición á todo marido, á toda mujer en el sentido de que cada uno, cualquiera que sea el país á que pertenezca, y sin necesidad de estar domiciliado en Inglaterra, debe considerarse autorizado para pedir al Tribunal la disolución del matrimonio (1).

En Alemania, con arreglo al art. 568, párrafo 2.º, del Código de procedimiento civil vigente: «La demanda para la disolución del matrimonio promovida contra el marido por la mujer abandonada, y que esté domiciliada en el extranjero, puede promoverse ante el tribunal del país donde el marido tenía el último domicilio en Alemania, en el supuesto de que haya sido ciudadano de uno de los Estados alemanes en el momento en que aconteció el hecho que origina la presentación de la demanda.»

En los Estados Unidos de América, prevalece generalmente, el principio de que toda persona establecida en la jurisdicción del Tribunal, puede presentar, ante el mismo, la demanda de divorcio. Según las leyes de algunos Estados, se exige la residencia por un tiempo dado, y así, según la ley de Massachusetts, se requiere que el actor esté allí establecido con tres años de antelación. La ley anterior exigía la residencia de cinco años y declaraba inadmisibles la demanda por parte de una persona que se hubiese establecido en dicho Estado para divorciarse.

669. No juzgamos oportuno exponer en particular las graves discusiones habidas ante los Tribunales de los diferentes Estados, respecto de su competencia para entender en el divorcio entre extranjeros, y sólo haremos notar que las reglas estableci-

(1) Véanse, por otra parte, las largas discusiones sobre esta materia en la causa *Nivoyet, c. Nivoyet*, 16 y 19 de Julio, 8 de Noviembre de 1878; *Law, Times Report*, N. S., vol. XXXIX, p. 172 y sig., y 486 y sig.

das son diversas y contradictorias, y que esta notable diversidad basta para poner en evidencia cuán necesario es que todos los Estados se pongan de acuerdo para establecer un derecho común en esta materia y hacer que cese un estado de cosas que produce la más grave perturbación en la organización de la familia, que se perjudica con motivo de la grande incertidumbre y oposición de principios que rigen acerca de la competencia de los Tribunales llamados á juzgar y decidir las cuestiones relativas á la disolución del vínculo conyugal. Para convencerse de ello basta resumir las reglas opuestas y contradictorias que prevalecen en los diversos países.

En algunos Estados se admite, en efecto, que el lugar en el cual se celebró el matrimonio puede servir para determinar la competencia y entender en su disolución, viniendo á admitirse de ese modo una jurisdicción fundada en las circunstancias del contrato estipulado en un lugar determinado, como si el matrimonio pudiera equipararse á un contrato.

En unos países se considera decisivo para determinar la jurisdicción el domicilio conyugal, esto es, el fijado por el marido en la época del matrimonio; en otros se juzga para ello suficiente el domicilio actual del demandante en el momento en que se formule la demanda y algunas veces ni aun esto se considera necesario, sino que, en su lugar, basta su simple residencia. Hay también Estados en los cuales, habiéndose considerado el divorcio como una reparación de la ofensa inferida al cónyuge inocente, se cree bastante el que ésta se haya hecho en el país para conceder por esto jurisdicción á los Tribunales del mismo para declarar el divorcio en reparación de la ofensa inferida. En otros Estados se considera suficiente que el actor esté domiciliado en la jurisdicción del Tribunal, ante el cual presente la demanda de divorcio, y no se reputa necesario que la ofensa que da origen á la demanda se haya cometido allí mismo. En los países en que se considera indispensable el domicilio para atribuir la jurisdicción, sostienen algunos que ésta debe atribuirse teniendo en cuenta el domicilio del actor, y de aquí que consideren también legalmente promovida la instancia por parte de la mujer que haya adquirido un domicilio distinto del de su

marido; otros por el contrario, teniendo en cuenta que la mujer casada no puede tener un domicilio legal, separado del de su marido, no admiten que la jurisdicción pueda depender del domicilio de la mujer si éste no es el domicilio legal de la misma. Respecto del domicilio del marido hay también quien no admite que la jurisdicción pueda atribuirse, teniendo en cuenta dicho domicilio, en el momento de presentar la demanda, sosteniendo que la jurisdicción debía depender del domicilio del marido en el momento de la violación de los deberes conyugales, y considera, por lo tanto, el cambio posterior de domicilio de ningún efecto para modificar los derechos adquiridos en el domicilio del lugar en que se llevó á cabo la violación.

620. Esta notable diversidad tocante á las reglas acerca de la jurisdicción y competencia del Tribunal llamado á decretar el divorcio, produce los más graves inconvenientes en la práctica, porque sucede con frecuencia que á la disolución del matrimonio decretada por un Tribunal considerado competente según la *lex fori*, no se le atribuye efecto alguno en la patria de los cónyuges, en otros países por carecer allí de jurisdicción el Tribunal; y, por consecuencia, el segundo matrimonio contraído por el que se había divorciado se considera válido en un país, mientras en el otro, en donde todavía se reputa subsistente el anterior matrimonio, se mira como afectado de vicio sustancial de bigamia el segundo, y son reputados, por lo tanto, como ilegítimos los hijos de él nacidos (1).

Fácil es comprender que de este estado de cosas nacen las más graves complicaciones, tanto respecto al derecho civil,

(1) Conf. el artículo de Ritner, *Observations sur les divorces entre étrangers à propos d'un cas singulier de mariage, suisse-hongrois*, y el otro de Weightman, *Du domicile considéré relativement au mariage et au divorce* en el *Journal du droit intern. privé*, 1885, p. 152, 105.

Conf. Laurent, *Droit civil int.*, t. I y V; Asser, *Droit intern. privé*, n. 54; Wharton, *Conflict of laws*, § 235 y sig.; Dudley Field, *International Code*, § 674; Feraud Giraud, *De la compétence des tribunaux français pour connaître des contestations entre étrangers* (*Journal du droit intern. privé*, 1880 y p. 137.)

como al derecho penal, y para el que considere que el orden de la familia está incluido en todas las instituciones, aquélla que bajo tantos conceptos interesa al derecho social y al derecho internacional, aparece claramente que no pudiendo las legislaciones particulares de cada Estado evitar tan graves inconvenientes, se hace indispensable establecer un derecho común, ya acerca de la competencia de los Tribunales que pueden declarar el divorcio entre los extranjeros, ya acerca de la ley á que deban sujetarse para decidir sobre la demanda.

671. No podemos discutir á fondo esta cuestión de la competencia, y nos referimos á lo anteriormente dicho (1). Parece-nos que la sumisión voluntaria á la jurisdicción extranjera puede atribuir competencia al Tribunal á que se recurre, como en cualquier caso de incompetencia personal respecto de los extranjeros (2).

Tampoco nos parece suficiente la circunstancia de la celebración del matrimonio en un lugar dado para atribuir la competencia; ni el haber sido cometida en un país la violación de los deberes conyugales; ni la del simple domicilio ó la residencia en el momento en que se presente la demanda. Sostenemos, al contrario, que en principio, la competencia debe atribuirse con arreglo al criterio por el cual se determina el estatuto personal, correspondiendo por lo tanto á los Tribunales de la patria ó á los del domicilio conyugal, según se considere decisivo para determinar el estatuto personal la nacionalidad ó el domicilio. Admitimos, no obstante, que el lugar en que los cónyuges estaban domiciliados, en el momento en que uno de ellos había violado los deberes conyugales con ofensa del otro, puede servir para

(1) Véase el capítulo precedente, § 652.

(2) El Tribunal civil del Sena, en su sentencia del 20 de Diciembre de 1886, admite en principio que el Tribunal francés debe considerarse incompetente para conocer y decidir una demanda de divorcio entre extranjeros cuando el demandado declina su jurisdicción sin que pueda por él suplir de oficio la falta de tal excepción; Clunet, *Journal*, 1886, p. 710.

determinar la competencia. Esta regla está basada en la misma naturaleza de las cosas, porque, en realidad, en ningún otro lugar pueden apreciarse mejor que en el que la ofensa ha sido inferida, las circunstancias del hecho y decidir si há ó no lugar á la demanda; de aquí, por otra parte, la evidente necesidad de la pronta reparación del desorden sobrevenido en las relaciones de la familia, y el principio generalmente admitido de administrar la justicia sin dilaciones, cuando llegue el caso de tener que hacerlo, tanto á los naturales como á los extranjeros.

672. Pasemos ahora á examinar la cuestión verdaderamente grave y muy debatida de la ley á que debe sujetarse el Juez encargado de la causa para decidir en una demanda de divorcio. Encontramos, respecto de este punto, una notable diversidad de opiniones entre los escritores, y contradicción de principios en las sentencias dictadas por los Tribunales de los diversos Estados. Hay, en efecto, quien coloca la ley del divorcio entre las que, por su naturaleza, tienen el carácter de leyes territoriales; opinando otros que las relaciones de la familia deben regirse por la ley del domicilio conyugal, y sólo á ésta atribuyen autoridad suficiente para decidir sobre la disolución del matrimonio celebrado: otros, considerando la ley relativa al divorcio como una ley de policía, sostienen que debe atribuirse autoridad á la que rija en el punto en que el cónyuge culpable ofenda al inocente. Hay, además, quien opina que, así como el divorcio produce por sí mismo la más notable modificación del estado personal, así también debe depender todo del estatuto personal, cuando se trate de decidir si puede admitirse el divorcio y los motivos por los cuales pueda ser decretado.

673. Antes de discutir en principio las diversas teorías, juzgamos oportuno anticipar algunos conceptos acerca de la naturaleza y carácter de la ley del divorcio.

La ley del divorcio es una ley de orden público respecto de las personas que deben reputarse sujetas á los preceptos del legislador, porque éste, admitiendo que en ciertas circunstancias el vínculo conyugal (teniendo en cuenta sus relaciones con el derecho civil) pueda ser disuelto por el divorcio, se inspira en conceptos de alta moralidad, que deben presidir al buen orden

de la familia, tal como se entiende, según las convicciones morales del pueblo.

En todo sistema de leyes, el principio moral en que descansan tiene un elemento relativo, y es el que nace de las condiciones históricas en que se encuentra el pueblo para el cual se ha hecho la ley; y así como estas condiciones son solamente las que pueden decidir sobre la moralidad ó inmoralidad del divorcio en cada país, así no se puede sostener que el divorcio considerado en sí mismo sea absolutamente moral ó inmoral; y de aquí también que deba reputarse, no sólo lícito, sino conforme á los fines morales de la familia, en aquellos países en que esté admitido por la ley.

Es preciso, sin embargo, tener en cuenta que, así como ningún legislador puede imponer á todo el mundo su propio modo de ver acerca del orden moral de la familia, y como debe reconocerse y respetarse la autoridad de las leyes extranjeras tocante á las personas que están sujetas á ellas, no puede someter á las leyes propias á los extranjeros ni imponerles sus preceptos imperativos acerca del divorcio, á no ser que se consiga demostrar que la ley del divorcio es una ley de seguridad pública y de policía general, cosa insostenible, como ya diremos.

674. Sigüese de estos principios que el derecho á divorciarse no puede ser considerado como un derecho privado personal de los cónyuges, ni puede mirarse por lo que á los mismos toca como un derecho adquirido en virtud de la ley á que se sometieron al celebrar el matrimonio. Algunos escritores lo han sostenido, entre ellos Rocco, que se expresa de esta manera: «El divorcio no muda tan sólo la condición y la capacidad de los cónyuges, sino también su cualidad, porque los reduce al estado de célibes, y anula el contrato nupcial establecido legítimamente. No puede suponerse que los esposos al contraer matrimonio hayan querido reconocer el principio de que su capacidad para divorciarse se hubiese de regular por la ley del domicilio matrimonial, que puede estar sujeto á cambios de un lugar á otro, y de aquí que la facultad de regular el divorcio deba incumbir á la ley que reguló *ab initio* la constitución del matrimonio. No se puede de ninguna manera sostener que todo aquello que concier-

ne á la validez y legitimidad de un contrato, deba regularse por una ley, y lo que se refiere á su disolución ó anulación deba serlo por otra distinta: estas son dos cosas correlativas, y del mismo modo que no se puede decidir si un contrato es ó no válido, sin tener en cuenta la ley que presidió á su formación, tampoco puede decidirse si puede ó no anularse el matrimonio, prescindiendo de la ley por la cual quedaron recíprocamente obligados los cónyuges en la unión conyugal. En una palabra, el marido mediante el cambio de domicilio puede tener facultades para cambiar la capacidad de la mujer, mas no para privarla de derechos legítimamente adquiridos. Ahora bien: el primero de ellos es ciertamente el no poderse disolver en virtud de leyes extranjeras los lazos que en el Reino eran indisolubles desde su origen.

675. Nosotros sostenemos, por el contrario, que el derecho á divorciarse no puede reputarse un derecho privado de los cónyuges, porque lo consideramos de naturaleza mixta en el sentido de que la institución del divorcio, fundada en los más elevados principios de orden público, forma parte del derecho social, que no puede modificarse á voluntad de los particulares. Por esto, dos cónyuges que, bajo el amparo de la ley vigente en la época de su unión hubiesen contraído un matrimonio indisoluble, salvo el caso de muerte de uno de ellos, no podrían alegar la indisolubilidad primitiva de la unión contraída ni sostener que habían adquirido el derecho de oponerse al divorcio en el supuesto de que la nueva ley lo haya reconocido, ni, por otra parte, aquéllos que se hubiesen unido en matrimonio, estando en vigor la ley del divorcio, no podrían alegar el haber adquirido el derecho á divorciarse cuando la nueva ley lo hubiese abolido, aduciendo que habían tenido intención de contraer una unión que, dadas ciertas circunstancias, estaba en su mano disolver. Así, en ninguno de ambos casos, el derecho de divorciarse podría considerarse como un derecho de las partes, ni como consecuencia del contrato regido como tal por la ley vigente al tiempo de su realización, no habiendo tenido en cuenta la ley que permite ó prohíbe el divorcio la intención que los esposos puedan tener al unirse, sino que sólo se inspira en las razones de interés público que justifican la admisión ó prohibición del divorcio, obligando, por

tanto, á todos, á someterse á sus preceptos imperativos, y negando á los particulares la facultad de derogarlos (1).

Admitido este concepto, no puede, por otra parte, sostenerse que la ley del divorcio deba reputarse como una ley de policía ó una ley penal, como sostienen los Tribunales americanos.

Según dice Westlake, se adoptó este criterio por el Tribunal Supremo del Massachussets, que á este propósito se expresa de la siguiente manera: «Las disposiciones que se refieren al divorcio pertenecen más bien al derecho penal que al civil, sin que las reglas aplicables al contrato de las partes puedan valer del mismo modo para determinar las relaciones personales y los mutuos deberes que de aquél se derivan, y la conducta que los cónyuges deben observar durante la vida conyugal: cosas todas que están reguladas por los principios de orden público y de economía general, y por la necesidad de conservar las buenas costumbres y proveer á la felicidad de los mismos cónyuges. Un divorcio, por ejemplo, en el caso de escándalo público y torpeza no es la reivindicación de un derecho consiguiente al contrato del matrimonio ni la sanción del mismo, sino una especie de pena que la sociedad ha puesto en manos de la parte ofendida, y que puede conminar con la sanción del Tribunal competente como reparación de la injuria y de la ofensa recibida. Si uno de los cónyuges faltó á sus deberes, el continuar la unión conyugal es intolerable y vejatorio para la parte inocente, y un mal ejemplo para los demás. La ley, pues, que debe regular la conducta de los casados, sus deberes, las consecuencias que nacen de la violación de éstos, y los casos en que puedan anularse los lazos mutuos, no es la del lugar en que fué estipulado el contrato del matrimonio, sino la del lugar en que los cónyuges están domiciliados, por la cual se protegen los derechos que se derivan de

(1) Véase mi obra sobre las disposiciones generales de las leyes, Nápoles, 1886, cap. V, *De la autoridad de la nueva ley respecto de los derechos y deberes que nacen de las relaciones y del estado de la familia*, § 145.—Conf. Merlin, *Effet retroactif*, sect. V, artículo 14.—*Question de Droit*, Véase *Divorce*, § 12, art. 4.º

la unión conyugal, y con arreglo á la misma deben ser juzgados por la violación de aquéllos» (1).

No nos atrevemos á negar que el fundamento de la ley del divorcio pueda ser, como de hecho lo es, el interés público, la policía general; pero no podemos admitir que en buenos principios se pueda llegar á sostener que por la seguridad pública, ó por la defensa de las buenas costumbres ó de la policía de un país pueda ser necesario decretar la disolución del matrimonio entre extranjeros por medio del divorcio cuando se hayan cumplido las condiciones exigidas por la ley territorial para declararlo entre ciudadanos. Para la seguridad pública y para las buenas costumbres podrá ser necesario decretar la separación de hecho de dos cónyuges extranjeros, proveer á la seguridad personal de ellos, al mantenimiento y educación de los hijos, á los alimentos, etc., etc.; pero en cuanto á declarar disuelto el matrimonio y autorizar á los cónyuges divorciados para celebrar otro, aplicando por completo la ley territorial, esto no nos parece justificable en modo alguno.

Querer atribuir á la ley del divorcio carácter de ley penal equivale á desnaturalizar el concepto jurídico de la institución; porque entonces, en rigor lógico, habría que admitir que una sentencia de divorcio debería tener el mismo carácter que una sentencia penal, y, por consiguiente, que el cambio de estado nacido de esta sentencia de divorcio no debiera reconocerse fuera del Estado en que aquél se declare, porque las sentencias penales que implican una modificación de la condición personal, no pueden tener, en principio, autoridad extraterritorial.

676. A juicio nuestro, el divorcio, más bien que en sus relaciones con el derecho penal y con las leyes de policía aplicables á los extranjeros, debe ser considerado, por el contrario, (atendiendo á su propio carácter) en relación directa y principal con los derechos de familia, porque de hecho produce el efecto inmediato de disolver el vínculo matrimonial, y deja libres á los cónyuges divorciados, originándose de aquí que cause un grave

(1) *Justice in Barber*, v. *Root* 10, Mass. 265, citado por Westlake, núm. 351, y por Story, § 229.

y profundo cambio de estado, y por esta razón no puede depender de otra ley distinta de aquella que debe tener autoridad para regular el estado de las personas y el de la familia, y las modificaciones sustanciales que respecto del estado personal pueden admitirse.

Hemos demostrado que el matrimonio, las relaciones que nacen de la familia constituida y las consecuencias del vínculo conyugal, atendiendo al estado de las personas, deben regirse por el estatuto personal del marido que es el cabeza de familia. La circunstancia de estar una familia extranjera domiciliada en un país, así como no muda la condición jurídica de las personas ni la ley á la cual deben someterse, por lo que atañe al estado personal de cada uno de ellos, tampoco puede mudar la sumisión de éstos á la ley que debe regular las relaciones de la familia ni la subsistencia ó disolución del vínculo conyugal. Es natural, por lo tanto, admitir que la indisolubilidad del matrimonio debe depender del estatuto personal de los cónyuges. No cabe aducir en contrario que la ley relativa al divorcio está fundada sobre principios de orden público, porque sin contradecir esto, es, no obstante, necesario colocar la cuestión bajo el siguiente punto de vista.—Dado y concedido que la ley del divorcio esté fundada sobre principios de orden público, ¿deberá por eso reputarse de interés público la aplicación de la ley territorial á los extranjeros y, en virtud de ésta, declarar disuelto el matrimonio celebrado por ellos é indisoluble según el estatuto personal de la familia?

677. No debemos ocultar que al resolver esta cuestión, tal como la hemos propuesto, los escritores y la jurisprudencia han llegado á conclusiones diversas y contrarias. La mayoría de ellos atribuye á la ley del divorcio el carácter del estatuto real, y así piensan los escritores alemanes, entre los cuales Schaeffner discurre del siguiente modo: «No puede ponerse en duda, dice, que el Juez ante el cual se presenta una demanda de disolución de matrimonio, debe tener en cuenta únicamente la ley que impera en su país, su *jus publicum*, para decidir en general si un matrimonio puede ser disuelto, y cuáles sean las causas para que esto suceda..... Si en el lugar en que se contrajo el matrimonio fue-

sen suficientes causas, que no lo sean con arreglo al derecho de su país, el Juez no puede respetar aquella ley, ni, por el contrario, puede tener ningún peso para él la circunstancia que por aquella ley fuera un obstáculo para la disolución, pues tanto aquella prohibición como esta obligación son para él absolutas» (1).

La jurisprudencia de los Tribunales del Imperio confirma el mismo principio, á saber: que se debe aplicar la *lex fori*, aun cuando las partes entre quienes existe el litigio sean extranjeras, y que ni aun es necesario preocuparse de examinar si el hecho en que se funda la demanda es anterior ó posterior al tiempo en que el demandante se ha sometido á la jurisdicción del Tribunal, bastando tan sólo que la competencia del mismo pueda establecerse según las reglas del Código alemán de procedimientos.

Estos principios se han aplicado aun á aquéllos que pertenecían á diversos Estados del Imperio germánico, que tienen legislaciones diversas en materia de divorcio. Es jurisprudencia constante del Tribunal regional superior, que el Juez investido de la causa debe aplicar la *lex fori*, y que por ende debe admitir como causas de divorcio las reconocidas en el país donde se ha presentado la demanda (2).

El Tribunal Supremo también ha establecido que, así como el art. 77 de la ley del Imperio del 6 de Febrero de 1875 prohíbe á los Tribunales alemanes decretar la separación personal, concediéndoles solamente declarar el divorcio, no se podrá tampoco acordar esta separación personal entre extranjeros, á causa de estar prohibida por la ley territorial; y que, por consiguiente, no debe en este punto establecerse distinción alguna entre nacionales y extranjeros: que el decretar la separación entre

(1) Schaeffner, *Entwicklung des internationalen privatrechts*, § 124; Dernburg, *Lehrbuch des preussischen privatrechts*, t. III, § 4. Véase en el mismo sentido, Asser, *Droit intern. privé*, § 53, y Pradier-Fodéré, *Droit intern. public*, t. III; *Relations de droit privé*, § 1.740 al fin.

(2) Véase en este sentido la sentencia del Tribunal reg. sup. de Dresde del 1.º de Junio de 1883, y del Tribunal reg. sup. de Celle del 19 de Junio de 1883 Clunet, *Journal du droit intern. privé*, 1884, p. 306, 307.

éstos equivaldría á violar manifiestamente el art. 77 precitado; que la ley extranjera no puede ser obstáculo para obtener el divorcio; que no debe serlo tampoco para decretarlo la circunstancia de no reconocerse el divorcio por la ley personal de los cónyuges, porque el art. 2.º, § 1.º de la Constitución del Imperio declara: que no se debe atribuir ningún valor á las disposiciones de las leyes particulares, que conciernen á las cuestiones de derecho internacional privado, cuando estén en oposición con las leyes del Imperio, que no establece diferencia en la materia entre ciudadanos y extranjeros. Sentadas estas premisas, deducía el Tribunal que un austriaco católico, no sólo podía exigir que se decretase su divorcio, sino también que el obstáculo fundado en la ley austriaca no podía ser una razón para negar al que estuviese divorciado el proceder á la celebración de un segundo matrimonio en Alemania (1).

Bar, entre los escritores alemanes modernos, impugna esta doctrina, y opina que la ley del divorcio tiene el carácter de ley personal, sosteniendo por lo mismo que en ciertos casos debe admitirse la preferencia de la ley territorial.

678. En la jurisprudencia francesa encontramos una causa célebre discutida dos veces en el Tribunal de Casación mientras estaba en vigor el título del Código Napoleón sobre el divorcio. La señora de La Tour, francesa, casada con el Sr. Mac-Mahón, irlandés, obtuvo una declaración de divorcio por la ausencia no justificada del marido. De vuelta éste con el grado de Mayor inglés, reclamó contra la sentencia por ser extranjero y no estar sujeto á la ley francesa. El Tribunal de Orleans (11 Thermidor, año 13), decidió lo siguiente: «Considerando que la mujer sigue la condición del marido y está sujeta á la misma ley que él; considerando que en la época del matrimonio como en la del divorcio Mac-Mahón era extranjero; considerando que ninguna estipulación había podido sustraerlo á su ley, sometiendo-

(1) Véase en este sentido la sentencia de 22 de Abril de 1884. del Tribunal del Imperio (Trib. reg. sup. de Dresde); Clunet, *Journal*, 1885, p. 316.

le á la francesa, el divorcio provocado con arreglo á las leyes francesas es nulo y de ningún valor, etc.» Al contrario, el Tribunal de Casación en pleno, en sentencia de 22 de Marzo de 1806, oída la docta información de Merlin, decretó: «Considerando que el Sr. Mac-Mahón no puede sustraerse á la aplicación de las leyes francesas bajo el pretexto de ser extranjero, puesto que penetrándose al propio tiempo de las consideraciones políticas y morales que han dictado esta ley, es imposible no reconocer en ellas una disposición de orden público, como lo atestigua el parecer del Consejo de Estado; que bajo este respecto se la debe considerar como una verdadera ley de policía general que á todos indistintamente somete á su imperio, sean franceses, sean extranjeros residentes en el territorio francés, y es aplicable por consiguiente á todos los divorcios decretados con arreglo al Código civil en toda la extensión del territorio, el Tribunal por estas razones casa y anula la sentencia del Tribunal de Orleans, sometiendo á las partes al Tribunal de Dijon.» Otra sentencia del 27 de Agosto de 1808 confirmó el divorcio.

679. En el Reino Unido de la Gran Bretaña, habiendo notable diversidad entre la ley vigente en Escocia y la de Inglaterra, han surgido graves controversias en cuanto á los divorcios decretados en Escocia, entre personas que se habían unido en matrimonio en Inglaterra. Según la ley escocesa, la mujer puede obtener el divorcio por el simple adulterio del marido, mientras que, conforme á las leyes inglesas, no puede obtenerlo sino cuando el marido se haya hecho culpable de adulterio acompañado de insultos graves contra ella, de abandono de la misma por dos años al menos, de bigamia, ó cuando el adulterio sea incestuoso ó el marido esté convicto de raptó ó de un delito contra naturaleza.

Como consecuencia de esta diversidad de legislaciones, ha surgido la duda de si un matrimonio originariamente celebrado por un inglés en Inglaterra y disuelto después en Escocia por el simple adulterio del marido, debe reputarse eficazmente disuelto conforme al derecho inglés, y si debe considerarse válido el segundo matrimonio celebrado en Inglaterra por el divorciado. Uno de los litigios importantes en que esta discusión ha tenido

lugar, fué el de Lolley (1). En aquella circunstancia surgía verdaderamente la cuestión de jurisdicción, porque, antes de la ley de 1857, el matrimonio entre ingleses no podía ser anulado sino por un acuerdo especial del Parlamento, mientras en Escocia la ley concedía jurisdicción á los Tribunales.

La jurisprudencia, pues, del Tribunal de divorcio en Escocia, había establecido como regla, que para legitimar la jurisdicción de este Tribunal no debía reputarse necesario que ambas partes tuviesen su domicilio en Escocia en el momento de haberse cometido el adulterio é incoado la acción, sino que debía bastar que el demandante pudiese estar sometido á la jurisdicción del Tribunal, y que se hubiese establecido en Escocia *bona fide*, y no simuladamente y con el solo propósito de promover la acción para obtener el divorcio. Partiendo del supuesto que el actor podía estar sometido á la jurisdicción del Tribunal, éste se juzgaba competente para entender en el divorcio, aun cuando el adulterio se hubiese verificado en el extranjero, ya se tratase de matrimonio contraído por escoceses en Inglaterra, ya se hubiese contraído allí por ingleses que tuviesen su residencia en Escocia.

La Cámara de los Lores, Tribunal Supremo de apelación para Inglaterra y Escocia, sostenía, por el contrario, en principio, que un matrimonio contraído en Inglaterra entre ciudadanos ingleses no podía ser disuelto mediante el divorcio decretado fuera de Inglaterra.

650. Después de la ley de 1857 que concedió al Tribunal jurisdicción para decretar el divorcio aun respecto de los matrimonios celebrados en Inglaterra, no ha desaparecido del todo el conflicto, pues todavía queda en pie la cuestión de si un divorcio decretado en Escocia entre ingleses, por un motivo apreciado por la ley escocesa pero no por la inglesa, debe ser válido en Inglaterra. Los letrados escoceses sostienen todavía que debe

(1) *Lolley's case Piggott. Foreign judgements their effect in the english courts*, p. 172 y Story, *Conflict of laws*, § 216 y siguientes.

Confróntese la opinión de lord Brougham, sostenida en la causa Lolley, en oposición á la que el Tribunal mantenía.

aplicarse la ley escocesa. Defienden, en efecto, que la ley territorial que determina los deberes recíprocos de los cónyuges, y la reparación debida por las mutuas ofensas debe aplicarse á todos los casados que residan en el territorio y que por este motivo estén sujetos al imperio de la ley, la cual debe tener autoridad para castigar la transgresión de los deberes conyugales, á la manera que la tiene para cualquier delito cometido en el territorio. La sociedad conyugal, dicen, es una institución *jure gentium*: los esposos, al unirse en matrimonio, se obligan á tratarse donde quiera que estuvieren como marido y mujer; pero no prometen, ni pueden prometer hacer que prevalezca en todas partes la ley que presidió á su unión, para hacer que se rijan conforme á ella los deberes recíprocos, el poder marital y las reparaciones á que uno de ellos pueda tener derecho en el caso de que el otro le infiera una ofensa ó abuse de su poder. El ser indisoluble el matrimonio contraído por católicos romanos, en virtud del sacramento, no puede ser una razón para no admitir el divorcio, porque la supuesta indisolubilidad no puede impedir la aplicación uniforme del derecho público territorial, que regula todas las relaciones entre las personas que residen en el territorio, teniendo en cuenta las conveniencias políticas y la seguridad de la autoridad pública, sin que pueda renunciarse á este derecho como se hace á los derechos de orden privado. La supuesta indisolubilidad no puede tener ningún valor ni por la voluntad de las partes, ni en virtud de la ley bajo la cual tuvo lugar la unión. Todo lo que sea producto de la voluntad de las partes debe ser reconocido donde quiera; pero no debe confundirse lo que es efecto de la voluntad de las partes, con lo que se deriva de la estipulación, sino que es, por el contrario, efecto de la institución, según el derecho positivo. Este no puede tener ningún valor fuera del territorio por el conocido axioma *extra territorium jus dicenti impune non paretur*.

Estas son las principales razones de que se sirven doctos y sabios magistrados escoceses para defender la doctrina reinante en Escocia en materia de divorcio (1).

(1) Fergusson, *On marriage and divorce*, p. 359, y sig. Confrón-

681. En Inglaterra la doctrina que prevalece, después de promulgada la ley de 1857, es que el divorcio decretado fuera de dicho Estado respecto de un matrimonio celebrado en el mismo, puede ser válido cuando se haya decretado por un motivo admitido por la ley del domicilio del marido, y con tal que las partes no se hayan sometido fraudulentamente á la jurisdicción extranjera. Esta fué la opinión emitida por el Juez del Tribunal de divorcios Lord Penzance en el pleito *Shaw v. the Attorney-General* (1), sentenciada en 1870, y confirmada por el Juez Hannen en la causa *Harvey*, que se vió el 22 de Abril de 1880 (2).

La nueva jurisprudencia tiende, pues, á admitir que la disolución del matrimonio mediante el divorcio debe ser regida por la ley del domicilio conyugal. Es preciso observar, por otra parte, que según la doctrina en boga en Inglaterra, la ley reguladora de las relaciones de familia se considera ser la que rige para el domicilio del marido en el momento del matrimonio; naciendo de aquí que la jurisprudencia más reciente admita, en principio, que la indisolubilidad del matrimonio y su disolución por medio del divorcio deben depender del estatuto personal (3).

Este mismo principio había sido realmente sostenido en el famoso pleito *Niboyet c. Niboyet*, francés, cuya mujer había promovido contra él demanda de divorcio ante el Tribunal Supremo de Justicia inglés. Entre las opiniones sostenidas por los Jueces británicos respecto de la aplicación de la ley inglesa á una familia francesa sujeta á la jurisdicción del Tribunal, se halla la del Juez Brett, el cual, fundándose en la autoridad de Bishop, rechazaba la aplicación de la ley territorial, sosteniendo que las relaciones que resultan del matrimonio deben depender de la ley del domicilio (4).

tese Piggott, *Foreign judgements their effect in the english courts*.

(1) Véase Piggot cit., pág. 173.

(2) 5 *Prob., Div.*, 153.

(3) Con. la sentencia del Tribunal de los Lores del 30 de Noviembre de 1882 en el *Journal du droit privé*, 1884, p. 193.

(4) Véanse las opiniones sostenidas por los jueces ingleses en la

682. En América prevalece el principio de que, para decidir si debe ó no autorizarse el divorcio, se ha de atender al domicilio actual de los cónyuges. Con arreglo á los estatutos de Massachussetts, con tal que las partes vivan por tres años maritalmente en un país, y que la causa que se alegue en la demanda de divorcio haya tenido lugar allí, puede decretarse el divorcio según las leyes vigentes (1). A estos principios responden las decisiones del Tribunal Supremo de Massachussetts. Dos individuos allí casados, y domiciliados *bona fide* en Vermont, obtuvieron del Tribunal de éste último Estado una sentencia de divorcio por causa insuficiente en el Estado de Massachussetts. El Tribunal Supremo confirmó la sentencia, fundándose en que el divorcio debía regularse por la ley del domicilio actual de los cónyuges (2).

Los acuerdos de los Tribunales de New-York están conformes con los del de Massachussetts, y, según refiere el jurisculto americano Story (3), la doctrina generalmente aceptada en América es, que los Tribunales del punto en que los cónyuges estén domiciliados *bona fide*, son competentes para decretar un divorcio, ateniéndose á su ley sin tener para nada en cuenta la que presidió al matrimonio, ni la del lugar en que se haya inferido la ofensa que motiva la acción. Las principales razones aducidas en apoyo de tal doctrina son, que la ley del lugar en que se verificó el matrimonio regula las obligaciones primitivas que de la unión se derivan, pero no la disolubilidad ó indisolubilidad del contrato en cualquier parte. Como al declarar el matrimonio susceptible de disolución no se puede imponer á los demás Estados el que reconozcan la susodicha cualidad, tampoco declarándole indisoluble podrá valer esta declaración, sino en tanto que las partes estén sujetas á la ley que establece la indisolubi-

causa discutida el 16 y 19 de Julio, y 8 de Noviembre de 1878 en *Law, Times Report*, N. S., vol. XXIX, p. 172 y sig., y en el *Journal du droit intern. privé*, 1879, pág. 195.

(1) *Statutes of Massachusetts*, 1835, ch. LXXVI, §§ 9-10.

(2) *Barber, v. Root*, núm. 10; *Mass. R.* 265; *Story*, § 229.

(3) § 230 (a).

lidad. Es cierto que el cambio de domicilio es una de las cosas que las partes pueden prever, consintiendo la mujer en arros-trar los peligros que de él resulten. Competencia de la ley civil será, pues, regular los cambios de domicilio con todas sus con-secuencias; pero una vez efectuado el cambio, la nueva ley es la que debe regular lo que atañe á las violaciones del contrato ma-trimomial (1).

683. No obstante la autoridad de la doctrina y de la ju-risprudencia, defendidas con valiosos argumentos por los Ma-gistrados y Jurisconsultos de los países en que está admitido el divorcio, entendemos que debemos ratificarnos en la opinión anteriormente sostenida en la primera edición de la presente obra, á saber: que la subsistencia ó la disolución del vínculo conyugal deben depender del estatuto personal de la familia, y, por consiguiente, que el divorcio no puede decretarse, sino cuando se admita por la ley personal y por motivos consig-nados en ella. Si se quisiera elevar á teoría que la disolución del vínculo conyugal pudiera declararse, teniendo en cuenta la *lex fori*, siempre que pudiese justificarse que las partes están bajo la jurisdicción del Tribunal, equivaldría esto á subvertir los principios que deben regular el orden de la familia, y los que sirven para establecer la preferencia de la competencia legisla-tiva en este concepto. Hay razones para decir que la doctrina sancionada por los Tribunales escoceses, y por los susodichos Estados americanos, es un incentivo para que todos aquellos que, según el estatuto de la familia, no pueden ver disuelto su vín-culo conyugal, fijen su residencia en Escocia, para obtener la diso-lución del matrimonio y adquirir la libertad de contraer otro nuevo. Y si, por otra parte, se tiene en cuenta que, según la ju-risprudencia de algunos Estados, no es ni siquiera necesario que el hecho sobre el cual se funde la demanda haya acontecido en el lugar donde se intente el juicio, y que, según las leyes de ciertos Estados, se puede obtener el divorcio por causas relativamente leves, como sucede con el Código prusiano, se comprenderá me-jor que la teoría que hace prevalecer la *lex fori*, tiende á sub-

(1) Véase Wharton, *Conflict of laws*, § 223 y siguientes.

vertir las relaciones entre los ciudadanos y la propia ley, á la cual deben permanecer sujetos en todas partes, y á trastornar los principios que deben regular la más sagrada de las institu-ciones, cual es la de la familia.

684. Podemos admitir que bajo cierto respecto pueda aplicarse la ley territorial, y muchas veces hemos repetido que el Tribunal local puede decretar todas aquellas providencias que en la ley territorial estén consignadas. Podemos también con-ceder, que si una familia italiana, por ejemplo, se hubiese esta-blecido en Inglaterra y sometido á la jurisdicción del Tribunal, y en el supuesto de que el adulterio del marido ó el de la mujer hubiesen ocurrido allí, el Magistrado inglés, á consecuencia de la demanda del uno ó del otro, podría sentenciar la separación *a mensa et toro*. El Tribunal podrá, además, aplicar la ley in-glesa, á fin de asegurar á la mujer, en caso de adulterio del ma-rido, una renta anual, ó sea lo que el marido debe pagarle por ali-mentos ó por cualquier otro concepto. También podrá acordar-se de este modo lo que el marido debe percibir para resarcirse de los perjuicios causados por el adulterio de la mujer, á cargo de ella y de su cómplice, proveyendo al mismo tiempo á la guar-da y mantenimiento de los hijos. Pero como nuestra ley no re-conoce actualmente que el matrimonio pueda anularse sino por la muerte de alguno de los cónyuges, el Tribunal inglés come-tería, en nuestro sentir, un abuso de poder, aplicando la propia ley para declarar disuelto un matrimonio entre dos italianos. Puede concederse que el Magistrado de un país se atenga á su ley para decidir sobre su propia jurisdicción, cuando tenga que juzgar una causa, al decretar providencias de policía, y respecto de la indemnización; pero de ninguna manera que pueda hacer lo mismo, aplicando á los extranjeros la ley hecha para los ciu-dadanos, decidiendo lo que para ellos constituye una cuestión de estado.

Nos place que otros tratadistas de Derecho hayan prestado su valioso apoyo á la teoría mantenida por nosotros, entre los cuales debemos mencionar á Laurent (1).

(1) Laurent, *Droit civil intern.*, t. II, § 125, Asser, *Droit intern.*

685. La solución de la cuestión por nosotros propuesta, si se quieren respetar los principios del derecho moderno, que tiende á establecer la autoridad del estatuto personal respecto de las personas, cualquiera que sea el punto donde residan, no puede ser sino una sola, á saber: que la disolución del matrimonio por medio del divorcio debe depender por completo del estatuto personal de la familia, el cual, con arreglo á nuestro sistema, debe determinarse teniendo en cuenta la nacionalidad del marido, ó depender, según el otro sistema, del domicilio conyugal.

686. Veremos enseguida cómo el derecho á divorciarse puede ser limitado por la ley territorial, cuando ésta lo prohíbe. Ahora nos proponemos examinar una teoría expuesta ante el Tribunal de Bruselas, en una sentencia dictada recientemente. Dicho Tribunal sostiene que, cuando según el estatuto personal se haya establecido que las causas de divorcio deban resolverse de conformidad con la ley del domicilio de los cónyuges inmediatamente después de presentarse la demanda, el Tribunal del domicilio á quien toca entender en el pleito, debe fallar aplicando la ley territorial, si la aplicación de ésta es conforme al estatuto personal (1). De acuerdo con este principio admite el mencionado Tribunal, que á dos cónyuges ingleses domiciliados en Bélgica, debía aplicárseles la ley belga y no la inglesa para resolver la demanda de divorcio promovida, y que la acción podía, por tanto, fundarse en motivos reconocidos por la primera y no por la segunda, como sería, por ejemplo, el simple adulterio del marido, que, según la ley inglesa, no es por sí sólo motivo suficiente para pedir el divorcio, sino tan sólo cuando vaya acompañado de alguna circunstancia que constituya injuria grave contra la mujer (2).

La teoría sancionada en principio por el Tribunal, sugiere una grave duda en el sistema que hemos sostenido al defender

privé, § 53, sigue en esto la opinión, que aboga por la preferencia de la *lex fori*.

(1) 14 de Mayo 1881 (Bigwood c. Bigwood); *Journal du Palais*, 2.ª parte, pág. 68.

(2) Véase más arriba, § 666.

que las cuestiones concernientes al estado de las personas y á las relaciones de la familia deben resolverse en armonía con la ley personal de aquéllas. Establecida, en efecto, la regla, parece que de ella debía deducirse, que siempre que con arreglo á la ley de un Estado, del cual sea ciudadano un extranjero, se hubiese dispuesto que el estado personal de los extranjeros debiera subordinarse á la ley del domicilio de los mismos, el aplicar á un ciudadano de tal país, domiciliado en el extranjero, la ley territorial debía reputarse conforme á su estatuto personal.

Hemos discutido anteriormente esta cuestión desde un punto de vista general. Habiendo demostrado que la condición jurídica de cada persona y los derechos que á ella se refieren deben ser determinados con arreglo á la ley del Estado de que son ciudadanos, es necesario admitir, por consiguiente, que en el mismo sistema que nosotros defendemos, algunos derechos pueden depender del domicilio de la persona, á saber: en la hipótesis de que según la ley personal de la misma se hubiese dispuesto *expresamente* que aquellos se regulasen por la ley del domicilio (1).

Así acontece en lo que atañe al matrimonio y á las relaciones de familia. Según ciertas legislaciones, la ley reguladora de la familia que viene á constituirse por el matrimonio, debe ser la del domicilio conyugal.

Ahora bien; en el supuesto de que, con arreglo á la ley del Estado de donde el marido es ciudadano, se disponga expresamente que las relaciones de la familia sean regidas por la ley del domicilio conyugal, no podría dejarse de atribuir autoridad á la misma ni de aplicar la ley del mencionado domicilio para decidir las cuestiones entre cónyuges de aquel país, y relativas al estado de la familia, siempre que, según la ley del Estado en donde penda el litigio, se haya indicado la ley nacional del extranjero como reguladora de dichas relaciones.

Es inútil aducir en contrario, que no pudiendo los Tribunales de cada país obrar de otra manera, sino atenerse á los precep-

(1) Véase la Parte general, cap. 1.º

tos del legislador patrio, aquéllos deben siempre considerar la ley nacional de cada uno, como la más adecuada para constituir respecto de este punto su estatuto personal, dado que el legislador (y así lo ha hecho el legislador italiano) haya sancionado la regla de que el estatuto personal debe depender de la ciudadanía. Conviene tener presente, en efecto, que así como se discute todavía la doctrina relativa al criterio por el cual debe determinarse el estatuto personal de la familia, opinando unos que debe depender de la ciudadanía y otros que del domicilio conyugal, así también debe admitirse que incumbe á cada legislador el establecer á cuál de los dos sistemas debe darse la preferencia, y todo lo que cada ley disponga respecto de esto debe considerarse como precepto imperativo respecto de las personas sujetas á la autoridad del legislador.

De todo esto se deduce que al haber sancionado el legislador italiano, por ejemplo, que la ley reguladora de las relaciones de la familia debe ser la del Estado de donde el marido sea ciudadano, aun después de establecer su residencia ó domicilio en el extranjero, es lógico que los Tribunales italianos deben indudablemente tener presente la regla sancionada por el legislador patrio en todos los casos en que sean llamados á decidir un litigio concerniente á las relaciones de una familia italiana domiciliada en el extranjero. Puede también concederse que deben tener presente la misma regla jurídica si son llamados á decidir una cuestión referente á las relaciones de una familia extranjera perteneciente á un Estado cuya ley no haya sancionado regla alguna respecto del estatuto personal de la familia.

No se puede decir lo mismo en el caso de que se trate de un Tribunal italiano llamado á decidir una cuestión acerca de las relaciones de una familia extranjera perteneciente á un Estado cuya ley determine que la reguladora de las relaciones de la familia debe ser la ley del domicilio conyugal, porque debiendo los Magistrados italianos reputar obligatorio el respeto al estatuto personal del extranjero, es un deber para ellos aplicar la ley del domicilio conyugal á las familias que pertenecen á un Estado cuyo legislador haya expresamente decidido que dicha ley sea la que rija las relaciones de la familia.

De todo lo cual se desprende que aceptándose igualmente el concepto que hemos sostenido de que la cuestión de la disolución del matrimonio ha de resolverse en conformidad con el estatuto personal, debe admitirse que el estatuto personal de la familia puede ser efectivamente, ó la ley nacional en el sistema de legislación positiva que someta á esta ley á todos los ciudadanos aunque residan ó estén domiciliados en el extranjero, ó la del domicilio conyugal en el sistema que hace depender las relaciones conyugales y los derechos de familia de la ley del domicilio del marido al celebrar el matrimonio. De estos principios debe deducirse que, cuando la jurisprudencia de los Tribunales de un Estado, considerando la ley del divorcio como una ley de policía, sostenga que es aplicable á todos los residentes ó domiciliados en el Estado en el momento en que se deduzca la demanda, pueda elevarse tal máxima, establecida por la jurisprudencia, á una regla de derecho positivo y atribuirle la autoridad del estatuto personal.

687. Hemos notado muchas veces que los principios establecidos por la jurisprudencia, en lo que toca á la autoridad de las leyes del Estado respecto de los extranjeros, no pueden tener la misma fuerza que las leyes sancionadas por el legislador. Por consiguiente, en el supuesto de que los Magistrados de un país hubiesen sostenido constantemente que á la ley del divorcio deba atribuírsele carácter de ley de policía, y que debería, por lo tanto, aplicarse así á los ciudadanos como á los extranjeros, no se podría por ello deducir que los ciudadanos de aquel país debiesen por igual concepto someterse á las leyes vigentes sobre el divorcio en los países extranjeros, á causa de que debía reputarse como formando parte del estatuto personal de los mismos el principio de que la ley del divorcio es una ley de policía. Esto equivaldría verdaderamente á convertir en precepto legislativo un principio judicial.

Debemos añadir, por otra parte, que, dado el caso de que un legislador hubiese expresamente dispuesto que la ley del divorcio se reputase como una ley de policía, y sea, como tal, aplicable aun á los extranjeros domiciliados ó residentes en el Estado, esta disposición no podría hacer extensiva su influencia al exte-

rior, en el sentido de influir en un juicio relativo á divorcio pendiente ante un Tribunal extranjero y autorizar á éste para aplicar la ley territorial de aquel país, fundándose en que al considerar la ley sobre el divorcio como una ley de policía se ajustaría al estatuto personal de los mismos.

En efecto, no puede admitirse que un legislador, al atribuir á una ley dada el carácter de ley de policía, haya podido tener intención de que se atribuya el mismo carácter á las leyes análogas dictadas por otros legisladores. En armonía con el derecho territorial es como debe ciertamente decidirse cuáles son leyes de policía y cuáles no; pero el carácter de la ley puede influir para hacerla ó no aplicable á todos aquéllos que residen en cada país, aunque sin modificar las reglas generales acerca del estatuto personal en el territorio sujeto á otra soberanía. Por consiguiente, cuando en el país donde la demanda se haya promovido no se repite la ley del divorcio como ley de policía por mejores y más sabias razones, sino que se considere la disolución del matrimonio como debiendo depender por completo del estatuto personal de los cónyuges extranjeros, no se podrá aplicar la ley territorial so pretexto de ser esto conforme á su estatuto personal en un país donde la ley del divorcio fuese calificada de ley de policía.

En el pleito fallado por el Tribunal de Bruselas, vemos que, tratándose de una familia inglesa domiciliada en Bélgica, y fundándose la demanda de divorcio en un motivo eficaz según la ley belga, pero no según la inglesa, el Tribunal, no obstante, admite la demanda, en atención á que, según la jurisprudencia inglesa, las cuestiones en materia de divorcio deben resolverse con arreglo á la ley del domicilio en el momento de ejercitarse la acción.

Ahora bien: si según el derecho vigente en Bélgica los pleitos concernientes á la disolución ó indisolubilidad del matrimonio entre extranjeros deben decidirse en armonía con el estatuto personal, y dado también que los Tribunales ingleses atribuyan á la ley del divorcio la autoridad del estatuto real respecto de Inglaterra, ¿podía ser esto una razón para atribuir la misma autoridad á la ley belga, cuando con arreglo al derecho vi-

gente en Bélgica la disolución ó indisolubilidad del matrimonio del extranjero debe regirse por el estatuto personal del mismo? El haber considerado los Tribunales ingleses la ley del divorcio como ley de policía, ¿constituye acaso un estatuto personal? La máxima establecida por la jurisprudencia, ¿podrá ser oportunamente invocada en Bélgica para atribuir á la ley belga sobre el divorcio un carácter de ley de policía en el sentido de hacerla aplicable á los extranjeros residentes ó domiciliados en Bélgica? Nosotros no podemos admitirlo por las razones ya expuestas, y sostenemos que el Tribunal no aplicó debidamente los principios vigentes en Bélgica respecto del estatuto personal de los extranjeros (1).

688. Ahora debemos examinar si del principio sustentado por nosotros, de que el divorcio debe regirse por el estatuto personal, se debe deducir que el extranjero tenga derecho para invocarlo con objeto de hacer declarar el divorcio en un país donde la ley no lo reconozca. Esta cuestión ha sido vivamente debatida en Italia en la causa de los cónyuges Von Bremen, sentenciada por el Tribunal de Ancona, en sesión de 22 de Marzo de 1884 (2). Se trataba de un ciudadano de Oldemburgo, residente en Ancona por asuntos mercantiles, y que se había unido en matrimonio con una italiana. Abandonado por su mujer, que se refugió en América, Bremen presentó demanda ante los Tribunales italianos para que se le concediese el divorcio, á tenor de lo prescrito por su ley personal. El Tribunal se declaró competente para entender en la demanda, pero rechazó la petición principal relativa al divorcio; el Tribunal de apelación, al contrario, considerando que el divorcio no se puede reputar de una manera absoluta como opuesto al orden público y á las buenas costumbres, respecto de aquéllos á quienes la ley se lo consiente, y que con arreglo al Código civil italiano las relaciones de familia deben regirse por la ley personal, decidió que así como el

(1) Véase la nota de Laurent á la sentencia del Tribunal de Bruselas. Lugar citado.

(2) Véase el texto de la sentencia en el *Monitore dei Tribunali*, 1884, p. 367; y *Giurisprudenza italiana*, 1884, parte II, 247.

extranjero que hubiese obtenido el divorcio en su patria debería ser autorizado para contraer un segundo matrimonio en Italia, así también debería reconocérsele el derecho de pedir al Tribunal la declaración de divorcio á tenor de su estatuto personal.

La sentencia dió margen á graves discusiones entre los juristas italianos, los cuales impugnaron en diverso sentido la doctrina sancionada por el Tribunal. La mayoría sostiene la teoría contraria, esto es, la de que, en el estado actual de nuestra legislación, los Tribunales ordinarios no pueden declarar el divorcio entre extranjeros, aplicando la ley personal de los mismos (1).

Esta es también la opinión que nosotros anteriormente hemos sustentado (2) y que ahora debemos ratificar por que la creemos preferible. La opinión contraria tiene, por otra parte, valioso apoyo en la autoridad de Laurent (3) y de Troplong, el cual, en un informe emitido por él como Abogado general en el Tribunal de Nancy, sostiene que una mujer inglesa podía pedir al Tribunal francés (cuando estaba en vigor la ley que prohibía el divorcio) que se declarase el suyo, en el supuesto de que el Tribunal fuese competente (4). También Merlin ha sostenido una opinión análoga (5).

Los contrarios aducen como argumento principal de su opinión que el divorcio no puede considerarse como absolutamente contrario al orden moral y al derecho de la familia, lo cual nos parece indiscutible. Ya hemos dicho que el divorcio no se puede considerar absolutamente lícito ó ilícito, moral ó inmoral, sino que debe, por el contrario, considerarse conforme al orden de la

(1) Véase la nota de Fusinato en la *Giurisprudenza italiana* citada, y la de Filomusi-Guelfi á la misma sentencia inserta en el *Foro italiano*, 1884, p. 574; Bianchi, *Archivio Giuridico*, t. X, p. 478.

(2) Véase § 121 de la primera edición de nuestra obra, año 1869.

(3) Laurent, *Droit. civ. intern.*, t. V, § 132.

(4) El informe de Troplong se cita por Dupin (*Dalloz, Jurisprudence générale*, 1860. P. I, p. 59).

(5) Répertoire, v.º *Divorce*, sect. IV, § 10.

familia en aquellos países en que la ley lo permite. De este concepto se desprende, por otra parte, que la institución del divorcio no se puede considerar contraria al orden jurídico, como la esclavitud, la muerte civil, la poligamia, etc., etc. Por consiguiente, no debe reputarse contrario al orden público de un país, en que la ley prohíba el divorcio, el conceder al cónyuge legalmente divorciado en virtud de su propia ley, que celebre un segundo matrimonio. No puede, realmente, calificarse como contrario al orden público el reconocer las consecuencias legales de un acto lícito llevado á cabo bajo el imperio de una ley extranjera. ¿Pero se puede decir lo mismo en la hipótesis de que la demanda tenga por principal objeto la declaración del divorcio?

Parécenos que en este caso debe examinarse la cuestión desde otro punto de vista, á saber: si en la hipótesis de que una ley dada no reconozca una institución jurídica, puede ser lícito á un extranjero invocar la propia ley personal á fin de dar vida y existencia á la institución jurídica prohibida por la ley territorial.

Nosotros sostenemos la negativa, porque, aun concediendo que cada soberanía deba juzgarse autónoma é independiente para crear ó abolir ciertas instituciones jurídicas, y concediendo, además, que deban admitirse las consecuencias legales de las relaciones jurídicas que nacen de las instituciones, según la ley personal de cada uno, aun en donde esas instituciones no sean reconocidas, no podemos admitir igualmente que una ley extranjera pueda invocarse útilmente para dar vida y existencia en un Estado distinto á las instituciones allí prohibidas, porque esto, en nuestro concepto, sería contrario á los intereses generales y á los derechos de la soberanía territorial.

689. El extranjero que promueve en Italia una demanda de divorcio, tiende á obtener de los Tribunales italianos el que con su sentencia den vida á una institución que en la actualidad no admite la ley italiana, y que se considera contraria á las exigencias sociales. Ahora bien: en nuestra opinión no debe concedérsele, porque con ello se perjudicarían los derechos de la soberanía territorial, á la cual pertenece el absoluto y exclusivo poder en el territorio sometido á su imperio para determinar qué instituciones pueden tener vida y cuáles deben reputarse prohi-

bidas. La perturbación causada al orden público y al derecho social no nacería ciertamente de reconocer las consecuencias legales del divorcio debidamente decretado en el extranjero porque se trataría de un hecho jurídico que tuvo su ser y complemento bajo el dominio de una soberanía extranjera; pero nos parece que esta perturbación nacería de invocar, por ejemplo, en Italia la ley extraña, á fin de dar vida en nuestro país al hecho jurídico y á la institución jurídica prohibidos por la ley italiana en el actual estado de la legislación.

El argumento aducido por los contrarios de que, aceptando este concepto, puede irrogarse el grave perjuicio de no poder el demandante encontrar en ciertos casos la jurisdicción competente para decretar su divorcio (supuesto que no tenga otro domicilio que el del país en que está prohibido), no nos parece fundado, porque si ante todo debiera reconocerse la jurisdicción del Magistrado de la patria de cada uno respecto de las cuestiones de estado personal ó de las relaciones de familia, y si se quisiera tener como decisivo el domicilio, no podría faltar la jurisdicción del domicilio de origen.

La regla general establecida por nosotros de que el divorcio debe regirse por el estatuto personal de cada uno, necesita entenderse en el sentido de que, cuando la institución sea admitida por la ley territorial y no pueda rechazarse la jurisdicción de los Tribunales, el Tribunal que entienda en el pleito debe decidir acerca de la demanda aplicando la ley personal de cada uno y, según esta, declarar el divorcio en los casos y por los motivos en ella reconocidos, aun cuando las disposiciones relativas al divorcio sean, con arreglo á esta ley, diversas de las sancionadas por el derecho territorial.

Pasemos ahora á examinar algunas de las cuestiones que pueden surgir en el juicio de divorcio.

690. Hacemos notar, ante todo, que así como la ley del divorcio debe reputarse ley de orden público respecto de las personas sometidas á su autoridad, así el Magistrado no puede prescindir de considerarla como tal, y por lo tanto, no debe tener en cuenta cualquiera convención que los cónyuges hayan estipulado para invalidarla. Con razón, pues, el Tribunal de apelación

de Pensilvania, en el litigio Kilborm c. Field (1), no da valor alguno á un acuerdo tomado por los cónyuges, mediante el cual uno de ellos se obligaba á pagar al otro una cantidad dada porque renunciase á la demanda de divorcio.

691. Cuando durante el matrimonio el marido hubiese adquirido carta de naturaleza en el extranjero, podrá surgir la duda de si la demanda de divorcio puede promoverse en armonía con la ley de la nueva patria electiva, ó si puede fundarse en hechos anteriores á la naturalización.

En la hipótesis de que la naturalización del marido hubiese dado lugar á la de la mujer, no se puede dudar que, si se diese el caso de considerar violado respecto de ambos el estatuto de las relaciones de familia, tanto el uno como el otro pueden invocar la aplicación de la ley de la nueva patria electiva, la cual, respecto de dichos cónyuges, debería considerarse como ley nueva.

Por lo que concierne al derecho de fundar la demanda en hechos anteriores á su naturalización, conviene observar, que así como el derecho á divorciarse no se puede considerar como un derecho privado de las partes fundado en el contrato, y de la misma manera que cuando en un Estado se promulga una ley nueva que admite el divorcio, debe aplicarse, aun en el caso de que se trate de hechos anteriores, al momento en que empieza á estar en vigor dicha ley (partiendo siempre del supuesto de que, el derecho á divorciarse ó no, pueda admitirse como constitutivo de un derecho privado, por el cual la ley nueva pueda limitarse), así también, debiendo considerarse la ley del Estado en que los cónyuges se hayan naturalizado como una ley nueva respecto de ellos, debe resolverse la duda propuesta, partiendo de tales principios.

Puede sostenerse la opinión contraria en el sistema que atribuye á la ley del divorcio el carácter de ley de policía, porque, en tal supuesto, se puede aducir con razón, que así como lo que justificaría principalmente la aplicación de la ley del divorcio á los extranjeros, sería la necesidad de conservar la morali-

(1) Albany Law, Journal, p 15.

dad de la familia é impedir el escándalo y el mal ejemplo, esta necesidad no podría surgir, suponiendo que el hecho hubiese acontecido en época anterior á la naturalización y en territorio extranjero.

Mucho más grave es la dificultad que puede originarse en el caso de que, durante el matrimonio, el marido haya adquirido carta de naturaleza en un Estado cuya ley admita el divorcio, y la mujer haya conservado la nacionalidad que tenía al tiempo del matrimonio, no siendo admitido el divorcio en el Estado de que ella sea ciudadana. Siempre que el marido quisiera invocar la ley de la patria electiva para promover el divorcio, podría surgir la duda de si la mujer podía oponer el primitivo estatuto personal de la familia con objeto de rechazar la demanda, y lo mismo en el caso de que la demanda se fundase en una causa reconocida por la ley de la patria electiva del marido, mas no por la de la mujer, en el supuesto de que ambos consintiesen en el divorcio.

Nosotros admitimos en principio, que, en la hipótesis establecida, la naturalización podría hacer aplicable la ley del divorcio, siempre que la demanda se fundase en hechos posteriores á la naturalización, y no cuando los hechos en que la demanda se funde sean anteriores á aquélla.

La razón de esta opinión consiste, en que, dado el supuesto de que la naturalización del marido no hubiese producido cambio alguno en la nacionalidad de la mujer, la ley reguladora de las relaciones de familia en la época que precede á la naturalización, debería ser aquella á que ambos cónyuges estaban sujetos; y, por otra parte, al realizar el marido, tal acto, no había podido modificar la condición jurídica derivada del vínculo conyugal, sometiendo á su esposa á las disposiciones de la ley de la patria electiva, aun respecto de hechos anteriores á la naturalización, toda vez que la mujer hubiese continuado en el goce de la nacionalidad que tenía al principio del matrimonio.

Otra sería la solución si se tratase de hechos posteriores á la naturalización. En efecto, suponiendo que la mujer hubiese conservado la naturalización adquirida por el matrimonio, podría ella invocar la aplicación del primitivo estatuto personal de la

familia, si se tratase de decidir acerca de los derechos patrimoniales adquiridos por el matrimonio, respecto de los cuales debe admitirse que la mujer no puede sufrir perjuicio alguno por un hecho ajeno á ella, como sucedería al no haber consentido en la naturalización del marido. Pero así como el derecho á divorciarse no es un derecho privado resultante de la naturaleza del contrato, y debe regirse por la ley reguladora de las relaciones de familia; y así como ésta debe determinarse teniendo en cuenta la condición del marido, que es su jefe; y, por otra parte, habiendo ya supuesto que el hecho haya acontecido después de la naturalización, vendríamos á admitir que el hecho jurídico de que hubiese nacido la perturbación de las relaciones conyugales, se habría realizado cuando ya la familia, por el hecho del marido, estaba sujeta á la autoridad de la ley del Estado en que aquél adquirió carta de naturaleza, y en las cuestiones de interés y de orden público, la mujer no podría alegar ningún derecho á desconocer la ley de la nueva patria del marido, y de aquí, por consiguiente, que deba prevalecer una regla distinta á la que sirve para decidir los derechos patrimoniales de los cónyuges. Concluimos, pues, de aquí que, en la hipótesis establecida, debería rechazarse la demanda de la mujer, y aplicar la ley de la patria electiva del marido.

692. La única cuestión que puede surgir en el supuesto de una demanda de divorcio formulada por el naturalizado, es la que atañe á la eficacia misma de la naturalización cuando de las circunstancias pudiera deducirse haber sido buscada con el principal intento de cambiar el estatuto personal y sustraerse de este modo al imperio de la ley que prohibía el divorcio, poniéndose bajo el imperio de la que lo permitía.

Por regla general, no puede concederse que cuando uno se haya sometido legalmente al imperio de una ley, habiéndolo hecho con el intento de sustraerse á otra para él más gravosa, pueda este intento ser de por sí razón decisiva para eludir la autoridad de la ley. Mas en el caso que examinamos, pudieran darse circunstancias excepcionales que justificarian la modificación de la regla.

Supongamos que un italiano en el estado actual de nuestra

legislación, que prohíbe el divorcio, llega á obtener carta de naturaleza en Suiza, y que examinadas las circunstancias resulta evidentemente que lo ha hecho con la intención de eludir la ley italiana y de ponerse en condiciones de obtener el divorcio, habiendo sido éste su principal intento. (Y así debería admitirse en el caso de que hubiese continuado teniendo su residencia habitual en Italia, radicando aquí el centro de sus negocios é intereses.) Ahora bien, en tales circunstancias, y resultando con toda evidencia que había sido fraudulenta su naturalización, parecen que ésta debía reputarse como ineficaz en lo que toca á aplicar la ley vigente en Suiza sobre el divorcio.

693. A juicio nuestro debía prevalecer el mismo principio en la hipótesis de que un francés hubiese adquirido carta de naturaleza en Alemania, donde se admite el divorcio por ciertos motivos no reconocidos en el Código francés, y que después quisiese presentar demanda ante los Tribunales franceses, con el fin de obtener la declaración de divorcio con arreglo á la ley de su patria electiva. Partiendo siempre del supuesto de que por las circunstancias la naturalización apareciese con toda evidencia fraudulenta, entendemos que el Tribunal francés no podría declarar nula la naturalización, porque á esto se opondría la independencia de los Estados y la incompetencia de los Tribunales en actos de soberanía, pero sí podría declarar ineficaz la naturalización conforme á la ley francesa en lo que respecta á modificar las reglas por ella sancionadas acerca de la disolución del matrimonio, y que podría, por lo tanto, admitir la demanda de la mujer, que exigiese la aplicación de la ley francesa para resolver á tenor de ésta la demanda de su marido. Nada se opondría ciertamente á que un francés, naturalizándose de buena fe en un Estado de Alemania, demandase después aun en Francia la aplicación de su nuevo estatuto personal, en los casos en que un extranjero puede invocar dicha aplicación, porque no se perturbaría el orden público si se aplicase la ley extranjera, aunque distinta de la francesa, á un sujeto que ya no fuese francés sino extranjero; pero debería reputarse contrario al orden público territorial que un ciudadano pudiese sustraerse á la aplicación de su ley personal, cuando de un conjunto de circunstancias inequí-

vocas y concomitantes resultase haberse naturalizado en el extranjero con el intento exclusivo de eludir su aplicación.

694. El procedimiento en el juicio de divorcio debe regirse por la *lex fori*, la cual se ha de aplicar á todo lo que atañe á la prueba de los hechos en que la demanda se funde. Puede surgir alguna duda respecto de los medios idóneos para considerar el adulterio como motivo de divorcio.

Según algunas leyes, el adulterio es un motivo para divorciarse, pero debe comprobarse mediante un juicio penal y sentencia condenatoria. Con arreglo á dicha ley, parecerá, pues, que la circunstancia de la condena penal por adulterio es uno de los elementos que motiven el divorcio. Otras, por el contrario, admiten que el adulterio puede probarse por toda clase de medios en el mismo juicio civil. Nosotros opinamos que los medios idóneos para hacer constar el adulterio como motivo de divorcio, deben determinarse á tenor de la *lex fori* y no por el estatuto personal, porque la prueba de los hechos deducidos en juicio forma parte del procedimiento, y de aquí que no pueda excluirse la prueba testifical ó cualquiera otra, en el supuesto de que se consienta aducirla en el mismo juicio conforme á la *lex fori*.

695. En lo referente á los efectos que pueden derivarse de la sentencia de divorcio, debemos notar ante todo que no puede tener efecto retroactivo en cuanto á los derechos y deberes respectivos de los cónyuges, anteriores al divorcio, porque éste modifica las relaciones personales de los cónyuges mismos, pero sólo á contar del momento en que se pronuncie la sentencia. Por consiguiente, debiéndose considerar subsistente el vínculo conyugal hasta que el divorcio se declare legalmente, las acciones de un cónyuge contra otro por hechos anteriores al divorcio deben subordinarse á la ley reguladora de las acciones conyugales; y por lo tanto, si según esta ley no podía existir acción de daños y perjuicios entre marido y mujer, la acción no podría originarse como resultado del divorcio por hechos anteriores á él, sino solamente por hechos posteriores.

En lo que toca á los efectos que pueden derivarse de la disolución del matrimonio mediante el divorcio, á la obligación que puede imponérsele al marido de asegurar á la mujer una renta

anual para atender á sus necesidades, á los derechos respectivos de los cónyuges con relación á los hijos, á las obligaciones recíprocas de proveer á su manutención y á todos los demás puntos que conciernen á las relaciones patrimoniales de los cónyuges mismos, será preciso atenderse á la ley con arreglo á la cual deba declararse la disolución del matrimonio.

696. Uno de los efectos más importantes que pueden derivarse del matrimonio, es el de restituir á los cónyuges divorciados á su estado libre, capacitándolos para celebrar nuevas nupcias. Puede surgir, bajo tal concepto, una dificultad en la hipótesis de que el cónyuge divorciado quisiera celebrar el nuevo matrimonio en un Estado, donde la ley no reconociera el divorcio. En este caso, puede presentarse la duda de si se podía conceder al cónyuge divorciado la celebración del matrimonio, con arreglo á la ley territorial que prohíbe el divorcio por razones de orden público.

Esta cuestión ha sido ampliamente discutida por los jurisconsultos, llegando á conclusiones muy opuestas, y resuelta de diferentes maneras por la jurisprudencia.

Entre los jurisconsultos franceses, De Chassat ha sostenido la opinión negativa, estando en vigor en Francia la ley que había abolido el divorcio. Hé aquí cómo razona: «El Magistrado francés no puede permitir que de la aplicación de una ley extranjera se sigan en Francia ciertos efectos que ofenden los principios de orden público sancionados por la ley nacional. La disposición de la ley extranjera que consiente al cónyuge divorciado celebrar nuevas nupcias, no puede tener en Francia ningún efecto, porque ofende las buenas costumbres y la opinión pública» (1).

Demangeat se declara sostenedor de la misma teoría. Hacía notar, en efecto, que un funcionario del registro civil no podía, estando en vigor la ley que prohibía el divorcio, asistir á la celebración del matrimonio de un divorciado, porque eso sería lle-

(1) De Chassat, *De Statut.*, núm. 196.

gar á reconocer implícitamente válido el divorcio considerado por la ley como un mal y un escándalo público (1).

Merlín (2) sostiene lo contrario, teniendo en cuenta que la ley francesa había condenado el divorcio, pero no consideró jamás ilícitos los matrimonios contraídos por los que habían obtenido el divorcio antes que se promulgase la ley de 1816.

La jurisprudencia de los Tribunales franceses también era muy discordante. Hasta el año 1860 había prevalecido la doctrina que negaba al extranjero divorciado la capacidad de celebrar nuevo matrimonio en Francia (3); pero después de la sentencia del Tribunal de casación de 28 de Febrero de 1860, se había aceptado, como regla general, que al extranjero divorciado, podía permitírsele que celebrase segundo matrimonio (4).

Debemos notar, por otra parte, que el Tribunal de Douai había reconocido que al extranjero que hubiese celebrado en Francia su primer matrimonio disuelto legalmente por medio de divorcio decretado en su país, no podía permitírsele celebrar un segundo matrimonio en Francia, mientras viviese allí su cónyuge, porque debía reputarse contrario al orden público el que el oficial civil francés que había autorizado el primer matrimonio, pudiese asistir al segundo, viviendo en la misma ciudad el cónyuge divorciado (5).

Esta cuestión no tiene al presente mucha importancia en el derecho francés por haberse restablecido el divorcio, pero sí en algunos otros países en que la ley todavía no lo permite. En efecto, ha sido muy debatida por los jurisconsultos italianos, entre los cuales también ha habido quien ha sostenido que el ex-

(1) *Condition des étrangers*, § 583.

(2) *Question de droit*, véase *Divorce*, § 13.

Véase también Demolombe, t. I, núm. 101, y t. III, núm. 230; Westlake, *Private international law*, núm. 350; Massé y Vergé, § 37.

(3) Véase Cour de París, 30 Août 1824, 28 Mars 1843, 20 Novembre 1848 y 4 Julio 1859, en el *Journal du Palais*, t. XVIII, p. 1.022, t. XL-XLI, t. LXXI, y Dalloz, *Periodique*, 1859, t. II, p. 153.

(4) Cour de París, 28 fév. 1860, causa Butkley (Dalloz, 1860, tomo I, p. 57) y Cass. 15 Julio 1878 (Clunet, *Journal*, 1878, p. 499).

(5) Douai, 8 Enero, 1878 (Clunet, *Journal*, 1877, p. 39).

tranjero divorciado no podía celebrar nuevas nupcias en Italia, porque sería esto ofensivo para el orden público, é infringiría la disposición del artículo 12 que prohíbe reconocer las leyes extranjeras que derogan las italianas, cuando éstas se refieren, bajo cualquier concepto, al orden público y las buenas costumbres (1).

697. Hemos sostenido en el terreno de los principios, que, sin discutir acerca de la moralidad ó inmoralidad del divorcio, no podía negarse, con todo, al que en virtud de él hubiese obtenido legalmente el estado de hombre libre que celebrase un segundo matrimonio, aun en aquel país cuya ley prohibiese el divorcio; también hemos añadido que un funcionario del registro civil italiano no podía negarse á asistir al matrimonio de un inglés válidamente divorciado, que hubiese querido celebrar nuevas nupcias en Italia. En apoyo de tal opinión, hemos aducido que la condición jurídica de un extranjero y su cualidad de padre, de hijo ó de esposo, debía determinarse con arreglo á su ley nacional (art. 6.º del Código civil); que los efectos que se derivan del estado jurídico de un extranjero, no podían negársele, sino cuando se opusieren á una ley de orden público de nuestra Nación; que el funcionario del Registro civil no podía declarar la disolución del matrimonio no existente, cuando éste hubiese sido legalmente disuelto, ni podía impedir al divorciado contraer un nuevo matrimonio, que, si el primero estaba ya disuelto, no sería, por ningún concepto, contrario á nuestras leyes, hallándose el divorciado en la situación legal de un hombre no casado. De este razonamiento concluimos que el conceder á un cónyuge extranjero legalmente divorciado que celebrase un nuevo matrimonio en Italia, no podía considerarse contrario á nuestras instituciones y leyes (2).

Laurent, teniendo en cuenta la opinión por nosotros sustentada, y conforme con lo que él mismo admite, observa, sin em-

(1) Esperson, *El principio de nacionalidad aplicado á las relaciones civiles internacionales*, núm. 21, p. 79.

(2) Véase el § 134 de la primera edición de la presente obra, Florencia, Le Monnier, 1869.

bargo, que la teoría podía mantenerse en el terreno de los principios, mas no frente al derecho italiano, que excluye la aplicación de la ley extranjera, que se oponga á las leyes de orden público y á las buenas costumbres (1).

Debemos referirnos á lo dicho anteriormente en la parte general, á fin de determinar cómo debe entenderse la limitación respecto á la aplicación de la ley extranjera, fundada en la ofensa del orden público y de las buenas costumbres (2). Respecto de la cuestión particular sobre el segundo matrimonio del divorciado, observamos, que admitiendo como demostrado que el divorcio se haya decretado legalmente, y que como consecuencia de él, el cónyuge haya reconquistado su condición de libre, no puede considerarse ofendido el orden público territorial, dado que aquél pretenda contraer y contraiga matrimonio. Para admitir la ofensa al orden público, sería preciso considerar como casado al que se ha divorciado; mas, para admitir esto, no han reflexionado los contradictores que es menester sustituir la ley italiana á la extranjera, aun para regular en el exterior las relaciones de una familia extranjera, y sostener, que, sólo porque el legislador italiano no admite el divorcio, se puede declarar en nombre de la ley italiana, no realizada la disolución del matrimonio, dado que haya sido disuelto legalmente con arreglo á la ley extranjera á que los cónyuges estaban sujetos.

Repetimos, por lo tanto, que no puede considerarse como opuesto al derecho positivo italiano el permitir al extranjero divorciado celebrar nuevas nupcias, porque ninguna ofensa se infringiera al orden público territorial, aun en el caso de que un extranjero, que no esté ligado por matrimonio y que tenga aptitud legal para volver á unirse, celebre un nuevo matrimonio en Italia, sin que pueda alegarse en contrario la excepción que se aduce en el art. 12 de las disposiciones generales del derecho civil italiano.

698. La ofensa al orden público, en el caso de segundo matrimonio del divorciado, se puede admitir en la hipótesis, ya apreciada por nosotros, de naturalización fraudulenta provocada con

(1) Laurent, *Droit civil intern.* t. V, § 144.

(2) Véase más arriba, § 696.

el intento de obtener el divorcio y poder celebrar un nuevo matrimonio en el país donde aquél esté prohibido. Tal sería el caso de un italiano que hubiese obtenido carta de naturaleza en Suiza para eludir la ley italiana y la prohibición de divorciarse. Supuesto que hubiese obtenido el divorcio en Suiza, que quisiese celebrar el segundo matrimonio en Italia, y que se diesen con relación á él las circunstancias ya examinadas para reputar como fraudulenta su naturalización, parecemos que el Ministerio público podría oponerse á la celebración del segundo matrimonio, aduciendo, con razón, que debía considerarse contraria al orden público el reputar la naturalización fraudulenta eficaz respecto de un italiano que la haya adquirido con el principal intento de celebrar en Italia segundo matrimonio viviendo el otro cónyuge. Partiendo de este supuesto, no opinamos que deba aceptarse la teoría sancionada por el Tribunal de Douai, porque la ofensa al orden público y á las buenas costumbres, entendemos que puede apreciarse sólo en las circunstancias observadas anteriormente (§ 692) para calificar de fraudulenta la naturalización.

Se debe igualmente reputar contrario al orden público el conceder á un ciudadano, que hubiese obtenido el divorcio en el extranjero, pero no con arreglo á la ley personal, que pueda celebrar segundo matrimonio en su propia patria, ó que pueda mantener conforme á la ley de la misma, el que se reputa válido el segundo matrimonio celebrado por él en el extranjero, como consecuencia del divorcio allí obtenido. El reconocer la autoridad de una ley extranjera, que hubiese sustituido sus propios preceptos á los de la ley personal para regular las relaciones de la familia y la disolución del matrimonio, debe reputarse contrario al orden público. Por consiguiente, aun en los mismos países en que se admite el divorcio, no se puede mirar como válida la disolución del matrimonio de los ciudadanos, á consecuencia de una sentencia dictada en el extranjero por motivos no reconocidos por la ley personal de los mismos.

699. Debemos resolver una última dificultad relativa al matrimonio de un divorciado, y es la que surgiría en la hipótesis de que sean diversas las leyes personal y territorial respecto de las limitaciones impuestas al divorciado para celebrar

nuevas nupcias. Hay, en efecto, leyes que prohíben al cónyuge culpable de adulterio el casarse con su cómplice, y otras, por el contrario, que no establecen esta prohibición. Hay también leyes que, no obstante la disolución del matrimonio, prohíben al cónyuge adúltero casarse antes de la muerte del otro cónyuge, á menos que este ya se hubiese casado ó preste su consentimiento. Esto sucede con arreglo al Código suizo, título sobre el divorcio, artículo 2.º

A primera vista puede parecer sólido el argumento aducido por algunos, á saber: que tendiendo principalmente la ley que prohíbe al cónyuge culpable de adulterio unirse con su cómplice, á la defensa de las buenas costumbres, debe tener autoridad territorial, aun respecto de los extranjeros, cuya ley no contenga la misma prohibición. Debemos, no obstante, observar, que la prohibición tiende á defender las relaciones de la familia, que el criterio para defender las buenas costumbres en la familia, puede entenderse de diverso modo, y que juzgamos preferible el adoptado por los legisladores que no han sancionado la prohibición, porque, realmente, sin justificar el hecho, estimamos más conforme á las buenas costumbres que aquél que haya seducido á una mujer casada repare su culpa tomándola por esposa; y así se entiende este punto en Inglaterra, donde se considera más bien como una deuda de honor, que el cómplice de una mujer adúltera divorciada, se una en matrimonio con ella.

No nos parece, pues, que pueda atribuirse por regla general á la ley que contenga la prohibición la autoridad del estatuto real, en el sentido de hacerla aplicable á los extranjeros, cuya ley no contenga la misma limitación. Admitimos, por lo tanto, que cuando el cómplice sea ciudadano del Estado cuya ley reconozca la prohibición, no deberá concedérsele que se una en matrimonio con la mujer divorciada por adulterio. Podemos también conceder, que pudiéndose atribuir á la ley que niega la prohibición, el carácter de ley de policía, puede aplicarse la disposición en el caso de que el divorcio se haya declarado por los Tribunales del Estado en que se quiera proceder después al segundo matrimonio entre la mujer divorciada por el adulterio y su cómplice.

Fuera de este caso, insistimos en que todo debe depender de la ley personal de cada uno de los esposos que intentan celebrar el nuevo matrimonio.

700. De la exposición que acabamos de hacer aparece claramente cuán grande es la confusión que nace de la diversidad de leyes y de jurisprudencia acerca de la jurisdicción de los Tribunales respecto del divorcio entre extranjeros, acerca de la ley que debe aplicarse, y tocante á la eficacia de la sentencia que haya declarado el divorcio.

Ahora debemos indicar, que para aumentar aun más esta confusión, la Congregación de la Santa Inquisición romana ha querido promulgar, hace poco, la decisión emanada de ella el 19 de Agosto de 1886, con la cual, poniéndose por encima de todas las leyes, ha sostenido que el matrimonio válidamente disuelto según las leyes civiles, no puede reputarse disuelto, según el derecho eclesiástico, y que, por consiguiente, el funcionario del Registro civil no debe asistir á la celebración del segundo matrimonio, cuando el primero haya sido disuelto regularmente según la ley civil, siendo todavía válido según la ley de la Iglesia.

Comprendemos que esta decisión en nada absolutamente pueda afectar á las disposiciones del derecho civil, ni modificar las reglas sobre la disolución del anterior matrimonio ni la validez de las nuevas nupcias celebradas después del divorcio legalmente decretado. Hemos creído, no obstante, oportuno mencionarla, porque puede también (respecto de los que admiten la indebida preeminencia de la Cabeza de la Iglesia católica en asuntos civiles y temporales, que están fuera de su jurisdicción) contribuir á aumentar la ya grandísima confusión, en lo que toca á la eficacia del divorcio.

CAPITULO VII

De la paternidad y de la filiación.

701. Nociones generales.—Orden de este tratado.

701. Las cuestiones que conciernen á las relaciones de la paternidad y de la filiación están estrechamente unidas con la organización de la familia hasta el punto que, de resolverlas de una manera ó de otra, dependen el estado, la cualidad y la condición jurídica de las personas que la componen.

Cada ley determina quién sea hijo legítimo y quién ilegítimo, como resultado de haber sido concebido ó nacido de la unión sexual de dos personas unidas ó no en matrimonio. Pero hay leyes que admiten que el hijo concebido antes que sus padres se hayan casado legalmente, debe reputarse legítimo cuando haya nacido después de haber celebrado el matrimonio, y otros admiten que, salvo algunas excepciones, puede ser legitimado á consecuencia del matrimonio contraído por sus padres.

Respecto del hijo nacido de personas no casadas, las leyes de los diversos países reconocen que la condición jurídica de la filiación natural puede atribuírseles por el padre ó por la madre ó por ambos juntamente, bajo ciertas condiciones que cada ley establece.

Debemos, pues, determinar cuál es la ley en cuya virtud deben resolverse las cuestiones concernientes á la paternidad y á la filiación, por lo cual, y procediendo con orden, examinaremos en distintos párrafos las que respectan á la filiación legítima, las que se refieren á la filiación ilegítima, y, por último, trataremos de la legitimación, ó lo que es lo mismo, de la condición jurídica de legitimidad, que por disposición legal puede atribuirse á la prole engendrada y nacida fuera del matrimonio.

Fuera de este caso, insistimos en que todo debe depender de la ley personal de cada uno de los esposos que intentan celebrar el nuevo matrimonio.

700. De la exposición que acabamos de hacer aparece claramente cuán grande es la confusión que nace de la diversidad de leyes y de jurisprudencia acerca de la jurisdicción de los Tribunales respecto del divorcio entre extranjeros, acerca de la ley que debe aplicarse, y tocante á la eficacia de la sentencia que haya declarado el divorcio.

Ahora debemos indicar, que para aumentar aun más esta confusión, la Congregación de la Santa Inquisición romana ha querido promulgar, hace poco, la decisión emanada de ella el 19 de Agosto de 1886, con la cual, poniéndose por encima de todas las leyes, ha sostenido que el matrimonio válidamente disuelto según las leyes civiles, no puede reputarse disuelto, según el derecho eclesiástico, y que, por consiguiente, el funcionario del Registro civil no debe asistir á la celebración del segundo matrimonio, cuando el primero haya sido disuelto regularmente según la ley civil, siendo todavía válido según la ley de la Iglesia.

Comprendemos que esta decisión en nada absolutamente pueda afectar á las disposiciones del derecho civil, ni modificar las reglas sobre la disolución del anterior matrimonio ni la validez de las nuevas nupcias celebradas después del divorcio legalmente decretado. Hemos creído, no obstante, oportuno mencionarla, porque puede también (respecto de los que admiten la indebida preeminencia de la Cabeza de la Iglesia católica en asuntos civiles y temporales, que están fuera de su jurisdicción) contribuir á aumentar la ya grandísima confusión, en lo que toca á la eficacia del divorcio.

CAPITULO VII

De la paternidad y de la filiación.

701. Nociones generales.—Orden de este tratado.

701. Las cuestiones que conciernen á las relaciones de la paternidad y de la filiación están estrechamente unidas con la organización de la familia hasta el punto que, de resolverlas de una manera ó de otra, dependen el estado, la cualidad y la condición jurídica de las personas que la componen.

Cada ley determina quién sea hijo legítimo y quién ilegítimo, como resultado de haber sido concebido ó nacido de la unión sexual de dos personas unidas ó no en matrimonio. Pero hay leyes que admiten que el hijo concebido antes que sus padres se hayan casado legalmente, debe reputarse legítimo cuando haya nacido después de haber celebrado el matrimonio, y otros admiten que, salvo algunas excepciones, puede ser legitimado á consecuencia del matrimonio contraído por sus padres.

Respecto del hijo nacido de personas no casadas, las leyes de los diversos países reconocen que la condición jurídica de la filiación natural puede atribuírseles por el padre ó por la madre ó por ambos juntamente, bajo ciertas condiciones que cada ley establece.

Debemos, pues, determinar cuál es la ley en cuya virtud deben resolverse las cuestiones concernientes á la paternidad y á la filiación, por lo cual, y procediendo con orden, examinaremos en distintos párrafos las que respectan á la filiación legítima, las que se refieren á la filiación ilegítima, y, por último, trataremos de la legitimación, ó lo que es lo mismo, de la condición jurídica de legitimidad, que por disposición legal puede atribuirse á la prole engendrada y nacida fuera del matrimonio.

La relación de filiación puede establecerse por concesión de la ley, mediante la adopción, la cual da lugar á una relación jurídica, que sin estar basada en las relaciones naturales, sirve, no obstante, para establecer entre adoptante y adoptado una relación por ficción legal semejante á la que resulta de la paternidad y de la filiación legítima. Trataremos de esto en capítulo separado.

ALERE FLAMMAM
VERITATIS § 1.º

Filiación legítima.

702. La legitimidad debe depender de la misma ley que regula el matrimonio y las relaciones de familia.—**703.** La acción de reclamación ó impugnación de estado debe subordinarse al estatuto personal.—**704.** Dificultad en la hipótesis de que el padre y el hijo sean de diversa nacionalidad.—**705.** Examínase la cuestión de si el desconocimiento ó la reclamación de estado deben considerarse como un derecho personal del padre ó del hijo, y si, en el caso en que éstos tengan diversa nacionalidad, debe preferirse el estatuto personal del uno ó el del otro.—**706.** De la ley mediante la cual debe decidirse acerca de la demanda para establecer la maternidad cuando la nacionalidad de la mujer no sea la misma que la del marido.—**707.** Examínase la cuestión en el caso en que el cambio de ciudadanía se haya verificado en el tiempo que media durante la concepción y el nacimiento.—**708.** De la presunción de legitimidad en la hipótesis del cambio de naturaleza sobrevenido después de celebrado el matrimonio, pero antes del nacimiento del hijo.—**709.** Examínase la cuestión en el caso de que el nacimiento haya tenido lugar antes de la naturalización.—**710.** De la ley que debe regular los medios de prueba para establecer la legitimidad.—**711.** El ciudadano nacido en el extranjero no puede alegar la ley extranjera para establecer con arreglo á ella la legitimidad.—**712.** La prueba de la legitimidad de un extranjero debe subordinarse al estatuto personal del mismo.—**713.** Es preciso exceptuar el caso en que los medios de prueba irroguen ofensa al orden público.—**714.** Examínase si la prueba de impotencia puede admitirse con arreglo al estatuto personal del extranjero.—**715.** Desconocimiento por causa de adulterio.—**716.** De la legitimidad establecida por el acto del nacimiento y por la posesión de estado.—**717.** ¿Puede el extranjero utilizar en Francia el artículo 322 del Código civil?—**718.** La posesión de estado puede regirse por la ley territorial cuando se haya realizado en el territorio.—**719.** De la autoridad del estatuto personal respecto de esta materia.

702. Es necesario establecer, como principio, que la ley misma que debe regular el matrimonio y las relaciones de familia debe también tener autoridad en todo lo concerniente á la condición de legitimidad del hijo nacido durante el matrimonio. Esta cuestión debe decidirse de conformidad con el estatuto personal, en lo cual estuvieron de acuerdo aun los jurisconsultos antiguos, los cuales, considerando que la condición del hijo y su filiación constituyen el principal derecho del estatuto personal, admitieron, por consecuencia, la autoridad del estatuto personal respecto de este punto (1).

Como la principal condición de que depende la legitimidad es la de que el hijo haya sido concebido después del matrimonio, ó por lo menos, haya nacido durante el mismo, la primera cosa que debe probarse por el que pretenda el estado de hijo legítimo, es la existencia jurídica del matrimonio entre el hombre y la mujer de quien se afirma haber nacido, como también, por otra parte, pueden oponer la falta ó nulidad del matrimonio las personas que estén interesadas en negar su legitimidad. Esta es una cuestión prejudicial que, en el caso de un matrimonio celebrado en el extranjero, debe resolverse teniendo en cuenta los principios ya expuestos acerca de la validez ó nulidad de tal matrimonio y de su prueba.

Admitido como existente el matrimonio, la demanda del que reclame el estado de hijo legítimo puede dar lugar á diversas cuestiones, según se niegue la paternidad ó la maternidad. Será, por lo tanto, necesario decidir, si el marido debe reputarse padre del hijo nacido durante el matrimonio; si puede tener el derecho de impugnar su paternidad; si el hijo ha nacido de la que él indica como madre, etc., cuestiones todas que se refieren á las acciones de reclamación de estado y de su impugnación, y que

(1) D'Argentré, *Commentarii in patrias Britonum leges*, artículo 218, glos. 6, núms. 3, 4, 7; Bouhier, *Les coutumes du duché de Bourgogne*, chap. XXIV, núms. 122-125; Buolenois se expresa así: «Coloco entre los estatutos personales los que deciden del nacimiento legítimo ó ilegítimo de los hijos... los que convierten los ilegítimos en legítimos.» *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, tit. I, ch. II, observ. IV.

deben resolverse en principio con arreglo al estatuto personal, el cual, en el sistema que seguimos, debe ser la ley del Estado de donde sea ciudadano el marido, que es el cabeza de familia. La razón de esto se encuentra en el principio general sustentado por nosotros, á saber: que la ley bajo cuya protección viven civilmente la familia y cada uno de los miembros que la componen, es la que debe tener autoridad para determinar los lazos jurídicos existentes entre las personas de la misma familia, y según la cual se debe, por consiguiente, decidir si una persona tiene ó no respecto de otra la cualidad de padre, de madre ó de hijo legítimo.

703. Aplicando nuestro principio se desprende que, aun cuando la cualidad de hijo legítimo se establezca ó designe con arreglo á una ley extranjera, con objeto de admitir ó excluir ciertos efectos que pueden derivarse de la legitimidad ó ilegitimidad, y sea diversa la ley personal del interesado de la territorial respecto de la legitimidad del hijo, será preciso atenerse en todo al estatuto personal, aun en lo que atañe á la acción para reclamar é impugnar el estado ó los medios de prueba, y á las demás acciones secundarias que pueden ejercitarse al establecer ó denegar la legitimidad.

Supongamos, por ejemplo, que un prusiano se hubiese casado con una italiana, y que durante el matrimonio hubiese tenido un hijo presunto legítimo. Indudablemente él tendría el derecho de negarse á reconocer al hijo si pudiese probar que había sido físicamente imposible la cohabitación con la mujer, según dispone el Código civil prusiano.

Siempre que este prusiano hubiese dejado transcurrir seis meses, á contar desde el momento en que tuvo conocimiento del nacimiento del hijo, sin haber promovido la acción, y muriese, podría ponerse en duda si los herederos italianos podían impugnar la legitimidad para excluir al pretendido hijo legítimo de la posesión de los bienes del difunto existentes en Italia. Los escritores que sostienen la preferencia de la *lex rei sitæ* en todas las cuestiones relativas á los bienes inmuebles, responderían negativamente, porque aplicarían las disposiciones del Código civil italiano, el cual establece (art. 167): «si el marido muere sin

haber promovido la acción antes del tiempo hábil (*que el maximum puede ser de tres meses*, art. 166), tendrán los herederos dos meses para impugnar la legitimidad del hijo, computables, desde el tiempo en que hayan entrado en posesión de los bienes del difunto. En el caso propuesto tendrían que transcurrir seis meses, cuando ya la acción de los herederos italianos habría prescrito.

Nosotros sostenemos la opinión contraria. En la hipótesis establecida se trataría de una acción para impugnar el estado de un hijo prusiano. Nuestra ley dispone (art. 6.º) que el estado del extranjero se regule por la ley de la nación á que pertenece, y, por lo tanto, la acción para impugnar el estado debe someterse á dicha ley. El Código prusiano dispone (arts. 7.º, 14 y 15), que el padre puede impugnar la legitimidad del hijo en el término de un año, á contar del momento en que tuvo noticia del nacimiento: que los parientes tienen la acción cuando la muerte del padre haya tenido lugar antes que transcurra el año, á contar del día del nacimiento. De aquí que los herederos italianos tendrían dicha acción.

Supongamos, por el contrario, que un italiano se hubiese casado con una austriaca y que naciese un hijo á los doscientos días de celebrado el matrimonio, ¿podrían los herederos austriacos, suponiendo muerta la mujer y el marido y no habiendo expirado el tiempo hábil, impugnar el estado del hijo legítimo, para excluir de la herencia de los bienes existentes en Austria y reservados exclusivamente á los hijos legítimos, fundándose en el art. 138 del Código civil austriaco, que no considera legítimos á los hijos nacidos doscientos días después de la celebración del matrimonio? A primera vista parece que podría sostenerse la afirmativa porque se trataría de una cuestión de herencia, y para determinar si el sucesor tenía ó no la cualidad de heredero legítimo se debería aplicar la ley del lugar en que se pidiese la posesión de la herencia; sin embargo, considerando que la cuestión principal es una mera cuestión de Estado, y que se debe resolver aplicando la ley personal, nosotros opinamos por la negativa. En armonía con la ley personal de cada uno es como se debe decidir quién sea legítimo y quién ilegítimo, quién deba presu-

mirse concebido durante ó fuera del matrimonio. En el caso supuesto se debe también aplicar la ley italiana por la cual se presume concebido durante el matrimonio al hijo nacido ciento ochenta días después que el matrimonio se haya celebrado.

304. Al aplicar el principio establecido por nosotros de que el Tribunal debe resolver las cuestiones relativas á la filiación de conformidad con el estatuto personal puede surgir alguna dificultad, en la hipótesis de que la ley personal del padre sea distinta de la del hijo. Esta divergencia puede surgir en el caso de que el uno y el otro tengan distinta nacionalidad, lo que puede acontecer, ó bien porque el padre haya cambiado de ciudadanía después del nacimiento del hijo, ó bien porque éste haya adquirido la nacionalidad del país donde su nacimiento se haya efectuado, suponiendo que ha nacido en el extranjero y en un Estado en que la ley concede la ciudadanía á todos los que allí nazcan. Aconteciendo así el conflicto entre el estatuto personal del uno y del otro, puede surgir, naturalmente, la duda de si, para resolver la cuestión sobre la legitimidad, debe aplicarse la ley personal del hijo ó la del padre.

305. Se podría, á primera vista, sostener, que así como el derecho correspondiente al padre de negarse al reconocimiento de una persona como hijo es un derecho personal suyo, así también la acción correspondiente debe subordinarse á la ley personal del padre, que es la que ha de regular también todo lo concerniente á la acción y los términos para ejercitarla útilmente. Podría sostenerse asimismo que siendo el derecho del hijo que reclama el estado un derecho personal del mismo, debe regirse por su ley personal y no por la del padre.

Conviene, además, tener en cuenta que la relación jurídica existente entre dos personas que sean una respecto de otra padre ó madre é hijo ó viceversa, es una sola, y es efecto del hecho natural de la generación. Esta relación constituye, pues, la paternidad ó la maternidad y la filiación, según se considere respecto del padre ó de la madre, para atribuir la filiación paterna ó la materna, y respecto del hijo para atribuirle la paternidad ó la maternidad. No puede darse el caso de distinguir el derecho de una persona del de la otra respecto de la ley en la cual puede

fundarse, porque, realmente, es uno el fundamento de ambos derechos, esto es, el hecho natural de la generación, de donde nace la relación jurídica de la paternidad y de la filiación; por lo cual la ley, bajo cuyo imperio debe estar por sí esta relación y de la cual surge en el mismo momento el derecho de cada una de las citadas personas, debe ser también única.

El hecho accidental de haberse verificado el nacimiento en un lugar dado, no puede ejercer ninguna influencia decisiva sobre la ley reguladora de la relación jurídica, porque así como no tiene valor alguno para cambiar la ley reguladora de las relaciones de familia, así tampoco puede tenerla cuando se trate de determinar la que debe regir la paternidad y la filiación. La relación de filiación legítima depende de haber sido uno concebido ó por lo menos nacido durante el matrimonio. Ahora bien, la ley bajo cuyo imperio está la familia y que debe determinar y regular los lazos jurídicos existentes entre los miembros de la misma debe ser la que decida la presunción de si uno ha nacido durante el matrimonio; y, así como cuando la relación jurídica de legitimidad ó de ilegitimidad debe considerarse existente según la ley, el derecho á reclamar el estado de hijo legítimo es un derecho perfecto y adquirido respecto de éste, así también lo es el derecho del padre á impugnar la legitimidad; por esto el citado derecho recíproco no puede modificarse por el mero hecho de haber adquirido el padre una nueva nacionalidad después del nacimiento del hijo.

Hemos dicho ya muchas veces que el cambio de nacionalidad no puede tener efecto retroactivo en cuanto á modificar los derechos adquiridos, según el primitivo estatuto personal de la familia. Ahora bien: es evidente que la relación entre el padre y el hijo, como también el derecho del uno comparado con el del otro (á causa de deber reputarse un derecho perfecto y adquirido conforme á la ley reguladora de las relaciones de familia en el momento en que se realizó la concepción y el nacimiento del hijo) no pueden someterse á una ley diversa, por consecuencia del cambio de nacionalidad.

En la otra hipótesis que hemos establecido, ó sea en la de si al hijo se ha atribuído la nacionalidad del Estado en que ha

tenido lugar el nacimiento (en el supuesto de que la ley allí vigente considerase ciudadano á todo el que en el mismo nazca), no se podría tampoco admitir que el hijo pueda invocar la ley del país en que hubiese nacido, para probar su legitimidad con arreglo á ella. Basta, en efecto, considerar que aun admitiendo la autonomía, no muy justificable, de la soberanía, para atribuir la nacionalidad á todo el que nace en un territorio, siendo su padre extranjero, este hecho no puede ser eficaz para cambiar el estatuto de la familia, y como la legitimidad debe depender siempre de haber sido uno concebido después de la celebración del matrimonio ó al menos haber nacido durante el mismo, y debiendo subordinarse esta cuestión á la ley reguladora de las relaciones de familia, el hijo no podrá tener derecho á invocar una ley diversa para someter á ella la familia á que pretendiese pertenecer (1).

306. Los mismos principios deben regir en el caso de que aquél que reclamase el estado de hijo legítimo hubiese promovido demanda con el intento de probar que había nacido de la mujer que él indicase como madre, teniendo ésta una nacionalidad distinta de la del marido en el momento en que la acción se ejercitase. Hemos demostrado ya antes que la diversidad de nacionalidad sobrevenida por parte del marido ó de la mujer no podía modificar el estatuto personal de la familia, y como la cuestión de la filiación legítima, tanto en el caso de que la acción sea dirigida contra el padre, cuanto en el de que lo sea en contra de la madre, tiende á establecer un estado de familia, había de resolverse siempre aquélla, en armonía con la ley reguladora de las relaciones de familia en el momento en que empieza á existir la relación jurídica, esto es, por la ley personal del marido, que es el jefe de la familia. Esta ley, por lo tanto, y no otra, habrá

(1) Examinando la sentencia del Tribunal de Douai del 26 de Noviembre de 1806, sostiene Laurent (T. V, párrafo 246, p. 515 al final) una opinión diversa de la nuestra, porque considera el derecho de la legitimidad como exclusivo del hijo, y como tal, sujeto á la ley personal del mismo, al paso que á nosotros nos parece que la paternidad y la filiación legítima constituyen una relación única que debe depender del estatuto de la familia.

de aplicarse por el Tribunal que entienda en el pleito, suponiendo que pueda considerarse competente para decidir y determinar con ella el derecho del padre, de la madre ó del hijo; las acciones que correspondan á los mismos para impugnar ó reclamar la hipoteca, el término útil para ejercitarla, los medios de prueba y todo cuanto concierna al juicio en el fondo acerca de la legitimidad.

307. Puede surgir una dificultad más grave en el supuesto de que el cambio de nacionalidad por parte del padre se haya realizado en el tiempo intermedio entre la concepción y el nacimiento del hijo. Habiendo admitido los legisladores el aforismo *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*, y habiendo atribuído la legitimidad al hijo concebido durante el matrimonio, han sancionado las reglas acerca del período máximo y mínimo de la gestación para establecer la presunción legal sobre la concepción que ha tenido lugar durante el matrimonio. No son, empero, muy uniformes las disposiciones dictadas en tal concepto. El Código austriaco (1) fija en diez meses el período máximo de la gestación, en tanto que el italiano y el francés lo fijan en trescientos días (2), y de cualquier manera que se quiera calcular el tal período de tiempo, es lo cierto que el último día del décimo mes coincide próximamente con el que hace trescientos. El período más breve de la gestación se ha fijado por el Código austriaco en siete meses, y en ciento ochenta días por el Código italiano y el francés. Supongamos ahora que una mujer italiana se haya casado con un austriaco, y que á la muerte del marido, prevaleciendo de la facultad que le concede el art. 14 del Código civil italiano, haya recuperado la nacionalidad italiana, fijando su domicilio en Italia. Supongamos, también, que trescientos dos días después, á contar desde el en que se disolvió el matrimonio, ha tenido un hijo; en este caso ¿deberá reputarse como legítimo y concebido durante el matrimonio?

Aplicando la ley austriaca, debería presumirse legítimo como nacido dentro del décimo mes después de la muerte del

(1) Art. 138.

(2) Art. 160, Cód. civ. italiano; art. 312, Cód. civ. francés.

marido. Aplicando, en cambio, nuestra ley, se habría de sostener la negativa, porque el período máximo de la gestación se ha fijado en trescientos días. ¿Cuál de las dos leyes deberá aplicarse para resolver el conflicto? A primera vista se podría sostener, que las reglas que conciernen á la filiación legítima, afectan eminentemente al orden público, y que, por lo mismo, tratándose del hijo nacido de una mujer que fuera italiana, en el momento del nacimiento de aquél, la ley italiana debía decidir si debía ó no reputarse legítimo; que la concepción es un hecho envuelto en el misterio, y que las presunciones legales establecidas por cada legislador, con objeto de determinar si ha tenido lugar ó no durante el matrimonio, por lo mismo que depende de criterios sugeridos por la ciencia y por la experiencia que al legislador sirven de norma, no se pueden trasladar sin maduro examen de uno á otro sistema de leyes; que el hecho jurídico cierto en la hipótesis propuesta, sería el del nacimiento de un hijo en territorio italiano, de una mujer italiana; y que el atribuir á este hijo el estado de legitimidad, depende de presumir una concepción sobrevenida durante el matrimonio de ella con el difunto marido; que para admitir tal presunción no se podrían aceptar otros criterios que los establecidos por el legislador italiano, el cual, aplicando al hecho del nacimiento, que es un hecho cierto, las reglas que la ciencia sugiere, establece por presunción si puede ó no considerarse sobrevenida la concepción en una época dada. De todas estas razones, podría inferirse que no sería dado al hijo reclamar el estado de legítimo, y que su legitimidad podría impugnarse por los interesados.

También podría sostenerse, por el contrario, que la legitimidad, en el caso que hemos propuesto, debería depender de la presunción legal de haberse engendrado el hijo por aquel que era marido de la que da á luz este hijo; que el hecho del nacimiento sería el hecho cierto, pero entonces la cuestión versaría sobre el autor de la generación, ó lo que es lo mismo, si debía reputarse padre el que es marido de la mujer de quien el hijo nace, ú otro; que esta sería una cuestión relativa á las relaciones personales entre el hijo y el autor de sus días; que la ley á que deben subordinarse tales relaciones, debe ser el estatuto de origen de la

familia, y que según éste, debe decidirse si existe ó no la relación jurídica de legitimidad entre el hijo y aquel que éste indica por padre; que el estatuto personal de las relaciones de familia y los derechos que de aquél provienen en favor del hijo, no pueden modificarse por el hecho de la madre, que, permaneciendo viuda, haya recuperado su primitiva nacionalidad; que el derecho de aquélla á recobrarla es innegable, pero con la condición de no cambiar la del hijo y de no perjudicar á éste ni al estado jurídico adquirido por el mismo según la ley que regulaba primitivamente el estado de la familia, ley que era la de su marido, ó sea, en nuestra hipótesis, la ley austriaca; que, por lo mismo, no se puede excluir con arreglo á esta ley la presunción de legitimidad para el hijo nacido diez meses después de la muerte del marido, no puede presumirse ilegítimo el nacido trescientos dos días después de la disolución del matrimonio celebrado por un austriaco.

Los argumentos aducidos en apoyo de una y otra opinión son de mucho peso, y opinamos, por otra parte, que debe preferirse la más favorable á la legitimidad por ser la más conforme á los principios que sostenemos; esto es, que en las cuestiones de filiación legítima todo ha de depender de la ley personal del marido, á quien debe estar sujeta la familia constituída.

308. Propongamos ahora la hipótesis de que un italiano, después de celebrado el matrimonio hubiese adquirido la nacionalidad austriaca, y que á los ciento ochenta días de celebrado aquél hubiese nacido un hijo. Este sería austriaco por haber nacido de padre austriaco. Según la ley austriaca, presumiéndose ilegítimos los hijos nacidos de la mujer antes del séptimo mes desde la celebración del matrimonio, podría impugnarse por el padre la legitimidad del hijo. Si por el contrario se hubiese de aplicar la ley del Estado italiano del cual era ciudadano el padre antes de su naturalización, el hijo debería reputarse legítimo, porque, con arreglo al art. 160 del Código civil italiano, se debe presumir como concebido durante el matrimonio el hijo que no haya nacido antes de los ciento ochenta días á contar del de la celebración del mismo.

Algunos escritores han opinado que, en virtud de la regla

vorecer sus intereses, debería concederse á aquél el poder prevalerse de la ley bajo cuyo imperio se hubiese verificado la concepción si esta ley tendía á favorecer la legitimidad.

Tal es la opinión de Laurent, que dice que debiendo estarse á la regla *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*, establecida en favor del hijo, debe permitírsele elegir entre los dos estatutos (el de la concepción y el del nacimiento) el más favorable á sus intereses. Aceptando esta opinión, vendría á admitirse que en el caso que establecemos el hijo podría invocar la ley italiana para fundar la presunción de legitimidad.

Nosotros no podemos participar de esta opinión. Debemos, en efecto, observar que el conocido aforismo puede invocarse eficazmente cuando se trate de aplicar las leyes del mismo Estado ó las relaciones del derecho privado, pero no así al determinar la ley de un Estado frente á la de otro, porque la cuestión de competencia legislativa no puede resolverse de una manera ó de otra y atendiendo solamente á la conveniencia del interesado. Las leyes que conciernen á la filiación y según las cuales ha de determinarse quién sea ó no legítimo, son leyes de orden público porque se refieren al estado y orden de la familia. Se debe admitir que cuando la relación jurídica de legitimidad haya nacido y se haya perfeccionado bajo el imperio de la ley que regulaba las relaciones entre el padre y el hijo, el estado de hijo legítimo que debe reputarse un derecho individual adquirido, no puede desconocerse ni someterse á ley diversa de aquella que da origen al derecho; y por consiguiente, suponiendo también que el padre hubiese cambiado de ciudadanía después de adquirido estado de legitimidad, no se podría aplicar la ley de la nueva patria del padre para decidir con arreglo á ella lo relativo á la legitimidad. De este principio se desprende que si el hijo hubiese nacido en Italia después de transcurridos ciento setenta y nueve días desde el de la celebración del matrimonio y el padre se hubiese naturalizado posteriormente en Austria, no podría considerarse llegado el caso de aplicar la disposición de los artículos 138 y 155 del Código civil austriaco para decidir la cuestión de legitimidad, sino que habría que aplicar por el contrario la que reputa nacido al hijo concebido siempre que se trate de fa-

ley italiana, la cual, presumiendo legítimo al hijo nacido en dichas circunstancias, le habría atribuído el estado de legitimidad antes de haberse verificado el cambio del estatuto personal de la familia por el de nacionalidad. Equivaldría á dar efecto retroactivo á la nacionalidad el admitir que pudiera aplicarse la ley de la nueva patria para decidir en las relaciones originadas y perfeccionadas antes de haberse llevado á cabo el cambio de nacionalidad.

No se puede decir lo mismo en la hipótesis establecida por nosotros de que el hijo haya nacido en Austria después de haber obtenido naturalización el padre, porque así como sería austriaco por nacimiento y no se podría, sin que de ello se derivase ofensa para el orden público y para el orden de la familia austriaca, aplicar una ley extranjera para decidir á tenor de la ley austriaca, si un austriaco nacido de familia que también lo sea habría de presumirse legítimo ó ilegítimo en el momento de su nacimiento, así tampoco podría darse el caso de conceder al hijo la facultad de invocar la ley italiana para establecer, con arreglo á ella, la presunción de legitimidad.

309. Conforme á nuestro orden de ideas, es preciso también admitir que si el hijo hubiese nacido en Italia antes que su padre italiano se hubiese naturalizado en Austria, éste podría negarse á reconocerlo, probando que en el tiempo transcurrido entre los trescientos y los ciento ochenta días antes de su nacimiento, hubo imposibilidad física de que él cohabitase con la mujer á causa de hallarse separado de ella ó por cualquier otro accidente, con arreglo á lo que dispone el art. 162 del Código civil italiano. La razón es siempre la misma, esto es, que la ley bajo la cual viene á perfeccionarse la relación jurídica de paternidad y de filiación, debe aplicarse, no sólo para establecer la presunción de legitimidad, sino también para regular todas las acciones que puedan tender á rechazar la susodicha presunción.

310. Por lo que atañe á los medios de prueba para admitir ó negar la legitimidad, será preciso mantener como regla que deben regirse por la ley misma, según la cual puede establecerse ó negarse. No podría darse el caso de aplicar la *lex fori* considerando la prueba como parte del derecho procesal, porque

de la misma manera que aquella tiende á establecer el hecho originario de la relación jurídica ó á negarlo, así también la admisión de un determinado medio de prueba está estrechamente unida con la cuestión del estado personal, y es evidente que debe someterse á la misma ley á que dicho estado haya de sujetarse. Por consiguiente, en el supuesto de que ante el Tribunal de un Estado se discuta sobre la legitimidad de un extranjero, no puede reputarse contrario al orden público territorial, que el Magistrado admita un medio de prueba reconocido por la ley personal extranjera que deba regular la acción para establecer ó denegar la legitimidad, siquiera el citado medio de prueba no esté admitido por la ley territorial.

711. Debería, ciertamente, reputarse inmoral el permitir á un ciudadano del Estado invocar la ley extranjera (suponiendo que el nacimiento del hijo hubiese acontecido en el extranjero ó el matrimonio entre sus progenitores) para establecer en armonía con ella la relación de filiación legítima conforme á la ley del propio país. Con el fin de asegurar el orden de la familia y la condición civil de aquellos que la componen, los legisladores, no sólo fijan de una manera cierta y segura quién sea hijo legítimo y quién ilegítimo, sino que, para proveer á la tranquilidad de todos, establecen también reglas seguras acerca de las condiciones con arreglo á las cuales puede reclamarse ó impugnarse el estado de legitimidad. Ahora bien; así como es necesario reconocer y respetar el orden de la familia en cada país, tal como se halla establecido por la ley que lo rige, y así como las relaciones de familia son la base de toda comunidad política y las familias que á éstas pertenecen deben estar siempre sujetas á la ley que las gobierna, así también debe admitirse como regla de derecho común para todos los Estados civilizados que cada uno de ellos debe reconocer la autoridad de las leyes del otro, concernientes á las relaciones de familia, á la condición y estado de la misma y á cuanto se refiere á los medios idóneos para establecer dicho estado. Por consiguiente, no podría darse el caso de invocar la regla *locus regit actum* con el propósito de justificar la aplicación de la ley extranjera y conforme á ella determinar los medios de prueba para establecer ó impugnar la legitimidad, en

el supuesto de que el nacimiento ó el matrimonio de los ciudadanos hayan tenido lugar en el extranjero.

712. Las mismas razones que hemos aducido para excluir la aplicación de la ley territorial en las cuestiones de filiación legítima, militan en lo que toca á los medios de prueba presentados para establecer ó impugnar la legitimidad de un extranjero, y esta es la razón por la cual será necesario atenerse en todo al estatuto personal de la familia. Deberá, por lo tanto, admitirse la prueba testifical, la que se funde en documentos y escrituras, la posesión de estado, etc., según que cada uno de estos medios de prueba sea admitido ó rechazado por el respectivo estatuto personal.

Como por otra parte debe denegarse la prueba de impotencia natural, por ejemplo, cuando por más que sea admitida por la *lex fori*, no pueda aducirse tal medio de prueba según la ley personal del marido para negarse á reconocer al hijo, como tampoco podría serlo respecto del hijo de un francés, con arreglo al art. 313 del Código Napoleón.

El Tribunal civil del Sena, llamado á decidir acerca de la legitimidad de un ruso, estableció en principio que un extranjero podía alegar en Francia los medios de prueba admitidos por la legislación de su país, y teniendo la parte el derecho de valerse de las listas del censo como medio de prueba, decidió conforme al derecho ruso acerca de la validez de la prueba fundada en las listas del censo, aducida con objeto de establecer el estado civil de las personas (1).

713. Además, es preciso tener presente en el caso que examinamos, en lo que toca á la admisión de ciertos medios de prueba, la excepción que hemos hecho siempre respecto del reconocimiento en un Estado, de la autoridad de una ley extranjera, ó lo que es lo mismo, que de admitir ciertos medios de prueba no se deriva ofensa alguna para el orden público y el derecho público territorial. Esta no puede tener lugar cuando el criterio

(1) Tribunal civil del Sena, 14 Marzo 1879. *Clunet, Journal*, 1879, p. 544.

a cerca del orden público, en lo que toca á la admisión de las pruebas, esté fundado en reglas distintas en uno y otro país, porque, como ya hemos dicho muchas veces, este criterio debe reputarse imperativo solamente para las personas sujetas á la autoridad que legisla. La ofensa puede nacer únicamente en el caso de que la presentación de la prueba sea por sí misma opuesta al orden público ó al derecho público territorial.

214. Haciendo ahora la aplicación de esta regla debe admitirse que siempre que con arreglo al estatuto personal se hubiese permitido al marido, por haber alegado impotencia natural, desconocer al hijo, no podría excluirse tal medio de prueba en el caso de que quisiese alegarle ante el Tribunal francés ó italiano.

El Código civil francés (art. 313) y el italiano (art. 164) excluyen este medio de prueba para impugnar la legitimidad. Reconocemos que las razones en virtud de las cuales ha podido rechazarse dicho medio de prueba son también las de evitar el escándalo; pero opinamos igualmente, que en ellas han influido en primer término las consideraciones de la inseguridad de la prueba en una cuestión tan grave.

No nos parece, por otra parte, que el orden público sufriera detrimento admitiendo la prueba de impotencia, según la ley de un país extranjero. Se trataría, en efecto, de relaciones de una familia extranjera, y no se puede prescindir de admitir como regla general, que debiendo ser la ley extranjera la única que debe reputarse competente para fijar el estado de las personas que pertenecen á dicha familia, con arreglo á ella ha de resolverse también la cuestión de la admisibilidad de la prueba de impotencia. Tampoco puede sostenerse que la presentación de tal medio de prueba pueda originar una ofensa al orden público interior. En efecto, basta considerar que la prueba de impotencia puede alegarse en Italia á tenor de la ley italiana, en los casos reconocidos por ésta (como lo es el del art. 107, que concede la prueba de impotencia manifiesta y perpetua para recabar la anulación del matrimonio), y que en Francia puede rechazarse también de un modo absoluto en el caso de que se quiera obtener la anulación del matrimonio por motivo de impotencia, que, según

los escritores, puede considerarse como una causa de error en la cualidad de la persona.

Nada impide, pues, que tal prueba se alegue para un fin diverso tenido en cuenta por la ley extranjera en una cuestión de Estado que concierna á las personas sujetas á esta ley. Nosotros, en este punto, no estamos de acuerdo con Laurent, que atribuye á la disposición del art. 313 del Código francés la autoridad del estatuto real, y sostiene que no se puede alegar en Francia la prueba de impotencia según el estatuto personal del marido extranjero, porque eso ofendería la moralidad (1).

215. Los mismos principios deberían prevalecer en la hipótesis de que la impugnación de la legitimidad por parte del marido estuviese fundada en la circunstancia de adulterio, y de que fuese diversa su ley personal de la del país en que se sigue el juicio, en lo que toca á las reglas para la admisión de tal medio de prueba. Las disposiciones de una ley extranjera diversa de la ley territorial en cuanto al desconocimiento del hijo por causa de adulterio, pueden aplicarse sin ninguna ofensa al orden público, porque las presunciones más ó menos graves sancionadas por el legislador extranjero para prevenir la intrusión de extraños en la familia, y los medios de prueba que se reputen idóneos para conseguirlo, pueden admitirse sin ofensa al orden público cuando tengan por fin establecer ó impugnar el estado de las personas sujetas á la ley extranjera, siempre que el criterio aceptado por el legislador extranjero, referente al sistema de las pruebas, sea diverso del que el legislador acepta en el país en donde el juicio se tramita.

216. El modo ordinario de probar la filiación legítima, es la partida de nacimiento, y por lo que toca á la eficacia de tal documento, atendida la forma en que debe estar redactado, será necesario tener presentes los principios expuestos anteriormente, acerca de las actas del estado civil. Siempre que el interesado presente la partida de nacimiento y la cuestión verse, no acerca del valor de dicho documento como prueba decisiva de la filia-

(1) Laurent, *Droit civil intern.*, p. V, § 244, p. 513.

ción, sino acerca de la prueba instrumental, se deberá tener en cuenta la regla *locus regit actum*, para decidir acerca de la eficacia del mismo. Recordamos á este propósito lo que ya hemos dicho antes (1).

Algunas leyes disponen que la legitimidad de los hijos no puede impugnarse por sólo el pretexto de la falta del acta de nacimiento, sino que á falta de este título puede bastar la posesión continua de estado de hijo legítimo. Así sucede respecto de la ley francesa (art. 320 del Código civil), la ley italiana (artículo 171), la holandesa (art. 31), y otras. Ahora bien; no se puede dudar que es preciso referirse á la ley reguladora de las relaciones de familia para decidir si la posesión de estado puede suplir al acta de nacimiento, y para determinar las condiciones de las cuales puede resultar esta posesión.

217. Respecto de este punto, puede surgir la dificultad en el caso previsto por el art. 322 del Código civil francés, con el cual concuerda el 173 del Código italiano, que dispone que «nadie puede reclamar un estado contrario al que le atribuye el acta de nacimiento de hijo legítimo y la posesión conforme al mismo, é igualmente que no se permite promover cuestión respecto del estado legítimo de aquel que tiene posesión conforme al acta de su nacimiento.» Siempre que en Francia ó en Italia se quisiese negar el estado de hijo legítimo á un extranjero declarado tal por el acta de nacimiento que presente, y que tuviese, por otra parte, la posesión de estado de hijo legítimo, en caso de que según el estatuto de la familia no fuese admitida la posesión de estado como prueba definitiva de legitimidad ó de que pudiese impugnarse con pruebas contrarias, ¿deberá concederse la prueba en armonía con el estatuto personal, no obstante la formal prohibición establecida por la ley territorial? El admitir la autoridad de la ley extranjera para impugnar ante los Tribunales franceses ó italianos el estado de uno que tenga posesión del estado de hijo legítimo conforme á su título constituido por el

(1) Véase el vol. II, cap. IX. *De las actas del estado civil*, página 215 y sig.

acta de nacimiento, ¿deberá reputarse contrario al orden público interior á causa de la prohibición contenida en los citados artículos del Código civil francés y del Código italiano?

A primera vista podría aparecer que, tratándose de cuestiones concernientes al orden de la familia, se debería aplicar en un todo la ley extranjera reguladora de sus relaciones, debiéndose decidir á tenor de ella exclusivamente quién haya de reputarse hijo legítimo y quién ilegítimo. Por consiguiente, debería admitirse la prueba contraria con arreglo á la ley extranjera, no obstante la prohibición de la ley territorial, porque tal prueba tendería á establecer ó impugnar el estado de un extranjero. Debemos, sin embargo, observar, que la disposición contenida en el Código francés y su concordante del Código italiano, tiende directamente á defender el derecho social y la buena fe pública, y á garantizar á los terceros, los cuales tienen derecho á descansar tranquilos en el hecho jurídico de la legitimidad siempre que ésta resulte, no sólo del acta de nacimiento, que en sí misma tiene la presunción de veracidad como tal documento, sino también en la posesión de estado conforme á esta acta, posesión que, si es continua y constante, sirve también para establecer una presunción indiscutible de la filiación. El conceder que éste conjunto de elementos armónicos en favor de la legitimidad pudiera ser destruído con medios de prueba contrarios aducidos por la ley extranjera, equivaldría á inferir una ofensa á la conciencia pública, á la buena fe y á los intereses sociales. Parece nos también que debe atribuirse á las disposiciones mencionadas la autoridad del estatuto real.

Sostenemos, sobre todo, tal opinión en el supuesto de que el uno ó el otro de ambos elementos, esto es, el nacimiento inscrito en los registros del estado civil ó la posesión de estado conforme al acta de nacimiento, lleguen á tener realidad en el territorio donde después se promueva la acción judicial para impugnar el estado, porque el hecho jurídico de haber inscrito el acta de nacimiento en los registros del estado civil y de haber confirmado posteriormente la veracidad de tal título atribuyendo al hijo la legitimidad en virtud de la posesión de estado adquirida en otro país, ó el hecho jurídico de tener lugar en el territorio los

hechos y las circunstancias de que resulta la posesión de estado conforme al acta de nacimiento extendida en otra parte, haría más cierta y segura la aplicación de la ley territorial para excluir en virtud de ella todo derecho á promover cuestiones acerca de la legitimidad.

718. Debemos añadir también que, aun cuando el valor de la posesión de estado para establecer la legitimidad se debe decidir, en principio, á tenor del estatuto de la familia, sin embargo, parece que puede admitirse que cuando la posesión de estado del hijo legítimo se haya verificado bajo el dominio de la ley territorial y tenga todos los caracteres que, según ésta, se requieran para establecer la legitimidad, puede el extranjero prevalerse oportunamente de la disposición de la ley territorial para, en su virtud, establecer su filiación legítima, salvo prueba en contrario. Sostenemos esta opinión porque, en nuestro concepto, la disposición del art. 320 del Código civil francés y de los otros Códigos que la reproducen, y que tiene por fundamento la defensa de la conciencia pública, de la buena fe y del derecho social, atribuye al acto jurídico aparente la misma fuerza y valor que se atribuye al derecho sustantivo y real. El legislador ha considerado, con razón, que cuando dos personas unidas como marido y mujer han tratado siempre á un individuo como hijo suyo, presentándolo públicamente como tal; cuando ha llevado siempre el apellido del padre, y éste ha provisto en calidad de tal á su educación, y lo ha reconocido en sociedad constantemente como su hijo, tales circunstancias, tomadas en conjunto, deben reputarse por sí mismas la más segura prueba de la filiación. Por esto se inferiría ofensa á la conciencia pública, si dadas tales circunstancias no pudiese reposar tranquila en el hecho de la legitimidad.

719. Con la teoría que sostenemos en este punto no creemos modificar lo que ya hemos dicho antes, esto es, que debe decidirse con arreglo al estatuto personal, si el estado de legitimidad puede establecerse mediante su posesión, porque es preciso hacer la debida distinción entre ambos casos. Así debe, á juicio nuestro, admitirse que siempre que se discuta ante los Tribunales franceses, por ejemplo, acerca de la legitimidad de un ex-

tranjero, éste no podrá exigir, en principio, la aplicación del art. 320 del Código civil francés, en el caso de que no fuese admitida por su ley personal la posesión de estado, aun cuando se tratase de establecer su legitimidad para ejercer los derechos de sucesión en Francia atendiendo siempre á la razón de que en las cuestiones de filiación concernientes á los extranjeros deben los Tribunales franceses aplicar la ley extranjera y no la francesa. Pero si los hechos y las circunstancias con arreglo á las cuales, según la ley francesa, se puede sostener como establecida la posesión de estado se hubiesen realizado en Francia, podría el extranjero invocar útilmente la aplicación del art. 320, y los Tribunales franceses deberían, sin preocuparse de lo que disponga la ley extranjera, considerar la posesión constante del estado de hijo legítimo suficiente para establecer la legitimidad, porque, en el caso que examinamos, el acto jurídico que se había realizado en Francia sería el que justificaría por sí mismo la aplicación de la ley territorial.

§ 2.º

De la prole nacida fuera del matrimonio.

720. De la condición jurídica del hijo natural según las leyes de varios Estados.—**721.** Los sistemas legislativos no están conformes acerca de la forma legal para hacer constar la paternidad ó la maternidad natural.—**722.** Son también diversas las disposiciones, respecto de los hijos que pueden ser reconocidos y de los derechos que les corresponden.—**723.** Son inevitables los conflictos de las leyes y debe establecerse un principio para resolverlos.—**724.** La capacidad para verificar válidamente el reconocimiento debe depender del estatuto personal del padre.—**725.** Cómo debe determinarse la capacidad del hijo para ser reconocido.—**726.** El derecho del mismo para impugnar el reconocimiento debe subordinarse á su ley personal.—**727.** Examínase la cuestión de si el reconocimiento del hijo adulterino por un padre extranjero, según la propia ley que lo permita, puede ser eficaz en Francia ó en Italia.—**728.** Un extranjero no puede reconocer á su hijo adulterino en el acta de nacimiento extendida en Francia ó en Italia.—**729.** Examínase la cuestión de si el reconocimiento del hijo natural realizado en el extranjero en el mismo acto por un extranjero casado y por una mujer libre francesa ó italiana, puede ser eficaz respecto de la madre en Francia ó

en Italia.—730. Examínase si un italiano casado, fundándose en el juramento prestado en el extranjero para establecer la paternidad, puede ser obligado á suministrar alimentos á su hijo adulterino.—731. De la filiación natural establecida por sentencia judicial.—732. Ley por que debe regirse el derecho á probar la paternidad.—733. La admisibilidad de la acción debe regularse por el estatuto personal del extranjero.—734. Examen crítico de la jurisprudencia contraria.—735. La inscripción hecha en los Registros del estado civil como francés ó italiano no puede admitirse en Francia ó en Italia para probar la paternidad de un padre extranjero.—736. Un sujeto francés ó italiano por naturalización no puede establecer la investigación de la paternidad de un padre extranjero en Francia ó en Italia.—737. *Quid juris* si ésta se admitiese en la patria de su padre?—738. La sentencia judicial extranjera que declara la paternidad natural, ¿puede producir ciertos efectos en la patria de aquel que fué declarado padre?—739. Examínase el caso de un francés cuya paternidad natural se haya declarado en Austria por sentencia de Tribunal austriaco.—740. Se puede invocar siempre la propia ley personal para deducir que el estado civil de la filiación natural no puede establecerse sino en conformidad á la misma.—741. Resumen de esta teoría.—742. Cómo deben aplicarse los principios expuestos para la investigación de la maternidad.—743. Examínase la cuestión de si la posesión de estado puede ser eficaz para establecer la filiación natural.—744. Caso excepcional en el cual la posesión de estado establecido judicialmente puede equivaler á confesión judicial respecto del padre natural.—745. Forma del reconocimiento.—746. Efectos del reconocimiento válido.—747. Del cambio de nacionalidad posterior al reconocimiento.

720. El hijo nacido del comercio de dos personas que no estaban unidas en matrimonio en la época de la concepción, es reputado ilegítimo.

Las leyes de muchos Estados le conceden, bajo ciertas y determinadas condiciones, el estado de hijo natural; y algunas de ellas admiten que debe seguir la condición de la madre; otras conceden á los padres que puedan establecer, respecto al mismo, la relación jurídica de paternidad ó de maternidad natural concediéndole, por lo tanto, la filiación paterna ó la materna, según que le haya reconocido el padre ó la madre.

Otras leyes, por el contrario, no admiten que no se puedan jurídicamente comprobar la filiación ilegítima de tal modo que se atribuya al hijo natural el estado jurídico de tal y el conjunto de derechos que nacen de la filiación natural. Así sucede según el *Common-law*, que no consiente que pueda establecerse jurídicamente

el estado de filiación natural, y considera al hijo nacido fuera del matrimonio *filius nullius* ó *filius populi*, por lo cual no permite comprobar jurídicamente la referida filiación por el reconocimiento ó por la prueba de la paternidad, y sólo admite que debe obligarse á aquél á quien se indique como padre del hijo natural, y que no pueda destruir la prueba de la paternidad, á proveer al mantenimiento de dicho hijo para librar de esta carga á las parroquias que están obligadas á ello cuando no se puede encontrar el padre probable. En este sistema de leyes, el hijo natural no tiene un estado jurídico del cual se deriven derechos respecto al padre ó á la madre. La obligación misma impuesta al padre *putativo* de proveer al mantenimiento es temporal, puesto que sólo se extiende hasta que el hijo haya llegado á la edad de trece ó dieciseis años, y consiste en pagar hasta la dicha edad una determinada suma por semana, con arreglo á lo que haya establecido el Tribunal (1).

Es un derecho casi uniforme el que está en vigor en Suecia, en Noruega y en Dinamarca, don de también, según este derecho, el hijo natural carece de estado jurídico y de derechos respecto al padre, sin que éste pueda tampoco adquirirlos respecto del hijo, declarándose padre. La ley provee solamente á regular la obligación natural de criar al hijo y de mantenerlo, imponiendo principalmente esta obligación á la madre (2), la cual puede exigir al padre que contribuya, y si éste niega que lo es, puede exigirle juramento. En Noruega no es ni siquiera necesario, como en Dinamarca y en Suecia, prestar dicho juramento ante el Magistrado; la madre puede obligar al pretendido padre á que jure ante la autoridad administrativa.

En Suecia, cuando el padre confiesa su paternidad, la autoridad administrativa ó el Tribunal fijan la parte con que debe contribuir al mantenimiento juntamente con la madre. Tal obligación dura en Noruega hasta los quince años (3); en Dinamar-

(1) Stephen, *Commentaries of english law*, t. II, pág. 296-300.

(2) Leyes de 1.º de Agosto de 1821 y 6 de Junio de 1863, § 4.º

(3) Ley de 6 de Junio de 1863, § 4.º

ca, en los casos ordinarios, hasta los catorce años, y en Suecia hasta que el hijo esté en aptitud de proveer por sí mismo á sus necesidades.

El padre que ha confesado su paternidad, no tiene tampoco derecho á dirigir la educación del hijo con preferencia á la madre. En Suecia, es esta una cuestión discutible, pero en los otros países escandinavos, el padre, aun asumiendo los gastos de la educación, no puede arrogarse el derecho de dirigirla sin el consentimiento de la madre, en el supuesto de que ésta cuide convenientemente del hijo (1).

Merece notarse, que, cuando resulte ó se pruebe que la madre ha tenido relaciones con varias personas, según el derecho de los Estados escandinavos, la obligación de proveer al mantenimiento debe repartirse entre todos aquéllos que hayan tenido relaciones con ella y contribuir cada uno en la debida proporción.

De todo esto resulta claro que, según el derecho vigente en Inglaterra y en los Estados escandinavos, la filiación ilegítima no atribuye el estado jurídico de la filiación natural ni los derechos anejos á ella.

221. En los países en que están en vigor las leyes que conceden al hijo natural estado jurídico como á tal, y derechos determinados á aquéllos que se reconocen legalmente como padre ó madre, hay también una diversidad notable, ya en lo concerniente á los modos legales para hacer constar la paternidad ó la maternidad natural, ya en lo que se refiere á las personas respecto de las cuales puede establecerse jurídicamente esta relación, ya en lo que atañe á los derechos que pueden derivarse del estado civil de filiación natural.

La relación de filiación natural, lo mismo que la de filiación legítima, es efecto de la naturaleza y proviene del hecho de la generación. No trae, sin embargo, consigo relación jurídica eficaz para atribuir el estado civil, sino cuando la paternidad ó la maternidad se establezcan legalmente. El modo más general es el de reconocimiento por parte del padre ó de la madre, los

(1) Ordenanza del 30 de Mayo de 1794 y ley de 1821, § 6.º

cuales declaran libre y espontáneamente haber engendrado á una determinada persona. Algunas leyes no admiten otro modo de probar la filiación natural que el del reconocimiento hecho por el padre y por la madre conjunta ó separadamente, como sucede con el Código civil francés y con el Código italiano, los cuales no consienten la indagación de la paternidad, sino en los casos de raptó ó estupro, cuando el tiempo en que hayan acontecido corresponda al de la concepción. Respecto de la maternidad no excluyen por completo dichos Códigos la indagación, pero la admiten con ciertas condiciones consignadas en el art. 190 del Código italiano y 341 del francés.

Las leyes de otros países admiten, en cambio, que el estado civil de la filiación natural puede establecerse mediante la prueba suministrada, y no excluyen, por ende, la indagación de la paternidad ó de la maternidad natural. Así sucede con el Código prusiano (art. 318), el bávaro (parte 1.ª, cap. IV), el austriaco (art. 163) y otros muchos. El de la Luisiana admite la indagación de la paternidad sólo en favor de los libres, de color ordinario, engendrados por padre del mismo color, y en favor de los hijos libres, de color oscuro, cuando el padre que buscan sea también del mismo color.

222. En lo que se refiere á las personas respecto de las cuales puede establecerse la relación de paternidad ó de maternidad natural, la principal diferencia entre las leyes consiste en que algunas no prohíben establecer dicha relación aun respecto del hijo adulterino ó incestuoso; otras, como nuestra ley y la francesa, prohíben de un modo absoluto el reconocimiento de dichos hijos.

Por último, en lo concerniente á los derechos que se derivan del estado civil de la filiación natural son también muy notables las diferencias entre las leyes de los diversos países, habiendo atribuído unas al hijo natural tales derechos respecto del padre, á fin de abrirle las puertas para pertenecer á la familia legítima. Esto ha hecho, por ejemplo, el legislador italiano, que atribuye al hijo natural reconocido el derecho de llevar el apellido del padre, de tener derecho á una parte en la sucesión intestada del mismo, y además un derecho de reserva en la sucesión testa-

mentaria. Otras leyes, por el contrario, han sido más rigurosas respecto de la prole ilegítima. Tal sucede con la austriaca, que sólo concede al hijo natural el derecho á exigir del padre los alimentos y la educación, según sus medios, negando á este hijo todo derecho de sucesión, como niega al padre el de patria potestad y aun el de tutela, y sólo le concede aquellos derechos que son indispensables para la educación á la cual debe proveer.

En el derecho francés, la legislación intermedia fué pródiga en favores y concesiones para los hijos ilegítimos, y la ley del doce Brumario, año segundo, los iguala casi á los legítimos; pero el Código civil hizo desaparecer toda exageración, restringiendo en mucho los derechos de los hijos naturales, y prohibiendo la indagación de la paternidad, que se permitía por el antiguo derecho.

723. Esta diversidad de sistemas legislativos y de disposiciones hacen mucho más complicados los conflictos que pueden surgir entre las leyes de los diversos países, respecto de la autoridad que ha de tener cada una de ellas al establecer si puede atribuirse á una persona dada el estado civil de filiación natural, y al determinar los medios legales por los cuales puede establecerse este derecho, ó al precisar después los que deben atribuirse al padre ó á la madre y al hijo, con relación á uno ó á otro.

No podemos referirnos al estatuto de la familia para determinar la competencia respecto de estas cuestiones, porque se trata de prole nacida de unión ilícita y ajena al matrimonio; será, pues, necesario averiguar á qué ley debe estar sujeta la relación de filiación natural. Esta relación es el resultado del hecho natural, esto es, del hecho de la generación, y como quiera que no trae consigo relación jurídica sino cuando la paternidad ó la maternidad estén legalmente probadas, de aquí que todo se reduzca á determinar la ley según la cual la relación natural puede implicar relación civil y jurídica.

Puede establecerse, en principio, que así como la filiación natural jurídicamente probada constituye por sí misma un estado personal en el sistema de leyes que admiten esto, y así como todas las cuestiones que conciernen al estado de la persona deben regirse por el estatuto respectivo, así también es necesario

referirse á éste para decidir si el estado civil de filiación natural puede concederse á una persona determinada.

Debe, sin embargo, tenerse en cuenta que el hijo nacido de padres desconocidos por no haber sido reconocido por el padre ni por la madre, adquiere la nacionalidad del punto donde tuvo lugar su nacimiento, sigue la condición de la madre cuando ésta lo haya reconocido y sea ignorado el padre, y la condición de éste cuando llegue á reconocerle por hijo. Puede muy bien suceder que el hijo haya adquirido una nacionalidad propia como consecuencia de haber nacido de padres ignorados, y que posteriormente la madre trate de reconocerlo ó que su padre quiera hacer lo mismo cuando ya el hijo, por efecto del reconocimiento de la madre, haya adquirido la nacionalidad de ésta. En tal supuesto, ¿habrá de depender todo de la ley personal del hijo ó de la del padre que quiera reconocerle, dado que sean diferentes?

Es necesario consignar como regla, que las condiciones de existencia y de validez bajo los cuales puede establecerse la filiación natural, deben determinarse con arreglo á la ley personal del padre. Fúndase esto en que es una sola la relación que establece la paternidad ó la maternidad y la filiación, según que se considere respecto del padre y de la madre ó respecto del hijo, y no puede darse el caso de derechos subordinados á diversas leyes. Es necesario también tener en cuenta que la prueba legal de la filiación natural sólo sirve para convertir el vínculo natural en vínculo jurídico; aquélla, por lo tanto, es declarativa y no atributiva de derecho, y de la misma manera que cuando la filiación se prueba, ésta no sólo atribuye el estado al hijo, sino que también le confiere la nacionalidad del padre, deberá admitirse que la ley personal del padre ó de la madre que quiera llevar á cabo el reconocimiento, sea la que debe regir la existencia y la validez del acto mismo, siendo, por lo tanto, preciso referirse al estatuto personal del padre si se trata de la filiación paterna, ó al de la madre si de la materna.

724. Para realizar válidamente el acto del reconocimiento, se necesita ante todo que la persona sea capaz, y hay que referirse en este punto á la ley personal de cada uno; y de aquí que si

ésta atribuye una capacidad especial para reconocer un hijo natural diversa de la que se requiere para realizar válidamente los demás actos jurídicos, habrá que atenerse á cuanto la misma disponga.

Así, por ejemplo, según el Código holandés (art. 337), el menor tiene la capacidad especial para llevar á cabo con validez el acto de reconocimiento, pudiendo ejecutarlo respecto del hijo natural á los diecinueve años cumplidos. Por consiguiente, cuando con arreglo á la ley personal no se hubiese dispuesto expresamente nada sobre este punto, no parece que se deberían aplicar las mismas reglas que se aplican para decidir acerca de la capacidad de un extranjero para ejecutar cualquier acto civil, considerando incapaz á aquel que según la ley personal deba considerarse tal para contratar ó contraer obligaciones, porque debiendo considerarse el reconocimiento del hijo natural como el cumplimiento de la obligación natural que el padre lega á la prole, debería considerarse suficiente para la validez de tal acto que su autor no careciese de la capacidad natural suficiente para comprender el valor del acto mismo.

Entendemos, por consiguiente, que no sólo debe reputarse capaz para reconocer á un hijo natural el extranjero condenado á la muerte civil, sino que también debe serlo el extranjero que se halle sujeto á interdicción, siempre que de las circunstancias resulte su lucidez mental y la plenitud de sus facultades en el momento de realizarse el acto del reconocimiento. Decimos esto, porque si se quisiesen aplicar al reconocimiento las reglas generales que se aplican á los contratos y á las obligaciones jurídicas, el incapaz vendría á estar privado del goce completo de su derecho para declararse padre de la prole por él engendrada, y estaría privado de este derecho porque no se podría ciertamente admitir que pudiera concederse al tutor ó al que legalmente representase al incapaz el que reconociese en vez de éste á un hijo natural; ni se podría considerar comprendido entre las atribuciones del tutor la del mandato legal de reconocer un hecho personalísimo realizado por el incapaz, y extraño por todos conceptos á dicho tutor. Sostenemos, pues, que cuando según el derecho natural no pueda negarse la capacidad del extranjero

que, siendo incapaz con arreglo al derecho civil, quiera reconocer á un hijo natural, el Magistrado debe considerar válido el acto del reconocimiento.

Conviene, además, tener presente que, como el reconocimiento no puede tener efecto sino con relación al progenitor que lo efectúa, de la capacidad del padre y de la madre para realizar dicho acto (en la hipótesis de que el uno y la otra sean ciudadanos de diversos Estados), y de la eficacia que pueda tener el reconocimiento hecho por uno de ellos que hubiese indicado en el acto mismo al otro progenitor con ó sin el expreso consentimiento de éste, deberá juzgarse acerca de cada uno de ellos en armonía con el respectivo estatuto personal, y sólo con arreglo á éste habrá de decidirse la cuestión de si un hijo natural así reconocido debe tener el estado como tal ó sólo algún derecho determinado respecto del otro progenitor. Desarrollaremos mejor este concepto en la aplicación que hacemos de él á continuación.

325. No podemos aceptar la opinión manifestada por algunos escritores respecto de que para la validez del reconocimiento haya de reputarse necesario que el hijo sea capaz de ser reconocido, y que, por lo tanto, dicha validez haya de depender de la ley personal del mismo (1). Laurent emite esta opinión, pero no se hace cargo de sus dificultades, porque sostiene que el estatuto personal del hijo se confunde con el de su padre y el de su madre, siendo así que puede muy bien suceder que el hijo haya adquirido nacionalidad propia mediante el nacimiento; y aun concediendo que él deba seguir la condición del padre cuando éste lo haya reconocido, si para decidir acerca de la validez del reconocimiento hubiese todo de depender del estatuto personal del hijo, podría darse el caso de que el reconocimiento no pudiese tener lugar á causa de la prohibición establecida por el mencionado estatuto personal del hijo, que hemos supuesto tiene una nacionalidad distinta de la del padre que lo quisiese reconocer. Debería, pues, admitirse que un sujeto inscrito en el registro del estado civil como francés por haber nacido en Francia

(1) Conf. Laurent, *Droit civil intern.*, t. V, § 255; Despagnet, *Droit intern. privé*, § 370.

de padres desconocidos, no podría ser reconocido en Alemania por un prusiano, por ejemplo, casado, porque la ley francesa (art. 335) prohíbe el reconocimiento de los hijos adulterinos.

Entendemos, por el contrario, que debe observarse, que para la eficacia del reconocimiento no se requiere el asentimiento del hijo como se requiere para la adopción. Puede, en efecto, el padre verificar el reconocimiento aun contra la voluntad de aquél, salvo el derecho que le queda de impugnarlo por vicios sustanciales ó de forma; y que por esto el estatuto personal del hijo no puede ejercer ninguna influencia sobre las condiciones exigidas para la validez del reconocimiento por parte del padre.

326. Solamente podemos conceder que si el hijo hubiese adquirido nacionalidad propia en virtud del nacimiento, el derecho que le pertenece para impugnar el reconocimiento tendría que estar sometido á su ley personal, esto es, á la ley del Estado cuya nacionalidad adquirió al nacer. Fúndase esto en que debiendo ser reputado este derecho como un derecho personal del hijo, habría éste de disfrutarlo conforme á la ley del Estado en que nace, y que debe protegerlo. Aun admitiendo que el reconocimiento válido tenga eficacia para atribuir al hijo la ciudadanía del padre por quien fué reconocido y cambiar por lo mismo el estatuto personal del hijo, no se puede deducir de aquí que las acciones de éste para impugnar el reconocimiento por parte del padre hayan de regirse por el estatuto personal de éste, porque es evidente que así como el cambio de la nacionalidad y del estatuto personal dependería de la validez del reconocimiento y la acción del hijo tendería precisamente á impugnar la validez del acto, así también debería regirse por la ley personal propia y no por la del padre que lo hubiese reconocido.

327. Partiendo de estos conceptos, se puede deducir que un hijo nacido en Francia ó en Italia é inscrito en el Registro del estado civil como francés ó italiano, cuando fuese reconocido como hijo natural por un padre extranjero casado cuya ley admitiese como válido el reconocimiento aun respecto del hijo adulterino, adquiriría en virtud de tal acto los derechos de hijo natural, según la ley personal del padre, teniendo siempre en cuenta que debe decidirse con arreglo á ella acerca de la

validez del acto de reconocimiento; ninguna duda podría surgir en el caso de que este acto se hubiese llevado á cabo por el padre en su país, y de que allí mismo se discutiese sobre su eficacia, porque habiendo supuesto que el reconocimiento del hijo adulterino no estuviese prohibido por la ley personal del padre, no se podría por menos de considerarlo válido en su patria.

Puede surgir, sin embargo, una dificultad, cual es la de si el reconocimiento puede reputarse válido con arreglo al derecho francés ó al derecho italiano, en el supuesto de que aquel en cuyo beneficio se hubiese hecho se encontrase ya inscrito en los Registros del estado civil como francés ó como italiano, por el hecho mismo de haber nacido de padres desconocidos.

A primera vista puede parecer que habría de admitirse la negativa en atención á que la ley que prohíbe el reconocimiento de los hijos adulterinos, está inspirada evidentemente en graves motivos de moral pública.

En efecto, no se ha querido permitir que se pueda comprobar legalmente que una persona casada ha violado los deberes que impone la fe conyugal y que son la garantía indispensable del orden de la familia. Como dice Pigot-Preameneu, exponiendo el motivo de la prohibición, el reconocimiento de un hijo adulterino ó incestuoso, sería la confesión de un delito por parte del padre ó de la madre, y es lógico que atribuyendo valor jurídico á la declaración del padre, se inferiría una ofensa á la conciencia pública.

Por todas estas consideraciones y otras muchas que pudiéramos aducir, debe admitirse, sin ningún género de duda, que la prohibición sancionada por el legislador francés y el italiano, ha sido motivada por el respeto á la moral pública. Ahora bien; del principio general de que ninguna ley extranjera puede tener autoridad en el territorio de un Estado, cuando esto irroque algún perjuicio á los principios de orden público, según el derecho territorial, podríamos deducir que el reconocimiento del hijo adulterino hecho por un padre extranjero con arreglo á su ley personal, debe considerarse ineficaz en Francia y en Italia.

Puede observarse en sentido contrario, que los preceptos

establecidos por la ley francesa en lo que al orden de la familia se refiere, deben reputarse imperativos solamente respecto de las personas sujetas á la autoridad del legislador; que éste no puede tener ningún interés en aplicar las leyes propias á las familias extranjeras; que no puede pretender atribuir á los conceptos que con arreglo al orden moral él acepte como base de la propia legislación una autoridad universal para las demás partes del mundo; que en otro sistema de leyes, y como consecuencia de conceptos diversos que hayan prevalecido acerca del orden de la familia y el cumplimiento de los deberes morales, ha podido muy bien suceder que el legislador haya sancionado reglas diversas en lo que toca á la obligación jurídica del padre, y que el respetar las leyes extranjeras hechas para las personas sujetas á ellas, no se puede considerar en principio como contrario al orden público territorial.

Es necesario, en efecto, tener presente que en el sistema de las leyes alemanas, así como en el de las austriacas, la relación de filiación natural no tiene valor para establecer un estado civil de que nazcan en beneficio del hijo derechos respecto de la familia. Los derechos del hijo están limitados á exigir del padre los alimentos, la asistencia y la educación en la medida de su fortuna. Este derecho á los alimentos se funda realmente en la ley natural, y según ésta no se puede hacer distinción alguna entre el hijo nacido de un hombre libre ó de un casado. Ambos tienen derecho á ser alimentados por el autor de sus días, y de aquí que no se pueda sostener que el legislador que haya convertido dicho deber natural en deber jurídico respecto de todos los hijos nacidos fuera de matrimonio, incluso los adulterinos y los incestuosos, haya violado los principios de la ley moral; pero sí puede admitirse que habiéndose inspirado en diversos conceptos de orden moral, ha venido á sancionar reglas diversas. De esta manera ha podido considerar con razón que el adulterio es un delito, que son dignos de castigo sus autores; pero no que lo sea el hijo fruto de la culpa, debiéndose reputar inmoral el dejar á este infeliz sin la protección legal respecto de aquellos que le dieron el ser, y por lo tanto, ha debido imponer al padre la obligación de alimentar la prole adulterina, cumpliendo espontánea-

mente este deber en virtud del reconocimiento, y conceder al hijo el derecho de obligar á cumplirlo mediante la prueba de la paternidad ó de la maternidad.

Sosteniendo el principio que hemos establecido de que el reconocimiento es un acto que emana exclusivamente de su autor y que no requiere el concurso ó asentimiento del hijo, se desprende que las condiciones para su validez deben ser apreciadas con arreglo á la ley personal del padre. Ahora bien: en nuestro concepto, debe sostenerse que el reconocimiento hecho por un prusiano casado, del hijo que había sido inscrito en los registros del estado civil francés como nacido de padres ignorados, debe ser eficaz para conceder en Francia el estado de filiación natural según el derecho prusiano, y todos los efectos que con arreglo á dicha ley se originen del acto. No podemos conceder que pueda reputarse turbado el orden público en Francia, admitiendo, con arreglo á la ley prusiana, las consecuencias jurídicas de un hecho jurídico realizado bajo el imperio de la misma, no obstante que esta ley esté fundada en principios de orden moral diversos de los que acepta el legislador francés. ¿Qué interés puede haber en que se regulen por la ley francesa las relaciones entre un prusiano y su hijo? Y no se aduzcan los argumentos consignados en la exposición de motivos que justificaron la prohibición establecida en el art. 335 del Código civil francés, porque esos argumentos se refieren al reconocimiento del hijo adulterino por parte de un francés, pero no á que se impongan los preceptos de la ley francesa á un prusiano. Todo legislador provee á la organización de la familia y á regular las relaciones personales entre los ciudadanos con arreglo al criterio que juzga preferible, y el reconocer la autoridad de una ley extranjera inspirada en principios de orden público diferentes, no se puede considerar como contrario al orden público interior.

328. Únicamente podemos conceder, que si el padre prusiano quisiera reconocer al hijo en el acta de nacimiento y éste hubiese tenido lugar en Francia, y pretendiera que el encargado del registro civil inscribiese en ella la declaración hecha por él de ser casado y padre del hijo natural indicado por él, el oficial del registro civil podría negarse á recibir tal declaración, porque

el hecho jurídico que se quería establecer en Francia, esto es, el hacer constar jurídicamente la filiación adulterina, podría considerarse contrario á la ley territorial que prohíbe el hacerlo por razones de orden público. Decimos esto, solamente para justificar la negativa del funcionario que rehusase hacerlo; pero también sería necesario admitir que si el reconocimiento se hubiese hecho en el acta de nacimiento por un prusiano casado que no hubiese indicado esta cualidad ó lo hubiese hecho indicando la cualidad de casado, ora en el acta de nacimiento, ora en acta separada, debería siempre aplicarse la ley prusiana para decidir acerca de la validez del mismo, y no podría, ciertamente, darse el caso de invocar la regla *locus regit actum*, porque ésta no puede tener autoridad en las cuestiones concernientes á los actos realizados por extranjeros ni á las condiciones esenciales para la validez de los mismos.

229. Pueden darse casos en los cuales el atribuir efecto al reconocimiento del hijo natural, válido según la ley extranjera, encuentre un obstáculo en el perjuicio á las leyes de orden público territorial.

Supongamos que un prusiano casado reconozca al hijo habido por él con una mujer libre francesa ó italiana, y que haga dicho reconocimiento en el acta de nacimiento levantada en Prusia, indicando en la misma quién es su madre con el asentimiento anterior ó posterior de ésta. ¿Será dicha acta eficaz para establecer la maternidad ante el derecho francés ó el derecho italiano?

Una mujer francesa puede reconocer en el extranjero á un hijo natural, pero sólo con las condiciones establecidas por el Código francés. No puede, pues, reconocer en ningún caso al hijo nacido de comercio adulterino ó incestuoso, y sería en vano que invocase la ley del país extranjero donde hubiese tenido lugar el nacimiento ó donde ella hubiese verificado el reconocimiento con el fin de fundar su pretensión en aquella ley para atribuir validez al reconocimiento del hijo adulterino, porque las leyes que conciernen al estado de las personas acompañan á los ciudadanos al extranjero, y no les es lícito invocar leyes extrañas para derogar las de su nación. Ahora bien; como el recono-

cimiento verificado por parte de un prusiano casado sería válido, ésto impediría que la indicación de la madre hecha en el acta de nacimiento con su asentimiento, pudiese equivaler al reconocimiento de la maternidad respecto de la mujer francesa, porque esto equivaldría á establecer la filiación de un nacido de comercio adulterino, lo cual es inadmisibles según la ley vigente en Francia.

No sería conveniente aducir que, habiéndose realizado el nacimiento del hijo en territorio prusiano, y habiéndose efectuado el reconocimiento por el padre y por la madre simultáneamente en el acta de nacimiento, siendo válido según la ley prusiana, tanto respecto del uno como respecto de la otra, debiera también reputársele tal para todos los efectos, á tenor de lo dispuesto por el derecho francés, porque milita en contrario la razón de que el reconocimiento válido según la ley prusiana puede producir todos sus efectos aun en Francia, pero sólo en lo que al padre prusiano se refiere, y no en lo que respecta á la madre que hemos supuesto francesa; que debiendo apreciarse el reconocimiento por parte de cualquiera de los padres con arreglo á la ley personal de cada uno de ellos, nada puede impedir que se considere válido para todos los efectos según el Código de Prusia respecto del padre prusiano, y nulo respecto de la madre francesa.

No podría alegarse útilmente que, según la jurisprudencia francesa, la declaración de quién era la madre, hecha por el padre adulterino, puede considerarse válida para establecer la maternidad (1) y deducir que deberá reputarse tal la declaración de la madre, hecha por el padre casado prusiano.

Debe observarse que la jurisprudencia francesa se ha mostrado muy insegura al pronunciarse acerca de la validez del acto del reconocimiento tocante á la declaración de la madre, hecha

(1) Conf. Casación francés, 11 Diciembre 1819; 7 Enero 1852 (*Journal du Pal.*, 1853, I, 45); Dijou, 29 Agosto 1848; Bourges, 12 Julio 1859; *ibid.*, 1861, 769. Véase la nota de Labbé á la sentencia de Casación de 1861. *ibid.*, 1861, 769.

por el padre adulterino (1); que al admitir su validez, lo ha hecho por la consideración de que pueda establecerse la filiación materna aun cuando el padre no esté en aptitud de reconocer al hijo por impedírsele un vínculo conyugal, y que la nulidad del reconocimiento respecto de éste, no puede traer consigo la nulidad del reconocimiento por parte de la madre que no esté casada; y por esto ha considerado nula y de ningún valor ni efecto, la declaración hecha por el padre, que implique el reconocimiento del hijo adulterino, y eficaz, en cambio, en cuanto á la maternidad, la declaración de la madre libre de todo vínculo conyugal (2).

En el caso antes propuesto, no podría tener aplicación este principio, porque debiendo considerarse válido el reconocimiento por parte del padre casado, en virtud de su ley personal que admite el reconocimiento del hijo adulterino, y no pudiendo dividirse el acto en el cual se hubiese declarado quién era la madre, porque eso equivaldría á establecer simultáneamente la paternidad y la maternidad, no podría excluirse la condición de hijo adulterino resultante del acto mismo, ya respecto del padre, ya respecto de la madre, y haría absolutamente nulo el reconocimiento en cuanto á la madre francesa, en virtud del art. 335, que prohíbe á los franceses reconocer válidamente al hijo que sea fruto del adulterio.

330. En el Código civil italiano está también prohibido el reconocimiento del hijo adulterino, según el art. 180; pero el artículo 193 dispone que el hijo adulterino puede ejercitar la acción para obtener los alimentos, si la paternidad ó la maternidad resultare probada en declaración explícita y por escrito de los padres. Vamos ahora á suponer que una mujer extranjera haya reconocido al hijo, declarando también quién sea el padre, y que haya deferido el juramento con arreglo á la ley extranjera al sujeto indicado por ella, para establecer la paternidad del

(1) Véase casación 1.º de Mayo de 1861 (*Journal du Pal.*, 1861, 769, 25 de Junio de 1877, *ibid.*, 1878, p. 537)

(2) Véanse sobre este punto los autores citados en la nota á la sentencia de casación de 25 de Junio de 1877.

mismo; que, según la ley extranjera, pueda establecerse la paternidad en virtud de tal procedimiento, y que la autoridad competente haya reputado padre á la persona indicada por la mujer. Si el hombre fuese casado, no podría establecerse la paternidad con arreglo al derecho italiano, porque implicaría una filiación adulterina, sin que respecto de este punto pueda abrigarse duda alguna. La duda surgiría en el caso de que el hijo quisiese prevalerse de tal hecho jurídico para ejercitar la acción y obtener los alimentos del italiano considerado como padre, de la manera indicada.

Nosotros entendemos que ni aun esto puede admitirse, porque debiendo regirse la acción para pedir alimentos, en el caso establecido, por la ley italiana, ésta no podría atender la petición del hijo, sino en la sola hipótesis de que resultase probada la paternidad por explícita declaración escrita del padre. Ahora bien, como no puede equivaler á la misma la declaración hecha por la autoridad extranjera competente ateniéndose á la indicación de la madre, no podría darse el caso de considerar aplicable la disposición del art. 163 del Código civil italiano.

Distinta sería la solución si en el acta de reconocimiento autorizado en el extranjero, el italiano casado hubiese confesado su paternidad, porque tal confesión no podría servir para atribuir al hijo la filiación paterna á causa del vínculo conyugal; pero sería eficaz para fundar el derecho á los alimentos en favor del hijo, debiendo considerarse la confesión en el acta de reconocimiento como explícita declaración escrita del padre.

331. Pasemos á examinar la filiación del hijo natural establecida en virtud de sentencia judicial dictada á consecuencia de la prueba dada de la paternidad ó de la maternidad en un país en donde la ley consienta dicha prueba.

Ya hemos visto la variedad de leyes de los diversos países respecto de la indagación de la paternidad y de la maternidad.

Ahora vamos á examinar cuál es la ley á que debe someterse el derecho de prueba, y cuál puede ser la eficacia extraterritorial de una sentencia que establezca la filiación paterna ó la materna.

La acción que al hijo corresponde para hacer declarar en virtud de las pruebas presentadas quién sea su padre, constituye con toda evidencia un derecho personal suyo. Es necesario, pues, admitir que cuando el hijo esté en posesión de tal derecho, éste debe ser considerado en principio como conforme á la ley bajo la cual fué adquirido. Conviene, por lo tanto, determinar ante todo cuál es la ley de que debe depender la adquisición del derecho.

Es preciso tener en cuenta que toda ley que prohíbe ó permite la indagación acerca de la paternidad, se funda en graves motivos de orden público, y tiende á defender el orden de la familia y los principios morales que cada legislador ha creído conveniente considerar como fundamento de la misma. Vemos aun en esto que todo puede depender de la diversa manera de apreciar los medios más idóneos para lograr un mismo objeto. Así, un legislador ha podido convencerse de que el obligar á los que por medio de unión ilícita procrean hijos á cumplir aquellos deberes que la naturaleza misma les impone para con la prole, puede servir, en cierto modo, de freno á estas uniones y para disminuir las procreaciones ilegítimas por parte de aquellos que no quisieron posteriormente soportar las cargas. Por el contrario, otro legislador ha podido creer preferible y más ajustado á la moral no poner en evidencia la culpa, considerando más propio del orden de la familia no abrir la puerta á procesos escandalosos, lo cual sucedería si se excitase de este modo á las personas á indagar la paternidad; y que siendo la generación un hecho envuelto en el misterio y sus pruebas muy difíciles é inciertas, es preferible dejar á cada cual que con arreglo á su conciencia cumpla sus propios deberes naturales. ¿Quién puede demostrar cuál de las dos opiniones es más fundada y cuál responde mejor á defender los principios morales? Nosotros vemos en esto nuevos argumentos para evidenciar lo que ya hemos repetido muchas veces, esto es, que ningún legislador puede aspirar al monopolio de la moral, y que atendiendo al mismo objeto y mirando desde diverso punto de vista el mismo principio de moralidad los legisladores, han sancionado reglas opuestas y contrarias en los diversos sistemas legales.

332. De cualquier modo, siendo un hecho que las leyes sobre la indagación de la paternidad son diversas y contrarias, debemos también examinar si el derecho á la prueba de la paternidad puede ejercitarse en otro país que la ley prohíba tales juicios.

En lo concerniente á la determinación de la ley de la cual debe depender la adquisición del derecho, observamos que el hecho del nacimiento en un país dado, no puede influir sobre este punto, si en aquel país está en vigor la ley que permite la indagación de la paternidad; porque como la acción que pertenece al hijo, tiende á establecer una relación personal entre éste y la persona de quien trata de probar que ha sido el autor de sus días, y por consiguiente, el objeto inmediato de la acción es establecer la filiación del hijo natural respecto de su padre, y como, por otra parte, el hijo debe seguir la condición de aquél, si trata de establecer la filiación paterna, y la de la madre, si trata de establecer la filiación materna, por esto deberá decidirse con arreglo á la ley personal del uno ó de la otra si el hijo engendrado por ellos tiene derecho á pedir que se declare su filiación mediante las pruebas presentadas.

En virtud de este principio debe admitirse que al hijo nacido en Alemania ó en Austria de un francés ó de un italiano no se le permite presentar la prueba acerca de la paternidad con arreglo á la ley prusiana ó á la austriaca, porque debiendo regirse su derecho á establecer la filiación respecto del padre francés ó italiano por la ley personal de éste, no puede admitirse esto mientras subsista la prohibición establecida por el art. 340 del Código francés y el 189 del italiano. Podría serlo únicamente en casos excepcionales consignados en dichos artículos, debiendo decirse lo mismo si el hijo quisiera probar la maternidad respecto de la madre francesa ó italiana.

333. En lo que á la admisibilidad de la acción respecta, convengamos que el estar prohibida la indagación de la paternidad en un país dado, por razones de orden público, no puede ser por sí mismo motivo suficiente para negar al extranjero, ciudadano de un Estado cuya ley permita la prueba de la paternidad, el poder alegarla útilmente en el caso de que intente establecer

su filiación respecto de uno que sea ciudadano del mismo Estado extranjero. Así, por ejemplo, á nuestro modo de ver, debería admitírsele á un austriaco el alegar la prueba de su filiación respecto del padre austriaco, en el supuesto de que quisiera hacerlo en juicio promovido ante los Tribunales franceses.

Las razones que se alegan en apoyo de esta opinión son las de que, de estar prohibida la indagación sobre la paternidad, según el artículo 340 del Código civil francés, si puede deducirse que ninguna persona sujeta á la autoridad de dicho Código puede válidamente alegar la prueba de la paternidad, no puede sostenerse que la disposición del mencionado artículo haya de aplicarse también á los extranjeros, y que haya de negarse á éstos el derecho á promover en Francia un juicio ó para establecer la filiación mediante la prueba y en armonía con su propia ley personal. No puede pretenderse que la soberanía francesa pueda tener ningún interés en aplicar á los extranjeros las leyes hechas para los ciudadanos franceses, ni tampoco se puede conceder que, de reconocer la ley de otro país en la que un ciudadano del mismo quiera fundar el derecho á suministrar la indicada prueba, pueda originarse ofensa alguna á los principios de orden público sancionados por la ley francesa.

Basta, en efecto, considerar que la indagación de la paternidad se admitía en el antiguo derecho francés; que lo fué igualmente, aunque dentro de más estrechos límites, estando en vigor la legislación intermedia, y que después de la promulgación del Código civil vigente la prueba de la paternidad puede presentarse también en las circunstancias excepcionales consignadas en el artículo 346. Suponiendo también que el legislador, para defender mejor el orden de la familia francesa, haya estimado necesario prohibir la indagación de la paternidad entre franceses, y que, por consiguiente, deba reputarse contrario al orden público el permitir á los mismos que aleguen la prueba de la paternidad, ¿deberá reputarse contrario á dicho orden el que un extranjero sujeto á la ley de su país pruebe su filiación natural por los medios que permite su propia ley personal? ¿Es, acaso, contrario al orden público el que las relaciones personales entre extranjeros sean reguladas por una ley extranjera?

El establecer el propio estado personal de conformidad con la ley á que la persona está sujeta, no puede producir ofensa alguna al orden público territorial. Tan verdad es esto, que las leyes transitorias han reservado el derecho de alegar la prueba de la paternidad á los nacidos cuando estaba en vigor la ley antigua, que la permitía siempre que quisiera ejercitar la acción después de haber comenzado á regir la nueva ley que la prohíbe. Ahora bien; si el orden público interior no puede considerarse ofendido por el hecho de aquellos que habiendo adquirido el derecho á probar la filiación lo ejercitan después de estar en vigor la nueva ley que prohíbe la prueba, ¿cómo podrá sostenerse que se infiera ofensa al orden público por el hecho de un extranjero que ejercita su derecho de prueba adquirido según la ley extranjera á que él continúe sometido aun cuando se halle en Francia?

334. En realidad, la jurisprudencia establece la teoría contraria. El Tribunal de casación francés, en la sentencia dictada en el pleito Civry, establece la siguiente doctrina: «La ley extranjera no es aplicable por los Tribunales franceses sino en tanto que su aplicación no sea contraria á las reglas que se consideran en Francia como relativas al orden público.....; que el artículo 340 del Código Napoleón, que prohíbe la indagación de la paternidad, se refiere esencialmente al orden público», y por consiguiente deniega la prueba de la paternidad contra lo dispuesto por la ley extranjera que la permite (1).

La misma doctrina establece el Tribunal de casación de Turín en la causa Fallardi contra Fumagalli: «El art. 109 del Código civil italiano, dice el Tribunal, que prohíbe la indagación de la paternidad natural y ha sido redactado para la defensa del orden público y de las buenas costumbres, hace inadmisibles la acción correspondiente ante los Tribunales del reino, no obstante haberse propuesto lo mismo en principio por la ley de otro país que no contenga la misma prohibición» (2).

(1) 25 de Mayo de 1868, De Civry (*Journ. du Pal.*, 1868, 939.)

(2) Sentencia de 29 de Octubre de 1878 (*Monitore dei Tribuna- li*, 1879, p. 302) y Tribunal de Milán, 11 de Junio de 1877, causa Corbella y Verga contra Caini.

Nosotros no hallamos ofensa alguna para el orden público territorial en que un austriaco, con arreglo á su ley nacional, presente la prueba de filiación contra otro austriaco á quien considere como su padre. Podemos conceder que si la demanda tendiese á establecer la filiación adulterina, debería prohibirse en Francia ó en Italia de una manera absoluta, porque como se trataría de establecer judicialmente un hecho jurídico que la ley territorial prohíbe, debería reputarse contrario al orden público el pedir que los Tribunales proclamasen ese hecho.

335. Conviene además tener presente que la regla que hemos establecido puede aplicarse en la hipótesis de que un extranjero quisiese entablar un juicio para presentar la prueba de la paternidad ante el Tribunal francés, y de que la instancia promovida por él tendiese á establecer su filiación respecto de un extranjero, en el supuesto de que, según la ley personal de éste, estuviese permitida la indagación de la paternidad; pero no se podría aplicar la misma regla si el hijo estuviese ya inscrito en los Registros del estado civil como ciudadano francés por haber nacido en Francia de padres desconocidos. En tal caso, y aun suponiendo que fuese extranjero aquél en cuyo beneficio se pretendiese establecer la filiación y que estuviese permitida según la ley personal del mismo la indagación de la paternidad, no podría ser admitida la instancia del hijo para presentar la prueba de la filiación paterna contra dicho extranjero ante los Tribunales franceses, porque se lucharía contra el obstáculo de la prohibición que establece el art. 340 del Código civil francés.

Hemos dicho ya que esta prohibición debe reputarse imperativa respecto de todas las personas sujetas á la autoridad de la ley francesa, y, por consiguiente, el hijo á quien se atribuyó nacionalidad francesa por el hecho de su nacimiento en Francia, habría de someterse á cuanto impone dicha ley. No puede, por último, aducirse en contrario que, tratándose de una cuestión de estado personal que ha de resolverse conforme al respectivo estatuto del padre, debería admitirse la prueba de la paternidad, partiendo del supuesto de que ésta no estuviese prohibida por la ley personal del padre: el argumentar así sería encerrarse en un círculo vicioso. En efecto; el hijo no podría fundar su derecho

en la ley extranjera, sino presuponiendo ya establecido que fuese hijo de aquél contra quien promovía la prueba de la paternidad. En otros términos, se llegaría á admitir que él pudiera fundar su derecho á la acción en la ley extranjera, considerando ya probada la paternidad, que es precisamente lo que debía ser objeto de la acción ejercitada.

Toda persona que haya adquirido la nacionalidad por el hecho del nacimiento en un Estado siendo hijo de padres desconocidos, no puede perderla sino con arreglo á la ley. Mientras no la haya perdido ó no haya adquirido otra, debe permanecer sujeto á la ley de dicho Estado. Resulta de aquí, con toda claridad, que el hijo nacido en Francia y engendrado por un austriaco ó por un prusiano no puede entablar la indagación de la paternidad ante los Tribunales franceses, aduciendo que la relación de filiación que debía considerarse establecida por el hecho de la generación, y habiendo adquirido el derecho de alegar la prueba de tal hecho según la ley personal de su padre, debe ser admitido á ejercitar aquel derecho, porque la prohibición sancionada por el legislador francés y obligatoria para todos los ciudadanos franceses, sería un obstáculo insuperable para la admisión de la acción correspondiente.

336. Podemos añadir, además, para precisar mejor el concepto de la doctrina mantenida por nosotros, que si el extranjero se hubiese naturalizado en Francia, no podría, á juicio nuestro, ser autorizado para promover la acción ante los Tribunales franceses, pidiendo con arreglo á la ley personal del mismo la declaración de la paternidad del extranjero que él considerase como su padre, porque surgiría aun en este caso el obstáculo que presentan las leyes de orden público. Hemos establecido en principio que la adquisición de la nueva ciudadanía no puede tener efecto retroactivo en cuanto á modificar los derechos privados adquiridos con arreglo á la ley de la patria primitiva, pero no puede decirse lo mismo de las leyes de orden público del Estado á las cuales debe estar sujeto, tanto el que haya adquirido carta de naturaleza, como los demás ciudadanos. La adquisición de la ciudadanía francesa por parte de un extranjero no cambiaría las relaciones de derecho privado entre el naturalizado

y su padre extranjero, sino que, como el naturalizado continuaría sometido á las leyes de orden público, á las cuales pertenece la que prohíbe la indagación de la paternidad, deberá deducirse también de aquí que su acción no sería ya admisible.

Sería lo mismo que si el extranjero naturalizado que según la ley de su patria primitiva tenía el derecho de reconocer al hijo adulterino, quisiera prevalerse de tal derecho para reconocer á un hijo habido de unión adúltera antes de haberse naturalizado. Realmente, si hubiese hecho esto antes de la naturalización, no se podrían desconocer las consecuencias jurídicas de un hecho legal realizado, en armonía con la ley de la patria primitiva, pero el realizar tal hecho jurídico después de haber adquirido la naturalización francesa sería imposible, porque esto se opondría á la ley de orden público vigente en Francia, que prohíbe establecer la filiación adulterina, debiendo estar sometido á aquella el naturalizado.

237. Establezcamos otra hipótesis. Supongamos que un sujeto inscrito como francés en los registros del estado civil ó que se haya naturalizado, hubiese entablado un juicio en la patria del padre extranjero, y que, á consecuencia de las pruebas presentadas con arreglo á las leyes extranjeras, se hubiese declarado su filiación paterna por las leyes de aquel país. ¿Sería eficaz esta sentencia en Francia para todos los efectos y para todas las consecuencias que se derivan de la paternidad natural legalmente probada? Entendemos que debe sostenerse la afirmativa, porque así como el reconocimiento hecho por un extranjero con arreglo á su ley personal debe producir todos sus efectos en Francia y en cualquier otra parte, deberá producirlo también el reconocimiento forzoso que nace de la declaración judicial de la paternidad con arreglo á la ley personal del padre.

Hemos sostenido que al hijo no deberá permitirse la indagación contra el padre extranjero si estuviese inscrito como francés en los registros del estado civil, porque la ley no autoriza ni consiente la admisión de esta acción en Francia; mas como esto no quitaría al hijo el derecho de entablar el juicio en la patria del padre y la filiación paterna legalmente probada debe producir en Francia todos sus efectos, deberían admitirse todas las consecuen-

cias jurídicas de la declaración de paternidad, sin que por ello pudiera entenderse que se había inferido ofensa alguna á las leyes de orden público interior, lo cual sucedería si el hijo quisiese entablar un juicio en Francia para que se declarase la paternidad, mas no si, en el caso de haber hecho él constar su estado de hijo natural por los Tribunales del país del padre con arreglo al estatuto personal del mismo, demandase después á la justicia francesa que apreciase únicamente las consecuencias de su estado, declarado así judicialmente.

Creemos, además, oportuno hacer notar que, atribuyendo eficacia á la sentencia extranjera en el caso establecido, entendemos que debe hacerse una excepción justa, á saber: la de que debe negársele toda eficacia cuando pueda implicar alguna ofensa al orden público territorial. Tal sería el caso, por ejemplo, de uno que estando inscrito en el Registro del estado civil como francés, hubiese entablado el juicio en Alemania ó en Austria, y hubiese hecho declarar la filiación paterna respecto al padre alemán y la filiación materna respecto de su madre francesa. Esta sentencia sería nula y de ningún valor ni efecto en cuanto á la filiación materna si la madre estuviese casada, y aunque fuese libre, si no reunía la sentencia las condiciones requeridas por la ley francesa para admitir la indagación de la maternidad.

238. Ahora vamos á examinar el caso de un individuo nacido en país extranjero, donde según la ley esté permitida la indagación de la paternidad, que haya promovido la acción correspondiente ante el Tribunal extranjero, y que, en virtud de las pruebas presentadas haya hecho declarar su filiación paterna respecto de un francés ó de un italiano. ¿Será válido el estado de filiación paterna declarado mediante sentencia del Tribunal extranjero pronunciada por consecuencia de las indagaciones de la paternidad permitidas por la ley extranjera?

Es preciso ante todo tener en cuenta que lo que se haga en país extranjero puede estar sometido á las leyes de orden público ó de policía allí vigentes y relativas al acto mismo. De esto se desprende que un francés, por ejemplo, que hubiese tenido comercio ilícito en el extranjero con una extranjera, podría ser demandado ante los Tribunales del país de que se trate,

á consecuencia de acciones promovidas con arreglo á la ley, por quien tuviese interés en ello; y que podría la mujer seducida promover, entre otras, la acción para probar que él era el padre del hijo nacido, y hacer que se le condenase á soportar las cargas del mantenimiento de la prole y á la indemnización que á la mujer debía por dicha seducción. A juicio nuestro, la prueba de la paternidad dada con tal intento, se debe considerar hecha eficazmente para todo lo concerniente á las consecuencias de las obligaciones personales que se derivan del hecho jurídico que tuvo su origen en el extranjero, y sostenemos, por consiguiente, que las obligaciones personales impuestas á un francés á tenor de la ley del país extranjero donde el hecho se realiza y donde se sigue el pleito, deben reputarse también válidas en Francia. No creemos que pueda en tal caso invocarse el estatuto personal que prohíbe la indagación de la paternidad para considerar como nulas y de ningún valor ni efecto las pruebas dadas judicialmente por la mujer seducida, porque, si bien es cierto que la ley francesa prohíbe la indagación de la paternidad, esa prohibición se refiere principalmente al hecho de aquel que pretenda establecer su filiación paterna mediante la presentación de pruebas; pero no se puede sostener que sólo porque en Francia no esté permitida la indagación de la paternidad con el fin de establecer la filiación paterna respecto de un francés, deban reputarse nulas y sin efecto las que se hagan contra un francés en un país extranjero, con el intento de deducir las consecuencias legales del hecho jurídico efectuado al amparo de la ley extranjera.

339. En el Código civil austriaco encontramos la siguiente disposición en el art. 1.328: «El que seduce á una mujer y procrea con ella un hijo, debe sufragar los gastos del parto y del puerperio, y atender á todas las obligaciones de padre consignadas en el cap. 3.º de la primera parte de este Código». Dichas obligaciones están determinadas especialmente en los artículos 166 y 171, y consisten principalmente en proveer al mantenimiento del hijo, á su educación y á la carrera ó profesión del mismo, según los medios del padre.

Supongamos ahora que un francés haya sido citado ante el Tribunal austriaco á instancia de la madre ó del hijo: que á con-

secuencia de las pruebas presentadas se haya declarado judicialmente su paternidad respecto del hijo procreado en Austria, y que se hayan impuesto al mismo por la sentencia todas las obligaciones consignadas en el Código austriaco y sancionadas en los precitados artículos. A juicio nuestro, el francés no podría desconocer en tales circunstancias la autoridad de la ley austriaca, ni sustraerse al cumplimiento de las obligaciones que la misma le impone, y aun añadimos que podría obligársele á ello si con motivo de la falta de observancia de aquéllos, fuese después citado ante los Tribunales franceses para obligarle á su cumplimiento.

Para combatir esta opinión nuestra, podría aducirse que, según lo que ya hemos indicado, la cuestión de la filiación paterna debe resolverse de conformidad con la ley personal del padre; que tratándose de un francés y estando prohibido, según la ley francesa, establecer la filiación paterna mediante la prueba presentada en juicio, se debe reputar de ningún valor ni efecto la declaración paterna respecto á un francés pronunciada por el Juez en consecuencia de las pruebas presentadas; que á las leyes concernientes al estado de las personas que acompañan á un francés cuando reside en país extranjero, debe éste reputarse sujeto aun cuando se encuentre en Austria; que el único modo de establecer la relación de paternidad respecto de su hijo natural y los derechos y obligaciones recíprocas que de tal relación se derivan, es el reconocimiento libre y espontáneo hecho por el padre por acta auténtica; que el legislador francés ha procurado garantizar con todo cuidado la independencia de la voluntad y la plenitud de libertad del reconocimiento, excluyendo cualquier medio por el cual se haya podido obligar á un sujeto á reconocer su prole y que ha exigido como condición esencial la autenticidad del acta, estableciendo que ésta sea el único título que pueda atribuir á una persona el estado de hijo natural, tratando así de proteger la espontaneidad del reconocimiento por parte del padre, el cual es el solo juez para decidir en conciencia si él es ó no el autor del hijo nacido.

Con todas estas razones y prescindiendo de otras, se podría combatir la opinión manifestada por nosotros, y podrían apare-

cer á primera vista poderosas y decisivas para negar todo valor y efecto á la declaración de filiación paterna respecto de un francés hecha por un Tribunal austriaco á consecuencia de la prueba dada según la *lex fori*.

Debemos, no obstante, observar que las razones aducidas son de gran peso para deducir que el estado de filiación paterna del hijo natural según el Código francés, no se puede establecer respecto de un francés por una sentencia del Tribunal extranjero que haya declarado la paternidad. Y decimos esto, porque sostenemos el principio de que el estado civil de los ciudadanos debe regirse en todo por la ley de su país y no puede atribuírseles sino con arreglo á la ley misma.

Debe, sin embargo, observarse que la declaración de paternidad, según el Código civil austriaco, no sirve en realidad para establecer el estado civil del hijo natural respecto del padre, pero da origen por lo menos á ciertas obligaciones jurídicas que son resultado del comercio ilícito y de la procreación, y que se imponen al que por presunción puede considerarse como padre de la prole nacida con motivo del acto ilícito. Basta, en efecto, considerar que el legislador austriaco regula las consecuencias que pueden derivarse de la seducción de una mujer y de la procreación de un hijo con ella en el título que trata de la obligación de resarcir el daño ocasionado por un hecho ilícito. Imponer por lo tanto al hombre, no sólo la obligación de sufragar los gastos del parto y del puerperio, sino también cumplir con todos los demás deberes que nacen de la paternidad, y que consisten, como ya hemos dicho, en el mantenimiento y en la educación del hijo procreado.

Ahora bien, así como estas consecuencias se derivan del hecho jurídico según la ley, y todo el que realiza un acto en el territorio donde una ley impera debe sujetarse á todos los preceptos imperativos de la misma que regulen los efectos del referido acto, no dudamos que debe estar sometido á ella un francés ó cualquier otra persona que haya seducido á una mujer en Austria, y que el haberse impuesto estas obligaciones á consecuencia de la prueba suministrada y de la declaración de paternidad, no puede ser una razón para sustraerse al cumplimiento de ellas,

alegando que, según el estatuto personal, no está admitida la indagación de la paternidad para establecer mediante ella la filiación paterna, porque, como ya hemos hecho notar, la declaración judicial de paternidad, según la ley del país donde tuvo lugar el comercio ilícito y la generación, debe ser eficaz, no ya sólo bajo el concepto de establecer mediante ella el estado civil del hijo con arreglo á una ley extranjera, sino también hasta hacer surgir ciertas obligaciones jurídicas que según la ley territorial son consecuencias del comercio ilícito probado judicialmente y atestiguado por el hecho de la generación y del nacimiento del hijo.

Debemos añadir que las razones aducidas por nosotros serán valederas aun en el caso de que no se tratara de seducción sino de comercio ilícito libre, y sostenemos que el extranjero (ya sea francés ó italiano ó de cualquier otro país) que hubiese sido declarado padre de la prole nacida de tal comercio ilícito realizado en Austria, no podría sustraerse á las consecuencias del hecho jurídico, esto es, á prestar alimentos al hijo, y á proveer á la educación y al porvenir del mismo.

El estar prohibida la indagación de la paternidad según la ley de un país para establecer en virtud de ella la filiación paterna, no puede mirarse como razón decisiva para sostener que deba reputarse de ningún efecto, siempre que se haga en otro país donde la ley la permita con el fin de regular las consecuencias del hecho jurídico ocurrido bajo el imperio de la misma.

340. Lo que con razón puede sostenerse en tal caso es que un italiano, por ejemplo, declarado padre en virtud de sentencia judicial, puede negarse en buena doctrina á que tal declaración tenga fuerza para atribuir al hijo el estado civil de hijo natural respecto de él, con todos los derechos anejos á dicho estado según la ley italiana. Esto se funda en que en el sistema de leyes que considera la filiación natural como una verdadera relación de consanguinidad y de familia, atribuyendo por lo tanto al padre el derecho de establecer jurídicamente esta relación por medio de la declaración espontánea hecha por él y en documento auténtico, el estado civil de filiación paterna no puede considerarse establecido respecto de un ciudadano de un determinado

país, sino de conformidad con su ley personal. A este sistema no puede subrogarse otro que se funde en principios diversos, ni confundir los efectos que de ellos puedan derivarse en cualquiera de dichos sistemas, y así debe ser, sobre todo tratándose del estado civil que puede ser el efecto de la relación de paternidad y de filiación. La declaración de paternidad según el Código civil austriaco sólo equivale en el fondo á la presunción probable de paternidad.

El citado legislador establece, en efecto, en el art. 165 del Código civil, que los hijos ilegítimos no gozan de los derechos de familia ni de consanguinidad, no concediéndoles, por tanto, que puedan tomar el apellido del padre, sino solamente el de la familia de la madre. Todos los derechos concedidos al hijo respecto del que ha sido declarado padre, consisten, como hemos dicho muchas veces, en obtener los alimentos y la educación. En suma, el legislador austriaco ha regulado las consecuencias del hecho jurídico, ha convertido la obligación natural en obligación civil, ha impuesto esta obligación al presunto padre, y de aquí que, en dicho sistema de leyes, la *exceptio plurium concubentium* no puede alegarse para sustraerse á la obligación impuesta al padre probable de alimentar á la prole. En todo esto no hay nada que equivalga al estado civil de filiación del hijo natural, según el Código francés y el italiano, y por consiguiente, sosteniendo siempre que el francés ó el italiano, á quien el Tribunal austriaco haya declarado padre de la prole nacida en Austria, deba someterse á las consecuencias del hecho jurídico del comercio ilícito según aquella ley, debe, sin embargo, admitirse que pueda invocar eficazmente su estatuto personal, y deducir de aquí que así como con arreglo al mismo no puede establecerse como resultado de la indagación de la paternidad el estado civil de filiación natural, tampoco puede considerarse establecida respecto de él la filiación paterna con todos los efectos que la ley francesa y la italiana le atribuyen mediante la declaración de paternidad hecha por el Magistrado extranjero.

341. Resumiendo nuestra teoría, entendemos que la paternidad natural declarada judicialmente en un Estado donde se permita la indagación de la paternidad respecto de un ciudadano

de otro país donde esté prohibida, puede considerarse eficaz para imponer al padre las obligaciones personales según la ley del país donde haya acontecido el nacimiento del hijo y donde el juicio se celebre; pero no puede ser eficaz para atribuir al hijo el estado civil de hijo natural, porque éste debe regirse, exclusivamente, y en todos conceptos, por la ley personal del padre.

Cuando se trate de un francés ó de un italiano, habrá que excluir únicamente los casos excepcionales consignados en los artículos 189 del Código civil italiano ó 340 del francés, según los cuales, suponiendo que la causa por raptó ó por estupro violento se hubiese seguido en país extranjero, la sentencia que hubiese declarado la filiación natural debería producir los efectos del reconocimiento bajo las condiciones apreciadas por la ley italiana y por la francesa, cuya opinión apoyamos, porque es una consecuencia de los principios generales expuestos anteriormente acerca de las consecuencias legales de las sentencias extranjeras.

342. Los principios hasta ahora establecidos deben servir para resolver también las cuestiones que puedan surgir acerca de la eficacia del reconocimiento respecto de la madre y de la indagación de la maternidad. Habrá que referirse siempre á su ley personal, no sólo para lo concerniente á la capacidad de la madre para reconocer al hijo, sino también para todo aquello que se refiera al valor jurídico del reconocimiento hecho en el extranjero. Por consiguiente, si según la ley personal de la madre estuviese sancionada la regla de que el reconocimiento sólo pueda tener efecto, en cuanto á ella, cuando se haya hecho por la misma por documento auténtico, ó cuando la maternidad se haya declarado por el Juez en los expresados casos en que esté admitida la indagación de la maternidad, la madre tendría derecho á considerar nula y de ningún valor la declaración de maternidad hecha en el extranjero, y que no esté conforme con su estatuto personal. Así podría ella reputar de ningún valor ni efecto el reconocimiento, por ejemplo, del padre que la hubiese designado como madre, aduciendo haber consentido tácitamente ó confirmando con hechos posteriores la declaración hecha por él. Supuesto, también, que según la ley del país extranjero donde

hubiese tenido lugar este asunto judicial se reputase eficaz la declaración de maternidad hecha en atención al mandato tácito ó á la ratificación de la declaración hecha, no se estaría en el caso de invocar el principio *locus regit actum* para deducir la validez del reconocimiento hecho en la forma antes indicada. La razón es siempre la misma, esto es, que el valor jurídico del reconocimiento y la eficacia del mismo en cuanto al uno ó al otro de los padres debían apreciarse siempre según la ley personal de cada uno de ellos. Deberá, igualmente, tenerse en cuenta la misma ley para decidir si debe admitirse la prueba testifical y las condiciones bajo las cuales deba ser admitida.

743. Con arreglo á las leyes de algunos países, puede establecerse la filiación natural mediante la posesión de estado, pero no con arreglo á lo que otras disponen. Ahora bien; puede surgir una dificultad acerca del valor que tenga la posesión de estado para establecer en virtud de ella la paternidad natural. Indudablemente debe admitirse que tal medio ha de reputarse eficaz en el caso en que uno quiera establecer su filiación paterna respecto de otro, siendo ambos ciudadanos del Estado cuya ley reconozca como eficaz dicho medio. Debe admitirse también que en una contienda acerca de la paternidad de un italiano, por ejemplo, no pueda aducirse como medio eficaz para establecer la filiación paterna la posesión de estado, porque no sólo no se permite dicho medio de prueba, según la ley italiana, como equivalente á la indagación de la paternidad, y, por lo tanto, al reconocimiento forzoso, cosa prohibida por nuestra ley, sino que tampoco puede concederse al hijo natural de un italiano que se prevalga de la posesión de estado como medio de prueba concluyente ante los Tribunales de nuestro país.

La duda puede surgir en la hipótesis de que un hijo de un italiano hubiese nacido en el extranjero; que hubiese adquirido allí, de conformidad con la ley local, el estado civil de hijo natural mediante la posesión de estado. En el supuesto de que este hijo hubiese querido hacer valer el estado adquirido legalmente bajo el imperio de la ley extranjera, ¿podría pedir esto invocando el principio *locus regit actum*? Admítase en principio, que la forma del reconocimiento puede regularse por la ley extranjera.

Ahora bien: por el hecho de considerar la posesión de estado como uno de los medios legales, propio para hacer constar la filiación natural y de que el hijo haya adquirido el estado de hijo natural como resultado del hecho realizado bajo el imperio de esa ley, ¿sería preciso respetar el estado adquirido, como debe respetarse en caso de reconocimiento hecho en cuanto á la forma, con arreglo á la ley local?

El Tribunal de Besançon admite esta doctrina en su sentencia de 25 de Julio de 1876 (1). El Tribunal de Catania sancionó, en cambio, la doctrina contraria, en su sentencia de 26 de Marzo de 1881. «Admitido, dice, que un extranjero no pueda promover contra un italiano y ante los Tribunales de Italia la indagación de la paternidad, aun cuando su ley natural lo permita, se deduce que, á falta de documento auténtico, no sería admisible la prueba testifical de la posesión de estado del hijo natural contra el padre, porque esto equivaldría á admitir la indagación de la paternidad» (2).

A juicio nuestro, la cuestión de si la posesión de estado puede bastar para establecer la filiación natural, debe resolverse en armonía con la ley personal del padre, invocándose en vano la regla *locus regit actum* para atribuir eficacia á la posesión de estado adquirida según la ley extranjera, que admite este medio. La mencionada regla puede tener valor, en efecto, en lo que respecta á la forma del acta, esto es, para deducir que el acta escrita exigida según la ley personal habrá de reputarse válida cuando haya sido redactada en la forma prescrita por las leyes del país donde se haya extendido, pero aquella regla no puede tener ninguna aplicación en lo que se refiere al fondo del documento y á los requisitos indispensables para establecer mediante éste las relaciones de estado personal. Estas deben subordinarse en todas partes á la ley personal del padre, y en el supuesto de que ésta no reconozca otro medio para establecer la relación de filiación paterna fuera del reconocimiento hecho en el acta de naci-

(1) Clunet, *Journal*, 1877, pág. 228. Cour de Paris, 2 de Agosto de 1876, *ibid.*, pág. 230 vuelta.

(2) *Foro ital.*, 1882, pág. 31.

miento ó en virtud de documento auténtico, es lógico que no pueda reputarse eficaz ningún otro medio, y que el invocar las leyes extranjeras que conceden á la posesión de estado la eficacia del reconocimiento auténtico equivale á atribuir á estas leyes el poder de regular las cuestiones concernientes al estado de los ciudadanos y á la condición civil de los mismos.

344. Solamente podemos conceder que si á consecuencia de la acción judicial promovida ante el Tribunal extranjero donde el hijo haya nacido y donde con la posesión de estado adquirió la condición civil de hijo natural de una persona determinada, se hubiese establecido judicialmente dicha condición, esta sentencia podría servir para establecer el estado de filiación natural aun en la patria del padre, donde no se reputase eficaz para este objeto la posesión de estado. La razón en que esto se funda es la de que, según la ley italiana, por ejemplo, y lo mismo sucede con la francesa, la autenticidad es un requisito indispensable para la eficacia del reconocimiento, pero no se requiere que el acto se realice con el fin principal de hacer constar la paternidad y la filiación, y de aquí que se considere válido el reconocimiento hecho accidentalmente en un acta auténtica con expresiones simplemente enunciativas pero no equívocas, y que se considere también tal la concesión judicial comprobada por el Magistrado.

Ahora bien: así como la sentencia extranjera tiene el carácter de la autenticidad, así también cuando mediante ella se hubiese hecho constar la filiación paterna por la posesión de estado y éste se hubiese reconocido en juicio contradictorio con el padre, equivaldría á una confesión judicial explícita por parte de éste, y bastaría para atribuir al reconocimiento el carácter de la autenticidad que nuestra ley exige.

345. Por lo que concierne á la forma del acto de reconocimiento hecho en el extranjero, nos remitimos á lo ya expuesto anteriormente.

346. En lo que toca á los efectos que pueden derivarse del reconocimiento válido, ya hemos examinado la cuestión que se refiere á la nacionalidad del hijo natural, y no es necesario volver sobre el asunto.

Para todos los demás derechos que pueden concederse al hijo natural, es preciso referirse en un todo á la ley personal del padre en el momento en que se haga el reconocimiento, teniendo siempre en cuenta que respecto de los derechos adquiridos por el reconocimiento por parte del padre, habrá que atenerse á su ley personal, y por parte de la madre á la de ésta, en el supuesto de que el uno y la otra sean ciudadanos de Estados diferentes. La razón es clara, porque los derechos que nacen del estado personal de cada individuo deben regirse por la ley de que ha de depender el mismo estado. Esto lo sostenemos para todos los derechos que correspondan al hijo natural, incluso el de sucesión.

Admitimos, por consiguiente, que un extranjero ciudadano de un país cuya ley no reconozca el estado civil de filiación ilegítima, como sucede con la ley inglesa, pueda reconocer al hijo natural en Francia ó en Italia, donde, según la ley, se concede á los hijos ilegítimos un estado civil; pero el reconocimiento efectuado por parte de un inglés en Francia ó en Italia, no servirá para atribuir á aquél los derechos de patria potestad ó de tutela, según el Código italiano ó el francés, ni atribuirá al hijo los derechos que le conciernen respecto del padre, salvo el de obtener de él los alimentos. Podemos únicamente conceder que, verificado el reconocimiento en Francia ó en Italia, el padre no podría eludir la obligación de prestar los alimentos, no ya en la escasa medida que la ley inglesa reconoce, sino que, por el contrario, se le debe considerar obligado á prestarlos en la medida más lata que fijan la ley francesa ó la italiana. Decimos esto porque consideramos contrario al orden público que un inglés, al reconocer al hijo natural en Italia ó en Francia, quiera sustraerse á la obligación de alimentarlo impuesta por las leyes de ambos países, cuando el hijo reconocido residente en uno de estos puntos promueva la acción para obtener alimentos del padre.

Salvo este derecho que debe atribuirse al hijo por razón de orden público, no podemos reconocerle ningún otro de los consignados en nuestra ley ó en la ley francesa, y no podría aquél aspirar á llevar el apellido del padre porque habría que atener-

se en esto por completo á la ley inglesa, la cual no atribuyendo á los hijos ilegítimos ningún estado civil, no les da derechos civiles; tampoco podría tener los derechos de sucesión ni ningún otro de los que, en consonancia con nuestra ley, se atribuyen al hijo natural reconocido.

747. Consideramos oportuno observar que, si después de hecho el reconocimiento llegase á verificarse un cambio de nacionalidad por parte del padre ó del hijo, no se modificarían los derechos perfectos adquiridos en virtud de este reconocimiento, y, por lo tanto, habría que atenerse siempre al estatuto personal del padre en la época en que reconoció al hijo natural y no al de éste en el momento de surgir la cuestión acerca de los derechos correspondientes al uno ó al otro. Este es el resultado lógico del principio general establecido por nosotros, de que el cambio de nacionalidad no puede tener efecto retroactivo en cuanto á variar los derechos adquiridos con arreglo á la ley de la patria primitiva.

Es necesario, sin embargo, tener presente que no deben confundirse los derechos adquiridos y perfectos con los simplemente espectativos. Por esto es evidente que el principio establecido no puede tener aplicación en cuanto á los derechos de sucesión, si ésta tiene lugar después del cambio de nacionalidad del padre.

§ 3.º

De la legitimación de los hijos naturales.

748. De la legitimación del hijo natural según el derecho positivo.—**749.** Dadas acerca de la ley reguladora de la legitimación; doctrina de los escritores.—**750.** Opinión que nosotros sostenemos.—**751.** Conformidad de la jurisprudencia.—**752.** La legitimación por subsiguiente matrimonio debe registrarse exclusivamente por el estatuto personal del padre.—**753.** Necesidad de atenerse al mismo para decidir de la validez del reconocimiento.—**754.** Efectos del cambio sobrevenido en la nacionalidad respecto de la ley reguladora de la legitimación.—**755.** De la ley que debe regular los efectos jurídicos de la legitimación.—**756.** De la legitimación por rescripto real y de su eficacia extraterritorial.

748. El hijo natural reconocido puede legitimarse cuando concurren ciertas condiciones determinadas por la ley.

En el Derecho romano antiguo era desconocida la legitimación propiamente dicha; el derecho imperial admitió dos modos de legitimar á los hijos nacidos de concubinato; *per subsequens matrimonium* y *per oblationem curiæ* (1). Justiniano añadió un tercer modo, que es *per rescriptum principis*, que podía obtenerse por el padre cuando era imposible desposarse con la madre, ó por el hijo á la muerte del padre cuando éste consignaba en su testamento el deseo de que el hijo le sucediese en concepto de hijo legítimo (2).

La legitimación, según el derecho imperial, era uno de los modos de adquirir la patria potestad, y hacía *alieni juris* al hijo natural que era *sui juris*; sin embargo, mudaba la condición del hijo únicamente en sus relaciones paternas, pero no tenía ninguna clase de influencia en las relaciones que se referían á la madre.

Casi todas las legislaciones modernas reconocen la legitimación, pero según algunas no puede verificarse sino por subsiguiente matrimonio, como dispone el Código Napoleón (artículo 331), el belga (art. 331), el de Luisiana (art. 217), el del cantón de Vaud (art. 178). Por el contrario, nuestro Código (artículo 198), el holandés (art. 330), el austriaco (art. 162 y ley de 9 de Agosto de 1854), y el prusiano (arts. 601 á 604), admiten también la legitimación por rescripto de príncipe.

Según el Código prusiano, el hijo puede ser además legitimado: primero, por sentencia judicial cuando haya habido promesa de matrimonio (art. 592); segundo, por declaración del padre ante el Juez cuando haya habido promesa de matrimonio, sin que éste se celebre posteriormente (art. 592); tercero, por los Tribunales superiores cuando se trate de la legitimación *ad*

(1) *Instit.*, § 13; *Nuptiis*, I, 10; *Cod.*, lib. V, tit. XXVII. *De naturalibus liberis et matribus eorum et ex quibus causis justi efficiantur.*

(2) Nov. 74, cap. XI; Nov. 89, cap. IX y X.

delendam, la cual es una legitimación enteramente especial, y tiene por objeto asegurar al hijo en la sociedad una posición para la cual sea un obstáculo la condición de bastardo. La institución de la legitimación es desconocida en algunos Estados, como sucede, por ejemplo, en Inglaterra é Irlanda, en las posesiones inglesas de las Indias Occidentales y en algunos países de la América Septentrional.

Haremos notar, por último, que en algunos Estados que admiten la legitimación, hay sus diferencias respecto de los hijos que pueden legitimarse; así, por ejemplo, nuestro Código prohíbe legitimar á los hijos que no puedan ser reconocidos (art. 195), esto es, á los adulterinos y á los nacidos de padres entre los cuales no sería válido el matrimonio á causa del parentesco ó de la afinidad en línea recta ó colateral en segundo grado (art. 180). También por el Derecho romano podían ser legitimados los hijos nacidos de concubinato que tenían un padre natural, mas no los espúreos, los adulterinos ni los incestuosos.

Existe igualmente una notable diferencia entre las leyes de los diversos países en cuanto á las condiciones esenciales exigidas para la legitimación. Así, según la ley italiana, puede tener lugar la legitimación cuando el hijo haya sido reconocido por ambos padres después del matrimonio (art. 197), mientras, según la ley francesa, es condición indispensable que el reconocimiento se haya efectuado antes del matrimonio ó en el acto mismo de su celebración.

349. Al determinar la ley que debe regular la legitimación y las consecuencias jurídicas que de ella resultan, podemos establecer diferentes hipótesis, á saber: que el hijo haya nacido en la patria del padre donde después se haya efectuado el matrimonio entre sus procreadores, y quiera hacer valer su condición de legitimado en la patria de la madre, en donde la legitimación no esté permitida; que el hijo haya nacido en el punto en donde su padre tuviera el domicilio y se haya unido con la madre; por último, que el hijo haya nacido en un lugar en que la legitimación estuviese permitida y efectuándose el matrimonio en otro país en donde no se permita.

Las opiniones de los escritores son muy diversas (1): algunos, entre los que podemos citar á Savigny y á Rocco (2), dicen que se debe tener en cuenta la ley del domicilio del padre en el momento en que se celebró el matrimonio. Nosotros no participamos de esta opinión, porque, en el sistema que aceptamos, las relaciones de familia deben regularse por la ley del Estado del cual sea ciudadano el marido, y no por la del punto donde tenga su domicilio. De admitir la opinión de Rocco, se seguiría que un sujeto, italiano ó francés, que hubiese engendrado un hijo natural en su patria con la intención de unirse en matrimonio con la madre, si estaba ya domiciliado en Londres cuando contrajo matrimonio, no podría dar á este hijo la condición de legitimado, puesto que la ley inglesa no admite la legitimación por subsiguiente matrimonio. ¿Pero por qué razón había de aplicarse la ley inglesa para determinar las relaciones de dicho individuo con su hijo, si la familia sigue la misma condición del marido ó del padre, y éste, aunque domiciliado en Londres, está sujeto, no obstante, á la ley italiana ó á la francesa, por continuar siendo italiano ó francés?

Schaeffner, sostiene que debe depender todo del país donde haya ocurrido el nacimiento, y se expresa del siguiente modo: «La posibilidad de ser legitimado, tiene por sí misma como condición el nacimiento del hijo, y de aquí que sea necesario para ésta como para las demás relaciones jurídicas, tener en cuenta su comienzo; por lo tanto, las leyes del lugar en que se haya realizado el nacimiento del hijo deben ser las que decidan exclusi-

(1) Confr. Laurent, *Droit civil international*, t. V, § 251 y siguientes; Brocher, *Droit intern.*, § 99; Alexander, *Du conflit des lois en matière de filiation* (*Journal du Droit intern. privé*, 1881, página 495); Asser, *Droit intern. privé*, § 57; Wharton, *Conflict of laws*, § 240 y siguientes; Lehr, *Cas de conflit en matière de légitimation*; Clunet, *Journal*, 1883, p. 143.

(2) Savigny, *Traité du droit romain*, § 380, p. 334; Rocco, obra citada, parte 1.ª, cap. 23. Véase también Bouhiere, *Coutume de Bourgogne*, ch. XXIV, § 122; Hertius, *De colisione legum*, t. I, § 4.º; Froland, *Memoires*, ch. V, § 4.º; Boullenois, *Observ.* 4, p. 62; T. Voet, *Comment. ad Pand.*, t. I, tit. 4, n. 7, pág. 40.

vamente si éste puede ó no legitimarse por subsiguiente matrimonio (1).

750. No admitimos esta opinión, por más que esté sancionada por los Tribunales ingleses (2). El lugar del nacimiento puede ser un hecho completamente accidental. De cualquier modo, desde el momento del nacimiento debe existir una relación jurídica cierta y determinada entre el hijo y el padre, con arreglo á la cual ha de apreciarse si es posible ó no la legitimación por subsiguiente matrimonio. Hemos demostrado ya que el hijo natural reconocido sigue la condición del padre; ahora bien: si desde el momento del reconocimiento se convierten las relaciones naturales entre hijo y padre en relaciones jurídicas, debe ser con arreglo á la ley de la patria del padre como ha de decidirse si puede ó no legitimarse el hijo en virtud de subsiguiente matrimonio de las personas que le han engendrado, y en qué casos puede esto verificarse.

Mucho menos justificada sería la opinión de los jurisconsultos antiguos, que pretendieron dar la preferencia á la ley del lugar en que se celebra el matrimonio: *Porro non tantum ipsi contractus ipsaque nuptia certis locis rite celebratae ubique, pro justis et validis habentur, sed etiam jura et effecta contractum et nuptiarum in iis locis recepta, ubique vim suam obtinebunt* (3). Esta doctrina, aceptada también por la Cámara de los Lores en Inglaterra (4), la rechazamos en absoluto, porque la ley del lugar de la celebración es sólo aplicable en las cuestiones de forma y de solemnidades extrínsecas.

El fundamento de la legitimación es en general la ficción jurídica de que el hijo ha sido concebido antes del matrimonio, pero contando con que se ha de realizar en lo futuro; por esta razón, si bien la legitimación no tiene efecto retroactivo, esto es, no se retrotrae al día de la concepción ni al del nacimiento del

(1) *Derecho intern. priv.*, § 37.

(2) Story, *Conflict of Laws*, § 87; Burge, I, pág. 102.

(3) Huberus, *De Conflictu legum*, lib. I, tit. III, § 9.º

(4) Story, § 93; Burge, *Comment on Colonial and foreign Laws*, parte 1.ª, cap. III, § 3.º

legitimado, por una ficción legal se hace coincidir el nacimiento con el matrimonio y empieza entonces su existencia y produce las consecuencias jurídicas que le son anejas á partir de la celebración del mismo. Indudablemente esta institución ha sido introducida en beneficio del hijo, y lleva consigo un notable cambio de estado, porque hace adquirir al hijo natural reconocido el título y la condición de hijo legítimo, *justi legitimi efficiuntur*. No debe, pues, aplicarse ninguna otra ley sino la de la patria del padre, que de la misma manera que debe regular el matrimonio y las consecuencias jurídicas que de él nacen, debe también regular la condición del hijo natural reconocido tan luego como los padres del mismo lleguen á unirse en matrimonio.

751. Encontramos aun en la jurisprudencia antigua una decisión perfectamente conforme con nuestro parecer. Un tal Duquesnay, de Picardía, y una tal Juana Peronne Dumoy, de Flandes, habían tenido en Francia un hijo natural. Fueron á establecerse después en Inglaterra, y allí se unieron en matrimonio. Surgieron dudas acerca de si el hijo natural se debía considerar en Francia legitimado, y si podía suceder en los bienes que allí dejó el padre; y se decidió que el hijo no podía perder su primitiva capacidad á ser legitimado, y que sólo se debía tener en cuenta la ley del lugar de la celebración del matrimonio cuando se tratase de las solemnidades para ello necesarias (1).

752. Las dudas que pueden surgir al aplicar las reglas por nosotros establecidas, deben desaparecer con sólo tener en cuenta el principio que establece que como la ley personal del marido es la que debe gobernar la constitución de la familia y las relaciones todas que median entre sus miembros, será necesario atenerse á ella para resolver las cuestiones de la legitimación. Por consiguiente, el hecho de haber sido inscrito el hijo en los Registros del estado civil como francés, por ejemplo, con motivo de haber nacido en Francia, de padres desconocidos, no puede ser causa bastante para reputarlo legitimado en el supuesto de que su padre inglés, uniéndose en matrimonio en

(1) F. T. de la Goestiere, *Journal des principales audiences du Parlement*, tomo III, libro II, cap. XVII.

Francia (aunque fuese con una francesa), lo hubiese reconocido juntamente con ella en el acto del matrimonio celebrado en este país.

El Tribunal de casación francés sostiene la teoría contraria en la causa Skottove contra Ferrand, porque tuvo en cuenta que la legislación inglesa que no reconocía la legitimación de los hijos naturales por subsiguiente matrimonio de los padres, no podía privar á una francesa y á su hijo nacido en Francia, del derecho que la ley de este país les concede; esto es, el de gozar del beneficio de la legitimación por el subsiguiente matrimonio de sus padres, que la ley francesa que reconocía la legitimación por subsiguiente matrimonio, era una ley de orden público, y que, por lo tanto, sería obrar contra el orden social quitar á los padres la posibilidad de dar al hijo, víctima inocente de sus relaciones, el estado de hijo legítimo mediante la legitimación llevada á cabo con arreglo al Código francés (1).

No pueden considerarse decisivas todas estas razones, porque de la misma manera que la familia constituida por un inglés debe regirse por la ley inglesa, donde quiera que el varón, cabeza de la misma, celebre el matrimonio, y como la mujer francesa, al unirse en matrimonio con un extranjero, sabe, y no puede ignorar que está obligada á seguir la condición del marido y á permanecer sujeta á la ley del mismo en todo lo concerniente á las relaciones de la familia que llega á constituir; y, por último, como por otra parte, el legislador francés no puede tener interés alguno en que las leyes propias regulen la organización de una familia inglesa, no puede darse el caso de alegar la buena fe de la madre y la capacidad del hijo para ser legitimado, á fin de establecer la legitimación del mismo contra la voluntad de su padre inglés, puesto que según la ley inglesa no puede tener lugar la legitimación mencionada.

Por esta razón, creemos más en armonía con los buenos principios la doctrina del Tribunal de Orleans, establecida en su

(1) Cas., 23 de Noviembre de 1857 (*Journal du Palais*, 1878, página 106).

sentencia del 17 de Mayo de 1856, sometida al Tribunal de casación, y reiteramos nuestra conformidad con la regla establecida, esto es, la de que la legitimación debe regirse por la ley personal del padre (1). Con arreglo á la misma deberán también decidirse todas las cuestiones referentes á las condiciones exigidas para que la legitimación pueda verificarse. Por consiguiente, tratándose de un francés, no podría producir efecto alguno el reconocimiento posterior al matrimonio, aunque se llevase á cabo en Italia, donde sería eficaz, según la ley vigente.

No podría invocarse tampoco la regla *locus regit actum* para atribuir valor al reconocimiento posterior, considerando tal circunstancia como una mera cuestión de forma; porque se trataría, por el contrario, de un requisito sustancial para dar valor jurídico al acto, y siempre en virtud del principio general que establece que las leyes concernientes al estado personal obligan á los franceses, aun en el extranjero, y sería preciso admitir que, así como el estado de hijo legitimado por subsiguiente matrimonio no puede subsistir en cuanto al padre francés sino bajo las condiciones taxativamente sancionadas por el Código Napoleón, esto es, la de que los padres hayan reconocido al hijo antes del matrimonio ó en el acto mismo de su celebración, tampoco podría darse el caso de referirse á la ley extranjera para atribuir el estado de legitimado al hijo natural de un francés.

753. Atendiendo á estas consideraciones habrá que tener presente, al resolver la cuestión que ahora nos ocupa, las reglas expuestas anteriormente y apreciadas como valederas para decidir cuándo puede considerarse establecido respecto del padre el estado civil de hijo natural. Tal es la razón de que, habiendo demostrado que la posesión de estado de hijo natural, no podrá ser legalmente eficaz para establecer la filiación paterna en lo que se refiere á un italiano ó á un francés, sería menester deducir que, cuando el hijo hubiese adquirido en virtud de la posesión de estado la condición de hijo natural en un país extranjero

(1) Véase el *Journal* citado, 1856, t. II, pág. 247 y *Repertorio general*, núms. 15 y siguientes.

donde la ley permitiese establecerla por tal medio (1) y los padres se hubiesen unido en matrimonio, ese hijo no se consideraría legitimado con arreglo al derecho francés, porque faltando el reconocimiento legal hecho con sujeción al mismo, no podría admitirse la legitimación que presupone como condición *sine qua nom* el reconocimiento legal con arreglo á lo prescrito por la ley francesa. Tampoco podría, en tal caso, invocarse la regla *locus regit actum*, á fin de atribuir eficacia á la posesión de estado realizada bajo el imperio de la ley extranjera, porque militarían en contra las razones aducidas, á saber: que el valor jurídico de un acto referente al estado personal y los requisitos esenciales que exige el estatuto de cada individuo no pueden subordinarse á las reglas que tienen por objeto la forma externa del acto mismo.

El Tribunal de Besançon sostiene la teoría contraria en su sentencia de 25 de Julio de 1876 (2), pero no podemos estar de acuerdo en lo de admitir, como aquél hizo, que las condiciones sustanciales, exigidas para el reconocimiento legal á los efectos de la legitimación, puedan estar sometidas á la regla *locus regit actum*.

254. Ahora debemos examinar una última cuestión, á saber: si puede tener lugar la legitimación del hijo natural conforme á la ley de la patria primitiva, habiendo cambiado su padre de nacionalidad. Supongamos, para aclarar más nuestro concepto, que un italiano, por ejemplo, obtiene carta de naturaleza en Francia. ¿Podría reconocer cuando quisiese al hijo engendrado por él con su mujer antes de unirse con ella en matrimonio?

Ya hemos hecho notar la diferencia que bajo tal respecto existe entre la ley italiana y la francesa. Según la primera, el reconocimiento hecho después del matrimonio puede producir como efecto la legitimación desde el día en que se celebró. Por

(1) Según el derecho español es válido el reconocimiento hecho después del matrimonio, y la condición del hijo natural puede establecerse tocante á los padres, aun por medio de la posesión de estado (artículos 131 y 135 del Código civil).

(2) Clunet, *Journal*, 1877, p. 228. Véase *ibid.*, por el contrario, *Cour de Paris*, p. 23).

el contrario, la ley francesa niega toda eficacia al reconocimiento posterior al matrimonio de los padres, exigiendo que sea anterior ó simultáneo al acto de la celebración. Ahora bien, ¿tendrá el italiano naturalizado el derecho de legitimar al hijo, reconociéndolo, juntamente con la madre, en época posterior á su matrimonio?

A primera vista puede sostenerse la negativa en atención á que la naturalización somete á las personas á todas las leyes de orden público del Estado donde se naturaliza, y porque formando las que se refieren á la legitimación parte de dichas leyes, deben reputarse imperativas para el naturalizado. Pero hay que tener en cuenta, no obstante, que como la naturalización no debe, por regla general, tener efecto retroactivo, aunque la ley concerniente á la legitimación sea ley de orden público para aquéllos que están sujetos á su autoridad, no debe, sin embargo, privarse á los padres por el hecho de la naturalización del derecho que tienen á dar á su propio hijo el estado de legitimidad, ateniéndose á las condiciones que para la legitimación exige su estatuto personal, que es un derecho privado de los mismos; y habrá que admitir, por tanto, que cuando quisieren prevalerse de aquel derecho después de la naturalización, reconociendo á su hijo en época posterior á la celebración del matrimonio, podrán atribuirle también el estado de legitimidad. Decimos esto porque, á juicio nuestro, en la duda debe preferirse siempre la interpretación más favorable á la legitimidad. Por otra parte, teniendo en cuenta que las relaciones de paternidad y de filiación deben estar subordinadas á la ley bajo la cual tuvieron origen, y, por razón análoga, la legitimación por subsiguiente matrimonio debe estarlo á la ley vigente al constituirse la familia mediante aquél, no se deben, en nuestro concepto, considerar lesionadas las leyes de orden público porque el naturalizado, prevaleciendo de su derecho anterior de atribuir al hijo el estado de hijo legítimo reconociéndolo juntamente con la mujer en época posterior al matrimonio, ejercita tal derecho después de la naturalización, realizando el acto del reconocimiento durante el matrimonio.

El obstáculo que procede del respeto debido á las leyes de orden público podría existir en el supuesto de que según la ley

personal anterior, no estuviese prohibida la legitimación ni aun respecto de los hijos incestuosos, y la prohibición de legitimarlos se hallase consignada en la ley del Estado donde el extranjero hubiese obtenido la naturalización. Así, por ejemplo, debiendo reputarse incestuosos, según el derecho francés, los hijos provenientes del comercio de dos cuñados ó de tío y sobrina, no pueden ser legitimados, á consecuencia del matrimonio celebrado por sus padres con la dispensa del Jefe del Estado (Código civil francés, art. 331). Por el contrario, según la ley italiana, no existe tal obstáculo respecto de aquéllos; porque la prohibición de reconocimiento, y, por tanto, de la legitimación por subsiguiente matrimonio, se halla sancionada por el legislador respecto de los hijos nacidos de parientes ó de afines en línea recta hasta el infinito, y en el línea colateral hasta el segundo grado.

Ahora bien; en nuestro concepto, si un italiano que hubiese adquirido nacionalidad francesa quisiese después reconocer y legitimar al hijo engendrado con una cuñada suya ó con una sobrina, invocaría en vano su estatuto personal anterior, porque encontraría el obstáculo de la ley francesa de orden público, que impide la legitimación de los hijos incestuosos, reputándose tales á los nacidos de comercio entre cuñados y entre tío y sobrina.

555. Por lo que concierne á los efectos que pueden derivarse de la legitimación, será preciso admitir como regla, que la ley misma mediante la cual debe decidirse la cuestión de estado personal, debe también tener autoridad para determinar los derechos que corresponden al hijo respecto de los padres por quienes fué legitimado. Esta opinión ha sido, sin embargo, impugnada por todos aquellos que habiendo establecido la diferencia entre los derechos que se derivan del estado y concernientes á las relaciones personales, y los que se refieren á los bienes, han sostenido que, respecto á los últimos, debe siempre aplicarse la *lex rei sitæ* para determinar con arreglo á ella los derechos correspondientes al legitimado en sus bienes inmuebles existentes en cada Estado. Así piensan Voet, Casaregis, Burgundio y otros, entre los jurisconsultos antiguos (1); y entre los modernos, Roc-

(1) Voet, *Ad. Pand.*, lib. I, tit. IV, n.º 7; Tommasio, *Adición á*

co y otros (1). Siguiendo la teoría por él sostenida, dice éste que la legitimación como cualidad de la persona debe regirse por el estatuto personal, y después añade: «pero los efectos que de ella se derivan respecto de los bienes tienen íntima relación con el estatuto real, y deben depender de la ley del lugar en que los bienes se hallen. Por esto, para decidir si un individuo tiene la cualidad de hijo legitimado, será preciso recurrir á la ley de su domicilio: calificado así con arreglo á ésta, para definir después los derechos reales que de ella nacen y la medida de estos derechos, habrá que recurrir á la ley donde los bienes radiquen. En suma, la ley del domicilio da al legitimado aptitud jurídica para gozar del derecho de sucesión, y el estatuto del punto donde los bienes radican se lo confiere realmente y regula sus condiciones concretas (2).»

Debemos hacer notar que la legitimación no debe considerarse como un estado abstracto y como mera calificación jurídica, sino como un estado del cual se derivan ciertos derechos aun respecto del patrimonio del padre. La legitimación no solamente quita la mancha del nacimiento, sino que cambia la condición del hijo natural, el cual por la ficción jurídica se equipara al hijo legítimo como si hubiese nacido durante el matrimonio: *juxta legitimi efficiuntur*.

Admitido que el estado de la persona debe determinarse por la ley personal de cada uno, y que la persona tiene, según la ley de su patria, el estado de hijo legítimo, y por consiguiente ciertos derechos sobre los bienes del padre, se sigue que, así como el estado debe ser reconocido en todas partes, también deben ser respetados los derechos que le son anejos. Nosotros no admitimos el concepto de la realidad del estatuto según la antigua escuela, y opinamos que la ley misma que regula las relaciones recíprocas de los miembros de la familia, debe regular también los

las Prelecciones de Huber, De conflictu legum; Casaregis, Stat. civitat. Genævæ (De successione ab intestato); Burgundio, Trat. I, n.º 8, 10, 25 y 26.

(1) Rocco, *lug. cit.*, cap. XVIII y XIX, parte 1.ª

(2) Páginas 176 á 178, edición de Liburna.

derechos de éstos sobre el patrimonio familiar donde quiera que éste se halle situado, con tal que no sufra menoscabo la autoridad de la ley territorial ni la organización de la propiedad. Por lo demás, como el derecho más importante que de la legitimación nace es el de poder suceder en los bienes del padre, trataremos más extensamente la cuestión en su lugar oportuno.

256. Se ha discutido mucho acerca de si la legitimación por *rescriptum Principis* debe ser eficaz en todas partes como lo es la efectuada por *subsequens matrimonium*. Algunos escritores sostienen que la legitimación adquirida en virtud de un privilegio concedido por el jefe del Estado, no puede tener valor sino en el territorio que gobierna el soberano que confirió el beneficio. Nosotros opinamos que debe decidirse según la ley personal si el hijo es espúreo, natural, legítimo ó legitimado, y que en todas partes debe ser reconocido el estado de cada uno tal como esté establecido por su respectivo estatuto. Si según la ley de la patria del individuo la ficción legal mediante la cual *justi legitimi efficiuntur* puede ser el efecto de un rescripto del príncipe, el que adquirió el estado de hijo legítimo por un acto de la autoridad soberana, debe ser reconocido como tal en todos los países, no porque el soberano tenga autoridad en territorio extranjero, sino porque el estado de la persona debe ser reconocido en todas partes.

Al aplicar la regla no ha de hacerse ninguna distinción en la hipótesis de que la legitimación por rescripto del príncipe no esté admitida, según la ley personal de la madre, porque como quiera que ésta sigue la condición del marido y toda cuestión que concierna á las relaciones de los padres con los hijos debe decidirse con arreglo á la ley personal del marido, que es el cabeza de familia, no hay necesidad de preocuparse de lo que disponga la ley del Estado cuya ciudadanía tenía la mujer antes del matrimonio. Por consiguiente, una francesa unida en matrimonio á un italiano, cuando concurren las condiciones exigidas por el Código civil italiano para poderse llevar á cabo la legitimación por decreto del Rey, podría prevalerse de cuanto la ley italiana dispone, y no debería ser obstáculo una vez que la legitimación se hubiese otorgado por real decreto el que la ley francesa no

admitiese esta clase de legitimación como la ley italiana, porque como quiera que la mujer francesa se habría convertido en italiana en virtud del matrimonio, debiendo permanecer sujeta á la ley personal del marido, y en este caso se trataría de atribuir la cualidad de hijo legítimo á un italiano, todo debería depender de la ley italiana y el estado de hijo legitimado adquirido por el hijo en conformidad á su ley personal debería respetarse en todas partes.

Examinemos una última hipótesis, á saber: la de la legitimación por rescripto del príncipe que pueda concederse con el único objeto de poder ejercer ciertas funciones públicas. Debe admitirse que el soberano de un Estado puede concederlas aunque sea á un extranjero. Pero como esto sería un verdadero acto de soberanía y un favor concedido por el jefe del Estado, resulta claramente que los efectos de tal beneficio sólo deben respetarse dentro de los límites del territorio sometido á la autoridad del soberano. Esto debería considerarse en realidad como un acto político que no influiría de ningún modo sobre el estado de las personas, pues ningún soberano puede modificar con sus decretos ó rescriptos la condición civil y el estado personal de un extranjero.

CAPITULO VIII

De la adopción.

757. Carácter de la adopción en los tiempos modernos.—758. De la capacidad para la adopción.—759. Examínase la cuestión de si el extranjero puede adoptar y ser adoptado.—760. De las condiciones intrínsecas requeridas para la adopción.—761. Adopción del hijo natural de un extranjero.—762. Efectos que se derivan de la adopción.—763. Examínase la cuestión de si el adoptado adquiere la ciudadanía del adoptante.

757. La adopción es un acto jurídico solemne mediante el cual se establece entre dos personas una relación meramente civil análoga á la que resulta de la paternidad y de la filiación legítimas. Encontramos esta institución hasta en los tiempos más antiguos, entre los Egipcios, Griegos y Romanos (1). Estos sobre todo recurrieron frecuentemente á la adopción por muchas razones: en primer lugar, para perpetuar su nombre á falta de hijos, y para mantener el culto doméstico de los *Sacra privata*. Admitieron dos especies de adopción: una para las personas *alieni juris*, y otra para las personas *sui juris*, distinguiéndolas con el nombre de adopción propiamente dicha y de arrogación (2). En los Estados modernos se ha modificado considerablemente el carácter de esta institución; pero está reconocida por la mayor parte de las legislaciones, especialmente después que Francia introdujo la adopción propiamente dicha (1792), casi desconocida antes de la Revolución (3).

(1) Grenier, *Disc. histor. sur l'adoption*.

(2) *Instit., De adoptionibus*, lib. I, tit. XI; *Dig., De adoptionibus et emancipationibus*, lib. I, tit. VII.

(3) *Conf. Nouveau Denizart.*, t. I, véase *Adoption*, § 3.º, número

Examínemos ahora cuál es la ley que deba determinar las condiciones, las solemnidades y los efectos jurídicos de la adopción, y después diremos si de ésta se deriva cambio alguno de nacionalidad para el adoptado.

758. La adopción se puede considerar como una relación convencional originada en virtud del consentimiento de las dos partes interesadas, y de la cual nace un cambio de estado. Para todo aquello que se refiere á la capacidad activa y pasiva del adoptante y del adoptado, se debe tener en cuenta exclusivamente la ley de la patria de cada uno. Hay, en efecto, algunos Estados que no permiten la adopción, como por ejemplo, Inglaterra y sus posesiones regidas por el *Common Law*, los Estados Unidos de América, Holanda, el cantón de Vaud, etc.; otros permiten la adopción y la arrogación como sucede en los Estados regidos por el Derecho romano y por el Código de Baviera (parte 1.ª, cap. IV, X y XI). Otros permiten la adopción bajo ciertas condiciones. Así, por ejemplo, el Código italiano (artículo 202) permite la adopción á las personas de ambos sexos que no tengan descendientes legítimos ó legitimados, hayan cumplido cincuenta años y excedan al menos de dieciocho años á la edad de aquellos que quieran adoptar. El Código francés (artículo 343) exige que el adoptado sea mayor de edad y que el adoptante le supere en quince años por lo menos. El Código austriaco (art. 173), el prusiano (art. 668) y el bávaro, prohíben la adopción al que haya hecho voto solemne de celibato, y el último de estos Códigos priva de tal derecho á las mujeres (artículos 10 y 11) (1).

759. Algunos escritores han pretendido mostrar que el extranjero no debe tener capacidad activa ni pasiva para adoptar y ser adoptado, porque el objeto de esta institución es crear relaciones meramente civiles de paternidad y de filiación á imitación de la naturaleza, y como éstas deben considerarse como un

ro 1; Merlin, *Repert.*, véase *Adoption*, § 1, Decreto 25, fuero 1793. Véase un artículo en el *Digesto italiano*, v.º *Adopción*.

(1) Antoine de Saint-Joseph, *Codes étrangers*.

privilegio que se deriva de la ley, sólo pueden disfrutar de ellas los ciudadanos. Muchos jurisconsultos franceses mantienen esta doctrina en lo que se refiere á la adopción de los extranjeros en Francia (1), y ha sido además sancionada por el Tribunal de Casación de París (2). Las principales razones aducidas son las de que siendo la institución de la adopción un beneficio concedido por el Código civil, no puede invocarse sino por las personas que gozan los derechos civiles: así el extranjero que no esté comprendido en los casos excepcionales previstos en los arts. 11 y 13 del Código Napoleón, no tiene capacidad activa ni pasiva para la adopción.

Demolombe observa también que en la adopción el derecho de sucesión tiene lugar en beneficio del adoptado, y aunque la ley de 14 de Julio de 1879 ha concedido á los extranjeros el derecho de suceder en Francia, esto no obstante, considerando que por la adopción no se expresa una simple indicación de heredero, sino más bien una institución enteramente especial permitida por las leyes civiles, los extranjeros no pueden participar de ella sin que una concesión expresa ó tácita les haya atribuido tal beneficio (3).

Por lo que se refiere á la cuestión general, debemos observar que entre los romanos estaba racionalmente prohibido adoptar ó ser adoptado á un extranjero, porque no era posible ningún parentesco civil ó *agnatio* entre un ciudadano romano y un extranjero, y además de esto, la adopción era un medio de adquirir la patria potestad, derecho exclusivo del ciudadano romano, del cual no podían participar los extranjeros. Por otra parte, la forma de la triple *mancipatio* ó de la *cessio in jure* (4) exigida en

(1) Delvincourt, t. 1, pág. 417; Merlin, *Quest.*, v. *Adoption*; Duranton, núm. 287; De Chassat, núm. 225; Félix, número 36; Marcadé, art. 346; Dalloz, v. *Adoption*, núm. 111.

(2) Casac. franc., 5 Agosto 1823 (Dugied; *Sirey*, 1823, I, 353), 7 Junio 1826 (Canillac; *Sirey*, 1826, I, 330).

(3) Demolombe, *Adoption*, núm. 48; *Publication des lois*, número 245.

(4) Gayo, I, § 134; Ulpiano, VIII, 5; X 1; Aulo Gelio, lib. V, capítulo XIX.

un principio por Justiniano para la adopción propiamente dicha, no estaba permitida á los extranjeros. En los tiempos modernos, estudiando las modificaciones que ha experimentado esta institución especial, no encontramos razones para privar de su goce á los extranjeros.

La adopción es, en efecto, una relación esencialmente consensual, que tiene su origen en el concurso de dos voluntades, de las cuales, una intenta asumir la cualidad de padre y la otra de aceptar la de hijo adoptivo. Algunas leyes, como por ejemplo el Código prusiano (art. 714), disponen formalmente que la adopción puede ser revocada por el consentimiento de las partes interesadas y con la sanción del Tribunal superior: nuestro Código nada dice acerca de este punto. Si en principio puede discutirse acerca de la revocabilidad de la adopción por consentimiento de las partes, es, sin embargo, indiscutible que, supuesto que la adopción debe considerarse como una condición civil permanente é inmutable, apreciando la manera de establecerla, la naturaleza propia de tal institución nace de una convención consensual y no puede ser obstáculo la diferencia de nacionalidad entre el adoptante y el adoptado.

No tratamos de examinar la cuestión especial de las adopciones en Francia: sólo queremos hacer notar que, aunque los extranjeros no tengan allí el goce de todos los derechos civiles como los franceses, se les admite, sin embargo, al de todos aquellos que la ley no les prohíbe, y como entre los requisitos exigidos por el Código Napoleón para adoptar ó ser adoptado no se encuentra el de ser ciudadano de la misma patria, puede sostenerse que el extranjero tiene en Francia capacidad para adoptar. Esta es también la opinión de notables jurisconsultos como Vallette, Zaccaría y Demangeat (1): este último dice, con mucha razón, que el sostener hoy que el contrato de adopción no puede tener lugar entre un francés y un extranjero es una teoría, en

(1) Vallette, *Sur Proudhon*, t. 1, p. 177; Zaccaría, § 78; Demangeat, *Condition civile des étrangers en France*, pág. 362, nota al número 36 de Félix; Dragoumis, *Condition des étrangers en France*, p. 372.

apoyo de la cual es imposible aducir otra cosa que palabras vacías de sentido. Si una extranjera puede gozar de todos los derechos civiles casándose con un francés, y si las relaciones de paternidad y de filiación pueden derivarse del matrimonio y de la adopción, no hay razón alguna para prohibir á los extranjeros el segundo modo mientras la ley no lo haya declarado expresamente.

En todo caso, si se quiere discutir en Francia acerca de la eficacia de las adopciones respecto de los extranjeros, en Italia no puede haber cuestión, porque el artículo 3.º del Código civil concede al extranjero el goce de todos los derechos civiles concedidos á los ciudadanos.

Admitimos además, que aunque el adoptante y el adoptado sean extranjeros y de país diverso, no puede impedirseles que hagan solemnemente la adopción en Italia, con tal que tengan la capacidad necesaria según las leyes de su patria y uno de ellos tenga su domicilio en el Reino para fundar la competencia de nuestros Magistrados. En efecto, la adopción, en todo aquello que se refiere á su naturaraleza de relación consensual, puede subsistir en cualquier Estado cuya ley reconozca esa institución. Es cierto que un inglés domiciliado en Italia no podría adoptar, porque esta relación no sería válida con arreglo á la ley de su patria, pero un francés puede muy bien adoptar á un austriaco cuando se reúnan las condiciones que la ley francesa y austriaca exigen para la capacidad de cada cual de ellos.

260. No sólo la cuestión de capacidad, sino también las condiciones intrínsecas exigidas para la adopción, deben regirse por la ley personal de cada individuo cuando se efectúe en país extranjero. No podría darse el caso de querer aplicar á dicho asunto jurídico las reglas que se aplican á las relaciones de los contratos á que da origen el consentimiento voluntario de dos personas aduciendo que, como quiera que la adopción es una relación que tiene existencia jurídica en virtud del acuerdo de dos personas, de las cuales una consiente en asumir la cualidad de padre y la otra la de hijo adoptivo, y teniendo como tal los caracteres de un contrato, debe estar sujeta á las mismas reglas que los contratos hechos en el extranjero.

A este modo de argumentar se opondrá siempre la poderosa razón de que la adopción, aunque tiene su origen en el consentimiento, produce una modificación de estado personal con arreglo á las leyes de los países que lo admiten, y el principio general de que los ciudadanos en el extranjero no pueden sustraerse á las disposiciones de sus leyes patrias concernientes á las relaciones de familia y á las cuestiones de estado personal, habrá que deducir que un italiano, por ejemplo, no podría someterse á la ley prusiana y con motivo de haber verificado la adopción en Prusia pretender después revocarla en conformidad á la ley prusiana, que admite su revocación por consentimiento de las partes y con la sanción del Tribunal superior. El estado de hijo adoptivo de un italiano ó de un francés no puede adquirirse sino bajo las condiciones de la ley italiana y de la francesa, debiendo permanecer sometido á una ó á otra ley, como debe estarlo toda cuestión concerniente al estado personal de los ciudadanos del uno ó del otro país. La ley del Estado en que tuvo lugar la adopción puede invocarse útilmente en los litigios que se refieran solamente á la forma del acto que es á la que debe aplicarse la regla *locus regit actum*.

261. *¿Quid juris* en el caso de que un extranjero domiciliado en Italia quisiera adoptar un hijo natural reconocido? Si se tratase de la adopción de un italiano, sería necesario resolver negativamente la cuestión propuesta; porque el Código italiano dispone en el art. 205 que los hijos nacidos fuera de matrimonio no pueden ser adoptados por sus padres. En nuestra legislación se permite la legitimación por subsiguiente matrimonio y por rescripto real, y se considera la adopción como un medio para crear por una ficción jurídica las relaciones de paternidad ó filiación; pero prohíbe, con mucha razón, adoptar un hijo natural, porque como decía Cujas, *adoptio est actio legis quæ qui filius meus non est ad vicem filii redigitur*. La dificultad podría surgir en la hipótesis de que un francés quisiese adoptar el hijo natural. Según el derecho francés es cuestionable si puede ó no efectuarse la adopción en este caso. La jurisprudencia había declarado válida la adopción del hijo natural, puesto que estaba sancionada por quince Tribunales imperiales, y el de casación, confirmando la decisión

de la mayoría de éstos, declaró que el Código Napoleón no se oponía á ella (1). Posteriormente, el mismo Tribunal, retractándose de su anterior doctrina, declaró prohibida aquélla (2); y por último, estableció de nuevo que estaba permitida (3). Sin detenernos á discutir la cuestión desde el punto de vista de esta ó de aquella ley positiva, nos contentaremos con hacer notar que como quiera que las cuestiones que conciernen al estado de las personas deben resolverse con arreglo á las leyes extranjeras á que están sujetas, será necesario, por regla general, tener presente la ley personal del adoptante y del adoptado para decidir si la adopción puede efectuarse. Por lo demás, si se tratase de verificar la adopción en Italia, habría de ser autorizada por el Tribunal, que en virtud del art. 216, puede ó no autorizarla decretando si puede ó no tener lugar, sin expresar los motivos de su autorización ó de su denegación, pudiendo también suceder que el Tribunal no consienta la adopción del hijo natural por parte del extranjero aunque pudiera consentirla ateniéndose al estatuto personal del mismo.

De la misma manera debería resolverse la cuestión si un sacerdote extranjero quisiese adoptar á un ciudadano del Estado. Cuando existiese una prohibición absoluta según la ley personal propia (como sucede, según el Código austriaco, art. 179, el prusiano, art. 670, el bávaro, art. 10, y otros que prohíben la adopción á los que tienen hecho voto de celibato), ésta no podría tener lugar aunque la prohibición no existiese por parte de la ley personal del adoptado. Cuando la ley extranjera del adoptante no contuviese ninguna disposición expresa, habría que atenderse á lo que hemos dicho respecto de la adopción del hijo natural.

362. Por lo que toca á los derechos que se derivan de la paternidad y de la filiación adoptiva (4) y á todas las relaciones

(1) 28 de Abril de 1841. Boirot, *Dev.*, 1841, I, 273.

(2) 16 de Marzo de 1843. Thoreau, *Dev.*, 1843, I, 177.

(3) 1.º de Abril de 1846. Bouleau, *Dev.*, I, 273.

(4) Dalloz, v.º *Adoption*, núm. 99; Demolombe, *Traité de l'adoption*, núm. 54; Casación francesa. 26 de Noviembre de 1844 (Nouel), *Dev.*, 1844, I, 801.

« Sáenz de Jubera, Hnos. Libreros-Editores »
Campomanes, 10.—Madrid

Historia de la novela en España desde el romanticismo á nuestros días,

— por ANDRÉS GONZÁLEZ-BLANCO

MADRID.—1909

Un grueso volumen en 4.º, de más de 1.000 páginas, 12 pesetas.

Acaba de salir á luz esta importantísima obra, la primera en que se estudia con método escrupuloso y concienzudo análisis crítico el desarrollo de la literatura novelesca en nuestra patria desde la época romántica hasta nuestros días.

El autor analiza detalladamente las mejores producciones de los grandes maestros de la novela española, que, inspirándose en las obras superiores de Francia, Inglaterra é Italia, llevaron á un grado esplendoroso de prosperidad el mismo género en nuestra patria. Aunque concediendo especial preferencia á los autores de primer orden, no por eso quedan arrinconados en el olvido los de segunda fila. Todas las más

salientes personalidades de la España literaria, desde mediados del siglo XIX, atraviesan por estas páginas llenas de atisbos críticos y caldeadas por muy buena y artística prosa.

Entre otros autores, se trata, en esta obra, de Larra, Martínez de la Rosa, Enrique Gil, Trueba, Fernández y González, *Fernán Caballero*, Alarcón, Valera, Galdós, *Clarín*, Palacio Valdés, la Pardo Bazán, Ochoa, Sawa, Macías Picavea, Pereda, Blasco Ibáñez, Bueno, Rueda, Trigo, López Ballesteros, Mañeu, González Anaya, Maldonado, Zamacois, López de Haro, Pérez de Ayala, López Pinillos, López Roberts, Martínez Sierra, Acebal, Ciges Aparicio, Baroja, *Azorín*, Zozaya, Llanas Aguilaniedo, Nogales, Blas y Ubide, etc.

Esta obra debe ser leída y estudiada por cuantos quieran ponerse al corriente de la producción literaria (especialmente en el género novelesco) durante el siglo pasado y en los primeros años del siglo que corre.

Sáenz de Jubera, Hermanos, Editores. Campomanes, 10

PUBLICACIONES NOTABLES DE LA MISMA CASA

	Pesetas
Arnáiz (Rdo. P.)—Los fenómenos psicológicos: cuestiones de Psicología contemporánea. Un tomo.....	5
— Elementos de Psicología fundada en la experiencia. —	4
La vida sensible. Un tomo.....	4
— Percepción visual de la extensión. Un volumen en rústica.....	1,50
— Las «metáforas» en las Ciencias del espíritu. Un volumen.....	2
Artaud de Montor.—Historia del Papa León XII. Dos tomos en 4.º.....	4
Baets (M.)—Las bases de la Moral y del Derecho. Un tomo.....	7
Ballerini.—Análisis del socialismo contemporáneo.—Un tomo.....	5
Bermejo (J. A.)—Conflictos y tribulaciones de la Compañía de Jesús desde su fundación hasta nuestros días. Dos tomos en 8.º.....	5
Blanco García (Rdo. P.)—La literatura española en el siglo XIX. Tres tomos en 4.º.....	16
— Fr. Luis de León. Estudio biográfico del insigne poeta agustino, obra póstuma del Rdo. P. Blanco. Un tomo.....	4
Du Lac (Rdo. P.)—Jesuitas (obra de actualidad). Un tomo.....	3,50
Félix (Rdo. P.)—El socialismo ante la sociedad. Un tomo en 8.º.....	2,50
— Cristianismo y socialismo. Un tomo en 8.º.....	2,50
— El charlatanismo social. Un tomo en 8.º.....	2
Fonsegrive (Jorge L.)—Ensayo sobre el libre albedrío.....	6
Fouillée (Alfredo).—El Moralismo de Kant y el Amoralismo contemporáneo. Un grueso volumen.....	6
— Los elementos sociológicos de la Moral, versión castellana, prólogo y notas de D. Jenaro González Carreño. Un grueso volumen.....	7
— Moral de las ideas-fuerzas, con prólogo y notas de González Carreño. Dos tomos.....	10
Gaume (Mr.)—Tratado del Espíritu Santo. Dos tomos en 4.º.....	8
Gómez Bravo (Rdo. P.)—Tesoro poético del siglo XIX. Seis tomos.....	18
González Carreño (G.)—La imagen genérica y la idea. Estudio de Psicología experimental. Un volumen.....	2
Grasset (J.)—Los límites de la Biología, con prólogo de Paul Bourget. Un volumen.....	4
— Semi-locos y semi-responsables. Un grueso volumen.....	6
Kurth (Godofredo).—La Iglesia en los trances de la historia. Un tomo.....	1,50
Martínez (Fr. Zacarias).—Discursos y oraciones sagradas. Un volumen.....	6

	Pesetas
Martinez (Fr. Zacarías).—Estudios biológicos. 1.ª serie.	
Un volumen.....	5
— Idem id., 2.ª serie. La Herencia. Hipótesis acerca del sueño. Optimismo científico. Un volumen.....	5
— Idem id., 3.ª serie. La Finalidad en la Ciencia. Un volumen.....	5
— La fe y las ciencias médicas.—Un volumen.....	0,50
Max Turmann.—El desenvolvimiento del catolicismo-social desde la Enciclica <i>Rerum Novarum</i>	6
Máximo.—El anticlericalismo y las órdenes religiosas....	3
Mercier (D.).—Orígenes de la Psicología contemporánea. Un tomo.....	6
Mir (Rdo. P. Miguel).—Armonía entre la ciencia y la fe. Un tomo en 4.º.....	6
Mir (Rdo. P. Juan).—La Inmaculada Concepción. Un volumen en rústica.....	9
— La Inmaculada Concepción. Un volumen en tela.....	11
— El Centenario Quijotesco. Un volumen en tela.....	3
— Rebusco de voces castizas. Un grueso volumen en tela.	10
— Prontuario de hispanismo y barbarismo. Dos gruesos volúmenes encuadernados.....	30
Millot (Abate).—¿Qué debe hacerse por el pueblo? Bosquejo de un programa de estudios sociales. Un vol.....	7
Montes (Rdo. P.).—Justicia humana, novela. Un tomo....	2,50
Muncunill (Rdo. P.).—Tractatus de Verbi Divini Incarnatione. Un vol.....	9
Paz (Abdón).—Luz en la tierra; demostración de que entre la religión católica y la ciencia no pueden existir conflictos. Un tomo en 4.º.....	5
— El árbol de la vida: estudios sobre el cristianismo. Un tomo en 4.º.....	5
Plat.—Destino del hombre. Un tomo.....	4
Ruiz Amado (R. P. Ramón).—El modernismo religioso. Un tomo.....	3
Urráburu (Rdo. P.).—Compendium Philosophico Scholasticæ, Lógica. Un vol.....	4
— Idem id. Ontología.....	4
— Idem id. Psicología.....	5
— Idem id. Cosmología.....	4
— Teodicea.....	4
Young (Rdo. P.).—Países católicos y protestantes comparados en civilización, bienestar general, cultura y moralidad; traducido por un P. de la Compañía de Jesús. Un volumen.....	5
Zaccaria (Abate).—Dad al César lo que es del César; pero dad también á Dios lo que es de Dios, ó sea, disertación sobre la potestad reguladora de la disciplina. Un tomo en 4.º.....	2,50

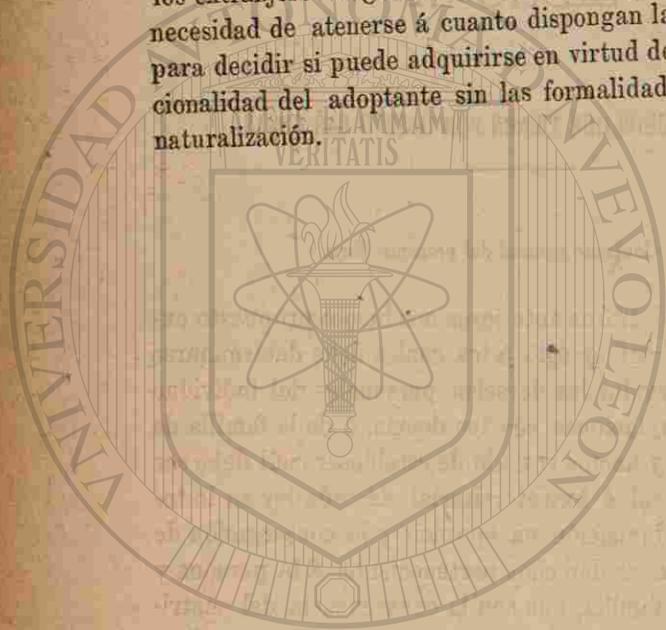
jurídicas del adoptado con el adoptante y de la familia de éste, se debe aplicar la ley nacional del adoptante siempre que para regular los derechos y deberes entre el adoptado y su familia natural haya de aplicarse la ley nacional del adoptado. Así, por ejemplo, si un cónyuge quisiese adoptar sin el consentimiento del otro cónyuge, y el adoptante fuese un francés, podría anularse la adopción, porque el art. 344 del Código Napoleón dispone que ningún cónyuge puede adoptar sin el consentimiento del otro; pero si el adoptante fuese prusiano, sería válida la adopción, porque el Código prusiano dispone (art. 677) que si el marido adopta sin el consentimiento de la mujer, se considerará la adopción como no existente sólo en lo que respecta á los derechos de la mujer en la sucesión del marido, y el adoptado será para el otro cónyuge como un hijo de diferente matrimonio (art. 686). Si el adoptado fuese un italiano menor de edad no emancipado, su padre natural conservará la patria potestad hasta los veintidós años, porque en el sistema seguido por nuestro Código, según el art. 212, el adoptado conserva todos los derechos y deberes respecto de su familia natural.

763. Una de las cuestiones que pueden surgir acerca de los efectos relativos á la adopción, es la de si el adoptante adquiere ó no la nacionalidad del padre adoptivo. Esta cuestión ha sido discutida por Rocco.

Observa este escritor, que la imitación de la naturaleza sería imperfecta si no se facilitase la homogeneidad de la vida privada entre el padre y el hijo adoptivo con la homogeneidad de la vida civil, y de aquí infiere la conveniencia de facilitar por lo menos al adoptado la adquisición de la nacionalidad del adoptante.

Esta es una teoría que puede aceptarse en derecho constituyente. Puede en cambio aducirse en contrario también que, como el hijo adoptivo conserva asimismo las relaciones con la familia natural, y como fuera de esto la diferencia de ciudadanía no puede ser un obstáculo para las relaciones que nacen de la adopción, y en todo caso debe dejarse á la persona en plena libertad para cambiar su primitiva nacionalidad, no parece necesario, por tanto, el admitir entre los efectos de la adopción el cambio de ciudadanía.

La solución de la cuestión propuesta no puede, pues, ser dudosa, relativamente al derecho positivo. Se debe, en efecto, decidir con arreglo á la ley de cada Estado quién sea ciudadano y quién extranjero, y de la misma manera los medios para que los extranjeros lleguen á ser ciudadanos, de donde se infiere la necesidad de atenerse á cuanto dispongan las leyes particulares para decidir si puede adquirirse en virtud de la adopción la nacionalidad del adoptante sin las formalidades ordinarias de la naturalización.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS

LIBRO III

DE LOS DERECHOS QUE TIENEN POR OBJETO LAS COSAS

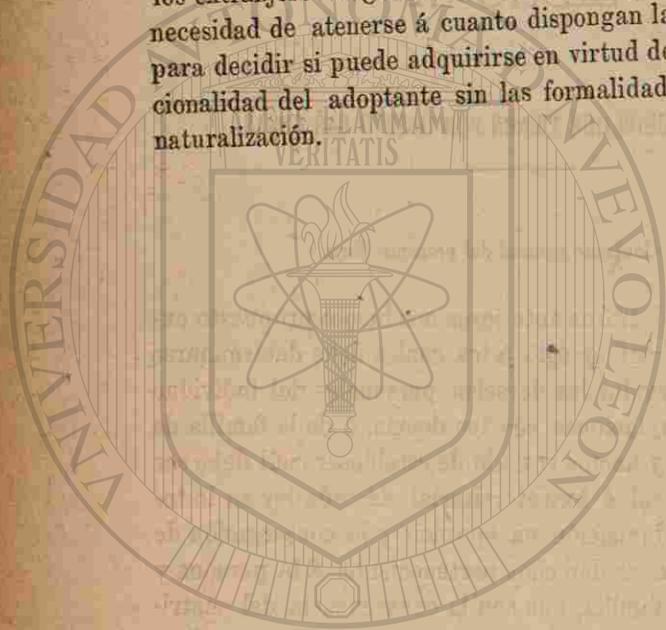
764. Concepto general del presente libro.

764. En los dos libros anteriores nos hemos propuesto exponer los principios con arreglo á los cuales debe determinarse la ley destinada á regular los derechos personales del individuo considerado en sus relaciones con los demás, ó de la familia de la cual es miembro, y hemos tratado de establecer cuál debe ser la autoridad territorial ó extraterritorial de cada ley en lo tocante á regular la adquisición en ejercicio y la conservación de todos y cada uno de los derechos pertenecientes á la persona y de las relaciones de familia, que son la consecuencia del matrimonio, en virtud del cual la familia se constituye. En este libro nos proponemos investigar cuál sea la ley á que deba someterse cada relación jurídica particular que tenga por objeto las cosas, esto es, trataremos de determinar la autoridad territorial ó extraterritorial de cada ley en cuanto regula la adquisición, ejercicio y conservación de todo derecho de la persona sobre las cosas que pueden ser objeto de este derecho.

La palabra *cosa* denota en general cualquier objeto material no susceptible de capacidad jurídica que cae bajo la acción de los sentidos y que puede ser objeto de un derecho. Los juristas han establecido la distinción de cosas corporales y de cosas incorpóreas, *res incorpóreas*; pero nosotros trataremos solamente en el presente libro de las cosas materiales.

Estas han sido denominadas *bienes*, y de aquí que en el derecho positivo se establezca la distinción entre bienes muebles y

La solución de la cuestión propuesta no puede, pues, ser dudosa, relativamente al derecho positivo. Se debe, en efecto, decidir con arreglo á la ley de cada Estado quién sea ciudadano y quién extranjero, y de la misma manera los medios para que los extranjeros lleguen á ser ciudadanos, de donde se infiere la necesidad de atenerse á cuanto dispongan las leyes particulares para decidir si puede adquirirse en virtud de la adopción la nacionalidad del adoptante sin las formalidades ordinarias de la naturalización.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

LIBRO III

DE LOS DERECHOS QUE TIENEN POR OBJETO LAS COSAS

764. Concepto general del presente libro.

764. En los dos libros anteriores nos hemos propuesto exponer los principios con arreglo á los cuales debe determinarse la ley destinada á regular los derechos personales del individuo considerado en sus relaciones con los demás, ó de la familia de la cual es miembro, y hemos tratado de establecer cuál debe ser la autoridad territorial ó extraterritorial de cada ley en lo tocante á regular la adquisición en ejercicio y la conservación de todos y cada uno de los derechos pertenecientes á la persona y de las relaciones de familia, que son la consecuencia del matrimonio, en virtud del cual la familia se constituye. En este libro nos proponemos investigar cuál sea la ley á que deba someterse cada relación jurídica particular que tenga por objeto las cosas, esto es, trataremos de determinar la autoridad territorial ó extraterritorial de cada ley en cuanto regula la adquisición, ejercicio y conservación de todo derecho de la persona sobre las cosas que pueden ser objeto de este derecho.

La palabra *cosa* denota en general cualquier objeto material no susceptible de capacidad jurídica que cae bajo la acción de los sentidos y que puede ser objeto de un derecho. Los juristas han establecido la distinción de cosas corporales y de cosas incorpóreas, *res incorpóreas*; pero nosotros trataremos solamente en el presente libro de las cosas materiales.

Estas han sido denominadas *bienes*, y de aquí que en el derecho positivo se establezca la distinción entre bienes muebles y

bienes inmuebles. Debemos hacer notar que la palabra bienes tiene un significado más lato. Puede, en efecto, usarse para denotar cualquier entidad que pueda proporcionar utilidad á la persona. *Bona ex eo dicuntur quod beant, hoc est beatos faciunt, beare est prodesse* (1).

Tomada en este sentido la palabra bienes puede servir para expresar todo aquello que está en el patrimonio de una persona. Por esta razón es, en nuestro sentir, más correcto emplear la palabra *cosa*. Admitimos la división de las cosas en muebles é inmuebles, y la consiguiente distinción entre derechos mobiliarios é inmobiliarios en el concepto de objetos del derecho.

Los derechos sobre las cosas pueden versar sobre la cosa que pertenece en propiedad á la persona, *jura in re*, como son todos los derechos que constituyen la propiedad, y que están comprendidos en el derecho de propiedad ó se derivan del mismo. Pueden también versar sobre la cosa de otro *jura in re aliena*, y son la servidumbre, la enfiteusis, la superficie, la prenda, el derecho de retención y la hipoteca.

Discurrirémos en particular acerca de todos estos derechos bajo el punto de vista de la ley que debe regularlos.

(1) L. 49, Dig., *De verb. signif.* (50-16).

CAPITULO PRIMERO

De la condición jurídica de las cosas.

765. Importa determinar cuáles son las cosas inmuebles y cuáles las muebles.

—**766.** La calificación de las cosas debe depender de la *lex rei sitae*.—

767. Las disposiciones legislativas acerca de las cosas inmuebles por destino son diferentes.—**768.** Conviene establecer si debe admitirse la autoridad del estatuto personal para decidir si las cosas muebles deben ó no mantenerse inmovilizadas.—**769.** Niégase la autoridad del estatuto personal respecto de esto.—**770.** Aplicación de la teoría.—**771.** La autoridad de la ley territorial en cuanto á la calificación de las cosas debe ser absoluta.—**772.** Ciudadanos de la misma patria que contratan en el extranjero acerca de las cosas inmuebles consideradas allí fuera del comercio.

765. Cada ley determina en qué forma deben dividirse las cosas con arreglo á la doble categoría de cosas inmuebles y de cosas muebles, y establece cuáles sean las que deben considerarse comprendidas en una ó en otra base. Dicha distinción tiene grandísima importancia en el derecho moderno en cuanto á los derechos pertenecientes á las personas, siendo así que depende de la calificación de las cosas que se encuentran en el territorio del Estado, abstracción hecha de las personas á que aquellas pertenecen, el decidir si ciertos derechos pueden ser adquiridos y transmitidos respecto de ellas, si debe considerarse eficaz una determinada forma de adquisición y de transmisión, y cuáles sean las acciones que pueden ejercitarse útilmente para garantía de los mismos derechos.

766. En virtud del principio no controvertido que establece que cada soberano ejerza su poder exclusivo de imperio y de jurisdicción en toda la extensión de su territorio, debe admitirse que no sólo el territorio, sino también las cosas que están en él contenidas deben someterse al *imperium*, á la *auctoritas*, á la

bienes inmuebles. Debemos hacer notar que la palabra bienes tiene un significado más lato. Puede, en efecto, usarse para denotar cualquier entidad que pueda proporcionar utilidad á la persona. *Bona ex eo dicuntur quod beant, hoc est beatos faciunt, beare est prodesse* (1).

Tomada en este sentido la palabra bienes puede servir para expresar todo aquello que está en el patrimonio de una persona. Por esta razón es, en nuestro sentir, más correcto emplear la palabra *cosa*. Admitimos la división de las cosas en muebles é inmuebles, y la consiguiente distinción entre derechos mobiliarios é inmobiliarios en el concepto de objetos del derecho.

Los derechos sobre las cosas pueden versar sobre la cosa que pertenece en propiedad á la persona, *jura in re*, como son todos los derechos que constituyen la propiedad, y que están comprendidos en el derecho de propiedad ó se derivan del mismo. Pueden también versar sobre la cosa de otro *jura in re aliena*, y son la servidumbre, la enfiteusis, la superficie, la prenda, el derecho de retención y la hipoteca.

Discurrirémos en particular acerca de todos estos derechos bajo el punto de vista de la ley que debe regularlos.

(1) L. 49, Dig., *De verb. signif.* (50-16).

CAPITULO PRIMERO

De la condición jurídica de las cosas.

765. Importa determinar cuáles son las cosas inmuebles y cuáles las muebles.

—**766.** La calificación de las cosas debe depender de la *lex rei sitae*.—

767. Las disposiciones legislativas acerca de las cosas inmuebles por destino son diferentes.—**768.** Conviene establecer si debe admitirse la autoridad del estatuto personal para decidir si las cosas muebles deben ó no mantenerse inmovilizadas.—**769.** Niégase la autoridad del estatuto personal respecto de esto.—**770.** Aplicación de la teoría.—**771.** La autoridad de la ley territorial en cuanto á la calificación de las cosas debe ser absoluta.—**772.** Ciudadanos de la misma patria que contratan en el extranjero acerca de las cosas inmuebles consideradas allí fuera del comercio.

765. Cada ley determina en qué forma deben dividirse las cosas con arreglo á la doble categoría de cosas inmuebles y de cosas muebles, y establece cuáles sean las que deben considerarse comprendidas en una ó en otra base. Dicha distinción tiene grandísima importancia en el derecho moderno en cuanto á los derechos pertenecientes á las personas, siendo así que depende de la calificación de las cosas que se encuentran en el territorio del Estado, abstracción hecha de las personas á que aquellas pertenecen, el decidir si ciertos derechos pueden ser adquiridos y transmitidos respecto de ellas, si debe considerarse eficaz una determinada forma de adquisición y de transmisión, y cuáles sean las acciones que pueden ejercitarse útilmente para garantía de los mismos derechos.

766. En virtud del principio no controvertido que establece que cada soberano ejerza su poder exclusivo de imperio y de jurisdicción en toda la extensión de su territorio, debe admitirse que no sólo el territorio, sino también las cosas que están en él contenidas deben someterse al *imperium*, á la *auctoritas*, á la

jurisdicción del soberano territorial; y de aquí el axioma *quidquid est in territorio est etiam de territorio*.

De este principio se infiere que la calificación de las cosas, relativamente á su condición jurídica, debe depender en absoluto de la ley territorial, porque en realidad el legislador, al decidir respecto de este punto, no se preocupa de si las cosas pertenecen á esta ó á la otra persona, á un ciudadano ó á un extranjero, sino que, considerándolas en sí mismas como objeto del derecho, determina su cualidad y su condición jurídica.

A primera vista parecerá que no puede surgir ninguna duda razonable tocante á este punto, y, sin embargo, pueden surgir algunas dificultades, porque ciertos objetos muebles por naturaleza pueden declararse inmuebles por las disposiciones de la ley. Los legisladores, en efecto, han declarado inmuebles algunas cosas muebles, atendiendo á su destino, como son, por ejemplo, los animales dedicados al cultivo, los instrumentos de labor, los utensilios ó artefactos necesarios á las fábricas, y otras cosas análogas; y otras leyes las han declarado inmuebles en atención al objeto á que se refieren, como ha hecho la ley italiana, la cual considera inmueble el derecho del enfiteuta sobre los fundos sujetos á enfiteusis; las acciones que tienden á recuperar inmuebles, ó los derechos relativos á aquélla.

267. Conviene además tener presente, que las leyes de los diversos países no están conformes en este punto. Así la ley austriaca considera como cosas inmuebles, no sólo los animales dedicados al cultivo, sino también todo aquello que sirve para su nutrición y todos los productos del terreno aunque estén ya recogidos y sean necesarios á la continuación de la administración económica del fundo; en tanto que según nuestra ley son inmuebles los animales dedicados al cultivo, pero se reputan muebles los productos del suelo ya recolectados. Según el Código holandés (art. 563), las colmenas son clasificadas entre los bienes muebles, en tanto que según nuestra ley (art. 413), se enumeran entre los inmuebles por su destino. Según el Código francés, todas las cosas no enumeradas en el art. 524 del mismo, si bien entregadas por el propietario al arrendatario para el servicio y cultivo del fundo, no se reputan inmuebles por su destino, en

tanto que según nuestra ley, art. 413, son inmuebles, declarando el Código tales por su destino, todas las cosas muebles que el propietario entregue al arrendatario para el servicio y cultivo del fundo. Pasamos por alto otros muchos ejemplos.

268. El principio sancionado por el art. 300 del Código civil austriaco, que dispone que las cosas inmuebles estén sujetas á la ley del lugar en que están situadas, y que todas las demás, en cambio, deben estarlo á las leyes que se refieran á la persona del propietario, está conforme con la regla tradicional admitida por la doctrina y la jurisprudencia, la cual admite el axioma *mobilia personam sequuntur, mobilia ossibus personae inhaerent*, han reputado constantemente que las cosas muebles, desde el punto de vista de la ley aplicable á regular los derechos acerca de ellas, deben regirse por la ley personal del individuo á que pertenecen, siendo así que su situación real debe considerarse bajo tal respecto completamente indiferente. Sentado este principio, surge naturalmente la duda de si la ley personal del propietario que considera como mueble una cosa dada puede servir para que se considere tal en todas partes, y, por lo tanto, aun en el caso de encontrarse en un país distinto donde la ley territorial la declara inmueble, ora en consideración á su destino, ora atendiendo al objeto á que se refiere.

El resolver dicha cuestión en sentido afirmativo ó negativo, puede ocasionar en la práctica importantes consecuencias jurídicas, supuesto que la capacidad misma de las personas para realizar válidamente ciertos actos, depende en algunos casos de la condición jurídica de las cosas, y así, por ejemplo, la enajenación de éstas, pertenecientes á una mujer casada italiana, sin la debida autorización no es válida, con arreglo al art. 134, si se trata de enajenar una cosa inmueble, pero sí lo es cuando se trate de una cosa mueble. Lo mismo puede decirse respecto á la validez de los actos llevados á efecto por el que administra los cuales, como sujetos á diversa formalidad sustancial, según se trate de cosas inmuebles ó muebles, es natural que todo deba depender de la calificación jurídica de las cosas; por consiguiente, puede dudarse si la ley personal que debe regular la capacidad y vali-

dez de los actos, ha de tener también autoridad para hacer que se considere una cosa dada, como objeto del derecho, mueble en todas partes sólo porque aquella la haya declarado tal.

Anteriormente hemos sostenido que la ausencia y las consecuencias jurídicas que de ella se derivan en todo lo tocante á los derechos personales deben subordinarse á la ley personal. Ahora bien: supongamos que los presuntos herederos han entrado en posesión temporal de los bienes del ausente, y que según la ley personal está permitido á los que gozan de la posesión provisional enajenar los bienes muebles estándoles prohibido á los mismos hacer otro tanto respecto á los inmuebles, para decidir en tal circunstancia si la venta de unas colmenas que se encuentran en el fundo existente en Italia de un extranjero declarado ausente puede ó no hacerse con validez, todo dependerá de establecer si tales cosas deben clasificarse entre las muebles ó las inmuebles. Partiendo del principio de que todo lo relativo á la ausencia debe regirse por la ley personal, podría deducirse con este motivo, dado el supuesto de que la ley personal, á semejanza de lo que dispone el Código holandés, clasificase las colmenas entre las cosas muebles, debería concedérseles á los que están en posesión del fundo del ausente ciudadano de un país regido por leyes análogas, que enajenase dichos bienes en conformidad á la ley extranjera que debiese regular los derechos de estos presuntos herederos y que contase las colmenas entre las cosas muebles.

369. Debemos no obstante, observar que no puede darse el caso de admitir, en tal concepto, la autoridad del estatuto personal, porque la ley que determina y establece la condición jurídica de las cosas, dispone acerca de ellas sin preocuparse de las relaciones entre la cosa y la persona á que pertenece; por el contrario, las considera en sí mismas y objetivamente, no sólo en relación á la capacidad para adquirirlas y transmitir las, sino también bajo el concepto de los derechos correspondientes á terceros y á todos los que puedan tener interés directo ó indirecto en el régimen de la propiedad; por lo cual no se puede prescindir de reconocer, que la disposición de la ley se basa en consi-

deraciones de interés general, debiendo tener por tal motivo autoridad territorial, y excluyendo en absoluto la aplicación de la ley personal del propietario de la cosa.

Los derechos reales adquiridos por un tercero sobre el inmueble existente en el territorio del Estado, se extienden, naturalmente, á todos sus accesorios; por lo cual, si la ley territorial hubiese calificado de inmuebles por su destino las cosas que el propietario de un fundo destinare al servicio y al cultivo del mismo, habría aquella establecido que los derechos reales concernientes á terceros sobre inmuebles, deberían reputarse extensivos aun á tales accesorios, y, por consiguiente, á todas las cosas muebles y movilizadas por su destino. Ahora bien, resulta claro, que el admitir la autoridad de la ley personal del propietario de la cosa mueble para determinar con arreglo á ella la condición jurídica de esta cosa, que efectivamente se encontrase en el territorio del Estado, equivaldría á desconocer el principio incontestable que establece que el territorio, con todo lo que en él existe, está bajo el *imperium*, la *auctoritas*, la jurisdicción del Soberano. El principio de que las cosas muebles están sujetas á la ley personal del propietario, no podría invalidar el anterior, porque ninguna ley extranjera puede menoscabar la autoridad del Soberano territorial cuando provee con leyes propias á la defensa de los intereses generales y del derecho social, sobre todo el territorio sujeto á su imperio.

370. En el caso examinado por nosotros, es decir, cuando se trate de la venta de las colmenas calificadas muebles según la ley personal é inmuebles según la territorial, no debemos limitarnos á considerar las relaciones entre la persona y la cosa, sino que hay que tener además presente las consecuencias que se derivarían respecto á los terceros, si se admitiese que la ley personal del propietario al considerar mueble una cosa dada, podía tener autoridad en todas partes. Basta, en efecto, tener en cuenta, que para decidir si la acción hipotecaria debe extenderse á aquellos objetos determinados que se encuentran en el fundo hipotecado, dependerá todo de lo que se decida acerca de si tales objetos deben ó no considerarse como un accesorio del inmueble gravado por la hipoteca, y puesto que la condición jurí-

dica de las cosas debe regirse exclusivamente por la ley territorial, si podría deducirse de aquí que en virtud del principio de que la hipoteca se extiende á los accesorios del fundo hipotecado, la acción hipotecaria contra un fundo perteneciente á un holandés existente en Italia, debería extenderse también á las colmenas que en él hubiese. Ahora bien, dado que se estableciese como regla, que la condición jurídica de los muebles localizados hubiese de determinarse con arreglo á la ley territorial y no á la personal del propietario de la cosa, sería excusado alegar, que con arreglo al Código holandés, aquéllas se clasifican como muebles, y que, según nuestra ley, art. 1.967, los muebles no son susceptibles de hipoteca.

No es este ciertamente el solo ejemplo en que de admitir la autoridad del estatuto personal para calificar en armonía con él las cosas muebles pertenecientes á un extranjero, puede derivarse perjuicio para los derechos adquiridos por terceros sobre las cosas mismas, porque pueden darse otros muchos casos en que se origine el mismo perjuicio.

Supongamos que ciertas cosas se hubiesen vendido á dos personas consecutivamente: á la primera, mediante contrato verbal, y á la segunda en virtud de escritura en un país donde la ley vigente no admita como válida la venta de los inmuebles sino en el solo caso de haberse hecho por escritura. Supongamos que la calificación jurídica de la cosa fuese diversa, según la ley personal del propietario, y la *lex rei sitæ*, declarando la primera muebles dichas cosas, y la segunda inmuebles por destino. En tales circunstancias se seguiría que admitiendo la autoridad del estatuto personal, debería ser preferido el primer comprador atendiendo á que deberían calificarse aquellas cosas como muebles en armonía con el susodicho estatuto, mientras que admitiendo la autoridad de la ley territorial debería serlo el segundo por reputarse inmuebles las dichas cosas y haber hecho la compra por escritura.

Ahora bien, ¿cómo justificar la autoridad del estatuto personal sólo porque se trate de cosas muebles mientras no se lesionen los derechos adquiridos por un tercero en virtud de la calificación atribuída á la cosa según la ley territorial? No puede

admitirse ciertamente que el propietario pueda invocar su propia ley personal en perjuicio de los derechos adquiridos por terceras personas al amparo de las leyes vigentes en el territorio.

321. Nuestra teoría es aplicable también aun respecto de las cosas muebles consideradas inmuebles por el objeto á que se refieren, porque habrá que reconocer siempre que las leyes dictadas en uno ó en otro sentido estén basadas en consideraciones de interés general ó tengan por objeto proveer á las necesidades del comercio ó á otras comunes.

De cuanto dejamos expuesto, podemos concluir que la autoridad de la ley territorial, por lo que atañe á la clasificación y distinción de las cosas en muebles é inmuebles, debe ser absoluta y exclusiva en todos conceptos. Debe, por otra parte, depender de la misma ley el apreciar cuáles sean las cosas que están dentro del comercio y cuáles las que están fuera; cuáles las cosas privadas y cuáles las públicas, y todo lo demás concerniente á la condición jurídica de cada objeto que se encuentre realmente y en la actualidad en el territorio sobre el que la soberanía ejerce su imperio.

322. Juzgamos oportuno hacer notar, que cuando dos ciudadanos de la misma patria, encontrándose en país extranjero donde según la ley estuviesen declaradas fuera de comercio ciertas cosas muebles no reputadas como tales según la ley de su patria, hubiesen contratado respecto de ellas, no podrían pretender que se considerase válido dicho contrato en el Estado donde se hubiese celebrado, porque debiéndose considerar contrario á las leyes prohibitivas y á los reglamentos de policía de aquel Estado, no podría tener ningún valor ante los Tribunales del mismo, sin que esto impidiese que el contrato se declarase válido y eficaz en su patria, y no sería un motivo suficiente aducir ante los Tribunales de su país, que el objeto del contrato había sido una cosa considerada fuera de comercio por la ley del lugar donde se había celebrado aquel contrato, porque tratándose de cosa mueble y siendo los contratantes ciudadanos de la misma patria, no podía estarles prohibido el atenerse á tal ley en cuanto hubiera de referirse al fondo del contrato y á su eficacia ante los Tribunales de la misma.

CAPITULO II

De la ley que debe regular la posesión y el derecho de retención

773. Concepto de la posesión.—774. De la ley que debe regular las acciones posesorias.—775. Sirven los mismos principios para los inmuebles que para los muebles.—776. La regla de que en cuestión de muebles la posesión constituye título debe ser aplicada aun á los extranjeros.—777. No obsta al ejercicio de la acción posesoria haber entablado juicio petitorio en el extranjero.—778. Concepto del derecho de retención.—779. Cómo está determinado y regulado dicho derecho por la ley de los diversos Estados.—780. La retención de un mueble debe regirse por la *lex rei sita*.—781. Cuestión respecto de los muebles.—782. Carácter del derecho de retención y regla general para determinar el principio de que debe depender.—783. Exclarecimiento de nuestra doctrina: observaciones acerca de la de Laurent.—784. Aplicación de la teoría al caso de retención de una cosa empeñada.—785. Retención en caso de accesión mobiliaria.—786. Retención de la cosa sustraída ó extraviada y adquirida por el poseedor.—787. Cuestión acerca de los títulos franceses al portador sustraídos ó comprados en la Bolsa.—788. Resumen de nuestra teoría.

773. La posesión puede considerarse bajo un doble aspecto:

1.º Como un hecho puro y simple y sin relación á la adquisición y al ejercicio de un derecho. Esta es la posesión natural que los romanos llamaron *nuda detentio, esse in possessione*.

2.º Como un hecho jurídico que, prescindiendo de todo derecho anterior, produce, no obstante, por sí mismo ciertas consecuencias legales. Esta es la posesión en sentido técnico ó posesión jurídica, que consiste en el acto de aquel que, mediante hechos sensibles ejercidos sobre un objeto exterior, manifiesta su intención de someter dicho objeto al ejercicio de un derecho por su parte.

Considerada desde este punto de vista la posesión produce importantes consecuencias jurídicas, sobre todo, cuando tiende á afirmar un derecho de propiedad ó un derecho real mediante la voluntad de retener la cosa *animo domini* y de tenerla bajo su dominio físico para adquirir así sobre ella, prescindiendo de todo derecho anterior, el derecho de propiedad ó un derecho real.

La posesión puede también considerarse como un hecho jurídico, mediante el cual se manifiesta y ejercita el dominio; pero entendida de esta manera, es más bien la manifestación y ejercicio del derecho preexistente de que se origina y constituye propiamente el *jus possidendi*.

En este capítulo nos ocupamos de la posesión como hecho jurídico existente por sí, y decimos que debe regirse, en general, por la ley del lugar en que la detención de la cosa se ha efectuado real y actualmente.

774. Resulta evidentemente que la posesión considerada como hecho jurídico realizado en las condiciones que la ley territorial determina y revestida de todos los requisitos exigidos por ésta, debe producir por sí misma todas las consecuencias jurídicas que á tal acto atribuye la citada ley.

De este principio se deduce que cualquier poseedor sea ciudadano ó extranjero, puede valerse de todos los medios jurídicos permitidos por la ley del lugar en que la cosa radica, bien para hacer desaparecer las causas que estorben su posesión y le hayan molestado en su goce, y conseguir que se le mantenga en la posesión pacífica, ó bien, si ha sido despojado de ella, para ser reintegrado en el estado anterior al atentado material y al despojo, y de esta manera recobrar la posesión perdida.

Se debe, por lo tanto, considerar como regla que el *jus possessionis* debe regularse por la *lex rei sita*, y que ésta debe regir también las acciones posesorias. No se puede, por otra parte, desconocer que es un principio de orden público el que establece que nadie puede ser molestado en la posesión de una cosa ó despojado de ella, siempre que la tenga bajo las condiciones requeridas por la ley, y mientras no se pruebe jurídicamente que su posesión es ilegítima. Esta cuestión, por lo que toca al fondo del derecho, esto es, si la posesión puede ó no considerarse como

manifestación y consecuencia de un derecho preexistente, puede resolverse de conformidad con la ley que haya de regir la adquisición del derecho de propiedad (de lo cual trataremos en seguida), pero siempre que se limite al hecho de la posesión deberá resolverse exclusivamente por la *lex rei sitæ*.

335. Debe aplicarse este principio, lo mismo cuando se trate de cosas inmuebles como de cosas muebles. La diversa naturaleza de las cosas no puede ser un motivo para someterlas en este concepto á distinto derecho, y no se podría invocar útilmente el adagio *movilia ossibus personæ inhaerent*, ni el principio que admite que los muebles deben regirse en todas partes por la ley personal del propietario; para concluir, que la teoría que hemos establecido relativamente á la posesión y á las acciones posesorias no debe aplicarse para decidir acerca de la autoridad de las leyes en caso de posesión de muebles pertenecientes á extranjeros. Ya hemos dicho anteriormente (1) que no se puede sostener que las cosas muebles puedan estar completamente excluidas de la acción de la ley del lugar donde se encuentren. Se puede solamente conceder que los muebles considerados como universalidad han de reputarse sujetos, por regla general, á la ley de la persona á que pertenecen, de la misma manera que los inmuebles considerados como universalidad deben estar sujetos, por regla general, á la *lex rei sitæ*; pero no puede sostenerse que todos y cada uno de los muebles que realmente se encuentren en una localidad dada, no deban también permanecer sujetos á la ley vigente en aquel punto. Esto se ha de admitir especialmente respecto de las disposiciones que tienen el carácter de leyes de orden público y de policía, y cuya autoridad como tales debe ser exclusiva en el territorio. Ahora bien; siendo de tal especie las que regulan la posesión y las acciones posesorias, claramente se deduce que no puede establecerse ninguna distinción en las cuestiones relativas á la posesión, ora versen sobre cosas muebles, ora sobre inmuebles pertenecientes á un ciudadano ó á un extranjero. La autoridad de la *lex rei sitæ*, en lo que toca á esta

(1) Véase la parte general. vol. 1.º, § 91.

cuestión, debe considerarse absoluta, exclusiva y sin limitación de ninguna clase (1).

336. Como consecuencia de tales principios, deberá decidirse en armonía con la *lex rei sitæ* cuáles sean las cosas y cuáles los derechos que pueden ser objeto de la acción posesoria, las cualidades que debe tener la posesión y el tiempo que ha de durar para dar lugar á la acción posesoria, y de aquí que, si en el país donde la cosa mueble perteneciente á un extranjero se encuentre actualmente, la ley sanciona la regla «en cuestión de muebles la posesión constituye título», atribuyendo al poseedor el derecho de oponerse en principio á la acción de reivindicación por parte del propietario, aduciendo el hecho de la posesión como único título para detener la acción de aquél, podrá invocarse útilmente la susodicha regla contra el extranjero propietario de la cosa mueble, y la ley personal del mismo en que la acción de reivindicación se funde, no podrá tener ninguna autoridad para modificar la ley territorial «en cuestión de muebles la posesión constituye título», ni aun en el caso en que el poseedor fuese también extranjero.

337. Debemos asimismo notar, que la teoría que expone-mos debe tener aplicación aun en la hipótesis de que las acciones posesorias se ejerciten después de entablado el juicio petitorio ante el Tribunal extranjero competente para ello, sin que puedan constituir ningún obstáculo las disposiciones sancionadas por la ley territorial que prohíba entablar el juicio posesorio después de entablado el petitorio, porque las disposiciones que regulan el ejercicio de las acciones y la competencia de los Tribunales del Estado, no pueden tener aplicación en la hipótesis de que el juicio petitorio se haya promovido ante el Tribunal ex-

(2) Demangeat, *Sur Fœlix, Droit international privé*, tit. 1. página 134, n.º 62; Laurent, *Droit civil intern.*, tomo VII, n.º 178, 226, 240 y siguientes; Barde, *Théorie traditionnelle des statuts*, págs. 10 y siguientes; Durand, *Droit intern. privé*, pág. 410; Massé, *Droit commercial*, tomo I, n.º 551 y siguientes; Weiss, *Droit international privé*, págs. 767 y 768; Demolombe, *Titre préliminaire*, chapitre III, n.º 96; Aubry y Rau, tomo I, pág. 102, y Brocher, tomo I, página 48, n.º 117.

tranjero, puesto que, aun en esta hipótesis, las disposiciones de la ley territorial reguladoras de la posesión y de las acciones posesorias deberán aplicarse sin tener en cuenta el juicio petitorio entablado en el extranjero, el cual no podrá producir ningún efecto sino cuando el derecho del propietario no haya sido reconocido por sentencia declarada ejecutiva y eficaz en el lugar donde se haya promovido y decidido con arreglo á la *lex rei sita* la cuestión relativa á la posesión.

338. Pasemos ahora á tratar del derecho de retención.

El derecho de retención consiste en la facultad correspondiente al que tiene de hecho en su poder una cosa ajena—cuyos gastos de conservación ha tenido que sufragar para conservarla é impedir que perezca ó para aumentar su valor,—de retenerla (contra uno que tiene el derecho de obtener su restitución) hasta que se le reembolse de la cantidad que en tal concepto haya gastado. Este derecho se funda en los principios de la equidad natural, pero nosotros nos ocuparemos de él en cuanto se deriva de la ley que, sancionando estos principios, reconoce en el que retiene la cosa extraña el derecho de que se le mantenga en su posesión hasta que aquél á quien pertenece el derecho de obtener su entrega en calidad de propietario ó en virtud de una obligación, no le haya pagado el crédito, fundado en actos ejecutados por su parte, durante la posesión de la cosa, para conservarla y mejorarla. En efecto, á nosotros sólo nos incumbe tratar esta cuestión, únicamente desde el punto de vista de la ley que debe regular el derecho de retención legal, cuando esté fundado éste en una disposición expresa de la ley.

339. Conviene decir ante todo que en las legislaciones positivas se ha considerado y regulado de manera muy varia el derecho de retención. En algunas existe tan sólo un conjunto de disposiciones especiales relativas á esta institución, sucediendo así, por ejemplo, en la legislación prusiana, que contiene muchas disposiciones en cuanto á dicho asunto, en la sección segunda del tít. XX, parte 1.^a del Código, artículos 536 á 567. En otras, por el contrario, está reconocido este derecho en algunos casos, apreciado en las diversas partes de la legislación misma. Tal sucede en la legislación francesa, donde lo encontramos admitido

en el art. 867 del Código civil, que atribuye al coheredero obligado á la colación la facultad de retener la posesión del inmueble hasta el reembolso efectivo del gasto ocasionado para conservarlo y mejorarlo; el mismo derecho hallamos reconocido en los arts. 1.948 y 2.280 del Código civil, en el art. 577 del Código de comercio, amén de otros casos que los jurisconsultos consideran como aplicaciones especiales del derecho de retención. Por lo cual, considerando también muy en su lugar lo que escribe Laurent, á saber, que en la legislación francesa falta un conjunto de disposiciones positivas referentes al derecho de retención, es necesario reconocer, sin embargo, que la ley francesa consigna este derecho en diversas ocasiones (1).

En el Código civil austriaco, á diferencia de las otras legislaciones de origen germánico, no hallamos reconocido el derecho de retención en materia civil. En efecto, en las disposiciones que conciernen á la posesión, se ha dispuesto en el art. 334: «si al detentador de buena fe corresponde el derecho de retener la cosa sobre la que crea tener algún crédito, esto se determinará en el capítulo del derecho de prenda». Ahora bien: en este capítulo se excluye todo derecho de retención en virtud de la disposición del párrafo 471, que dice: «Ni aquel que ha recibido la cosa en prenda, ni cualquier otro detentador de la cosa ajena puede, una vez que haya cesado su derecho sobre ésta, retenerla por ninguna otra pretensión. Pero donde concurrieren los requisitos prevenidos en la Ley de procedimiento civil, si se tratase de cosa mueble, puede depositarla judicialmente, y si se trata de cosa inmueble, puede pedir su secuestro».

El Código italiano provee principalmente acerca del derecho de retención en el art. 706, que dispone lo siguiente: «La retención de los bienes por causa de mejoras hechas realmente en ellos y subsistentes pertenece únicamente al poseedor de buena fe cuando aquellas hayan sido demandadas en el curso del juicio de reivindicación y se haya presentado alguna prueba de la subsistencia de las mismas». Respecto de las cosas muebles

(1) Laurent, *Droit civil international*, t. VII, § 407.

arrebatadas ó destrozadas en las cuales el legislador italiano concede en el art. 708 al propietario la facultad de querellarse contra aquél en cuyo poder se hallen, á condición de que la acción se ejercite en el término de dos años, está admitido el derecho de retención en el art. 709, que dispone que en el caso en que el poseedor actual de la cosa sustraída ó robada la haya comprado en una feria ó mercado ó en una venta pública ó de un negociante que la despache públicamente, puede defender su posesión contra el propietario, al cual podrá negar la restitución hasta que se le haya pagado la cantidad desembolsada para adquirirla.

El derecho de posesión del que posee de buena fe, sancionado por el art. 706 ya citado, tiene muchas aplicaciones en la legislación italiana, ora se trate de cosas muebles, ora de cosas inmuebles. Así puede aplicarse en el caso de accesión mobiliaria y en el de depósito, respecto del cual existe además una disposición especial consignada en el art. 1.863, que dice: «que el depositario puede retener el depósito hasta el pago íntegro de todo lo que se le debe á causa del depósito mismo». Omitimos hablar de otros casos.

780. Es, pues, evidente que el derecho de retención de una cosa inmueble debe regirse exclusivamente por la *lex rei sitæ*; pero como quiera que no puede nacer sino mediante un acto realizado con relación á la cosa misma al llegar el caso de admitirlo, da origen, por regla general, á un derecho que se opone á terceras personas que han adquirido derecho real sobre el inmueble, y así, en virtud del principio incontestable de que la cosa inmueble debe estar sujeta á la ley del lugar donde radique, y que ésta debe regular también toda relación entre el propietario y el poseedor de la cosa en relación á los terceros, es preciso admitir que todo debe depender de la *lex rei sitæ*.

781. Puede surgir la cuestión especialmente en lo que se refiere á las cosas muebles, porque pudiendo transportarse de un lugar á otro, y encontrarse, por lo tanto, bajo el imperio de diversas leyes, puede nacer en este concepto la cuestión de si el derecho de retención legal debe subordinarse á la ley del propietario, ó sea á la vigente en el lugar en donde se haya realiza-

do el hecho jurídico en el cual se funda el derecho de retención, ó si por el contrario debe depender de la ley del lugar donde la cosa mueble se encuentra real y actualmente en el momento en que su propietario ó el que tenga derecho á poseerla pida su restitución ó su depósito.

782. Los juriconsultos han discutido extensamente el carácter de la retención (1), si debe considerarse éste como un derecho real ó personal, esto es, si da origen á un *jus in re* ó á un derecho eficaz tan sólo entre el detentador y el propietario. Laurent niega al derecho de retención el carácter de derecho real, porque dice: «el carácter propio del derecho real es el de llevar consigo otro de persecución» (2). No nos incumbe discutir este punto; sólo diremos que es un derecho *sui generis* fundado en la simple tenencia y en el hecho jurídico realizado bajo el imperio de la ley que atribuye al detentador que haya adquirido en virtud de tal hecho, juntamente con la cosa, un crédito contra la misma, de no entregarla al que tenga el derecho de poseerla sin obtener el pago del referido crédito. Es necesario, pues, distinguir en esta relación tres elementos: 1.º la tenencia, esto es, el mero hecho de tener la cosa en su propio poder; 2.º el hecho jurídico conexo con la cosa misma, esto es, los gastos ocasionados para mejorarla ó conservarla, por ejemplo, ó la mano de obra por parte del artífice que haga aumentar de esta manera el valor de la materia transformada (3), ó el precio pagado para adquirir la posesión de la cosa; 3.º la ley, la cual en consideración á un principio de equidad ó á otras exigencias sociales reconoce al que ha llegado á ser acreedor en esta forma el poder retener la cosa

(1) Murlon, *Examen critique du commentaire de Troplong sur les privilèges*, II, p. 215; Mazelie, *Du droit de rétention en droit romain et en droit français*, p. 31; Hemor, *Du droit de rétention*; Lacour, *De la nature et des effets du droit de rétention*; Rauter, *Du droit de rétention en la Revue étrangere*, 1841, VIII; Guarrocino, *El Derecho de retención*, págs. 162 y siguientes.

(2) Laurent, *Droit civ.*, t. XXIX, n.º 292.

(3) Este es el caso consignado en el art. 470 del Código civil italiano.

contra el que tenga algún interés sobre ella mientras no se le haya satisfecho su crédito.

Como quiera que el extremo esencial para la existencia de tal relación es la tenencia, dada ésta, que es el supuesto indispensable, entendemos que debe establecerse como regla general que la ley vigente en el lugar donde se realizó el hecho jurídico conexo con la cosa (en virtud del cual nace el derecho de retención), debe ser la que habrá de regular el derecho mismo.

383. Este principio tiene indudablemente la más exacta aplicación en el caso de retención de cosas inmuebles, porque respecto de ellas deben verificarse necesariamente tanto la tenencia como el hecho jurídico bajo el imperio de la misma ley. Por lo cual, aun en la hipótesis de que haya de considerarse la retención como un mero derecho personal (esto es, aplicable solamente en las relaciones que median entre el detentador y aquel que tiene derecho sobre la cosa), nuestra regla tendría siempre conveniente aplicación, porque se funda en el concepto de la autoridad de la ley sobre hechos jurídicos realizados en el territorio donde impera; encontrándose ésta en armonía con la teoría general que sostiene la autoridad de cada ley relativamente á los hechos jurídicos ocurridos bajo el imperio de la misma, y sin que sea necesario que entren en juego los intereses de terceras personas.

Sírvanos de ejemplo el derecho de retención consignado en el art. 867 del Código civil francés, que permite al coheredero obligado á la colación de un inmueble retener su posesión hasta el reintegro efectivo de los gastos hechos para mejorarlo. El derecho de retención en este caso no puede ejercitarse contra terceros, porque la colación se debe por el coheredero á su coheredero; y como oportunamente observa Laurent, todo pasa entre ellos; uno debe colacionar el inmueble, y el otro pagar la indemnización debida, sin que en esta doble relación intervengan terceras personas. Este derecho no es un privilegio, y sin embargo, dice Laurent, el estatuto es real, porque como observa este escritor, se trata de derechos hereditarios sobre inmuebles situados en Francia, y debe admitirse la aplicación de la ley francesa aun cuando los herederos sean extranjeros y su

ley no conceda en tales circunstancias el derecho de retención (1).

Creemos muy justa la conclusión de Laurent, pero no podemos seguirlo en el orden de ideas en que se funda para establecer su teoría. A juicio suyo, debe admitirse el derecho de retención, porque se trata de un inmueble, y porque los derechos hereditarios sobre inmuebles se rigen por la *lex rei sitæ*. A nosotros nos parece que debe realizarse el hecho jurídico bajo el imperio de la ley territorial, que concede tal derecho, y que este hecho jurídico es el que debe determinar la aplicación de las disposiciones de la misma independientemente de la existencia de otro principio. Sostenemos, por consiguiente, que aun en el sistema del Código civil italiano, que considera la sucesión de los extranjeros regida por las leyes de su patria, debe tener aplicación la disposición del art. 706 de nuestro Código civil, que atribuye al poseedor de buena fe el derecho de retener el inmueble á causa de las mejoras hechas en él, todavía subsistentes. Aun cuando no se encuentre una disposición parecida en la ley extranjera llamada á regular la sucesión, aquel que poseyendo un fundo en Italia lo haya mejorado, puede con razón pedir la aplicación de la ley italiana, que en consideración á las exigencias sociales y á los principios de equidad, regula en las relaciones entre el detentador del inmueble y el que tiene derecho sobre él, las consecuencias jurídicas de las mejoras realizadas y subsistentes.

Parécenos, pues, que la autoridad territorial de la ley puede estar fundada en motivos diversos de los que sirven de fundamento á Laurent, y en nuestro concepto puede justificarse todo atendiendo á que la ley que concede el derecho de retención en los casos especiales consignados en ella, haga esto por razones de orden general y de necesidades sociales; y como quiera que toda ley que se refiera á este punto debe tener autoridad exclusiva en el territorio respecto de todas las cosas que en él se encuentran y respecto á todos los hechos y relaciones jurídicas que

(1) Laurent, *Droit civil international*, tomo VII. § 407.

le conciernen y que hayan sido objeto de la disposición, por esta razón decimos que es una sola la regla en el caso de retención, tanto respecto de las cosas muebles como de las inmuebles. Aun respecto de éstas, debe ser el hecho jurídico realizado bajo el imperio de la ley en que se funda el derecho de retención, lo que debe regular su existencia y su ejercicio siempre que el hecho de la detención continúe subsistiendo allí donde está en vigor la ley bajo cuyo imperio tuvo su origen el precitado derecho.

284. Pongamos como ejemplo el derecho de retención consignado en el art. 1.888 de nuestro Código civil. Dicho artículo dice: «El deudor no puede pedir la restitución de la prenda sino después de haber pagado enteramente el capital, el interés y los gastos de la deuda para cuya seguridad se dió la prenda.

»Si el mismo deudor hubiese contraído otra deuda con el mismo acreedor posteriormente á la entrega de la prenda y hubiese llegado á ser exigible esta deuda antes que tuviese lugar el pago de la primera, el acreedor no puede ser obligado á desprenderse de la prenda antes de que se le haya satisfecho por completo por ambos créditos aun cuando no se haya estipulado que la prenda esté afecta al pago de la segunda deuda» (1). Supongamos ahora que la cosa pignorada pertenezca á un austriaco, y que bajo el imperio de la ley austriaca el deudor haya contraído otra deuda con el mismo acreedor pignoraticio; que en el momento de demandarse la restitución de la cosa empeñada el acreedor se encuentre en Italia y la retenga consigo, ¿podrá invocar la aplicación del citado artículo del Código civil, y fundar en él el derecho de retener la cosa hasta que se le haya pagado la segunda deuda?

Aplicando nuestra teoría, habrá de resolverse negativamente la cuestión, porque habiendo sido contraída la segunda deuda bajo el imperio de la ley austriaca, y disponiendo ésta en el artículo 471 antes mencionado que aquél que haya recibido la cosa en prenda no puede cuando haya cesado su derecho retenerla á

(1) Está conforme con el art. 2.082 del Código civil francés.

título de segunda deuda, habrá de aplicarse la ley bajo cuyo imperio se realizó el hecho jurídico que originó las nuevas relaciones entre deudor y acreedor, y de ninguna manera nuestra ley. La disposición del art. 1.888 no puede ciertamente considerarse como una disposición de orden público, con objeto de hacerla aplicable aun á las relaciones nacidas bajo el imperio de otra ley.

Por iguales motivos debería admitirse la solución contraria, en la hipótesis de que el contrato de prenda se hubiese llevado á cabo en Austria y contraído la segunda deuda en Italia. En esta segunda hipótesis debería aplicarse nuestra ley por las razones dichas, en el supuesto de que la retención de la cosa tuviese lugar en el territorio italiano, y que en él se hubiese ejercitado la acción para obtener la restitución de la cosa misma. Si por el contrario la cosa empeñada hubiese sido transportada á Austria, y el deudor después de haber pagado allí la primera deuda se querellase contra el acreedor para obtener su restitución, no podría éste invocar válidamente en dicho país la aplicación de la ley italiana, al amparo de la cual había sido contraída la nueva deuda, y fundar en ella el derecho de continuar reteniendo la cosa empeñada hasta el pago del segundo crédito. Esto se funda en que el derecho de retención legal no puede equipararse al derecho de retención convencional, el cual, cuando sea real y subsistente, debe reconocerse aun en los demás países, lo mismo que cualquier otra relación que tenga por base el contrato. El derecho de retención legal tiene, por el contrario, mucha semejanza con el privilegio, y de aquí que no subsista sino cuando esté fundado en la ley, y cuando además se ejercite en el lugar mismo donde está en vigor la ley en que se funda.

285. Pasemos á examinar el caso de la retención en la accesión mobiliaria. El legislador italiano establece como regla que el derecho de accesión, cuando tiene por objeto cosas muebles pertenecientes á distintos propietarios, debe regularse por los principios de equidad natural. Como consecuencia de tal máxima, dispone el legislador que, cuando el propietario de la cosa principal, ejercitando sus derechos como tal reivindique la cosa

suya del que tiene la parte accesoria como propietario y que se encuentre en posesión de ambas cosas unidas, debe admitirse en favor del último el derecho de retener la cosa mientras no se le haya satisfecho lo que se le deba por trabajo ó mano de obra, en el supuesto de que la accesión se haya llevado á cabo por su parte de buena fe. El art. 464 y siguientes regulan esta materia, disponiendo el 470 que, cuando la mano de obra sea tal que supere bastante en precio al valor de la materia trabajada, debiéndose en este caso considerar dicha mano de obra como principal, el artista tiene derecho á retener la cosa elaborada pagando al propietario el precio de la materia.

En nuestro sentir, es evidente que tales disposiciones deben aplicarse aun en la hipótesis de que el propietario de la cosa mueble principal y el de la cosa mueble accesoria, sean extranjeros siempre que la unión de las cosas con las formas varias que puedan revestir, se haya efectuado bajo el imperio de nuestra ley. En este caso no podría invocarse válidamente el principio sancionado por nuestro legislador en las disposiciones generales acerca de los bienes muebles están sujetos á la ley nacional del propietario para sustraer en su virtud el hecho jurídico de la unión, de la especificación ó de la mezcla de las cosas muebles á las disposiciones de nuestra ley, que tiene en cuenta tales casos, y á todas las consecuencias jurídicas que de ella se derivan.

No creemos que se pueda decir lo mismo en el caso de que la unión, la especificación ó la mezcla de las cosas antedichas pertenecientes á extranjeros, se hubiesen realizado en país extranjero, y que el objeto formado por la unión de la cosa mueble principal y de la mueble accesoria, se encontrase en Italia en el momento en que el propietario de la principal la reivindicase del que estaba en posesión de ella juntamente con la cosa accesoria unida. No se podría, en efecto, sostener en tal supuesto que las disposiciones de nuestra ley deban figurar entre las de orden público y de policía para someter á ellas el hecho jurídico realizado bajo el imperio de la ley extranjera. A ésta habría que atenerse y no á la nuestra para decidir acerca del derecho de los propietarios de cosas muebles, extranjeros, cuando la ley de és-

tos preceptuase cosa distinta que la nuestra, atribuyendo, por ejemplo, al artífice una acción personal y no el derecho sobre la cosa.

286. Nuestra teoría es también aplicable en el caso de retención de la cosa mueble sustraída ó robada y adquirida en una feria ó mercado. El legislador atribuye aun en dicho caso al poseedor actual de la cosa sustraída ó robada el derecho de retenerla y de negarse á la restitución al propietario mientras no se le indemnice de la cantidad pagada para su adquisición. No puede surgir duda alguna si suponemos que ha sucedido en Italia el hecho jurídico (esto es, el de la adquisición en feria ó mercado). Debe, en efecto, admitirse la aplicación del art. 709 del Código civil italiano, aun cuando el propietario de la cosa sustraída ó robada sea un extranjero y diversa la ley del Estado de donde sea ciudadano, pero no puede, á juicio nuestro, defenderse esto mismo en la hipótesis de que el hecho jurídico haya tenido lugar en el extranjero bajo el imperio de una ley que disponga lo contrario (que niegue al poseedor el derecho al reintegro) y que se dé el caso de ejercitarse en Italia la acción por parte del propietario contra el que posea actualmente la cosa extraviada.

Vamos á examinar, para aclarar nuestro pensamiento, el caso de la compra de títulos al portador extraviados ó sustraídos al propietario y adquiridos en la Bolsa.

287. Con arreglo á la ley francesa de 15 de Junio de 1872, relativa á los títulos al portador de que haya sido despojado el propietario, se dispone que, cuando éste haya formulado la oposición legal en la forma que determina la ley misma, la negociación y la venta son nulas y no producen efecto alguno en favor del propietario despojado. La tercera persona que haya adquirido de buena fe tales títulos en la Bolsa, está obligado á restituirlos al propietario que de ellos haya sido despojado, sin que tenga ningún derecho á que se le indemnice por el mismo. No puede, pues, invocar la aplicación de lo que dispone el Código civil francés en el art. 2.280, conforme con el citado art. 709 del Código civil italiano, y únicamente podrá ejercitar la acción de recurrir contra el vendedor ó contra el agente intermediario de

la venta para que le resarza del daño ó perjuicio que haya sufrido.

Es, pues, evidente, que si después de la publicación oficial de la oposición hubiese comprado un italiano ó cualquiera otra persona en la Bolsa francesa un título francés al portador, extraviado, y se encontrase después en Italia en el momento en que el propietario del título lo reclamase, no podría invocar válidamente la aplicación del art. 709 del Código civil italiano, para fundar en él su derecho á conservar el título y negarse á la restitución del mismo hasta que se le indemnizase de la cantidad satisfecha para su adquisición. Y no valdría aducir su buena fe ni la circunstancia de haberlo comprado en la Bolsa para sostener su derecho, invocando la disposición de nuestra ley que protege la buena fe y concede al poseedor actual la indemnización de todo daño ó perjuicio. Tampoco podría aducirse con éxito, que, aplicando la ley francesa, se sacrificarían los derechos del tercer portador que adquiere de buena fe bajo pretexto de proteger los intereses del propietario despojado; ni que siendo dura la tal ley, y debiéndose reputar como excepcional, no podía tener autoridad sino en el territorio sujeto á la soberanía francesa; ni que quedaría lesionado el principio de equidad consignado por el legislador italiano en el art. 709, si se admitiese en Italia la aplicación de una ley extranjera distinta de la nuestra, que obligase al que hubiese adquirido en la Bolsa un título al portador á restituirlo al propietario despojado, sin que procediese el resarcimiento de la suma que por él se hubiese dado.

Estos argumentos y otros que podrían aducirse, no pueden considerarse fundados si se acepta la teoría por nosotros expuesta. Las disposiciones que regulan el derecho de retención se deben considerar como formando parte de las de orden público y de policía, pero en lo que respecta á los hechos jurídicos realizados en el territorio sujeto al imperio del legislador, no pueden considerarse como leyes de orden público universal y de policía internacional para sostener su autoridad respecto de los hechos jurídicos acaecidos en todos los países del mundo.

El que adquirió títulos al portador en la Bolsa de París, los adquirió al amparo de las leyes vigentes en Francia, y no por-

que el espíritu de aquella ley sea duro, ha de desconocerse su autoridad respecto de los hechos jurídicos realizados donde aquella extiende su acción.

Otra sería la solución si el título francés hubiese sido adquirido en la Bolsa italiana, después de publicada la oposición hecha en Francia con todas las formalidades requeridas por la citada ley de 1872.

Los Tribunales franceses han sancionado en efecto, que en virtud de la mencionada ley de 1872 deben reputarse nulas y de ningún valor ni efecto respecto del propietario desposeído, no sólo las negociaciones y transmisiones de los títulos, después de la oposición legal llevada á cabo en la Bolsa francesa, sino también los que lo hayan sido en las Bolsas extranjeras. El Tribunal del Sena, en sentencia de 2 de Julio de 1879, el de Marsella en otra de 28 de Julio de 1879 (1) y otros, han decidido que no habiendo consignado la ley francesa ninguna excepción relativa á las contrataciones hechas en Bolsas extranjeras, la venta de los títulos franceses hecha en el extranjero debe regirse por las disposiciones de la ley de 1872, y por consiguiente, debe reconocerse el derecho del propietario desposeído y oponente á que se le devuelvan los títulos sin pagar indemnización al poseedor que los haya adquirido después de la oposición legal. Uno de los argumentos que se han aducido para sostener esta teoría es que, si las ventas hechas en el extranjero no se rigiesen también por la ley francesa, llegaría á eludirse el objeto que ésta se proponía se pretexto de haberse hecho las negociaciones en país extranjero.

Debemos observar asimismo, que no puede considerarse esta teoría fundada en buenos principios de derecho. No debe realmente admitirse que el legislador francés tenga facultades para dictar leyes obligatorias en todos los países; ni que incumba á los Tribunales dictaminar respecto de la autoridad extraterritorial de las leyes sancionadas por el jefe del Estado, ni que el Soberano de un país pueda regular por medio de leyes excepcionales los actos jurídicos realizados donde domina un Soberano

(1) Clunet, *Journal*, 1880, p. 108-196.

extranjero. Si hubiéramos de reconocer como regla suprema del derecho la defensa de los intereses franceses por un medio cualquiera, sería, en nuestro concepto, fundada la decisión del Tribunal del Sena; pero no estamos de acuerdo en modo alguno con este aserto.

El que compra de buena fe un título negociable en la Bolsa, lo adquiere bajo la garantía de la ley vigente en el lugar donde se celebra el contrato. No se puede, ciertamente, sostener que un extranjero esté obligado á no ignorar la ley francesa. Por consiguiente, suponiendo que ha adquirido el título francés en la Bolsa italiana, la adquisición debe considerarse hecha al amparo de la ley italiana, y en armonía con lo que ésta dispone para regular tal hecho jurídico. Ahora bien, como quiera que según nuestra ley, el que ha pagado una cierta cantidad para adquirir un título en la Bolsa, no puede ser desposeído por su propietario, sino cuando éste le haya devuelto la suma que le costó, y teniendo el derecho, mientras esta condición no se cumpla, de retener el título y negarse á la restitución, debe inferirse que podrá reclamar la aplicación de nuestra ley, á cuyo amparo el hecho jurídico se realizó, y fundar en ella el derecho de retención.

788. Resumiendo nuestra doctrina, concluimos: que las disposiciones legales en que el derecho de retención se funda, no pueden tener en todos los casos la autoridad del estatuto real; que pueden reputarse ciertamente tales, respecto de los hechos jurídicos llevados á cabo bajo el imperio de la ley, en la cual tiene su fundamento la retención legal y confieren un derecho que puede ejercitarse en la hipótesis de que la retención legal de la cosa se verifique donde esté en vigor la ley misma en que el derecho está basado.

CAPÍTULO III

De la propiedad.

789. Ley que debe regular la propiedad.—**790.** Derechos de la soberanía territorial.—**791.** La propiedad territorial está relacionada con el principio político y con el derecho social.—**792.** Conceptos que han prevalecido en los diversos sistemas legislativos.—**793.** Según el derecho positivo puede excluirse á los extranjeros del goce de la propiedad en todo ó en parte.—**794.** A falta de una ley especial, deben ser equiparados los extranjeros á los ciudadanos.—**795.** Aplicación del principio á la propiedad de las minas.—**796.** Lo mismo debe suceder con la propiedad literaria é industrial.—**797.** Aplícase esta teoría á los modos de adquirir la propiedad.

789. La propiedad en general es el derecho de disfrutar y disponer de las cosas de un modo absoluto, siempre que no se oponga á las leyes y reglamentos.

La propiedad, considerada con relación á la persona á que pertenece, debe regirse por la ley á que deba su origen, según los principios que hemos expuesto y que continuaremos exponiendo. Ahora nos proponemos tratar del derecho de propiedad, considerado como derecho perteneciente á la persona. Atendiendo á lo que puede ser objeto del derecho mismo, éste puede estar sujeto, según las circunstancias, á la ley del lugar donde se halle situada la cosa objeto del derecho. No se puede, por tanto, sostener que la propiedad de los inmuebles deba estar en absoluto sometida á la *lex rei sitæ*, porque no es posible atribuir á esta última la autoridad indispensable para determinar en todos los casos quién deba ó no reputarse propietario de la cosa inmueble. La ley territorial debe regular el derecho de propiedad como todo otro derecho que se ejercite en el territorio sujeto al mando del Soberano territorial, limitando su ejercicio á que pueda siempre invocarse para defender los intereses gene-

extranjero. Si hubiéramos de reconocer como regla suprema del derecho la defensa de los intereses franceses por un medio cualquiera, sería, en nuestro concepto, fundada la decisión del Tribunal del Sena; pero no estamos de acuerdo en modo alguno con este aserto.

El que compra de buena fe un título negociable en la Bolsa, lo adquiere bajo la garantía de la ley vigente en el lugar donde se celebra el contrato. No se puede, ciertamente, sostener que un extranjero esté obligado á no ignorar la ley francesa. Por consiguiente, suponiendo que ha adquirido el título francés en la Bolsa italiana, la adquisición debe considerarse hecha al amparo de la ley italiana, y en armonía con lo que ésta dispone para regular tal hecho jurídico. Ahora bien, como quiera que según nuestra ley, el que ha pagado una cierta cantidad para adquirir un título en la Bolsa, no puede ser desposeído por su propietario, sino cuando éste le haya devuelto la suma que le costó, y teniendo el derecho, mientras esta condición no se cumpla, de retener el título y negarse á la restitución, debe inferirse que podrá reclamar la aplicación de nuestra ley, á cuyo amparo el hecho jurídico se realizó, y fundar en ella el derecho de retención.

788. Resumiendo nuestra doctrina, concluimos: que las disposiciones legales en que el derecho de retención se funda, no pueden tener en todos los casos la autoridad del estatuto real; que pueden reputarse ciertamente tales, respecto de los hechos jurídicos llevados á cabo bajo el imperio de la ley, en la cual tiene su fundamento la retención legal y confieren un derecho que puede ejercitarse en la hipótesis de que la retención legal de la cosa se verifique donde esté en vigor la ley misma en que el derecho está basado.

CAPÍTULO III

De la propiedad.

789. Ley que debe regular la propiedad.—**790.** Derechos de la soberanía territorial.—**791.** La propiedad territorial está relacionada con el principio político y con el derecho social.—**792.** Conceptos que han prevalecido en los diversos sistemas legislativos.—**793.** Según el derecho positivo puede excluirse á los extranjeros del goce de la propiedad en todo ó en parte.—**794.** A falta de una ley especial, deben ser equiparados los extranjeros á los ciudadanos.—**795.** Aplicación del principio á la propiedad de las minas.—**796.** Lo mismo debe suceder con la propiedad literaria é industrial.—**797.** Aplícase esta teoría á los modos de adquirir la propiedad.

789. La propiedad en general es el derecho de disfrutar y disponer de las cosas de un modo absoluto, siempre que no se oponga á las leyes y reglamentos.

La propiedad, considerada con relación á la persona á que pertenece, debe regirse por la ley á que deba su origen, según los principios que hemos expuesto y que continuaremos exponiendo. Ahora nos proponemos tratar del derecho de propiedad, considerado como derecho perteneciente á la persona. Atendiendo á lo que puede ser objeto del derecho mismo, éste puede estar sujeto, según las circunstancias, á la ley del lugar donde se halle situada la cosa objeto del derecho. No se puede, por tanto, sostener que la propiedad de los inmuebles deba estar en absoluto sometida á la *lex rei sitæ*, porque no es posible atribuir á esta última la autoridad indispensable para determinar en todos los casos quién deba ó no reputarse propietario de la cosa inmueble. La ley territorial debe regular el derecho de propiedad como todo otro derecho que se ejercite en el territorio sujeto al mando del Soberano territorial, limitando su ejercicio á que pueda siempre invocarse para defender los intereses gene-

rales de la sociedad política ó los de terceras personas, que deben ser protegidas por la ley vigente en cada Estado.

290. Es necesario admitir que cada Soberano, en virtud del dominio eminente que ejerce en todo el territorio del Estado, debe con sus leyes proteger la propiedad, á cualquiera que pertenezca, é impedir toda exacción ó perjuicio. Al mismo corresponde además el poder de armonizar el ejercicio del derecho de propiedad con los intereses generales; el de determinar qué cosas pueden ser objeto de propiedad pública ó privada, y qué limitaciones han de admitirse en el derecho absoluto que corresponde al propietario; de qué manera este derecho debe estar subordinado á las necesidades civiles y á la autoridad social; en qué circunstancias determinadas por la ley se pueda exigir la cesión previa indemnización de las cosas pertenecientes al propietario. De aquí la necesidad de atribuir á la soberanía territorial el derecho de someter todas las cosas, sin consideración alguna á las personas á que pertenecen, á las leyes que, por razón de orden público y de policía ó á fin de proteger los intereses agrícolas, económicos é industriales, ó atendiendo á la seguridad, etcétera, regulen el ejercicio del derecho de propiedad.

Se puede, por consiguiente, sostener con razón que á cada soberanía debe reconocérsele un derecho real en todo el territorio, y sobre todo objeto corpóreo que en él se halle; pero no puede igualmente admitirse, que haya de considerar como un estatuto real (en el significado tradicional de la palabra), toda ley que regule el derecho de propiedad inmueble.

291. La propiedad territorial, considerada en su régimen general respecto de las leyes civiles que establecen y gobiernan su organismo, tiene, sin duda alguna, estrechas relaciones con el principio político, económico, agrícola é industrial de cada país, y corresponde á la soberanía en virtud de su dominio eminente sobre todo el territorio, el someterla á aquellas leyes que regulan y limitan los derechos del propietario, con objeto de conseguir los fines sociales que entran en los planes de cada legislador. Todas las leyes que tienden á realizar esta idea deben tener autoridad absoluta y exclusiva sobre el territorio, porque forman parte del derecho público, del derecho social y del po-

litico, vigentes en el Estado, no siendo aquellas leyes sino la aplicación directa ó indirecta de tales derechos.

292. En los diversos sistemas legislativos, se ve en unos admitido y negado en otros el concepto de propiedad individual. Sucede lo último en aquellos países en que todavía no han penetrado las ideas modernas que, en armonía con los principios del derecho racional, reconocen la propiedad como un atributo de la personalidad humana, y como resultado de las relaciones que se establecen entre el propietario y la cosa sobre la cual ha ejercitado su actividad, apropiándose y haciéndola productiva por medio del trabajo. En tales países se admite que únicamente el soberano debe considerarse propietario del suelo, y que los cultivadores y poseedores no tienen otro derecho sino el de poseerlo y disfrutarlo con el beneplácito del soberano (1).

En otros Estados está reconocido el concepto de la propiedad individual con ciertas limitaciones, como la de impedir el fraccionamiento de la propiedad inmueble, á fin de asegurar la primacía de determinadas clases, ó para proveer á las

(1) En Egipto no se ha reconocido la propiedad individual hasta estos últimos tiempos. Véase en el *Bulletin de la Société de législation comparée* año 1885, pág. 235, el artículo de Vial, el cual escribe lo siguiente: «En tanto que vemos en nuestros días naciones jóvenes en la América del Norte y en la Australia, llegar rápidamente á un grado de riqueza inesperado por medio del trabajo individual y del desarrollo de la propiedad, podemos contemplar en nuestro Viejo Mundo un país enteramente opuesto cuyos anales parecen ser los más antiguos de la historia, el Egipto, que, á pesar de las aguas fertilizantes del Nilo, á pesar de su admirable situación geográfica, no parece haber hecho grandes progresos económicos desde la época de los Faraones. La obra de M. Yacoub-Artin-Bey nos explica, en parte, este contraste; hasta hoy el Egipto no ha conocido la propiedad individual, ese resorte poderosísimo de la actividad humana.»

En 1871 se modificó el antiguo orden de cosas por la ley que reconocía, bajo ciertas condiciones, la propiedad individual en favor del que poseía las tierras y pagaba seis anualidades anticipadas de impuestos, y en mayor escala aun, las leyes del 27 de Septiembre de 1880 y del 8 de Julio de 1881.

necesidades de la agricultura. Así, en Prusia, hasta la época de la promulgación de la ley de 5 de Mayo de 1872, no podía hacerse la división de los latifundios, sino con la aprobación del Tribunal. El derecho inglés ha conservado hasta estos últimos años la organización de la propiedad, su carácter originario que se deriva de las relaciones feudales, sin que pueda decirse, no obstante las modificaciones introducidas desde el año 1870, que el concepto de la propiedad libre, exenta de la subordinación feudal, se haya aceptado en aquel país como en el sistema sancionado por el Código francés y por las restantes legislaciones modeladas en el mismo.

No creemos oportuno entrar en detalles minuciosos porque esto nos obligaría á detenernos demasiado cuando queremos ser claros y precisos; nos contentaremos con repetir que el concepto de la propiedad atendiendo á su organización, á los modos legales de constituirse y á la función correspondiente al Estado respecto de ella relativamente á los derechos atribuidos á los particulares, tiene un carácter completamente propio y especial en los diversos sistemas legislativos; y que las leyes del Estado relativas á esta materia, deben tener autoridad real y territorial, pero no podemos admitir que deba reputarse real y territorial toda ley de la cual se derive el derecho á la propiedad inmobiliaria, refiriéndonos á lo que ya hemos dicho anteriormente en la parte general. Allí tratamos de establecer el fundamento en que debe basarse la distinción entre las leyes que pueden tener autoridad territorial respecto de los derechos sobre las cosas inmuebles y las que pueden tener autoridad extraterritorial.

793. Puede muy bien suceder, que conforme á la ley vigente en un Estado, y con motivo de considerarse la propiedad como una concesión del Soberano y de estar reservado únicamente á los ciudadanos el beneficio de su posesión, deban quedar excluidos de ella los extranjeros, aunque tengan capacidad para adquirirla y transmitirla según las leyes de su patria. No se podría verdaderamente aducir en este supuesto que el Soberano del Estado, del cual los extranjeros fuesen ciudadanos, pudiese en justicia sostener sus derechos y defender la propiedad que hubiesen adquirido en el extranjero, donde tal adquisición estu-

biese prohibida por la ley. El ser la propiedad un derecho individual conforme á la ley natural y á las positivas de los Estados civilizados, no es un motivo para considerar establecido que deba reputarse tal en un Estado en que según su constitución política y económica se rijan por leyes inspiradas en principios diversos. Las leyes extranjeras, aun cuando sean las más conformes con los rectos principios del derecho, no pueden tener autoridad en un país extraño, cuando al reconocerlas se infiera alguna ofensa á la constitución política ó al derecho social del Estado. Admitido que estuviese prohibido según la ley de éste, que el extranjero adquiriese propiedad inmueble, sería imprescindible que todos aquellos que no perteneciesen á tal Estado se sometiesen al imperio de la ley, siquiera esta fuese contraria á sus legítimos intereses y al derecho común de los Estados civilizados. Este sería el caso de decir *dura lex, sed lex*.

Por la misma razón, en los países en que se prohiban la divisibilidad y enajenación de ciertos inmuebles á sus propietarios, esta prohibición debe considerarse imperativa aun respecto de los propietarios extranjeros, como deben considerarse imperativas respecto de todos las disposiciones legislativas vigentes en cada país que por consideraciones generales determinan ciertas limitaciones al derecho de propiedad, como son, por ejemplo, las que limitan la propiedad de las aguas, con objeto de proveer á la defensa de los intereses generales de la agricultura y de la industria, y las que establecen las servidumbres prediales, de las cuales trataremos á continuación, y otras semejantes.

794. Faltando en la ley una disposición especial que prohiba al extranjero adquirir la propiedad inmueble ó la de determinados objetos, no debe establecerse ninguna diferencia entre el ciudadano y el extranjero en lo concerniente á la adquisición de la propiedad, tanto de las cosas muebles como de las inmuebles, ni puede haber interés en discutir con tal objeto si el derecho de propiedad debe mirarse como fundado en el derecho natural ó en el derecho civil. Habiendo admitido los jurisconsultos franceses como regla general que los extranjeros pueden únicamente gozar en Francia del derecho de gentes, y no de aquéllos que deben conceptuarse como derechos civiles, han

creído oportuno discutir acerca del carácter de todos y cada uno de los derechos, para decidir si debe concedérsele al extranjero el derecho de propiedad. El mismo Laurent ha formulado la cuestión de si el derecho de poseer un inmueble en Francia ha de reputarse un derecho natural ó civil (1). Observa éste que, si bien en Inglaterra ha podido negarse hasta el año 1870 al extranjero el derecho de poseer un inmueble, ahora que se le reconoce este derecho debe reputarse fundado en la ley civil. En Francia, por el contrario, dice, concediéndosele indirectamente al extranjero por el art. 3.º del Código civil el derecho de poseer un inmueble, se infiere que debe considerarse como un derecho natural. De aquí concluye que la distinción tradicional no tiene sólido fundamento.

En nuestro sentir es completamente inútil discutir la cuestión desde dicho punto de vista. El derecho de propiedad, considerado en sí mismo, es uno de los derechos de la personalidad humana, y no puede, por lo tanto, depender en principio de la ley civil. Indudablemente no es posible sostener que los derechos de la personalidad humana puedan considerarse una concesión del legislador. Lo que sí puede decirse es que, según el derecho histórico, habiendo existido sistemas legislativos que han desconocido los derechos de la personalidad humana, incluso el de la libertad, ha debido suceder lo mismo con el de la propiedad. Por consiguiente, en realidad, el derecho de propiedad ha podido negarse al extranjero por la ley civil, como ha podido también negársele por ésta la facultad de adquirir la propiedad de ciertas y determinadas cosas, y para resolver la cuestión con arreglo á cada sistema legislativo, habrá que atenerse á cuanto la ley dispone. Cuando falta una disposición expresa, la regla que ha de aplicarse debe ser la de equiparar el extranjero al ciudadano, y no admitir otras exclusiones que las que estén consignadas en la ley de una manera expresa.

395. Así debe resolverse, por ejemplo, la cuestión de la propiedad de las minas. Esta puede considerarse como una empresa

(1) Laurent, *Droit civil international*, t. III, § 323.

comercial ó apreciarse, con más fundamento, como propiedad civil; pero cualquiera que sea el concepto que prevalezca en un sistema legislativo ó en la jurisprudencia de un país, debe admitirse en todos los casos que se ha de determinar con arreglo á la ley de cada Estado, no sólo el verdadero carácter de la propiedad de las minas, sino también resolverse la cuestión de si el extranjero, sometiéndose al derecho común del Estado para el goce de dicha propiedad, puede adquirirla del mismo modo que el ciudadano, debiendo ser siempre la regla la de admitir igualdad de condición jurídica entre el uno y el otro, en el supuesto de que el legislador, para defender el interés público y el derecho social, no haya sancionado expresamente limitaciones relativas al extranjero.

396. El mismo principio debe prevalecer para cualquiera otra clase de propiedad, y por tanto, hasta para las producciones del ingenio, del arte ó de la industria, que pueden considerarse como una propiedad, según la ley. Trataremos de ellas inmediatamente. Tanto en lo que se refiere á estas producciones, como á cualquier otra manifestación de la actividad humana, debe admitirse la regla general establecida por nosotros, á saber: que á cada soberanía corresponde, no sólo determinar cuáles son las cosas que pueden ser objeto de propiedad, y cuál el carácter de cada una (si debe reputarse en la categoría de propiedad pública ó de propiedad privada), sino también cuáles deben ser las limitaciones que, por razones de interés público ó para defensa del derecho social, han de oponerse al goce de la misma propiedad. Pero si no existe en la ley una disposición especial que establezca diferencia entre el ciudadano y el extranjero, debe reconocérsele á éste el derecho de adquirir la propiedad bajo las condiciones previstas por la ley, en atención á que el derecho de propiedad es un derecho de la personalidad humana y no se deriva de la ley civil.

397. Los principios que hemos expuesto hasta ahora, encuentran su aplicación en lo que concierne á los modos de adquirir la propiedad de las cosas.

Los modos de adquirir la propiedad de las cosas pueden dividirse en dos clases generales, á saber: la de la adquisición á tí-

tulo universal, y la de adquisición á título particular. Cada cual de estas dos categorías puede subdividirse según que la adquisición emane de actos *inter vivos* ó de actos *mortis causa*. No podemos descender en este lugar á casos particulares, y si sólo notar que no es posible establecer como regla general que todo deba depender de la *lex rei sitæ*, cuando el objeto del derecho sea una cosa inmueble, y en su lugar trataremos después, cuál debe ser la ley reguladora de la adquisición de la propiedad, según que ésta resulte de la sucesión, de disposiciones á título gratuito, de contratos ó de disposiciones á título particular *mortis causa*.

Es nuestro objeto ocuparnos en este lugar únicamente de la adquisición á título particular ó sea de las que son efecto de un hecho jurídico consignado en la ley, suficiente por sí mismo para atribuir la propiedad de la cosa, como son la ocupación, la accesión y la prescripción. Los jurisconsultos están de acuerdo en reconocer en principio que dichos modos de adquisición deben depender exclusivamente de la *lex rei sitæ*.

A).—*De la ocupación.*

798. La ocupación como medio de adquirir la propiedad debe regularse por la *lex rei sitæ*.—**799.** Las leyes positivas contienen diversas disposiciones acerca del derecho de apropiarse un tesoro.—**800.** Determinase la ley que debe aplicarse.

798. Ninguna duda racional puede surgir respecto de la ocupación. Extendiéndose la soberanía del Estado á todo el territorio, que es la base material del poder soberano, ejerce el dominio sobre el mismo. Teniendo en cuenta cada una de las partes del territorio sobre las cuales los particulares han adquirido derechos, su función propia es la de protección y defensa jurídicas; y tocante á las partes que no sean objeto de propiedad individual, la soberanía ejerce en ellas los mismos derechos que un propietario, porque, tomadas en su conjunto, constituyen la propiedad pública y forman parte del patrimonio del Estado. En

virtud de este derecho puede, pues, la soberanía determinar las condiciones bajo las cuales un sujeto puede llegar á ser propietario de las cosas no incluidas en censo ó abandonadas, adquiriendo derechos sobre ellas mediante la ocupación y la aplicación del propio trabajo. Es evidente que la ley que tales facultades concede debe tener autoridad territorial, porque realmente lleva á cabo un acto de dominio, que no puede atribuirse sino al soberano que impera en el territorio.

Debe aplicarse este principio sin ninguna restricción, lo mismo caso de que la ocupación pueda fundarse en un título legal para adquirir la propiedad de las cosas inmuebles, que cuando pueda reputarse tal respecto de las muebles. Aun en lo que se refiere á éstas, el principio en virtud del cual se consideran regidas en todas partes por la ley de la persona á que pertenecen, no puede modificar la regla establecida por nosotros, de que cuando las cosas muebles se encuentran en el territorio de un Estado y bajo el imperio de la soberanía allí dominante, será preciso decidir, en armonía con la ley vigente, cuándo habrán de considerarse abandonadas por el anterior propietario, y cuándo podrán ser adquiridas mediante la ocupación. Lo mismo deberá decirse, por ejemplo, respecto de las cosas muebles que se encuentren en el territorio ó en las aguas territoriales del Estado aun en el caso de que sean arrojadas por el mar á consecuencia de un naufragio que haya acontecido fuera de dichas aguas. Aun respecto de esto habrá de aplicarse la ley particular del Estado donde las cosas que el mar arroje se encuentren actual y realmente, á fin de decidir si puede adquirirse la propiedad de ellas por el que las haya encontrado y hecho suyas mediante la ocupación, ó quedar éste obligado á restituirlas al propietario obteniendo de él una gratificación. Siempre que el hecho de la ocupación en que se funde la adquisición de la propiedad se haya realizado en el territorio ó en localidades asimiladas á él, deberá regirse por la ley del Estado que allí impere.

799. Puede aplicarse también nuestra teoría en la hipótesis de que en una heredad ó en un objeto mueble se haya encontrado un tesoro y surja la cuestión de si éste debe corresponder al propietario de la cosa donde fué encontrado, ó al que por efec-

to de la casualidad tuvo la suerte de descubrirlo. Las leyes positivas atribuyen el derecho de apropiarse el tesoro en todo ó en parte.

Según la ley austriaca, si uno descubre cosas de ignorado propietario enterradas ú ocultas en una pared ó en otro cualquier lugar, debe publicar el hecho con las formalidades establecidas por la ley, pudiendo, según los casos, obtener un premio por parte del propietario (artículos 395-397). Cuando las cosas descubiertas consistan en alhajas, dinero ú objetos preciosos escondidos por largo tiempo y cuyo anterior propietario no sea posible averiguar, se las designa con el nombre de tesoro; y el que lo descubre está obligado á dar conocimiento de ello al Gobierno. Las cosas así encontradas se adjudican en una tercera parte al patrimonio del Estado, y las otras dos se dividen entre el que las encontró y el propietario de la finca.

Según la ley italiana, el tesoro que por casualidad se haya encontrado en la hacienda de otro (art. 714 del Código civil), se adjudica por mitad al propietario de la finca donde fué encontrado y la otra mitad al que lo descubrió. Este principio se aplica aun en el caso de que el tesoro se haya descubierto en un mueble, en el cual estaba encerrado sin saberlo su propietario. Otras leyes admiten, en cambio, que el tesoro escondido ó enterrado, y del cual nadie pueda probar ser el dueño, debe considerarse como un objeto perdido que pertenece al que lo encuentra, el cual puede retenerlo como suyo y negarse á restituirlo á toda persona que no justifique ser el legítimo propietario. Este es el derecho vigente en los Estados Unidos de América.

800. Con motivo de esta diversidad en el derecho positivo, podría surgir una dificultad en el supuesto, por ejemplo, de haberse encontrado un tesoro en un mueble perteneciente á un americano que se hallase en Italia. Según nuestra ley, los bienes muebles están sujetos á la ley de la nación del propietario, y como quiera que con arreglo á ésta no se considera incluido en el derecho de propiedad el derecho sobre el tesoro descubierto por casualidad, podría deducirse de aquí que con arreglo á la ley del propietario no podría reconocérsele á éste ningún derecho sobre las cosas encontradas fortuitamente en el mueble de su

pertenencia, y por consiguiente, podría sostenerse que el tesoro se habría de entregar por entero al que lo encontró.

Al contrario, puede sostenerse con mejores razones, que la ley territorial que dispone que se debe repartir el tesoro entre el que lo encontró y el propietario del fundo en que se ha encontrado, no estatuye respecto del derecho de propiedad, sino que regula el hecho jurídico disponiendo que se repartan los beneficios entre el propietario y el que halló el tesoro, y por tanto, no habría motivo para invocar la ley personal del propietario, sino más bien, que es necesario atenerse á la ley territorial bajo cuyo imperio ocurra el hecho jurídico, y decidir con arreglo á ella el modo como ha de repartirse el tesoro.

B).—De la *accesión*.

- 801.** De la ley que debe regular la accesión respecto de las cosas inmuebles.—
802. De la accesión entre fundos situados en el territorio de diversos Estados.—**803.** Ley que debe regular, en tal caso, el derecho de prevenir ó provocar el aluvión.—**804.** Ley que debe regular el aluvión ya formado.—**805.** Derecho de accesión relativamente á las cosas muebles.

801. En lo que se refiere á la accesión, que según la ley puede ser un modo de adquirir la propiedad de la cosa accesoria unida á la principal, creemos oportuno notar que la autoridad de cada ley respecto de las consecuencias jurídicas que pueden resultar de la accesión relativa á cosas inmuebles, debe considerarse exclusiva en el territorio donde la misma accesión tenga efecto. La ley personal del propietario extranjero puede tener autoridad en ciertos casos para determinar los derechos correspondientes á las personas que han adquirido la propiedad de la cosa inmueble á consecuencia de la accesión. Decimos esto en el solo caso de que surja la cuestión entre personas que por cualquier otro título tengan derecho á la cosa tratándose de determinar la extensión de este derecho en el terreno de las relaciones particulares entre aquéllas. Así, por ejemplo, puede darse el caso de dos cónyuges extranjeros que se hayan unido en ma-

trimonio, según el régimen de comunidad, y que á consecuencia del aumento de la finca aportada á ésta, sobrevenido por aluvión, discutan si la parte agregada al fundo perteneciente en propiedad á uno de ellos debe también formar parte de los bienes comunes, ó si deben éstos limitarse tan sólo á los frutos recogidos en el terreno agregado por el aluvión. Esta cuestión debe resolverse por los principios que regulen los derechos de los cónyuges extranjeros sobre los bienes aportados á la comunidad y no por la *lex rei sitæ*. Lo mismo deberá decirse en el caso de que, durante el matrimonio realizado con arreglo al régimen dotal, haya sobrevenido el acrecentamiento de los bienes dotales de la mujer extranjera á consecuencia de la accesión, y consista la cuestión en decidir si la parte agregada debe reputarse también sometida al vínculo de la dote. En éste y otros casos semejantes es evidente que, en el sistema que seguimos, no puede todo depender de la *lex rei sitæ*, sino que, por el contrario, habrá de tenerse en cuenta la ley que regula los derechos patrimoniales de los cónyuges extranjeros.

302. Puede presentarse una dificultad en el caso en que la accesión sobrevenga respecto de dos predios situados en los confines de dos Estados ó que tenga lugar en un río ó torrente que separe dos países limítrofes.

Las leyes positivas han seguido diferentes sistemas al regular el derecho de accesión relativamente á las cosas inmuebles y á los aluviones, que son resultado del agua corriente, y á las islas y aglomeraciones de tierras que pueden formarse en ríos y torrentes. No parece oportuno exponer minuciosamente estas discrepancias, porque nos veríamos obligados á ser muy prolijos cuando queremos ser concisos. Nos limitaremos á observar que esta discrepancia existe y que, en lo tocante á los derechos de los poseedores de predios contiguos á las aguas corrientes respecto de las obras que pueden hacerse para evitar ó provocar el aluvión; en lo que se refiere á los derechos que deben reconocerse á los propietarios de tales predios sobre los terrenos reunidos lejos de la orilla, sobre las islas formadas en los lechos de los ríos ó torrentes, sobre el cauce abandonado por un río y otras cuestiones análogas, son diversas las disposiciones

legales, habiendo legislaciones que siguen el Derecho romano, sobre el cual están basadas las disposiciones del Código francés, apartándose otras de aquel derecho. La cuestión, repetimos, puede nacer en el supuesto de que los hechos que han tenido en cuenta cada legislador para la adquisición de la propiedad de los terrenos modificados por la acción de las aguas, tengan lugar entre dos predios situados en los límites territoriales de dos Estados.

En tal supuesto, habrá necesidad de tener presentes los principios de derecho público internacional que se refieren á los derechos de los Estados limítrofes sobre los ríos que los separan, para decidir con arreglo á ellos los derechos respectivos á uno ú otro Estado sobre esta ó aquella parte del río, sobre las islas formadas en él y las modificaciones que pueden ocasionarse por el curso del río ó torrente que, abandonando su antiguo lecho, haya formado uno nuevo. Resuelta la cuestión de si una parte del río debe ó no considerarse comprendida en las fronteras territoriales de uno ú otro Estado, parécenos evidente que debe resolverse toda contienda acerca de la aplicación de cualquiera de ambos sistemas legislativos, aplicando á cada hecho jurídico la ley de uno ó de otro Estado, según que debe considerarse realizado en los límites territoriales en que impera una ú otra soberanía.

303. Aplicando nuestra regla debe deducirse de ella, que antes que se haya formado el aluvión ó sobrevenido la avulsión de una parte considerable de un predio contiguo al río, transportado por la fuerza del agua á la orilla opuesta (que suponemos encontrarse en los límites territoriales del Estado limítrofe), los propietarios de ambas riberas opuestas deberán tener derecho á poner todos los medios para prevenir ó provocar las uniones ó separaciones de tierra en conformidad con la ley vigente en los respectivos Estados limítrofes. Por tanto, deberá decidirse con arreglo á una ú otra ley si hay derecho á impedir las obras y si puede promoverse alguna acción para obtener la indemnización del daño sufrido. El propietario de la orilla opuesta no podrá, ciertamente, fundar en la ley del Estado donde se encuentre el inmueble que le pertenece ninguna acción contra el propietario

del predio opuesto, porque como éste, por razón de la situación, está sujeto al imperio de la ley territorial, su propietario no está obligado á hacer sino aquello que la ley le imponga, y tiene de recho á hacer todo lo que la misma le permita.

La ley del Estado limítrofe no puede tener autoridad alguna, ni para limitar los derechos del propietario del predio opuesto, ni para aumentar sus obligaciones jurídicas en lo tocante á prevenir ó disminuir los perjuicios de los propietarios de las fincas situadas en los límites territoriales de otro Estado, excepto solo el caso en que se haya tenido en cuenta todo esto por un convenio entre los dos Gobiernos.

Lo dicho es consecuencia legítima del principio general, en virtud del cual se admite que los inmuebles deben reputarse sujetos á la *lex rei sitæ*, y que las leyes que regulan el régimen económico de la propiedad deben tener autoridad exclusiva en cada territorio.

304. Cuando por el contrario el aluvión haya formado el terreno ó cuando de éste se haya desprendido la avulsión, se hayan formado islas, ó sobrevenido otras modificaciones en el terreno mismo, será preciso aplicar la ley del Estado en que se encuentre el inmueble á que se haya unido el terreno, para decidir en su virtud, no solamente acerca de la propiedad del terreno mismo (esto es, si ha de reputarse como cosa que carece de dueño, y en tal concepto atribuirla al Estado, ó si por el contrario debe pertenecer al ribereño en virtud del derecho de accesión y de la ley que le reconoce tal beneficio), sino también acerca del derecho relativo al propietario del fundo de la orilla opuesta á vindicar la parte desprendida, ó demandar una compensación á cambio del terreno separado por la fuerza del río, y unido al fundo de la opuesta orilla. Este propietario no podría fundarse en la ley del Estado donde se encuentra el inmueble que experimenta el daño ó perjuicio, ó la separación de una parte considerable, con objeto de reivindicar la parte separada, y ejercitar la acción de resarcimiento, porque como quiera que cuando el terreno de aluvión se ha formado llega á ser un accesorio de la cosa principal, debe esto regirse por la *lex rei sitæ*; y de aquí que no pueda tener otros derechos fuera de los que la *lex rei sitæ* le conce-

da, debiéndose decir lo mismo en el caso de islas formadas en los límites territoriales del Estado limítrofe. Siempre que por las modificaciones sobrevenidas en el curso del río deban dichas islas reputarse en los confines territoriales del Estado opuesto, habrán de estar sometidas á la ley del mismo, ya para determinar los derechos de propiedad, ya para regular cualquiera acción de reivindicación ó de daño que pueda corresponder al propietario de la orilla opuesta. Aun en este segundo caso, viene á corroborar la teoría que hemos establecido el principio de que los inmuebles están sujetos á la *lex rei sitæ*.

305. Pasemos ahora á tratar de la adquisición de la propiedad en virtud de accesión relativamente á las cosas muebles. En este punto será también necesario admitir el principio de que cuando dos cosas pertenecientes á diversos propietarios extranjeros se encuentren en el territorio del Estado donde se haya verificado la unión de ellas formando un todo, deberá resolverse con arreglo á la *lex rei sitæ* toda discusión que verse sobre derecho perteneciente al propietario de la cosa principal á adquirir en virtud de la accesión la propiedad de la cosa accesoría. Esta ley habrá de aplicarse igualmente para decidir cuál de las dos cosas debe reputarse principal y cuál accesoría; en qué casos habrá de admitirse el derecho de pedir su separación y cómo debe estimarse el valor de la cosa unida, y asimismo la forma para condenar al resarcimiento de todo daño al que usó la cosa ajena sin el consentimiento de su propietario.

Aun respecto de las cosas muebles, debe admitirse la regla general de que las leyes que regulan la adquisición de su propiedad, desde el punto de vista del interés económico ó industrial, deben tener autoridad territorial y aplicarse aun respecto de aquellas que pertenecen á extranjeros que se encuentran actual y realmente en el territorio del Estado, siempre que el hecho jurídico en que está fundada la adquisición de la propiedad de estas cosas por disposición de la ley, haya nacido y se haya perfeccionado bajo el imperio de la ley territorial, en la cual se intenta fundar la adquisición de la propiedad.

C).—De la prescripción adquisitiva ó usucapión.

806. Fundamento de la usucapión.—**807.** Los extranjeros pueden disfrutar de ella.—**808.** Diversidad de las leyes que regulan esta materia.—**809.** La prescripción de los inmuebles debe regirse por la *lex rei sitæ*.—**810.** Examínase el caso de que sobrevenga un cambio en la soberanía del Estado.—**811.** Las reglas de derecho transitorio no pueden servir para resolver esta cuestión.—**812.** Dificultad acerca de la ley que debe regular la posesión comenzada.—**813.** Modo de resolver á nuestro juicio tal cuestión.—**814.** Confírmase la teoría con la autoridad de la jurisprudencia.—**815.** Las leyes regulan de diversa manera la prescripción adquisitiva de las cosas muebles.—**816.** Son también diferentes las disposiciones relativas á la reivindicación de las cosas muebles y de los títulos al portador.—**817.** Opiniones diversas de los escritores acerca de la ley que regula la prescripción.—**818.** Observaciones críticas y nuestra teoría.—**819.** Cómo debe entenderse la máxima de que respecto de las cosas muebles la posesión constituye título.

806. La usucapión se ha admitido por las leyes á causa de la necesidad social de asegurar la estabilidad de la propiedad de las cosas y poner el patrimonio á cubierto de los ataques á que podría estar expuesto si pudiesen por tiempo indefinido discutirse los derechos sobre el mismo. No puede decirse en rigor que la usucapión deba enumerarse entre los modos legales de adquirir la propiedad, siendo más bien un modo admitido por la ley de consolidar lo adquirido anteriormente, ó que como tal debe presumirse. En las legislaciones modernas se le ha llamado prescripción, si bien esta última expresa un concepto mucho más extenso, puesto que puede denotar el derecho á rechazar una acción por parte de aquel que durante el espacio de tiempo establecido por la ley, ha venido ejercitando un derecho á la acción para hacerlo respetar ó reconocer. Así, la prescripción puede denotar no sólo la usucapión propiamente dicha, ó la prescripción adquisitiva, esto es, la que sirve para consolidar la propiedad, sino también la prescripción extintiva que es un medio de rechazar toda acción promovida para hacer reconocer un derecho cualquiera.

En este lugar nos concretaremos á la usucapión propiamente dicha ó prescripción adquisitiva.

807. Habiendo considerado algunos jurisconsultos la prescripción en general como una institución de derecho civil, han creído poder sostener que á los extranjeros no podía reconocérseles el derecho de adquirir la propiedad en virtud de la misma (1). Esta opinión en nuestro sentir no puede justificarse.

Es verdad que según el Derecho romano no se concedía la usucapión á los peregrinos, pero la causa de esto era que estándoles prohibido adquirir el dominio *jure Quiritium*, no podía concedérseles aquélla, que era un modo de consolidar la propiedad anteriormente adquirida. Pero ante el derecho moderno, que no reconoce dos especies de propiedad, y que admite á los extranjeros al goce de los derechos civiles, y especialmente al de la de aquella, es un contrasentido invocar los principios del Derecho romano. La prescripción adquisitiva, más bien que un privilegio ó un beneficio de la ley, es hoy un modo de consolidar la adquisición anterior, ó que por lo menos se supone preexistente; y supuesto que los extranjeros pueden adquirir por sucesión, por donación ó por contrato, no debe negárseles la prescripción, que es una presunción legal de haber allí adquirido mediante uno de los modos antedichos.

808. Las disposiciones legales en materia de prescripción son diferentes, y no hay necesidad de exponerlas en este lugar. Sólo notaremos que en los Códigos que se han inspirado en el francés, se ha establecido una distinción respecto del tiempo necesario para la prescripción, admitiendo un período más breve para aquél que haya adquirido de buena fe y con justo título un inmueble de otro individuo que no sea su dueño. En este caso la ley francesa establece un término de diez años para completar la prescripción, si el verdadero propietario del inmueble habita en el término jurisdiccional del Tribunal donde el inmueble radica, y de veinte años si está domiciliado en otra parte (2). En

(1) Pothier, *De la prescription*, pág. 20; Raynauld, *Inst.*, pág. 155; Confr. Troplong, *Prescript.*, 35; Demolombe, *Cours.*, tomo 1, página 243; Demangeat, *Condition des étrangers*, pág. 330.

(2) Artículo 2.265.

los demás casos se ha fijado el plazo de treinta años para la prescripción. La ley italiana, manteniendo para todos los casos este último plazo, como necesario para la prescripción, fija después el de diez años únicamente para la prescripción más breve, en favor del que haya adquirido de buena fe un inmueble ó un derecho real sobre un inmueble en virtud de título debidamente registrado, y que no adolezca de vicio de nulidad en cuanto á la forma.

Tanto en el Código francés como en el italiano (1), los bienes patrimoniales del Estado y de las personas jurídicas ó corporaciones están sujetos á las mismas reglas que los privados para los efectos de la prescripción. En el Código austriaco, por el contrario, existe una diferencia en este punto, habiéndose dispuesto por el art. 1.472 que para la prescripción ordinaria contra el fisco se exige la posesión durante cuarenta años.

En el derecho inglés está admitida la prescripción adquisitiva, propiamente dicha, en lo que se refiere á las servidumbres y demás derechos reales que se consideran adquiridos definitivamente en virtud del ejercicio no interrumpido por el tiempo que la ley determina. Respecto de la propiedad inmobiliaria, la prescripción tiene un carácter propio, que consiste en la limitación del derecho de acción. Dicha ley establece, en efecto, el término en que debe considerarse extinguida la acción que corresponde al propietario desposeído para vindicar la cosa propia. Vemos, también, establecida en la legislación inglesa la diferencia acerca de las condiciones requeridas para constituir la prescripción contra los particulares y contra la Corona, contra la Iglesia y demás entidades colectivas.

809. Cualquiera que sea la ley territorial respecto de la prescripción, debe admitirse como regla incontestable, que la prescripción de los bienes inmuebles, de los derechos reales sobre éstos y de las acciones inmobiliarias debe someterse por completo á la ley del lugar donde la cosa esté situada. Algunos escritores han pretendido sostener que pudiendo considerarse la

(1) Código francés, art. 2.227, italiano, 2.114.

prescripción adquisitiva como una excepción perentoria podía depender de la *lex fori*. Así opina Titmann (1); pero en nuestro sentir, es preferible la opinión que excluye la aplicación de cualquiera otra ley y que lo hace depender todo de la *lex rei sitæ*, porque, respecto del inmueble, debe decidirse con arreglo á ésta si es ó no prescriptible y si la prescripción puede ó no considerarse efectiva.

810. Puede darse el caso de que, mientras esté corriendo el término para la prescripción, pase al dominio de una soberanía extranjera aquella parte del territorio en la cual se encuentra el inmueble objeto de la prescripción, y que, á consecuencia del cambio general de legislación que se verifica, llegue á suscitarse la cuestión de si, admitiendo como seguro el principio de que la prescripción adquisitiva de las cosas inmuebles y de los derechos reales sobre las mismas, ha de regirse por la ley del lugar en donde la cosa inmueble está situada, debe considerarse la prescripción perfecta con arreglo á la ley del Estado anterior, á cuyo amparo tuvo su comienzo, ó con arreglo á la del Estado cesionario.

Para resolver esta cuestión, podría suponerse que se deberían aplicar los principios del derecho transitorio, esto es, los vigentes en el Estado á que se hubiese anexionado aquella parte del territorio donde radicara el inmueble que se intentase adquirir mediante la prescripción. Podría alegarse, en efecto, que habiendo comenzado á estar en vigor la ley del Estado antedicho desde el momento en que se efectuó la cesión, debería mirarse como una ley nueva, habiéndose ya derogado la del antiguo Estado que imperaba en el mismo territorio. De aquí que en el supuesto de que las reglas de derecho transitorio se hubiesen sancionado por una ley destinada á regular la aplicación de las leyes nuevas, y á dar reglas para las prescripciones durante su término, podría establecerse que convendría atenerse á ella para decidir la duda de si la prescripción comenzada debía regirse por

(1) *De competentia legum*, núm. 11. Véase también Meyer, *De statutorum conflictu*, § 25.

la ley del antiguo Estado, bajo cuyo imperio había principiado, ó por la del nuevo (á que se haya cedido el territorio), bajo cuyo imperio llegaba la prescripción á su término definitivo.

Esta teoría podrá parecer la aplicación de la regla general que establece que la prescripción de los bienes inmuebles debe subordinarse á la *lex rei site*. Siendo la ley transitoria la del lugar en donde la cosa inmueble se halla en el momento en que se pretende adquirirla mediante la prescripción, es natural suponer que ésta podría perfeccionarse bajo las condiciones determinadas por la ley misma. Por consiguiente, suponiendo, por ejemplo, que dicha ley hubiese sancionado el principio que ha inspirado el art. 2.281 del Código civil francés, á saber: que las prescripciones cuyo comienzo tuvo lugar bajo las leyes antiguas, deben regirse por éstas, podría reputarse razonable por analogía de principios el aplicar tal regla, reconociendo el derecho de aquel que hubiese comenzado á prescribir mientras estaba en vigor la ley del anterior Estado para poder llevar á término definitivo la prescripción, con arreglo á dicha ley.

§11. Puede observarse asimismo, que las reglas de derecho transitorio sancionadas por cada legislador, pueden servir para regular la aplicación de las leyes antiguas y de las nuevas emanadas del Soberano del Estado, y que no se pueden aplicar por analogía en el caso que nosotros examinamos. Conviene, en efecto, tener presente que la prescripción adquisitiva ó usucapion puede ser un medio de adquirir la propiedad de las cosas pero que no llega á ser, como tal, eficaz y efectiva sino cuando se haya definitivamente realizado bajo las condiciones que la ley determina y cuando haya expirado el plazo que ésta exige para prescribir. Por lo tanto, si llega á efectuarse el cambio de la soberanía del Estado cuando todavía no ha llegado á tener efecto la prescripción, no puede el poseedor alegar ningún derecho de propiedad, una vez que todavía no lo ha adquirido mediante la prescripción; tampoco puede reclamar el derecho de que ésta se lleve á cabo bajo las reglas á cuyo amparo había comenzado á poseer la cosa; porque la misma posesión, iniciada y continuada por él, debe considerarse como un acto preparatorio para la adquisición de la propiedad, que, no pudiendo ser perfecta sino

al expirar el último momento del plazo requerido para prescribir, debe regirse por ley vigente en la época en que él entiende que se completa la prescripción. Debemos, pues, concluir de aquí que todo debe depender de la ley del Estado á que el territorio haya sido anexionado.

Las reglas de derecho transitorio, sancionadas por la legislación del Estado, no pueden modificar la aplicación del principio que hemos establecido. Suponiendo que aquélla hubiese sancionado la regla de que las prescripciones comenzadas y no terminadas debían regirse por la ley vigente en el momento en que hubiesen comenzado los actos de posesión propios para prescribir, no podría aplicarse tal regla para deducir que las prescripciones iniciadas bajo el imperio de la ley del Estado cesionario debían completarse con arreglo á la misma. Basta, en efecto, considerar que la ley transitoria sancionada por el soberano del Estado regula los hechos y relaciones jurídicas establecidas bajo su dominio, porque le compete el derecho de regularlos con la ley propia, como también sus consecuencias cuando se realice un cambio de leyes emanadas de él mismo. No se pueden, ciertamente, aplicar las disposiciones sancionadas por la ley transitoria, para determinar la autoridad de la ley del país en concurrencia con la de un Estado extranjero, dado por supuesto que hubiese acontecido el cambio de la soberanía territorial á consecuencia de la cesión. En esta última hipótesis, es evidente para nosotros, que debería resolverse la cuestión en armonía con los principios generales del derecho acerca de la autoridad de la ley de un Estado en concurrencia con la de otro extranjero, y no según las reglas especiales de derecho transitorio sancionadas por cualquiera de ellos.

Deberá, por lo tanto, tenerse por seguro que no puede realizarse la prescripción sino bajo las condiciones establecidas por la ley del Estado á que se ha anexionado el territorio y donde se encuentra el inmueble objeto de la prescripción.

§12. Respecto de este punto no nos parece que puede caber duda alguna. Esta puede surgir, en cambio, al decidir si la posesión comenzada bajo el imperio del anterior Estado puede computarse con la continuada después de realizarse la cesión, pa-

ra considerarla perfecta la prescripción cuando termine el plazo requerido por la ley del Estado cesionario para prescribir. La razón de la duda consiste en que el efecto jurídico de la posesión mantenida con el fin de efectuar la prescripción se deriva de la ley vigente del lugar donde la posesión se ha realizado, y por lo tanto, dependiendo todo de la ley, debe exigirse que se continúe la posesión necesaria para prescribir durante todo el tiempo que la *lex rei sitæ* exija, dado que, en virtud de ellas se efectúa la prescripción. Debiendo depender todo de esta ley, podía sostenerse que, con arreglo á la misma se deberá decidir toda cuestión relativa á los requisitos de la posesión necesarios para la prescripción ó su duración, y, por consiguiente, no debería tenerse en cuenta la posesión anterior mantenida bajo el imperio de la ley del antiguo Estado.

Esta regla podría aun considerarse fundada en los rigurosos principios de derecho que establecen la autoridad exclusiva y absoluta de la ley territorial respecto de los inmuebles ó de los modos de adquirir la propiedad de los mismos.

S13. Debemos observar, sin embargo, que no se ajustaría á los principios de equidad y á la razón de las cosas, el sujetar al que hubiese poseído el inmueble á que comenzase la prescripción, ateniéndose á la ley del nuevo Estado para cumplirla bajo las condiciones que ella establece. Más conveniente sería á juicio nuestro, admitir que, por regla general, el poseedor puede unir la posesión comenzada antes de la cesión, á la que después de ella continúa para perfeccionar de este modo la prescripción en armonía con la ley del Estado cesionario. Mas cuando esta requiriese una condición para efectuar la prescripción no reclamada por la ley del Estado antiguo, debería considerarse como de ningún valor ni efecto la posesión precedente y obligar al que quisiese prescribir á que comenzase los actos de posesión conducentes á tal objeto con arreglo á la ley del Estado cesionario, para perfeccionar la prescripción bajo las condiciones que la última establece.

Aceptando nuestra teoría podía, por otra parte, presentarse la dificultad de que, computando la posesión anterior á la cesión con la posterior á ella, pudiese efectuarse la prescripción

en un período de tiempo más corto, si la duración del que se requiere para prescribir fuese menor según la ley del Estado cesionario. En este caso entendemos que en virtud de los mismos principios racionales que ya hemos invocado en apoyo de nuestra doctrina, debería excluirse su aplicación. En efecto, en el supuesto de que el propietario de la cosa, con arreglo á la ley del Estado cedente bajo cuyo imperio comenzaron los actos de posesión, hubiese tenido derecho á interrumpir la prescripción por la mayor duración de tiempo fijado en la ley del Estado cedente sería gravemente perjudicado, si el poseedor podía no sólo computar la anterior posesión con la posterior, sino además prevalerse de la ley del Estado cesionario que para efectuar la prescripción exigiese un plazo más breve. Más ajustado á la naturaleza de las cosas sería el admitir el derecho del propietario á anular todos los efectos de la posesión, ejercitando la acción reivindicatoria durante el mayor tiempo fijado por ley del Estado cedente, bajo la cual la posesión comenzó á realizarse.

Se comprende perfectamente que en el orden de ideas que seguimos no podría concedérsele al poseedor el que se prevaleciera de la ley del Estado cedente para efectuar la prescripción respecto á aquellas cosas que no fuesen prescriptibles, según la ley del Estado cesionario. Sólo en el caso de que la prescripción hubiese llegado á su término antes de la cesión del territorio no podría la ley del referido Estado anular el hecho jurídico realizado y perfecto antes de comenzar á regir en el territorio anexionado, y sería preciso admitir que la propiedad de las cosas adquiridas por los particulares, debió respetarse, no obstante que la ley del Estado cesionario declarase imprescriptibles las cosas mismas.

S14. Hallamos una aplicación de los principios que acabamos de exponer en la sentencia del Tribunal de Lyon á propósito de ciertas islas que se formaron en el Ródano (a), río que

(a) Aunque el original italiano dice *Rhône* (Ródano), creemos que es una errata, pues al riachuelo á que puede referirse le dan, los pocos geógrafos que á él aluden, el nombre de *Roya*.

separa á Francia de Italia, situado en la Saboya, que actualmente pertenece á Francia. Surgió la duda de si los habitantes de un municipio que pretendían haber adquirido un derecho real en virtud de la prescripción, podían prevalerse de la ley sarda, vigente en Saboya, antes de su anexión á Francia. El Tribunal decidió que todo debía regularse por la ley francesa; porque la adquisición de un derecho de propiedad inmobiliaria, como resultado de la prescripción, debe estar sometida á la *lex rei sitæ* (1).

S15. La prescripción adquisitiva de las cosas muebles ha dado lugar á graves discusiones entre los jurisconsultos respecto de la ley que debe gobernarla.

Conviene anticipar que son, á este respecto, muy diversas las leyes del derecho positivo. Algunos Estados, que han seguido en este punto el Código civil francés, han confirmado la regla establecida en su art. 2.279, á saber: que tocante á los muebles, la posesión equivale al título. Esta regla significa que, cuando la posesión sea real y hecha de buena fe, esto es, que se haya adquirido por el poseedor de la cosa *uti dominus*, el poseedor actual puede rechazar toda acción dirigida contra él por parte del que se titula su propietario, oponiendo la excepción fundada en el principio mencionado. El Código civil italiano ha sancionado la misma regla de un modo más claro. Dispone, en efecto, en el art. 707: «respecto de los bienes muebles por su naturaleza y de los títulos al portador, la posesión produce en favor del tercero de buena fe el mismo efecto del título.» Esta disposición expresa más exactamente el concepto de que no es la posesión actual la que equivale á la propiedad, sino el poseer la cosa por haberla adquirido de buena fe de uno que la poseía y que debía por este hecho presumirse su propietario.

Algunas leyes establecen, por el contrario, que se puede adquirir la propiedad de las cosas muebles por la usucapión, mediante la posesión legítima durante tres años (Código civil aus-

(1) Tribunal de Lyon, 19 de Julio de 1877 (Estado c. los habitantes de Les Chauv.) Clunet, *Journal*, 1878, p. 44.

triano, art. 1.466), y otras admiten también la usucapión de los muebles, pero sólo cuando la posesión legítima se haya continuado por un período mayor de tiempo, que se extiende por algunos hasta diez años.

S16. La acción de reivindicación de los muebles está admitida en el Código civil francés en favor del que los haya perdido. Dicha acción puede ejercitarse dentro del término de tres años contra el que tenga en su poder la cosa extraviada ó robada (art. 2.279). Nuestro Código admite también en las expresadas circunstancias la acción de reivindicación; pero ha fijado el término para ejercitarla en dos años solamente (arts. 708 y 2.146.) Ambas leyes establecen, pues, la excepción en este último caso, en la hipótesis de que el actual poseedor de la cosa extraviada ó sustraída la haya adquirido en una feria ó mercado y con ocasión de venta pública, ó de un comerciante que tuviese despacho público de estos objetos, en cuyas circunstancias el propietario no podrá obtener la restitución de su cosa, sino reintegrando al poseedor el precio que le haya costado. Otras leyes admiten el derecho de reivindicación por un período de tiempo mayor. Así, el Código austriaco dispone en el art. 1.476 que el que el que haya adquirido una cosa mueble de un poseedor de mala fe, sin que pueda precisar quién era su dueño, debe esperar á que transcurra doble tiempo del ordinario fijado para la usucapión, y de aquí que sean necesarios seis años para usucapir una cosa extraviada ó robada. Según el Código prusiano (parte primera, n.º 9.º, art. 584), el poseedor de buena fe de la cosa robada no puede adquirir su propiedad por la prescripción sino mediante la posesión pacífica de cuarenta años, cuando no pueda indicar quién fué el vendedor.

Respecto de los títulos al portador, existen leyes especiales en los diversos países, sancionadas con el fin de proteger los derechos del propietario que por cualquier acontecimiento haya sido desposeído de ellos, ó los haya perdido, facilitándole medios para poderlos recuperar. La ley francesa de 15 de Junio de 1872, dispone que observando el procedimiento determinado por la ley para notificar la pérdida ó el hurto de títulos al portador, cualquier venta ó transmisión de los mismos es nula res-

pecto del propietario desposeído y oponente, salvo el derecho de tercero, que los haya adquirido de buena fe, á recurrir contra el deudor para hacerse indemnizar del daño que experimenta. La ley italiana ha admitido, por el contrario, la reivindicación de títulos al portador extraviados ó robados, sólo contra el que los haya encontrado ó robado y contra los que los hayan recibido por cualquier concepto, conociendo el vicio de la causa de posesión (artículo 57 del Código de Comercio.)

§17. Pudiendo ser transportadas fácilmente las cosas muebles de un lugar á otro, y pudiendo, por lo tanto, suceder que la posesión de las mismas haya comenzado en un país donde esté en vigor una ley dada, y continuado posteriormente en otro donde rija ley distinta, surge naturalmente la duda de si para decidir acerca de las condiciones que deben verificarse para adquirir la propiedad de la cosa, ó para rechazar la acción del propietario debe aplicarse la ley de uno ú otro país.

Los que sostienen el principio de que las cosas muebles deben regirse por la ley del propietario, entienden que desaparece toda duda ateniéndose en absoluto á la ley del que es propietario de la cosa. Debemos, sin embargo, observar que en el conflicto que surge entre dos personas de las cuales una dice que es propietario y la otra alega haber adquirido la propiedad de la cosa mueble en virtud de la prescripción, como tanto el actor como el demandado alegarían el derecho de propiedad, podía considerarse la ley de cualquiera de los dos países como la del propietario; porque en realidad, tanto la acción como la defensa estarían fundadas en la propiedad. Compréndese, pues, que el expediente sugerido no puede servir para resolver toda discusión.

Otros escritores han creído, por el contrario, que debiendo todo depender de la posesión, habrá de tenerse en cuenta la ley del lugar en que haya surgido el hecho jurídico de que se hace depender la prescripción adquisitiva de la propiedad de la cosa mueble. Tal es la opinión de Schaeffner (1). Dice éste que todo debería someterse á la ley del país en que donde comenzaron

(1) *Entwicklung des internationalen Privatrechts*, § 67. Existe una traducción de esta obra en italiano hecha por Tenore.

á existir las relaciones de hecho entre el poseedor de la cosa y la cosa poseída. Si con arreglo á dicha ley la propiedad de la cosa mueble no es prescriptible, no podría llegar á serlo sólo porque las relaciones de hecho que empezaron con la posesión continúen en diferente país donde la ley la considere eficaz para la adquisición de la propiedad. Partiendo de este concepto opina que debe tenerse en cuenta, aun en lo que se refiere al tiempo necesario para efectuar la prescripción, exclusivamente la ley del país bajo cuyo imperio empezaron á existir las condiciones para la adquisición mediante la prescripción y que no sería un obstáculo el que la posesión de la cosa continuase posteriormente en un lugar regido por ley diversa.

§18. Debe observarse además, que las relaciones que empiezan á existir entre el poseedor de una cosa mueble y la cosa poseída pueden considerarse como actos preparatorios; que la misma posesión continua es por su naturaleza una relación puramente de hecho, y que sólo al expirar el último instante del tiempo necesario para prescribir, se hacen definitivos los actos preparatorios y se adquiere la propiedad. Puede sostenerse con más fundamento que según la ley del país en que se posee actualmente la cosa mueble debe decidirse si la prescripción puede ó no ser eficaz para adquirir su propiedad.

Este principio debe aplicarse con más razón en la hipótesis de que el que poseía la cosa la haya transmitido á un tercero que á su vez la haya adquirido de él de buena fe. En tal caso no se podría invocar la ley extranjera del propietario para modificar el hecho jurídico realizado bajo la ley vigente en el territorio. Habiendo dispuesto el legislador local, teniendo en cuenta la facilidad con que las cosas muebles se transmiten de unos á otros sin que quede huella alguna de la transmisión, que al que haya adquirido de buena fe una cosa mueble del actual poseedor debe mirársele como propietario porque este tenía razón al considerar la posesión de aquélla como título de propiedad, dicha disposición debe apreciarse como tendiendo á defender el derecho social y á proveer á las necesidades generales de la vida y del comercio, no pudiéndose desconocer su autoridad invocando la aplicación de la ley extranjera por el solo motivo de que era ex-

trajero el propietario. ¿Podía acaso una ley extranjera, en virtud de cualquier principio, modificar la aplicación de las leyes vigentes en el territorio y promulgadas por el Soberano territorial para proveer mediante ellas á las necesidades sociales y á defender los intereses de terceros que hubiesen obrado de buena fe?

Podría complicarse la cuestión en el supuesto de que el actual poseedor hubiese comenzado á poseer en distinto país teniendo después que someterse á la acción del propietario de la cosa mueble que intentase reivindicar.

En este caso, supuesto, por ejemplo, que el poseedor se encontrase en posesión de la cosa en Francia ó en Italia en el momento en que el propietario ejercitase contra él la acción reivindicatoria no podría invocar eficazmente el principio sancionado en el Código francés, de que en cuestión de muebles la posesión equivale al título, para oponer el hecho de la posesión contra el que reivindicase la cosa en calidad de propietario. Esta máxima no puede entenderse en sentido absoluto, esto es, en el de que de cualquier manera que uno haya empezado á poseer y en cualquier país en que se haya dado principio á los actos de posesión, deba bastar el simple hecho de la posesión para reputarse á uno propietario. Es menester, por el contrario, como observa Laurent (1), que la posesión haya sido adquirida de buena fe.

A consecuencia de este principio, suponiendo que un sujeto haya adquirido en territorio sometido á la ley austriaca, una cosa mueble de un poseedor vicioso ó de mala fe sin que pueda indicar quién es su dueño, y que después de haber adquirido dicho objeto lo haya transportado á Italia y aquí el propietario ejercite la acción reivindicatoria, en este caso no podría tal poseedor fundarse en el principio sancionado por el Código italiano, que considera la posesión como título, respecto de los bienes muebles, para no admitir la acción del propietario. Con arreglo al principio sancionado por el artículo 7.º de las disposiciones ge-

(1) *Principes de droit civil*, t. XXXII, § 11, p. 560.

nerales de las leyes, los bienes muebles están sujetos por regla general á la ley del propietario, salvo las disposiciones contrarias de la ley del país en que se encuentran, principio que está conforme con la regla de derecho internacional privado, que considera las cosas muebles sometidas en todas partes á la ley misma de la persona del propietario, cuando á consecuencia de una relación jurídica que ha tenido su origen bajo el imperio de la ley donde la cosa se encuentre actualmente, no deba reputarse sujeta á la *lex rei sitæ*. Ahora bien, habiendo supuesto nosotros que la cosa mueble pertenecía á un austriaco, y que bajo el imperio de la ley vigente en Austria el poseedor de mala fe la transmitió á otro, no podría haber razón para aplicar la ley italiana en dicho asunto judicial, y de aquí que el derecho del propietario á reivindicar la cosa propia, debería regirse por la ley austriaca, y disponiendo ésta que el que haya comenzado á poseer sin poder indicar el individuo que le transfirió la posesión, no pueda adquirir la propiedad de la cosa mueble sino mediante la posesión legítima por seis años, habrá necesidad de atenerse á ella para decidir cuándo debe considerarse extinguido el derecho del propietario á consecuencia de la prescripción por parte del poseedor.

§ 19. La máxima «para las cosas muebles la posesión equivale al título» no es preciso entenderla como si equiparase la posesión á la prescripción adquisitiva tratándose de muebles, sino como la sanción de una regla justa y equitativa que se requiere para satisfacer las exigencias sociales y defender los actos realizados de buena fe; modificando aquella el principio general de que no se puede enajenar lo que no pertenece en propiedad, admite que el que haya adquirido de buena fe una cosa mueble de otro que tenía su posesión, debe considerarse como si la hubiese adquirido de su verdadero propietario. Pero dicho principio sancionado por la ley italiana y por la francesa, puede aplicarse á los actos jurídicos realizados bajo el imperio de una ú otra ley; pero no á los realizados en país extranjero y al amparo de ley distinta. Antes que la cosa hubiese sido transportada á Italia, tenía el propietario el derecho de reivindicarla mientras la usucapción no fuese perfecta, y no puede privársele de tal dere-

cho á causa de haberse verificado dicha traslación fundándose siempre en que los derechos del propietario sobre la cosa mueble deben regirse por su ley personal, y en que el hecho jurídico que podría hacer aplicable nuestra ley, esto es, la posesión transmitida bajo su imperio no habría acontecido en Italia, según nuestra hipótesis, sino en diferente punto donde estaba en vigor una ley diversa.

Conforme á nuestro orden de ideas habrá de admitirse también que si el que había adquirido el mueble en Austria, sin poder determinar su anterior propietario, lo hubiese transportado á Italia antes de expirar el término para la usucapión, según lo dispuesto en la ley austriaca, y estando en posesión de aquél en Italia lo hubiese transmitido á otro que lo haya adquirido de buena fe, éste podrá en buenos principios de derecho invocar las disposiciones de nuestra ley, que regulan las consecuencias jurídicas de la posesión transmitidas á un tercero de buena fe, porque la circunstancia de haber sido el acto jurídico realizado bajo el imperio de nuestra ley justificaría sin ningún género de duda la aplicación de ésta.

Por la misma razón, si un prusiano ó un austriaco perdiesen un mueble propio en Italia, ó se lo hubiesen robado, podrían reclamarlo de aquel en cuyo poder lo encontrasen, á condición de ejercitar la acción reivindicatoria en el término de dos años. Por consecuencia de esta disposición debe admitirse que, transcurrido el término de dos años exigido por nuestra ley para prescribir la acción del propietario de la cosa mueble, habrá de considerarse la propiedad de ésta como adquirida definitivamente por el poseedor, y si posteriormente se transporta el mueble á Francia ó á Alemania por el que ya no era su propietario, como en estas naciones es mayor la duración del tiempo requerido para la prescripción adquisitiva de los muebles, según la ley, sería menester respetar el derecho ya adquirido en virtud de nuestra ley, bajo cuyo imperio se terminó la prescripción y se adquirió definitivamente la propiedad.

En suma, nuestra teoría se reduce á lo siguiente: cada ley territorial debe regular, no sólo la posesión, sino también las consecuencias que de ella se deriven, aun en lo relativo á los

muebles. Que por lo tanto, la prescripción adquisitiva completa con arreglo á la ley del lugar donde el objeto mueble se encuentre, debe servir para atribuir su propiedad, aun en el caso de que fuese distinta la ley del propietario y de que la cosa se hubiese transportado bajo el imperio de aquella después de haberse adquirido la propiedad por la prescripción. Que los derechos del propietario sobre la cosa deben respetarse, siempre que hayan sido adquiridos mientras aquélla se encontraba en país extranjero, y en virtud de un acto jurídico allí efectuado y antes de que se hubiese movido ó transportado bajo el imperio de ley diversa.

CAPITULO IV

De los derechos comprendidos en el de propiedad y de la ley que debe regular su goce y ejercicio.

820. El derecho de propiedad puede limitarse.—**821.** No se le puede someter en todos conceptos á la *lex rei sitæ*.—**822.** Principios generales que deben regular la autoridad de la ley.—**823.** Aplicación de ésta á los sistemas del derecho feudal y moderno.—**824.** Limitaciones fundadas en el derecho social.—**825.** De las fundadas en el estatuto personal.—**826.** Discútese la cuestión acerca de la ley que debe regular la capacidad de la mujer para consentir en la división de los bienes hereditarios en el extranjero.—**827.** Se determina de qué modo puede limitar la *lex rei sitæ* el derecho del propietario.—**828.** Limitaciones fundadas en la autonomía del propietario.—**829.** De la ley que debe regular la transmisión de la propiedad.—**830.** Condiciones requeridas para la eficacia de la transmisión.—**831.** Conflicto entre el estatuto personal y el real respecto de los muebles.—**832.** De la tradición.—**833.** Posesión real y efectiva de los muebles.—**834.** Casos en que puede tener autoridad el estatuto personal.—**835.** No puede éste hacer necesaria la tradición entre los ciudadanos de la misma patria si las cosas se encuentran en el extranjero.—**836.** Las leyes regulan de diverso modo la transmisión de la propiedad de los créditos.—**837.** Conflictos que de aquí pueden originarse.—**838.** Nuestra opinión: crítica de la teoría de Laurent.—**839.** Aclaración y confirmación de nuestra teoría por medio de ejemplos.—**840.** De la transcripción y demás sistemas de publicidad.—**841.** Dificultad que puede surgir en la transmisión de la propiedad de las naves.—**842.** Teoría establecida por los Tribunales franceses.—**843.** Crítica y opinión nuestra.—**844.** De la acción reivindicatoria.—**845.** De la acción publiciana.—**846.** De la acción negatoria.—**847.** De la reivindicación de las cosas muebles.—**848.** Cómo puede ésta regirse en ciertos casos por la *lex loci contractus*.—**849.** Los derechos adquiridos por un tercero bajo el imperio de la *lex rei sitæ* deben regirse por ésta aun respecto de los muebles.

820. El derecho de propiedad es por su naturaleza absoluto, pero tiene su limitación jurídica en los derechos correspon-

dientes á los demás, y en los que pertenecen al Estado, y esta es la razón por la cual, según el derecho positivo, la propiedad consiste en poder disfrutar y disponer de las cosas del modo más absoluto, siempre que no se llegue á hacer un uso prohibido por las leyes y reglamentos. En virtud de este principio que vemos sancionado en el Código civil italiano, art. 456, en el francés, artículo 544, y en los demás Códigos que han seguido la norma del francés, hay que admitir que la ley puede limitar el derecho absoluto que corresponde á todo propietario de disfrutar y disponer en la medida y forma que le plazca de las cosas que le pertenezcan.

821. No debe suponerse, por otra parte, que, en virtud del principio aceptado por la jurisprudencia y sancionado por las leyes, que establece que la propiedad de los inmuebles debe permanecer sujeta á la *lex rei sitæ*, hayan de buscarse en esta ley todas las reglas concernientes á las limitaciones del derecho de propiedad. Debe hacerse, en este concepto, una distinción sustancial con arreglo á la naturaleza y objeto de la ley en virtud de la cual experimenta la autonomía individual la limitación sancionada por el legislador. Puede, en efecto, suceder que la limitación de la autonomía individual nazca de la condición jurídica de la persona á quien la cosa pertenece, ó de las relaciones en que se encuentre el propietario de la cosa respecto de las personas que constituyan la familia, ó resulten de convenios ó pactos consentidos entre las partes, las cuales dentro de ciertos límites pueden usar de su autonomía con objeto de establecer por consentimiento recíproco las limitaciones de los derechos de la cosas que á cada una de aquéllas pertenezcan. Los contratos legalmente hechos tienen fuerza de ley respecto de los que los hayan estipulado, y en los casos en que deba admitirse la autonomía de las partes para regular mediante convenciones las mutuas relaciones sobre las cosas que les pertenecen, el respeto á su autonomía puede ser el fundamento de las limitaciones consentidas por aquéllos.

De aquí resulta que es necesario, ante todo, determinar la ley competente para regular la relación jurídica ó el hecho jurídico en que la limitación puede estar fundada, á fin de estable-

cer como regla general cuál sea la ley que puede limitar el derecho correspondiente al propietario, de disfrutar y disponer de las cosas propias del modo más absoluto.

§ 22. En la parte general (1) exponemos nuestro concepto respecto de la autoridad territorial de las leyes que deben regular la propiedad y los derechos en ella comprendidos. Allí decimos que se deben considerar como parte del derecho público territorial todas las leyes que regulan la propiedad, atendiendo á la defensa de los intereses generales y del derecho social. Es necesario, por consiguiente, admitir que deben tener autoridad territorial todas las leyes de cualquier Estado, que sancionen las limitaciones del derecho de propiedad, por interés social, económico, industrial, agrícola ó político; como, por otra parte, hay que admitir, que debiendo el extranjero disfrutar sus derechos sobre las cosas que le pertenecen en armonía con la ley que debe regular sus intereses privados como propietario, la soberanía territorial no puede tener ningún interés en desconocer la autoridad de las leyes extranjeras, que impongan al propietario aquellas limitaciones que puedan ser consecuencia de la ley á que está sometido por su condición personal, ó de aquélla á que voluntariamente se sometió en virtud de un contrato ó en otra forma cualquiera.

Infiérese de estos principios, que para decidir respecto de las leyes que limitan el derecho de propiedad, cuáles sean las que deben tener autoridad territorial y cuáles las que no deben tenerla, todo se reduce á determinar si las disposiciones que á esto proveen, pertenecen ó no al derecho público.

El derecho de propiedad es absoluto, y así debe considerarse por regla general el de disponer de la cosa propia; por tanto, el derecho de enajenar la propiedad debe mirarse como una facultad absoluta cuando las leyes no limiten este derecho. Ahora bien; conviene observar que la ley puede limitar de un modo absoluto la libre disposición de los bienes, equivaliendo esto á poner ciertas cosas fuera del comercio. Resulta evidentemente que cuando la ley dispone esto, lo hace por motivos de interés

(1) Tomo 1.º, § 90.

público y para proteger el derecho político y debe tener autoridad exclusiva *erga omnes* dentro del territorio.

§ 23. En el sistema feudal tuvieron los propietarios alodiales la posesión de la tierra solamente por concesión del señor, no perteneciendo á ellos la propiedad, ni pudiendo disponer de las tierras que se les transmitían según la ley constitutiva del feudo. Nada de esto estaba, ciertamente, conforme, con la naturaleza de las cosas, y con los derechos de la personalidad humana; pero dada una organización política en que el régimen de la propiedad inmueble era la base del organismo social, no se podía, sin atentar á los derechos de la soberanía, desconocer la autoridad de las leyes mediante las cuales ésta regía el organismo de la propiedad, haciendo de él la base material de su existencia política. Aquéllas formaban parte del derecho público y era imprescindible admitir su autoridad absoluta y exclusiva en el Estado organizado por el sistema feudal.

En los Estados modernos, que han liberado la propiedad de todo vínculo feudal, se ha considerado la libre disposición de la tierra como una de las condiciones encaminadas á aumentar la riqueza pública, por lo cual se han abolido en virtud de un justo principio de economía social y de interés general los vínculos perpetuos que sustraían ciertas propiedades á la libre circulación. Habiendo llegado á ser un principio de derecho público el de la libre circulación de la propiedad y el derecho que corresponde al propietario de exonerar las tierras que le pertenecen de los vínculos perpetuos que impedía su libre enajenación, debe admitirse la autoridad territorial de dichas leyes excluyendo la aplicación de cualquiera otra extranjera que, ó bien en virtud de los vínculos establecidos por fideicomiso, ó bien por sustituciones ó por relaciones feudales, tienda á sacar las tierras de la libre circulación con grave perjuicio de la riqueza pública.

Resulta, pues, de un modo evidente que, tanto en el primer caso como en el segundo, no podría tener autoridad la ley extranjera del propietario por carecer de eficacia para modificar el derecho público del Estado donde estuviesen situados los bienes.

§ 24. Por la misma razón deben subordinarse á la ley territorial las restricciones al derecho absoluto de disponer de la

propiedad fundadas en ciertas exigencias sociales, como son, por ejemplo, las relativas al régimen forestal, que atribuyen al Estado el derecho de impedir la libre disposición de las maderas necesarias para la construcción, las que regulan la explotación de las minas, etc.

Debe igualmente reputarse como ley de derecho público territorial la que obliga al propietario á ceder en todo ó en parte su propiedad mediante una justa indemnización fijada con arreglo á las leyes, siempre que el bien público lo reclame. Bajo este respecto, todo lo que puede pretender el propietario extranjero es que se le considere de la misma condición que al ciudadano, ya en lo que toca á los procedimientos legales sancionados por la ley para definir cuándo sea llegado el caso de admitir la pública utilidad, ya respecto de la indemnización que se le deba en concepto de expropiación.

825. Las limitaciones al derecho de enajenación pueden ser también consecuencia de la ley que prohíbe á la persona enajenar lo que le pertenece ó somete tal hecho jurídico á ciertas condiciones sin las cuales no lo reputa válido. Tal es, por ejemplo, la ley que prohíbe á la mujer casada, que no haya obtenido la debida autorización para ello, enajenar el inmueble que le pertenece y la que impide al marido enajenar las fincas que constituyen la dote de su mujer. Estas limitaciones no pueden fundarse en la ley territorial, porque, ó se derivan de la condición jurídica de la persona (como sucede en el caso de la mujer casada y no autorizada) ó nacen de las relaciones de familia (como sucede respecto de la facultad de enajenar ó no el inmueble dotal), y no hay, por tanto, ninguna razón para aplicar la ley territorial á fin de decidir con arreglo á ella la limitación del derecho de libre disposición de la propiedad; por el contrario, habrá de tenerse en cuenta la ley á la cual está sujeta la persona, ó la que debe regular el régimen patrimonial de la familia.

826. La principal dificultad que podía encontrarse sería la siguiente: suponiendo que un acto relativo á un inmueble se hubiese reputado acto de enajenación conforme á la ley personal del propietario, y que no se reputase tal según la *lex rei sitæ*, si en tal caso se debía admitir la autoridad de la ley personal, no

sólo en lo que se refiere á decidir respecto de la capacidad para enajenar válidamente sino también en lo concerniente á la naturaleza y carácter del acto mismo, esto es, para decidir si se le debe considerar como acto de enajenación.

Tal podría ser el caso de la división de un inmueble hereditario hecha por una mujer casada y no autorizada; acto que ciertas leyes reputan como de enajenación, y que otras no consideran de esta índole. Podría muy bien suceder que los inmuebles hereditarios se encontrasen bajo el imperio de una ley que considerase la división de los bienes entre los coherederos como un simple acto declarativo de la propiedad de la cuota correspondiente á cada uno de ellos, y que una mujer casada, extranjera, que según la ley personal tuviese necesidad de la autorización del marido tan sólo para llevar á cabo el acto de enajenación de los inmuebles pertenecientes á ella, hubiese consentido la división de los bienes hereditarios sin estar autorizada á causa de no calificarse de enajenación tal acto, según la ley territorial.

Cuando en tales circunstancias surja la cuestión respecto de la validez ó nulidad del acto realizado por la mujer extranjera no autorizada, ¿deberá admitirse la autoridad de la *lex rei sitæ* para decidir acerca del carácter del acto relativo al inmueble?

En Italia la cuestión de si la autorización del marido requerido según el Código civil, debe reputarse necesaria en la hipótesis de que la mujer casada quisiera proceder solamente á la división de los bienes que le pertenecen por herencia, ha sido resuelta en sentidos diversos, habiéndose dividido la jurisprudencia y la doctrina al sostener de una parte la necesidad de la autorización y al excluirla por otra. El motivo en que se fundan los sostenedores de ambas teorías es precisamente el carácter del acto de la división, que según unos debe considerarse comprendido en la categoría general de los actos de enajenación, para los cuales, con arreglo al art. 134 del Código civil, es necesario que la mujer casada haya obtenido la autorización, mientras los otros sostienen (fundándose en las mismas disposiciones del Código, y sobre todo en el art. 1.034, que está perfectamente conforme al 883 del Código francés) que la división no es un acto de enajenación sino de declaración de la propiedad, y que, por lo tanto, no puede

considerarse comprendido en la categoría de los actos taxativamente enumerados, para los cuales debe estar autorizada la mujer casada.

No tenemos interés en discutir el asunto con arreglo á la ley civil de este ó del otro país; sólo reconocemos que la cuestión de si la división es acto traslativo ó declarativo de propiedad existe, no solamente respecto del derecho italiano (1) sino también del romano. Sostenemos, no obstante, que no puede ser dudoso el principio con arreglo al cual debe determinarse la autoridad de la ley destinada á regular la capacidad de la mujer casada para proceder á la división con la autorización del marido ó sin ella, porque, según la naturaleza de las cosas y el motivo en que la ley se funda, nos parece evidente que todo debe depender de la ley personal, ó de la que debe regir las relaciones de familia, y que la ley territorial que califica de otro modo el acto de división, no puede tener eficacia para atribuir á la mujer casada extranjera capacidad para realizar válidamente un acto para el cual no sea capaz sin la debida autorización con arreglo á su ley personal.

El principio que establece que los inmuebles deben estar sujetos á la ley del lugar en que están situados, no puede invocarse en tales circunstancias, porque en el fondo la discusión no versaría sobre la naturaleza del acto de división y de los efectos que la ley le atribuye respecto á terceras personas, sino más bien sobre la capacidad para efectuarlo; y debiendo depender ésta de la ley personal, deberá decidirse también con arreglo á ella, si ha de considerarse ó no necesaria la autorización del marido para proceder á la división.

Suponiendo, por vía de ejemplo, que en Italia hubiese sancionado el legislador la teoría establecida por el Tribunal de Génova

(1) Véase en apoyo de la no necesidad de la autorización, Tribunal de Génova, 13 de Marzo de 1875; Pacifici-Mazzoni, *Instituzioni di Diritto civile*, t. I, núm. 204; Paoli, en el *Giornale delle Leggi*, 1876, pág. 370. En sentido contrario, Tribunal de casación de Turín, 8 de Abril de 1874; en el diario *La Legge*, I, 1.084; Idem, 15 de Noviembre de 1876, *Monitore dei Tribunali*, 1877, 41.

va en su sentencia de 13 de Mayo de 1875 y sostenida por Pacifici-Mazzoni, por Paoli y otros, á saber: que no se debe reputar necesaria la autorización del marido para proceder á la división, no se podría en tal caso sostener que la mujer francesa casada pudiese proceder á la división de los bienes pertenecientes á ella por herencia con sus coherederos (italianos ó franceses) sin necesidad de autorización.

No habiendo surgido en Francia ninguna duda acerca de la necesidad de la autorización en el caso de división de inmuebles, no podría la mujer francesa ser capaz sino con arreglo á su ley; ni podría invocar eficazmente la ley italiana que hemos supuesto no exigía la autorización, porque dicha ley no tendría autoridad sino para decidir sobre la capacidad de la mujer italiana para efectuar válidamente tal acto sin que pudiera servir para atribuir á la mujer francesa una capacidad que no tuviera. No habiendo razón alguna para conceder á la ley, en la hipótesis que hemos establecido, el carácter de ley de Derecho público, no puede haber motivo para sostener su autoridad aun respecto de los extranjeros.

827. La teoría establecida puede servirnos para resolver toda cuestión que surja acerca de las limitaciones del derecho de propiedad. Puede éste limitarse atendiendo á un interés ó derecho social, y también puede serlo á consecuencia del derecho relativo á otra persona, y, por lo tanto, de la lesión ó perjuicio que ésta experimentaría si el otro usase de la cosa que le pertenece de la manera más absoluta.

Pothier ha definido la propiedad: «el derecho de disponer de una cosa como á uno más le agrada, sin atentar á los derechos de los demás ni á las leyes.» La misma naturaleza de las cosas respecto al ejercicio de la actividad individual sanciona la restricción de no poder atentar á los derechos ajenos. El derecho es el uso de la libertad en la propia esfera jurídica, y ésta termina donde comienza otro derecho. Traspasando este límite se llega siempre á causar perjuicio, y debiendo limitarse todo derecho dentro de aquel círculo, á él debe limitarse también el poder absoluto del propietario sobre la cosa que le pertenece. La ley determina la esfera de todos los derechos, y esta-

blece los límites de cada uno de ellos sin que puedan coexistir dentro de un mismo vínculo dos derechos opuestos.

Debe, sin embargo, tenerse en cuenta que, respecto de la propiedad, ciertos derechos se derivan de la ley que los atribuye al propietario, no consultando sólo su interés personal, sino más bien los intereses sociales, debiendo tener autoridad territorial las leyes que tienen este objeto, porque no reconocen derechos privados ni protegen intereses individuales, sino que atribuyen derechos públicos y protegen los intereses sociales. Así entramos nosotros en el mismo orden de ideas, esto es, en el de que estas leyes que limitan el derecho de propiedad para defender el de un tercero, también propietario, deben tener autoridad territorial, porque su objeto es el interés y el derecho social.

La misión de la soberanía, según el exacto concepto del derecho moderno, consiste en proteger todos los derechos y en armonizar todos los intereses. Debe garantizar las personas y el patrimonio que les pertenece, y mantener y conservar la asociación de los hombres que viven en comunidad. De aquí se deduce, como oportunamente observaba Portalis, que el derecho del propietario, cualquiera que sea su extensión, debe sufrir aun algunas limitaciones que el estado de la sociedad ha hecho necesarias. Ahora bien, debemos decir, que la ley que sanciona las limitaciones de esta última especie habrá de tener autoridad territorial; porque siendo su objeto garantizar la existencia de la sociedad, constituyen lo que se ha llamado *estatuto real*.

Lo mismo debe decirse de las leyes que fijan la distancia exigida respecto de algunas construcciones, excavaciones y plantaciones. El derecho atribuido por la ley al exigir que el propietario de una finca contigua, si trata de edificar una casa ó una pared medianera, debe hacerlo á la distancia que la ley fija y sujetarse cuando no lo haya observado, á hacer común con su vecino la pared construída, tiene por objeto el interés general de proteger la vida, la higiene y la salud, teniendo, por lo tanto, dicha ley el carácter de estatuto real, porque no reconoce al particular un derecho privado en interés propio, sino que tiende á la defensa del interés social. Lo mismo debe decirse de las leyes que determinan las condiciones para la construcción de

los establecimientos insalubres, incómodos ó peligrosos, porque siendo su objeto conservar la salud y la vida de las personas, tienen el carácter de ley de policía, y, por ende, autoridad territorial *erga omnes*.

Por la misma consideración se debe reconocer autoridad territorial á la ley que concede á uno que haya construído un canal, acequia ó fuente, el derecho á exigir del vecino que trate de construir también otra fuente ó excavar un pozo, que no lo haga sino observando las distancias necesarias que la misma ley fija. Estas leyes y otras semejantes tienen por objeto mantener las relaciones de las exigencias sociales en la vida agrícola, industrial y comercial, por lo cual conceden derechos recíprocos al propietario, é imponen necesarias limitaciones al poder absoluto de cada uno, á fin de subvenir á las necesidades de la industria y á la prosperidad de la agricultura para aumentar la riqueza pública. No entramos á examinar otras circunstancias particulares, porque el principio que hemos asentado puede servir para resolver todas las cuestiones en todos los casos. Por otra parte, volveremos sobre el mismo asunto al tratar de las servidumbres legales. En efecto, los legisladores han incluido en la categoría de las servidumbres legales todas las limitaciones al derecho absoluto de propiedad establecidas por la ley atendiendo á la utilidad pública ó privada. Si se acepta la definición de Pothier, á saber, que la propiedad, conforme á la ley civil, consiste en el derecho de disponer de la cosa que nos pertenece como mejor nos parezca, sin atentar á los derechos de los demás ni á las leyes, se puede admitir que, cuando la ley reconoce un derecho á un propietario respecto de otro á quien pertenece una heredad contigua, la limitación del derecho de éste está basada en el mismo concepto de la propiedad, y constituye el límite jurídico del poder absoluto del propietario, según la ley civil. De todas maneras, el diverso punto de vista desde el cual puede considerarse la limitación, no puede cambiar la esencia de la teoría que hemos expuesto.

§28. Fuera de las limitaciones de que hemos hablado hasta ahora, puede haber otras que son consecuencia de la autonomía del propietario. Pudiendo éste hacer servir la cosa para to-

dos los usos compatibles con la naturaleza de la misma, siempre que no se infiera ofensa á la ley, puede, por medio de convenios ó de otra manera, limitar su derecho absoluto, cederla en todo ó en parte, gravarla con servidumbres ó hipotecas y hacerlo por actos entre vivos ó de última voluntad. Ahora bien: es evidente que para todas estas limitaciones, que pueden ser consecuencia del libre albedrío del propietario, no se puede admitir que haya de depender todo de la *lex rei sitæ*, sino que, por el contrario, deberá tenerse en cuenta la ley á que por la misma naturaleza de las cosas debe estar sujeto el título en que la limitación ha de considerarse fundada.

§29. El derecho que tiene cada cual de transmitir la propiedad de sus bienes está comprendido entre los que constituyen la propiedad misma. La transmisión de ésta puede efectuarse mediante un acto entre vivos ó por última voluntad, á título gratuito y á título oneroso, y derivarse de la sucesión, de la donación ó de un contrato que tenga por objeto transmitir dicha propiedad ó un derecho real sobre la cosa. No es este ciertamente el lugar en que debe tratarse este punto detalladamente, porque ya lo hacemos acerca de cada uno de los medios por los cuales la propiedad puede conferirse, en el título concerniente á cada modo especial de transmisión. Aquí sólo debemos ocuparnos de las leyes que sujetan la eficacia de la transmisión de la propiedad á ciertas condiciones con objeto de examinar qué autoridad deben tener aquéllas. Existe, en efecto, una diferencia sustancial entre las leyes de los diversos países en lo que toca á las condiciones legales que deben reputarse indispensables para que la propiedad pueda transmitirse real y efectivamente entre las partes y respecto de terceras personas.

Empezando por la forma del acto que transfiere la propiedad, vemos, por ejemplo, que el legislador italiano dispone lo siguiente en el art. 1.314 del Código civil: «Deben hacerse por escritura pública ó por documento privado, so pena de nulidad, los convenios que transfieren propiedad de inmuebles, ó de otros bienes ó derechos susceptibles de hipoteca, salvo las disposiciones relativas á las rentas del Estado.» En virtud de esta disposición, es condición indispensable el contrato ó acto por escrito

para que se repunte jurídicamente existente la transmisión de un inmueble situado en Italia. Ahora bien: no nos cabe duda de que la disposición de nuestra ley que somete imperiosamente á la necesidad de escritura todo convenio mediante el cual se pretenda traspasar la propiedad de un inmueble, debe tener autoridad *erga omnes* en lo que respecta á los inmuebles existentes en territorio italiano. La razón es que esta disposición tiene por fin directo prevenir los fraudes, mediante los cuales podrían perjudicarse los derechos de terceras personas si pudiese establecerse mediante la prueba de un contrato verbal, la transmisión de la propiedad inmobiliaria. No puede, pues, invocarse en este caso la ley personal ni la del lugar en que se haya hecho el contrato, para sostener que la venta efectuada por acto verbal, con arreglo á la ley extranjera, deba considerarse existente en rigor jurídico respecto de la ley italiana que no reputa subsistente la transmisión de propiedad de un inmueble, sino cuando él se haya realizado por escrito.

Una disposición análoga vemos en el derecho inglés en el estatuto de los fraudes, que exige de igual modo como condición *sine qua non* para la validez de la enajenación de un inmueble que el acto haya sido escrito ó registrado. Se infiere evidentemente por el título mismo de aquella ley, que tratando de prevenir el fraude, debe incluirse entre las de orden público, y por lo tanto tener autoridad territorial en el sentido de que no pueda ser lícito á los extranjeros sostener, con arreglo al derecho inglés, el haber efectuado válidamente la transmisión de la propiedad de un inmueble existente en la Gran Bretaña, cuando no puedan hacerla constar mediante un acto escrito requerido por la ley como condición esencial para la transmisión válida.

§30. Pasemos ahora á tratar de las condiciones á que puede estar subordinada la transmisión de la propiedad entre las partes.

La diferencia que todavía existe acerca de esto en las leyes positivas, consiste principalmente en haber mantenido algunas el principio del Derecho romano, que exigía la tradición como absolutamente necesaria para la adquisición de la propiedad, y haber admitido otras que la transmisión de la propiedad es el

efecto inmediato del consentimiento manifestado legítimamente, sin que para ello se requiera la tradición.

En el art. 1.125 dispone lo siguiente el legislador italiano: «En los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad ó de otro derecho, la propiedad ó el derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento legítimamente manifestado, quedando la cosa á riesgo y ventura del adquirente aun cuando la tradición no se haya efectuado.» Este artículo está muy conforme con el 1.138 del Código francés. Por el contrario, en el Código holandés se reputa indispensable la tradición para la adquisición de la propiedad, disponiendo en el artículo 639 que «la propiedad de los bienes se adquiere por la tradición en virtud de un título traslativo de dominio emanado del que puede disponer del objeto.» En el Código prusiano, en el de Baviera, Austria y otros Estados se ve sancionado el principio del Derecho romano *traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*. El Código civil austriaco dispone lo siguiente: «Art. 425. No se adquiere la propiedad por el solo título. Salvo los casos determinados por la ley, la propiedad y todos los derechos reales en general pueden sólo adquirirse por legítima entrega y recibimiento. Art. 426. Las cosas muebles no pueden, por regla general, transmitirse á otros sino por la tradición material de mano á mano.»

En general, es necesario admitir que las disposiciones legislativas que sancionan las condiciones para la transmisión de la propiedad deben tener la autoridad del estatuto real, y por tanto debe atribuirse á la *lex rei sitæ* el fijar de qué manera se pueda considerar establecida la relación jurídica entre la cosa y la persona á quien deba reconocerse la propiedad.

Esta regla no puede dar origen á dudas en su aplicación, cuando se trate de cosas inmuebles; porque aun cuando el contrato de transmisión de la propiedad se hubiese hecho bajo el imperio de una ley que admitiese, por ejemplo, el principio que la italiana sanciona, y la cosa se encontrase en otro país donde estuviese en vigor una ley semejante á la austriaca, como no podría reputarse adquirido el derecho real sobre la cosa inmueble, sino en conformidad con la *lex rei sitæ*, se debería admitir que

aquel á quien se hubiese hecho la tradición no podría ejercitar ninguna acción real sobre la cosa, por no poderse reputar como propietario con arreglo á la ley. El adquirente podría, por lo tanto, fundar en la ley del contrato sólo una acción personal contra el que enajenó y sus herederos, podría obtener la indemnización del daño, si el que enajenó, después de haberle vendido la cosa, se negase á hacerle la entrega legítima de ella á tenor de la *lex rei sitæ*, para hacer así efectiva la transmisión de la propiedad; pero como él no podría considerarse como propietario, y la cosa debería conceptuarse en la posesión legítima de aquel á quien pertenecía, hasta tanto que no se hubiese hecho la tradición con arreglo á la *lex rei sitæ*, debía considerarse como propietario y legítimo poseedor sólo al cedente y no al adquirente.

§31. La dificultad puede versar respecto de las cosas muebles.

Conviene, ante todo, distinguir los muebles corporales de los incorporeales. Respecto de los primeros, vemos que siendo necesaria la tradición para transmitir la propiedad de unos y otros en concepto de algunas leyes, habrá de admitirse que cuando estén sitos en un lugar fijo y determinado, donde según la ley se requiera la tradición y consignación para transmitir su propiedad, es necesario atenerse á lo que la ley dispone á causa de deber siempre considerarse la disposición entre las que tienen autoridad territorial por las razones mencionadas.

El principio en cuya virtud se admite que los muebles deben regirse por la ley personal del propietario no puede tener eficacia para sostener que la propiedad de la cosa mueble deba juzgarse transmitida mediante el consentimiento de las partes, y sin necesidad de la tradición, conforme á la ley personal del propietario, puesto que por hallarse efectiva y actualmente los muebles en territorio extranjero y sometidos á la ley que allí impera, no se puede excluir la aplicación de esta ley en todos los casos en que ella disponga acerca de los objetos, por consideraciones de interés general. Siendo tal la ley que regula la transmisión de la propiedad, no puede darse el caso de referirse al estatuto personal que concede á las partes el poder transmitirla mediante su sola voluntad. En todos los casos en que haya oposición

entre la ley personal y la territorial respecto de los muebles, no se puede, sin inferir ofensa á los derechos de la soberanía territorial, atribuir autoridad á la ley personal contraria á la *lex rei sitæ*, que se funde en razones de orden público y de interés social.

832. Supongamos que un comerciante domiciliado en un país donde, según la ley, no se requiera la tradición para transmitir la propiedad de las cosas muebles, venda una partida de mercancías existentes en el extranjero, donde la tradición sea indispensable, según la ley, para efectuar dicha transmisión. Supongamos que un tercero, acreedor del vendedor, se apodera de la partida de mercancías vendida, y se suscita la cuestión de si por falta de la tradición, deben reputarse las cosas propiedad del vendedor, ó si por el contrario son ya propiedad del adquirente. Para nosotros no es dudosa la solución. Las cosas deben considerarse como en el dominio del propietario primitivo, porque se han de entender sometidos á la *lex rei sitæ* los objetos muebles, que están en un lugar dado, para todas las cuestiones que se refieren á la posesión, á los privilegios que sobre ellos puedan adquirirse y á los medios legales para transmitir su propiedad. La doctrina de los escritores que han defendido que se deben considerar por ficción de derecho en el domicilio del propietario *a quo legem situmque accipiunt*, puede tener su aplicación únicamente en aquellos casos en que se trate de determinar las relaciones entre el propietario y la cosa, sin que afecten á los intereses de tercero; pero cuando esto suceda, las leyes vigentes en el lugar donde estén sitos los muebles y mediante las cuales haya el legislador proveído de una ó de otra manera á defender los intereses de terceros ó á determinar las relaciones sobre las cosas mismas por consideración al interés social, deben tener autoridad exclusiva, porque forman parte del estatuto real.

833. De la aplicación de este principio deberá deducirse que, cuando el propietario extranjero de un mueble existente en Italia se hubiese obligado por contratos sucesivos á darlo ó consignarlo á dos personas, sin atender á lo que disponga su ley, debería preferirse entre dos compradores al que se le hubiese

dado la posesión aunque su título datase de fecha posterior, conforme á lo que dispone el legislador italiano en el art. 1.126 del Código civil (1). Dicha disposición, al regular las consecuencias que se originan de la posesión real y efectiva, debe tener autoridad territorial lo mismo que cualquiera otra disposición concerniente á los efectos jurídicos de la posesión y á las condiciones legales para conferir la propiedad.

Continuando en este orden de ideas, es necesario admitir también que, suponiendo que según la ley personal del propietario se hubiese establecido que la enajenación de una cosa mueble hecha por contratos sucesivos llegase á ser efectiva respecto de la transmisión de la propiedad mediante la entrega de aquella á uno ú otro, y que no se hubiese hecho distinción en cuanto á aquel cuyo título fuese de posterior fecha y al que se le hubiese hecho la entrega, según obrara de buena ó mala fe, no se podría invocar, ni aun en este caso, la ley personal para sostener en contra de la italiana, que se debiera preferir al que hubiese recibido la posesión de la cosa, aunque la tuviese de mala fe; porque con arreglo á la ley italiana la posesión obtenida por aquel cuyo título fuese de fecha posterior es decisivo sólo en el caso de que la haya obtenido de buena fe, y formando parte del estatuto real la mencionada disposición del art. 1.126, no se estaría en el caso de invocar la aplicación del estatuto personal. No se trataría en tal caso de decidir acerca de los derechos de las partes ni de los contratos realizados por ellas, sino de determinar cuál debía ser la ley destinada á regular los derechos adquiridos por terceras personas sobre las cosas existentes en el territorio del Estado, y en este caso no puede ser dudosa la respuesta, debiéndose considerar absoluto el poder soberano, aun respecto de las cosas muebles, siempre que éste regule con sus leyes las relaciones entre las personas y las cosas

(1) Art. 1.126. «Si la cosa que alguno se ha obligado á dar ó entregar á dos personas por estipulaciones sucesivas es un objeto mueble por naturaleza ó un título al portador, será preferida la que recibió la posesión, aunque su título fuese de fecha posterior, siempre que la posesión sea de buena fe.»

mismas, consultando el interés público como sucede en todos los casos en que tiene por objeto determinar y proteger los derechos de terceros.

834. La ley personal del propietario puede tener autoridad para regular la transmisión de la propiedad de los objetos muebles, sólo en el caso en que no puedan considerarse sitos en un lugar fijo, y estén, por tanto, sujetos á la ley allí vigente, ó bien cuando la aplicación de la ley personal, distinta de la territorial, pueda hacerse sin perjuicio de los derechos de tercero y de la soberanía territorial.

Para aclarar con un ejemplo nuestra doctrina, examinemos la hipótesis de un italiano que enajenase el cargamento ó la nave durante su viaje directo á Nueva Orleans. Supongamos que esto sucede en Italia, y que se realice la venta con arreglo á nuestra ley mediante transmisión y entrega de la póliza ó lista del cargamento; que apenas llegue dicha nave al puerto de Nueva Orleans sea secuestrada con el cargamento por un acreedor del vendedor y que surja la cuestión acerca de la validez de dicho embargo.

Según la ley vigente en la Luisiana, siendo la tradición requisito indispensable para transmitir la propiedad de los objetos muebles, podría el secuestrante alegar que los objetos debían considerarse en el dominio del vendedor por no haberse hecho la tradición antes del embargo, y debía, por tanto, considerarse fuera del dominio del comprador. A juicio nuestro, no estaría su pretensión fundada en estricto derecho. Los objetos muebles pueden, en efecto, estar sujetos al imperio de las leyes vigentes en un lugar dado, siempre que se encuentren allí actualmente, y que en tanto que estén en aquella localidad se dé el caso de discutir acerca de los derechos que puedan haberse adquirido acerca de los mismos, de los efectos de la posesión y de los medios legales para transmitir la propiedad, etc., etc. Los objetos que se encuentran en alta mar en un viaje, deben considerarse en el domicilio del propietario por ficción de derecho, siendo éste uno de los casos en que sin duda alguna puede valer la máxima *mobilia ossibus personæ inhærent*. Ahora bien; debiéndose reputar dichos objetos sometidos al estatuto personal del propietario *a quo le-*

gem situmque accipiunt, y habiéndose realizado la venta y la transmisión de propiedad de todo el cargamento con arreglo á nuestra ley y mediante la entrega del inventario, deben considerarse los objetos en el dominio del comprador, sin que pueda tener aplicación alguna la ley de la Luisiana en tal acto jurídico perfeccionado antes que estuviesen los objetos en Nueva Orleans, ó sea antes que hubieran podido estar sometidos al imperio de las leyes allí vigentes.

Puede ponerse otro ejemplo, en el que pueda aplicarse el principio antes indicado, el de que un italiano que haya vendido á otro italiano ó á un francés las mercancías propias, hallándose éstas en Austria ó en Alemania. Supongamos que la cuestión surge entre el vendedor y el comprador, sin que afecte á los intereses de terceros, y que el Tribunal italiano ó el francés que entienda en la cuestión sea el llamado á decidir si en las relaciones entre el vendedor ó el comprador debe juzgarse perfecta la venta, y si el comprador respecto del vendedor ha adquirido la propiedad de las cosas existentes en Alemania en el momento en que ellos contrataron acerca de aquéllas y del precio, sin que se haya efectuado la tradición á tenor de la ley vigente en Alemania.

En nuestro sentir podría admitirse en tal caso la autoridad de la ley personal para decidir con arreglo á ella acerca de la adquisición de la propiedad, porque como la cuestión versaría entre las partes (habiendo supuesto que en nada afectaba á terceros), y como la soberanía territorial no podría reputarse ofendida en sus derechos al disponer un propietario extranjero de sus muebles con arreglo á su ley personal, no debería rechazarse la aplicación de la ley italiana, y habría que decidir con arreglo á ella el litigio entre las partes.

835. Creemos también oportuno observar que la teoría sostenida en este último caso no puede tener aplicación sino en la hipótesis que hemos establecido, esto es, en la de que, según la ley personal del propietario, la adquisición de la propiedad en las relaciones entre el vendedor y el comprador puede realizarse sin la tradición, y que se encuentren las cosas muebles donde la ley no la exija. No defenderíamos de seguro el mismo principio

en el caso de que, según la ley personal del propietario, se requiriese la tradición para transmitir la propiedad, y que se encontrasen las cosas en un lugar donde según la ley no fuese necesaria la tradición.

Supongamos por vía de ejemplo que hubiese vendido un austriaco los objetos muebles existentes en Italia sin hacer la tradición, y que surgiendo entre él y el comprador la cuestión citada, se quisiera invocar ante los Tribunales italianos la disposición del art. 426 del Código civil austriaco, que dispone que no pueden transmitirse á otro las cosas muebles sino mediante la tradición material de mano á mano, para deducir que por falta de la tradición no debería admitirse la transferencia de la propiedad con arreglo á su ley personal. En tal circunstancia no podría acogerse su pretensión, como hemos dicho ya en otro caso, porque hay una diferencia sustancial entre ambas hipótesis. En efecto: una cosa es permitir á un extranjero propietario de objetos muebles que disponga de ellos ó transfiera su propiedad conforme á la ley personal cuando no afecte á los intereses de terceros ni á los derechos de la soberanía territorial, y otra el conceder al mismo la facultad de invocar su ley personal con objeto de modificar las leyes emanadas de la soberanía y de la autoridad territorial de las mismas. Las leyes que determinan los modos legales para la transmisión de la propiedad, forman parte del estatuto real, y no puede concederse á un extranjero el invocar su ley personal para modificarlo. Dado que según aquél no fuese necesaria la tradición, los derechos de la soberanía territorial sufrirían menoscabo si en virtud de una ley que emanase de una soberanía extranjera se hiciese necesaria la tradición. Es indudable que podría el vendedor subordinar la perfección de la venta á tal condición mediante un pacto expreso, y en dicho caso la tradición vendría á ser necesaria por la voluntad de las partes; sería el resultado de su autonomía y de la facultad que les compete de subordinar la perfección del acto jurídico á cualquier condición suspensiva; pero la teoría de que debe reputarse necesaria la tradición en virtud del precepto imperativo de una soberanía extranjera, no puede admitirse sin ofensa de los derechos de la soberanía territorial.

§36. Pasemos ahora á examinar la cuestión que puede surgir á propósito de la enajenación de propiedad de los objetos muebles incorporales. El propietario de un crédito puede cederlo y traspasarlo en virtud de la cesión de su propiedad al cesionario; pero no están conformes las leyes en cuanto á las condiciones requeridas para transmitir la propiedad del crédito cedido.

Según la ley italiana, la transmisión de la propiedad de un crédito se realiza entre las partes mediante el consentimiento recíproco acerca de la cosa y del precio. No es necesario para esto ni que el deudor intervenga ni que se transmita la posesión del crédito mediante la entrega del documento que prueba el crédito ó el derecho cedido; la propiedad se adquiere de derecho entre las partes como en cualquiera otra venta, y el cedente está obligado á cumplir su obligación ya perfeccionada mediante la entrega del documento, de la misma manera que el vendedor lo está á efectuar la entrega. Sin embargo, la transmisión de la propiedad no puede oponerse ni respecto de terceros ni en cuanto al deudor mismo, sino cuando se le haya notificado la cesión y aceptado éste por acto auténtico (Código civil italiano, artículo 1.538-40) (1).

Según el Código civil austriaco, exigiéndose como regla general la tradición de mano á mano para la transmisión de la propiedad de los muebles (art. 426), dispone el legislador lo siguiente en el art. 427: «respecto de aquellas cosas muebles que por su cualidad no admiten la tradición material, como son los créditos....., la ley permite su tradición por signos, como sucede si el propietario entrega á la persona aceptante los documentos que comprueban la propiedad.»

En el Código civil holandés, que también admite la tradición como necesaria para transmitir la propiedad de los muebles, se dispone asimismo respecto de los créditos (art. 668); la tradición de los mismos que no sean al portador, como la de los demás bienes incorporales, se verifica en virtud de escritura pública ó

(1) El Código Napoleón consigna disposiciones análogas, artículo 1.689-91; Conf. Troplong, *Vente*, núms. 877 y siguiente; Zacarías, § 359.

por documento privado, con el cual se transmite á un tercero los derechos sobre tales objetos. Esta transmisión no tiene efecto en cuanto al deudor, sino desde el día en que haya sido notificada ó él la haya aceptado ó reconocido por escrito. En lo que respecta á los efectos al portador, la entrega equivaldrá á la tradición.

Según el derecho inglés, la cesión produce la transmisión del crédito aun respecto de tercero independientemente de la notificación al deudor. Sin embargo, esta es necesaria para eximir al deudor de la obligación de pagar al cedente, de tal manera que, si ignorando el deudor la cesión pagase al primer acreedor ó á un tercero que se le hubiese indicado como cesionario del crédito, no estaría obligado á nada respecto del primer cesionario; pero si después de la cesión del crédito fuese éste embargado por un tercero, acreedor del cedente, en las manos del deudor antes que se le hubiese hecho la notificación, y *pendente lite* tuviese conocimiento el deudor de la cesión en tiempo útil, podría valerse de ella para eximirse de la obligación de pagar al que hubiese hecho el secuestro.

§32. Esta divergencia de las leyes puede ocasionar graves cuestiones en la hipótesis de un crédito perteneciente á un sujeto que lo haya cedido á un tercero con arreglo á su ley personal, que considere eficaz la transmisión de la propiedad del crédito entre las partes respecto de terceros sin necesidad de la notificación al deudor cuando el crédito cedido sea exigible en el domicilio de este donde según la ley, se declare necesaria la notificación del mismo para la transmisión eficaz de un crédito entre las partes, ya respecto del deudor, ya en cuanto á terceros.

Esta cuestión ha sido estudiada con el mayor detenimiento por Story (1), que cita varios litigios fallados por Tribunales ingleses y americanos. Entre las opiniones manifestadas á este propósito se encuentra la de lord Kames (2) que había hecho observar que no podía considerarse un crédito como un *corpus*

(1) *Conflict of Laws*, §§ 396 y sig.

(2) Kames, *On equity*, B. 3, cap. VIII, § 4.

susceptible de situación local, siendo más bien un *jus incorporale*. Pero atendiendo á que es un objeto que está en poder del acreedor, si ha de admitirse una ficción, es más natural localizarlo en el domicilio del mismo que en el de el deudor. Infírese de aquí que, en caso de conflicto entre dos legislaciones, debe prevalecer la ley del acreedor. Cuando éste haya cedido voluntariamente su crédito con arreglo á la ley de su patria, el cesionario habrá adquirido justo título para exigir con preferencia el pago en cualquier parte debiéndose considerar este título perfecto *jure gentium*, por el conocido aforismo *mobilia non habent sequelam*.

§33. Ya hemos manifestado nuestra opinión en la primera edición de la presente obra (1), habiendo dado motivo á cierta observación hecha por Laurent, que discutiendo sobre esta materia ha llegado á conclusiones que no están conformes con las nuestras. El insigne jurisconsulto se propone determinar la naturaleza de la ley que regula la cesión en lo referente á la transmisión de la propiedad del crédito cedido, y admitiendo que el estatuto de la cesión es real, deduce de aquí que las partes deben estar sujetas á la ley territorial. No hemos podido comprender la crítica hecha por Laurent ni la diferencia sustancial entre lo que él sostiene y lo que nosotros habíamos dicho. En efecto, defendíamos que la ley que somete la cesión á ciertas condiciones de publicidad para su eficacia, tanto respecto del deudor cuanto de terceros, debe tener autoridad territorial, porque no podría considerarse la cesión jurídica existente respecto de terceros, sino bajo las condiciones fijadas por la ley, donde esté en vigor la que imponga la notificación por ejemplo ó el acto escrito por el cual se haga constar el endoso ó la tradición efectiva mediante la entrega del documento de crédito.

Podrían suscitarse además ciertas dudas en la hipótesis de una cesión llevada á cabo en el domicilio del acreedor donde estuviese en vigor una ley dada cuando fuese exigible el crédito cedido en el domicilio del deudor en que rigiese ley distinta, en lo referente á la eficacia de la transmisión de la propiedad del

(1) Véase *Diritto internazionale privato*, § 341 (Florenca, sucesores Lemonnier, 1869).

crédito cedido. En tal supuesto, si se admitiese la teoría de lord Kames, fundada en el concepto *mobilia non habent sequelam*, podría deducirse que por deber considerarse el crédito en poder del acreedor, la transmisión hecha por el mismo en armonía con la ley de su domicilio, debía reputarse eficaz en todas partes.

Para resolver dicha cuestión sostenemos la opinión ya manifestada de que en el asunto jurídico de la cesión conviene distinguir las consecuencias que pueden nacer de él en las relaciones entre el cedente y el cesionario, y las que reflejan los derechos que en virtud de la cesión haya podido adquirir este último respecto del que está obligado á pagar el crédito cedido y de los terceros que puedan tener derecho sobre el mismo. En lo que se refiere á las primeras, creemos que todo debe depender de la ley personal del acreedor ó de la que él haya voluntariamente aceptado, haciendo el contrato de cesión bajo el imperio de la misma, puesto que en tales circunstancias no se debía presumir que las partes se hubiesen sometido á la ley personal del cedente. Decimos esto en el sentido de que, para decidir si entre dichas partes, debe ó no reputarse perfecta la cesión con la entrega del documento ó sin ella: si ha de juzgarse necesaria una escritura pública *ad hoc* ó un documento privado mediante el cual se haya hecho constar el traslado, ó si ha de bastar el acuerdo acerca del objeto cedido y el precio probado por medio de testigos ó de otra manera, y por lo tanto, si el cesionario por dicho acto jurídico ha adquirido el crédito y la facultad de obligar al cedente á garantizarle el pago, debe, á juicio nuestro, regirse todo esto por la ley personal del cedente cuando no pueda probarse por las circunstancias que se ha sometido voluntariamente á ley extraña.

En cuanto á las consecuencias que pueden deducirse de la cesión relativa á los derechos adquiridos por el cesionario respecto del deudor y respecto de terceros que pueden alegar derechos sobre el crédito, sostenemos que todo debe depender de la ley del domicilio del deudor, donde puede exigirse el crédito. Decimos esto, porque el acreedor no cede de hecho mediante la cesión, sino las razones que tiene en contra de su deudor y la facultad de obrar contra él para obtener el pago de la deuda:

y el cesionario no adquiere sino el derecho de hacer valer el título cedido á él contra el deudor y de proceder judicialmente contra el mismo, no como mandatario sino como un *procurator in rem suam*. Ahora bien, como él no podría ejercitar los precitados derechos y acciones sino donde el acreedor pueda ser obligado, tampoco podría reputarse investido de un título legítimo en calidad de cesionario, ya en cuanto al deudor, ya en cuanto á terceros, sino bajo las condiciones establecidas por la ley allí vigente, con el fin de que aquel á quien el crédito se haya cedido pueda mirarse como propietario del crédito respecto del deudor y de los terceros.

Por consiguiente, si en el país donde el crédito es exigible impone la ley como circunstancia indispensable la notificación al deudor como una forma de publicidad, requiriéndose ésta para hacer efectiva jurídicamente la cesión respecto de terceros ó respecto de éstos y el deudor, el cesionario no podrá hacer valer la cesión ni reputarse propietario del crédito sino cuando se hayan observado las disposiciones de la ley. Por esto, habrá que admitir que debe reputarse el crédito cedido siempre en el patrimonio del cedente hasta tanto que no se hayan observado las formalidades que la ley requiere para la eficacia de la transmisión de créditos en cuanto á terceros y el deudor.

§39. Supongamos, por vía de ejemplo, que encontrándose en Austria un italiano haga la cesión de un crédito exigible en Italia, conviniendo acerca del crédito y del precio, y que se suscite la cuestión de si, no habiendo entregado el documento que prueba el crédito cedido, debe ó no reputarse el cesionario propietario de dicho crédito. Aceptando las teorías de Laurent debía decirse que, como el estatuto de la cesión es real y la tradición es también necesaria, según la ley austriaca para la cesión de un crédito, sin que pueda considerarse hecha la tradición sino por medio de la consignación del documento por parte del propietario cedente, la cesión no podría, en nuestra hipótesis, considerarse perfecta; pero, ¿cuál sería en este caso la razón de interés general que justificara la aplicación de la ley austriaca al hecho realizado por un italiano para disponer de aquello que le pertenecía conforme á la ley italiana? Si hubiese cedido su

crédito en Italia, el cesionario habría adquirido la propiedad luego que se hubiera puesto de acuerdo con el cedente sobre el crédito y sobre el precio, no requiriéndose por nuestra ley que la posesión se transmita en virtud de consignación de documento. Ahora bien, ¿qué razones puede haber para que tal acto jurídico no debiera tenerse por perfecto por el simple hecho de que, al realizarlo, se encontraba á poca distancia de la frontera en las provincias austriacas? ¿Hay, acaso, ofensa á la soberanía territorial austriaca en que un italiano disponga de un crédito exigible en Italia con arreglo á la ley italiana? Tal vez estos equivocados; pero insistimos en la teoría establecida por nosotros, y que prescindiendo, en este caso como en otros, de la distinción hecha entre estatutos reales y personales, excluye la aplicación de la ley territorial, porque no hay razón para admitirla, no siéndolo ni los intereses de la soberanía ni los de terceros, y sentimos que Laurent haya colocado la cuestión en un punto de vista que no podemos aceptar dando preferencia al principio del estatuto real, respecto de la cesión.

Supongamos, por el contrario, que un inglés haya cedido en Inglaterra un crédito exigible en Italia, y que no se haya hecho la notificación de la subsiguiente cesión al deudor, ni que éste la haya aceptado por escritura pública como dispone el art. 1.539 del Código civil italiano; ¿podrá, en este caso, el cesionario invocar el derecho inglés para hacer valer según él los derechos adquiridos contra el deudor? Supongamos que un tercer acreedor del cedente embargue la deuda exigible en Italia, y que el cesionario, antes del pago efectivo, notifique la cesión: ¿podrá éste obtener la preferencia sobre el que realizó el embargo invocando el derecho inglés en apoyo de los derechos adquiridos? ¿Podrá el deudor alegar una excepción válida al Derecho inglés para negarse al pago del embargante en el supuesto de que se haya atribuido á éste el crédito, aduciendo haber conocido la cesión *pendente lite*?

Las cuestiones propuestas deben resolverse, en nuestro sentir, negativamente sin género alguno de duda, porque la ley italiana, que exige como necesaria la intimación al deudor para la toma de posesión del crédito, respecto de terceros, debe tener

autoridad territorial, por la sencilla razón de que así se provee á la defensa de sus intereses y establece cierta formalidad de publicidad necesaria para prevenir los fraudes. La autoridad de aquélla, en lo que se refiere á los créditos exigibles en Italia, no puede rechazarse, como no puede negarse la de toda la ley que emane de la soberanía territorial que tenga por objeto defender los intereses de terceros.

Por consiguiente, si el cesionario á quien *pendente lite* se ha cedido el crédito por el acreedor inglés, hace la intimación, las consecuencias de tal acto deberán ser valuadas según lo que dispone el Código civil italiano, y así como el crédito cedido debe reputarse, según dicho Código, en el patrimonio del cedente hasta tanto que se haga la intimación, así el cesionario no podrá invalidar el derecho de aquel que haya embargado el crédito antes que él. Sólo podrá, por lo tanto, pedir y obtener que la adquisición de la propiedad por parte suya, se reconozca eficaz en aquella porción del crédito que no haya sido embargada, y que pasaría al patrimonio del cesionario, por consecuencia de la notificación hecha con arreglo á la ley italiana. Así también deberá nuestra ley decidir en lo que respecta al valor y eficacia por parte del deudor para todas las consecuencias que se podrían derivar del día en que haya tenido lugar, respecto de terceros.

Por todas estas razones decimos, en conclusión, que la ley del lugar donde el crédito sea exigible, deberá ser la que regule la eficacia de la cesión realizada respecto del deudor y de los terceros.

§40. El principio sancionado por la ley italiana, esto es, el de que la propiedad se transmite entre las partes para el solo efecto del contrato, no puede tener aplicación en la hipótesis de que se trate de la propiedad de un inmueble. En este punto, con arreglo á lo que dispone el art. 1.492, el acto mediante el cual se transfiera la propiedad de un inmueble ó de otros bienes ó derechos susceptibles de hipoteca, no produce ningún efecto si no se ha registrado de conformidad con lo que dispone el legislador en el título relativo al registro.

El mismo principio hallamos sancionado en las leyes de otros

Estados, como la ley belga del 16 de Diciembre de 1851, la francesa de 23 de Marzo de 1855, la prusiana de 5 de Mayo de 1872, y de acuerdo con ellas está lo que dispone el Código civil austriaco, artículos 321, 431 y siguientes, sin citar otras muchas leyes.

Es, pues, evidente que siempre que la ley territorial sanciona un sistema cualquiera de publicidad para la transmisión válida de la propiedad, tiene por principal objeto defender los derechos de terceros, y debe, por tanto, gozar de autoridad exclusiva en el territorio, como salvaguardia que es del derecho social, debiéndose considerar en tal concepto la que subordina al registro del título la adquisición de propiedad de los inmuebles.

No es necesario, pues, que nos detengamos á demostrar que la ley que regula el registro y todos los efectos que de este se derivan, como aquellos que sean resultado de no observar las disposiciones de la ley, á este respecto deben tener autoridad exclusiva en cuanto á los inmuebles existentes en el territorio, no pudiendo dudarse que la propiedad de éstos y su legítima posesión en lo que toca á terceros no deben sujetarse á la *lex rei sitæ*.

§41. El principio que hemos establecido acerca de la autoridad territorial de las leyes que sancionan un sistema de publicidad para la transmisión válida de la propiedad, puede dar lugar á algunas dificultades en el caso de que se trate de la propiedad de una nave.

Las leyes son muy diversas en sus disposiciones relativas á las formalidades especiales requeridas para que sea eficaz la transmisión de la propiedad de las naves respecto de terceros.

El legislador italiano ha consignado dichas formalidades en el artículo 483 del Código de Comercio, que dispone «que toda enajenación ó cesión total ó parcial de la propiedad de una nave debe hacerse por escrito, y si tiene lugar en el Reino puede hacerse por escritura pública ó por documento privado, pero no produce efectos respecto de terceros si no ha sido registrado el documento en la oficina en que la nave esté inscrita. La enajenación debe anotarse en el acta de nacionalidad con la indicación de si el vendedor queda como acreedor del precio en todo ó en parte.

Cuando concurren varias enajenaciones, se determinará la preferencia por la fecha de la anotación en el acta de nacionalidad. Mediante dichas disposiciones ha establecido el legislador italiano un sistema de publicidad, declarándolo indispensable para garantizar los derechos de terceros, y dar á conocer á los mismos los cambios de propiedad de la nave, y como quiera que según lo que él dispone, la transmisión de la propiedad de una nave no llega á ser eficaz *erga omnes* sino cuando se haya hecho la anotación en el acta de nacionalidad, decidiendo la fecha de ésta entre dos ó más adquirentes cuál de ellos debe preferirse y reputarse propietario, se infiere lógicamente que las formalidades de publicidad impuestas por el legislador, tienen el mismo objeto que la transcripción en lo que se refiere á la propiedad de los inmuebles.

En otras legislaciones está igualmente sancionado un sistema cualquiera de publicidad, porque todas reconocen como necesario rodear la enajenación de la propiedad de la nave de medidas eficaces para garantir los derechos de terceros interesados en conocer á quién pertenece aquélla. Dichas formalidades, sin embargo, no son uniformes, porque algunas leyes sancionan reglas conformes á las establecidas por el legislador italiano, pudiéndose contar entre ellas la francesa (1), y otras, por el contrario, sancionan reglas distintas. Así, según la ley inglesa de 1854 (*Shipping merchant act*) las transmisiones de la propiedad de las naves deben inscribirse, so pena de nulidad, en el Registro del puerto en que esté inscrita la nave; pero no debe hacerse ninguna anotación en el acta de nacionalidad. Lo mismo determina la ley de los Estados Unidos de América (2).

Esta divergencia en el derecho positivo puede dar origen naturalmente á dificultades acerca de las formalidades que deben llevarse á cabo para hacer eficaz la transmisión de la pro-

(1) Artículo 195 del Código de Comercio, Leyes del 7 Vendimia-rio, año II, art. 1.718.

(2) Art. 4.192 stat rev.

propiedad de una nave. Habiendo establecido nosotros que tanto para las cosas inmuebles, como para las muebles que se encuentren en un lugar determinado, es indispensable observar lo que dispone la *lex rei sitæ* respecto de las formalidades de publicidad requeridas para la transmisión de su propiedad, podría suponerse á primera vista, que lo mismo debía suceder cuando se tratara de transmitir eficazmente la propiedad de una nave. Esta se considera generalmente como cosa mueble, y así como aun para las cosas muebles debe admitirse la autoridad de la *lex rei sitæ*, siempre que encontrándose en un determinado lugar, se quiera transmitir su propiedad á otro, así también podría sostenerse que la enajenación de toda nave que se encuentre en los puertos italianos, no puede hacerse eficazmente sino observando las formalidades de publicidad sancionadas por nuestro legislador para la transmisión eficaz de la propiedad de las naves.

§ 42. Esta opinión podría fundarse en los mismos principios sancionados por la jurisprudencia. En efecto, el Tribunal de Rouen, al decidir acerca de la propiedad de un buque inglés (el *Colstrup*), esto es, de si debía reputarse como perteneciente al que era su primitivo propietario ó á otro individuo que había adquirido una parte de su propiedad, considera la falta de inscripción de la venta en el acta de nacionalidad como decisiva para deducir que la enajenación no podía oponerse á terceros. El Tribunal fundó su decisión en la consideración de que el sistema de publicidad sancionado por la ley francesa para garantir los intereses de terceros, debía reputarse imperativo aun respecto de los muebles pertenecientes á extranjeros que se encuentran en el territorio francés, porque los muebles pertenecientes á un extranjero no podían sustraerse al imperio de las leyes de policía emanadas de la soberanía francesa, y obligatorias para los que residan en el territorio francés, sin contar con que no podían estar obligados los franceses á conocer las leyes extranjeras. Así, el Tribunal declaró válido el embargo hecho por un acreedor francés del primer propietario; declarando ineficaz para los efectos de este acreedor la enajenación de una parte de la propiedad del barco hecha á un tercero por no encontrarse ins-

crita en el acta de nacionalidad, rechazando, por consiguiente, la oposición hecha por este tercer adquirente (1).

La misma teoría se estableció por el Tribunal de Comercio del Havre respecto de un buque americano (*Jamestown*). También considera ineficaz la transmisión de la propiedad hecha á un tercero por faltar la inscripción en el acta de nacionalidad exigida por la ley francesa (2).

Ya hemos sostenido que la teoría establecida por los Tribunales franceses en lo que se refiere á la transmisión eficaz de la propiedad de los buques, debe considerarse en oposición con los principios generales del derecho (3). «Si los derechos legítimamente adquiridos (tales eran nuestras palabras) según la ley del país á que el buque pertenece, se pudiesen invalidar aplicando para juzgar acerca de ellos las leyes del país extranjero en que por acaso pueda encontrarse el barco, el crédito marítimo quedaría profundamente lesionado.» Ahora corroboramos lo que antes dijimos, é impugnamos la teoría establecida por los Tribunales franceses en las sentencias citadas, porque si se admitiese debería establecerse que para que pudiese adquirirse eficazmente la propiedad de una nave *erga omnes*, sería necesario que se acomodase á las leyes de todos los países donde los derechos que adquirió pudiesen ponerse en tela de juicio, cuya teoría es en verdad un contrasentido jurídico.

El sistema de publicidad establecido por la ley francesa, como el establecido por la italiana, debe indudablemente observarse siempre que se quiera transmitir eficazmente la propiedad de una nave, sea francesa ó italiana. La ley francesa no sólo protege todas las naves que forman parte de aquella marina, sino que también debe regular la condición jurídica de las mismas donde quiera que se encuentren, defendiendo al mismo tiempo los intereses de terceros. De aquí se infiere que las

(1) Rouen 31 Julio 1876, *Journal du Palais*, 1877, 577, y la nota de Lyon-Caen, *ibid.*

(2) Tribunal del Havre, 14 Agosto 1877.

(3) Véase la segunda edición de la presente obra (año 1874, Florencia, Lemonnier), apéndice, pág. 582 y la traducción francesa hecha por Pradier-Fodéré (París, 1875), pág. 670.

formalidades de publicidad sancionadas por el legislador francés para la transmisión eficaz de la propiedad de barcos franceses, deben observarse en todas partes. ¿Pero á título de qué podría pretenderse que el propietario de una nave inglesa se haya de ajustar á la ley francesa para transmitir á otros la propiedad de un buque suyo? ¿Con qué razones podía sostenerse la autoridad de la ley francesa respecto del mismo, sobre todo, en el litigio fallado por el Tribunal de Rouen, llamado á decidir sobre una enajenación hecha en Inglaterra de una nave cuya propiedad se había transmitido válidamente antes de penetrar en las aguas territoriales de Francia?

El acreedor francés tenía derecho á exigir la prueba de la transmisión, y si la ley inglesa no hubiese provisto convenientemente á garantizar los intereses de terceros con un sistema cualquiera de publicidad, hubiera podido sostenerse que una transmisión de propiedad desconocida no debía considerarse eficaz respecto de terceros. Mas la ley inglesa ha provisto á la publicidad, aunque de una manera distinta que la ley francesa, suficiente sin embargo para garantizar los intereses de terceros y para poner á éstos en condiciones de conocer las traslaciones de dominio. En el acta de nacionalidad de las naves inglesas se encuentra, en efecto, la cláusula de que tal acta no constituye título para probar las modificaciones de la propiedad de las naves. Ahora bien, ¿cómo podrá justificarse la pretensión de que no se hubiese de juzgar eficaz respecto á terceros la enajenación por faltar en el acta de nacionalidad la inscripción que exige la ley francesa?

Las naves se consideran generalmente como muebles, pero por su naturaleza constituyen una clase de bienes enteramente especial. En efecto, conservan en todas partes la propia y determinada nacionalidad, y tienen un asiento legal estable, que es el de la oficina marítima donde cada una debe hallarse inscrita, siendo susceptible de hipoteca, y no siendo por sí mismas objetos, sino instrumentos de comercio. Estas consideraciones sirven para establecer que no se pueden aplicar á las naves las mismas reglas que á los inmuebles ó á los muebles que se encuentran en una localidad determinada. Cuando aquéllos se hallan en dicha

circunstancia, lo están temporalmente y con destino á la navegación. El asiento fijo de las mismas, es la oficina marítima donde están inscritas. Ahora bien; en nuestro sentir, la condición jurídica debe determinarse por la ley misma que les da el carácter nacional.

S43. De todo esto debe deducirse que habrá que admitir, respecto de cada nave, la autoridad de la ley del Estado que la cubra con su bandera en todas las cuestiones relativas á su condición jurídica, y en las concernientes á la propiedad, á la enajenación y á las formalidades necesarias para la validez y eficacia de la traslación de dominio entre las partes y los terceros. Habrá, por lo tanto, que decidir con arreglo á la ley nacional del buque, si puede venderse y bajo qué condiciones, así como las formalidades necesarias para que la venta ó cesión pueda tener efecto entre las partes y respecto de terceros, aunque la venta tenga lugar en país extranjero y en él esté la nave en el momento de realizarse su enajenación. No podría darse el caso de aplicar en tal supuesto la regla *locus regit actum* para someter la nave á las leyes allí vigentes. Esta regla puede tener aplicación cuando se verifique la venta de una nave extranjera, pero sólo en lo concerniente al modo de exigir el pago del precio; al modo de hacer la entrega del buque (cuando ésta sea necesaria para la validez de la traslación de dominio), y al modo de efectuar la toma de posesión de aquél, etc.

Por lo tanto, no procedieron con acierto los Tribunales de la Luisiana al resolver respecto de los derechos adquiridos por un individuo que había comprado en Boston un barco perteneciente, por su nacionalidad, á Massachussett, y del que había hecho una venta perfecta con arreglo á las leyes de aquel Estado, aplicando las propias leyes, para decidir si podría considerarse perfecta dicha venta, y si los derechos del nuevo propietario debían reconocerse en concurrencia con los de un ciudadano de la Luisiana, que había secuestrado en este país el barco, contra el antiguo propietario. Los Tribunales fallaron que, no considerando la ley de la Luisiana perfecta la venta sino cuando se hubiese efectuado la entrega material de la nave, se infería que no podía considerarse como tal la venta realizada en Boston, á causa de

faltar la referida entrega, á pesar de que, según la ley de Massachusetts, no fuese indispensable. Toda la argumentación de su fallo se resume en que, cuando las leyes de dos Estados sean distintas y surja un conflicto para los intereses de los ciudadanos, debe prevalecer la ley del lugar donde el juicio se celebre, porque el principio de cortesía internacional, con arreglo al cual se reconoce la autoridad de las leyes extranjeras, debe admitirse con la reserva de que no experimenten perjuicio el Estado ni sus ciudadanos (1).

De aquí concluimos, que no se pueden aplicar á las naves extranjeras que estén en un puerto del Estado las leyes promulgadas por el soberano territorial, ni para decidir acerca de los derechos adquiridos por terceras personas sobre la nave antes de entrar ésta en las aguas del territorio, ni para fallar sobre la validez de la venta y sobre las formalidades necesarias para la eficacia de la misma entre las partes y respecto de terceros, sino que, por el contrario, estas cuestiones deben regirse por la ley del Estado á que pertenece la nave, á consecuencia de estar allí inscrita y registrada en uno de los departamentos marítimos de dicho Estado después de su construcción.

§44. Ahora debemos tratar de las acciones que resultan del derecho de propiedad bajo el punto de vista que debe regularlas. Entre ellas, es la principal la acción de reivindicación, que consiste en el derecho correspondiente al propietario, de obligar á cualquier poseedor ó detentador de la cosa que le pertenece á restituirla con todos sus accesorios, salvo las excepciones que las leyes establecen. Esta acción puede tener por objeto así las cosas inmuebles como las muebles, pero respecto de las últimas no la admiten todas las leyes, sino en determinados casos excepcionales.

Para ejercitar la acción de reivindicación de cosas inmuebles es necesario, ante todo, que el actor pruebe su derecho de propiedad y, por consiguiente, el de aquel por quien la propiedad le fué transmitida, y como quiera que este derecho puede estar

(1) Véase Clunet, *Journal du droit international privé*.—*Recue de la jurisprudence de la Louisiana*, 1876, p. 129.

fundado en todos los títulos de que se derive la propiedad, con vendrá atenerse á la ley en que esté fundado el derecho, para decidir con arreglo á ella la existencia y la prueba del mismo. El derecho del propietario se debe considerar subsistente hasta que un tercero haya adquirido sobre la cosa un derecho real, por alguno de los modos de adquisición consignados en la *lex rei sitæ*.

Puede esto suceder, ó en el caso de que deba considerarse realizada la prescripción adquisitiva ó cuando el tercer poseedor contra quien el propietario ejercita la acción que nace del derecho de propiedad, haya adquirido, en virtud de la posesión, los derechos que se derivan de ésta y la consiguiente facultad de ejercitar las acciones posesorias, ó bien cuando por las circunstancias consignadas en la *lex rei sitæ* le competá el derecho de retención. Ahora bien: como estos derechos correspondientes á aquel contra quien el propietario promueve la acción de reivindicación deben regirse por la *lex rei sitæ*, con arreglo á los principios anteriormente expuestos, por esta razón hemos sostenido que la *reivindicatio* debe en tal concepto subordinarse á la *lex rei sitæ* (1).

Siendo real la acción de reivindicación y no personal, debe naturalmente proponerse contra el actual poseedor ó detentador de la cosa, y no pudiendo pretender el actor que el demandado esté obligado á entregársela si no demuestra que él es el propietario de la cosa que reivindica, es natural que la demostración de su derecho de propiedad deba hacerse en conformidad con la ley en que el derecho está fundado, pudiendo ésta ser distinta, según que la propiedad se derive de contrato de sucesión, de donación, etc. Como el poseedor ó detentador puede sostener que el derecho de propiedad ha pasado á él en virtud de prescripción, ó que le corresponde el de mantenerse en la posesión, tiene en este caso el deber de probar dicha transmisión de propiedad ó de los derechos que pueden derivarse de la posesión, debiendo fundarse tal prueba en la *lex rei sitæ*, y por lo

(1) Véase la primera edición de la presente obra, § 201, p. 282; y la observación hecha por Laurent, *Droit civil international*, tomo VII, § 288.

tanto nos ratificamos en nuestra teoría y la reproducimos en los mismos términos en que fué expuesta, á saber: «que la acción real en virtud de la cual el propietario reivindica la cosa propia con todos sus accesorios, de cualquier poseedor ó detentador, debe regirse por la *lex rei sitæ*.»

S 45. El mismo principio debe prevalecer para la *actio in rem publiciana* cuando ésta pueda fundarse en la ley. Se concedía dicha acción por el Derecho romano al que, aun cuando no hubiera llegado á ser propietario de la cosa por la usucapión, se encontraba, no obstante, próximo á llegar á serlo, y había perdido la posesión antes de completar la usucapión empezada. Aquella ley concedía al mismo el derecho de reivindicar de un tercero detentador la cosa, sin estar obligado á presentar la prueba de la propiedad. Es evidente que esta acción, siempre que esté fundada en disposiciones legales, debe regirse por la *lex rei sitæ*, porque realmente no se derivaría del derecho de propiedad, sino del hecho de la posesión eficaz para la usucapión, y ya hemos demostrado que las acciones que se derivan de la posesión deben regirse por la *lex rei sitæ*.

S 46. La acción negatoria debe también estar sometida á la misma regla, puesto que tiende á hacer reconocer el derecho ilimitado y absoluto que al propietario corresponde de disfrutar y usar la cosa propia de tal manera que excluya el derecho de cualquier extraño que pretenda sujetarla á alguna servidumbre. Como diremos en breve, se habrá de decidir con arreglo á la *lex rei sitæ* de qué manera puedan adquirirse las servidumbres, y si debe ó no admitirse respecto de ellas el ejercicio de la acción posesoria para la manutención, cuando la constitución de las mismas no resulte de algún título (1). Es, pues, lógico que,

(1) Según la jurisprudencia italiana referente á las servidumbres no aparentes y á las discontinuas, no puede admitirse la acción posesoria de manutención. Véase Casación de Florencia, 6 de Marzo de 1876 (*Annali*, X, 1, 81); Casac. Nápoles, 25 de Abril de 1868 (*Ibid.*, II, 1, 349); Casac. Turín, 18 Mayo 1860 (*Ibid.*, IV, 1, 135); 18 Marzo 1881 (*Racc.*, XXXIII, 1, 135); 1.º Junio 1882 (*Ibid.*, XXXIV, 1, 342), y 31 Diciembre 1883 (*Ibid.*, XXXIV.)

tendiendo la acción negatoria á hacer reconocer que el inmueble está exento de toda servidumbre, debe regularse por la *lex rei sitæ*.

S 47. La reivindicación de los muebles puede dar origen á dificultades á causa del cambio de lugar de la cosa y de la diferencia existente entre las leyes de los diversos Estados respecto del derecho que puede corresponder al propietario para reivindicar la cosa suya de manos de un tercer poseedor, y de la facultad que puede corresponderle para hacer valer la posesión como título en virtud del principio sancionado por la ley territorial de que la posesión constituye título.

Ya hemos examinado dicha cuestión al tratar del derecho de retención relativo á los muebles, y nos atenemos á lo allí establecido (1) para determinar la ley que debe regir el derecho del que posea la cosa mueble contra el que la reclame como propietario.

S 48. Para completar cuanto allí dejamos dicho, debemos notar que, aunque por regla general los muebles que están en un lugar determinado deben someterse á la ley allí vigente en lo relativo á las acciones que respecto de aquellos puedan ejercitarse, y por consiguiente, debe subordinarse á la misma ley el derecho de reivindicación correspondiente al propietario, pueden, no obstante, darse casos en que sea permitido ejercitar el derecho de reivindicación correspondiente al propietario en conformidad á la ley en cuya virtud fué adquirido, en cuanto á la cosa mueble que se haya transportado á otro lugar en que rija una ley distinta.

Examinemos, para aclarar nuestro concepto, el caso de la venta de muebles hecha por un italiano en nuestro país, sin aplazamiento para el pago del precio estipulado. El legislador italiano, en el art. 1.513 del Código, dispone lo siguiente: «si se hizo la venta sin aplazamiento para el pago, el vendedor puede, cuando éste no se realice, reivindicar las cosas muebles vendidas mientras estén en poder del comprador, ó impedir su reventa, con tal que la demanda de reivindicación se promueva dentro de los quince

(1) Véase más arriba, § 781 y siguientes.

días siguientes al de la entrega, y las cosas se encuentren en el mismo estado en que se hallaban al tiempo de entregarlas.»

El Código francés contiene una disposición análoga en el artículo 2.102, núm. 4, pero fija en ocho días el término para la reivindicación.

Supongamos ahora que los muebles, en las expresadas circunstancias, hayan sido transportados á Francia. En tal caso, ¿podrá el comprador, en las circunstancias consignadas en el citado art. 1.513, reivindicarlos dentro de los quince días? ¿Será válida la excepción de que, hallándose las cosas en Francia en el momento de promoverse la acción, no puede formularse la demanda según el Código francés sino dentro de los ocho días?

A juicio nuestro y en atención á los principios expuestos á propósito del derecho de retención, debe admitirse que el vendedor pueda ejercitar el derecho de reivindicación en el término de quince días fijado por la ley italiana, sin que deba ser obstáculo la circunstancia de hallarse las cosas en el territorio francés, y de haberse allí fijado el de ocho días, como hábil para promover la demanda con arreglo á la ley vigente.

Podría alegarse, para rechazar nuestra opinión, que, según la ley francesa, se considera como un privilegio el derecho de reivindicar los muebles en el caso en cuestión. En efecto, ese derecho está reconocido entre los privilegios sobre muebles, y como quiera que todas las leyes que atribuyen privilegios sobre las cosas existentes en el territorio deben tener autoridad territorial, la ley francesa que atribuye un privilegio al vendedor cuando no se ha satisfecho del precio, debe también tenerla.

No tratamos de impugnar el principio acerca de la autoridad territorial de las leyes que atribuyen privilegios, ni juzgamos oportuno entrar en este lugar en las largas y minuciosas discusiones sostenidas á propósito del art. 2.102 del Código francés sobre si aquél establece un verdadero privilegio, ó si, por el contrario, concede al vendedor de los muebles el derecho de recobrar la posesión material de las cosas entregadas, para tener una garantía del pago del precio (1), porque la discusión, en la forma

(1) Véase sobre esta cuestión, Mourlon, *Examen critique*, nú-

que la hemos propuesto, no consiste en decidir si á un italiano puede reportar ventajas la ley francesa, que concede un privilegio pidiendo su aplicación en un negocio jurídico declarado en Francia. Se trata, por el contrario, de examinar si en el negocio jurídico llevado á cabo en Italia bajo el imperio de la ley italiana, y respecto de muebles pertenecientes á un italiano posteriormente transportados á Francia, deben ó no respetarse los derechos atribuídos por la ley italiana al propietario de las cosas muebles, derecho que adquirió y no ejercitó antes de que se efectuase dicho transporte. Formulada así la cuestión, no nos parece su solución dudosa, porque se trata de respetar la ley del contrato. El derecho de reivindicación concedido por la ley italiana en el caso en cuestión, no es un privilegio, y esta es la razón de encontrarse en el título de la venta entre las disposiciones relativas á las obligaciones del comprador. Esto aclara más el concepto de la disposición, la cual no implica la anulación de la venta si no se ha pactado como resultado de la falta de pago, sino que concede al vendedor el derecho de recobrar la posesión material de las cosas vendidas y entregadas, para tenerla como garantía del pago é impedir que sean revendidas á terceras personas antes de pagadas. Ahora bien, si el comprador según su ley personal y según aquéllas á cuyo amparo se realizó el asunto jurídico, podía reivindicar las cosas dentro de los quince días siguientes al de la entrega, ¿cómo podría anularse este derecho, nacido y adquirido bajo el dominio de la ley italiana por la sola circunstancia de que las cosas se hubiesen transportado al territorio francés? ¿Cómo podría justificarse la aplicación de la ley francesa? Si el negocio jurídico se hubiese, por el contrario, realizado en Francia, y en ella hubiese vendido el italiano sus muebles sin aplazamiento para el pago del precio, no se le podría conceder el invocar la ley italiana para fundar en ella el derecho de proponer la demanda reivindicatoria dentro de los quince días. La circunstancia de haberse llevado á cabo el negocio jurídico

meros 126-135. Véase también Valette. T. XVI, núms. 204 y 380, T. XIX, núm. 120. Pont, *Privilèges et hypothèques*, núm. 135, y los autores por ellos citados en pro y en contra.

en Francia, habría indudablemente aplicable al mismo la ley francesa, sin que la demanda pudiera proponerse útilmente sino dentro de los ocho días, con arreglo á ella.

849. Habrá que admitir igualmente, que si una persona hubiese adquirido cualquier derecho sobre los muebles transportados á Francia y con arreglo á la ley francesa, este derecho excluiría la aplicación de la ley italiana, como en otro lugar hemos dicho. Tal sería, por ejemplo, el caso de un comprador que, en las circunstancias expresadas, hubiese expedido los muebles á Francia, y en su propio nombre no hubiese pagado el precio del transporte al facturarlas, en cuyo caso, los derechos atribuidos al mismo por la ley francesa de retener las cosas hasta que fuese satisfecho de todo su crédito por los gastos de transporte y por los del propietario que quisiese reivindicarlas, debería ser regido por aquella ley.

Esta es, por otra parte, la consecuencia lógica de nuestra teoría, de que los derechos sobre los muebles adquiridos por terceros con arreglo á la ley del lugar donde real y efectivamente se encuentren, deben regirse por dicha ley, y que la personal del propietario ó aquella á que se hubiese sometido en virtud del contrato ó del hecho jurídico, no pueden tener autoridad alguna para regular los derechos que á él se refieren, en concurrencia con los adquiridos por terceros según la *lex rei sitæ* (1).

(1) Véase por lo concerniente á la teoría que prevalece en América respecto de la ley aplicable á las cosas muebles, Warton, *Conflict of Laws*, § 331 y siguientes.

CAPÍTULO V

De las servidumbres.

850. Concepto general de la servidumbre.—**851.** Es siempre un derecho real que pertenece á una persona respecto de la cosa de otra.—**852.** Servidumbres personales y prediales.—**853.** Principios generales acerca de la ley reguladora de las servidumbres personales.—**854.** Del usufructo.—**855.** El usufructo legal puede tener su origen en la ley extranjera.—**856.** Cómo deben regularse los derechos y obligaciones que nacen del usufructo.—**857.** Examínase el caso del usufructo en favor de un extranjero sobre un inmueble perteneciente á un ciudadano.—**858.** Casos en que debe tener autoridad absoluta la ley territorial.—**859.** Del derecho de uso y de habitación.—**860.** Ley que debe regular la extensión de tales derechos.—**861.** Discusión acerca de la validez de la enajenación ó cesión del uso.—**862.** Principios generales sobre la ley reguladora de las servidumbres prediales.—**863.** Las servidumbres legales establecidas en beneficio de los particulares deben también depender de la *lex rei sitæ*.—**864.** Aplicación á la servidumbre de paso.—**865.** Confirmando la autoridad de la *lex rei sitæ*.—**866.** Principios generales acerca de las servidumbres establecidas por el hecho del hombre. Límites de la autonomía.—**867.** Cuestión acerca de las servidumbres por destino del padre de familia.—**868.** Determinase la ley que debe regular esta servidumbre.

850. El derecho de propiedad de las cosas muebles es aquel en cuya virtud, como ya hemos dicho, la cosa se somete de un modo absoluto al arbitrio de su dueño, dentro de los límites jurídicos establecidos por la ley. En virtud de este derecho debe reconocérsele en principio al propietario la facultad plena de disfrutar de todas las utilidades que la cosa pueda producir y también la de excluir á cualquier otro del uso ó del goce de la cosa misma. Todos estos derechos están incluidos en el de dominio; pero pueden, no obstante, existir separadamente de él, y atribuirse á otra persona que por diverso título, puede tener el

en Francia, habría indudablemente aplicable al mismo la ley francesa, sin que la demanda pudiera proponerse útilmente sino dentro de los ocho días, con arreglo á ella.

849. Habrá que admitir igualmente, que si una persona hubiese adquirido cualquier derecho sobre los muebles transportados á Francia y con arreglo á la ley francesa, este derecho excluiría la aplicación de la ley italiana, como en otro lugar hemos dicho. Tal sería, por ejemplo, el caso de un comprador que, en las circunstancias expresadas, hubiese expedido los muebles á Francia, y en su propio nombre no hubiese pagado el precio del transporte al facturarlas, en cuyo caso, los derechos atribuidos al mismo por la ley francesa de retener las cosas hasta que fuese satisfecho de todo su crédito por los gastos de transporte y por los del propietario que quisiese reivindicarlas, debería ser regido por aquella ley.

Esta es, por otra parte, la consecuencia lógica de nuestra teoría, de que los derechos sobre los muebles adquiridos por terceros con arreglo á la ley del lugar donde real y efectivamente se encuentren, deben regirse por dicha ley, y que la personal del propietario ó aquella á que se hubiese sometido en virtud del contrato ó del hecho jurídico, no pueden tener autoridad alguna para regular los derechos que á él se refieren, en concurrencia con los adquiridos por terceros según la *lex rei sitæ* (1).

(1) Véase por lo concerniente á la teoría que prevalece en América respecto de la ley aplicable á las cosas muebles, Warton, *Conflict of Laws*, § 331 y siguientes.

CAPÍTULO V

De las servidumbres.

850. Concepto general de la servidumbre.—**851.** Es siempre un derecho real que pertenece á una persona respecto de la cosa de otra.—**852.** Servidumbres personales y prediales.—**853.** Principios generales acerca de la ley reguladora de las servidumbres personales.—**854.** Del usufructo.—**855.** El usufructo legal puede tener su origen en la ley extranjera.—**856.** Cómo deben regularse los derechos y obligaciones que nacen del usufructo.—**857.** Examínase el caso del usufructo en favor de un extranjero sobre un inmueble perteneciente á un ciudadano.—**858.** Casos en que debe tener autoridad absoluta la ley territorial.—**859.** Del derecho de uso y de habitación.—**860.** Ley que debe regular la extensión de tales derechos.—**861.** Discusión acerca de la validez de la enajenación ó cesión del uso.—**862.** Principios generales sobre la ley reguladora de las servidumbres prediales.—**863.** Las servidumbres legales establecidas en beneficio de los particulares deben también depender de la *lex rei sitæ*.—**864.** Aplicación á la servidumbre de paso.—**865.** Confirámase la autoridad de la *lex rei sitæ*.—**866.** Principios generales acerca de las servidumbres establecidas por el hecho del hombre. Límites de la autonomía.—**867.** Cuestión acerca de las servidumbres por destino del padre de familia.—**868.** Determínase la ley que debe regular esta servidumbre.

850. El derecho de propiedad de las cosas muebles es aquel en cuya virtud, como ya hemos dicho, la cosa se somete de un modo absoluto al arbitrio de su dueño, dentro de los límites jurídicos establecidos por la ley. En virtud de este derecho debe reconocérsele en principio al propietario la facultad plena de disfrutar de todas las utilidades que la cosa pueda producir y también la de excluir á cualquier otro del uso ó del goce de la cosa misma. Todos estos derechos están incluidos en el de dominio; pero pueden, no obstante, existir separadamente de él, y atribuirse á otra persona que por diverso título, puede tener el

derecho de gozar en todo ó en parte, el objeto perteneciente á otros. Así puede suceder que uno tenga un derecho real sobre la cosa ajena, *jus in re aliena*. La servidumbre es uno de estos derechos.

§51. Ya hemos dicho que el derecho real pertenece á la persona; porque realmente el derecho, en cuanto es atributo y facultad, no se puede concebir de otra manera que en el sujeto que tenga la capacidad jurídica. No puede por lo tanto, reconocerse en la cosa, porque ésta bajo ningún concepto puede considerarse capaz de derechos. Sin embargo, habrá de admitirse una distinción importante respecto del título en que el derecho real correspondiente á la persona se ha de reputar fundado, y, limitándonos por ahora á tratar de la servidumbre, teniendo como inconcuso que aquella no puede consistir sino en el derecho sobre una cosa material perteneciente á otro, la distinción en cuanto al título en que puede estar fundada, consiste en que, ó bien puede establecerse en beneficio individual de una determinada persona, y por consiguiente á ella sola puede afectar, ó bien en beneficio y utilidad de una heredad, en cuyo caso debe afectar á todo aquel que tenga su posesión. Ni en uno ni en otro caso, puede considerarse el derecho sino en atención á la persona á quien hay que atribuirlo, si bien tiene siempre por objeto la cosa, porque esta es la que está gravada con la servidumbre.

§52. Las servidumbres se dividen, pues, en dos categorías esencialmente distintas; en servidumbres personales y prediales. La primera es la que en virtud de ella, puede una determinada persona gozar de ciertas utilidades sobre la cosa ajena en beneficio propio individual, y se llama personal, sólo porque el goce del derecho es inherente á la persona á quien pertenece, y no pasa á sus sucesores, sino que se extingue con ella. La otra clase comprende, las que estando establecidas sobre un predio en ventaja y beneficio de otro, atribuyen á todo poseedor del último en consideración á su calidad de tal, el derecho de aprovecharse de dichas ventajas y utilidades, establecidas por lo que respecta al predio que él posee.

Aceptando nuestras teorías acerca de esta materia, no puede rechazarse en el derecho moderno, el concepto de servidumbres

personales, alegando el temor exagerado de volver (sólo porque se admita la misma denominación) al concepto del derecho feudal, puesto que teniendo por cierto é indiscutible, que el carácter esencial de la servidumbre en el derecho moderno no puede ser otro que el de un derecho real sobre la cosa material ajena, y que la persona no puede por ello estar por sí misma sujeta al derecho, no cabe concebir que la denominación de servidumbre personal pueda denotar un derecho sobre la persona, como en los tiempos feudales. Por otra parte, considerando que la servidumbre no pierde sus caracteres esenciales (en cuanto es un *jus in re aliena*) cuando está establecida en beneficio individual de una persona determinada, ha de parecer más conforme á los principios racionales y á la naturaleza de las cosas y relaciones jurídicas, el conservar la denominación de servidumbre aun para aquellas que hemos comprendido en la categoría de servidumbres personales.

§53. Limitándonos á tratar del derecho de servidumbre, únicamente desde el punto de vista de la ley que debe tener autoridad en tal materia, y empezando por las servidumbres personales, debemos observar que, consistiendo éstas en un derecho real constituido sobre la cosa de otro, y debiendo admitirse en principio que la autoridad de la *lex rei site*, se ha de mirar como exclusiva en lo que toca á determinar la condición jurídica de las cosas inmuebles y los derechos que pueden fraccionar el de propiedad y dominio, debe admitirse en principio, que con arreglo á ella habrá que decidir con qué servidumbres personales pueden gravarse los inmuebles existentes en cada país. Por consiguiente, los inmuebles existentes en Italia, no pueden gravarse con otras servidumbres que con las que admite el Código civil vigente, y son el usufructo, el uso y la habitación, debiéndose decir lo mismo de los inmuebles existentes en Francia (1); de

(1) Según el derecho feudal, que admitía la enajenación parcial de la libertad de un individuo en favor de otro, se consideraban servidumbres personales las que suponían la enajenación total ó parcial de la libertad. El derecho moderno rechaza en absoluto que la persona pueda ser objeto de un derecho, no pudiéndose, por

aquí que se invocaría en vano una ley extranjera con objeto de retrotraer sobre los inmuebles existentes en uno ó en otro país, ciertas servidumbres que estuviesen admitidas según dicha ley, pero no con arreglo á nuestro derecho ni al francés. A la soberanía territorial corresponde, en efecto, determinar cuáles sean los derechos parciales constitutivos del de propiedad, que pueden concebirse jurídicamente disgregados del dominio, y que pudiendo tener como tales distinta existencia civil, pueden ejercitarse por aquel que no sea su propietario. En este punto no cabe ninguna duda. Habrá, pues, de tenerse como regla cierta y segura que no se pueden reconocer otras servidumbres personales sobre bienes muebles ó inmuebles existentes en el territorio de un Estado, cualquiera que sea el título de que quieran derivarse, fuera de las que la ley territorial admite.

No se puede conceder de la misma manera, que por ser la servidumbre un derecho real sobre la cosa inmueble, deba regirse bajo todos conceptos por la *lex rei sitæ*. Savigny asienta este principio como regla general, y establece que las servidumbres que gravan los inmuebles, así personales como reales, deben estar sometidas á la ley del país donde se hallan los inmuebles, pero nosotros no podemos aceptar dicho principio, y creemos muy necesario hacer la debida distinción para determinar con más exactitud y seguridad la ley á cuyo régimen hayan de estar sometidas las servidumbres personales: porque realmente no puede sostenerse que debe todo depender de la soberanía territorial, por la sola razón de tratarse de derechos reales sobre inmuebles, puesto que pueden darse casos en que la ley personal, por lo mismo que atribuye derechos sobre las cosas existentes bajo el dominio extranjero, puede tener autoridad para regularlos, con tal que por ello no se cause ofensa á los intereses de la so-

lo tanto, admitir con arreglo á él, que la servidumbre pueda tener por objeto una limitación de la libertad personal del propietario. El legislador italiano, para excluir cualquiera idea que pudiese hacer renacer el concepto del derecho feudal, denotó las servidumbres personales, que admite mediante el nombre genérico de *modificaciones de la libertad*.

ranía territorial, ni á los derechos de terceros que ésta protege.

No cabe tampoco pensar que las servidumbres personales, como establecidas en beneficio de la persona, hayan de depender en todo caso de la ley personal, porque, atribuyendo siempre aquella un derecho real y una acción análoga, no puede dudarse que deben estar sujetos á la *lex rei sitæ*, la cual, como reguladora que es de los derechos sobre las cosas á cualquiera que pertenezcan, siempre que el ejercicio de los mismos pueda afectar á la organización de la propiedad y al derecho social, debe gozar en tal concepto de autoridad. Es, pues, preciso, fijar respecto de las servidumbres personales, cuándo debe admitirse la autoridad de la ley personal y cuándo la de la ley territorial, como hemos hecho respecto de todos los demás derechos pertenecientes á las personas sobre las cosas.

§54. En lo que al usufructo respecta, observaremos que consiste en el derecho de gozar de las cosas cuya propiedad pertenece á otros de la misma manera que la disfrutaría el propietario, pero con la obligación de conservar su sustancia, así en la materia, como en la forma. Ahora bien, como el usufructo puede establecerse en virtud de la ley y de la voluntad del hombre, y el título de que se deriva debe por regla general determinar las facultades que corresponden al usufructuario y las limitaciones que el propietario experimenta, se infiere que cuando el usufructo se haya establecido por una ley extranjera debe admitirse la autoridad de ésta por contraria que sea á la ley territorial para determinar en su virtud las personas á quienes el usufructo corresponde, y los casos en que tal derecho haya de atribuirse á la persona.

§55. Aplicando este principio, debe deducirse de él que el usufructo, concedido al padre por la ley, se ha de reconocer como válido y eficaz en armonía con la ley personal reguladora de las relaciones de familia, y que el goce de tal derecho debe admitirse aun respecto de los bienes existentes en un país donde según la ley, no se conceda ningún derecho de usufructo legal al padre, y que, por consiguiente, no se puede negar el usufructo á la madre en los casos en que á ella corresponda según la ley personal, aun cuando los bienes se encontrasen en un país cuya ley

no atribuyese á la madre la patria potestad, negándole por lo tanto, todo derecho de usufructo. Ya hemos examinado esta cuestión y hemos demostrado que la ley personal y no la *lex rei sitæ*, es la que debe regir el usufructo legal correspondiente al padre (1). Corroborando cuanto hemos dicho anteriormente, debemos repetir ahora que, de que el usufructo sea una servidumbre, y de que éste atribuya como tal un derecho real sobre la cosa inmueble existente en un Estado, no se puede deducir que haya de regularse por la ley territorial, puesto que siendo el derecho de usufructo legal una consecuencia de las relaciones de familia, y debiéndose admitir la autoridad de la ley reguladora de éstas, donde quiera que el goce de los derechos originados por ella llegue á realizarse con tal que no se infiera ofensa al derecho público ni al derecho social, despréndese de esto que el título en que pueda fundarse el usufructo puede estar determinado por la ley extranjera, y no cabe por lo tanto, rechazar la autoridad de ésta.

Según el derecho inglés (más lógico y moral, si se nos permite decirlo), el padre es una especie de tutor, y como tal, no tiene derecho sobre los bienes pertenecientes al hijo, y adquiridos por él en propiedad de cualquier manera legítima; sino que debe, por el contrario, administrarlos con la obligación de rendir cuentas cuando el hijo llegue á su mayor edad. Esta ley debe, sin género de duda, regular las relaciones de la familia inglesa; pero no debería tener autoridad para que en su virtud se negase el usufructo sobre bienes existentes en Inglaterra y pertenecientes al hijo de un italiano, que según la ley á que debe permanecer sujeta la familia italiana, tiene el derecho de usufructo de los bienes que el hijo adquiera por cualquier título, con la facultad de gozar de tal derecho mientras el hijo no se haya emancipado ó legado á su mayor edad (2).

Teniendo como exacto el mismo principio, debe también ad-

(1) Véase anteriormente, §§ 617 y siguientes.

(2) Art. 228 del Código civil italiano. Concuera con él el artículo 384 del Código civil francés; pero éste no atribuye al padre el usufructo sino mientras el hijo no haya cumplido dieciocho años.

mitirse que si con arreglo á la ley extranjera se hubiese atribuido al Magistrado, á fin de hacer cesar la copropiedad de una cosa, el adjudicar á uno de los condueños la propiedad y á otro el usufructo, como dispone el Derecho romano, y el Magistrado extranjero competente, partiendo de una acción de división de la cosa común promovida por los interesados sujetos á la autoridad de dicha ley, hubiese adjudicado á uno la mera propiedad y á otro el usufructo, no podría ser ésta una razón (en el supuesto de que la cosa se encontrase en Italia) para desconocer la eficacia de la sentencia extranjera, como título constitutivo del usufructo, el alegar que según la ley italiana no se admite la adjudicación entre los modos de adquirirlo. Nuestro legislador dispone, en efecto, que el usufructo puede establecerse por la ley y por la voluntad del individuo; ahora bien: si con arreglo á la ley extranjera á que estén sujetos los copropietarios, se hubiese concedido al Magistrado en los juicios divisorios el adjudicar á uno el usufructo y á otro la propiedad, ¿cómo podría sostenerse que hubiese de ser ineficaz la sentencia? Todo debería depender de la autoridad de la ley sobre las personas interesadas, y esto no podría ponerse en duda si los copropietarios fuesen ciudadanos del Estado extranjero, y estuvieran sujetos como tales á la ley extranjera, siendo sólo preciso que la sentencia se reconociese plenamente y que hubiese llegado á ejecutarse con las formas procesales establecidas por la ley territorial para las sentencias de Tribunales extranjeros. Otra cosa sucedería si uno de los copropietarios fuese italiano, pues aunque no pudiera considerarse como preestablecido que el derecho de los condueños á permanecer en la comunión ó á demandar judicialmente la disolución de ella debiera regularse por la ley extranjera, no podría justificarse la competencia del Juez extranjero ni la eficacia de la sentencia dictada por él. Por las mismas razones debe también admitirse que el usufructo del tercio de los bienes en favor del padre ó de la madre que sucede al hijo en concurrencia con colaterales que no sean primos, primas ó sus descendientes, conforme al Código francés (1), debe reconocerse eficaz para

(1) Art. 754.

atribuir el goce de tal derecho aun respecto de los bienes existentes fuera del territorio francés. Lo mismo deberá decirse del usufructo en favor del cónyuge supérstite en la heredad del otro cónyuge que le atribuye la ley italiana, tanto en el caso de sucesión legítima (1) como en el de sucesión testamentaria (2). Como en estos casos la ley francesa ó la italiana deberían tener autoridad para determinar los derechos relativos á dichas personas, también habrían de reputarse naturalmente como título eficaz para constituir el usufructo, aunque fuesen contrarias las leyes vigentes donde la cosa esté situada.

Debemos deducir de todo lo dicho que el usufructo puede establecerse válidamente en virtud de una ley extranjera, siempre que deba admitirse, fundándose en las reglas generales su autoridad en lo que toca á atribuir este derecho.

556. Pasemos ahora á examinar cuál debe ser la ley que sirva para determinar los derechos y obligaciones del usufructuario, su extensión y límites.

En este concepto deberá tenerse presente la regla general, de que los derechos que resultan de una ley extranjera sobre los inmuebles existentes en un Estado, deben regularse por ella en todo lo concerniente á su naturaleza y extensión; pero que no pueden ejercitarse siempre que el goce ó ejercicio de tales derechos reales implique ofensa á la soberanía territorial ó al derecho social garantido por la *lex rei sitæ*. Por consiguiente, debe admitirse que, cuando el título constitutivo del usufructo sea la ley extranjera, ésta debe también determinar en principio todos los derechos que de él se derivan, pero sólo en el terreno de las relaciones privadas entre el propietario y el usufructuario. Esta regla debe aplicarse siempre que el propietario y el usufructuario estén sujetos á la autoridad de la misma ley.

Se infiere de dicho principio que el usufructo legal constituido á tenor de lo dispuesto en la ley francesa en favor del padre sobre los bienes del hijo existente en Italia, deberá disfrutarse hasta que el hijo haya cumplido dieciocho años, conforme al ar-

(1) Art. 753.

(2) Art. 812.

tículo 384 del Código civil francés, y no precisamente hasta los veintiún años como dispone nuestra ley. De la misma manera si se tratase de un austriaco á quien por voluntad de la persona de quien proviniesen los bienes del hijo, se hubiese reservado el usufructo sobre inmuebles existentes en Italia, no podría disfrutar de aquél sino en conformidad á lo que dispone el art. 150 del Código civil austriaco, pudiéndose, por lo tanto, obligar al padre á emplear las rentas en el sostenimiento del hijo con arreglo á la posición y circunstancias del mismo.

Siguiendo el mismo orden de consideraciones, ó sea el de que los derechos y obligaciones recíprocas del propietario y del usufructuario sometidos uno y otro á la ley extranjera, deben regularse por ésta siempre que no se irroge perjuicio al derecho social, puede deducirse que para decidir, por ejemplo, si los frutos *extantes* deben atribuirse al usufructuario ó al propietario en el caso de que termine el usufructo, puede aplicarse la ley extranjera en atención á que tal discusión concierne á las relaciones privadas de los mismos.

Supongamos, para aclarar nuestro pensamiento, que dos ciudadanos de un país regido por el Derecho romano, sean el uno usufructuario y el otro propietario de un predio sito en Italia, y que al terminar el usufructo se suscite entre ellos la cuestión de si los frutos *extantes* corresponden á los herederos del usufructuario ó al propietario. Conforme á lo que dispone el Derecho romano, el usufructuario no adquiere la propiedad de los frutos separados, ó sea de los que se disgregan de la cosa que los produce por cualquier causa, ya por madurez, ya por la fuerza del viento, ó bien por cualquier acto del hombre, sino solamente la de los frutos percibidos, ó sea los que están en su posesión mediante un acto de aprehensión (*apprehensio*). Mas según el derecho italiano, el usufructuario adquiere la propiedad de los frutos apenas se hayan separado por cualquier causa de la cosa que los ha producido. Ahora bien: á juicio nuestro, en dichas circunstancias, y tratándose de una cuestión que afecta sólo á las relaciones privadas entre el propietario y el usufructuario, ciudadanos ambos de la misma patria, y no interesándose el derecho social, parécenos que se podría aplicar la ley extranjera para

decidirla. No se trataría, en efecto, de una cuestión concerniente á la transmisión eficaz de la propiedad, la cual debería regirse por la *lex rei sitæ*, ni tampoco podría admitirse que implicase una cuestión acerca de la posesión, que como toda otra cuestión posesoria debería decidirse con arreglo á la *lex rei sitæ*. Por el contrario, se trataría de la extensión del derecho de usufructo, de una cuestión de derecho privado entre extranjeros, y conviene notar que la regla acerca de la posesión de las cosas muebles, esto es, que respecto á las mismas la posesión constituye título, no entraría para nada en dicha cuestión, porque los frutos separados, no estando todavía á la disposición física del usufructuario, no se podrían decir poseídos por él. Ninguna razón hay, pues, para someter á estos extranjeros á nuestra ley, á fin de determinar, con arreglo á ella, la extensión del usufructo; antes debe considerarse más adecuado á los principios racionales decidir la cuestión atendiendo á la ley extranjera, en cuya virtud hemos supuesto haberse constituido el usufructo.

Con arreglo á los mismos principios, debe resolverse toda cuestión, tocante á las relaciones privadas del usufructuario y del propietario, sujetos uno y otro al imperio de la ley extranjera. Esto debería decirse respecto del derecho correspondiente al usufructuario de obtener una indemnización por mejoras que hubiese hecho durante el usufructo; del derecho á la compensación; de la obligación de sufragar los gastos de inventario, y de las demás relaciones privadas.

857. Cuando el propietario del inmueble y aquel á quien pertenezca la servidumbre de usufructo constituido sobre el mismo no fuesen ciudadanos del mismo Estado, y el usufructo se hubiese establecido por la ley extranjera, no se podría admitir la aplicación de ésta para determinar la extensión del usufructo y los derechos y obligaciones recíprocas del usufructuario y del propietario; opinamos que siendo el derecho principal el de propiedad, y constituyendo la servidumbre las limitaciones que éste puede experimentar, la ley que debe regular así los derechos comprendidos en la servidumbre como la extensión de los mismos, debe ser la *lex rei sitæ*, y no la extranjera en que pueda considerarse fundado el usufructo. Apóyase este principio en que

la ley debe, por regla general, suplir las deficiencias del título, y en el momento en que surja un conflicto entre la *lex rei sitæ* y aquella de que el usufructo se deriva, debe tener prelación la primera por lo mismo de que el derecho de propiedad es el principal y preeminente. Así, por ejemplo, si el propietario de una finca sita en Italia es italiano y el usufructuario extranjero, la cuestión de si el usufructuario tiene el derecho de disfrutar de las minas, excavaciones y hornagueras que se descubran durante el usufructo, deberá resolverse con arreglo á la ley italiana en vista de lo que dispone el art. 494 del Código civil.

Por la misma razón, un prusiano, usufructuario de un fundo sito en Italia y perteneciente á un italiano, podrá ser obligado á prestar fianza de que usará como un buen padre de familia, si no está dispensado por el título de su usufructo en virtud de lo que dispone el legislador italiano en el art. 497, y á pesar de que según el Código prusiano no está obligado el usufructuario á prestar garantía, y sólo puede serlo en el caso de que haya temor de abuso por su parte. De la misma manera deberá someterse á cuanto dispone la ley italiana en los artículos 498 y 499. Esto se funda en que, siendo el usufructo una limitación del derecho de propiedad, en el conflicto entre dos leyes, debe darse la preferencia á lo que disponga la *lex rei sitæ* por ser ésta la llamada á proteger la propiedad y á regular sus limitaciones.

858. Pero si fuesen ciudadanos de la misma patria, así el propietario como el usufructuario, ó extranjero el uno respecto del otro, no se les podría conceder que invocasen la ley extranjera en que el usufructo estuviere fundado para derogar la ley territorial que regulase de cierta manera los derechos de usufructo, ora para proteger los intereses sociales, ora para poner en salvo los derechos de terceros. Para aclarar esto más con un ejemplo, supongamos que el usufructuario extranjero haya dado en arrendamiento por nueve años un predio sito en Italia, perteneciente en propiedad á un extranjero, y que, cesando el usufructo durante el arrendamiento, surja la cuestión de si el propietario debe ó no respetar dicho contrato.

Según algunas leyes, el arrendamiento da origen á obligaciones mutuas únicamente entre los contratantes, sin atribuir al

arrendatario ningún derecho sobre el inmueble gravado, y tal sucedía según los principios admitidos en el antiguo derecho francés en conformidad á la doctrina de los jurisconsultos romanos. No se ponía en duda el derecho del usufructuario á estipular el arrendamiento; pero como el goce de éste era temporal, por su parte se admitía que no podía consentir el arrendamiento sino mientras durase su derecho; de aquí se deducía que el arrendamiento terminaba por completo á la muerte del usufructuario, y que el propietario, entrando en el pleno dominio de la cosa gravada con el usufructo, no estaba obligado á respetar el contrato llevado á cabo por el usufructuario, sino que tenía el derecho de expulsar al arrendatario. Por el contrario, con arreglo á la ley italiana, á fin de hacer más estables y seguras las relaciones que nacen mediante el arrendamiento entre el arrendatario y la cosa arrendada, protegiendo mejor los intereses generales de la agricultura, se ha admitido, en principio, que el arrendatario puede tener la cosa inmueble que se le ha dado en arrendamiento por el usufructuario, durante el quinquenio que transcurra en el momento en que cese el usufructo (1).

Es evidente, que tal disposición se funda en el deseo de proteger los intereses generales y promover la prosperidad de la agricultura, dando la seguridad al arrendatario de que podrá obtener cierto provecho de los trabajos realizados para cultivar y mejorar la finca, teniéndola por cinco años, aun cuando llegue á cesar el usufructo; y de aquí que, estando, naturalmente, por medio el interés general y el derecho social, en vano se invocaría en Italia la aplicación de una ley extranjera respecto de este punto pretendiendo regular las cosas de distinta manera que lo hace el Código civil en el art. 493.

Por la misma razón, si el usufructo comprendiese bosques para madera de construcción, el usufructuario estaría obligado á conformarse á nuestra ley en cuanto al orden y cantidad de las talas, y lo mismo debería suceder en los demás casos en que se tratase del interés general y de la protección jurídica de los derechos adquiridos por terceros. Así, el usufructuario podría

(1) Artículo 493.

estar sujeto á la ley territorial en lo concerniente á la obligación de hacer reparaciones, pagar los tributos, etc. Habría de admitirse también la autoridad de la *lex rei sitae* para decidir si podía el usufructo ser objeto de hipoteca, las cuestiones que pudieran suscitarse en cuanto á la prescripción de dicha servidumbre, y los derechos adquiridos por terceros en conformidad á la ley territorial, en virtud de cesión del usufructo, ó bien por el embargo hecho contra el usufructuario, ó de otro modo cualquiera (1).

En lo concerniente al derecho de uso y de habitación, conviene notar que puede constituirse, así por actos entre vivos como por actos de última voluntad. Este, á semejanza del derecho de usufructo, está limitado en cuanto á su duración á la vida de la persona á quien pertenece, y sujeto, por regla general, á los mismos principios que el usufructo, salvo las diferencias que se derivan de la misma naturaleza del derecho. Es preciso también, respecto del uso y de la habitación, admitir que, bajo determinado concepto, deben tales derechos regirse por la *lex rei sitae*, y que, bajo otro, deben depender de la ley á que está sujeto el título en que se fundan. Estos derechos no pueden tener por título la ley misma, como ya hemos dicho del usufructo, que puede atribuirse por la ley; pero si se diese algún caso excepcional, en que se atribuyese por la ley el derecho de habitación, sería preciso admitir respecto del mismo, que la ley extranjera podría ser justo título del derecho. Esto deberá decirse, por ejemplo,

(1) La teoría que hemos expuesto está en todo conforme con la sostenida en la primera edición (§ 208 y siguientes) de la presente obra, publicada en 1869. Habiendo cambiado notablemente la base de la autoridad territorial de las diferentes leyes, habíamos mantenido el principio establecido para resolver las cuestiones en materia de usufructo, admitiendo la autoridad de la ley extranjera siempre que no se causase perjuicio al interés social ó al orden público. Laurent, patrocinando nuestra opinión (t. VII, § 342, *Droit civil international*) ha dado valioso apoyo á los principios que habíamos propuesto alejándonos de la doctrina tradicional.

Véase también la traducción de mi obra, hecha por Pradier-Fodéré y publicada en 1875. París, Pedone-Lauriel.

del derecho de habitación, que, según la ley italiana, se concede á la mujer á la muerte del marido.

En efecto, á tenor del artículo 1.415 del Código civil italiano, la viuda tiene derecho de exigir á los herederos del marido la habitación durante un año, á contar desde el día de su muerte. Este derecho no es realmente una servidumbre personal, como lo es el derecho de habitar en una casa determinada, sino que es, por el contrario, uno de los derechos que se derivan del matrimonio, y deberá atribuirse á la viuda de un italiano, aun en el supuesto de que la disolución del matrimonio por muerte del marido, haya tenido lugar en país extranjero; y decimos esto, porque el derecho de habitación en el caso en cuestión, aunque fundado en la ley, es, sin embargo, un derecho patrimonial de la viuda italiana, y como tal hay que reconocerlo en todas partes.

859. El derecho de uso y de habitación, podrá considerarse como una servidumbre personal, cuando tenga por objeto una finca determinada respecto de la cual se haya atribuido al usuario el derecho de tomar los frutos suficientes para sus propias necesidades y las de su familia, ó el derecho de usar de una casa determinada para habitar en ella con la misma.

860. Para determinar la extensión del precitado derecho, conviene atenerse en principio al título, y como todo depende de la voluntad del que haya atribuido tal derecho, debiendo por tanto admitirse su autonomía para atribuirlo en mayor ó menor escala, habrá que referirse al título mismo que, como ya hemos dicho, puede ser un acto entre vivos, ó un testamento. La ley suple únicamente cuando el título no haya determinado la extensión del derecho, y en este solo caso es en el que puede surgir alguna duda, si todo debe depender de la *lex rei sitæ*, de la *lex loci actus*, ó de la ley personal del causante ó testador. Aun respecto de este punto habrá que establecer las distinciones tantas veces hechas para determinar exactamente la autoridad de la ley.

Teniendo presente que el objeto del derecho es la cosa, habrá que atenerse á la *lex rei sitæ* para determinar el carácter jurídico y la naturaleza del derecho mismo, como también para decidir ante todo si debe reputarse el uso un derecho real verdadero y propio, ó un derecho real del que nace únicamente acción

personal contra el propietario. En este punto difieren las distintas legislaciones. En el sistema del Código civil italiano el uso es un derecho real verdadero y propio, por lo cual pertenece al usuario el derecho de poseer la cosa dada en uso. Por consiguiente, el propietario de la finca gravada con la servidumbre de uso, no puede, cuando disiente del usuario, dar á éste los frutos necesarios para sus atenciones y las de su familia, impidiendo poseer la finca y apoderarse directamente de los frutos. Siendo la cosa la que constituye el objeto del derecho, el usuario puede ejercitarlo directamente sobre ella. A éste corresponde, no ya la posesión exclusiva de todo el predio, sino la posesión en aquella parte indispensable para producir los frutos de que tiene necesidad. En el sistema del Código francés, no se puede tener como indiscutible el mismo concepto; los comentadores de aquél han opinado, en efecto, que el Magistrado tiene facultades para admitir ó excluir al usuario de la posesión de la cosa, según que tenga derecho á percibir la mayor ó menor parte de los frutos, obligándole en el primer caso á dar al propietario lo que exceda, y en el segundo á recibir del mismo la parte de frutos que le corresponda. Admitiendo dicho concepto, se seguiría que el derecho de uso no se podría reputar derecho real verdadero y propio, sino un derecho sobre la cosa del cual se deriva una acción personal contra su propietario.

861. Fácilmente se comprende que esta cuestión debe resolverse con arreglo á la *lex rei sitæ*; y de aquí que el derecho de uso correspondiente á un italiano sobre la finca de otro italiano sita en territorio francés deberá valuarse teniendo en cuenta el carácter que la ley francesa concede á tal derecho, y no con arreglo al que le da la ley italiana. Trataríase, en efecto, de decidir el derecho de poseer un inmueble existente en Francia y no se podría excluir la autoridad de la *lex rei sitæ*.

Por el contrario, deberá admitirse la autoridad de la ley italiana para determinar la extensión y la limitación del derecho de uso ó de habitación constituido entre dos italianos para suplir, conforme á lo que aquélla dispone, las deficiencias del título, siempre atendiendo á que se trata de cuestiones concernientes á las relaciones privadas de las partes, como por ejemplo, la rela-

tiva á las personas que deben considerarse comprendidas entre las que pueden gozar de la habitación, la obligación de sopor-
tar, en todo ó en parte, los gastos de cultivo de la porción co-
rrespondiente al uso de una finca, á los de las reparaciones de
la casa, etc. Pero si se tratase de cuestiones que puedan tener
relación con los intereses públicos, habría que atenerse á la *lex*
rei sita, debiendo ésta regular, por ejemplo, el uso de los bos-
ques pertenecientes á un italiano cuando estén sitos en el ex-
tranjero.

Quando el usuario y el propietario sean ciudadanos de dis-
tinto país, será preciso atenerse á los principios ya expuestos al
tratar del usufructo. Debemos solamente notar que, como el uso
puede constituirse por medio de testamento y hay que admitir
la autonomía del testador para regular su extensión, á falta de
disposiciones expresas debe reputarse más conforme á los prin-
cipios racionales admitir que, en lo concerniente á las relaciones
de derecho privado, debe proveerse de conformidad con la ley
nacional del *de cuius*, porque habrá razón para presumir que á
ésta se haya referido, y por lo tanto, su voluntad debe interpre-
tarse con arreglo á la misma.

Aplicando este principio, hay que reconocer que siempre
que, según la jurisprudencia italiana, aquel á quien corresponda
el derecho de uso, tenga la facultad de tomar los frutos indis-
pensables para sus necesidades y las de su familia, teniendo en
cuenta su condición civil, si el derecho de uso sobre una finca
existente en Italia hubiera sido constituido mediante testamento
hecho por un austriaco, deberá tenerse presente la disposición
del art. 506 del Código civil de Austria cuando se trate de de-
terminar la extensión del derecho mismo, en atención á que el
testador debió referirse á la propia ley nacional cuando legó el
uso en su testamento. Por consiguiente, disponiendo el mencio-
nado artículo que debían fijarse las necesidades del usuario te-
niendo presente el tiempo en que se legó el uso sin que los cam-
bios posteriores en la condición ó profesión del usuario puedan
atribuirle derecho á un uso más extenso, habrá de decidirse con
arreglo á dicha disposición y no á tenor de las reglas estableci-
das por la jurisprudencia italiana en todos los casos en que el

derecho de uso haya de ejercitarse sobre una finca existente en
Italia.

S62. Podría surgir una duda respecto de la facultad de
enajenar el derecho de uso y habitación. Conforme á la ley ita-
liana, art. 528, no se pueden ceder ni hipotecar los derechos de
uso y de habitación. Pero ¿qué deberá decidirse cuando la ley
personal del usuario admita la cesión de tales derechos? ¿Debe-
rá reputarse válida la cesión hecha á un tercero en armonía con
su ley personal?

Hay que notar que la prohibición de enajenar el derecho de
uso no puede considerarse impuesta por razones de orden pú-
blico, y, por lo tanto, si en el título constitutivo se hubiese per-
mitido la enajenación, debiendo todo depender de la autonomía
de las partes, sería preciso considerar eficaz la cesión. Pero
la cuestión es la de si el derecho de enajenar el uso puede
fundarse en la ley personal cuando esté en oposición con la te-
rritorial. En nuestro concepto puede admitirse, porque el dere-
cho de uso se atribuye á la persona, pero como tiene por objeto
la cosa é implica una limitación de la propiedad, no puede de-
pende de la ley personal en lo tocante á la enajenación. Deci-
mos esto, porque á falta de título, debe depender de la *lex rei*
sita el determinar la mayor ó menor extensión del gravamen, así
como de las limitaciones del derecho de propiedad. En el
supuesto de que según la ley territorial, con objeto de no hacer
más gravoso ú oneroso el uso respecto del propietario, se haya
sancionado el principio de que no pueda cederse este derecho,
será necesario atenerse á las disposiciones de la misma, exclu-
yendo la autoridad de la ley personal, que no podría imponer al
propietario mayores cargas, como lo sería la que resultase del
hecho del usuario que tuviese facultades para transmitir á un
tercero su derecho. Laurent opina de distinto modo (1).

S63. Las servidumbres prediales tienen un carácter esen-
cialmente diverso del que tienen las de que hasta ahora nos he-
mos ocupado. Aquéllas, en efecto, no se establecen en beneficio
individual de determinada persona, ni implican, por consiguiente,

(1) Obra citada, t. VII, § 354.

una carga impuesta al fundo en provecho de tal ó cual individuo, sino que más bien se establecen para el uso y utilidad de otro fundo, cualquiera que sea su poseedor. El fundo gravado recibe el nombre de sirviente, y aquel en cuya utilidad se imponen las cargas el de dominante, de suerte que la relación, constituida por el servicio que el uno debe al otro, versa sólo sobre las dos fincas, sin tener en cuenta las personas á quienes pertenecen, llamando por esta razón algunos á dichas relaciones, servicios prediales, precisamente porque su naturaleza consiste en un servicio ó en una carga, impuesta sobre una finca para uso y utilidad de otra finca, excluyendo toda relación á las personas, las cuales, en tanto gozan del derecho ó sufren el gravamen en cuanto tienen la posesión, el uno del predio dominante, y el otro del sirviente.

Las servidumbres prediales ó se han establecido por la ley misma, ó mediante un hecho del hombre. Pero aun en aquello en que puede admitirse la autonomía personal, en cuanto al modo de establecerlas, debe hacerse teniendo presente la naturaleza y el carácter de la relación, como ya hemos dicho, esto es, excluyendo todo servicio impuesto á la persona ó en favor de la persona, porque éste desnaturizaría el concepto esencial de las servidumbres prediales. El legislador francés lo dice expresamente en el art. 686, en el que dispone que está permitido á los propietarios establecer sobre sus propiedades y en beneficio de ellas cualquier clase de servidumbre, con tal que el servicio estipulado no recaiga en la persona ni en favor de la persona, sino sólo en la finca y en favor de otra finca, y además, que tales servicios no se opongan al orden público. Esto concuerda con la disposición del art. 616 del Código civil italiano y demás leyes que rechazan el concepto de las servidumbres, según el derecho feudal.

Es, pues, evidente que dicha disposición tiene el carácter verdadero y propio del estatuto real, porque sanciona una regla de derecho social é interés público.

864. Las servidumbres prediales establecidas por la ley deben regirse absoluta y exclusivamente por la *lex rei site*, sin que quepa excepción alguna en este principio, puesto que siendo

siempre el motivo que presidió á su constitución el interés público, no puede admitirse en este punto la autoridad de ninguna ley extranjera.

En el art. 649 del Código civil francés se dice, con razón, que las servidumbres que la ley establece tienen por objeto la utilidad pública ó privada, pero el motivo en que unas y otras descansan no es siempre el interés social, puesto que aun las establecidas en beneficio de los particulares, no tienen por mira proteger los intereses privados de los mismos, sino más bien fomentar el progreso de la agricultura y de la industria, por lo cual, teniendo siempre presente el interés de la sociedad, debe todo depender de la *lex rei site*, sin que pueda jamás darse el caso de que los propietarios de fincas contiguas, aunque sean ciudadanos de la misma patria, puedan invocar su ley personal para recabar cualquier derecho de servidumbre proveniente de la situación de los fundos que á cada uno de ellos pertenecen.

Pongamos por ejemplo la servidumbre de paso. En la legislación romana no se encuentra una disposición expresa acerca de la servidumbre legal de paso. Las necesidades de la agricultura y la equidad, la introdujeron, no obstante, en algunos países, incluso los romanos, en fuerza de la jurisprudencia, y posteriormente el Código civil francés la sancionó en el art. 682, haciendo lo mismo los demás Códigos modernos. Así el propietario, cuya finca se encuentre rodeada de otras, sin tener salida á la vía pública, sin poder procurársela sin excesivo gasto ó incomodidad, tiene derecho por la ley para obtener el paso por los predios vecinos para el cultivo y uso conveniente del propio, estableciendo dicho paso en la forma menos perjudicial al fundo gravado. Esta servidumbre legal tiene por objeto la utilidad privada, pero no podría de aquí deducirse que dos propietarios, ciudadanos de la misma patria, pudiesen invocar la ley de ésta y pretender imponerla para regular entre ellos la servidumbre de paso, alegando como razón el tratarse de servidumbre legal, establecida en beneficio privado. No podrían hacerlo, porque, aunque no puede negarse que dichas servidumbres obedecen á interés privado, siendo, sin embargo, el fin de la disposición el interés social, ó sea el proveer, del modo más conveniente, al mejo-

ramiento de la agricultura y de la industria, para acrecentar la riqueza pública, es imprescindible reconocer en tal materia la autoridad de la soberanía territorial, rechazando en absoluto la extranjera.

En las legislaciones positivas, la servidumbre legal de paso no está regulada de un modo uniforme. Algunas sólo la admiten en el caso preciso de faltar todo paso; otras, aun cuando éste exista, con tal que no baste para las necesidades del cultivo ó de la industria. Ahora bien, deberá decidirse siempre en armonía con la *lex rei sitae*, si debe ó no admitirse tal servidumbre legal, en cualquiera circunstancia en que las fincas se hallen realmente, sin que pueda consentirse á los propietarios extranjeros ciudadanos de la misma patria, el invocar su ley personal para adquirir el derecho de servidumbre de paso en los casos no consignados por la ley territorial, ni el rechazar la aplicación de ésta en las relaciones privadas entre ellos, alegando que, tratándose de una servidumbre establecida en beneficio de particulares, no debe aplicárseles la ley territorial, por ser ciudadanos de la misma patria. Debe denegarse tal pretensión, porque se opone á los principios del derecho. Los legisladores, que por medio de la ley han resuelto la cuestión en una ú otra forma, no se han preocupado de la condición de las personas, ni han tenido en cuenta mirar por los intereses particulares de las mismas, inspirándose únicamente en razones de interés general, como son el de promover la prosperidad de la agricultura y el fomento de la industria, y, por lo tanto, estando por medio los intereses sociales, no puede jamás darse el caso de admitir la autoridad de una ley extranjera.

865. No creemos oportuno tratar con más extensión esta materia, porque es para nosotros evidente que todo lo concerniente á las servidumbres prediales establecidas por la ley, debe regularse por la *lex rei sitae*, cualquiera que sea el objeto de aquéllas. También deberá ésta regular la autonomía de las partes en aquello que puede concedérseles sobre modificar ó determinar de una manera más precisa y por medio de convenciones las servidumbres establecidas por la ley. No debe, pues, admitirse la susodicha autonomía sino dentro de los límites que la ley te-

rritorial fija, y este principio deberá aplicarse á todas las servidumbres legales de utilidad privada, á la comunidad de las paredes, á la distancia de las construcciones, á los derrames de aguas, á las servidumbres de luz y de vistas y á otras análogas.

866. Por lo que toca á las servidumbres establecidas por hechos personales, debe admitirse la autonomía de los propietarios en cuanto á establecer sobre las fincas ó en beneficio de ellas, cualquiera servidumbre mediante convención expresa ó por acto voluntario eficaz para ello, pero siempre dentro de los límites fijados por la *lex rei sitae*, como ya hemos notado. Sólo dentro de estos límites pueden regularse por el título mismo que sirvió para su constitución, el ejercicio y la extensión de las servidumbres.

El título puede ser un acto entre vivos ó un acto de última voluntad. Hay ciertas leyes que admiten además servidumbres constituídas por destino del padre de familia.

Respecto de las primeras, el límite general de la autonomía de las partes debe consistir en que jamás pueda constituirse servidumbre alguna que en cualquier concepto sea contraria al orden público. Así, pues, dentro de la esfera en que puede admitirse la autonomía, deberá ésta regularse por la ley personal en lo que toca á la capacidad, y por la ley que presidió al contrato, en lo concerniente á la convención misma y á su eficacia en las relaciones entre las partes. En todo aquello que no se halle determinado en el mismo título, respecto del ejercicio y extensión de la servidumbre, habrá que atenerse á la ley territorial, y no á la del lugar en que se ha hecho el contrato, ó á la del país de donde sean ciudadanos los propietarios. Esto se funda en que, si bien para constituir la servidumbre es título suficiente la voluntad individual, sin embargo, debiendo la voluntad misma subordinarse á la *lex rei sitae*, y siendo, por otra parte, la servidumbre, en lo que constituye su esencia, una carga impuesta á un fundo para uso y utilidad de otro, hecha abstracción de la condición de las personas y tendiendo siempre á establecer ciertas utilidades de interés general, es claro que todo debe depender de la ley del lugar donde las cosas se encuentren, y donde haya de ejercitarse la servidumbre: y véase por qué la misma ley debe

suplir á todo aquello que no se haya expresado en el título. Aun en el caso de haberse constituido la servidumbre por testamento habrá de admitirse asimismo, que su ejercicio y extensión dependen de la *lex rei sitæ*, y no de la ley personal del testador, porque como éste ha debido referirse á la ley del lugar donde radicaba la finca de su pertenencia gravada con la servidumbre, su intención fué, sin duda, el que ésta se ejercitase conforme á la ley vigente allí donde su ejercicio había de tener lugar.

No creemos que en este punto puedan surgir dudas, como tampoco en el supuesto de que la servidumbre se establezca por medio de la prescripción, debiendo ésta regirse también por la ley territorial como antes hemos dicho.

§67. La dificultad puede nacer al tratarse de una servidumbre establecida por disposición del padre de familia. Tiene esto lugar cuando puede probarse que dos fincas, en la actualidad divididas, han sido poseídas por el mismo propietario, y que éste ha puesto ó dejado las cosas en el estado de que resulta la servidumbre. En tales circunstancias, dispone el legislador italiano que, tratándose de una servidumbre continua y aparente, cuando han dejado de pertenecer los dos fundos al mismo propietario, sin que se haya dispuesto nada relativamente á la servidumbre, debe ésta considerarse activa y pasivamente establecida en favor y sobre cada uno de los fundos separados (1). Dicha disposición concuerda con la de los arts. 692 y 693 del Código civil francés.

Generalmente se admite que el fundamento de esta servidumbre es el consentimiento presunto del propietario ó el que se deduce del estado objetivo de las fincas, respecto de las cuales se reputa establecida la servidumbre. Puede, sin embargo, dudarse si este elemento subjetivo que resulta del consentimiento presunto, debe depender de la ley personal del propietario (presumiendo con arreglo á ella y de una manera racional la voluntad de aquél, ó excluyéndola si conforme á la misma debe excluirse), ó si por el contrario ha de regularse por la *lex rei*

(1) Artículos 629, 632 y 633

sitæ, teniendo en cuenta el estado objetivo y real de las fincas como elemento decisivo para presumir el consentimiento.

Para mejor comprender cómo puede originarse la citada duda, será conveniente indicar que la servidumbre por disposición del padre de familia no está admitida en todas las legislaciones; tal sucede en la legislación rusa, en la danesa, en las naciones regidas por el Derecho romano y en otras. En las que la admiten, tomando por norma el Código civil francés, que fué el primero en reconocer por expresa disposición facultativa (artículos 692 y 693 del Código civil) el destino ó intención presunta del padre de familia al constituir una servidumbre continua y aparente, no es uniforme el criterio acerca de los requisitos indispensables para constituir esta especie de servidumbre. En el derecho austriaco no existe disposición alguna conforme con la del Código francés, pero en el art. 526 dispone el legislador que cuando en un mismo dueño se une la propiedad del predio sirviente y la del dominante, la servidumbre cesa por sí misma; pero si uno de estos predios llega á enajenarse de nuevo sin que en el tiempo intermedio se haya cancelado la servidumbre en los Registros de la propiedad, el nuevo poseedor de la finca dominante tendrá derecho á ejercitarla. Esto depende de que con arreglo al derecho germánico, se reputa la inscripción en el Registro como testimonio público de la existencia de la servidumbre.

Conviene además tener presente las interminables discusiones que han sostenido los jurisconsultos respecto del modo como debe hacerse constar el consentimiento presunto del padre de familia, considerado como título en lo que respecta á la servidumbre por él constituída. Algunas costumbres, como por ejemplo, en París (1), están de acuerdo en admitir que el destino ó disposición del padre de familia podía servir de título respecto

(1) Conf. Dumoulin, art. 87, *De la coutume de Paris*; Lalaure, *Des servitudes reelles*, pág. 171.—También la costumbre de Calais, art. 202; la de Orleans, art. 228, y la de Metz, tit. XIII, artículo 22, reconocían la máxima del derecho escrito: *No hay servidumbre sin título*.

de las servidumbres continuas y aparentes, exigiendo para ello que dicho destino constase ó se consignase por escrito. Así, pues, al redactarse el Código francés y no requerirse ya que se hiciese constar la distinción por escritura pública, los autores discutieron, sin embargo, acerca de las clases de prueba (1), mediante las cuales podía establecerse que la situación de los lugares era tal en el momento de dividirse los predios, y que pertenecían al mismo propietario cuando se dejaron en tal estado (2).

Esta diversidad de disposiciones legislativas admitiendo que la servidumbre pueda constituirse por destino del padre de familia, y sobre las condiciones que se requieren para presumir su última voluntad tácita, puede ocasionar naturalmente la duda de si debe atribuirse autoridad á la ley personal, sosteniendo que á tenor de ésta, debe hacerse constar el consentimiento tácito por parte del propietario como también las condiciones que deben concurrir para admitir ó negar este consentimiento tácito ó si por el contrario, correspondiera la autoridad exclusiva á la *lex rei sitæ*, en atención á que, debiendo todo depender del hecho jurídico (esto es, que dos predios que se hallaban en determinado Estado, hayan dejado de pertenecer al mismo dueño), se infiere que donde tales circunstancias lleguen de hecho á tener lugar, sus consecuencias jurídicas deben determinarse por la ley allí vigente.

668. Debe admitirse sin vacilar que la autoridad de la *lex rei sitæ* ha de ser absoluta, siempre que se trate de decidir si puede ó no constituirse por destino del padre de familia una servidumbre continua y aparente, puesto que, si con arreglo á ella estuviese sancionada la máxima: *no hay servidumbre sin título*, y no se reputase eficaz sino la convención expresa, es eviden-

(1) Demolombe, *Traité des servitudes*, números 819 y siguientes; Demante, tomo II, núm. 549 bis; Merlin, *Repert.*, véase *Servitude*, § 19; Duranton, núm. 569.

(2) En lo concerniente á la historia y desenvolvimiento de la servidumbre por destinación del padre de familia, véase la monografía de Simoncelli, *La destinazione del padre di famiglia come titolo costitutivo della servitù*.

te que no se podría invocar allí una ley extranjera con objeto de sostener que, por respeto á la autonomía del propietario pudiese concedérsele al mismo hacer valer la convención tácita en vez de la expresa.

Suponiendo que el destino dado por el padre de familia pueda servir de título según la *lex rei sitæ*, y por tanto que pueda sustituir á la convención expresa la convención tácita entre el que poseía las dos fincas, y colocó ó dejó las cosas en el estado que originó la servidumbre, y aquél que adquirió el predio en dichas condiciones, debe todo, á nuestro juicio depender igualmente de la *lex rei sitæ*. Decimos esto, porque entendemos que la servidumbre nace del estado de hecho que no pudiendo verificarse sino en el lugar donde las cosas se encuentran, juzgamos más conforme á la razón admitir que la ley bajo cuyo imperio ha tenido lugar el estado de hecho, debe regular sus consecuencias jurídicas.

Puede aducirse en contrario, que, dado que todo deba depender de la voluntad del dueño, que podía por expresa disposición rechazar toda servidumbre, cuando nada haya dispuesto, no puede entenderse establecida la servidumbre, sino por medio de voluntad presunta, por lo cual, dependiendo todo de aquélla, es más adecuado á los principios de la razón presumir dicha voluntad de las circunstancias personales. Que por consiguiente, debería excluirse la aplicación de la *lex rei sitæ*, si se pudiese probar que el padre de familia no la conocía; tal es la opinión de Laurent (1) que dice que cuando las partes sean extranjeras y se probase que no conocían la ley francesa, no podría darse el caso del establecimiento de servidumbre, por destino, porque no podían querer lo que ignoraban.

Nosotros opinamos, por el contrario, que la voluntad toma siempre parte en la constitución de la servidumbre por destino del padre de familia (cuando se trate de servidumbres continuas y aparentes), como en la adquisición de las mismas servidumbres, por prescripción. Los actos diarios y patentes realizados

(1) Laurent, *Droit civil intern.*, t. VII, § 304.

largo tiempo sin reclamación alguna por parte del propietario, hacen suponer el consentimiento del mismo; por lo cual, la posesión de una servidumbre así ejercitada, durante el tiempo necesario para la prescripción de la misma, puede dar existencia á ésta, pero no puede sostenerse que, por deber dicha existencia á la presunción del consentimiento del propietario, puede regularse el negocio jurídico por otra ley que por la *lex rei site*. Lo mismo debe decirse, por lo tanto, de la servidumbre por destino. Es el estado de hecho, y la posesión actual de los dos fundos que primeramente pertenecían á un mismo dueño, hallándose en condiciones para recibir la servidumbre, y que posteriormente han dejado de pertenecerle, es lo que da origen á la servidumbre. Este elemento objetivo prevalece y predomina sobre el subjetivo del consentimiento cuya presunción resulta naturalmente del hecho jurídico. Es, pues, evidente, que la ley vigente en el lugar en donde llega á tener efecto el indicado modo, la posesión de los fundos es la que debe regular las consecuencias jurídicas de la posesión misma. De aquí que no reputemos necesario interpretar la voluntad, ateniéndose á la ley personal á que esté sujeto el propietario, sino que, por el contrario, sostenemos que todo debe depender del hecho, ó de las circunstancias actuales de la posesión.

De todas estas razones se infiere que la constitución de la servidumbre por destino del padre de familia, debe regularse por la ley del lugar en que se lleve á efecto el hecho jurídico, y regirse por la ley á cuyo amparo se haya realizado la posesión.

CAPITULO VI

De la enfiteusis y del derecho de superficie.

- 869.** Concepto general de la ley que debe regir la enfiteusis.—**870.** La admisibilidad y el carácter de esta institución, deben depender de la *lex rei site*.—**871.** Ley que debe regular los derechos del concedente y del enfiteuta.—**872.** Autoridad de la ley territorial respecto de la liberación.—**873.** Si el derecho de laudemio puede reconocerse según la ley extranjera, á pesar de la prohibición de la ley territorial.—**874.** Del derecho de superficie.

869. La enfiteusis es un derecho sobre la cosa inmueble de otro, y consiste en poder gozar de la misma perpetuamente ó por determinado tiempo, con la obligación de no deteriorarla ó de mejorarla, y de pagar al propietario cierta anualidad en dinero ó en frutos que se llama canon anual.

Este derecho tiene mucha analogía con el de usufructo en lo concerniente al modo de constituirse y al objeto del derecho que, como ya hemos dicho, consiste en tener el pleno goce de un inmueble perteneciente á otro. Puede, por lo tanto, constituirse mediante un acto entre vivos ó por última voluntad, y en lo relativo al título constitutivo de tal derecho debe admitirse la autonomía de las partes y la sumisión de las mismas á la ley personal en lo que toca á su capacidad, y á la *lex loci contractus* para la validez de la convención que hayan hecho, en el supuesto de que por tal medio se haya constituido la enfiteusis. Pero teniendo por objeto el derecho de enfiteusis los inmuebles, debe sujetarse, á semejanza de los otros, *jura in re aliena*, á la *lex rei site*, bajo todos respectos, en lo concerniente á la organización de la propiedad, en cuanto pueda relacionarse con el interés público y el derecho social. No puede, pues, admitirse que haya todo de depender de la *lex rei site*, ni menos que, atendiendo á la auto-

largo tiempo sin reclamación alguna por parte del propietario, hacen suponer el consentimiento del mismo; por lo cual, la posesión de una servidumbre así ejercitada, durante el tiempo necesario para la prescripción de la misma, puede dar existencia á ésta, pero no puede sostenerse que, por deber dicha existencia á la presunción del consentimiento del propietario, puede regularse el negocio jurídico por otra ley que por la *lex rei site*. Lo mismo debe decirse, por lo tanto, de la servidumbre por destino. Es el estado de hecho, y la posesión actual de los dos fundos que primeramente pertenecían á un mismo dueño, hallándose en condiciones para recibir la servidumbre, y que posteriormente han dejado de pertenecerle, es lo que da origen á la servidumbre. Este elemento objetivo prevalece y predomina sobre el subjetivo del consentimiento cuya presunción resulta naturalmente del hecho jurídico. Es, pues, evidente, que la ley vigente en el lugar en donde llega á tener efecto el indicado modo, la posesión de los fundos es la que debe regular las consecuencias jurídicas de la posesión misma. De aquí que no reputemos necesario interpretar la voluntad, ateniéndose á la ley personal á que esté sujeto el propietario, sino que, por el contrario, sostenemos que todo debe depender del hecho, ó de las circunstancias actuales de la posesión.

De todas estas razones se infiere que la constitución de la servidumbre por destino del padre de familia, debe regularse por la ley del lugar en que se lleve á efecto el hecho jurídico, y regirse por la ley á cuyo amparo se haya realizado la posesión.

CAPITULO VI

De la enfiteusis y del derecho de superficie.

- 869.** Concepto general de la ley que debe regir la enfiteusis.—**870.** La admisibilidad y el carácter de esta institución, deben depender de la *lex rei site*.—**871.** Ley que debe regular los derechos del concedente y del enfiteuta.—**872.** Autoridad de la ley territorial respecto de la liberación.—**873.** Si el derecho de laudemio puede reconocerse según la ley extranjera, á pesar de la prohibición de la ley territorial.—**874.** Del derecho de superficie.

869. La enfiteusis es un derecho sobre la cosa inmueble de otro, y consiste en poder gozar de la misma perpetuamente ó por determinado tiempo, con la obligación de no deteriorarla ó de mejorarla, y de pagar al propietario cierta anualidad en dinero ó en frutos que se llama canon anual.

Este derecho tiene mucha analogía con el de usufructo en lo concerniente al modo de constituirse y al objeto del derecho que, como ya hemos dicho, consiste en tener el pleno goce de un inmueble perteneciente á otro. Puede, por lo tanto, constituirse mediante un acto entre vivos ó por última voluntad, y en lo relativo al título constitutivo de tal derecho debe admitirse la autonomía de las partes y la sumisión de las mismas á la ley personal en lo que toca á su capacidad, y á la *lex loci contractus* para la validez de la convención que hayan hecho, en el supuesto de que por tal medio se haya constituido la enfiteusis. Pero teniendo por objeto el derecho de enfiteusis los inmuebles, debe sujetarse, á semejanza de los otros, *jura in re aliena*, á la *lex rei site*, bajo todos respectos, en lo concerniente á la organización de la propiedad, en cuanto pueda relacionarse con el interés público y el derecho social. No puede, pues, admitirse que haya todo de depender de la *lex rei site*, ni menos que, atendiendo á la auto-

nomía del propietario, éste pueda á su voluntad regular, mediante un convenio, la enfiteusis constituída por él: por el contrario, es preciso distinguir en toda cuestión relativa á tal derecho lo que concierne á las relaciones privadas de lo que atañe al derecho público y al interés social, y admitir ó rechazar la autoridad de la ley territorial, según que se trate de relaciones de una ú otra clase.

890. Comenzamos ante todo, por observar que la enfiteusis no está consignada en todas las legislaciones, y que aun entre aquellas que la han reconocido, tiene un carácter muy distinto. En el sistema del derecho feudal tuvo, en efecto, mucha analogía con el feudo. En el derecho moderno se encuentra aun admitido en muchos países el concepto del dualismo del dominio, manteniendo así en la institución la huella feudal, que se deriva de reconocer cierto señorío en el *dominus* y cierta sumisión al mismo por parte del enfiteuta. En el derecho italiano vigente se excluye dicho dualismo en cuanto al dominio, admitiéndose que el concedente no se reserva el derecho de dominio sobre la cosa que da en enfiteusis, sino que por el contrario, tiene sólo un derecho real sobre ella quedando vinculada á favor del concedente para el cumplimiento de las obligaciones impuestas al enfiteuta.

Sin entrar en otros particulares, debe á nuestro juicio establecerse como máxima, que el carácter del derecho de enfiteusis se ha de determinar con arreglo á la *lex rei sitæ*, sin que pueda modificarse á voluntad de las partes, en atención á su autonomía. Asimismo debe depender de la misma ley el decidir si la enfiteusis puede establecerse para siempre ó para determinado tiempo. Por consiguiente, concediendo que según la ley territorial se dispusiese que no pudiera establecerse la enfiteusis por un período de tiempo mayor de noventa años ni menor de veintisiete, como sucede según la ley belga, habrá que atenerse á ella considerando que el legislador, al disponerlo así, se ha guiado siempre por la distinta manera de entender la índole y naturaleza jurídica de tal institución, teniendo en cuenta la ventaja de la misma bajo el aspecto de la economía social y de la prosperidad de la agricultura.

Cuando no se haya reconocido la enfiteusis por la legislación de un Estado, el contrato enfiteutico hecho por extranjeros relativamente á una finca allí existente, no podrá ser eficaz. Fúndase esto en que el principio, en cuya virtud se ha admitido ó no la enfiteusis por los diferentes sistemas legislativos, se deriva de la distinta manera de entender los intereses generales de la agricultura, y las medidas más adecuadas á acrecentar la propiedad de las tierras, por lo cual no se podría conceder á los extranjeros, el crear en virtud de su autonomía, instituciones que la *lex rei sitæ* no hubiese reconocido por razones de interés público. Habrá, por lo tanto, que admitir respecto del contrato enfiteutico en dichas circunstancias, la misma regla que debe prevalecer en cualquier otro contrato consensual relativo á un *jus in re aliena*, el cual aunque válido y legal según la ley del lugar en que se estipuló, debe no obstante, reputarse ineficaz si tiene por objeto establecer sobre un inmueble existente en un país, un derecho real no reconocido por la ley vigente en el mismo.

891. En el supuesto, pues, de que la *lex rei sitæ* reconozca la enfiteusis y que se haya verificado la constitución de dicho derecho bajo el imperio de ley extranjera para resolver toda cuestión entre el concedente y el enfiteuta, será preciso aplicar la ley territorial con preferencia, ó bien la del contrato, según que el motivo que origina el conflicto sea de aquellos que afectan al interés privado de las partes ó de los que conciernen al orden público de la propiedad, á los intereses sociales ó á los derechos de terceros.

Para aclarar nuestro pensamiento, nos referiremos al Código italiano que reconoce la enfiteusis, y observaremos que aunque se quiera sostener como algunos opinan, que habiendo designado el legislador el contrato como base de este derecho, no se debería admitir otro modo de constituir en Italia la enfiteusis, fuera del contrato enfiteutico; sin embargo, si con arreglo á la ley del propietario extranjero se hubiese concedido al mismo el poder disponer por acto de última voluntad de su propiedad, y constituir la enfiteusis mediante testamento, no se podría negar que la constitución de la enfiteusis de tal manera hecha, debía

ser eficaz respecto de una finca situada en Italia, porque habiéndose constituido válidamente conforme á la ley del *de cujus* debería mirarse el testamento como título jurídico eficaz.

Creemos oportuno observar que debiéndose inscribir la enfiteusis según la ley italiana, art. 1.932, y no estando sujetos á inscripción los testamentos, la enfiteusis constituida por este medio, no podría considerarse como eficaz respecto de terceros independientemente de la inscripción. Por lo tanto, para que sea eficaz la constitución hecha mediante testamento, será preciso inscribir la disposición de última voluntad concerniente á dicha constitución.

El legislador permite, además, á las partes regular la enfiteusis mediante convenciones, y sanciona las reglas para determinar los límites dentro de los cuales debe admitirse la autonomía de las partes, así como la manera de determinar los derechos de las mismas en los casos en que no se haya tenido en cuenta por el contrato alguna circunstancia. De aquí se desprende que los extranjeros pueden, dentro de los límites de su autonomía, regular la enfiteusis mediante convenciones, y que, cuando no lo hubiesen hecho, y por las circunstancias pudiera presumirse que se habían referido á la ley extranjera para completar todo lo que no hubiese sido objeto de pacto expreso, podría admitirse la aplicación de la ley extranjera diversa de la nuestra, siempre que se tratase de una cuestión de interés privado entre las partes y en la cual no se envolviesen implícitamente los intereses de terceros. Así, á nuestro modo de ver, si la enfiteusis se hubiera constituido por medio de contrato entre dos individuos ciudadanos ambos de un país (donde suponemos que esté en vigor el Derecho romano), sin que hayan dispuesto nada relativamente al derecho de apropiarse el tesoro que se hubiese descubierto en la finca dada en enfiteusis, la cuestión de si el tesoro debía pertenecer por completo al enfiteuta ó repartirse entre él y el dueño directo, podría resolverse en conformidad á la ley extranjera por tratarse de una cuestión de interés privado. Por la misma razón, suponiendo que tenga lugar la devolución del fundo enfiteutico por haber vencido el plazo que se fijó á la enfiteusis y que se suscite la cuestión acerca del derecho

relativo al enfiteuta de reclamar cierta compensación por las mejoras realizadas en la finca, á nuestro parecer debería también esta cuestión resolverse en conformidad á la ley extranjera, á la cual se debe suponer haberse referido el concedente y el enfiteuta extranjeros que bajo su imperio contrataron, debiendo, por lo tanto, regular la convención hecha por ellos en todo lo que concierne á sus intereses privados y que no se haya explícitamente tenido en cuenta en el contrato. Omitimos hablar de otros casos semejantes.

872. La autoridad de nuestra ley debe, por el contrario, tenerse por absoluta y exclusiva en todo lo que dispone tocante á la enfiteusis para proteger los intereses sociales, la prosperidad de la agricultura y los derechos de terceros. Tal sucederá con el derecho atribuído al enfiteuta en el art. 1.564 de redimir el fundo enfiteutico por medio del pago de una suma en metálico correspondiente al canon anual sobre la base del interés legal. Aunque, según la ley bajo la cual se realizó el contrato de enfiteusis, se hubiese negado el derecho de redención al enfiteuta, éste podrá, sin embargo, rendir el fundo con arreglo á la ley italiana, porque habiendo sancionado la redención por razones de interés general, es evidente la autoridad territorial de la disposición que indudablemente no podría denegarse invocando la aplicación de la ley extranjera. Deberá admitirse igualmente que la disposición del art. 1.567, que concede á los acreedores hipotecarios del enfiteuta el poder ejercitar la acción hipotecaria sobre el precio que se le debe por las mejoras hechas, debe también tener autoridad territorial porque tiene por objeto proteger los intereses de terceros.

873. Podría surgir una dificultad en el caso de enfiteusis constituida bajo el imperio de la ley extranjera que admitiese en favor del concedente el derecho de obtener el laudemio por la transmisión del fundo enfiteutico. El legislador italiano dispone en el art. 1.562 que para la transmisión del fundo enfiteutico, de cualquier manera que tenga lugar, no se debe prestación alguna al dueño directo declarando tal disposición absolutamente obligatoria entre las partes, de tal modo, que las priva de la facultad de estipular lo contrario por medio de convenios. A primera

vista podría parecer que habiéndose negado, en lo que á esto respecta, la autonomía de las partes y no pudiendo éstas invalidar lo que el legislador dispone, debería la mencionada disposición tener autoridad de estatuto real, pudiendo, por consiguiente, el enfiteuta fundarse en ella para rehusar el pago de la prestación que debe al dueño directo por la enajenación de la finca con arreglo á la ley extranjera, bajo la cual hemos supuesto haberse realizado originariamente el contrato.

Debemos, no obstante, observar, que el legislador ha impuesto la precitada disposición para las enfiteusis llevadas á cabo bajo el imperio de la ley italiana, y que ha podido, estando facultado para ello, privar á las partes de la facultad de denegar sus disposiciones, por lo cual debe reputarse contrario al orden público si en la actualidad, estando vigente la prohibición del legislador, se quisiese constituir una enfiteusis con la obligación de pagar una prestación al dueño directo en caso de transmisión del predio enfiteutico, no puede reputarse ofendido el orden público si la prestación debida en virtud de contratos no sujetos al imperio de nuestra ley se demanda ó impone al enfiteuta. Tan es así que, respecto de las enfiteusis constituidas en Italia antes de la promulgación del Código civil, por las cuales y en virtud de la ley que sirvió para su constitución se debía la prestación, se ha respetado el derecho del concedente á detenerla, no obstante realizarse la transmisión después de comenzar á regir el Código vigente. De todo esto debemos inferir que el pago de la prestación debida en virtud del contrato no puede considerarse por sí mismo contrario al orden público, ó como si irrogase ofensa al derecho social. Lo que sí se opondría al orden público sería estipular el contrato bajo el imperio del Código italiano, con la obligación de la prestación, estando prohibido en la actualidad por el legislador dicho pacto.

Teniendo en cuenta todas estas razones, debemos concluir, que cuando la enfiteusis sobre un predio, sito en Italia, se haya constituido en el extranjero entre dos extranjeros, al amparo de la ley allí vigente, que conceda al dueño directo el poder exigir el laudemio al enfiteuta, debería reconocerse este derecho aun en el caso de discutirlo ante los Tribunales, y no sería una ex-

cepción válida para rechazar el pago el no deberse prestación con arreglo á la ley italiana, y el ser contrario al orden público derogar la prohibición legislativa por el mero hecho de haberse realizado el contrato al amparo de la ley extranjera; que el respetar las relaciones convencionales regidas por ley extraña no puede lesionar en ningún concepto los derechos de la soberanía territorial; que el pago de la prestación debida no puede reputarse contrario al orden público (como en efecto no lo ha sido dicha prestación debida en virtud de enfiteusis constituida en la misma Italia bajo el imperio de leyes anteriores), debiéndose, portanto, deducir la necesidad de admitir la ley extranjera para determinar conforme á ella los derechos adquiridos en el momento en que se constituyó la enfiteusis bajo su dominio.

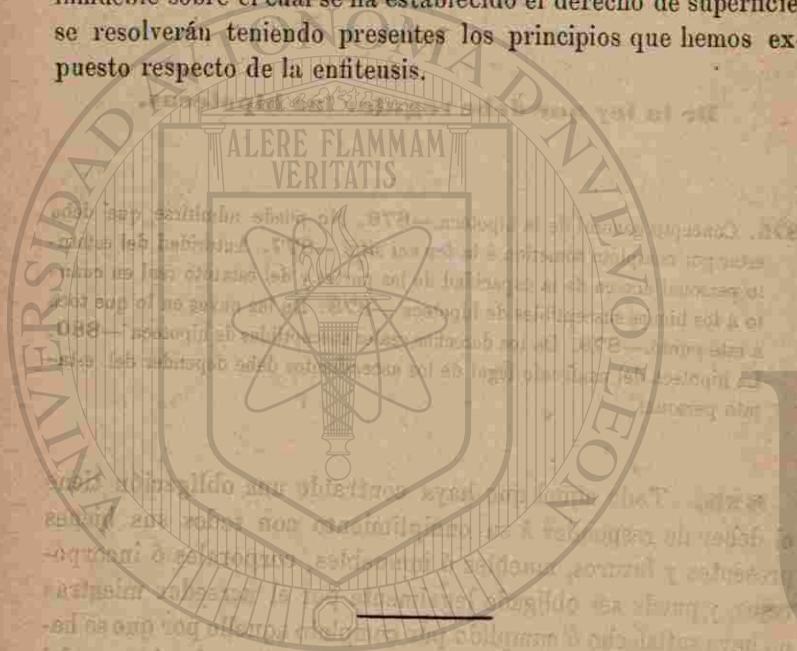
Los principios expuestos bastan, en nuestro sentir, para resolver todas las demás cuestiones que pudieran suscitarse. En todo caso deberá prevalecer el principio de que la ley extranjera, concediendo que se debe considerar presuntamente aceptada por las partes, á fin de suplir todo aquello que no se haya convenido de una manera expresa, podrá tener autoridad para decidir toda cuestión que afecte al interés privado entre las partes.

874. El derecho de superficie es también un derecho real, *jus in re aliena*. El Código holandés, que le consagra un título especial, lo define: «un derecho real que consiste en poseer construcciones, obras ó plantaciones en la finca de otro» (1). No creemos necesario tratar este punto, especialmente porque los principios ya expuestos, relativamente al usufructo y á la enfiteusis, pueden resolver las dificultades que surjan entre el que ejercite el derecho de superficie y el poseedor de la finca con él gravada. Debe admitirse, también, respecto de tal derecho real la autoridad de la ley personal en cuanto á la capacidad de constituirlo, la de la *lex loci contractus* y la de la ley territorial, teniendo en cuenta las distinciones que ya hemos establecido.

El derecho de superficie tiene mucha semejanza con la enfi-

(1) Véase el tit. II, arts 758-766.

teusis, aunque ésta tenga por objeto el suelo y aquél lo que está sobre el suelo, y de aquí que los conflictos que puedan suscitarse en el caso de que la ley á que están sujetos el *superficiarius* y el *dominus soli* sea diversa de la del lugar en que se encuentra el inmueble sobre el cual se ha establecido el derecho de superficie, se resolverán teniendo presentes los principios que hemos expuesto respecto de la enfiteusis.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

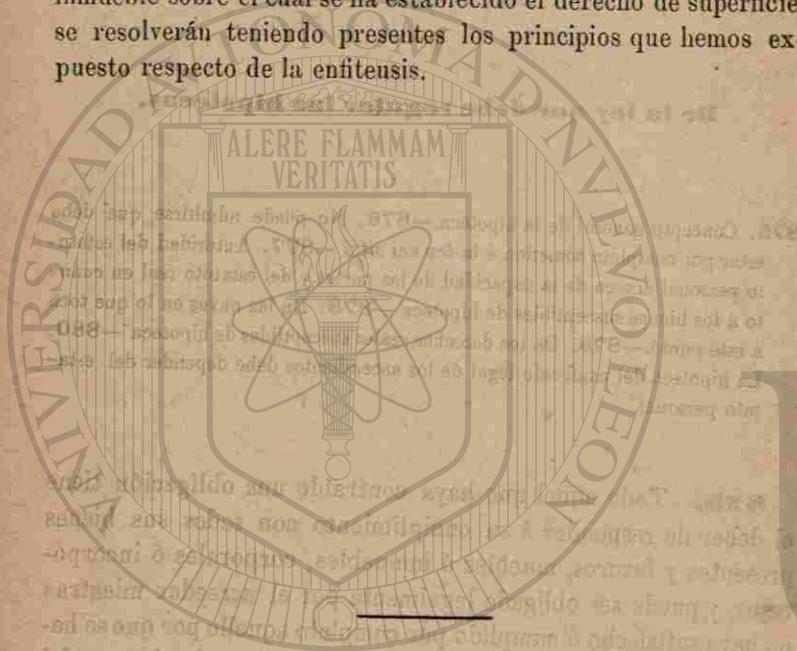
CAPÍTULO VII

De la ley que debe regular las hipotecas.

875. Concepto general de la hipoteca.—**876.** No puede admitirse que deba estar por completo sometida á la *lex rei sitæ* —**877.** Autoridad del estatuto personal acerca de la capacidad de las partes y del estatuto real en cuanto á los bienes susceptibles de hipoteca —**878.** De las naves en lo que toca á este punto.—**879.** De los derechos reales susceptibles de hipoteca —**880.** La hipoteca del usufructo legal de los ascendientes debe depender del estatuto personal.

875. Todo aquel que haya contraído una obligación tiene el deber de responder á su cumplimiento con todos sus bienes presentes y futuros, muebles ó inmuebles, corporales ó incorporeales, y puede ser obligado legalmente por el acreedor mientras no haya satisfecho ó cumplido por completo aquello por que se había obligado. Puede, pues, decirse en general que los bienes del deudor son la garantía del acreedor; pero como éste no adquiere ningún derecho real sobre las cosas pertenecientes al deudor, sino únicamente el derecho de obligarlo al cumplimiento de la obligación con todos los bienes que le pertenecen, esta garantía general que afecta á los bienes indirectamente, y como consecuencia de la obligación personal no origina ningún *jus in re aliena*, pudiendo éste nacer tan sólo cuando, ó por el contrato de las partes, ó por disposición de la ley, se destine directamente la cosa del deudor á satisfacer la deuda. En este caso, el acreedor adquiere un derecho real cuyo objeto inmediato es la cosa, y en su virtud tiene el derecho de reclamarla de cualquiera que la posea, en tanto que no se haya hecho efectivo el pago de su crédito. Este es un verdadero *jus in re aliena*, que limita y modifica

teusis, aunque ésta tenga por objeto el suelo y aquél lo que está sobre el suelo, y de aquí que los conflictos que puedan suscitarse en el caso de que la ley á que están sujetos el *superficiarius* y el *dominus soli* sea diversa de la del lugar en que se encuentra el inmueble sobre el cual se ha establecido el derecho de superficie, se resolverán teniendo presentes los principios que hemos expuesto respecto de la enfiteusis.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

CAPÍTULO VII

De la ley que debe regular las hipotecas.

875. Concepto general de la hipoteca.—**876.** No puede admitirse que deba estar por completo sometida á la *lex rei sitæ* —**877.** Autoridad del estatuto personal acerca de la capacidad de las partes y del estatuto real en cuanto á los bienes susceptibles de hipoteca —**878.** De las naves en lo que toca á este punto.—**879.** De los derechos reales susceptibles de hipoteca —**880.** La hipoteca del usufructo legal de los ascendientes debe depender del estatuto personal.

875. Todo aquel que haya contraído una obligación tiene el deber de responder á su cumplimiento con todos sus bienes presentes y futuros, muebles ó inmuebles, corporales ó incorporeales, y puede ser obligado legalmente por el acreedor mientras no haya satisfecho ó cumplido por completo aquello por que se había obligado. Puede, pues, decirse en general que los bienes del deudor son la garantía del acreedor; pero como éste no adquiere ningún derecho real sobre las cosas pertenecientes al deudor, sino únicamente el derecho de obligarlo al cumplimiento de la obligación con todos los bienes que le pertenecen, esta garantía general que afecta á los bienes indirectamente, y como consecuencia de la obligación personal no origina ningún *jus in re aliena*, pudiendo éste nacer tan sólo cuando, ó por el contrato de las partes, ó por disposición de la ley, se destine directamente la cosa del deudor á satisfacer la deuda. En este caso, el acreedor adquiere un derecho real cuyo objeto inmediato es la cosa, y en su virtud tiene el derecho de reclamarla de cualquiera que la posea, en tanto que no se haya hecho efectivo el pago de su crédito. Este es un verdadero *jus in re aliena*, que limita y modifica

el derecho de propiedad en el sentido de que aquel á quien la cosa pertenezca no puede enajenarla sin transmitirla sino con el gravamen del pago, como también por otra parte tiene el acreedor la facultad de reclamar la cosa, sin tener para nada en cuenta la persona que la posea; y valiéndose de todos los medios que la ley autoriza para hacerla vender y apoderarse de su precio en proporción al crédito sin deducción alguna.

Este derecho real sobre la cosa ajena puede constituirse mediante la hipoteca, la cual puede resultar de contrato expreso entre las partes, de la ley y de una sentencia judicial. Pero cualquiera que sea el título de que se derive, su naturaleza propia consiste en el *jus in re aliena* constituido en favor de un acreedor para responder con el objeto gravado por la hipoteca del cumplimiento de una obligación.

876. Debemos en primer término examinar cómo puede constituirse tal derecho, qué ley es la que debe regular su título constitutivo, y cómo puede hacerse valer respecto de los bienes que constituyen el objeto del mismo, y ejercitarse cuando llegue el caso de proceder á vías de hecho contra los bienes gravados y expropiar á su poseedor. No podemos admitir en principio que, cuando la hipoteca se haya constituido sobre bienes inmuebles, deba todo depender de la *lex rei sitæ*, porque será preciso hacer las distinciones necesarias sacadas de la misma naturaleza de las relaciones jurídicas para determinar la autoridad de la ley respecto de cada una de ellas. Puede también admitirse dentro de justos límites, en lo que toca á la hipoteca, el respeto á la autonomía de las partes, en lo concerniente á sus intereses privados, y que no afecte á los intereses sociales ni á derechos de terceros, como también debe reconocerse la autoridad absoluta y exclusiva de la ley territorial en todo lo que dispone respecto de las hipotecas para proteger los intereses de los acreedores.

877. En lo que respecta á la capacidad de las partes para constituir válidamente una hipoteca mediante contrato, es evidente que debe admitirse la autoridad del estatuto personal relativamente á cada una de ellas. En cuanto á los bienes susceptibles de hipoteca, todo debe depender de la *lex rei sitæ*, porque debiendo ésta regular la condición jurídica de las cosas que se

encuentran en el territorio, y debiéndose considerar establecido todo lo que se dispone en este punto para el bien general y para gobernar la organización de la propiedad, atendiendo al derecho social, es necesario admitir que habrá de decidirse en su vista qué cosas son susceptibles de hipoteca. Por consiguiente, jamás podría concederse á un extranjero invocar su ley personal con objeto de constituir válidamente la hipoteca sobre cosas muebles en Italia ó en Francia; porque no pudiéndose constituir aquella según la ley de ambas naciones, sino sobre inmuebles, y perteneciendo al orden público las disposiciones del Código italiano y del francés, que niegan el derecho de reclamar los muebles que están en poder de terceros poseedores de buena fe, es evidente que debe admitirse como absoluta la autoridad territorial de las mismas.

878. Debemos hacer una sola excepción respecto de las naves, porque éstas, aunque se encuentren temporalmente en las aguas territoriales extranjeras, no pueden reputarse como localizadas allí y sujetas á la ley territorial. Ya hemos dicho antes que la nave es un mueble de naturaleza especial (1), y que es preciso admitir, en cuanto á la misma, la sujeción permanente á la ley del Estado cuyo carácter nacional conserva, y á cuyo imperio no ha dejado de pertenecer aunque éntre en las aguas territoriales extranjeras. Se debe, por consiguiente, decidir con arreglo á la ley nacional de la nave, si puede ó no ser susceptible de hipoteca, y en el caso de serlo, no se debe desconocer su eficacia por la sola razón de hallarse la nave en aguas de un Estado cuya ley no admita la hipoteca naval.

Ya hemos sostenido esta misma opinión en la segunda edición de la presente obra (2), y podemos confirmarla ahora, aduciendo en su apoyo la opinión de insignes jurisconsultos que han sostenido con multitud de razones la misma teoría (3). Pron-

(1) §§ 841 á 843.

(2) Véase el apéndice á la segunda edición, publicada en Florencia en 1874, p. 582, y la versión francesa de Pradier-Fodéré (París, 1875), p. 670.

(3) Véase Lyon-Caen, *Journal du Droit intern. privé*, 1877, página 482 y siguientes, y la nota á la sentencia del Tribunal de

to volveremos á ocuparnos de esta materia, examinando, en particular, la cuestión acerca de la eficacia de la hipoteca naval (1).

879. Respecto de ciertos derechos reales, que según las leyes de algunos países pueden ser objeto de hipoteca, debemos sostener que habrá de depender también de la ley territorial el determinar si debe ó no admitirse la hipoteca respecto de dichos derechos. Esto debe decirse, por ejemplo, del usufructo de los bienes inmuebles que pueden ser objeto de hipoteca, según la ley italiana, como lo pueden ser también los derechos del propietario y del enfiteuta sobre bienes enfiteuticos. Ahora bien: es lógico que, aun respecto de tales derechos y otros semejantes, habrá de decidirse con arreglo á la *lex rei sitæ*, si pueden ser susceptibles de hipoteca, porque transformando esta una vez constituida, la obligación personal, por atribuir un derecho real, en virtud del cual el acreedor que de él goza, puede ejercitar todas las acciones que se derivan de la ejecución forzosa, quedando de esta manera en una condición excepcional respecto de los acreedores quirografarios, que pueden también considerar todos los bienes del deudor, como destinados al cumplimiento de sus obligaciones, se comprende que están siempre de por medio los intereses sociales cuando se trata de determinar qué cosa puede ser objeto de hipoteca, y por lo tanto, que la autonomía de las partes y la ley del contrato no pueden tener autoridad respecto de la ley vigente en el lugar donde haya de llevarse á cabo la ejecución forzosa.

Es, pues, necesario admitir en principio que, como la ley que concede al acreedor hipotecario la ejecución forzosa sobre el objeto destinado á garantizar el cumplimiento de una obligación, quita á todos los demás acreedores el derecho de reclamar contra tales bienes para el pago de sus obligaciones, y priva ade-

Rouen, 31 de Julio de 1876; Sirey, 1877, (2, 129); Labbé, *Nota alla sentenza della Corte di Caen*, 12 de Julio de 1870; Sirey, 1871, 2, 57; Clunet, *Parere legale* en la causa fallada por el Tribunal de Bruselas, 27 de Diciembre de 1879 (*Belgique judiciaire*), 1880, p. 145—*Atti del Congresso internazionale di Anversa* de 1835.

(1) Véase § 4.

más al propietario de la libre disposición de los bienes mismos, y como en todo esto se interesa el bien social y la organización de los derechos de propiedad, todo deberá depender de la *lex rei sitæ* y decidirse, por consiguiente, según ella si un derecho real es susceptible de hipoteca y lo mismo cuando se trate del usufructo, del uso, de la habitación, de la enfiteusis, etc., etc.

880. Hay que hacer, sin embargo, ciertas salvedades respecto de este principio. En efecto, si se tiene presente lo que ya hemos dicho antes, esto es, que el usufructo legal de los ascendientes debe depender del estatuto personal, puede, á juicio nuestro, reconocerse que debe aplicarse igualmente la ley reguladora de las relaciones de familia para resolver (en la hipótesis de que con arreglo á la *lex rei sitæ* pueda hipotecarse el usufructo de los bienes inmuebles) la cuestión especial de si el usufructo legal de los ascendientes puede hipotecarse por ellos. Decimos esto, porque como ya hemos demostrado anteriormente, debe depender de la ley personal el determinar, no sólo si ha de atribuirse al padre ó á la madre el derecho de usufructo sobre los bienes del hijo, sino también la extensión en que ha de tomarse este derecho cuando corresponda al padre. Por consiguiente, sometido el usufructo del padre á la ley que debe regular sus derechos como administrador y las obligaciones que se le imponen para con su hijo, de la misma ley debiera depender el derecho correspondiente al padre de ceder, enajenar é hipotecar aquella parte del usufructo que sea necesaria para los gastos de su educación. La ley territorial deberá tener autoridad exclusiva en cuanto á determinar si el usufructo puede ser susceptible de hipoteca. Suponiendo que la misma, por considerar el usufructo como una desmembración de la propiedad, conceda al que tiene la nuda propiedad del inmueble el poder constituir la hipoteca, y atribuya, también, al usufructuario ese mismo derecho, la cuestión de si debe concederse su ejercicio aun al que tiene el usufructo legal no puede corresponder á los intereses de la soberanía territorial para admitir la autoridad de la *lex rei sitæ*, sino más bien debe considerarse, y se considera, en relación con la ley personal que es la que debe regular la patria potestad y los derechos accesorios de la misma, y, por lo tanto, el usu-

fructo, así como la facultad de enajenar, ceder é hipotecar la parte que exceda á las necesidades de la educación.

§ 1.º

De la hipoteca concencional.

881. En la hipoteca concencional debe admitirse la autonomía de las partes —882. Principio sancionado por el Código civil francés y observaciones críticas.—883. De la ley que debe regular la hipoteca por contrato hecho en el extranjero, y eficacia de la misma.—884. La forma del contrato debe regularse por la ley territorial.—885. Con arreglo á ésta debe decidirse la forma de llevar á cabo la especificación —886. El derecho de exigir la inscripción de la hipoteca puede estar fundado en el contrato hecho en el extranjero.—887. De la hipoteca constituida por testamento y de su eficacia.

881. Ya hemos dicho que la hipoteca puede derivarse de diversos títulos, y empezando por la que puede constituirse mediante convención, debemos notar que, cuando las partes tengan capacidad, y los bienes, teniendo presentes los principios expuestos, hayan de reputarse susceptibles de hipoteca, debe respetarse la autonomía de las partes, sin que sea obstáculo el que la convención, en virtud de la cual se constituye la hipoteca, haya tenido lugar en el extranjero. Veamos ahora las condiciones á que ha de subordinarse la eficacia del contrato, pero en principio no puede admitirse que los contratos hechos en el extranjero, y en virtud de los cuales se sujete á hipoteca un mueble existente en un Estado, no deban reputarse como título para constituir la hipoteca (1).

882. En el Código civil francés está sancionada una regla contraria en absoluto al art. 2.128, que dice: «Los contratos

(1) Conf. Milhaud, *Principes du droit international privé dans leur application aux hypothèques*; Weiss, *Traité du droit international privé*, p. 790; Despagnet, *Précis du droit international privé*; § 608; Laurent, *Droit civil international*, t. VII, § 336 y siguientes Brocher, *Droit international privé*, § 265.

realizados en país extranjero, no pueden establecer hipoteca sobre bienes sitos en Francia, á no ser que se disponga lo contrario por las leyes políticas ó por los tratados».

Se ha tratado de justificar esta máxima, aduciendo que la hipoteca es de derecho civil y que no tiene valor en el territorio sujeto á distinta soberanía; que el derecho que un particular adquiere de enajenar ó vender un inmueble, implica jurisdicción y actos de ejecución, que no pueden autorizarse por un soberano ni por los funcionarios públicos, respecto de bienes sitos en otro Estado; que los actos realizados por los funcionarios extranjeros para constituir la hipoteca, no pueden reputarse con los mismos caracteres de autenticidad que los realizados por los funcionarios del Estado. Estos y los demás argumentos se fundan en la confusión entre la hipoteca, en cuanto es un derecho real, y la eficacia de la acción real que puede resultar de la hipoteca, cuando se considere válidamente constituida.

En suma, la disposición del art. 2.128 es una imitación poco afortunada de la Ordenanza de 1629 (*Código Michaud*), que establecía en el art. 121 lo siguiente: «Los contratos y obligaciones que se han realizado en reinos y soberanías extranjeras por cualquier causa, no tendrán hipoteca ni serán ejecutivos en Francia, sino que equivaldrán á simples promesas». Pero es un contrasentido renovarla en nuestros días para sostener que la hipoteca concencional estipulada en el extranjero no debe producir efectos y que deba obligarse al acreedor hipotecario á concurrir con su deudor ante el Magistrado francés, haciéndole condenar para obtener de esta manera una hipoteca judicial. Esto es ofensivo á la buena fe, mediante la cual deben garantizarse todos los derechos que se derivan de una obligación válidamente contraída, y además es incompatible con la doctrina jurídica moderna.

Quando se regía el sistema hipotecario de Francia por los principios de la legislación antigua; cuando todos los actos notariales producían de derecho la hipoteca sobre todos los bienes presentes y futuros, independientemente de la estipulación y de la inscripción en los Registros de la propiedad, era fácil confundir dos cosas esencialmente distintas, á saber: la hipoteca y su fuerza ejecutiva, y establecer como regla que los actos notaria-

les realizados en el extranjero, no podían producir hipoteca. Pero bajo el régimen hipotecario moderno, el acreedor para hacer eficaz su derecho, debe hacer la inscripción en los registros de la propiedad y renovarla, hasta el punto de que la hipoteca no empieza á existir ni á producir efectos sino desde el momento de la inscripción. Puede hacer subastar el inmueble gravado para garantía de su crédito, cuando no se le haya pagado; pero no puede hacer nada de esto por su sola autoridad, sino que debe promover un juicio de expropiación ante la autoridad judicial siguiendo el procedimiento autorizado por la ley para obtener una sentencia que autorice la venta y lograr el pago de su crédito en concurrencia con los demás acreedores hipotecarios que adquirieron también derechos sobre el mismo inmueble. Todos los actos de ejecución que se derivan de la hipoteca están, pues, en el fondo y en la forma sujetos á la ley y á la autoridad del Magistrado local, y de ninguna manera dependen del Soberano, ni de los funcionarios públicos extranjeros.

§§. Para resolver la cuestión en conformidad con los principios del derecho moderno es preciso distinguir ante todo la hipoteca (en cuanto es un derecho real constituido mediante contrato por el propietario de la cosa) de la eficacia de la misma, y del ejercicio de la acción hipotecaria que de ella se deriva. El derecho real puede nacer de la convención válidamente realizada. De la misma manera que el propietario puede disponer libremente de la cosa, dándola ó enajenándola, puede también entregarla á su acreedor para asegurar con ella el cumplimiento de su obligación, debiendo admitirse, siempre que el acto se reputa válido jurídicamente, la autonomía de las partes en todo lo referente á la constitución del derecho, como se admite respecto de todo derecho comprendido en el de propiedad.

Como este derecho resulta de la acción real, en virtud de la cual puede el acreedor proceder contra la cosa hipotecada, cualquiera que sea su actual poseedor, y conseguir que éste la ceda ó satisfaga su deuda, y como esta acción, á causa de tener por objeto el inmueble, debe necesariamente ejercitarse en el lugar donde éste se halle, es fuerza admitir que dicha acción ha de estar sometida á la *lex rei sitæ*, no sólo en lo concerniente á los

modos de ejercitarla, sino también á los requisitos que debe tener el título en que está fundada, y por lo tanto, á todo lo referente á la eficacia del mismo título.

También admitimos la autoridad exclusiva de la *lex rei sitæ*, de la hipoteca, pero sólo en el sentido de que el derecho, aunque constituido válidamente, no puede ser eficaz sino bajo las condiciones establecidas por la *lex rei sitæ* para proteger los intereses sociales y los derechos de terceros y por tanto en todo lo concerniente á las formalidades necesarias para promover el juicio de expropiación y la tutela de los derechos de terceros. Mas respecto de la constitución de la hipoteca convencional opinamos que no puede establecerse diferencia alguna entre la constituida por medio de un acto llevado á cabo en el Estado donde se halla el inmueble, y la realizada en el extranjero; admitimos, por el contrario, que cuando el acto llevado á cabo en el extranjero sea suficiente por su forma extrínseca, para dar fe de la constitución de la hipoteca y el interesado pida que se ajusten á las prescripciones de la ley territorial para hacer de este modo efectivo su derecho, y quiera proceder á la inscripción, no debe negársele por la sola razón de que el acto de constitución se haya efectuado en el extranjero.

No creemos, sin embargo, que para atribuir al acto realizado en el extranjero dicha eficacia, sea necesario observar las formas procesales sancionadas por la *lex rei sitæ*, en cuanto á los contratos realizados en el extranjero que han de llevarse á debido efecto, porque esto equivaldría á confundir el derecho de hipoteca con la acción hipotecaria. La hipoteca no es por sí misma acto ejecutivo, porque, considerada en la esencia no es una relación convencional en cuya virtud se asegure el cumplimiento de una obligación sobre cosa determinada. El acreedor no adquiere en virtud de la hipoteca el derecho de apropiarse el inmueble, ni de venderlo para apoderarse del precio, sino tan sólo el derecho de promover la acción ante la autoridad competente, siempre que haya hecho de antemano todo lo que por la ley territorial se requiere para hacer efectivo su derecho, y, hecho esto, haya observado después los procedimientos establecidos por la ley territorial para obtener previamente la sentencia de ex-

propiación, y efectuar luego la venta del inmueble en cumplimiento de la sentencia.

Es por lo tanto evidente, que la hipoteca no es un acto de ejecución, ni puede concederse tal carácter á su inscripción en el Registro de la propiedad, en el supuesto de que la ley territorial exija este sistema de publicidad para la eficacia de la hipoteca y para establecer el grado de los deudores hipotecarios. La inscripción debe indudablemente considerarse como una condición indispensable para hacer constar el vínculo hipotecario, y para conservar todos los derechos que de él se derivan, por lo cual es evidente, que donde quiera que se haya constituido la hipoteca convencional, el acreedor no podría hacerla eficaz y efectiva, sino observando las formalidades de publicidad exigidas por la *lex rei sitæ*, con arreglo á la cual debe hacerla valer; y si bien el observar tales formalidades, el inscribir la hipoteca en los registros, ó hacerla pública de cualquier otro modo, son las condiciones para conservar los derechos adquiridos mediante el contrato, no atribuyen, sin embargo, derechos de ejecución, ni la inscripción por sí misma es un acto ejecutivo. De lo cual debe concluirse, en nuestro sentir, que al acreedor que haya adquirido la hipoteca mediante contrato ultimado en el extranjero, no puede negársele que lo haga, sin más condiciones que las requeridas por la *lex rei sitæ* para conservar su derecho, ni debe ser necesario, por consiguiente, que se le dé fuerza ejecutiva al contrato extranjero, pudiendo tan sólo requerir que la escritura que se presente en cuanto á las formas externas, reúna todos los requisitos que pide la *lex rei sitæ*, para poder probar la constitución de la hipoteca, y exigir que se haga pública en los Registros de la propiedad.

Únicamente en el caso de que el acreedor, fundándose en la inscripción, quisiese en su virtud proceder á los actos para promover el juicio de expropiación ante la autoridad competente, ó sólo para defender su preferencia respecto de los demás acreedores, en este caso, tratándose de ejercitar una acción real y proceder á actos de ejecución, como el derecho de hipoteca y su inscripción estarían fundados en un contrato hecho en el extranjero, surgiría la necesidad de dar ante todo á dicho contrato su fuerza

ejecutiva, observando los procedimientos establecidos por la ley territorial para atribuir eficacia á los actos llevados á cabo en el extranjero, y decidir si la inscripción ha de reputarse eficaz según la *lex rei sitæ*, atendiendo á las terceras personas que sobre el mismo inmueble aleguen derechos reales.

Sólo en esta forma opinamos que pueda determinarse el campo, dentro del cual debe la ley territorial tener autoridad exclusiva. Por lo tanto, creemos que la *lex rei sitæ* debe determinar todas las condiciones necesarias para hacer eficaz y efectivo el derecho real. Debe regular también el procedimiento respecto de la acción real, y por último, habrá que atenerse á la misma para decidir acerca de la eficacia extraterritorial del contrato hecho en el extranjero, y respecto de las formalidades que deberán observarse para atribuirle fuerza ejecutiva en el país donde el acreedor intente proceder contra la cosa hipotecada.

SS4. Aplicando estos principios se deduce que, siempre que por la ley territorial se requiera una forma determinada de contrato para constituir una hipoteca convencional, ésta no podrá constituirse por contrato hecho en el extranjero si no reuniese el último todos los requisitos en lo relativo á la forma. Por consiguiente, si se tratase, por ejemplo, de constituir la hipoteca sobre un inmueble existente en Italia, pudiéndose constituir la hipoteca convencional, según el art. 1.978 del Código civil por escritura pública ó por documento privado, habría que considerar como indispensable el contrato escrito, y no se podría admitir ninguna otra forma de convenio, aun cuando aquél se realizase bajo el imperio de una ley que dispusiese otra cosa. Como por otra parte, si se tratara de establecerla sobre un inmueble existente en Francia, donde, según el art. 2.127, se requiere la escritura pública para constituir la hipoteca convencional, no sería suficiente el documento privado al hacerse el contrato en Italia, porque no pudiéndose equiparar en tal caso la forma del contrato á las formas exteriores para las cuales debe admitirse la regla *locus regit actum*, sino que, por el contrario, se habría de determinar por el legislador como la forma necesaria de la manifestación legítima del consentimiento para la constitución de la hipoteca, hay que sostener que ésta no podría

constituirse sino bajo la forma de escritura pública. Compréndese perfectamente que debe tenerse presente la regla *locus regit actum* para determinar si el acto llevado á cabo en el extranjero tiene caracteres de autenticidad, y por lo tanto, debe depender de la ley del lugar donde se haya extendido el contrato.

En lo concerniente á la eficacia extraterritorial de aquél, teniendo presente el principio de que no pueden reputarse eficaces los contratos hechos en país extranjero, en virtud de los cuales se atribuyan derechos reales sobre cosas allí existentes en oposición á lo que dispone la *lex rei sitæ*, se puede, con razón, sostener que lo mismo debe decirse del contrato por medio del cual se constituye la hipoteca. Hay que admitir, pues, que disponiendo la ley italiana en el art. 1.977 que la hipoteca convencional no puede constituirse sobre bienes futuros, no se podría conceder, que en virtud de un contrato realizado bajo ley diversa pudieran gravarse con hipoteca los inmuebles existentes en Italia que no estuviesen efectiva y actualmente en el patrimonio del deudor.

§§5. También es necesario conceder que el inmueble sometido á la hipoteca debe designarse específicamente con arreglo á las prescripciones de la *lex rei sitæ*, sin que pueda permitirse constituir válidamente sobre él la hipoteca convencional. La razón es siempre la misma, esto es, que las disposiciones concernientes á esta materia tienen por fin la protección directa de los intereses sociales y los derechos de terceros. Respecto de éstos, la hipoteca convencional, en cuya virtud se modifican esencialmente los derechos relativos á todos los acreedores sobre los bienes de su deudor común, no puede subsistir sino bajo las condiciones establecidas por la *lex rei sitæ*. Por consiguiente, sería inútil invocar la ley del contrato según la cual admitimos hipotéticamente que se hubiese permitido establecer la hipoteca general sobre todos los bienes, con objeto de hacer valer dicho contrato y considerar fundada en él la hipoteca sobre todos los bienes pertenecientes al deudor. La autoridad de la ley territorial que impone la especificación para defender los derechos de terceros debe ser absoluta, y no pueden derogarse sus disposiciones invocando la ley extranjera. Lo mismo deberá decirse de la espe-

cificación de la cantidad en metálico debida por el deudor y garantizada por la hipoteca. Habiéndose prescrito, por ejemplo, por la ley italiana, art. 1.972 (1), que el débito debe determinarse y especificarse en el documento constitutivo ó declarativo del crédito ó el escrito posterior, y debiendo reputarse la especificación de la cantidad debida como uno de los elementos esenciales para poder gravar con hipoteca un inmueble existente en Italia, se deduce lógicamente que faltando tal elemento indispensable no puede admitirse la constitución válida de una hipoteca convencional.

§§6. En el supuesto de que el contrato hecho en el extranjero reuna todas las circunstancias exigidas por la ley territorial según lo que ya hemos dicho, debe admitirse que, así como por el respeto debido á la autonomía del propietario, se debe permitir disponer libremente del inmueble que le pertenece, y transmitir á otros los derechos que sobre el mismo posee, y debiendo, por otra parte, respetarse el contrato hecho, en lo que se refiere á este punto, aun cuando se haya celebrado en el extranjero, habrá que aplicar los mismos principios al contrato de hipoteca. Por lo tanto, pudiendo el que adquirió derechos en virtud del contrato hacerlos valer y ejercitar todas las facultades que según la ley se derivan de tales derechos, lo mismo debe decirse de la hipoteca y del derecho de hacerla pública poniéndola en conocimiento de terceros mediante la inscripción. El acreedor se habrá de sujetar naturalmente á la *lex rei sitæ* para poner en conocimiento de los terceros interesados el derecho de hipoteca adquirido por él, habrá de someterse á todas las consecuencias que puedan nacer de la falta de publicación de la hipoteca ó del incumplimiento de lo que dispone la *lex rei sitæ* respecto de las formalidades exigidas para la publicidad, debiendo admitirse también en este punto la autoridad exclusiva de la ley territorial, pero no podrá negársele la facultad de hacer valer su derecho á publicar la hipoteca, fundándolo en el contrato

(1) Está conforme con el art. 2.132 del Código civil francés.

realizado en el extranjero, que debe reputarse por sí mismo título suficiente para proceder á la inscripción de aquella.

887. Además de constituirse la hipoteca mediante el contrato, puede, según algunas leyes, constituirse también por testamento. Tal sucede, por ejemplo, según la ley belga, que en el artículo 44 dispone que el testador puede constituir por testamento la hipoteca sobre uno ó varios inmuebles específicamente designados, con objeto de garantizar los legados que haya hecho. De aquí que pueda nacer la duda de si la hipoteca constituida por testamento puede atribuir el derecho real que de ella nace en el territorio de un Estado donde según la ley no esté admitida la hipoteca testamentaria.

Para resolver dicha duda es necesario, en nuestro sentir, establecer algunas distinciones. Ante todo, debe admitirse como máxima, que la facultad de constituir la hipoteca testamentaria debe regirse por los mismos principios que regulen la transmisión de la propiedad en la sucesión *causa mortis*, y por tanto no puede admitirse que el que haga testamento en Bélgica pueda prevalerse de la ley allí vigente para constituir la hipoteca testamentaria.

Como diremos en breve, las sucesiones testamentarias, por lo que toca á la validez de sus disposiciones, deben regularse por la ley personal del *de cuius* y no por la del país donde se haya hecho el testamento ó donde radiquen los bienes hereditarios. Teniendo por ahora como cierto este principio, entendemos que por regla general la misma ley que regule el derecho del *de cuius* para transmitir la propiedad mediante testamento, debe también regular la facultad del mismo para transmitirla gravada con un derecho real, como serían el usufructo, la enfiteusis ó la hipoteca. Considerando que este derecho debe comprenderse en el derecho absoluto de propiedad, opinamos que cuando el propietario, con arreglo á la ley á que debe estar sometida la sucesión, tenga el derecho de verificar dicha transmisión no puede limitarse su autonomía en este punto por la razón de que los bienes radiquen en país extranjero.

Sin embargo, en lo tocante á este título constitutivo de la hipoteca, se habrán de aplicar también los principios que ya he-

mos expuesto respecto del contrato hecho en el extranjero. Por consiguiente, no podrá considerarse válidamente constituida la hipoteca testamentaria en virtud de la ley del *de cuius*, si de admitirlo pudiesen perjudicarse los derechos de terceros garantidos por la ley territorial. Tal sería, por ejemplo, el caso de un testador que pudiese gravar por testamento un inmueble de la herencia con hipoteca á favor de un acreedor quirografario. Si tal disposición revistiese la forma de un legado verdadero y propio, la cuestión cambiaría bastante de aspecto, pero si pudiese constituir una hipoteca en beneficio de un simple acreedor, no se podría ciertamente admitir, que dicha hipoteca testamentaria hubiese de ser eficaz sobre un inmueble existente en distinta nación, donde la ley no reconociera tal forma de constitución de hipoteca. La razón es evidente. La hipoteca transforma la condición jurídica de los acreedores respecto de los bienes del deudor común, colocando al deudor hipotecario en posición esencialmente diversa á la de los quirografarios, y es natural que la posición jurídica de los acreedores respecto de los bienes existentes en un país y los derechos adquiridos al amparo de la *lex rei sita*, no pueden modificarse ni transformarse por una ley extranjera.

Cuando, por el contrario, la hipoteca testamentaria se pudiese constituir con el solo objeto de garantir los legados, y el testador hubiese especificado los inmuebles que intentase gravar con la garantía real para su cumplimiento, no podría, á juicio nuestro, desconocerse el testamento como título constitutivo de la hipoteca. No habría realmente ninguna razón para desconocerlo. Respecto del propietario, el derecho de obrar así está comprendido en el derecho absoluto de propiedad.

Respecto de los herederos no se le puede menoscabar al testador su autonomía para transmitirles los inmuebles que le pertenezcan gravados con las cargas que quiera imponerles; y respecto de terceros, ningún perjuicio podría irrogarse de ello, porque la condición de los acreedores quirografarios permanecería inalterable. Pudiendo éstos hacer valer sus derechos con preferencia á los legatarios, la hipoteca concedida á los últimos no podría perjudicar los intereses de aquéllos. Admitimos, pues,

que el testamento puede ser título constitutivo de hipoteca, con tal que la disposición testamentaria reúna los requisitos del pacto convencional, esto es, la designación especificada del inmueble gravado con hipoteca y la cantidad legada, para la cual debe considerarse constituida aquélla. Por lo tanto, será siempre muy conveniente que los legatarios se sometan á la *lex rei sitæ*, en lo que se refiere á la publicidad de la hipoteca y á todo lo que ya dejamos dicho respecto de la que nace del contrato.

§ 2.º

De la hipoteca legal.

888. Concepto general de la hipoteca legal.—**889.** Teoría de los escritores acerca de la ley que debe regularla.—**890.** Principios sancionados por los Tribunales franceses, y fundamento jurídico de los mismos.—**891.** Necesidad de poner la cuestión en su verdadero punto de vista.—**892.** Nuestra opinión sobre el fundamento de la hipoteca legal.—**893.** Esta puede tener su origen en la ley extranjera.—**894.** Examinase el caso de la hipoteca legal relativa á la mujer casada, y determinase la ley que debe regularla.—**895.** Aplicación de nuestra teoría en el sistema del Código civil italiano.—**896.** Hipoteca legal en favor de los incapaces.—**897.** Examen crítico de la opinión de Laurent á propósito de la hipoteca legal correspondiente á un menor belga sobre los bienes de un tutor, sitos en los Países Bajos.—**898.** El admitir la autoridad de la ley personal acerca del derecho de hipoteca no implica ofensa á los derechos de la soberanía territorial.—**899.** Aplicase este principio en el sistema sancionado por el Código de los Países Bajos.—**900.** De la hipoteca legal atribuida al vendedor ó á cualquier otro enajenante.—**901.** Aplicación de los mismos principios á los demás casos de hipoteca legal.—**902.** Cómo debe proceder el interesado para obtener la inscripción.—**903.** De la hipoteca legal atribuida al Estado, á las comunidades y establecimientos públicos.

888. La hipoteca legal es la que tiene su origen inmediato en la ley, que es su título constitutivo.

Varias son las causas de las que, conforme á las leyes de los diversos países, se deriva la hipoteca legal. Según el Derecho romano, eran muy numerosos, admitiendo algunos hasta veinti-

seis (1). En las legislaciones modernas este número es más limitado. El Código civil italiano concede la hipoteca legal: 1.º al vendedor ú otro enajenante sobre los inmuebles enajenados para el cumplimiento de las obligaciones que tienen su origen en el acto de enajenación; 2.º á los coherederos, socios y demás condueños sobre los inmuebles correspondientes á la herencia, sociedad ó comunidad para el pago de las indemnizaciones; 3.º al menor y al interdicto sobre los bienes del tutor; 4.º á la mujer sobre los bienes del marido por la dote y las ganancias (*lucris*) dotales; 5.º al Estado sobre los bienes de los condenados para resarcirse de los gastos de justicia (art. 1.969).

El Código Napoleón atribuye la hipoteca legal á la mujer casada sobre los bienes del marido, al menor y al interdicto sobre los bienes del tutor, al Estado, comunidades y establecimientos públicos sobre los bienes de sus encargados ó administradores (art. 2.121). Puede considerarse como una hipoteca legal la que el legatario tiene sobre los inmuebles de la sucesión para el pago de su legado (art. 1.017). Al vendedor sobre el inmueble vendido para garantir el pago del precio, y á los coherederos sobre los inmuebles de las sucesiones concede dicho Código un privilegio (art. 2.103), que degenera en simple hipoteca y empieza á existir desde el día de la inscripción si no se inscribió en el tiempo fijado para su conservación (art. 2.113).

889. Se admite generalmente que la hipoteca es una institución de derecho civil (2), y los que así piensan sostienen que debe regirse por la ley territorial. Observan, en efecto, que ha sido concedida por la ley, teniendo en cuenta la naturaleza de ciertos créditos y la protección debida á ciertas personas por la soberanía, y que por esto, dependiendo todo de la voluntad del legislador, no se puede admitir que lo que cada ley dispone puede tener vigor en territorio sujeto á soberanía extranjera. Se ha dicho, por otra parte, que las hipotecas legales son de interés público, porque siempre dependen, ó de la protección que ciertos acreedores merecen según las leyes, cuando no son capaces

(1) *Quibus causis ping. vel hypot. tac. contr.* (XX, 2).

(2) Conf. Aubry y Rau, tit I, p. 303, nota 62.

de garantizar por sí mismos sus propios intereses, ó de la consideración que por sí mismos merecen ciertos hechos jurídicos; y como quiera que el interés público debe predominar en todo Estado sobre los demás intereses particulares, las leyes que establecen las hipotecas legales deben considerarse con autoridad exclusiva en el territorio y como formando parte del estatuto real.

§90. Aplicando estos principios, los Tribunales franceses han decidido que por ser la hipoteca legal un derecho civil, no podía permitirse á los extranjeros invocar la propia ley para gozar con arreglo á ella de la hipoteca sobre inmuebles existentes en Francia; porque según lo dispuesto en el art. 11, no se les puede reconocer el goce de los derechos civiles sino en el caso de que un tratado diplomático conceda las mismas ventajas á los franceses en su país, ó que estén autorizados para fijar su domicilio en Francia (1). Encontramos establecidos estos principios en la sentencia del Tribunal de Casación de 20 de Mayo de 1862 (2), que es de las más importantes en este punto, y que está confirmada posteriormente por otras muchas sentencias (3).

Partiendo dichos Tribunales del concepto de que la ley que atribuye la hipoteca legal es de interés público, han deducido que los extranjeros admitidos al goce de los derechos civiles en Francia, tienen derecho á disfrutar sobre los inmuebles allí existentes, de la hipoteca legal con arreglo á la ley francesa, aun cuando no les corresponda según su propia ley personal, ó según la del lugar donde tuvo origen la obligación cuya garantía es la hipoteca legal.

Por consiguiente, el Tribunal de Argel decidió por sentencia de 4 de Marzo de 1860, que debía atribuirse á una mujer ex-

(1) Conf. Milhaud, *Principes du droit international privé dans leurs applications aux privilèges et hypothèques*.

(2) Cas. 20 de Agosto de 1862, *Journal du Palais*, 1862, p. 511.

(3) Paris 20 de Agosto de 1872, *Journal du droit international privé*, 1874, p. 125; Douai, 29 de Diciembre de 1881, *ibid.*, 1883, página 511; Cas. 4 de Marzo de 1884, *Journal du Palais*, 1884, 1, 663.

tranjera, la hipoteca legal sobre los bienes del marido existentes en Francia, porque con arreglo al artículo 3.º del Código civil francés, los inmuebles deben soportar todos los gravámenes impuestos por la ley francesa, y porque la hipoteca legal atribuida á la mujer casada, lo es por razones de orden público, esto es, en consideración á la protección especial debida á la mujer unida en matrimonio.

La doctrina establecida en las sentencias de los Tribunales franceses, ha sido consecuencia de la teoría tradicional admitida en Francia (1), y sostenida por los escritores que han hecho depender el goce de los derechos relativo á los extranjeros, de la distinta manera de entender la naturaleza de cada uno de aquellos, según que los haya considerado en la clase de los que se llaman derechos de gentes, ó en la de los derechos civiles. Considerando como esencial dicha diferencia en el sistema sancionado por el legislador francés (que por las disposiciones del artículo 11 niega en principio á los extranjeros el goce de los derechos civiles concediéndoles la facultad de disfrutarlos bajo la condición de la reciprocidad diplomática establecida mediante los tratados) era natural que los escritores que han considerado la hipoteca legal como un derecho civil, negasen por regla general su goce á los extranjeros, ó lo concediesen bajo la condición de la citada reciprocidad diplomática, cuya teoría ha sido sostenida por muchos (1).

«Es indiscutible, escribe Grenier, que el derecho civil de una nación protege únicamente á sus ciudadanos, para quienes este derecho se ha establecido, y que no puede comunicarse en absoluto á los ciudadanos de otro Estado para quienes aquel derecho sea extraño.»

(1) Conf. Bartolo, *Sobre la ley eunctos populos*; C. *De summa trinit.*, n.º 27 y Molineus, sobre la misma ley; Persil, *Quest. sur lex priv. et hypot.*, lib. II, cap. 5, § 2.º; Balleroy De Renville, *Priv. et hypot.*, t. II, p. 232; Battur, *Traite des priv. et hypot.* n.º 310; Dalloz *Repert. Hipot.*, n.º 15; Chardou, n.º 64; Tessier, n.º 1 091.

(2) Conf. Grenier, *Des hypothèques*, t. I, 204, 47; Batur, *Des hypothèques*, t. II, pág. 351; Dalloz, *Priv. et hypot.*, n.º 868; Demolombe, t. I, n.º 88.

Los que por el contrario, han considerado la hipoteca legal sobre inmuebles sujeta al estatuto real, han sostenido que en virtud del art. 3.º del Código francés, que somete á la ley francesa los inmuebles existentes en Francia, aun cuando pertenezcan á extranjeros, éstos pueden reclamar el beneficio de la hipoteca legal sobre los bienes sitos en Francia fundándose en la ley francesa; porque la hipoteca legal sobre inmuebles debe regirse por la ley territorial (1).

891. No nos interesa discutir la cuestión desde el punto de vista de los escritores franceses, porque la distinción entre los derechos privados relativos á las personas según el derecho civil ó según el derecho de gentes, no tiene importancia en el sistema que hemos adoptado, ni tenemos interés en discutir la cuestión con arreglo al art. 11 del Código civil francés; porque la disposición en él sancionada establece una regla para los Tribunales franceses, y las discusiones que se han suscitado entre los jurisconsultos relativamente á la interpretación del mencionado artículo, conciernen á la aplicación de la ley sancionada por su legislador.

Prescindiendo ahora de tratar la cuestión relativamente á esta ó la otra ley, examinemos ante todo si según los principios del derecho internacional privado puede fundarse en una ley extranjera el derecho real sobre un inmueble que se origina de la hipoteca; ó en otros términos, examinemos si el que alega tener el derecho de hipoteca, esto es, la facultad jurídica de considerar el inmueble sobre que está asegurado su crédito como ga-

(1) Conf. Merlin, *Repert.*, v. *Remploi*, § II, n.º 9; Pont, *Privil. et hypoth.*, n.º 432; Troplong, *Privil. et hypoth.*, 2 n.º 513 ter.; Fœlix y Rocco, á fin de salvar todos los inconvenientes, trataron de sostener que la hipoteca legal de la mujer casada debe reunir tres condiciones: que la ley del lugar donde está situado el inmueble reconozca dicho género de hipoteca; que también lo admita la ley del domicilio de la persona que quiere gozar de ella; que exista un tratado entre los dos Estados que permita la reciprocidad en el goce de tal derecho á la mujer casada; Fœlix, *Revue des Revues de droit*, t. V, p. 119 y *Traité du droit intern. privé*, tomo I, § 67 y la nota de Demangeat, *ibid*; Rocco, Parte primera, cap. VII; Parte tercera, cap. III y XXII.

rantía del cumplimiento de la obligación que con él se contrajo por el obligado, puede fundar tal derecho en una ley extranjera que se lo haya atribuido. Esta es, á nuestro juicio, la principal cuestión que hay que resolver, y después examinaremos si el derecho real así adquirido puede ser eficaz respecto de la ley del Estado donde el inmueble se encuentre, y bajo qué condiciones aquel á quien pertenezca el derecho puede hacerlo efectivo y ejercitarlo. El no haber determinado el verdadero punto de vista desde el cual deben examinarse estas cuestiones, ha sido, á nuestro entender, la causa principal de que los escritores hayan llegado á conclusiones tan diversas, diversidad que ha venido después á reflejarse en la misma jurisprudencia.

892. La hipoteca legal se deriva de la ley en todos aquellos casos taxativamente determinados por cada legislador, en los cuales la ley misma dispone que se ha de considerar como una condición indispensable de la obligación personal la garantía real prestada por el obligado para asegurar en favor del acreedor el cumplimiento de la obligación contraída. Ahora bien: conviene considerar que aun cuando sea un efecto de la ley, no puede reputarse un privilegio, porque su verdadera naturaleza es más bien la de un convenio tácito. La garantía legal se exige realmente por la autoridad pública en nombre y en beneficio del acreedor, pero siendo siempre un accesorio de la obligación personal por parte del deudor, y habiendo éste podido realizar ó no libremente el hecho en virtud del cual nacía la obligación, por su parte es indispensable admitir que en el mero hecho de haber llevado á cabo libremente el acto que originó la obligación, consintió tácitamente en la condición necesaria de la misma; esto es, en la garantía real que le imponía la ley á cuyo amparo la obligación se ha perfeccionado.

Considerada desde este punto de vista, la hipoteca legal no tiene un fundamento esencialmente distinto de la hipoteca convencional, porque en realidad no es efecto de favor ó privilegio, sino de convención tácita *quasi id tacite convenerint*.

Es un principio incontestable que las obligaciones adquiridas bajo el imperio de la ley á que según la naturaleza de las cosas deben reputarse sujetas, han de regirse por ella no sólo en

lo concerniente á su valor jurídico, sino también en todo aquello que haya de reputarse como elemento integrante de la obligación misma ó como su accesorio necesario, y esta es la razón de que las partes deban considerarse obligadas no sólo á lo que fué objeto expreso del convenio, sino también á todo lo que según la ley deba constituir la naturaleza de la obligación, y que por esta causa se reputa tácitamente consentido. Esto lo dijo con mucha claridad Lauterbach: *Ea enim, que auctoritate legis vel que consuetudinis contractum comitantur, eidemque adherent, naturalia a doctoribus appellantur. Lex enim altera est quasi natura, et in naturam transit* (1).

Este fué también el concepto del jurisconsulto Paulo, que consideraba la convención tácita como fundamento de la hipoteca legal en favor del arrendador: *Item quia conventiones etiam tacite valent placet in urbanis habitationibus locandis invecata et illata pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim convenerint* (2). Lo mismo opina Negusancio, jurisconsulto italiano, que en el siglo XVI escribió un tratado muy recomendable titulado *De pignoribus et hypothecis*:—*Lex in omnibus tacitis hypothecis fingit pactionem et conventionem partium contrahentium, quamvis expresa non fuerit, et est perinde ac si in veritate hypotheca illa fuisset constituta per conventionem* (3).

893. Aceptando nuestro orden de ideas, se puede admitir en principio, sin dificultad, que el derecho de hipoteca legal, considerado como derecho á la garantía real, puede derivarse de la ley á que la obligación ha de estar sujeta, sin que obste el que dicha ley sea extranjera; porque pudiendo convenir expresamente las partes acerca de las cosas de su pertenencia bajo el imperio de una ley extranjera, y pudiendo hacer valer después en todas partes los derechos adquiridos según la ley del contrato, de la misma manera, si un individuo se hubiese obligado en favor de otro con arreglo á la ley personal á que ambos estuviesen sometidos, y en virtud de tal obligación hubiese el otro ad-

(1) Lauterbach, *Dissert.*, 104, parte 3.^a, núm. 58.

(2) L. 4, pr. Dig. *De pactis* (II, 14).

(3) 1, *Partitio* 4, n.º 11.

quirido el derecho á la garantía real, no se podría desconocer dicho derecho sólo por estar fundado en la ley extranjera, porque por el mero hecho de estar sujetas las personas al imperio de tal ley, debería también admitirse que los derechos legítimamente adquiridos con arreglo á ella deben reconocerse y respetarse en todas partes, salvo siempre las condiciones necesarias para hacerlos valer y poder ejercitarlos.

894. Aplicando estos principios á los diferentes casos de hipoteca legal, es preciso admitir que para decidir, en general, si corresponde ó no á la mujer casada la hipoteca legal sobre los bienes del marido donde quiera que estén sitios, conviene atenderse á la ley reguladora de las relaciones de familia y de los derechos patrimoniales de los cónyuges, por la cual deben regirse todos los derechos relativos á los bienes que se deriven del contrato de matrimonio. Este derecho no puede estar fundado en la ley del lugar en que se halle el inmueble, porque, si bien la hipoteca es un derecho real, habiéndose establecido como garantía de una obligación personal, no puede depender, seguramente, de la ley territorial el decidir si debe ó no reputarse necesaria para proteger los derechos de la mujer, sino que dependerá únicamente de la ley á cuya salvaguardia están los derechos é intereses de la familia y de los miembros que la constituyen (1). No vale aducir lo que escribe Troplong, esto es, que derivándose la hipoteca legal del hecho de la celebración del matrimonio, y habiéndola concedido el legislador por razones fundadas en el derecho de gentes, debe atribuirse á la mujer extranjera la hipoteca sobre los inmuebles del marido sitios en Francia, porque la ley que le concede tal derecho debe reputarse como un estatuto real que afecta todos los inmuebles existentes en el territorio francés. Nos explicamos perfectamente que la confusión teórica de la personalidad y de la realidad de las leyes haya podido extraviar á uno de los más claros ingenios y eminentes jurisconsultos que tanto ha ilustrado á la ciencia, sobre todo con su profundo tratado sobre las hipotecas. Admitiendo la

(1) Conf. la sentencia del Tribunal de Lieja, 16 de Mayo de 1823, *Pas. Belge*, 410.

doctrina de Troplong, se seguiría que la mujer holandesa tendría la hipoteca legal sobre los bienes del marido sitos en Francia á pesar de que la ley de los Países Bajos no concede tal derecho á la mujer, y que la tendría únicamente porque la ley francesa atribuye á la mujer casada la hipoteca legal. Pero, nosotros preguntamos: ¿qué interés puede tener la soberanía francesa en inmiscuirse en las relaciones patrimoniales de una familia extranjera? ¿Está llamada acaso á decidir si para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el matrimonio por un marido extranjero en favor de la mujer, debe proveerse mediante una garantía real ó de otra manera? ¿Está, acaso, de por medio el interés social ó el orden público para justificar el propósito de someter á todos á los preceptos del legislador francés? Nosotros creemos que no; porque, como ya hemos demostrado anteriormente (1), los derechos de los cónyuges, aun en lo tocante al patrimonio familiar, deben regirse por la ley á que la familia constituida ha de estar subordinada, y, además, que los derechos adquiridos y la autoridad de la ley en que están fundados deben reconocerse en todas partes, con tal que no inferan ofensa al derecho social ni á los derechos de terceros garantizados por la ley territorial, y el mismo principio mantenemos en lo relativo á la hipoteca legal atribuida á la mujer.

Admitimos aun respecto de ella la autoridad de la *lex rei sitæ*, pero siempre en virtud del principio en que, según nuestro sistema, debe estar fundada la autoridad territorial de la ley. Así diremos que el derecho real procedente de la hipoteca en virtud de ley extranjera, no puede ser eficaz sino bajo las condiciones consignadas en la ley territorial para hacer efectiva la hipoteca, y para proteger los derechos é intereses de terceros. Por consiguiente, suponiendo que la ley extranjera no sólo atribuyese la hipoteca legal á la mujer casada, sino que también admitiese que la hipoteca debía subsistir en favor de ella independientemente de la publicidad, ó bien declarase privilegiada la hipoteca correspondiente á la mujer casada, concediéndole un

(1) Véase la *Parte general*, vol. I, p. 143 y siguientes y el § 5.º del cap. IV, lib. II, *Parte especial*, tomo II, n.º 632.

derecho de preferencia respecto de los demás acreedores hipotecarios, en este y otros casos semejantes se invocaría inútilmente la ley extranjera para fundar en ella derechos cuyo reconocimiento estuviese en contradicción directa con la ley territorial ó con la orgánica del régimen hipotecario establecido según la misma. Nuestra teoría, pues, se resume de la siguiente manera: la mujer casada debe tener en todas partes el derecho de hipoteca sobre los bienes del marido, siempre que tal derecho se le conceda por la ley que regula el matrimonio y los derechos recíprocos de los cónyuges sobre sus bienes; mas para que la hipoteca pueda ser eficaz en el lugar en que se halla el inmueble hipotecado, es indispensable observar todas las disposiciones sancionadas por la *lex rei sitæ* para hacer efectiva la hipoteca, y ajustarse además á cuanto ella dispone para poder promover y ejercitar la acción hipotecaria.

§ 95. Aplicando los principios expuestos á los preceptos del Código civil italiano, diremos que una mujer sujeta por causa de su matrimonio al Derecho romano, podrá en virtud de dicha ley invocar el derecho de hipoteca legal sobre los bienes del marido, sitos en Italia, para asegurar la restitución de la dote, de las donaciones *propter nuptias* y de sus bienes parafernales, pudiendo además gozar de dicha hipoteca sobre los bienes del suegro si éste se hubiese obligado á la restitución de la dote. Así también, partiendo siempre del supuesto de que el matrimonio está regido por el Derecho romano, deberá admitirse que el marido extranjero podrá tener el derecho de hipoteca legal sobre los bienes de aquél que hubiese intervenido en el contrato nupcial, y se hubiese obligado á constituir la dote. En estos y otros casos análogos, la cuestión de si el derecho de hipoteca legal puede ó no corresponder á la mujer ó al marido, y cuándo debe atribuirse al uno ó á la otra, deberá resolverse en armonía con el Derecho romano, al cual hemos supuesto haberse sometido la familia, y no ya con arreglo al derecho italiano, por el mero hecho de que el inmueble hipotecado esté en Italia. No podría, en verdad, sostenerse que, por haber dispuesto el legislador italiano en el art. 7.º que los bienes inmuebles están sujetos á la ley del lugar donde estén sitos, se pueda deducir de aquí

que los derechos privados sobre los mismos deban depender de nuestra ley, porque los derechos sobre las cosas pueden nacer de diferentes títulos y aun de ley extranjera, debiéndose reconocer siempre que de ello no resulte ofensa al derecho social y á las leyes, á las cuales debe reconocérseles el carácter de reales ó territoriales. Pero la indicada mujer no podría ciertamente pretender que su hipoteca debiera ser eficaz en Italia independiente de toda publicidad, especificación é inscripción, ni tampoco privilegiada en armonía con lo que dispone el Derecho romano (1). Este sería realmente el caso de invocar muy oportunamente la máxima sancionada por nuestro legislador, esto es, que los bienes inmuebles están sujetos á las leyes del lugar en que se hallan situados, para deducir de ella que ninguna ley extranjera puede derogar la ley territorial relativa á los inmuebles, como lo es la que regula la organización del régimen hipotecario de los inmuebles existentes en nuestro país.

Al sancionar el legislador italiano el sistema de la publicidad y de la especialidad de las hipotecas, no ha tenido en cuenta los intereses privados de determinadas personas, sino más bien la protección de los intereses generales, poniendo á los terceros en condiciones de poder conocer las hipotecas que gravan los inmuebles, é impedir así que los acreedores quirografarios de buena fe puedan ser defraudados en sus derechos con las hipotecas ocultas, contra los efectos de los cuales no tendrían garantía ninguna. Habiendo asimismo negado el que la hipoteca de la mujer casada pueda extenderse á los bienes futuros, no podría concederse á la mujer extranjera gozar del derecho de hipoteca legal sobre los bienes del marido, ni hacerla extensiva en Italia á los bienes futuros de aquel aunque según la ley extranjera pudiese hacerlo. Este es evidentemente uno de los casos en que no deberá aplicarse la ley extranjera, por encontrarse en oposición con la territorial. Ninguna ley extranjera puede conceder á los particulares sometidos á su imperio derechos, si de reconocerlos respecto de los inmuebles existentes en

(1) L. 12, § 1.º, Cod. *Qui potiores in pignore habeantur* (VIII, 18), nov. 97, cap. II.

otro país se infiere ofensa á la ley territorial, que regula y protege los derechos adquiridos por terceros sobre los mismos inmuebles.

Con los principios que dejamos expuestos, parécenos haber determinado los límites de la autoridad de la ley extranjera y los de la *lex rei sitæ*, respecto de la hipoteca legal correspondiente á la mujer casada, y con arreglo á los mismos se puede resolver la cuestión en todos los demás casos en que la hipoteca tenga su origen en la ley.

896. Uno de los motivos por los cuales los legisladores conceden la hipoteca legal, es la protección debida á los que no tienen capacidad para atender por sí mismos á la defensa de sus propios intereses. Así el legislador italiano, por ejemplo, la concede al menor y al interdicto sobre los bienes del tutor, atribuyendo, por consiguiente, al menor mismo y al interdicto el derecho de demandar la inscripción sin necesidad de asistencia ni de autorización, derecho que también reconoce á sus padres (artículo 1.985). No procuran de la misma manera las leyes de otras naciones proteger los intereses de los incapaces; en el Código de los Países Bajos, por ejemplo, no se halla la institución de la hipoteca legal de los incapaces, como sucede en el Código civil italiano, y de este hecho han surgido dificultades acerca de si, en lo tocante á los derechos de un menor, en este punto, ha de decidirse con arreglo á la ley territorial ó á su ley personal.

Los Tribunales franceses han resuelto la cuestión en armonía con la doctrina tradicional, esto es, que siendo la hipoteca legal un derecho civil de la misma manera que la tutela, no puede concederse al extranjero ningún derecho de hipoteca sino en el caso de una tutela conferida en Francia á un francés, ó de tutela legal reconocida en la citada nación bajo el imperio de la ley francesa, ó bien respecto de los incapaces autorizados para establecer su domicilio en Francia (1).

897. Habiendo propuesto Laurent la cuestión de si los incapaces holandeses podían tener hipoteca legal sobre los bienes

(1) Conf. la sentencia del Tribunal de Bourges, 4 de Agosto de 1874, *Journal du droit intern. privé*, 1876, p. 31 y la nota.

del tutor sitos en Bélgica, y de si los incapaces belgas podían tenerla sobre los bienes del tutor sitos en los Países Bajos, resuelve negativamente la segunda, encontrando bien fundada la teoría tradicional. Hace notar que no se puede tener un derecho real de preferencia, sino en virtud del estatuto real, y que si la *lex rei site* no admite la hipoteca legal en favor de los menores, no pueden gravarse con esta hipoteca los bienes sitos en el territorio donde la ley impera (1).

Debemos observar que no puede negarse en principio que los derechos reales de carácter preferente deban regirse por la ley territorial, ni que sólo puedan adquirirse en conformidad á lo que aquélla dispone. La cuestión, sin embargo, no es, en nuestro sentir, una cuestión de preferencia, y nos parece mejor proponerla bajo otro aspecto. En el supuesto de que la ley territorial permita que se pueda constituir la hipoteca, y que deba decidirse con arreglo á la misma lo relativo á las formalidades exigidas para su constitución y acerca de las preferencias á que puede dar origen la hipoteca ya constituida é inscrita, ¿puede la disposición de la ley que presidió á la institución de la tutela servir de título respecto de un menor extranjero en sus relaciones con el tutor?

Si queremos resolver dicha cuestión con arreglo al sistema que, apartándose de la teoría tradicional, admite que los derechos sobre bienes existentes en el territorio de un Estado, pueden derivarse de una ley extranjera, nos parece que no se puede rechazar la autoridad de la ley que debe regular la tutela, porque, debiendo ésta determinar todas las relaciones que de ella se derivan, y por consiguiente, la naturaleza y extensión de las obligaciones del tutor, habrá de tener autoridad para atribuir al menor el derecho de pedir garantía real sobre los bienes del tutor. El que ha aceptado la tutela bajo el imperio de una ley que sujeta sus bienes á hipoteca, por el hecho de aceptarla debe reputarse tácitamente obligado á prestar la garantía real para el cumplimiento de las obligaciones que respecto del menor contra-

(1) *Droit civil international*, t. VII, § 397, p. 471.

jo. Del mismo modo que si este hubiese consentido la hipoteca por pacto expreso, el derecho resultante en favor del acreedor (siempre bajo las condiciones establecidas por la ley territorial para hacerlo efectivo y eficaz) debería reconocerse y ser válido, también habría de serlo la que no se hubiese pactado taxativamente, por exigirla la autoridad llamada á garantizar los intereses del incapaz, y por considerarse consentida tácitamente por el que quede obligado.

Considerada la cuestión bajo este aspecto, resulta con toda evidencia que jamás puede darse el caso de aplicar la ley territorial, puesto que no siendo llamada la soberanía del Estado donde los bienes existen á proteger los intereses de los extranjeros incapaces (siéndolo tan sólo la soberanía del Estado cuyo ciudadano sea la persona acreedora á dicha protección), se colige que todo debe depender de la ley personal reguladora de la tutela como anteriormente se ha demostrado (1). En el supuesto de que las garantías establecidas por cada ley en beneficio del incapaz sean la consecuencia de su condición jurídica, es lógico que la ley misma á que haya de estar sometida la persona, y que debe regular todo lo concerniente á su condición jurídica, determine también si, atendiendo á la condición personal, debe ó no concedérsele tal ó cual garantía.

398. No vale aducir, para impugnar nuestra opinión, que la hipoteca constituye un derecho de preferencia respecto de los deudores quirografarios, y que la ley extranjera no puede atribuir ningún derecho de preferencia sobre inmuebles existentes en un Estado.

El derecho de pedir y obtener la inscripción de la hipoteca, no es en sí mismo una preferencia, sino un *jus ad rem*, que sólo llega á ser efectivo y real, cuando la hipoteca se registra; y como hemos dicho y repetido, que la inscripción debe efectuarse de conformidad con la *lex rei site*, y que una vez inscrita, la ley territorial es la que ha de determinar su grado, porque de ella debe depender todo el procedimiento para hacerla efectiva y para promover la expropiación, resulta evidentemente que el

(1) Véase tomo I, núm. 156, y el II, núm. 461 y siguientes.

jus in re debe permanecer siempre sometido á la *lex rei sita*, y que todo lo que sostenemos respecto del derecho de hipoteca legal de que pueden disfrutar los incapaces, se reduce á admitir que puede fundarse en la ley personal el derecho de pedir y obtener la inscripción. Por consiguiente, debiendo depender de la ley personal, habrá de admitirse aun en los casos en que no se reconociese dicho derecho por la ley territorial. De este modo la *lex rei sita*, debería ofrecer su autoridad para hacer eficaz y conservar el derecho conferido por la ley personal, pero ésta habría de reputarse como el título originario del derecho de hipoteca conferido por aquélla.

No creemos que de aceptar nuestra opinión, pueda inferirse ofensa alguna á los derechos de la soberanía territorial, ni á los intereses de terceros. Examinemos, en efecto, el caso mismo propuesto por Laurent, esto es, el de un menor italiano que intenta hacer la inscripción sobre los bienes de su tutor existentes en los Países Bajos, aduciendo que su derecho nace de la ley italiana, á cuyo amparo se instituyó la tutela.

§99. El Código de los Países Bajos, no admite en realidad la hipoteca legal, en la misma forma sancionada por el legislador italiano, pero no puede sostenerse que en el sistema del mencionado Código, no se haya atendido convenientemente á proteger los intereses de los incapaces. El legislador holandés, dispone en el artículo 390, que todo tutor está obligado á dar hipoteca para asegurar su gestión en una suma proporcionada á la importancia de su administración, suma que deberá fijarse por el Juez del Cantón después de consultado el tutor, el protutor y los parientes del menor, y teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y la responsabilidad eventual del tutor. Así, pues, en el artículo 1.217, dispone dicho legislador que el tutor ó curador ó cualquier otra persona obligada por la ley ó por contrato á dar hipoteca puede ser obligada en juicio y que el Juez especificará en la sentencia los bienes sobre los cuales deberá hacerse la inscripción.

Ahora bien, fácilmente se comprende que, en el sistema del Código holandés, se ha provisto de un modo distinto á la protección de los intereses de los incapaces, pero al no encontrarse

en aquel Código una disposición análoga á la sancionada en el artículo 1.969 del Código civil italiano, que atribuye la hipoteca legal al menor y al interdicto sobre los bienes del tutor, ¿puede ser esta una razón poderosa para negar á uno y otro el derecho de pedir y obtener la inscripción observando lo que dispone el Código holandés en la sección segunda, artículo 1.224 y siguientes, tocante á las formalidades con que debe hacerse la inscripción? No podría aducirse que derivándose el derecho de hipoteca de la ley italiana, ésta no puede regir en país extranjero. Por el contrario, debemos observar que, aceptando la teoría que hemos establecido respecto del carácter territorial de las leyes, no puede negarse en principio que una ley puede ejercer su autoridad en todas partes en cuanto á regular los derechos que, según la naturaleza de las cosas y de las relaciones jurídicas, deben regirse por la misma, sin que nada pueda obstar á que tales derechos tengan por objeto los bienes inmuebles, con tal que de reconocer estos derechos que nacen de ley extranjera, no se infiera ofensa alguna al derecho social y al orden público.

Hay que tener siempre presente que á quien corresponde atender á la protección de los incapaces es á la soberanía del Estado de donde el incapaz es ciudadano, porque ésta es la llamada á proteger sus intereses. De aquí puede deducirse que toda protección, y aun las garantías reales, deben depender de la misma ley de que dependen la condición de la persona y las relaciones con las leyes á que está sometida, sin que pueda obstar que los derechos que de aquí nacen se extiendan también á los bienes inmuebles existentes en el territorio extranjero. Será preciso, sin duda, dejar á salvo siempre el derecho de la soberanía territorial en cuanto á determinar las condiciones bajo las cuales pueden ser eficaces las garantías reales, y además, en cuanto á limitar la aplicación de la ley personal en todo lo que pueda perjudicar al derecho social y á los derechos de terceros. Por consiguiente, una ley extranjera que para proteger los intereses del menor le concediese la garantía real independientemente de toda publicidad ó inscripción, ó que la extendiese á todo el patrimonio del obligado sin previa especificación, ó que sobre conferir al incapaz la hipoteca legal, la declarase privilegiada de tal

modo que atribuyese al menor un derecho de prelación respecto de todos los acreedores hipotecarios, no podría tener autoridad en distinto Estado, denegando la ley territorial que hubiese organizado de diferente modo el régimen de las hipotecas, á fin de proteger los intereses generales y los derechos de terceros.

900. De los principios hasta ahora expuestos debe también inferirse que, si la hipoteca legal se deriva del hecho jurídico realizado bajo el imperio de una ley, como sucede á la atribuida al vendedor ó á otro enajenante sobre los inmuebles enajenados para el cumplimiento de las obligaciones que nacen del acto de enajenación, el derecho puede fundarse en dicha ley, á la cual debe considerarse sometida la obligación principal, cuyo cumplimiento se garantiza por la hipoteca. La razón es siempre la misma, esto es, que la ley destinada á regular el contrato debe tener autoridad en todas partes para determinar la esencia de la obligación, su naturaleza y los efectos inmediatos que de ella nacen, así como también todo lo que resulte legalmente de lo que se haya estipulado entre las partes, y que debe suponerse tácitamente consentido por ellas. Siempre que dos personas contratan bajo el imperio de una ley que concede al que haya vendido, concediendo un plazo para el pago, el derecho de que se le garantice mediante la hipoteca sobre el inmueble enajenado la satisfacción del precio, ¿no es lo mismo que si el enajenante hubiese exigido expresamente y el adquirente hubiese consentido también de una manera expresa en asegurar sobre el mismo inmueble adquirido por él el cumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato? Si el enajenante no lo pidió porque contrataba al amparo de una ley que le atribuía aquel derecho, y el adquirente no dió su explícito consentimiento porque sabía que estaba obligado á lo mismo sin necesidad de estipulación expresa, ¿cómo podría desconocerse el derecho de hipoteca resultante de la ley del contrato, sin desconocer los derechos adquiridos por las partes según la ley bajo la cual se obligaron al contratar?

901. De todo esto se desprende, que para decidir si en el caso de venta ó de división de crédito ó de sociedad, se debe ó no la hipoteca legal, habrá de depender todo de la ley bajo

cuyo imperio se hayan obligado las partes, y que cuando el derecho de hipoteca haya de reputarse adquirido en virtud de la ley del contrato, debe reconocerse y hacerse valer en todas partes, como la hipoteca convencional, bajo las condiciones y con las limitaciones que ya hemos indicado muchas veces.

902. Creemos oportuno resolver una última dificultad, á saber: la de si en el caso de hipoteca que se derive de la ley extranjera, debe admitirse que el interesado pueda pedir y obtener la inscripción sin más condiciones, como ya hemos dicho respecto de la hipoteca convencional, ó si debe por el contrario admitirse que el derecho de inscribir la hipoteca debe reconocerse bien fundado por la ley extranjera, ó por el Magistrado territorial. En nuestro sentir, será necesario atenerse á este último extremo, sin duda alguna, cuando según la *lex rei sitæ*, se hubiese dispuesto así expresamente. En el Código holandés, por ejemplo, hallamos dispuesto taxativamente, en el artículo 1.217, que toda persona obligada por la ley á dar hipoteca, puede serlo también en juicio. Aceptando nuestras opiniones debería admitirse que el derecho á obligar á uno á dar hipoteca sobre un inmueble existente en los Países Bajos puede fundarse en una ley extranjera y que debe concederse tal derecho, aun cuando el caso consignado en la ley extranjera, no se hubiese tenido en cuenta por el Código holandés, debiendo el interesado hacer reconocer su derecho por el Magistrado territorial. Aun cuando falte una disposición expresa, no se podrá conceder al interesado la inscripción de la hipoteca en virtud de una ley extranjera sin que se reconozca por el Magistrado territorial competente su derecho á hacerlo. No podemos admitir, respecto de la hipoteca legal, el mismo principio que hemos establecido en cuanto á la hipoteca convencional. Tocante á ésta, derivándose del contrato, puede bastar la presentación del título en que está fundada, y cuando este por su forma externa reúna todas las formalidades exigidas por la ley territorial para proceder á la inscripción, pedirla y obtenerla. Cuando por el contrario, el título sea la ley extranjera, ésta no puede ciertamente exhibirse ni admitirse la inscripción sin haber previamente averiguado si la ley en que el derecho se quiere fundar, concede ó no realmente la hipoteca. De

aquí que sea indispensable la autorización del Magistrado territorial que decida si corresponde ó no el derecho á la persona que lo alega.

903. Diremos algo acerca de la hipoteca legal atribuida al Estado, á las Comunidades, y á los establecimientos públicos, sobre los bienes de los encargados ó administradores. La ley de algunos países admite esta clase de hipoteca, y es evidente que su objeto consiste en proteger los intereses del Estado y el patrimonio público, contra los que tienen su administración. No todas las leyes están conformes en este punto, habiendo gran diversidad en sus disposiciones. Así, según la ley italiana, dicha hipoteca legal no se ha reputado necesaria para proteger los intereses del Estado, y el Código civil sanciona solamente la hipoteca legal en favor del Estado sobre los bienes de los condenados para indemnizarse de los gastos judiciales en materia criminal, correccional y de policía, comprendiendo en ellos los derechos de los funcionarios y de la curia. El Código francés lo admite por el contrario, y lo mismo la ley belga.

Aquí debemos observar que no podemos mantener, respecto de la hipoteca legal atribuida al Estado y demás personas jurídicas por él creadas, los mismos principios que hemos sostenido tocante al derecho de hipoteca atribuida por la ley á los incapaces. Habiendo fundado toda nuestra teoría en el concepto de la convención tácita entre las partes, que es la consecuencia del hecho jurídico sometido voluntariamente por las mismas al imperio de la ley que atribuye á la obligación el efecto jurídico de la garantía real, no podemos creer aplicable el mismo concepto en lo que toca á la hipoteca creada por el Estado mismo en beneficio propio para poner á cubierto sus intereses patrimoniales. Hay que ver, realmente, en este hecho un acto de soberanía en relación con los principios que regulan la administración pública, y teniendo esto presente, es claro, que la ley emanada de la soberanía de un Estado que tal derecho se atribuye, no puede tener autoridad extraterritorial. El Estado es una persona jurídica que existe como tal de pleno derecho, como son las Comunidades, los Institutos públicos y las Corporaciones reconocidas por el mismo. Ahora bien, no es posible asimilar bajo todos conceptos

la condición de las personas jurídicas á la de los particulares, hasta el punto de hacer aplicable á las unas los mismos principios que regulan los derechos de las otras; por lo cual debemos concluir que, aun cuando se admitiese la hipoteca legal en favor del Estado, según la *lex rei site*, no podría permitirse á un Estado extranjero inscribir la hipoteca sobre los bienes de los administradores públicos existentes en el territorio donde dicha ley impera. Siendo la ley misma la que atribuye á este derecho un acto de alta administración que tiene por fin proteger los intereses patrimoniales del Estado, no debe tener autoridad en territorio extranjero. No puede, en efecto, admitirse que una soberanía pueda por sí misma crear en beneficio propio una garantía real en concurrencia con los acreedores quirografarios y extenderla á los bienes existentes en el territorio de otra soberanía.

Cuando, según la ley de cualquiera de ambos países se hubiese admitido la hipoteca legal en favor del Estado como sucede en Francia y en Bélgica, puede concederse que pueda uno de ellos, bajo las condiciones establecidas por la ley territorial, inscribir en su favor la hipoteca legal sobre los bienes de los administradores sitos en el territorio del otro; pero esto, sólo podría efectuarse ó en virtud de un pacto expreso estipulado en un tratado entre los dos Estados, ó en virtud de la reciprocidad establecida entre ambos en este punto. Por otra parte, habrá de tenerse en cuenta que, en dichas circunstancias, la extensión de la hipoteca sobre los bienes existentes en el otro Estado sería siempre consecuencia de la concesión de la soberanía territorial en virtud de tratado ó reciprocidad, y nunca la aplicación de los principios generales que hemos sostenido respecto de la hipoteca legal atribuida á los particulares.

§ 3.º

De la hipoteca judicial.

904. De la hipoteca judicial y de su carácter.—**905.** No pueden aplicarse á ella las mismas reglas que á la hipoteca legal.—**906.** No puede considerarse como un derecho perteneciente á la parte ni declararse por el Juez —

907. Efectos de la hipoteca judicial en país extranjero.—908. Importancia de los tratados.

904. A la hipoteca judicial debemos aplicar principios muy distintos de los que hemos sostenido respecto de la hipoteca legal. La hipoteca judicial en los países en que está admitida, tiene también su origen en la ley, la cual atribuye á toda sentencia que implique condena al pago de una cantidad ó al cumplimiento de cualquier otra obligación que imponga indemnización de daños, el efecto de producir, en favor del que la haya obtenido, la hipoteca sobre los bienes del deudor.

Conviene ante todo tener presente que no está admitida la hipoteca judicial por las leyes de todos los países. No lo está, por ejemplo, en Bélgica, donde la ley Hipotecaria de 16 de Diciembre de 1851 la excluyó; ni en Portugal, ni en el cantón de Ginebra, donde fué suprimida por la ley de 6 de Junio de 1851. En otros países la sentencia se ha reputado título suficiente para conseguir la hipoteca, pero es preciso pedirla por la vía ejecutiva, lo cual puede hacerse sin necesidad de juicio contradictorio como sucede en Alemania.

Hay que tener en cuenta además, que según los principios del derecho, la hipoteca judicial suscita muchas discusiones acerca de su fundamento jurídico, porque á decir verdad, la facultad concedida al Magistrado encargado del litigio (que debería limitarse á conocer y á declarar los derechos de las partes) para atribuir al acreedor un derecho real que antes no tenía, poniéndose así en una posición ventajosa respecto de todos los demás acreedores, no puede justificarse sin incurrir en contradicción. Los acreedores que habían confiado en su deudor común, considerando sus bienes como garantía de los derechos correspondientes á cada uno de ellos, y que sabían al contratar que estos bienes no estaban gravados con ninguna hipoteca convencional, se ven defraudados en sus derechos por el hecho de uno de ellos, pudiendo obrar judicialmente antes que los demás (quizá porque la sola circunstancia fortuita de la época del vencimiento de un crédito anterior á la de los demás, quizá por la mayor diligencia de su procurador para poner término al juicio) llega así á ob-

tener una garantía real mediante la hipoteca judicial, en virtud de la cual, adquiere un derecho de preferencia respecto de los bienes que eran la garantía común.

905. Sin entrar en otros particulares respecto de este punto, hemos creído necesario mencionar las graves discusiones acerca de la hipoteca judicial, para que se pueda comprender mejor la razón que nos impide admitir que los principios aplicables á la hipoteca convencional y á la legal en favor de los particulares (que nosotros hemos equiparado á la convencional tácita) deben serlo igualmente á la de que ahora nos ocupamos. Respecto de la hipoteca convencional, hemos sostenido que el derecho atribuido al acreedor por el propietario de los bienes gravados con la hipoteca, debe extenderse aun á los existentes en país extranjero, porque hemos demostrado, que esto debe considerarse como consecuencia de los derechos comprendidos en el de propiedad y de la facultad correspondiente al propietario, de consentir en asegurar el cumplimiento de sus obligaciones mediante la garantía real de los bienes donde quiera que estén sitos. En la hipoteca judicial, por el contrario, el propietario se somete á la hipoteca, en virtud de la sentencia del Juez y se somete á ella, no porque haya de admitirse consentimiento alguno de su parte, ni expreso ni presunto, sino en virtud del poder atribuido al Juez por la ley para atribuir al acreedor la garantía real sobre los bienes del propio deudor, condenando á éste á soportarla como consecuencia necesaria de la condena al pago. Ahora bien, comprendese fácilmente, examinando á fondo la cuestión, que debiendo depender todo del poder soberano que atribuye tal facultad al Juez, todos sus efectos deben necesariamente limitarse á los confines del territorio en que impera la soberanía. Por consiguiente, sostenemos en principio, que la hipoteca judicial aun cuando haya de admitirse por la ley del país donde se ha declarado el juicio, debe reputarse sin efecto en los países extranjeros. Decimos esto á pesar de que, en armonía con los principios que hemos expuesto, creamos deber admitirse que los derechos de las partes reconocidas por el Magistrado competente que haya pronunciado la sentencia, deben reconocerse en todas partes en vir-

tud de la autoridad extraterritorial de la cosa juzgada, salvo la condición del *exequatur* (1).

906. La hipoteca judicial, como ya hemos indicado, no puede considerarse como un derecho relativo á la parte, y declarado por el Juez. Algunos han pretendido considerarla como tal alegando que cuando las partes han estipulado sin hipoteca, debe tenerse como establecido tácitamente que faltando el deudor al cumplimiento de la obligación adquirida debería atribuirse al acreedor el derecho de hacerlo condenar á prestar la hipoteca; por lo cual la sentencia que reconozca la antedicha condición de falta de pago y condene á prestar la hipoteca, llega de este modo á hacer eficaz el convenio tácito, siendo por tal razón declarativa y no atributiva de derechos. Debemos, no obstante, observar que si toda la cuestión versase entre el acreedor y el deudor, podría valer el razonamiento, pero en realidad la sentencia atribuye al acreedor que haya tenido la fortuna ó la posibilidad de iniciar antes que los demás la acción judicial, un derecho de preferencia respecto de los bienes que eran la garantía común de todos los acreedores, preferencia que no puede ciertamente justificarse con la pretendida convención tácita. Más bien es un derecho que se deriva de la soberanía, la cual en virtud de la autoridad que tiene para proveer á garantizar la ejecución de las decisiones del Magistrado, concede á éste el poder de asegurar la ejecución de la sentencia por medio de la hipoteca, y de atribuir

(1) Véase mi obra sobre los *Efectos internacionales de las sentencias extranjeras en materia civil*. Turín, Loescher, 1875, y la monografía publicada en español é inédita en italiano *Efectos internacionales de las sentencias de los Tribunales*, versión castellana, por García Moreno, Madrid 1883. Véase también mi otra obra: *De las disposiciones generales sobre la publicación y aplicación de las leyes*. (Comentario al Código civil italiano). Vol. I, número 463 y siguientes y Vol. II, núm. 900 y siguientes (Nápoles, Marghierie, 1877-88.) *Observaciones sobre una sentencia extranjera declarativa de divorcio* en el periódico *La Ley*, año 1838, p. 534 y 786.—*Nota á una sentencia del Tribunal de Ancona en el Foro italiano*, 1889.

por consiguiente, al acreedor un derecho real que no tenía en el concurso de acreedores. Ahora bien, debemos repetir que esta especie de hipoteca, no puede tener efectos sino en el territorio sujeto al imperio de la soberanía de que procede.

907. En cuanto á sus efectos en país extranjero, la hipoteca judicial puede, á juicio nuestro, declararse en favor de aquel que obtiene la sentencia, pero sólo en el supuesto de que se admita por la ley del lugar donde la sentencia extranjera haya de llevarse á efecto con las limitaciones sancionadas por la misma ley, sin que pueda llegar á ser eficaz sino cuando la sentencia extranjera se haya declarado susceptible de ejecución mediante el *exequatur* concedido por la autoridad judicial del territorio. La hipoteca judicial por lo tanto, y á nuestro modo de ver, solamente puede derivarse del *exequatur*. Suponiendo que á tenor de cuanto dispone la ley territorial, se considere la hipoteca judicial como el medio necesario para asegurar la ejecución de toda sentencia, es lógico que por el mero hecho de haberse concedido el *exequatur* á la sentencia pronunciada por la autoridad extranjera, habrá que admitir la hipoteca judicial que conforme á la ley territorial es el medio de asegurar la ejecución de toda sentencia que deba llevarse á vías de hecho. Por lo tanto, es evidente que la hipoteca judicial empieza á existir por el *exequatur*, debiendo estar sujeta á lo que dispone la ley territorial en lo que se refiere á los bienes que no pueden ser su objeto, y á su inscripción y grado.

908. Los principios generales que hemos establecido pueden experimentar algunas modificaciones en virtud de los tratados internacionales, mediante los cuales puede indudablemente estipularse entre dos Estados que la hipoteca judicial que resulta de las sentencias pronunciadas por los Tribunales del uno deba reconocerse en el otro, concediendo á la parte el obtener la inscripción de la hipoteca antes que se declare ejecutoria la sentencia. Esto se practica actualmente respecto de las sentencias pronunciadas por los Tribunales franceses é italianos, respecto de las cuales, en virtud del tratado de 1760, estipulado entre Francia y Cerdeña, que actualmente se considera en vigor para Italia, puede inscribirse sin otro requisito en Italia la hipo-

teca que resulta de sentencia de un Tribunal francés, pudiéndose obtener lo mismo en Francia sin la previa formalidad del *exequatur* (1). Esto proviene de que los Estados pueden modificar, mediante pactos y convenciones, la aplicación de los principios comunes de derecho internacional en los respectivos territorios, no siendo necesario detenerse más en este punto.

§ 4.º

De la hipoteca sobre las naves.

909. Las leyes de algunos países reconocen la hipoteca sobre las naves.—

910. No son aplicables á ésta las mismas reglas que á las demás hipotecas.

—911. Principios acerca de la ley que debe regular su válida constitución.

—912. Teoría de Laurent.—913. Nuestra opinión.—914 Principios sancionados por la jurisprudencia.—915. Observaciones críticas.—916. La hipoteca sobre las naves debe regirse en principio por la ley misma que debe regular su condición jurídica.—917. Examinase la cuestión de si para hacer valer los derechos provenientes de la hipoteca constituida en el extranjero, debe declararse previamente ejecutorio el contrato.—918. Observaciones sobre la sentencia del Tribunal de casación francés, acerca de la validez de la hipoteca sobre la nave griega *Dio Adelphi*.—919. Principios que deben regir acerca de las formalidades de publicidad.—920. Aplicación de los principios en el sistema sancionado por la ley inglesa.

909. Aunque la nave es por su naturaleza una cosa mueble, puede ser objeto de hipoteca. En virtud de lo que disponen las leyes de algunos países, puede el propietario de la nave asegurar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas, constituyendo en garantía la hipoteca sobre el buque. En Francia, que no se reconocía tal derecho, lo ha sido por la ley de 10 de Diciembre de 1874. En Bélgica se ha admitido por la ley de 21 de Agosto

(1) Véase la sentencia del Tribunal de Turin de 20 de Marzo de 1876 (Pont c. Chateauvillard), *La ley*, 1876, p. 853; Tribunal de Lucca, 2 de Febrero de 1882; y Gianzana, *El extranjero en el derecho civil italiano*, tomo I, parte 3.ª, § 242.

de 1879, que modificó el libro segundo del Código de comercio, sucediendo lo mismo en otros países, como en Grecia, ley de 13 de Noviembre de 1851; en Inglaterra, ley de 1854 (*Shipping merchant Act*); en los Países Bajos y en otras partes. En Italia, por el contrario, se permite que se dé en prenda la nave bajo ciertas condiciones determinadas en el art. 485 y siguientes del Código de Comercio, vinculándose el barco ó parte de él á un tercer poseedor para el pago de las deudas en prenda de las cuales se ha dado (art. 674); pero no se ha admitido la hipoteca sobre la nave, la cual no se ha contado entre los objetos susceptibles de hipoteca.

Además de esta variedad de leyes respecto de la constitución de la hipoteca sobre la nave, son también diversas las disposiciones legislativas en cuanto á las formalidades de prueba y de publicidad de la hipoteca constituida, originándose de aquí, naturalmente, la dificultad de determinar la validez de la constitución de la hipoteca y la eficacia de la misma. Pudiendo darse el caso de que se discuta respecto de la hipoteca y su eficacia mientras la nave se encuentra en el puerto de uno ú otro Estado, puede surgir la duda acerca de la ley que debe tener autoridad para regular dicha cuestión.

910. Ya hemos indicado anteriormente, que las reglas generales acerca de la autoridad de cada ley en materia de hipoteca, no son aplicables á los buques, porque estos por su naturaleza y destino se encuentran en una condición completamente especial. El barco representa por sí mismo una suma de intereses, el centro de la industria marítima, y estando destinado á navegar, no puede localizarse, debiendo hallarse para los fines á que está destinado temporalmente bajo el dominio de varias leyes. De aquí se deduce que las reglas acerca de la autoridad de las leyes relativas á las relaciones jurídicas de la nave, en cuanto es un instrumento del comercio marítimo y del crédito indispensable para ejercitarlo, deben estudiarse desde un punto de vista completamente especial, y á él nos consagraremos de propósito cuando tratemos del derecho comercial internacional. Aquí debemos concretarnos á tratar de la hipoteca sobre la nave, teniendo en cuenta la validez de su constitución y su eficacia, á fin

de completar el asunto que traemos entre manos, y determinar cómo deban aplicarse los principios que hemos sustentado en materia de hipotecas á la constituida sobre una nave (1).

911. En lo que se refiere á la validez de la constitución de la hipoteca, ya hemos establecido como regla general que se debe determinar á tenor de la *lex rei sitæ* cuáles sean los objetos susceptibles de hipoteca: de lo cual hemos deducido que es preciso decidir con arreglo á la misma ley, si pueden ó no hipotecarse las cosas muebles que se encuentran en el territorio de un Estado. La ley de cada país debe tener autoridad absoluta en este punto porque á ella toca el determinar la condición jurídica y establecer cómo pueden constituirse los derechos sobre las mismas en armonía con los de terceros interesados. Este principio, sin embargo, no puede aplicarse á la nave, porque la situación actual de ésta, no ha de ser tal que deba considerarse como parte del territorio del Estado á que pertenecen las aguas territoriales en que se encuentra. Se admite generalmente la opinión mantenida por el Tribunal de Bruselas en su sentencia de 27 de Diciembre de 1879 (2), esto es, la de que los muebles, considerados individualmente, se rigen por la ley del lugar en que actualmente se encuentran, y que lo mismo sucede en todo lo concerniente á la determinación de los derechos de que son susceptibles. Mas esto no es otra cosa que la aplicación del principio general de que todo lo que está en el territorio, debe considerarse durante la situación actual como formando parte del mismo, pero, á juicio nuestro, no puede tener aplicación respecto de una nave que se encuentre en las aguas territoriales de un Estado, porque así como no pierde su carácter nacional considerada en su individualidad, cuando entra en las aguas territoriales extranjeras, tampoco pierde su carácter territorial.

(1) Conf. Wharton, *Conflict of Laws*, § 356 y siguientes; Desjardins, *Traité commercial maritime*, t. V; Laurent, citado, t. VII, § 385 y siguientes; Brocher, *Droit internationale privé*, t. II, § 266; Lyon Caen, *Journal du droit int. privé*, 1882, p. 246.

(2) *Belgique judiciaire*, 1880, 131.

En efecto, según el derecho común de todos los países, la nave se reputa como una cosa adyacente al territorio del Estado, que la cubre con su bandera en todo lo que atañe al interior de la misma, y no sólo en lo que se refiere á los reglamentos de policía y de disciplina, sino también á todo lo que cae bajo la ley civil del país á que pertenece. Por lo tanto, no pudiendo considerarse el barco, tomado en su individualidad, como parte del Estado en que se encuentra, no puede sujetarse en todos conceptos á las leyes allí vigentes, como pasa con los muebles localizados. Debe, pues, admitirse la autoridad de la ley territorial respecto de la nave extranjera, pero sólo para los actos exteriores realizados durante su permanencia en las aguas territoriales, y para las consecuencias jurídicas que de los mismos actos pueden derivarse en lo que respecta á la soberanía, á los particulares y á terceros interesados.

912. Laurent observa con razón que el principio á que nos referimos no está escrito en la ley civil; que la regla en virtud de la cual se reputa el buque como adyacente al territorio del Estado cuyo pabellón ostenta, se admite tan sólo en lo concerniente á la disciplina y á la policía de á bordo (1); que la cuestión de la hipoteca es una cuestión de preferencia, y como tal debe depender del derecho civil, sin que puedan admitirse otras cuestiones de preferencia que las que reconoce la ley territorial. A esto oponemos nosotros que el derecho internacional no se ha codificado hasta hoy, y de aquí que para resolver semejantes cuestiones se hayan de atener los Tribunales á los principios generales del derecho civil internacional. Ahora bien, en armonía con éste, no puede aceptarse que la nave que por necesidades del comercio, y para permanecer allí temporalmente, se halla en las aguas territoriales de un Estado, pueda equipararse á los muebles localizados; éstos están efectivamente á disposición del propietario, pero no están destinados á pasar incesantemente bajo el imperio de leyes diversas, como ocurre con la nave, que por ser un objeto destinado al comercio y á la nave-

(1) Laurent, *Droit civil international*, t. VII, § 388.

gación no puede considerarse, según la naturaleza de las cosas, de otro modo que en su continua movilidad y bajo la indispensable condición de hallarse sujeta al imperio de leyes diversas. De aquí resulta que no puede determinarse la condición jurídica de la nave según las leyes de los diferentes países donde se encuentre, porque admitiendo esto se inferiría que, estando en continua movilidad y en incesante sujeción á distintas leyes, su condición jurídica participaría de esta continua mudanza, y, por lo tanto, que la nave no podría tener una determinada condición jurídica, sino tantas cuantas fuesen las leyes bajo cuyo imperio tuviera necesidad de encontrarse.

913. Compréndese fácilmente que, si se quiere que la nave tenga una condición jurídica, es preciso admitir que se ha de determinar por una ley única, y sin que nosotros aceptemos lo que sostenía Clunet en su informe legal en la causa vista por el Tribunal de Bruselas, esto es, que la nave es una entidad ó persona jurídica, encontramos, no obstante, en las conclusiones á que llega este ilustrado escritor, de que la nave no puede equipararse á los muebles ordinarios, argumentos poderosos para corroborar la opinión que ya hemos sostenido (1), á saber: que la condición jurídica de la nave, en lo concerniente á poder gravarse con hipoteca en garantía de los créditos asegurados sobre ella, debe determinarse por la ley del lugar donde se repute localizada, ó lo que es lo mismo, del departamento marítimo donde está inscrita y tiene su asiento legal.

No pretendemos llegar á la conclusión de que haya de considerarse la nave como una persona jurídica, y que haya de admitirse respecto de la misma un estatuto personal; pero sí diremos que de la misma manera que para hacer estable la condición jurídica de las personas, hay que reconocer en ciertas leyes eficacia propia y natural para extender su autoridad fuera del territorio con objeto de protegerlas en todas partes, rigiendo dichas leyes al ciudadano aun en los países extranjeros, y como

(1) Véase la segunda edición del presente Tratado, Apéndice correspondiente.

quiera que la aplicación de otras leyes á los que se encuentran en el territorio y realizan en él algún acto, siempre tiene por objeto, ó bien la seguridad y prosperidad de la vida social, ó bien la sumisión voluntaria de la persona, hay que admitir que, para que la condición jurídica de la nave sea estable, se habrá de reconocer en todas partes la soberanía del Estado cuya bandera ostenta, en lo que toca á determinar la propiedad de la nave y los derechos relativos al propietario de cederla ó venderla, en todo ó en parte, ó de garantizar con ella el cumplimiento de las obligaciones contraídas, de tal modo que estas leyes constituyen una especie de estatuto personal, y deben continuar regulando la condición jurídica de la misma y los derechos de propiedad adquiridos ó transferidos, así como los que se reputan comprendidos en el derecho de propiedad, como lo es el de constituir la hipoteca sobre la nave.

En su lugar veremos cómo se ha de determinar la autoridad de la ley territorial en cuanto á regular los derechos relativos á los particulares respecto de buques extranjeros, á consecuencia de actos jurídicos realizados por los mismos mientras el barco está en las aguas territoriales, como también las preferencias y privilegios en caso de concurso. No hay que confundir la cuestión de los privilegios con la de la condición jurídica de la nave, la propiedad de la misma, y el derecho de enajenarla en todo ó en parte y gravarla con hipoteca. Entre estas cuestiones hay que establecer una distinción radical, porque distintos son también los principios que sirven para resolverlas.

La hipoteca no es una preferencia. Es verdad que coloca al acreedor, en cuyo favor se constituye, en una situación especial respecto de los quirografarios, atribuyéndole un derecho real sobre la cosa, en virtud del cual puede reclamarla aun de terceros poseedores para obtener el pago de la deuda asegurada, pero este derecho real nada tiene que ver con el privilegio. Éste resulta de la ley y de la disposición del legislador, en tanto que aquél tiene su origen en el dominio absoluto del propietario, y resulta del derecho correspondiente al mismo de enajenar la cosa y destinarla á todos los fines posibles, como lo es el de garantizar con ella el pago de su deuda.

Así, pues, para resolver la cuestión de si un barco puede ó no gravarse con hipoteca, se habrá de tener en cuenta la capacidad del propietario; el derecho de enajenarlo y la parte de propiedad que le corresponda, y si es ó no susceptible de hipoteca el barco mismo; y como todo debe depender de la condición jurídica de la nave, por las razones antes expuestas, y dicha condición habrá de determinarse en armonía con la ley del Estado á que la nave pertenece, la cual, como ya hemos dicho, debe regular la propiedad de la nave y su transmisión (1), así también debe todo depender de esta ley y no de la del lugar donde por acaso se encuentra el buque.

Si á la luz de los principios expuestos queremos resolver la primera de las cuestiones citadas, ó sea la que versa sobre la ley de que debe depender la validez de la hipoteca constituida sobre una nave, reconoceremos sin género de duda que debe decidirse ateniéndose á cuanto en esta materia disponga la ley del Estado á que la nave pertenezca. Debiéndose determinar con arreglo á dicha ley la condición jurídica de la nave, y los derechos que sobre la misma hayan podido adquirirse en virtud de un contrato, es claro que siempre que tal ley haya considerado la nave susceptible de hipoteca, y se haya permitido al propietario constituir la por convención, deberán reconocerse y respetarse en todas partes los derechos legítimos del acreedor así adquiridos, como deben serlo todos los que lo hayan sido legalmente en virtud de contrato. No podría, pues, darse el caso de aplicar la ley del lugar donde por acaso se encontrase la nave, ni para decidir si durante la permanencia temporal bajo el imperio de dicha ley podía llegar á ser susceptible de hipoteca, si antes no lo fuese, ni para desconocer el derecho sobre ella adquirido en virtud de la hipoteca convencional constituida conforme á la ley á que debe reputarse sometida donde quiera que se halle. La razón es siempre la misma, esto es, que debiendo todo depender de la condición jurídica de la nave y no pudiendo ésta determinarse por la ley del lugar donde accidentalmente se encuentre, sólo

(1) Véanse los §§ 841 y siguientes.

deberá decidirse con arreglo á la ley del Estado á que la nave pertenezca si ha de tenerse por válida la hipoteca ó atribuirse el derecho al acreedor en favor del cual se constituyó aquélla.

914. Los Tribunales franceses han establecido una doctrina diametralmente opuesta cuando aun no estaba vigente en Francia la ley que se publicó en 1874, la cual admite la hipoteca sobre la nave. Sometida al Tribunal de Caen la cuestión de si la hipoteca constituida en Inglaterra sobre una nave inglesa (la *Carolina*), con arreglo á lo dispuesto en la ley inglesa y en favor de un inglés, cuando la ley declaraba las naves no susceptibles de hipoteca, decidió negativamente la cuestión, fundándose principalmente en que la ley declaraba las naves no susceptibles de hipoteca (1).

Dicha ley fué después confirmada por el Tribunal de casación en sentencia de 19 de Marzo de 1872, que partiendo del principio de «que los muebles que posee un extranjero en Francia se rigen por la ley francesa en lo tocante á las cuestiones de posesión, de privilegio y de procedimiento», vino á concluir que «la constitución de un derecho de hipoteca ó *mort-gage*, consentida por la ley inglesa en favor de un inglés sobre un buque inglés también perteneciente á un sujeto de la misma nación, cuyo fallecimiento haya ocurrido en Francia, es nulo respecto de los acreedores franceses, porque viola el principio de que los muebles no pueden hipotecarse» (2).

A las mismas consecuencias llegó el Tribunal de Bruselas, en su sentencia de 27 de Diciembre de 1879, por la que decidió acerca de la validez de la constitución de una hipoteca sobre una nave inglesa gravada cuando aun estaba en vigor en Bélgica el Código de comercio de 1808, que, en el art. 190, declaraba muebles las naves y no susceptibles de hipoteca.

915. Lo mejor que podemos hacer, es repetir lo que ya

(1) Caen 12 de Julio de 1870 (*arret après partage*), *Journal du Palais*, 1871, pág. 269. Véase la nota de Labbé, *ibid.*

(2) Casación, 19 de Marzo de 1882, *Journal du Palais*, 1872, página 560.

hemos dicho criticando las sentencias del Tribunal de Caen y la citada del de Casación.

«Si los derechos legalmente adquiridos, según la ley del país á que la nave pertenece, pudieran invalidarse aplicando para decidir acerca de ellos las leyes de los países extranjeros donde, por acaso, la nave pueda encontrarse, el crédito marítimo quedaría profundamente quebrantado. ¿A qué ley se sujetaría un acreedor inglés que había adquirido en Inglaterra un derecho de hipoteca (*mort gage*) sobre una nave inglesa, sino á la ley allí vigente? Cuando la nave llegaba al territorio francés ya estaba gravada con dicha obligación, y los acreedores franceses sólo podían exigir la prueba, pero no pretender que se anulase el derecho adquirido conforme á la ley del contrato por no haberse constituido la hipoteca en armonía con las prescripciones de ley francesa» (1).

Los Tribunales franceses, después de la promulgación de la ley de 1874, han modificado sus conclusiones tocante á la validez de la hipoteca constituida sobre una nave extranjera en el sentido de admitirla. Así, el Tribunal de casación, en el litigio Barbaressos, casó la sentencia del Tribunal de Aix, sosteniendo, que la hipoteca constituida sobre la nave griega *Dio Adelphi* debía reputarse válida en Francia (2). No puede decirse, por otra parte, que se haya cambiado con esto el principio, puesto que el Tribunal de casación aduce como principal argumento para considerar válida la hipoteca constituida sobre un barco griego, que la ley de 10 de Diciembre de 1874, vigente en Francia, ha declarado las naves susceptibles de hipoteca, de lo cual resulta con evidencia, que dicho Tribunal ha llegado á diversa conclusión, partiendo siempre del mismo principio, de que se debe decidir con arreglo á la ley vigente donde la nave extranjera se halle y donde se litigue el derecho de hipoteca

(1) Segunda edición de la presente obra, 1874. Apéndice, p. 584. Véase también la traducción hecha por Pradier-Fodéré, París, 1875, pág. 672.

(2) Casac. 28 de Noviembre de 1879, *Journ. du droit intern. privé*, p. 383.

adquirido, si éste ha de considerarse ó no válido. No se admitía antes la validez porque la ley francesa no reconocía la hipoteca sobre la nave, y hoy se admite porque la ley de 1874 la reconoce susceptible de hipoteca. Aceptando, por lo tanto, las conclusiones á que ha llegado la más reciente jurisprudencia francesa, debemos, no obstante, insistir en combatir el principio en que se funda, esto es, que la constitución válida de la hipoteca sobre una nave extranjera debe depender de la ley del lugar donde se encuentre ó donde se discuta el derecho adquirido. Y debemos insistir en combatirlo, porque, aceptando el principio, debería inferirse que la condición jurídica de un buque mercante ha de depender de la ley del lugar donde temporalmente se encuentre, siguiéndose de aquí, por ejemplo, que podría constituirse válidamente una hipoteca sobre un buque italiano que estuviese en un puerto francés, porque la ley francesa permite el constituirla, cosa que no podemos conceder.

916. La condición jurídica de una nave italiana debe determinarse en conformidad á la ley italiana por las razones ya expuestas, y existir como tal *erga omnes*, y no puede modificarse por la ley de los diversos países donde la nave se encuentre. La cuestión de si una nave es ó no susceptible de hipoteca es una cuestión de derecho civil, y depende, repetimos, de la condición jurídica de la cosa tal como haya sido determinada por la ley que tiene autoridad para ello. No conviene confundir dicha cuestión con las que pueden surgir á consecuencia de los actos de comercio que la nave puede realizar y de las operaciones de crédito para ejercerlo en el lugar donde la misma se encuentre; actos y operaciones mediante los cuales puede someterse á la ley territorial, debiendo permanecer sujeta á la misma. Por lo tanto, puede muy bien suceder, que respecto de la parte de propiedad que del barco pertenezca al propietario se originen derechos privilegiados y preferencias en el lugar donde la nave se encuentre, y que tales derechos y tales preferencias deban regularse por la ley bajo cuyo imperio se realizó el acto jurídico en que tuvieron su origen.

Trataremos esta cuestión cuando examinemos las relaciones jurídicas que nacen del comercio, y la ley que deba regularlas.

Aquí nos ocupamos de la hipoteca que es una relación de derecho civil, y que no pierde su naturaleza como tal, si en virtud de la ley se establece la garantía real sobre una nave ó sobre cualquier otra cosa susceptible de hipoteca. La única cuestión en esta materia es la referente á la condición jurídica de la nave. Suponiendo que ésta, como ya hemos dicho, deba regirse por la ley del Estado á que pertenece, y que su propiedad, así como los derechos comprendidos en ella, deban regularse por la misma ley, es evidente que la hipoteca convencional sobre una nave debe sujetarse á las mismas reglas que la hipoteca sobre los demás bienes, en lo concerniente á los efectos de los derechos adquiridos sobre la cosa por el acreedor hipotecario.

Ya hemos demostrado que lo único que cabe hacer es considerar la nave localizada en el departamento marítimo donde esté matriculada. Suponiendo que se haya fraccionado el dominio en virtud de la hipoteca convencional, y se haya hecho válidamente, según la ley donde la nave esté localizada, el acto debe reputarse válido *erga omnes*. Por lo tanto, al penetrar la nave en las aguas territoriales extranjeras, no puede hacerlo sino gravada con aquellas cargas que afectan á los derechos de propiedad y que se impusieron válidamente por el que, teniendo como propietario el poder de enajenar la nave, enajenó aquella parte de dominio que asignó al pago de su deuda.

917. La única cuestión que podría surgir en la hipótesis de una hipoteca convencional sobre una nave extranjera, puede ser la de si el contrato en virtud del cual se ha constituido la hipoteca debe tener su fuerza ejecutiva, observando las formas de procedimiento prescritas por la ley territorial antes de admitir al acreedor hipotecario á hacer valer sus derechos sobre la nave que se encuentre en las aguas territoriales. Es necesario partir de un principio fijo. Respecto de la hipoteca convencional constituida mediante un contrato realizado en el extranjero sobre un inmueble existente en el Estado, hemos sostenido que puede concederse al acreedor el derecho á pedir la inscripción sin que tenga que subordinar este derecho á la condición de haber hecho declarar de antemano ejecutivo el contrato. Hemos sostenido esto, porque la inscripción no es un

acto de ejecución sino la formalidad indispensable para hacer constar el vínculo hipotecario. En la hipótesis de una hipoteca convencional sobre una nave extranjera, se presupone naturalmente establecido el vínculo hipotecario en virtud del contrato, y cumplidas todas las formalidades de publicidad requeridas por la ley extranjera que debe regular la hipoteca y hacerla eficaz y efectiva. No puede, pues, darse el caso de aplicar al hecho del acreedor que aduce el contrato verificado en el extranjero, á fin de ejercitar los derechos resultantes de la hipoteca constituida y publicada, los principios expuestos anteriormente respecto del contrato presentado con el sólo objeto de pedir la inscripción. El aspecto de la cuestión es completamente distinto.

El acreedor que pretende hacer valer los derechos que resultan de la misma, procura que se dé fuerza ejecutiva al contrato, en virtud del cual se constituyó la hipoteca. Ora intente fundarse en dicho contrato para proceder contra su deudor, ora se proponga hacer valer en concurso de acreedores su derecho real y las acciones que de él se derivan para sustraer del concurso aquella parte del barco que se le asignó para responder del pago de la deuda, siempre importa atribuir á la hipoteca su fuerza ejecutiva, y no pudiéndose admitir acto alguno de ejecución sobre los bienes que de cualquier manera se hallen bajo el dominio de una soberanía, si anteriormente el soberano territorial no da fuerza ejecutiva al título en que la acción está fundada, debe admitirse la necesidad previa de declarar ejecutivo el contrato en que la hipoteca y la acción hipotecaria se fundan, observando los procedimientos establecidos por la ley territorial para dar fuerza ejecutiva á los actos realizados en el extranjero.

No puede aducirse en contrario, que el acreedor hipotecario, que trate de hacer valer sus derechos sobre el precio de la nave en la parte que le fué hipotecada, no procede por este hecho á actos ejecutivos, y que por lo tanto no debe ser necesario el hacer que se declare ejecutivo el contrato, que, presentándose únicamente á título de prueba del derecho que le pertenece, debe sin más requisitos reputarse suficiente para constituir prueba. Antes al contrario, debemos observar que el acreedor hipotecario que presenta el contrato con objeto de deducir que la parte de

la nave afecta al pago de la deuda debe sustraerse de la libre disposición del propietario, á causa de haberla el mismo asignado para responder de dicho pago, tiende realmente á que se dé fuerza ejecutiva al título fundamental de su derecho. Ahora bien, es evidente que esto no puede concedérsele sin que previamente haya examinado y decidido el Magistrado territorial, si el título puede ó no ser ejecutivo.

No es este el lugar de discutir dicha cuestión, porque nos apartaría del asunto de que ahora nos ocupamos. Diremos no obstante, que la fuerza ejecutiva de las escrituras hechas en el extranjero, no es preciso considerarla limitada al caso en que se quiera proceder en virtud de ellas á actos ejecutivos verdaderos y propios. Se da, en efecto, fuerza ejecutiva á un documento, aun cuando la soberanía sea la llamada á atribuirle fuerza y eficacia como título jurídico, permitiendo á la parte fundar sobre el mismo los derechos y las acciones que de él se derivan, relativamente al deudor y á los terceros interesados. Por lo cual no podemos conceder que un contrato realizado en el extranjero, y en que el acreedor funda el derecho de hipoteca y la acción hipotecaria, aunque con el solo objeto de hacer reconocer tales derechos y acciones relativamente á terceros, pueda tener fuerza y vigor como tal, sin que el Magistrado territorial haya examinado y decidido previamente si debe ó no darse fuerza ejecutiva al contrato.

Se comprende perfectamente que tal examen y tal juicio deben limitarse á hacer constar los derechos adquiridos por la parte en virtud del contrato y á reconocerlos debidamente fundados en el mismo, y por lo tanto, la ejecución decretada por el Magistrado territorial no puede considerarse como atributiva, sino solamente como declarativa de derechos. Diremos, no obstante, que la intervención del Magistrado territorial debe reputarse necesaria, y que las formas del procedimiento establecidas por la ley territorial para ejecutar el contrato por cuyo medio se constituyó la hipoteca sobre la nave extranjera, deben reputarse indispensables para admitir al acreedor á hacer valer sus derechos y á ejercitar sus acciones respecto de aquella parte de la nave que le fué asignada en virtud de la hipoteca.

918. El Tribunal de casación francés, en la citada sentencia de 25 de Noviembre de 1879, admite, en principio, que la hipoteca sobre el barco griego *Dio Adelphi* no podía ser eficaz sino á condición de que el contrato se hubiese declarado ejecutivo en conformidad al art. 346 del Código de procedimiento civil, y Lyon-Caen, al anotar dicha sentencia, combate el principio, viendo en él un error de derecho por la razón, según dice, de que la fuerza ejecutiva de los actos efectuados en el extranjero no puede reputarse necesaria sino cuando, en virtud de ellos, se quiera proceder á los medios ejecutivos (1).

La misma opinión sigue Milhaud (2). No podemos estar de acuerdo en este punto con los citados escritores, ni hacernos solidarios del orden de ideas á que obedece el sistema sancionado por el legislador francés respecto de la ejecutoriedad de los contratos hechos en el extranjero, porque en virtud de lo que dicho legislador dispone, la ejecutoriedad no es declarativa sino atributiva de derechos, siendo así, que en aquel sistema de leyes, el que tiende á obtener en Francia la ejecución de un acto realizado en el extranjero, tiende á obtener el título ejecutivo que es producto de la sentencia del Tribunal francés, no dándose de este modofuerza ejecutiva al acto llevado á cabo en el extranjero, sino que, por el contrario, la sentencia del Tribunal francés es la que constituye el título ejecutivo y á la que se da fuerza ejecutiva. Manteniendo nuestro criterio no intentamos apoyarlo en el orden de ideas sustentadas por el legislador francés, y prescindiendo de exponer á fondo en qué debe consistir, conforme á los rectos principios, la fuerza ejecutiva que debe darse por el Magistrado territorial á las escrituras hechas en el extranjero, cosa que expondremos en su lugar (3), repetiremos, no obstante, que

(1) Nota á la sentencia en la casación de 25 de Noviembre de 1879, *Journal du Palais*, 1880, pág. 603-607.

(2) Obra citada, pág. 320.

(3) Trataremos de propósito esta materia en el volumen sobre el *Derecho internacional judicial*. Véase, entre tanto, mis obras: *Efectos internacionales de las sentencias y de los actos*

no podemos conceder, en principio, que un contrato, en virtud del cual se haya constituido la hipoteca sobre un buque extranjero, pueda tener eficacia en un Estado, sin que se le haya dado fuerza ejecutiva por el Magistrado territorial.

919. Indicados los principios á que debe ajustarse la constitución válida de una hipoteca, pasemos ahora á examinar la segunda cuestión, esto es, cómo debe decidirse si la hipoteca válidamente constituida puede ó no ser eficaz, teniendo en cuenta las formalidades de publicidad de la misma. Esta cuestión no puede depender realmente de la ley del departamento marítimo de la nave en todos los casos y bajo todos conceptos. La nave, como ya hemos indicado, es un instrumento de comercio y de crédito al mismo tiempo. Está destinada á la navegación, y puede hallarse en condiciones de atender á las necesidades de la misma, pudiendo darse el caso de valerse del crédito, sirviéndose de los capitales ajenos, según las exigencias del momento. Ya hemos sostenido que, respecto de los inmuebles, las formalidades de publicidad exigidas para que sea eficaz la hipoteca, deben regirse exclusivamente por la *lex rei sitæ*. Establecido que la nave debe reputarse localizada en el puerto donde esté inscrita, podemos admitir, como regla general, que las formalidades de publicidad para hacer eficaz la hipoteca deben regularse por la ley allí vigente, por lo cual no podría ser una razón para desconocer la hipoteca válidamente constituida la falta de observancia de las formalidades de publicidad exigidas por la ley del lugar donde la nave se encuentre y donde surja la cuestión acerca de la eficacia de la hipoteca constituida. Debemos, sin embargo, observar que, debiendo todos los que pueden tener intereses sobre la nave y confiarle capitales estar en actitud de conocer la condición jurídica de aquélla, la propiedad de la misma y los derechos adquiridos á consecuencia de la enajenación total ó parcial por parte del propietario, debe admitirse que si la ley extranjera no hubiese atendido á esto de una manera conveniente para evitar toda sorpresa y fraude, y si los intereses de publi-

(Turín, Loescher, 1875); y conf. la otra obra sobre las *Disposiciones generales de las leyes* (Nápoles, Márghieri, edit., 1888).

dad por ella sancionados no pudiesen reputarse suficientes para que todos puedan conocer la hipoteca con que la nave está gravada, podría ser este un motivo para hacer ineficaz aquélla aunque válidamente constituida y publicada.

Lo mismo que hemos dicho respecto de los inmuebles, esto es, que no puede admitirse una hipoteca oculta en un país donde estuviese establecida la publicidad para proteger los intereses sociales y los derechos de terceros, deberá también decirse de la hipoteca sobre la nave, la cual, si bien cuando está constituida según la ley del país á que la nave pertenece es válida y eficaz no podrá reputarse lo mismo en todas partes, dado que las formalidades de publicidad prescritas por la ley extranjera no se juzguen suficientes para proteger los derechos de terceros.

920. De la aplicación de estos principios se infiere que debe tenerse por válida la hipoteca constituida sobre una nave inglesa, y que no podrá ser suficiente razón para desconocer su eficacia el no encontrarse anotada en el acta de nacionalidad, como se prescribe por la ley francesa, y así se reconoció por el Tribunal de casación en la citada sentencia de 25 de Noviembre de 1879, respecto de la hipoteca constituida sobre un buque griego y no anotada en el acta de nacionalidad. La ley inglesa de 1834, ha procurado, en efecto, de diversas maneras hacer pública la hipoteca. En el acta de nacionalidad, que el capitán debe llevar á bordo, encuéntrase efectivamente la anotación de que tal acta no constituye título para hacer constar las modificaciones de propiedad ni las hipotecas, debiéndose éstas inscribir en el Registro de matrícula del puerto á que la nave pertenece. Resulta de aquí, que todos los que pretenden realizar operaciones de crédito con una nave inglesa, saben cómo han de cerciorarse de su condición jurídica y de todo cuanto concierne á la propiedad y á las hipotecas. No podrían, por tanto, alegar la circunstancia de no hallarse anotada la hipoteca en el acta de nacionalidad para sostener la falta de publicidad y deducir la ineficacia de la hipoteca constituida según la ley inglesa. Sin embargo, según la ley de la marina mercante de 1854, encontramos una distinción importante acerca de la publicidad de la venta y de la hipoteca. Respecto de la venta, debe registrarse so pena de nulidad (ar-

título 57). Respecto de la hipoteca, el art. 69 dispone también que debe registrarse la escritura por la cual se constituyó la hipoteca, y establece que, cuando haya muchas hipotecas registradas, su grado debe determinarse por la fecha, aunque el registro de la hipoteca no es requisito indispensable para su validez, sino que sirve únicamente para regular el concurso de acreedores hipotecarios. Por consiguiente, aunque no se haya registrado una hipoteca, esta es válida, sin embargo, determinándose el grado de las no registradas, por las fechas en que fueron constituidas.

Ahora bien: siguiendo nuestro orden de ideas, debemos admitir que un acreedor hipotecario inglés no podría invocar útilmente la ley de su propio país para hacer que se considerase válida la hipoteca aunque no estuviese registrada. Este sería uno de los casos en que seguramente no podría reconocerse la autoridad de la ley extranjera, si bien habría que considerar sujeta á ella la nave. De la misma manera que no podría admitirse la eficacia de una hipoteca oculta, aunque válida según la ley que debe regularla, tampoco podría reputarse eficaz la que no se registrase en el libro de matrícula del puerto en que esté inscrita la nave y en el que deben averiguar todos los que tengan interés sobre la misma, su condición jurídica. Todo lo más que podría concederse sería la eficacia de la hipoteca no registrada, en la hipótesis de que el acreedor hipotecario quisiera hacer valer sus derechos respecto del propietario inglés sin que hubiese ningún tercero interesado en la materia. Así podría, por ejemplo, suceder en el caso de que se hubiese vendido una nave inglesa en un puerto italiano, y después de pagados todos los demás acreedores, el acreedor hipotecario pretendiese hacer valer su hipoteca en la parte del precio que le pertenecía. En este caso no habrá dificultad en aplicar la ley inglesa y en considerar con arreglo á ella válida la hipoteca no registrada.

CAPITULO VIII

De la prenda y de la anticresis.

- 921.** Concepto general de la prenda según el derecho antiguo y moderno.—
922. Verdadera idea del derecho de prelación que resulta de la prenda.—
923. Ley que debe regular su constitución.—**924.** Limitaciones que puede sufrir la autonomía de las partes.—**925.** Ley que debe regular la eficacia de los derechos del acreedor pignoraticio.—**926.** Forma del contrato de prenda.—**927.** Ley que debe regular la acción pignoratícia y extensión de los derechos del acreedor relativamente á terceras personas.—**928.** Principios que deben regular la pignoración de los créditos y de los títulos al portador.—**929.** Del derecho de anticresis y modo de regularlo las leyes.—
930. Determinase la ley que debe regular las relaciones que se derivan de la anticresis.—**931.** Forma del contrato.

921. Puede garantizarse el cumplimiento de una obligación dando al acreedor una cosa mueble para seguridad de su crédito, y confiriendo al mismo el derecho de retenerla y cobrarse con su precio la cantidad que se le deba. Este acto jurídico constituye la prenda que, según los principios del derecho moderno, da origen, contra el acreedor y la cosa pignorada, á relaciones muy diversas de las que reconocía el Derecho romano.

Según éste y las leyes que aceptaron sus principios, la prenda atribuya un derecho y una acción real, en virtud de la cual el acreedor pignoraticio podía perseguir la cosa que le había sido dada en prenda, aun de manos de terceros que hubiesen adquirido su posesión, y valiéndose de los interdictos posesorios, readquirir su posesión para cobrarse con su valor del total de su deuda.

título 57). Respecto de la hipoteca, el art. 69 dispone también que debe registrarse la escritura por la cual se constituyó la hipoteca, y establece que, cuando haya muchas hipotecas registradas, su grado debe determinarse por la fecha, aunque el registro de la hipoteca no es requisito indispensable para su validez, sino que sirve únicamente para regular el concurso de acreedores hipotecarios. Por consiguiente, aunque no se haya registrado una hipoteca, esta es válida, sin embargo, determinándose el grado de las no registradas, por las fechas en que fueron constituidas.

Ahora bien: siguiendo nuestro orden de ideas, debemos admitir que un acreedor hipotecario inglés no podría invocar útilmente la ley de su propio país para hacer que se considerase válida la hipoteca aunque no estuviese registrada. Este sería uno de los casos en que seguramente no podría reconocerse la autoridad de la ley extranjera, si bien habría que considerar sujeta á ella la nave. De la misma manera que no podría admitirse la eficacia de una hipoteca oculta, aunque válida según la ley que debe regularla, tampoco podría reputarse eficaz la que no se registrase en el libro de matrícula del puerto en que esté inscrita la nave y en el que deben averiguar todos los que tengan interés sobre la misma, su condición jurídica. Todo lo más que podría concederse sería la eficacia de la hipoteca no registrada, en la hipótesis de que el acreedor hipotecario quisiera hacer valer sus derechos respecto del propietario inglés sin que hubiese ningún tercero interesado en la materia. Así podría, por ejemplo, suceder en el caso de que se hubiese vendido una nave inglesa en un puerto italiano, y después de pagados todos los demás acreedores, el acreedor hipotecario pretendiese hacer valer su hipoteca en la parte del precio que le pertenecía. En este caso no habrá dificultad en aplicar la ley inglesa y en considerar con arreglo á ella válida la hipoteca no registrada.

CAPITULO VIII

De la prenda y de la anticresis.

921. Concepto general de la prenda según el derecho antiguo y moderno.—
 922. Verdadera idea del derecho de prelación que resulta de la prenda.—
 923. Ley que debe regular su constitución.—924. Limitaciones que puede sufrir la autonomía de las partes.—925. Ley que debe regular la eficacia de los derechos del acreedor pignoraticio.—926. Forma del contrato de prenda.—927. Ley que debe regular la acción pignoraticia y extensión de los derechos del acreedor relativamente á terceras personas.—928. Principios que deben regular la pignoración de los créditos y de los títulos al portador.—929. Del derecho de anticresis y modo de regularlo las leyes.—
 930. Determinase la ley que debe regular las relaciones que se derivan de la anticresis.—931. Forma del contrato.

921. Puede garantizarse el cumplimiento de una obligación dando al acreedor una cosa mueble para seguridad de su crédito, y confiriendo al mismo el derecho de retenerla y cobrarse con su precio la cantidad que se le deba. Este acto jurídico constituye la prenda que, según los principios del derecho moderno, da origen, contra el acreedor y la cosa pignorada, á relaciones muy diversas de las que reconocía el Derecho romano.

Según éste y las leyes que aceptaron sus principios, la prenda atribuya un derecho y una acción real, en virtud de la cual el acreedor pignoraticio podía perseguir la cosa que le había sido dada en prenda, aun de manos de terceros que hubiesen adquirido su posesión, y valiéndose de los interdictos posesorios, readquirir su posesión para cobrarse con su valor del total de su deuda.

En aquel sistema de leyes no había distinción esencial entre el derecho resultante de la prenda y el que nacía de la hipoteca; y tanto es así, que el jurisperito Marciano llegó hasta decir: *Inter pignus et hypothecam, tantum nominis sonum differt* (1). Toda la diferencia entre una y otra consistía, principalmente, en que la hipoteca se constituía sobre una cosa que quedaba en poder del poseedor, en tanto que la prenda propiamente dicha, suponía que la cosa debía estar en posesión del acreedor: *Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit; hypothecam cum non transit, nec possessio ad creditorem* (2).

Según el derecho moderno, la prenda propiamente dicha atribuye también al acreedor la seguridad especial de ser pagado con preferencia á cualquiera otro con el precio de la cosa empeñada. Es preciso, sin embargo, tener presente que no puede decirse, en rigor, que el efecto de dicha seguridad sea el de establecer en favor del acreedor un derecho real, como hemos dicho de la hipoteca. En virtud de la última, el cumplimiento de la obligación está asegurado sobre la cosa, que permanece vinculada al mismo, cualquiera que sea su poseedor. La prenda, por el contrario, aunque también engendra una relación entre el acreedor y la cosa, el derecho que el primero adquiere sobre la segunda se limita, por regla general, á hacerse pagar con su precio con preferencia á cualquiera otro acreedor. Pero es siempre necesario que el acreedor sea puesto en posesión de la cosa en concepto de prenda y tenga la actual posesión de ella, ó bien que la cosa se encuentre como en depósito en manos de un tercero. Sólo cuando tenga lugar esta condición de la posesión actual y real, y concurran, además, todas las condiciones legales para constituirse válidamente la prenda, podrá hacer valer el acreedor pignoraticio su derecho de retención, las acciones posesorias y las reales sobre las cosas muebles, ejercitando el derecho de prelación sobre el precio de la cosa empeñada.

(1) Ley 5.ª, § 2, Dig., *De pignor. act.*, (XX, 1).

(2) Ley 9.ª, § 2, Dig., *De pign. act.*, (XIII, 7).

922. Estimamos oportuno observar, que las leyes modernas han reputado el derecho relativo al acreedor pignoraticio, como uno de los privilegios sobre los muebles. El derecho de prelación es realmente un privilegio, pero no puede sostenerse lógicamente que deba confundirse con los demás privilegios de que trataremos en el capítulo siguiente, puesto que en lo que toca á éstos, el derecho de preferencia tiene su origen en la ley, y ésta los atribuye, teniendo en cuenta la naturaleza y la causa del crédito, mientras el derecho de prelación que nace de la prenda, está, por el contrario, fundado principalmente en el hecho jurídico de la posesión de la cosa entregada por el deudor al acreedor en garantía del cumplimiento de la obligación que éste contrajo; de aquí que pueda decirse con verdad, que la prenda constituye por sí misma un título de prelación, distinto del que constituyen los privilegios propiamente dichos. En suma, el derecho se funda en la posesión atribuida para un fin y una causa determinada, y se resuelve en la facultad de retener una cosa hasta la total extinción de una deuda. Hemos creído oportuno hacer estas observaciones, porque en rigor lógico, no se puede sostener que el derecho de prelación que se deriva de la prenda, deba subordinarse á las mismas reglas que regulan los privilegios sobre muebles, de las cuales trataremos después, sino que más bien debe estar sujeto á las reglas concernientes al derecho de retención y á las consecuencias de la posesión.

923. Concretándonos ahora á examinar la ley que debe regular la prenda y las relaciones que de ella se desprenden, vemos que en lo que se refiere á la constitución de la prenda y á los derechos consiguientes, conviene distinguir bien lo referente á las relaciones entre el acreedor, el deudor y la cosa pignorada, de los que conciernen á las relaciones entre los mismos con terceras personas que sobre dicha cosa puedan alegar algunos derechos; conviene también distinguir la constitución válida de la prenda, de su eficacia, teniendo en cuenta el lugar donde la cosa empeñada se encuentra en el momento en que el acreedor intente ejercitar la acción y hacer valer su derecho.

En cuanto á lo que se refiere á la constitución de la prenda, debe respetarse, por regla general, la autonomía de las partes

y reconocer autoridad á la ley extranjera, en el supuesto de que la prenda se haya constituido bajo el imperio de la misma. La convención de las partes es el medio ordinario de verificar dicha constitución, y convendrá atenerse á los principios generales que regulan las relaciones convencionales que tienen lugar bajo el imperio de la ley extranjera, para decidir sobre la validez y legitimidad del contrato de prenda. Pueden, no obstante, darse otros modos de constituirse la prenda. Según el derecho romano, podía también hacerse por última voluntad y por sentencia del Magistrado. El testador podía, en efecto, para garantir los derechos de los legatarios ó de los acreedores, constituir la prenda en favor de los mismos (1). El Magistrado podía también sentenciar que se diese al acreedor la posesión de una cosa determinada, correspondiente al deudor para la seguridad del crédito (2). Ahora bien, no puede sostenerse como regla general que la prenda testamentaria ó la judicial, válidamente constituida según la ley del *de cuius*, ó del Magistrado competente, no deba reconocerse en un país donde la ley no admita otra forma válida para constituir la hipoteca fuera de la forma convencional, porque en tal caso debería decidirse acerca de la constitución de la prenda, en armonía con la ley extranjera bajo cuyo imperio se constituyó, y no con arreglo á la del país donde se quieran hacer valer los derechos que de tal acto jurídico se derivan.

924. No puede, en modo alguno, admitirse la autonomía de las partes, sino cuando con ello no se infiera ofensa al derecho social ni al derecho que á terceras personas reconoce la ley del lugar donde la cosa mueble se encuentre. En efecto, no puede depender de la voluntad de las partes el establecer á su arbitrio

(1) L. 1. Cod. *Comm. de leg.* VI, 43; Mühlenbruch, § 311.

(2) L. 26, pr. D. *De pign. act.* XIII, 7; C. *De Prætorio pignore*, VIII, 22. El Código civil austriaco sigue en este punto el Derecho romano. En el art. 449 se dispone acerca del título de que puede derivarse el derecho de prenda, lo siguiente: «El título se deriva de la ley, de sentencia judicial, de contrato, ó de última voluntad del propietario».

cuáles sean los objetos susceptibles de empeño, porque debiendo depender la condición jurídica de las cosas, en cuanto son susceptibles de derechos, de la ley del lugar en donde actual y realmente se encuentran, será necesario atenerse á la *lex rei sitæ* para decidir lo que puede ó no ser objeto de pignoración. Así, por ejemplo, según el Derecho romano, podían pignorarse todas las cosas enajenables, y en comercio (1) corporales ó incorporales, presentes ó futuras (2), mientras según el Código civil italiano solamente las cosas muebles pueden ser objeto de prenda. Por consiguiente, el que contratando en un país regido por el Derecho romano hubiese dado en prenda la servidumbre por constituir sobre un fundo existente en Italia, ó cosas no especificadas individualmente, ó una *universitas rerum*, no podría alegar que la prenda válidamente constituida según la ley del contrato, se hubiese de tener por tal en Italia, puesto que no siendo las cosas futuras susceptibles de darse en prenda, ni pudiendo ésta comprender la totalidad de los bienes de una persona, considerados como una *universitas*, sería en vano invocar la ley del contrato para modificar en su virtud la condición jurídica de las cosas existentes en el territorio italiano.

925. Las condiciones que se requieren para considerar eficaces los derechos del acreedor pignoraticio relativamente á terceros, deben también concurrir para que el acreedor pueda hacer valer los derechos adquiridos en virtud del contrato.

Así, según la ley italiana, no puede subsistir el derecho de preferencia perteneciente al acreedor pignoraticio sino en tanto que se le haya asignado la misma prenda y esta esté en su poder ó en poder de un tercero elegido por las partes (artículo 1882). Ahora bien, es evidente, que de cualquier modo que se haya constituido la prenda, y cualquiera que sea la ley á cuyo

(1) Dig., *Quæ res pignori vel hypot. date obligari non possunt* (XX, 3); Cod., *Quæ res pign. obligari possunt vel non* (VIII, 17).

(2) *Universorum autem bonorum pignus totum affectu debitori-bus patrimonium tam præsens quam futurum.* Mühlenbruch, *Doctrina Pandect.*, § 306; L. 9, C., *Quæ res pign.* (VIII, 17); Gayo. *Instit.* II, 59, 60; Dig., *De pignor. et hyp.*, XX, 1; Cod., *Quæ res pign.*, VIII, 17.

amparo se haya hecho la constitución, siempre que la cosa mueble pignorada se haya transportado á Italia y que en el momento en que el acreedor pretenda ejercitar sobre ella la acción pignoratícia, la cosa no se encuentre efectivamente en su poder sino en posesión de un tercero, no podrá concedérsele el que haga valer el derecho de preferencia que se origina de la prenda.

Aunque á primera vista pueda alegarse que los bienes muebles deben regirse por la ley personal del propietario y que los derechos por él conferidos á un tercero no deben modificarse por la traslación de los mismos bienes, sin embargo, considerando que estos, si se hallan en una localidad determinada, deben estar sujetos á la ley que allí impere, en todo lo concerniente á la posesión, á las acciones reales y á los derechos de terceros, no puede concederse al acreedor el que invoque las leyes extranjeras para derogar en su virtud todo cuanto la ley territorial dispone en este punto. Compréndese que en dicha cuestión se interesa el derecho social. Se trataría, en efecto, de derogar el principio general de derecho, según el cual, los bienes del deudor deben ser la garantía común de sus acreedores, que pueden obrar contra los mismos bienes para ser satisfechos de lo que se les debe. ¿Cómo admitir un derecho de preferencia en favor de uno de ellos, suponiendo que no concurren las condiciones requeridas por la ley territorial para poderlo admitir, si conforme á ésta, todo depende del hecho jurídico de encontrarse la cosa en poder del acreedor á quien se dió en garantía del crédito?

Ya hemos dicho anteriormente que fuera de la forma convencional, puede también constituirse la prenda por testamento ó por sentencia del Magistrado; pero aun en estos dos últimos casos, no hemos pretendido sostener el respeto á la autonomía de las partes y á la autoridad de la ley extranjera, sino sujetándose á lo que al derecho social se debe, al cual corresponde en todos los casos proteger los derechos de terceros sobre las cosas que actualmente se encuentran bajo su dominio. Por consiguiente, aun respecto de la pignoración testamentaria y de la judicial, debemos mantener el principio de que el derecho de prenda, aun cuando legalmente adquirido bajo condiciones di-

versas de las impuestas por la ley italiana, no podría reconocerse y respetarse si las cosas dadas en prenda se encontrasen en Italia y no en poder de los legatarios ó acreedores que pretendiesen ejercitar sus derechos sobre las mismas. La razón de esto es, que ninguna acción real sobre cosas existentes en el territorio del Estado, sean cosas muebles ó inmuebles, puede ejercitarse eficazmente respecto de terceros sino bajo las condiciones establecidas por la *lex rei sitæ*.

926. Debe aplicarse este principio aun en lo concerniente á la forma de contrato y á los medios propios para probar la constitución de la prenda. Podemos, en efecto, admitir que en las relaciones entre los contrayentes el contrato de prenda debe estar sujeto á la regla *locus regit actum*; por lo que si conforme á dicha ley no se hubiese requerido acto ninguno escrito para hacer constar la especie y naturaleza de las cosas dadas en prenda y se hubiese concedido el poder presentar la prueba testifical, la circunstancia de haberse transportado las cosas pignoradas á un país donde se reputase por la ley el acto escrito indispensable para la constitución de la prenda, no podría ser obstáculo para admitir la prueba de testimonio. Esto se funda en que, cuando el acreedor se encuentra en posesión actual de la cosa mueble y puede probar plenamente que ésta le fué entregada como prenda para la seguridad de su crédito, y puede probar también mediante testigos lo que tuvo lugar entre él y su deudor aun relativamente á una cantidad mayor que aquélla para la cual se admite la prueba testifical, según la ley del lugar donde surge el litigio, no podrá recusarse dicho medio de prueba, porque las relaciones convencionales y los medios propios para probarlas deben regirse en principio por la *lex loci contractus*.

En el caso de la prenda, pueden tener interés en discutir los pretendidos derechos del acreedor que está en posesión de la cosa todos los demás acreedores, los cuales pueden impugnar el derecho de prelación alegado por el acreedor pignoraticio si no está bien establecido y confirmado que las cosas que se encuentran en su poder le han sido dadas en prenda y como garantía de un crédito determinado. Ahora bien: es claro que si según la ley del lugar donde la cosa se encuentra en la actualidad se

concede á los otros acreedores negar el derecho de prelación del acreedor pignoraticio cuando su crédito y la naturaleza de las cosas dadas para seguridad del mismo no resulten de acto escrito excluyendo todo otro medio de prueba para un crédito mayor de 500 liras, se invocaría inútilmente la ley del contrato y la máxima *locus regit actum* para perjudicar los derechos de terceros y denegar la ley territorial que los protege.

Confiriendo el legislador al acreedor pignoraticio que tiene en su poder la cosa dada en prenda el derecho de hacer valer el contrato contra terceros, ha tenido, sin embargo, cuidado de evitar toda idea de fraude ó engaño entre el acreedor y el propietario de la prenda, é impedir que éste hubiese podido sustraer sus bienes á la acción de los acreedores que tuviesen el derecho de obrar contra el mismo. De esto nacen todas las precauciones y condiciones impuestas por cada legislador para hacer eficaz la prelación en el caso de concurso de acreedores. Ahora bien: siendo evidente que todo esto afecta al interés general y al derecho social, es necesario reconocer como absoluta la autoridad de la ley respecto de todas las cosas que se encuentran en el territorio donde impera.

927. De lo que dejamos dicho se desprende que, en nuestro sentir, la autoridad de la ley extranjera bajo cuyo imperio se ha constituido la prenda, puede solo admitirse cuando se trate de decidir respecto de los derechos y obligaciones del acreedor pignoraticio, y por tanto, de lo tocante á la *actio pignoratitia directa* y á la *actio pignoratitia contraria*. Supongamos que el deudor ejercitase la *actio pignoratitia directa* contra el acreedor á fin de obligarle á restituírle la cosa dada en prenda, y que hubiese que decidir si habiendo contraído otra deuda posteriormente á la entrega de la prenda exigible antes de que tuviese lugar el pago de la primer deuda, estaba el acreedor obligado á dejar la prenda sin que se hubiesen satisfecho enteramente ambos créditos.

Dicha cuestión debería resolverse en conformidad á la ley bajo la cual se constituyó la prenda, y no á la del lugar donde actualmente se encuentra la cosa pignorada en el momento en que surja el pleito. De la misma manera deberá también aplicarse la ley á cuyo amparo se constituyó la prenda, para decidir en

qué forma está obligado á responder el acreedor en el caso de pérdida ó deterioro de la cosa pignorada. Por lo tanto, si conforme á dicha ley, la pérdida de la cosa dada en prenda eximiese al acreedor en el solo caso de fuerza mayor, podrá ser obligado á responder aun *de levissima culpa* no obstante que la cosa se hubiese transportado á un país regido por ley diversa, y que allí hubiese sobrevenido la pérdida ó deterioro de la misma. En igual forma deberían decidirse todas las cuestiones análogas. Esto sucedería, por ejemplo, si surgiese cuestión acerca de la obligación del acreedor de rendir cuentas, no sólo de los frutos que hubiese percibido, sino también de los que por su culpa hubiese dejado de percibir, etc., etc.

La ley misma del contrato no puede tampoco alegarse válidamente para sostener los derechos adquiridos por la parte relativamente á terceros que hayan ejercitado sobre la misma cosa sus derechos bajo la tutela jurídica de la *lex rei sitæ*. Así, por ejemplo, el acreedor que hubiese pactado apropiarse la prenda y hacerla suya sin otra formalidad á consecuencia de la falta de pago, no podría, en el caso de que la cosa se encontrase en Italia, excluir á terceros que tuviesen derecho para proceder contra la cosa misma en la parte excedente á la concurrencia del débito, alegando el pacto comisorio estipulado en el extranjero bajo el imperio de la ley que lo consideraba válido, y los derechos adquiridos en virtud del contrato. Podrían aun en este caso invocarse las razones, muchas veces expuestas, que la regla general de que los bienes son la garantía del acreedor, no puede denegarse admitiendo, respecto de terceros, la autoridad de una ley extranjera que atribuya derechos en oposición con la *lex rei sitæ*, bajo el imperio de la cual se encuentra la cosa en el momento en que tiene lugar el concurso de acreedores.

La prohibición sancionada por el legislador italiano en el artículo 1.884 que declara nulo el pacto comisorio, debe considerarse como ley de orden público porque tiende á proteger los derechos de terceros acreedores de un deudor común, y á impedir la apropiación injustificada en provecho de uno, de los bienes pertenecientes á su deudor, por lo cual no es lícito denegar esta disposición invocando leyes extranjeras.

928. Los créditos, efectos á la orden y los títulos al portador pueden ser objeto de pignoración. Sin embargo, para hacerla eficaz respecto de terceros, requieren algunas leyes que se haga la notificación al deudor del crédito pignorado, y así lo dispone el Código civil italiano en el art. 1.881. Otras leyes no juzgan indispensable dicha notificación, reputando suficiente que el acreedor sea puesto en posesión del título del crédito pignorado. Esta divergencia de las leyes puede originar confusión acerca de la eficacia de la prenda, cuando se constituya sin mediar la notificación al deudor del crédito, por la razón de que el crédito no puede localizarse como una cosa corporal para admitir en cuanto al mismo la aplicación de las reglas anteriormente expuestas respecto de las cosas muebles que se encuentran en un lugar fijo, y que deben sujetarse á la *lex rei sitae* en todo lo relativo á las condiciones que pueden hacer eficaz el derecho de prelación. Puede, en efecto, considerarse el crédito en posesión de aquel que tiene el derecho de recobrarlo, y por lo tanto, admitirse que todo debe depender de la ley de su domicilio, debiéndose, por consiguiente, decidir con arreglo á ésta si es ó no necesaria la notificación para que llegue á ser perfecto el derecho de prelación adquirido por aquel á quien el crédito fué pignorado.

Puede también observarse, por el contrario, que el crédito no entra realmente en el patrimonio del acreedor á quien pertenece, sino cuando es recobrado por el deudor pagando lo que debe, y como esto último no puede efectuarse sino en el lugar donde debe pagarse la deuda, lo que generalmente tiene lugar en el domicilio del deudor, es preciso admitir, que si hubiesen adquirido terceras personas derechos sobre la cantidad que debe satisfacer el deudor y tales derechos se hubiesen de reputar bien adquiridos y perfectos, según la ley vigente donde hubiese de efectuarse el pago, los derechos de dichos terceros no podrían ser desconocidos admitiendo la preferencia en favor de uno de los acreedores, sino bajo las condiciones sancionadas por la ley allí vigente.

Suponiendo, por ejemplo, que un acreedor del que llevó á cabo la pignoración del crédito, lo hubiese secuestrado de manos

del deudor, y que el acreedor pignoraticio tratase de alegar el derecho de prelación sobre el crédito pignorado en la parte afectada á la seguridad de su crédito contra el acreedor pignorante, para decidir en este caso si el título del acreedor pignoraticio debe preferirse al de aquel que realizó el secuestro del crédito, creemos que debe aplicarse la ley del lugar donde aquel sea exigible, y por consiguiente, cuando, según ésta no es admisible ningún derecho de prelación sobre el crédito pignorado, sino á condición de que se hubiese hecho la notificación al deudor del crédito empeñado, la falta de dicha notificación debería considerarse como un obstáculo insuperable para la eficacia de la prenda. Parécenos que, ni aun en este caso, sería posible invocar útilmente la ley extranjera que dispusiese otra cosa acerca de la necesidad de la notificación, ni valdría tampoco aducir que el crédito es una cosa incorporea y que está en la posesión del acreedor con el fin de sostener la autoridad exclusiva de la ley de su domicilio, porque, realmente, el verdadero objeto de la prenda y del secuestro sería la cantidad debida, en cuanto es exigible, y como el concurso de acreedores vendría á tener lugar, precisamente, sobre la deuda y bajo el imperio de la ley del lugar donde debiese pagarse, es evidente que, con arreglo á esta última, habría de resolverse toda cuestión de preferencia en caso de concurso, y determinar, asimismo, las condiciones para admitirla ó negarla.

De muy distinto modo habría que resolver el asunto, si en él no estuviesen interesadas terceras personas y todo versase entre el acreedor primitivo, el pignoraticio y el acreedor, independientemente de la notificación de la prenda, debiéndose considerar ésta necesaria únicamente para hacer saber al deudor que no debía reclamar el pago al acreedor primitivo, sino al pignoraticio. Por lo tanto, bastaría que dicha notificación se hiciese en cualquier momento antes que se pagase la cantidad debida, sin que su falta pudiese tener otro efecto que el de liberar al deudor del crédito dado en prenda, si ignorándolo hubiese pagado al propio acreedor (1).

(1) Conf. Story, *Conflict of laws*, §§ 335, 396 y siguientes, y la

929. El derecho de anticresis es muy análogo al de prenda, y tiene su origen en una convención, mediante la cual el deudor concede al acreedor el poder usar y disfrutar de la cosa inmueble fructífera y percibir sus frutos tomándolos á cuenta de los intereses.

Si bien este acto jurídico se funda en el contrato realizado entre las partes, no puede admitirse que deba todo depender de la autonomía de las mismas y de la ley bajo cuyo imperio contrataron, puesto que siendo el objeto de dicho contrato un inmueble, no puede hacerse á menos de reconocer también la autoridad de la *lex rei sitae* en lo que puede limitar la autonomía del propietario y el ejercicio de sus derechos sobre las cosas inmuebles en conformidad á los principios ya expuestos.

Ante todo, es necesario tener presente que no todas las leyes permiten la anticresis. Algunas, fundadas en altas razones de economía social y de interés público, prohíben dicha forma de contrato. Así, la prohíbe expresamente el Código del cantón de Vaud, que en el art. 1.559 dice: «Se prohíbe la pignoración de la cosa inmueble, ó sea la anticresis.» No la admite tampoco el Código austriaco, que sólo consiente garantizar la deuda dando en prenda un objeto mueble y constituyendo la hipoteca sobre cosa inmueble; disponiendo en el art. 1.372, que «ningún efecto legal tiene el pacto accesorio, en virtud del cual debe pertenecer al acreedor el usufructo de la cosa dada en prenda.» Además, las leyes de los Estados que admiten la anticresis, son muy diversas, ya en lo que toca á determinar la naturaleza de las relaciones que mediante tal contrato vienen á establecerse entre el acreedor anticrético y el inmueble dado en anticresis, ya en lo relativo á la extensión de los derechos que puede adquirir el acreedor y á las necesarias limitaciones impuestas á la autonomía de las partes. Así vemos, por ejemplo, que el Código prusiano admite la anticresis, pero está limitada la autonomía de las partes, disponiendo el legislador como regla general que el acreedor an-

nota, en que se citan muchos litigios fallados por los Tribunales americanos; Wharton, *Conflict of laws*, § 359 y siguientes.

ticrético debe administrar la finca, recoger sus frutos y reudir cuentas al deudor, computándolas primero para los intereses y después para el capital, salvo lo convenido en contrario. Sin embargo, el pacto acordado entre las partes en virtud del cual se hubiese establecido que los intereses debían compensarse con los frutos, no se reputa válido si no ha sido aprobado por el Juez, y no podrá serlo según las disposiciones de aquel legislador si el valor de los frutos excediese al tercio de los intereses.

El Código francés admite la anticresis y permite á las partes estipular que puedan compensarse los intereses con los frutos en todo ó en parte. Pero la jurisprudencia ha reconocido que cuando los frutos, teniendo en cuenta todo caso fortuito, excediesen á los intereses legales, el exceso debe computarse para el capital del crédito, y esto se funda en que prohibiendo la ley pactar intereses que superen al tipo legal, el acreedor no podría apropiarse los que excedan de dicho tipo, supuesto que tal convención sería ilícita como contraria á la ley.

No habiendo fijado el legislador italiano el tipo de los intereses, y habiendo dejado al arbitrio de las partes estipularlos como consideren más conveniente, dispone en el art. 1.895, que los contratantes, al llevar á cabo la anticresis, pueden pactar que los frutos, cualquiera que sea su valor, se computen para el pago de los intereses debidos.

930. Es fácil comprender que la indicada diversidad de leyes tiene su origen en los diferentes criterios aceptados por cada legislador para determinar las convenciones lícitas relativas á los inmuebles, teniendo presente la economía social y el fomento de la industria agrícola, así como los principios morales que pueden surgir de la prohibición de la usura y de los contratos hechos para violar la ley que la prohíbe. Es, pues, evidente que esta cuestión afecta á los intereses generales de la sociedad y á los rectos principios de la moral y de las buenas costumbres, y como en todo lo que se relacione con tales principios y limitaciones, se habrá de admitir también en ella la absoluta autoridad de la *lex rei sitae*. No se puede, efectivamente, conceder á las partes el invocar la *lex loci contractus* con objeto de dar

existencia á las relaciones que nacen de la anticresis respecto de un inmueble existente en un Estado donde la ley no la permite. Del mismo modo las limitaciones sancionadas por la *lex rei sitæ*, con el intento de prohibir los contratos que pudiesen disfrazar la usura, deben reputarse sancionadas *erga omnes*, excluyendo la invocación de toda ley extranjera que tienda á derogar las disposiciones de aquélla. Por consiguiente, no podría concederse á dos italianos, que hubiesen realizado un contrato de anticresis en Italia, respecto de un inmueble existente en Francia, invocar la disposición del art. 1.895 del Código civil italiano, para deducir que en cuanto al pacto estipulado de computar los frutos para el pago de los intereses, cualquiera que sea el valor de éstos (pacto válido según la ley italiana), el acreedor anticrético podía hacer suyos todos los frutos de la finca dada en anticresis, aun en concurso de terceros interesados, en tal finca y en sus frutos. Se opondría á dicha pretensión el principio tantas veces citado de que los derechos sobre inmuebles existentes en el territorio de un Estado, deben regularse por la *lex rei sitæ* en todo lo concerniente al goce de los derechos mismos, en concurrencia con terceros, que sobre la misma cosa tuviesen derechos garantidos por la ley territorial. Siendo ilícita, según la ley francesa, la convención de apropiarse los frutos del predio dado en anticresis, sea cualquiera el valor de los mismos, sería inútil invocar la disposición de la ley italiana para sustentar ante la ley francesa la validez de una convención contraria á ella y prohibida por razones de orden público.

Debe igualmente admitirse que toda cuestión relativa á los derechos y á las acciones reales por parte del acreedor anticrético, así como las concernientes á la posesión y á las acciones posesorias, han de regirse por la *lex rei sitæ*. El legislador italiano, por ejemplo, no admite que la anticresis origine un derecho real en favor del acreedor anticrético, sino que más bien produce, según sus disposiciones, efecto en las relaciones entre el deudor, el acreedor y sus herederos (1). Ahora bien, en vano se innova-

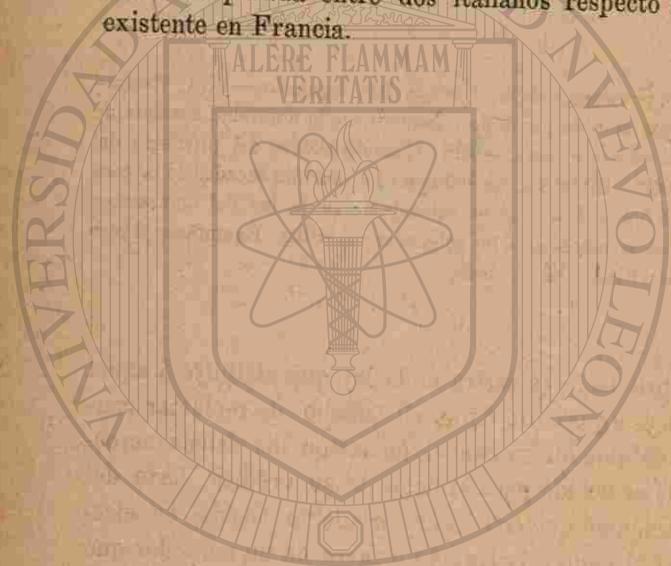
(1) Art. 1.897, Cod. civ.

ría una ley extranjera para transformar, respecto de un inmueble existente en Italia y dado en anticresis, en un derecho real, el que, conforme á la ley italiana, no es más que un derecho personal inherente al de retención. El acreedor anticrético tendrá, por lo tanto, derecho á retener el inmueble y á hacer suyos los frutos mientras tenga la posesión de aquél; pero no podrá invocar la ley del país en que estipuló el contrato, á fin de hacer valer sus derechos sobre la cosa que ha pasado á la posesión de un tercero; podrá ejercitar la acción para ser restablecido en la posesión en caso de despojo; pero no podrá ejercitar la acción de retener la posesión, debiendo todo esto depender de la ley territorial, como cualquiera otra cuestión relativa á las consecuencias jurídicas de la posesión respecto de terceros.

Por idénticas razones no podría el acreedor aducir eficazmente contra un tercero que pudiese alegar derechos sobre inmuebles existentes en Italia, el haber llegado él á ser su propietario en virtud del contrato de anticresis hecho en el extranjero, y del pacto estipulado bajo el imperio de la ley allí vigente, que permitía hacerse propietario del inmueble á consecuencia de la falta de pago en el plazo convenido. Habiendo prohibido la ley italiana dicho pacto y declarándolo nulo en el art. 1.894, es evidente que se invocaría en vano la ley extranjera. Por otra parte, ya hemos dicho anteriormente, que no puede admitirse transmisión de propiedad eficaz en cuanto á terceros, sino observando las disposiciones de la *lex rei sitæ*, como también hemos indicado que es indispensable la transcripción con arreglo á la ley italiana para transmitir válidamente la propiedad de un inmueble, y ahora observamos que el contrato de anticresis, según la ley italiana, no está sujeto á transcripción, lo cual depende de no haber admitido el legislador que aquel atribuya ningún derecho real al acreedor anticrético, y así resulta más claro que no puede absolutamente llegar á ser propietario del inmueble en virtud de la ley del contrato.

931. Nos parece oportuno notar que, en lo referente á la forma del contrato, también mantenemos lo dicho á propósito de la prenda, esto es, que la necesidad de escritura para admitir la preferencia del acreedor anticrético en concurso con terceros,

debe depender de la *lex rei sitæ*. Por consiguiente, siendo indispensable, según el art. 2.085 del Código civil francés que se establezca la anticresis mediante escritura, no podría ser eficaz el contrato hecho en Italia, donde la ley no exige como indispensable el acto escrito para probarlo cuando sean admisibles por derecho común las demás pruebas. La falta de escritura sería un obstáculo insuperable para poder considerar válida la anticresis estipulada entre dos italianos respecto de un inmueble existente en Francia.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

CAPITULO IX

De los privilegios y de la subrogación en la hipoteca.

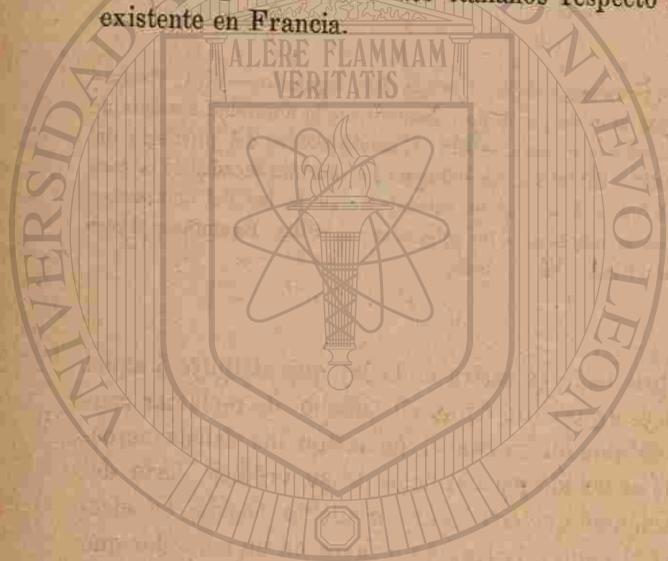
932. Concepto del privilegio.—**933.** Ley que debe regularlo.—**934.** Examinarse los diversos casos de privilegio y demuéstrase la autoridad absoluta de la ley territorial en esta materia.—**935.** Consideraciones del privilegio del arrendador.—**936.** El derecho de embargar los muebles sacados de la casa alquilada puede fundarse, aun en el extranjero, en la ley del contrato.—**937.** Del privilegio concedido á los coherederos.—**938.** Examinase el caso de la subrogación legal en la hipoteca.

932. El privilegio se deriva de la ley que atribuye á aquel á quien pertenece un crédito dado, el derecho de reclamar contra los bienes del deudor en concurrencia con los demás acreedores, lo que le es debido para el pago de su crédito. Este derecho de prelación en que consiste el privilegio tiende, en efecto, á establecer el pago privilegiado á favor de un acreedor que concurre con los demás para ser pagado con los bienes del deudor común, que constituyen la garantía de lo que éste debe pagarles.

La ley de cada Estado determina cuáles son los créditos que deben gozar de este derecho de pago privilegiado. El criterio con que debe determinarse y el orden de preferencia establecido entre muchos créditos privilegiados, dependen del diverso modo de entender el beneficio que se atribuye á ciertos créditos teniendo en cuenta la causa que los motivan, su naturaleza y los intereses sociales á que afectan.

Los privilegios son independientes de la convención, y por lo tanto, la autonomía de la parte no puede ejercer ninguna influencia en cuanto á establecer su orden. La prelación depende

debe depender de la *lex rei sitæ*. Por consiguiente, siendo indispensable, según el art. 2.085 del Código civil francés que se establezca la anticresis mediante escritura, no podría ser eficaz el contrato hecho en Italia, donde la ley no exige como indispensable el acto escrito para probarlo cuando sean admisibles por derecho común las demás pruebas. La falta de escritura sería un obstáculo insuperable para poder considerar válida la anticresis estipulada entre dos italianos respecto de un inmueble existente en Francia.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

CAPITULO IX

De los privilegios y de la subrogación en la hipoteca.

932. Concepto del privilegio.—**933.** Ley que debe regularlo.—**934.** Examinarse los diversos casos de privilegio y demuéstrase la autoridad absoluta de la ley territorial en esta materia.—**935.** Consideraciones del privilegio del arrendador.—**936.** El derecho de embargar los muebles sacados de la casa alquilada puede fundarse, aun en el extranjero, en la ley del contrato.—**937.** Del privilegio concedido á los coherederos.—**938.** Examinase el caso de la subrogación legal en la hipoteca.

932. El privilegio se deriva de la ley que atribuye á aquel á quien pertenece un crédito dado, el derecho de reclamar contra los bienes del deudor en concurrencia con los demás acreedores, lo que le es debido para el pago de su crédito. Este derecho de prelación en que consiste el privilegio tiende, en efecto, á establecer el pago privilegiado á favor de un acreedor que concurre con los demás para ser pagado con los bienes del deudor común, que constituyen la garantía de lo que éste debe pagarles.

La ley de cada Estado determina cuáles son los créditos que deben gozar de este derecho de pago privilegiado. El criterio con que debe determinarse y el orden de preferencia establecido entre muchos créditos privilegiados, dependen del diverso modo de entender el beneficio que se atribuye á ciertos créditos teniendo en cuenta la causa que los motivan, su naturaleza y los intereses sociales á que afectan.

Los privilegios son independientes de la convención, y por lo tanto, la autonomía de la parte no puede ejercer ninguna influencia en cuanto á establecer su orden. La prelación depende

enteramente de la ley que, dado el caso de ejecución forzosa de las obligaciones del deudor y del procedimiento contra los bienes que le pertenecen, establece reglas para el concurso y el orden en que cada cual puede exigir el pago de lo que se le adeuda.

933. Teniendo en cuenta el fundamento del privilegio y que éste es un derecho que nace durante el procedimiento de concurso sobre los bienes del deudor común sujetos á ejecución forzosa, compréndese fácilmente que debe todo depender de la *lex rei sitæ*, puesto que debiéndose atribuir á ésta la autoridad absoluta y exclusiva respecto de los bienes sujetos á su imperio y jurisdicción, sobre todo en lo que toca á la ejecución forzosa, debe también ser de su incumbencia el regular el procedimiento del concurso de acreedores y el determinar si ha de concederse á alguno de ellos el derecho á reclamar sobre el conjunto de los bienes lo que le es debido y á ser satisfecho con preferencia á cualquiera otro.

El privilegio, según el derecho moderno, produce también un derecho real, porque en virtud del mismo se asegura sobre una cosa el cumplimiento de las obligaciones del deudor; pero examinando el origen del mencionado derecho se advierte una diferencia esencial entre éste y el de hipoteca, puesto que ésta depende de la autonomía del propietario y de su voluntad expresa ó tácita, mientras el privilegio se deriva de la ley, siendo independiente, bajo todos sus aspectos, de la voluntad del propietario. En efecto, el legislador es el que, reconociendo los derechos reales constituídos sobre los bienes del deudor en beneficio de sus acreedores, atribuye, en virtud de su suprema autoridad, garantía especial á ciertos créditos, disponiendo que deban preferirse á todos los demás, incluso los hipotecarios, y determinando la preferencia y el orden de la prelación. El privilegio es, por lo tanto, un derecho real que se funda en la voluntad del legislador, y claro es que, no pudiendo ninguna soberanía conceder favores ni preferencias sobre bienes existentes bajo el imperio de una soberanía extranjera, sin atentar á la autoridad suprema del soberano territorial, no puede admitirse que el privilegio sobre las cosas que se encuentran en territorio del Estado pueda derivarse de la ley extranjera.

Este principio debe admitirse sin reserva respecto de los inmuebles, y respecto de los muebles localizados; pero cuando éstos deban considerarse como parte del territorio donde se encuentran en la actualidad, no pueden ser objeto de acciones reales ni de actos de ejecución, sino en conformidad con la *lex rei sitæ*. Dicho principio debe aplicarse principalmente en lo que concierne á los privilegios que respecto de las mismas cosas puedan originarse y reconocerse. En su lugar diremos, al tratar del derecho internacional comercial, que en lo tocante á los buques y á la ley que debe regular los privilegios sobre los mismos, puede admitirse una regla distinta sin que cambie, sin embargo, el principio aquí asentado. La distinción de la regla depende, en efecto, de que la nave debe reputarse localizada en el departamento marítimo donde tenga su matrícula; pero no es este el lugar en que debemos tratar dicho punto.

934. Concretándonos á los privilegios establecidos por el derecho civil, observamos que, según las leyes de los diversos Estados, pueden ser objeto de privilegio las cosas muebles y las inmuebles; que los privilegios se dividen en generales y especiales, y que cada ley fija el orden de los privilegios, determinando la prelación entre ellos en caso de concurrencia. No entramos en pormenores, porque no creemos útil ocuparnos de ellos, proponiéndonos sólo examinar algunas cuestiones que pueden surgir en este asunto, y resolver las dificultades que surjan respecto de cada uno de los privilegios sobre las cosas muebles.

Admitimos, siempre en principio, que la *lex rei sitæ* es la que debe determinar los créditos que pueden ser privilegiados en caso de concurso, puede suscitarse la duda de si el privilegio debe admitirse en el supuesto de que el crédito haya tenido su origen bajo el imperio de una ley que no atribuya privilegio alguno al mencionado crédito, ó que atribuyéndolo restrinja su extensión. A primera vista podría parecer que uno que hubiese adquirido un derecho de crédito bajo el imperio de una ley que no le atribuyese derecho alguno de preferencia, no podría gozar de tal beneficio, cuando obrase contra los bienes del deudor que estuviesen en un país donde según la ley su crédito fuese privilegiado. Sin embargo, esta duda desaparecerá, teniendo en cuenta

que la autonomía de las partes interesadas, y el convenio expreso ó tácito entre ellas no entra para nada en esta materia, sino que, por el contrario, la protección de los intereses generales es la que aconseja al legislador atribuir á un crédito dado, en atención á su naturaleza y cualidad, una consideración especial, al verificarse el concurso de acreedores sobre bienes existentes en su jurisdicción. Debe, por lo tanto, mirarse como cosa indiferente el que haya tenido origen el crédito bajo el imperio de esta ó de aquella ley, puesto que, dependiendo todo de la naturaleza y de la cualidad del crédito, y del beneficio atribuído en caso de concurso de acreedores, teniendo en cuenta dicha naturaleza y cualidad, todo debe también subordinarse á la ley del lugar donde los bienes radican y donde tiene lugar el concurso de acreedores que reclaman contra dichos bienes.

Por la misma razón la citada ley es la que debe determinar la extensión del privilegio. Por consiguiente, los gastos ocasionados, por ejemplo, en Italia durante la enfermedad de un individuo, dado que llegue á verificarse el concurso de acreedores relativo á los bienes del deudor común residente en Francia, deberán ser privilegiados en armonía con lo que dispone la ley francesa, y no dentro de los límites fijados por el Código civil italiano. Con arreglo á éste (artículo 1.956, número 3.º), los antedichos gastos están entre los que gozan el privilegio general sobre los bienes muebles, pero el legislador los limita á los hechos durante los últimos seis meses de la vida del deudor, no gozando, pues, de las mismas ventajas, los que pasan de este tiempo. Según el Código francés, por el contrario, disfrutan de este privilegio sin limitación de tiempo, todos los gastos hechos por enfermedad, aunque esta exceda de la duración de seis meses. Teniendo siempre presente que el privilegio depende de la ley, la cual determina en el caso de concurso de acreedores, atendiendo á proteger los intereses generales, cómo debe distribuirse entre ellos el valor de los bienes pertenecientes al deudor para satisfacer la deuda de cada uno, se desprende lógicamente de aquí, que compete al legislador del país donde los bienes están sitos y cuyo precio debe distribuirse el determinar no sólo la prelación que en favor de alguno debe establecerse para el pago, sino

también la extensión del crédito á que tal ventaja se atribuye.

Perseverando en este orden de ideas, se comprende fácilmente que el privilegio sobre la universalidad de los muebles no puede hacerse extensivo á los existentes en países extranjeros. No vale aducir para sostener la opinión contraria, que el patrimonio mobiliario de una persona, considerado como universalidad, debe seguir la condición de la persona y regirse por una sola ley como la persona misma á que pertenece, puesto que partiendo siempre del principio expuesto respecto del fundamento del privilegio y de su origen, y considerando que no entra por nada la voluntad del propietario en esta materia, se llega á la conclusión de que, el privilegio procedente de una ley no puede extenderse á los bienes que están bajo la jurisdicción de distinta soberanía. Es, por lo tanto, necesario admitir en este punto como absoluta y exclusiva, la autoridad de la ley territorial, y por consiguiente, que aun los privilegios sobre la totalidad de los muebles deben regularse por la ley de cada Estado respecto de los que efectivamente se hallen en su territorio, y que ni la ley del lugar donde el crédito tuvo su origen, ni la del domicilio del propietario, pueden influir sobre los bienes existentes en Estado extranjero, debiendo someterse bajo este respecto en absoluto á la *lex rei sitæ*.

De estos mismos principios se infiere que la disposición, en cuya virtud pueden establecerse privilegios generales subsidiariamente sobre el valor de los muebles del deudor con preferencia á los acreedores quirografarios, no puede tener aplicación, sino en el solo caso en que el privilegio se derive de la misma ley vigente en el lugar donde el inmueble se encuentra. Esta disposición pertenece igualmente á las que regulan el concurso de los acreedores que ejercitan sus acciones sobre los bienes anteriores á los actos ejecutivos para dividirse su valor, y ya hemos dicho que este asunto debe subordinarse á la autoridad absoluta de la *lex rei sitæ*.

935. El privilegio del arrendador merece una consideración especial.

Su origen se eleva al Derecho romano, que concede al arrendador de un fundo ó de una casa la garantía del pago de los al-

quileres y de las obligaciones resultantes del contrato sobre los muebles que el arrendatario había introducido en la casa alquilada y los frutos producidos por el fundo. Considerábase este derecho como consecuencia de una convención tácita, y por él podía constituirse la prenda ó la hipoteca tácita, *ex jure utimur ut que in prædia urbana inducta, illata sunt, pignori esse credantur quasi id tacite convenerit* (1). *In prædiis rusticis fructus qui ibi nascuntur tacite intelliguntur pignori esse domino fundi locati, etiamsi nominatim id non convenerit.* (2)

Debiendo reputarse fundado este derecho en la convención tácita, parece que debería depender de la ley del contrato. Es preciso, no obstante, considerar que el principio general, en virtud del cual todos están obligados personalmente á responder del cumplimiento de sus obligaciones con la totalidad de sus bienes muebles ó inmuebles, presentes ó futuros (de donde puede colegirse que los bienes del deudor son la garantía común de sus acreedores, á los cuales compete el derecho de distribuirse su precio en igualdad de condiciones), es un principio de orden público y de razón universal, y una regla imperativa á la cual no pueden sustraerse los bienes que se encuentran bajo el dominio de la ley territorial, excepto el caso en que, según la misma ley, se deba admitir alguna causa legítima de preferencia entre los acreedores. Aplicando este principio, es evidente que el privilegio sobre los muebles introducidos en la casa concedido al arrendador, y procedente de la ley, sólo puede valer en el caso de que los objetos, respecto de los cuales se alega la preferencia, existan bajo el imperio de la misma ley. Por consiguiente, sería inútil invocar la del contrato para sostener este derecho de preferencia en la hipótesis de que los muebles se hubiesen transportado á otro país, y por lo tanto, estuviesen bajo la jurisdicción de otra ley.

936. Sólo podemos conceder que cuando ocurra que el arrendatario haya sacado los muebles introducidos en la casa y

(1) L. 4, Dig., *In quibus causis pignus vel hypotheca tacita contrahitur.*

(2) L. 7.ª Dig., *eodem.*

los haya transportado al extranjero, el derecho atribuido por la ley del contrato de secuestrar estos muebles, podría reconocerse á tenor de dicha ley, con tal que no hubiesen adquirido los terceros ningún derecho sobre los muebles, conforme á la ley extranjera.

Para aclarar nuestro pensamiento, nos referiremos al Código italiano, que en el art. 1.958, núm. 3.º, no sólo atribuye al arrendador el privilegio sobre los muebles que están en la casa ó fundo arrendado, sino que dispone también que compete al arrendador secuestrar los muebles afectos al privilegio, cuando hayan sido transportados á otra parte sin su consentimiento. Ahora bien: suponiendo que se hubieran transportado al extranjero los dichos muebles, y que no hubiese transcurrido el plazo útil para llevarse á cabo el secuestro de los mismos, dado que no hubiesen adquirido terceras personas derechos sobre ellos después de su traslación, con arreglo á la *lex rei sitæ*, parécenos que el derecho á exigir y obtener el secuestro podría estar bien fundado en la ley italiana. Decimos esto, porque aun admitiendo que el secuestro es el medio útil para apoderarse de los muebles y hacer valer el privilegio sobre ellos según la ley italiana, sin embargo, el secuestro, considerado en sí mismo, no es un privilegio sino más bien una forma de relaciones consensuales que tienen su origen en la ley del lugar donde se encuentra la cosa ó fundo arrendado, relaciones que deben respetarse, siempre que pueda hacerse sin perjuicio de los derechos de terceros, adquiridos bajo el imperio de la ley extranjera.

937. Juzgamos también oportuno llamar la atención hacia el privilegio que según ciertas leyes se atribuye á los coherederos sobre los inmuebles de la sucesión, para garantir la división hecha entre ellos, y la indemnización en caso de diferencia de los lotes. Este privilegio está consignado en el art. 2.103, número 3.º del Código civil francés. Es preciso notar, sin embargo, que atendiendo á proteger los derechos de los sucesores y teniendo por objeto que se dé á los coherederos, en proporción á los derechos de cada uno, la cuota de la herencia que les corresponda, forma parte integrante del derecho sucesorio y debe regirse por los mismos principios que regulen la sucesión, y no por los que gobiernen los privilegios en el concurso de acreedores

que, considerados en sus respectivas relaciones, vienen á ser terceras personas. El principio en virtud del cual debe admitirse que la ley reguladora de las sucesiones y de los derechos relativos á los coherederos debe ser la ley del *de cuius*, debe también servir para establecer las garantías reales para la protección de los derechos que á cada uno pertenecen en la herencia, y á la seguridad de las cuotas atribuidas en la división. Por tales razones, decimos que todo debe depender de la ley que regule la sucesión, y que, por consiguiente, las reglas que hemos establecido tocante á los privilegios, no pueden aplicarse en lo concerniente al pago de la indemnización y de las cuotas entre los coherederos, porque las primeras se refieren á terceros en caso de concurso, y no pueden reputarse tales los coherederos en sus mutuas relaciones.

Ahora debemos examinar un caso completamente especial de concurso de acreedores hipotecarios, que puede tener lugar en un sistema de leyes que, á semejanza del Código civil italiano, admita la subrogación hipotecaria legal (1).

(1) El Código civil italiano ha sancionado un principio verdaderamente nuevo respecto de la acción que nace de la hipoteca, que con razón se ha considerado como una de las más felices aspiraciones del espíritu jurídico. Según el Derecho romano, el acreedor pignoraticio podía dirigir su acción sobre cualquiera de las cosas pignoradas, sin preocuparse de si algún otro acreedor, que tenía también la garantía real sobre la misma cosa, era denegado por haber pretendido apropiársela, tomando todo su valor para ser pagado de su crédito *Creditoris arbitrio permittitur ex pignoribus sibi obligatis quibus velt distractis ad suum commodum pervenire*. (Ley 8, Dig. de distractione pignorum et hyp., 20 5). Algunos escritores han creído hallar en el Código civil francés el principio de la subrogación legal hipotecaria, en la disposición del art. 1.251, pero no puede realmente sostenerse la aplicación de dicho artículo para admitir la subrogación hipotecaria legal, que en esencia es un privilegio especial establecido en virtud de la ley en favor del acreedor hipotecario, perjudicado y reconocido también en el sistema del Código civil italiano, sin que se exija el requisito de que el acreedor perjudicado haya pagado efectivamente al acreedor anterior. La subrogación que pueda tener lugar en virtud del art. 1.251 del Código civil francés, concuerda con la disposición sancionada en el art. 1.253 núm. 1.º del Código civil italiano.

938. Al regular el legislador italiano el orden de las hipotecas y el grado de los acreedores hipotecarios en caso de concurso, tiene en cuenta en el art. 2.011 la hipótesis de un acreedor que haya inscrito regularmente una hipoteca sobre varios inmuebles, y que, pudiendo ejercitar su acción sobre cualquiera de ellos, prefiera expropiar aquel sobre el cual también se estableció hipoteca en favor de un acreedor posterior, y que, apoderándose de todo el precio del inmueble, ó de su mayor parte, coloque al acreedor posterior en situación de no poder ser pagado sobre el inmueble que se le hipotecó.

En dichas circunstancias, dispone el legislador que, cuando la hipoteca del acreedor expropiante se extienda á otros inmuebles y el acreedor que tiene la hipoteca sólo sobre el inmueble expropiado por el anterior acreedor sufra perjuicios por haberse pagado con el precio del inmueble á dicho acreedor anterior, puede ser subrogado en la hipoteca que pertenecía al acreedor satisfecho sobre los otros inmuebles del deudor común, á fin de ejercitar la acción hipotecaria sobre los mismos, y ser preferido á los acreedores posteriores en grado á su inscripción (1).

Pero ni en uno ni en otro se ve tan claro el concepto de la subrogación legal como en el art. 2.011 del Código civil italiano, que realmente contiene un derecho nuevo, el cual se resume en atribuir, en virtud de la disposición legislativa, un privilegio especial al acreedor hipotecario perjudicado, sin que se presuponga pago alguno efectivo de su parte, y sin necesidad de recurrir á la ficción legal del pago para atribuirlo.

(1) He aquí el texto de la disposición del mencionado art. 2.011: «El acreedor que tenga hipoteca sobre uno ó varios inmuebles, cuando se encuentre con pérdidas por haberse satisfecho sobre el precio de los mismos al acreedor anterior, si la hipoteca de éste se extendiese á otros bienes, el acreedor que haya experimentado la pérdida, se entenderá subrogado en la hipoteca perteneciente al acreedor satisfecho, y podrá hacer la anotación correspondiente, conforme al art. 1.994, al efecto de ejercitar la acción hipotecaria sobre los mismos inmuebles, y ser preferido á los acreedores posteriores á dicha inscripción.

«El mismo derecho corresponderá á los acreedores que experimenten perjuicios á consecuencia de la subrogación mencionada.»

El concepto jurídico de la subrogación hipotecaria, según el Código civil italiano, es el de considerar todos los inmuebles gravados con hipoteca como objeto común del derecho real hipotecario de los diversos acreedores, de modo que se repute á éstos, en caso de concurso, como codeudores solidarios. Admitiendo el principio de que la hipoteca es indivisible, el legislador ha templado sus consecuencias al aplicarlo en el sentido de que, cuando por voluntad del acreedor, éste hubiese preferido ejercitar su acción hipotecaria sobre determinados bienes, rechazando de este modo al acreedor hipotecario posterior que tenía su garantía real sobre los mismos bienes, dicho acreedor recusado adquiere, por beneficio de la ley, el derecho de ser subrogado al acreedor pagado. Atribuyendo el legislador el mismo derecho á los acreedores perjudicados á consecuencia de dicha subrogación legal, y colocandó así á todos los acreedores hipotecarios en situación de ejercitar su acción en su mutua concurrencia, sin alterar el orden de prelación, es fácil comprender que la mencionada disposición debe contarse entre las concernientes al concurso de acreedores sobre inmuebles, en caso de ejecución forzosa, y que, por lo tanto, debe aplicarse á todas las hipotecas constituídas sobre inmuebles sitos en Italia, cualquiera que sea el título de que se derive el derecho hipotecario, y cualquiera que sea la ley en que pueda reputarse fundado tal derecho.

A todas las razones expuestas, por las cuales debe admitirse la autoridad absoluta de la *lex rei sitæ*, puede añadirse la de que el fundamento jurídico de la subrogación legal hipotecaria es un principio de equidad, y por lo tanto, se debe admitir la autoridad territorial de la ley en este punto. A la misma conclusión se llegaría si se quisiese considerar la subrogación hipotecaria fundada en el derecho de subrogación legal para el pago, como el que se deriva del art. 1.251 del Código francés, porque debiendo regirse la subrogación legal para el pago por la ley del lugar donde se realice, se llegaría también á la misma conclusión de que debía admitirse en absoluto, en esta materia, la ley territorial, prescindiendo de la naturaleza y origen del crédito hipotecario.

CAPITULO X

De la propiedad literaria y artística.

939. Concepto de la propiedad literaria.—940. Si se debe admitir su protección solamente en favor de los ciudadanos.—941. Si el derecho de propiedad literaria debe protegerse en los países extranjeros.—942. Doctrina de los escritores bajo este respecto.—943. Sistemas sancionados por las legislaciones vigentes en los diversos Estados.—944. Autoridad territorial de las leyes relativas á la propiedad literaria.—945. Cómo debe entenderse y aplicarse la regla de la reciprocidad.—946. Si deben gozar de la protección legal las obras hechas por fotografía.—947. Solución de la cuestión en armonía con el derecho internacional privado.—948. Los mismos principios deben servir para las obras realizadas por medios desconocidos hasta ahora.—949. Aplicación de las leyes para determinar el carácter de la falsificación.—950. Controversia acerca de la falsificación de las composiciones musicales hechas por medios mecánicos (órganos musicales)—951. Principios para determinar cuándo se puede reconocer el derecho de autor en el extranjero.—952. De la protección internacional del derecho de traducción.—953. Convención realizada en 1886 para proteger las obras literarias y artísticas.

939. Los principios que hemos expuesto para determinar la ley que debe regular los derechos del propietario en las cosas de su pertenencia en lo que concierne al ejercicio y protección de los mismos, no pueden reputarse suficientes para resolver las cuestiones que atañen á los relativos á los productos del pensamiento y del arte, que también pertenecen á su autor, puesto que forman parte del patrimonio moral de cada uno, constituyendo el derecho personal más sagrado, más legítimo y más digno de protección.

Las leyes han calificado los productos del pensamiento y del

El concepto jurídico de la subrogación hipotecaria, según el Código civil italiano, es el de considerar todos los inmuebles gravados con hipoteca como objeto común del derecho real hipotecario de los diversos acreedores, de modo que se repute á éstos, en caso de concurso, como codeudores solidarios. Admitiendo el principio de que la hipoteca es indivisible, el legislador ha templado sus consecuencias al aplicarlo en el sentido de que, cuando por voluntad del acreedor, éste hubiese preferido ejercitar su acción hipotecaria sobre determinados bienes, rechazando de este modo al acreedor hipotecario posterior que tenía su garantía real sobre los mismos bienes, dicho acreedor recusado adquiere, por beneficio de la ley, el derecho de ser subrogado al acreedor pagado. Atribuyendo el legislador el mismo derecho á los acreedores perjudicados á consecuencia de dicha subrogación legal, y colocandó así á todos los acreedores hipotecarios en situación de ejercitar su acción en su mutua concurrencia, sin alterar el orden de prelación, es fácil comprender que la mencionada disposición debe contarse entre las concernientes al concurso de acreedores sobre inmuebles, en caso de ejecución forzosa, y que, por lo tanto, debe aplicarse á todas las hipotecas constituídas sobre inmuebles sitos en Italia, cualquiera que sea el título de que se derive el derecho hipotecario, y cualquiera que sea la ley en que pueda reputarse fundado tal derecho.

A todas las razones expuestas, por las cuales debe admitirse la autoridad absoluta de la *lex rei site*, puede añadirse la de que el fundamento jurídico de la subrogación legal hipotecaria es un principio de equidad, y por lo tanto, se debe admitir la autoridad territorial de la ley en este punto. A la misma conclusión se llegaría si se quisiese considerar la subrogación hipotecaria fundada en el derecho de subrogación legal para el pago, como el que se deriva del art. 1.251 del Código francés, porque debiendo regirse la subrogación legal para el pago por la ley del lugar donde se realice, se llegaría también á la misma conclusión de que debía admitirse en absoluto, en esta materia, la ley territorial, prescindiendo de la naturaleza y origen del crédito hipotecario.

CAPITULO X

De la propiedad literaria y artística.

939. Concepto de la propiedad literaria.—940. Si se debe admitir su protección solamente en favor de los ciudadanos.—941. Si el derecho de propiedad literaria debe protegerse en los países extranjeros.—942. Doctrina de los escritores bajo este respecto.—943. Sistemas sancionados por las legislaciones vigentes en los diversos Estados.—944. Autoridad territorial de las leyes relativas á la propiedad literaria.—945. Cómo debe entenderse y aplicarse la regla de la reciprocidad.—946. Si deben gozar de la protección legal las obras hechas por fotografía.—947. Solución de la cuestión en armonía con el derecho internacional privado.—948. Los mismos principios deben servir para las obras realizadas por medios desconocidos hasta ahora.—949. Aplicación de las leyes para determinar el carácter de la falsificación.—950. Controversia acerca de la falsificación de las composiciones musicales hechas por medios mecánicos (órganos musicales)—951. Principios para determinar cuándo se puede reconocer el derecho de autor en el extranjero.—952. De la protección internacional del derecho de traducción.—953. Convención realizada en 1886 para proteger las obras literarias y artísticas.

939. Los principios que hemos expuesto para determinar la ley que debe regular los derechos del propietario en las cosas de su pertenencia en lo que concierne al ejercicio y protección de los mismos, no pueden reputarse suficientes para resolver las cuestiones que atañen á los relativos á los productos del pensamiento y del arte, que también pertenecen á su autor, puesto que forman parte del patrimonio moral de cada uno, constituyendo el derecho personal más sagrado, más legítimo y más digno de protección.

Las leyes han calificado los productos del pensamiento y del

arte como una propiedad, admitiendo que debe atribuirse al autor de los mismos bajo ciertas condiciones determinadas por la ley, un derecho igual al que todos tienen sobre todas y cada una de las cosas que forman parte de su patrimonio, y de este modo aquellos productos se han considerado como propiedad de su autor, habiendo enumerado las legislaciones, entre las varias formas de propiedad, la literaria y la artística, comprendiendo bajo esta denominación todos los productos del pensamiento humano, cualquiera que sea su naturaleza, esto es, las producciones literarias, artísticas y científicas, como son los libros, las obras dramáticas, las de dibujo, pintura, escultura, arquitectura, música, y cualquier otra forma externa de manifestación, ya sea obra de descubrimiento, ya de invención ó una mera producción del ingenio.

No han faltado quienes con razones, á nuestro modo de ver, preferibles, han negado á las producciones del pensamiento el carácter de propiedad, considerando que la idea no puede ser un objeto sobre el cual pueda admitirse el derecho absoluto y exclusivo de aquel que haya llegado antes que los demás á concebirla y exteriorizarla. Toda idea pertenece á la tradición, y cada una de ellas, considerada en su evolución, puede mirarse como patrimonio común de la humanidad. El genio no crea las ideas, sino que las encuentra formadas por una elaboración lenta y sucesiva, sin que su esfuerzo para entenderlas y formularlas pueda originar en su favor y en provecho propio, el derecho de que se reconozca como una propiedad exclusiva lo que él había encontrado en el patrimonio común y en la tradición. Las mismas leyes que han atribuído el carácter de propiedad á las producciones del pensamiento, por el mero hecho de admitir que el derecho de propiedad del autor debe limitarse en su duración, han venido á reconocer que el carácter esencial de la propiedad, según el derecho común, esto es, el de ser un derecho absoluto y de duración ilimitada, falta en la llamada propiedad literaria y artística.

Por otra parte, es necesario hacerse cargo de otro punto en la discusión de la naturaleza del derecho, que el autor de una obra de ingenio tiene sobre su producción, á saber: si consiste en un

derecho de propiedad ó en un derecho de recompensa por el servicio prestado (1). Sobre todo, bajo el punto de vista que nosotros vamos á ocuparnos de esta materia, no puede tener objeto el discutir tal cuestión, puesto que estando los unos y los otros acordes en ver en las producciones del ingenio un derecho que la ley civil debe regular y proteger, y sancionando las leyes de todos los países preceptos para regular y proteger los derechos del autor, bástanos esto para discutir en lo que respecta á la autoridad de dichas leyes, á la extensión de las reglas por ellas sancionadas, y á la protección que han concedido en lo tocante á los efectos que pueden derivarse en las relaciones internacionales. Trataremos por lo tanto esta cuestión, adoptando, para mayor brevedad, la expresión de propiedad literaria y artística, sin aceptar por esto el concepto de los que atribuyen el carácter de propiedad á las producciones del ingenio (1).

910. La primera cuestión que en este punto puede surgir, es la de si concediendo que la ley de un Estado atribuya un derecho de protección á las producciones del pensamiento, reconociendo en ellas, bajo ciertas condiciones determinadas por la misma ley, derechos iguales á los que nacen de la propiedad según el derecho común, todo lo que la misma disponga en tal concepto, debe sólo aplicarse en principio á los ciudadanos del Estado, ó si por el contrario, deben también serlo á los extranjeros,

(1) Véase Filomusi, *Enciclopedia giuridica*, 3.^a edición, párrafo 40, que sostiene el concepto de propiedad; Cabagnari, *La filosofia del Diritto é la proprie á letteraria*; Miraglia, *Filosofia del Diritto*, cap. 8.^o, p. 237. Este combate el concepto de propiedad.

(1) Conf. *Congrès de la propriété littéraire tenu à Bruxelles* 1858; Foucher, *Annales de la propriété littéraire*. 1858; *Congrès international de la propriété littéraire*; *Congrès de la propriété industrielle*; *Congrès de la propriété artistique tenu à Paris pendant l'Exposition Universelle en 1878*; Villefort, *De la propriété littéraire et artistique au point de vue international*; Couhim, *Le régime international de la propriété industrielle, artistique et littéraire*; Darros *Du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux*; Amar, *Della proprietà letteraria e dei diritto degli artisti in Italia e all'estero*.

considerando al autor de la obra merecedor de igual protección, sin que para nada éntre su cualidad de ciudadano ó de extranjero.

El principio que hemos asentado de que el ser ciudadano ó extranjero debe ser indiferente para la adquisición de los derechos privados, conforme á la ley territorial, en todos los casos en que ésta no exija taxativamente dicha cualidad de ciudadano como condición para el goce del derecho, debe también servirnos para llegar á la conclusión de que, dado que el derecho de propiedad literaria se quisiera considerar como una creación de la ley civil, no podría negársele á los extranjeros que hubiesen observado todo lo que la ley dispone para la adquisición del derecho, disfrutar de él bajo las condiciones determinadas por la ley. No podría excluirse con efecto la autoridad territorial de aquella; y por otra parte, el hecho jurídico de haber producido y publicado en la prensa, ó por otros medios, una obra, y observado todo lo que la ley dispone para obtener la protección, debe reputarse suficiente para exigir y obtener su aplicación sin preocuparse de si el autor de la obra es ciudadano ó extranjero. Ninguna duda ha surgido respecto de esta materia, ni aun en lo que se refiere al derecho francés, que considera, por regla general, reservado á los ciudadanos el goce de los derechos civiles, sobre todo después de la publicación de la ley de 1810 y del decreto de 1852. Laurent (1), sin embargo, sostiene que sin dicha ley y decreto, estando á lo que el Código dispone, y debiéndose enumerar la propiedad literaria entre los derechos civiles, hubiera podido contarse entre los reservados á los ciudadanos.

941. La cuestión más grave que puede surgir es la de si la protección de los derechos que, como ya hemos dicho, puede derivarse de la ley territorial, debe limitarse á los confines del territorio, ó si, por el contrario, aquel que ha adquirido el derecho de propiedad literaria puede exigir que el atentado contra tal derecho, mediante la falsificación y la publicación, se considere como un delito ó atentado contra los derechos relativos á la

(1) *Droit civil intern.* III, § 325, p. 371.

persona, aun cuando el hecho tenga lugar en país extranjero. Supuesto que el autor de una obra científica haya adquirido el derecho de propiedad literaria, en virtud de la ley ¿podrá ser admitido á hacer valer el derecho de propiedad en otro país, y exigir su protección contra cualquiera que atente al mismo, falsificando y publicando la obra que le pertenece? En otros términos, ¿debe considerarse la propiedad literaria y artística adquirida legítimamente según la ley territorial, como un derecho territorial respecto de la persona á quien pertenece, ó debe, por el contrario, considerarse como un derecho internacional, en el sentido de atribuir al autor la facultad de impedir el atentado y la falsificación, valiéndose de la ley vigente en el país donde aquélla se ha llevado á cabo?

Esta cuestión no podría surgir en la hipótesis de que la ley territorial no concediese ninguna protección á los autores de obras, ni admitiese, por consiguiente, ningún derecho de propiedad literaria; puesto que en dichas circunstancias, como quiera que el extranjero no podría ser admitido á hacer valer un derecho que jurídicamente no existiría, según la ley territorial, ni podría invocar útilmente la ley extranjera en que estuviese fundado su derecho, con objeto de ser considerado en mejor situación que la de los ciudadanos del Estado, se inferiría de aquí que el derecho de propiedad literaria, aunque bien adquirido en virtud de la ley del país en que se hubiese dado á luz la obra, no podría subsistir en frente de la ley territorial.

La cuestión puede suscitarse, por el contrario, en el caso de que la ley del Estado reconozca el derecho de propiedad literaria y lo proteja, impidiendo las falsificaciones y calificándolas de delito punible. La falsificación de una obra cuya propiedad literaria ha adquirido un autor en virtud de la ley del país extranjero, llevada á cabo en el territorio del Estado que califique de delito el atentado á la propiedad literaria, ¿deberá reputarse tal si tiene por objeto falsificar una obra cuya propiedad se ha adquirido legalmente en virtud de ley extranjera? La falsificación, que es una especie de hurto cometido en perjuicio del autor, ¿deberá perder sus caracteres de delincuencia y dejar de reputarse como un hurto, sólo porque se cometa contra la propie-

dad literaria extranjera? Este es el verdadero punto de vista de la discusión.

942. Al resolverla, se han dividido los escritores en distintos pareceres, diversidad que se refleja en los sistemas sancionados por los legisladores.

Los que han considerado la propiedad literaria como una creación de la ley civil, han dado tanta importancia á la ley territorial en este punto, que han creído fundada la misma protección, no ya en el respeto que se debe á los derechos de la persona y al producto del trabajo, sino, por el contrario, en el interés territorial. El mismo Tribunal de París, en sentencia de 22 de Noviembre de 1853, dice que la protección es la recompensa por las ventajas y algunas veces también por la gloria que una publicación proporciona al país. De aquí nació, pues, el concepto de reputarlo completamente territorial, admitiendo que la soberanía no puede prestar protección sino á las obras estampadas en el país propio (1); que las obras publicadas en el extranjero deben considerarse del dominio público, y que cualquiera tiene derecho á reproducirlas, porque tal hecho no puede constituir por sí mismo falsificación punible, no debiendo considerarse como delito sino la falsificación de las obras protegidas por la ley, esto es, de las estampadas en el territorio de cada Estado (2).

Otros, por el contrario, han observado, con razón, que el derecho de propiedad de los autores, cuando esté reconocido y protegido por la ley, no puede depender de la circunstancia de que la obra se haya publicado en este ó en el otro lugar. Cuando se trataba de reformar la legislación vigente en Francia, bajo este respecto, en la relación dirigida á Napoleón III, se decía ser un inconveniente grave, que el extranjero que podía adquirir y po-

(1) Renouard, *Traité des droits des auteurs*, II, núm. 73; Merlin, en la voz *Contrefaçon*.

(2) En la citada sentencia del Tribunal de París se dice lo siguiente: «Si la propiedad consagrada en beneficio de los autores, tiene su principio en la composición misma, de la publicación es de donde nace respecto de terceros su existencia legal y sus prerrogativas». *Journal du Palais*, 1854, p. 174.

seer bajo la protección de las leyes las cosas muebles y las inmuebles, no pudiera impedir la usurpación de sus obras, hecha por medio de la falsificación, llegando á concluir que tal estado de cosas era, no sólo contrario á los principios del derecho, sino también á los de la justicia universal. Esto, no obstante, partiendo del principio de que las reglas del derecho deben aplicarse á los extranjeros, teniendo en cuenta los temperamentos sujeridos por la prudencia política y por la necesidad de proteger los intereses nacionales, sosteníase por otra parte, que era preciso regular esta materia de la propiedad literaria en el extranjero por medio de tratados, ó lo que es lo mismo, que no se debía conceder la protección de los derechos de propiedad nacidos de leyes extranjeras, sino subordinándose á la condición de la reciprocidad.

No han faltado, sin embargo, sostenedores del principio más liberal, esto es, del que admite el derecho internacional de la propiedad literaria, como un derecho absoluto é independiente de la condición de reciprocidad. En el Congreso internacional reunido en Bruselas en 1858, que fué de los primeros en estudiar á fondo bajo el aspecto jurídico, literario, diplomático y económico, la cuestión del reconocimiento internacional de la propiedad literaria y artística, se proclamaron los principios que después han servido de base á las legislaciones modernas más liberales, sosteniendo que el reconocimiento internacional de la propiedad literaria, debe admitirse entre los Estados, aun prescindiendo de la reciprocidad; que debe ser absoluta y completa la asimilación de los autores extranjeros con los nacionales, y que los autores extranjeros no deberán estar obligados á observar las formalidades especiales que la ley de cada Estado requiere, para tener opción á invocar el respeto de su propiedad, debiéndose reputar suficiente que la propiedad haya sido atribuida según la ley del país donde se haya llevado á cabo la publicación original y se hayan allí cumplido las formalidades requeridas.

943. Las leyes publicadas en los diferentes Estados se han inspirado en los principios de los unos y de los otros, sin que pueda decirse todavía que haya llegado á tener realidad el voto for-

mulado en el mencionado Congreso de Bruselas de 1858, de que todos los países civilizados se pondrían de acuerdo para adoptar respecto de la propiedad literaria y artística una legislación común, fundada en principios uniformes de derecho. Mucho se ha adelantado, sin embargo, en el camino del reconocimiento de los principios liberales. Las legislaciones de los diferentes países se han modificado, en efecto, en el sentido más favorable al respeto debido á la propiedad literaria extranjera; se han concluido muchos tratados para protegerla mejor en la práctica, y la creación de una unión internacional, para la protección de las obras literarias y artísticas, efectuada mediante el convenio llevado á cabo el 9 de Septiembre de 1886 entre varios Estados es ya un acontecimiento muy importante que responde á las generales aspiraciones de establecer un derecho uniforme en dicha materia (1).

Entre las leyes inspiradas en los principios liberales, debe mencionarse en primer término la belga de 22 de Marzo de 1886, que funda la prerrogativa del autor para impedir que se reproduzca sin su autorización, de cualquier manera y bajo cualquier forma que se haga, la obra literaria y artística realizada por él, en un principio verdaderamente científico y nuevo, que consiste en considerar la producción de una cosa que antes no existía como una creación intelectual, principio de que nace el derecho personal, que aquel legislador atribuye al autor, de impedir á toda otra persona apropiarse y reproducir su creación intelectual. Partiendo de este concepto, el legislador belga atribuye al autor el derecho exclusivo sobre su propia obra, considerándola como un valor mueble que pertenece al propio productor, y, por lo tanto,

(1) Véanse también las noticias particulares acerca de la convención del 9 de Septiembre de 1886, Clunet, *Etude sur la Convention d'union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*; Soldain, *Etudes théoriques et pratiques de droit international privé; des droits intellectuelles; du droit des auteurs et des artistes dans les rapports internationaux*, y la otra obra del mismo escritor: *Commentaire de la Convention de Verne du 9 de Septiembre 1886*; Pradier-Fodéré, *Traité de droit international public*, t. IV, § 282.

admite no sólo el derecho exclusivo á gozar del mismo, sino también el de cederlo ó transmitirlo, en todo ó en parte, según las reglas del Código civil, y reconoce este derecho en beneficio de los herederos ó de los que lo tienen, durante cincuenta años después de la muerte del autor. La ley belga no subordina, por lo tanto, la protección del derecho del autor á la reciprocidad, y viene así á establecer que este derecho no puede reputarse como una creación de la ley, sino que más bien debe considerarse como un derecho natural y personal, sagrado como la persona misma á quien pertenece, por lo cual excluye toda diferencia entre el ciudadano y el extranjero, y, por consiguiente, niega que pueda estar en las atribuciones del legislador el subordinar á la condición de la reciprocidad el respeto debido al derecho del autor (1).

La mayor parte de las demás leyes admiten que la propiedad literaria y artística debe reconocerse independiente de todos los tratados, pero subordinan el goce de los derechos que de ella se derivan á la condición de la reciprocidad. Así lo hace la ley española de 12 de Enero de 1879 (2), la suiza de 23 de Abril de 1883 y el texto único de las leyes sobre los derechos de autor, publicado por decreto de 19 de Septiembre de 1882 para Italia, que en el art. 44 establece también la condición de la reciprocidad preceptuada por la ley ó prometida por el Estado extranjero (3).

(1) Conf. el artículo del diputado Borchgrave, en el *Journal international privé*, 1887, p. 403.

(2) *Ley de propiedad intelectual*. Es de notar que el legislador español admite, por lo que se ve en el mismo título de la ley, el concepto de que los derechos de autor constituyen una propiedad, mientras otras leyes más recientes han rechazado tal concepto.

(3) Las leyes vigentes en Italia sobre este asunto, eran la del 25 de Junio de 1865, núm. 2.337, y otra del 10 de Agosto de 1875, núm. 2.652. Por ley de 10 de Mayo de 1882, núm. 756 (serie 3.ª), se concedió al Gobierno de S. M. la facultad de compilar en un solo texto dichas leyes, y en virtud de delegación legislativa se promulgó el decreto de 1882, que actualmente regula esta materia.

En Francia se garantizó la protección de las obras extranjeras por decreto de 28 de Marzo de 1852, que no subordina realmente la protección á la condición de la reciprocidad, pero sí exige que se observen todas las formalidades requeridas por la ley francesa para disfrutar de los derechos de autor respecto de una obra publicada en Francia; y como, por otra parte, hay que notar que no pueden comprenderse en las disposiciones de este decreto todas las obras del ingenio, se han suscitado muchas dudas en cuanto á la extensión del mismo (1).

Entre las leyes que subordinan la protección de los derechos del autor á los tratados, debemos mencionar la promulgada para el Imperio germánico el 11 de Junio de 1870, que protege los derechos de los autores nacionales, sin distinguir si se han publicado sus obras en Alemania ó en el extranjero, sin admitir la protección respecto de obras publicadas por autores extranjeros fuera del territorio germánico, á no estipularse por un tratado.

944. No creemos oportuno entrar en pormenores, exponiendo las leyes de los diversos Estados, y sólo diremos que de cualquier modo que el legislador de cada país haya estimado oportuno resolver por la propia ley la cuestión de la protección debida á los derechos de autor, no puede ponerse en duda que la ley que promulgare debe tener autoridad exclusiva en el territorio, ya para decidir si al autor corresponde algún derecho de protección, ya para determinar si subsisten las condiciones para admitir el reconocimiento del derecho protegido por la ley, ó para resolver cualquier dificultad tocante á dicha materia. Nos es, por lo tanto, imposible examinar las cuestiones particulares que puedan surgir, porque, establecido el principio de la autoridad territorial de la ley, el resolver cualquiera duda respecto de una ley determinada, debe reputarse asunto de carácter interior. Aquí nos limitaremos á hacer algunas consideraciones generales para aclarar cualquier duda que pueda surgir.

945. En los casos en que la ley de un Estado sancione la protección bajo la condición de la reciprocidad, no puede poner-

(1) Véase el artículo publicado por Renault en el *Journal du droit international privé*, 1878, p. 117.

se en duda, por regla general, que la propiedad literaria extranjera debe protegerse en todos los casos en que se conceda dicha protección por la ley del Estado extranjero donde se adquirió la propiedad; que aun la cuestión de si subsisten ó no los extremos de la reciprocidad, debe resolverse por el Tribunal de cada Estado, teniendo en cuenta los principios vigentes en el mismo, según las leyes y la jurisprudencia. Puede, por lo tanto, suceder que en un caso dado el derecho de un autor sobre una obra publicada en el extranjero pueda ser desconocido por sostener el Tribunal encargado del litigio, que en aquellas circunstancias no era admisible la protección, si se debía aplicar la ley del Estado extranjero á una obra publicada en el Estado. Así, por ejemplo, pueden ser motivos para negar la reciprocidad el que dos leyes no sean uniformes sobre las condiciones para gozar de la protección, y el que una de ellas requiera el depósito de dos ejemplares para garantizar los derechos sobre la obra publicada en el extranjero, condición que no requiere la otra ley; y hay que negar la reciprocidad por la falta de uniformidad entre las dos leyes que conceden la protección á las obras publicadas en el extranjero, respecto de las condiciones que deben concurrir para que sea efectiva la protección de la propiedad literaria extranjera. Así, pues, podría negarse la protección, si el Tribunal apreciase que un medio dado de reproducción no debía considerarse entre los que en caso análogo habian de reputarse prohibidos por la ley extranjera; y omitimos otras hipótesis en las cuales, aduciendo sofismas sobre las diferencias existentes entre las dos leyes y protestando la divergencia, se puede llegar á sostener la negación absoluta de la reciprocidad.

Sin poner en duda, en principio, que debe resolverse dicha cuestión por el prudente arbitrio del Tribunal competente, debemos, no obstante, observar que es de su incumbencia tener presente que, á tenor de los más rectos principios doctrinales y del derecho moderno, la protección de las producciones del ingenio debe tenerse por la mejor fundada en los preceptos racionales, porque tiende á garantir lo que hay de más personal, como es la producción del entendimiento, sagrada é inmaterial como la persona misma. Por lo cual, en nuestro sentir, los Tribunales

deben procurar con empeño interpretar y aplicar la ley siempre del modo más lato y favorable á la protección, antes que restringir su concepto con fines mezquinos, y privar á un individuo, sea ciudadano ó extranjero, de aquello que le pertenece. En Francia, cuando se publicó el decreto de 19 de Julio de 1793, el redactor del mismo dijo con justísima razón, que de todas las propiedades «la menos susceptible de ponerse en tela de juicio, es, sin contradicción, la de las producciones del ingenio, y que si hay algo digno de admirarnos, es la necesidad de tener que reconocer estas propiedades, y asegurar su ejercicio por una ley positiva.» El mismo concepto emitió Chapelier, redactor del decreto de 1791, referente á los espectáculos. «La más sagrada, la más legítima, la más inviolable, y la más personal de todas las propiedades, es la obra, fruto de la inteligencia de un escritor.»

Estos principios, más bien deberían inspirar un amplio criterio en la protección de las obras intelectuales, que su restricción; y de aquí que, en la duda de si hay que considerar una producción determinada como artística ó como material, con objeto de reconocerle ó negarle la protección, debe prevalecer el criterio de atribuir el carácter de producción artística á toda cosa hecha por el hombre, en la cual se revele el pensamiento, el espíritu, el gusto y la mente del autor, de modo que en su conjunto se revele la personalidad del mismo.

946. Puede haber casos en que surja la duda de si una determinada producción debe ó no considerarse como artística, y por ende acreedora á la protección debida á todas las obras del ingenio. Así, por ejemplo, ha sido objeto de largos debates, si la obra realizada por medio de la fotografía ha de reputarse ó no como una obra de arte. Algunos le han negado dicha cualidad, en razón á que el trabajo fotográfico se obtiene por un procedimiento mecánico; opinión sostenida ante el Tribunal de Apelación de París, por el abogado fiscal Oscar De Vallée, en el informe que hizo en 1864, concepto en que también se inspiró la declaración suscrita por varios miembros del Instituto de Francia, con ocasión del proceso que tuvo lugar á consecuencia de la reproducción fotográfica de los retratos del Conde de Cavour y de Lord Palmerston, protestando de que se quisiera asimilar al arte

la producción fotográfica. Lo mismo sostiene el Tribunal del Sena en sentencia de 9 de Enero de 1862, en la cual se dice que las obras producidas con ayuda de medios mecánicos, no pueden en ningún caso asimilarse á las obras intelectuales, ni conferir al industrial que las realiza una propiedad análoga á la del artista que inventa y crea.

Enteramente diverso fué el concepto en que se inspiró el Tribunal de Apelación de París para reformar, en sentencia del 10 de Abril de 1862, la emitida por el Tribunal inferior. «Considerando, dice, que los trabajos fotográficos no deben considerarse, necesariamente y en todos los casos, destituidos de todo carácter artístico, ni contarse en el número de las obras meramente materiales;—Que, en efecto, estos trabajos, aunque obtenidos con ayuda de la cámara oscura y bajo la influencia de la luz, pueden, hasta cierto punto, ser una producción del pensamiento, del genio y de la inteligencia del operario;—Que su perfección, prescindiendo de la habilidad de la mano, puede depender en gran parte, en las reproducciones de paisajes, del punto de vista elegido, de la combinación de los efectos de la luz y de la sombra, y por otra parte, en los retratos, de la posición del sujeto, de saber corregir las actitudes viciosas y de otros accesorios, cosas todas que pertenecen al sentimiento artístico, y que comunican á la producción fotográfica algo de su personalidad. Considerando que si los procedimientos inventados por Daguerre pertenecen al dominio público, pudiendo emplearlos cualquiera, no resulta de aquí, sin embargo, que deban igualmente ser del dominio público los productos realizados con ayuda de estos procedimientos por el arte y la inteligencia del fotógrafo» (1). El Tribunal de casación, denegando el recurso, por sentencia de 28 de Noviembre de 1862 (2), confirmó la teoría del Tribunal de Apelación.

También en Italia ha existido este desacuerdo en la jurisprudencia (3). Las leyes de los diferentes Estados han resuelto

(1) *Journal du Palais*, 1862, pág. 475.

(2) *Journal du Palais*, 1863, pág. 482.

(3) Véase la del Tribunal de Turín de 8 de Febrero de 1868, y la del de Roma de 17 de Julio de 1875, la cual sostiene que la reproduc-

en un sentido y en otro la cuestión de principio, habiendo admitido algunas expresamente, que las producciones fotográficas deben ser objeto de la protección debida á los derechos de autor, como ha hecho la ley de los Estados Unidos de América, de 8 de Julio de 1870, art. 86, y negado otras la asimilación, estableciendo reglas particulares para la protección de las obras fotográficas, como ha sucedido en Alemania, donde se ha promulgado la ley de 10 de Enero de 1876 para regular la protección de las mismas, y en Noruega, donde esta cuestión se regula por una ley especial de 12 de Mayo de 1877.

947. Pasando por alto la cuestión de principios, que nos llevaría fuera del asunto que nos ocupa, sólo observaremos que en lo concerniente á la cuestión en las relaciones internacionales, supuesto que la ley de ambos Estados estableciese en principio la protección de las obras extranjeras del ingenio y del arte, sin acordar expresamente nada respecto de las obras fotográficas, deberán tenerse en cuenta los principios establecidos por la jurisprudencia del país donde la cuestión se suscite, y decidir en su vista si las producciones fotográficas deban ó no comprenderse entre las que forman parte de los derechos de autor, concediéndoles la protección dentro de los límites establecidos por la ley territorial y por la jurisprudencia que la haya interpretado.

En la convención de 9 de Septiembre de 1886, relativa á la protección de las obras literarias y artísticas, no se atribuye ni se niega á los trabajos fotográficos el carácter de obra artística. En efecto, en el protocolo suscrito por los plenipotenciarios que firmaron la convención, se estableció lo siguiente: «Se ha convenido que los países de la Unión, donde no se ha negado á las obras fotográficas el carácter de artísticas, se limiten á admitirlas, á partir del momento en que esté en vigor la Convención concluída con fecha de hoy, en beneficio de sus disposiciones.» No están, por otra parte, obligados á proteger á los autores de

ción litográfica del retrato fotográfico del Papa Pio IX, sin el consentimiento del fotógrafo, no podía reputarse un atentado á los derechos del autor.

dichas obras, salvo los tratados internacionales existentes ó por concluir, que su legislación permita.

Es evidente que, cuando la fotografía sea reproducción de una obra original que forme parte de los derechos de autor, y se haya realizado con la autorización de aquel á quien la obra original pertenece, deberá gozar desde luego de la misma protección que el autor de la obra, porque el fotógrafo, en tal supuesto, podría invocar la protección legal que al autor de la obra pertenece como derecho para poder reproducirla, derecho que aquel le habría cedido para llevar á cabo la reproducción fotográfica.

948. Los mismos principios habrán de aplicarse respecto de las obras producidas por cualesquiera otros medios hasta ahora desconocidos. Siempre que á la obra producida se pueda atribuir el carácter de un trabajo en el cual se revele la inteligencia del autor, deberá incluirse en la categoría de las obras de ingenio, sin que haya de ser razón suficiente para negar la protección la falta de disposición expresa en la ley del otro Estado, que no hubiere incluido dicha obra entre los objetos de los derechos de autor, y por ende la falta de reciprocidad.

949. Otra duda que puede surgir es la que atañe á la naturaleza de los hechos, que podrían motivar la aplicación de la ley, como por ejemplo, para decidir si subsisten ó no los caracteres de la falsificación. En este punto es necesario reconocer como preferente la autoridad de cada ley, y por lo tanto, siempre que surja la discusión de si las penas determinadas por la ley territorial contra el que hubiese atentado á los derechos del autor debían ó no aplicarse, convendrá decidir en armonía con la ley vigente en el Estado donde se hayan verificado la reproducción ó falsificación, con tal que en su aplicación se observen las mismas reglas y criterios que si se hubiese de juzgar en caso de contravención cometida en perjuicio de una obra de origen nacional. Podría, por lo tanto, suceder que debiera reputarse contravención punible un hecho tenido en cuenta por la ley territorial que no se considerase tal en el país mismo donde tuvo su origen.

Consideremos, por vía de ejemplo, los derechos de autor de

una obra musical ó dramática, y supongamos que según la ley de uno ú otro Estado se hubiese sancionado el principio de proteger el derecho de tales obras, supuesta la reciprocidad. Dado que el autor de la obra extranjera haya observado las formalidades requeridas por la ley territorial para estatuir y hacer reconocer su derecho, podría, á nuestro juicio, invocar las garantías legales para los hechos consumados en el Estado violando la ley dominante, y no podría ser razón suficiente el que no castigase de la misma manera la ley del otro país los atentados contra los derechos del autor dramático. Decimos esto, porque opinamos que donde debe buscarse la reciprocidad entre dos países, es en que sus leyes admitan la protección de los derechos de autor de la obra musical ó dramática extranjera, y no en las sanciones penales dictadas para impedir el atentado á los derechos protegidos. Por consiguiente, si según la ley de cualquiera de ambos Estados se hubiese calificado de atentado contra los derechos de autor de la obra musical ó dramática, no sólo la reproducción ó impresión de la misma, sino también la representación, que es una reproducción en público, el autor tendría derecho á exigir la aplicación de la ley territorial contra el que la hubiese hecho representar en público sin su consentimiento. No valdría aducir en contrario el que la ley extranjera no castigase dicha forma de representación ó de ejecución de una obra musical hecha sin el consentimiento del autor, puesto que, como habría que decidirse á tenor de la ley territorial, lo que constituye el atentado, y ya hemos supuesto que con arreglo á la misma es una contravención el representar dichas obras sin consentimiento del autor, claro es que habría que aplicar las disposiciones de la ley territorial relativas á la protección legal de los derechos de autor, debiendo los hechos consumados, donde tal ley impere, legitimar la aplicación de las sanciones penales, sin que valga para rechazarlas aducir el principio de reciprocidad. Esta debe servir para establecer si el derecho ha de considerarse ó no existente, si ha de reputarse ó no merecedor de protección; pero en lo que toca á decidir si hay ó no atentado al derecho protegido, si existe ó no la contravención, y si debe castigarse, esto compete exclusivamente al dominio de la ley territorial, sin que

sea factible ampararse tras del principio de reciprocidad para decidir acerca de la autoridad de la ley.

Por las mismas razones habrá de aplicarse la ley territorial para decidir si la venta de las obras reproducidas ó falsificadas constituye delito punible, y bajo qué condiciones, lo mismo que en las ventas, falsificadas ó reproducidas en el extranjero sin autorización.

950. Una de las cuestiones más debatidas acerca de la falsificación de las obras musicales pertenecientes á un autor, ha sido la suscitada á propósito de la reproducción de una composición musical hecha por medio de procedimientos mecánicos, como son los cilindros respecto de los órganos, sin autorización del autor. El Tribunal de casación francés había considerado como delito de falsificación la reproducción hecha por tal medio en su sentencia de 13 de Febrero de 1863, dictada después de vivas discusiones judiciales (1). El Tribunal de Leipzig admite también dicho principio. No entraremos en detalles por lo que toca á la cuestión de principios, y sólo notaremos que, tanto en esta circunstancia como en cualquier otro caso semejante, debe admitirse la necesidad de decidir conforme á la ley territorial, si el hecho en que el autor funda la demanda para la protección legal del derecho que le corresponde, constituye ó no un atentado al derecho mismo, debiendo, por consiguiente, reco-

(1) Véanse las fases de este proceso, que empezó el 30 de Mayo de 1861, visto ante el Tribunal dei Sena, el de Apelación de París y después por el de Rouen y Orleans, en el *Journal du Palais*, 1863, página 799.—Estimamos conveniente transcribir las razones aducidas por el Tribunal de Orleans: «Puede decirse que la música es una combinación de sonidos, que no puede comercia mente reproducirse sino después de haber adquirido autorización por parte del compositor ó creador; que todo instrumento mecánico que ejecute piezas, fabricado y puesto en venta sin autorización, es un instrumento falsificado, no sólo porque proporciona á su poseedor un medio de apropiarse los pensamientos musicales, de fijar en su memoria los asuntos y melodias, sino también porque este instrumento es por sí mismo un agente directo de ejecución, de emisión, y que da á luz la combinación de sonidos que constituye la obra reservada.»

nocerse que el Magistrado territorial tiene facultades no sólo para decidir, apreciando las circunstancias del hecho, si una obra cualquiera debe reputarse obra de arte ó de ingenio en el sentido legal, sino también para decidir si se han lesionado ó no los derechos garantizados al autor.

En la Convención ya mencionada de 9 de Septiembre de 1886, en el art. 3.º del protocolo, resuélvese la cuestión de principio de la siguiente manera: «Se ha convenido que la fabricación y venta de los instrumentos que sirven para reproducir mecánicamente piezas de música tomadas del dominio privado, no se consideren como constitutivas del hecho de falsificación musical.»

951. Creemos oportuno notar que en todo caso deberá tenerse en cuenta la ley del Estado donde el autor haya adquirido sus derechos para decidir si le compete ó no la propiedad de la obra; y por lo tanto, cuando no pudiere justificar haber adquirido el derecho en el país en que la obra había tenido su origen, no podría ciertamente concedérsele la demanda de protección en otro país. De lo cual se infiere que, si á tenor de la ley del país donde tuvo su origen la propiedad literaria ó artística, se debía reputar extinguido el derecho por haber transcurrido el tiempo legal, también habría que considerarle extinguido en los demás países en los cuales se hubiese reconocido antes el respeto y la protección, á pesar de ser, según la ley de uno cualquiera de ellos, mayor la duración de tiempo para la protección de los derechos de autor. Cuando la protección de los derechos de autor fuese de mayor duración en el país de origen que el establecido por la ley extranjera, no se podrá conceder al autor invocar la ley del país en que tuvieron origen sus derechos de propiedad para gozar de los mismos en el Estado extranjero por un plazo mayor del que la ley territorial establece. Transcurrido el tiempo durante el cual la ley territorial admita en favor del autor la protección de sus derechos, aquél no podría pedirla, porque debía reputarse extinguido todo derecho de propiedad, dado que éste no podía subsistir conforme á la ley territorial sino por un período determinado de tiempo.

Es asimismo evidente que, cuando con arreglo á la ley territorial se requiera el cumplimiento de ciertas formalidades por

parte del autor, para concederle el poder exigir la aplicación de la ley relativa á los derechos respectivos dicho cumplimiento se habría de reputar indispensable para tener opción á hacer valer los propios derechos.

El derecho del autor sobre su propia obra, puede comprender el de prohibir la traducción. En efecto, es preciso considerar que siendo la traducción un trabajo intelectual, debe reputarse por sí misma como una obra del ingenio del traductor, y por consiguiente, la protección más bien debe corresponder al traductor que al autor de la obra, aun en el sentido de proteger su derecho á impedir la traducción.

952. Podemos, no obstante, admitir que, á fin de recompensar al autor el servicio que ha prestado á la sociedad con la obra de su talento, pueda concedérsele el derecho de autorizar la traducción de la obra literaria ó científica, ó la reproducción de obra musical.

Sin embargo, esto que tan conforme es á los principios de justicia y equidad, debería acordarse mediante pacto expreso ó bien por una ley internacional relativa á tal materia, concediendo al autor el derecho exclusivo á hacer ó autorizar la traducción dentro de un cierto plazo (supongámoslo que no exceda de diez años), pasado el cual estaría en las atribuciones de cualquiera poder traducir y publicar la obra original.

Suponiendo que el derecho de traducción estuviese reservado al autor, éste debería ser protegido en el goce de tal derecho, sin que fuera necesario que él declarase la intención de reservárselo porque no se debe presumir que uno renuncie á sus derechos, por la sola razón de no declarar su voluntad de gozar de ellos.

La traducción hecha por el autor ó por aquel á quien éste autorice, debe ser protegida como toda obra original; si por el contrario, el derecho de traducción perteneciese al dominio público, no se podría ciertamente admitir que al traductor debían concedérsele relativamente á la versión de la obra original hecha por él los mismos derechos que á su autor, no siendo posible admitir el derecho exclusivo de traducción en favor del primer traductor de una obra cualquiera. Será, pues, necesario reco-

nocer que deben atribuirse al traductor los mismos derechos que al autor para su propia traducción con todas las garantías que las leyes han establecido para las obras del ingenio; pero no podrá impedir que otro traduzca de la propia manera la misma obra original.

953. Prescindiendo de discutir con más amplitud dicho asunto, nos limitamos á establecer que, según nuestra opinión, en todos aquellos casos en que las leyes particulares de los diferentes Estados no hayan dispuesto expresamente el modo de resolver las cuestiones de principios, convendrá atenerse á lo establecido en la Convención internacional, para la protección de las obras literarias y artísticas, realizada primeramente en 9 de Septiembre de 1886, entre Bélgica, Francia, Alemania, Inglaterra, la república de Haití, Italia, la república de Liberia, Suiza y Túnez. Dicha Convención, no sólo constituye uno de los actos internacionales más importantes de nuestro siglo, por medio del cual se ha establecido entre los países contratantes constituidos en estado de Unión un derecho internacional uniforme para la protección de las obras del ingenio, sino que también debe considerarse como el resultado de prolongados debates mantenidos en la Conferencia que la prepararon, teniendo en cuenta los numerosos Congresos celebrados posteriormente al de Bruselas de 1858 (1) en armonía con las doctrinas modernas.

(1) Hé aquí el texto de la mencionada Convención, que fué firmada por los representantes de Alemania, Bélgica, España, Francia, Haití, Inglaterra, Italia, Liberia, Suiza y Túnez y á la que se adhirieron después muchos Estados (Austria, Estados Unidos, Suecia, etc.).

«Artículo 1.º Los países contratantes se constituyen en estado de Unión para la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas.

Art. 2.º Los autores pertenecientes á uno de los países de la Unión, ó sus derechohabientes gozarán en las otras naciones, para sus obras, ya estén ó no publicadas en una de ellas, de los derechos que las leyes respectivas conceden actualmente ó concederán en lo venidero á sus nacionales.

El que goce de estos derechos está subordinado al cumplimiento de las condiciones y formalidades prescritas por la legislación

del país de origen de la obra; el tiempo de duración de la protección concedida en dicho país de origen no podrá exceder en los demás.

Será considerado como país de origen de la obra, aquel donde se publique por primera vez, y si la publicación es simultánea en varios países de la Unión, aquel cuya legislación conceda la protección más corta.

Para las obras no publicadas, el país del autor será considerado como país de origen de la obra.

Art. 3.º Las estipulaciones del presente Convenio se aplican igualmente á los editores de obras literarias ó artísticas publicadas en uno de los países de la Unión, cuyo autor pertenezca á un país que no forme parte de ella.

Art. 4.º La expresión «obras literarias ó artísticas» comprende los libros, folletos y demás escritos, las obras dramáticas ó dramático-musicales, las composiciones musicales con ó sin palabras, las obras de dibujo, pintura, escultura, grabado, litografías, ilustraciones, mapas geográficos, planos, croquis y obras plásticas relativas á la geografía, á la topografía, á la arquitectura ó á las ciencias en general; en fin toda producción literaria, científica ó artística, que pueda publicarse ó reproducirse bajo cualquier forma.

Art. 5.º Los autores pertenecientes á uno de los países de la Unión ó sus causahabientes, gozarán en los demás países del derecho exclusivo de traducir ó de autorizar la traducción de sus obras hasta que expire un plazo de diez años, contados desde la publicación de la obra original en uno de los países de la Unión.

Para las obras publicadas por entregas, el plazo de diez años sólo se cuenta desde la fecha de publicación de la última entrega de la obra original.

Para las obras formadas por varios volúmenes publicados á intervalos, así como también para los boletines ó cuadernos publicados por Sociedades literarias ó científicas ó por particulares, cada tomo, boletín ó cuaderno entero debe considerarse como obra separada en lo tocante al plazo de diez años.

En los casos previstos en este artículo se admite como fecha de publicación, para el cálculo del plazo de protección, el 31 de Diciembre del año en que ha sido publicada la obra.

Art. 6.º Las traducciones licitas están protegidas como obras originales. Gozan, en consecuencia, de la protección estipulada en los artículos 2.º y 3.º en lo que se refiere á su producción no autorizada en los países de la Unión.

Se debe entender que si se trata de una obra para la cual el derecho de traducción pertenece al dominio público, el traductor no

puede oponerse á que esta obra sea traducida por otros escritores.

Art. 7.º Los artículos de periódicos ó de publicaciones periódicas de uno de los países de la Unión pueden ser reproducidos, en original ó traducidos en los demás países de la Unión; á menos que los autores ó escritores no lo hayan terminantemente prohibido. Para las mencionadas publicaciones basta que la prohibición se haga de una manera general en el encabezamiento de cada uno de sus números.

En ningún caso puede aplicarse esta prohibición á los artículos de discusión política ó á la reproducción de las noticias y sucesos del día (*faits divers*).

Art. 8.º En lo que se refiere á la facultad de copiar lícitamente partes de las obras literarias ó artísticas para publicaciones destinadas á la enseñanza, ó que tengan carácter científico, ó para autologías (*chrestomathies*), quedan reservados los efectos de la legislación de los países de la Unión, ateniéndose á los arreglos particulares que existan ó se celebren entre los mismos.

Art. 9.º Las estipulaciones del art. 2.º se aplicarán á la representación pública de obras dramáticas, ó dramático-musicales; estén ó no publicadas estas obras.

Los autores de obras dramáticas ó dramático-musicales, ó sus derechohabientes, están, mientras dure su derecho exclusivo de traducción, recíprocamente protegidos contra la representación pública no autorizada de la traducción de sus obras.

Las estipulaciones del art. 2.º se aplican también á la ejecución pública de obras musicales no publicadas, ó de las que lo estén, pero cuyo autor haya terminantemente declarado en el título ó en el encabezamiento de la obra que prohíbe su ejecución en público.

Art. 10. Están especialmente comprendidas entre las reproducciones ilícitas, de las cuales trata el presente Convenio las apropiaciones indirectas no autorizadas de una obra literaria ó artística designadas bajo nombres diversos, tales como los de adaptaciones, arreglos de música, etc., cuando no son sino la reproducción de otra obra, en la misma forma ó en otra, con cambios, aumentos ó supresiones no esenciales, y sin tener el carácter de una nueva obra original.

Se entiende que, en la aplicación del presente artículo, los Tribunales de los diversos países de la Unión tendrán en cuenta, si há lugar á ello, las reservas de sus leyes respectivas.

Art. 11. Para que los autores de las obras protegidas por el presente Convenio sean, hasta que se pruebe lo contrario, considerados como tales, y admitidos, por lo tanto, ante los tribunales de los diferentes países de la Unión á perseguir las reproducciones

ilícitas, basta que su nombre esté indicado en la obra en la forma acostumbrada.

Para las obras anónimas ó seudónimas, el editor cuyo nombre esté indicado en la obra, está autorizado á defender los derechos pertenecientes al autor, y se le considera, sin más pruebas, derechohabiente del autor anónimo ó seudónimo.

Se entiende, sin embargo, que los Tribunales pueden exigir, en caso necesario, la presentación de un certificado expedido por la Autoridad competente, comprobando que se han llenado por la legislación del país de origen las formalidades prescritas en el artículo 2.º

Art. 12. Toda obra reproducida ilícitamente puede ser recogida al importarse en los países de la Unión donde la obra original tiene derecho á la protección legal.

El secuestro tendrá lugar conforme á la legislación interior de cada país.

Art. 13. Se entiende que las disposiciones del presente Convenio no pueden perjudicar en nada el derecho que pertenece á cada uno de los países de la Unión de permitir, vigilar y prohibir, por medidas de legislación ó de policía interior, la circulación, la representación, exposición de cualquier obra ó publicación sobre las cuales la Autoridad competente deba ejercer este derecho.

Art. 14. El presente Convenio, con las excepciones y disposiciones que se tomen de común acuerdo, se aplica á todas las obras que, antes de que principie á regir, no sean todavía del dominio público en su país de origen.

Art. 15. Se entiende que los países de la Unión se reservan respectivamente el derecho de estipular separadamente entre ellos arreglos particulares siempre que estos arreglos concedan á los autores ó á sus derechohabientes derechos más extensos que los concedidos por la Unión, ó que contengan otras estipulaciones que no se opongan en nada al presente Convenio.

Art. 16. Se crea un servicio internacional bajo el nombre de Oficina de la Unión Internacional, para la protección de las obras literarias y artísticas.

Esta oficina, cuyos gastos serán sufragados por las Administraciones de todos los países de la Unión, está sometida á la alta autoridad de la Administración superior de la Confederación Suiza y funciona bajo su vigilancia.

Sus atribuciones están determinadas de común acuerdo tomado entre los países de la Unión.

Art. 17. El presente Convenio puede ser sometido á revisiones para introducir en él las modificaciones que puedan perfeccionar el sistema de la Unión.

Las cuestiones de esta naturaleza, así como las que interesan bajo otros puntos de vista el desarrollo de la Unión, serán examinadas en Conferencias que habrá sucesivamente en los países de la Unión, por los Delegados de los mismos.

Se entiende que ningún cambio hecho al presente Convenio será válido para la Unión, sin el asentimiento unánime de los países que la componen.

Art. 18. Los países que no han tomado parte en el presente Convenio, y que concedan la protección legal á los derechos de que se trata en este Convenio, serán admitidos á formar parte de él á petición suya.

Esta adhesión será notificada por escrito al Gobierno de la Confederación Suiza, y por éste á los demás.

Se considerará como plena adhesión á todas las cláusulas, siendo admitido á disfrutar de todas las ventajas estipuladas en el presente Convenio.

Art. 19. Los países que se adhieran al presente Convenio tienen también el derecho de hacerle extensivo en cualquier tiempo á sus colonias ó posesiones extranjeras.

Pueden, con este objeto, hacer una declaración general, comprendiendo en la adhesión á todas sus colonias ó posesiones, ó designar expresamente las que han de considerarse comprendidas, ó limitarse á indicar las que han de conceptuarse como excluidas.

Art. 20. El presente Convenio principiará á regir tres meses después del canje de las ratificaciones, y seguirá rigiendo durante un plazo indeterminado hasta que expire un año, á partir del día en que se denunciase.

Esta denuncia será dirigida al Gobierno encargado de recibir las adhesiones. Sólo tendrá efecto para el país que la haya hecho el Convenio seguirá rigiendo en los demás países de la Unión.

Art. 21. El presente Convenio será ratificado, y el canje de las ratificaciones se efectuará en Berna, en el plazo de un año lo más tarde.

En fe de lo cual, los Plenipotenciarios respectivos lo han firmado y sellado.

Hecho en Berna el 9 del mes de Septiembre de 1886.—*(Siguen las firmas).*

ARTÍCULO FINAL

Los plenipotenciarios, reunidos para firmar el Convenio relativo á la creación de una Unión internacional para la protección de las obras literarias y artísticas, han convenido en añadir el artículo

adicional siguiente, que será ratificado al mismo tiempo que el acta á la cual se refiere:

El Convenio firmado en la fecha de este día no afecta en nada á los convenios existentes actualmente entre los países contratantes, en cuanto estos convenios concedan á los autores, ó á sus derechohabientes derechos más extensos que los concedidos por la Unión ó que contengan estipulaciones que no sean contrarias á este Convenio.

En fe de lo cual, los Plenipotenciarios respectivos han firmado el presente artículo adicional.

Hecho en Berna el día 9 del mismo mes de Septiembre del año 1886.—*(Siguen las firmas).*

CAPITULO XI

De la propiedad industrial.

954. Punto de vista desde el cual se trata la propiedad industrial.—**955.** Autoridad de las leyes de los diferentes Estados en esta materia.—**956.** La propiedad de la marca de comercio se deriva de la ley civil.—**957.** No sucede lo mismo con el nombre comercial.—**958.** Diversidad de las leyes de los Estados en cuanto á las marcas.—**959.** Bélgica.—**960.** Francia.—**961.** Luxemburgo.—**962.** Dinamarca.—**963.** Brasil.—**964.** Alemania.—**965.** Italia y otros Estados.—**966.** Gran Bretaña.—**967.** Conveniencia de un acuerdo: Convención internacional de 1883.—**968.** La protección de la propiedad industrial no debe establecerse sólo en favor de los ciudadanos.—**969.** No debe tampoco serlo en favor únicamente de los que ejercen el comercio en el Estado.—**970.** No puede elevarse á regla de derecho la represalia.—**971.** Condiciones á que debe subordinarse la propiedad internacional de las marcas.—**972.** Formalidades indispensables según la ley italiana.—**973.** Discusión relativa al uso ilegal de las marcas extranjeras no depositadas.—**974.** Teoría de los Tribunales italianos y su gran importancia doctrinal.—**975.** Cómo debe aplicarse la ley territorial á las marcas extranjeras.—**976.** Si las sociedades extranjeras pueden invocar la protección legal.—**977.** Si los habitantes de las colonias pueden aprovecharse de los tratados ultimados con la metrópoli.—**978.** El respeto del nombre comercial es independiente de los Tratados.—**979.** Derechos vigentes en Francia.—**980.** Teoría de los Tribunales belgas acerca de la usurpación del nombre comercial extranjero.—**981.** Teoría de los Tribunales italianos.—**982.** Principios que deberían regular el uso del nombre comercial extranjero.—**983.** Cuestión respecto del nombre adornado con signos emblemáticos.—**984.** Del privilegio concedido á los inventores por medio de la patente.—**985.** No pueden aplicarse los mismos principios á la propiedad industrial.—**986.** Autoridad territorial de las leyes en punto á privilegios de invención.—**987.** Objetos falsificados en el extranjero y de tránsito.—**988.** Objetos falsificados en el extranjero presentados en las Exposiciones internacionales.—**989.** Aplicación de los Tratados acerca de las prerrogativas industriales.—**990.** De la expropiación de la invención privilegiada.—**991.** Examínase el caso de una cesión de invento privilegiado cuyo cesionario no había podido aprovecharlo en el Estado extranjero.

954. Los derechos de los industriales sobre los productos de su industria, como también los de los fabricantes y comerciantes sobre las marcas de fábrica, sobre las insignias del comercio y sobre el nombre comercial; los de los inventores sobre los modelos, planos y todo aquello que hayan inventado, deben protegerse por la ley, en razón á que deben considerarse como formando parte del patrimonio de la persona á quien pertenecen y á quien debe garantizarse el uso exclusivo en beneficio propio.

No pretendemos discutir el fundamento jurídico de este derecho exclusivo á apropiarse el provecho de los productos del comercio y de la industria, sobre todo, desde el punto de vista de la persona á quien debe atribuirse el derecho, puesto que la transformación de las primeras materias, efectuada mediante el trabajo, suficiente para atribuirles un valor comercial y un valor industrial, por lo mismo que es el resultado del concurso del capital y de la propia actividad del operario, debe garantizarse al uno ó al otro el derecho exclusivo á sus beneficios. No es de nuestra incumbencia el ocuparnos en este asunto, limitándonos tan sólo á observar que las leyes de los diferentes Estados, á fin de asegurar y favorecer los progresos de la industria y del comercio, han sancionado la protección de los derechos de los fabricantes sobre sus productos, y de los autores industriales ó inventores sobre las obras, admitiendo el concurso de la propiedad industrial, como hemos dicho en el capítulo anterior, que han admitido el de la propiedad literaria y artística, y considerado como objeto de la propiedad industrial las marcas de fábrica, el nombre comercial, los sellos de comercio, los planos ó modelos industriales y los privilegios de invención, concediendo á aquéllos á quienes deben atribuirse dichos objetos, el derecho de reivindicarlos en propio provecho y uso exclusivo, impidiendo el de cualquiera otra persona. Hay, sin embargo, notable divergencia entre las leyes de los Estados que admiten la propiedad industrial respecto de las condiciones bajo las cuales puede adquirirse ó perderse el derecho, respecto de lo que puede ser objeto de la propiedad industrial, y en lo que toca á las personas que deben protegerse en el goce de tal derecho.

955. En lo que se refiere á las condiciones bajo las cuales

puede adquirirse ó perderse la propiedad industrial, conviene admitir, por regla general, que todo debe depender de la ley territorial, correspondiendo también á la misma determinar las condiciones para adquirir el derecho de reivindicar el uso exclusivo de un producto industrial.

Una de las condiciones requeridas por todas las leyes para adquirir la propiedad de una marca de fábrica, es el depósito y registro de la misma. La marca de fábrica no es, en efecto, por sí misma objeto de propiedad, por no ser creación ni producción intelectual. El que traza una figura geométrica, un signo, un emblema cualquiera para individualizar los productos de su comercio, no puede sostenerse si se convierte en su propietario. Su derecho á individualizar los productos del propio comercio, á fin de advertir á los compradores que no los confundan con los productos de otros, debe ciertamente considerarse como fundado sobre el mismo derecho natural; pero la facultad de hacer esto, apropiándose un signo determinado, un emblema dado, y de impedir á cualquiera otro el servirse de él, reconociéndole la propiedad exclusiva de aquel signo característico, este debe considerarse como fundado en la ley civil, la cual, con objeto de garantizar la fe comercial, é impedir que los compradores sean víctimas del engaño, puede conceder el derecho del uso exclusivo de la citada divisa al que lo haya escogido para distinguir sus productos de cualesquiera otros. Es, pues, evidente que, para que este derecho pueda establecerse, confirmarse y especificarse, cada ley debe determinar las condiciones para poder hacerlo, y por consiguiente, dependiendo todo de la ley civil, no puede hacerse á menos de admitir que en armonía con aquélla habrán de decidirse las condiciones bajo las cuales puede adquirirse el derecho á la marca de fábrica, y cuándo ha de reputarse perdido. A la ley territorial toca por lo tanto decidir si un signo determinado que tiene por objeto distinguir ciertos productos, se ha de proteger ó no, en beneficio del que con tal objeto lo adoptó.

956. Según ciertas leyes, no sólo pueden llegar á ser una propiedad comercial los signos característicos, sino también el modo de empaquetar ciertos objetos, las locuciones generales usadas para indicar su naturaleza y procedencia, el color para

determinar sus cualidades, cosas todas que también pueden ser objeto de comercio. Sin embargo, es fácil que dichas condiciones y limitaciones de la libertad del comercio no pueden admitirse, por regla general, sino dentro de los límites del territorio en que impera la ley de la cual nace tal derecho exclusivo. Suponiendo que en un país dado no se reputasen característicos y distintivos ciertos signos, á causa de haber caído en el dominio público, claro es que no podría reconocérseles el carácter de propiedad en oposición á lo que disponga la ley territorial.

Con arreglo á estos principios, es preciso asentar como regla que, derivándose de la ley civil la propiedad de la marca de fábrica, hay que aplicar la que esté vigente en cada país para determinar, ante todo, si un signo dado puede ó no constituir la marca de fábrica, así como para apreciar las condiciones bajo las cuales debe admitirse el derecho de su uso legal. Para precisar las formalidades que han de observarse para obtener la protección de la ley, y decidir, por último, acerca de los hechos que deben reputarse como constitutivos de atentado á los derechos del comerciante protegidos por la ley. En esta materia debe, á nuestro juicio, reconocerse como absoluta la ley territorial de cada país.

957. No podemos admitir lo mismo en lo que atañe al derecho propio de cada cual, no precisamente como una concesión de la ley civil, como es el nombre comercial. El derecho relativo á cada uno de usar exclusivamente el nombre propio, no puede equipararse al que tiene el comerciante á usar la marca de comercio adoptada por él con objeto de distinguir ciertos productos. El nombre representa, en efecto, la persona misma, es el resumen de todos los elementos de la individualidad é indudablemente forma parte del patrimonio de cada uno; y así como nadie puede usurpar el nombre de otro, también debe tener el derecho de impedir que otro se lo usurpe. Ahora bien, no siendo el nombre una marca, salvo el caso en que aquel á quien pertenece lo adopte en concepto de tal, no puede admitirse en principio que el derecho al uso exclusivo del propio nombre deba fundarse en la ley civil, como hemos dicho, respecto de la marca de fábrica.

Sin embargo, como quiera que algunas leyes asimilan el nombre comercial á la marca de fábrica, habrá necesidad de admitir también en cuanto al nombre la autoridad territorial de la ley, debiendo, en todo caso, decidirse con arreglo á ésta qué derechos de propiedad deben reputarse protegidos, y cómo deben castigarse los atentados á los derechos protegidos por la ley. Ya volveremos sobre este asunto en lo que respecta al nombre comercial.

958. La más grave cuestión acerca de la propiedad industrial, es la suscitada respecto de las personas á quienes debe concederse su goce. Encontramos, en efecto, una notable diferencia establecida entre los ciudadanos y los extranjeros, habiendo sostenido, en principio, algunas leyes que la protección de la propiedad industrial debe tener por principal fin el garantizar los intereses de los productores y comerciantes nacionales, negando de esta suerte á los extranjeros toda protección legal, excepto el caso en que se hubiese establecido sobre la base de la reciprocidad en virtud de los tratados. Otras leyes se han limitado á exigir, por regla general, la reciprocidad, y son aquellas que han hecho desaparecer toda diferencia entre ciudadanos y extranjeros en lo que toca al derecho de apropiarse una marca de comercio para su uso exclusivo, cuando se hayan llenado las disposiciones legales para adquirir la propiedad de la marca.

959. Según la ley belga de 1.º de Abril de 1879 se asimilan á los ciudadanos únicamente los extranjeros que poseen en Bélgica un establecimiento industrial ó comercial, aun cuando no hayan obtenido autorización para establecer el domicilio civil en aquel país. Los extranjeros, por el contrario, que no tengan un establecimiento, pueden gozar el beneficio de la protección de las marcas de fábrica, cumpliendo las formalidades que la ley prescribe, pero bajo la condición de «que en el país donde sus establecimientos estén situados, se haya estipulado por convenciones internacionales la reciprocidad para las marcas belgas.» A consecuencia de lo que la ley dispone en su art. 6.º, no basta la reciprocidad establecida por la ley, sino que, además, se reputa indispensable la reciprocidad convencional, esto es, un tratado

en virtud del cual se protejan respectiva y recíprocamente las marcas entre Bélgica y el país en el cual el propietario de la marca ejerza su industria y comercio (1).

960. Lo mismo acontece en Francia, según la ley de 1857, que inició un progreso relativamente á las leyes anteriores, sancionando en los arts. 5.º y 6.º el derecho de protección de las marcas de fábrica de los extranjeros que tenían en Francia un establecimiento comercial, sin subordinar su goce á la condición de ser autorizados á establecer en Francia su domicilio, como para los demás derechos civiles. Respecto de los extranjeros y de los franceses que tenían su establecimiento comercial fuera de Francia, aquella ley disponía en el art. 6.º, que podían gozar de la protección de los productos de tales establecimientos, si en los países donde estaban situados se concedía la protección á las marcas francesas, en virtud de convenios diplomáticos realizados para establecer la reciprocidad. Pero la ley del 26 de Noviembre de 1873 (2), ha modificado lo anterior en sentido más liberal, habiendo reputado suficiente la condición de reciprocidad establecida por la ley. El art. 9.º dispone en efecto lo siguiente: «Las disposiciones de otras leyes relativas al nombre comercial, á las marcas, planos ó modelos de fábricas, serán aplicadas en beneficio de los extranjeros, si la legislación de su país ó los tratados internacionales garantizan á los franceses iguales derechos (3).

(1) Véase Broun, *Des droits des étrangers en Belgique en matière de marques de fabrique et de commerce, et de nom commercial* en el *Journal du droit int. privé*, 1881, p. 253.

(2) Véase en el Boletín: *Lois relatives á l'établissements d'un timbre ou signe spécial destiné à être apposé sur les marques commerciales et de fabrique*, y véase también el decreto de 25 de Junio de 1874, que contiene el reglamento de Administración pública para la ejecución de dicha ley.

(3) Para más detalles acerca de los derechos relativos á los extranjeros en Francia en materia de marcas de fábrica, v. Pouillet, *Traité de marque*, etc., y el artículo del mismo en el *Journal int. privé*, 1875, p. 257.

961. Entre las leyes más recientes que exigen siempre la reciprocidad fundada en los tratados, debemos enumerar la de Luxemburgo de 28 de Marzo de 1883, calcada sobre la francesa de 1857, y de la belga de 1879 (1).

962. El principio de la reciprocidad establecida por la ley es el que actualmente se admite por regla general, y por lo tanto, se dice con razón que son pocos los Estados que sostienen el derecho de protección fundado únicamente en los tratados. Vemos, en efecto, por lo que se refiere á Dinamarca, según la ley de 2 de Julio de 1880, que regula la protección de las marcas de fábrica y de comercio, que los beneficios de la ley se extienden á todos los que ejercen en aquel país la industria y el comercio, y que han observado las prescripciones legales. En cuanto á los que ejercen el comercio en el extranjero, dispone dicha ley lo siguiente en el art. 19: «El beneficio de la presente ley puede hacerse extensivo mediante una Real orden á los negociantes que tienen su domicilio comercial en el extranjero, bajo las condiciones de reciprocidad, y en otro caso sometándose á las siguientes.

1.^a El que haga la declaración deberá designar un agente domiciliado en Dinamarca; 2.^a Deberá justificar haber observado las condiciones prescritas en el lugar donde reside para la protección de la marca; 3.^a No gozará de los derechos de la presente ley sino á tenor (para la reserva y duración) de cuanto dispone la ley del país donde se le haya garantizado el derecho de protección (2).

963. La regla de la reciprocidad establecida por la ley se encuentra también sancionada por la del Brasil de 23 de Octubre de 1875, la cual, por otra parte se declara aplicable á todos los que tengan un establecimiento industrial ó comercial, aunque sean extranjeros (3).

(1) Véase el texto de esta ley en el *Annuaire de législation étrangère*, 1884, pág. 563.

(2) Véase para detalles el texto de la ley *Annuaire de législation étrangère*, 1881, pág. 540.

(3) Véase el *Annuaire* citado, 1876, p. 890-92.

964. En la ley de 30 de Noviembre de 1874, que regula la protección de las marcas de fábrica para el Imperio germánico, vemos también establecido el principio de la protección de las marcas, nombre y razón comercial de los que tienen sus establecimientos fuera de Alemania, á condición, sin embargo, de que la ley del país donde tales establecimientos se hallen, conceda la protección á las marcas, nombre y razón comercial de los industriales establecidos en el Imperio, y de que dicha protección legal se haga constar mediante un aviso publicado en el boletín de las leyes imperiales. Así, pues, según dicha ley, se considera requisito indispensable para gozar de su beneficio la publicación oficial del aviso de la reciprocidad (1).

965. Las leyes que mejor se inspiran en los principios liberales, son las de aquellos países que no sólo no establecen diferencia alguna entre ciudadanos y extranjeros, establecidos en el Estado, sino que además admiten que los industriales y comerciantes que tengan sus establecimientos en el extranjero, y que hayan cumplido las disposiciones de la ley para establecer su derecho á la protección legal de la marca y divisas de comercio, pueden invocar la aplicación de la ley independientemente de la reciprocidad. Tal sucede en Italia con la ley que regula esta materia, promulgada en 30 de Agosto de 1868. Hace desaparecer, en efecto, toda diferencia entre ciudadanos y extranjeros en lo referente al derecho de apropiarse una marca para uso exclusivo, con tal que se cumplan los requisitos que la ley previene para adquirir la propiedad de la marca. Respecto de los que ejercen el comercio fuera de Italia, el art. 4.^o dispone lo siguiente: «Las marcas y signos distintivos usados ya legalmente

(1) Véase el texto de la ley en el *Annuaire de législation étrangère*, 1875, p. 140. Los Gobiernos que no se han cuidado de hacer publicar en el Boletín de las leyes del Imperio, que, según la ley, las marcas alemanas gozan de la protección legal, han privado á los comerciantes establecidos en Alemania del beneficio de invocar para sus marcas la protección establecida según la ley del imperio. En cuanto á las marcas italianas, está garantida dicha protección mediante el aviso publicado en el *Boll. ufficiale* del 20 de Abril de 1875.

en el extranjero, sobre productos y mercancías de fábricas y comercios extranjeros, que circulen en el Estado, ó sobre animales de razas extrañas esparcidos en el reino, se reconocen y garantizan, con tal que se observen respecto de dichas marcas y signos, las prescripciones establecidas para los nacionales.» Por consiguiente, la ley italiana no subordina la protección de los derechos que nacen de la observancia de cuanto el legislador dispone para obtenerla, á la condición de reciprocidad. En ésta, como en las demás partes de nuestra legislación, no se ha subordinado á la condición de reciprocidad el reconocimiento de lo que es conforme á derecho, porque realmente no era compatible con los principios liberales que se han establecido como base de la legislación de nuestro país, la represalia jurídica que nace de un modo inevitable de la regla de reciprocidad.

También en otros países hallamos leyes inspiradas en miras igualmente elevadas, como lo es, sin género de duda, la holandesa de 25 de Mayo de 1880, la cual niega toda distinción entre extranjeros ciudadanos, y subordinando la adquisición del derecho á la condición de que se haga constar la propiedad de la marca por medio del registro, concede el beneficio legal á los que, ejerciendo el comercio en el extranjero, hayan cumplido las disposiciones legales (1).

966. Los mismos principios liberales informan la ley de la Gran Bretaña promulgada el 25 de Agosto de 1883. Esta ley compila todas las relativas á los privilegios de invención, diseños y marcas de fábrica, regula toda la materia con un conjunto de disposiciones, que tomadas en su totalidad constituyen un Código completo para la protección de la propiedad industrial. Entre los principios consagrados á las marcas se halla el siguiente, á saber: que toda marca de fábrica regularmente depositada en el país del comerciante, puede serlo también y obtener su registro en Inglaterra; y cuando sea depositada y registrada conforme á la ley, puede gozar de protección también con arreglo á la misma.

967. No creemos oportuno entrar en más minuciosos deta-

(1) Véase el texto de la ley en el *Annuaire de législation étrangère*, 1881, p. 35.

lles, exponiendo las leyes vigentes en otros países, por no extendernos demasiado (1). Para hacer desaparecer en su mayor parte la divergencia acerca de la protección de las marcas extranjeras, sería muy conveniente que todos los Estados interesados en proteger el comercio honesto y de buena fe, é impedir que los compradores sean víctimas del engaño, se pongan de acuerdo para establecer un derecho común y uniforme. Este ha sido el deseo formulado por los Congresos internacionales reunidos en Viena en 1873 y en París en 1878, y por la Asamblea que dis-

(1) Véase para Portugal la ley de 4 de Junio de 1883 en el *Annuaire de législation étrangère*, 1884, pág. 476. Para Suiza, la ley de 9 de Diciembre de 1879, pág. 609, y el reglamento para su ejecución publicado en 2 de Octubre de 1880. Para Suecia y Noruega, las leyes de 23 de Mayo y 5 de Julio de 1884, y la de 16 de Junio de 1885 para la protección de las patentes de invención. Para Servia, la ley de 30 de Mayo de 1884. En cuanto á los Estados Unidos de América, esta materia se reguló por las leyes federales de 8 de Julio de 1870 y 14 de Agosto de 1876, pero una sentencia de 18 de Noviembre de 1879 del Tribunal Supremo había decidido que dichas leyes eran anticonstitucionales, porque la materia de que se ocupaban era de la competencia de la legislatura especial de cada Estado, y no podía serlo de la legislatura federal. Con motivo de los largos debates que se siguieron á esta sentencia (véase Couderc en el *Journal du droit int. privé*, 1879, pág. 413, y Clunet, *De l'état actuel de relation internationale avec les États-Unis en matière de marques de commerce*) se publicó la nueva ley de 3 de Marzo de 1881 (*Annuaire* citado, 1882, pág. 780), que tiene por fin establecer las reglas para las marcas de fábrica entre los Estados Unidos, los extranjeros y las tribus indias. Sosteniendo esta ley que el regular el uso de las marcas extranjeras en lo que toca á los derechos relativos á los ciudadanos de todos y cada uno de los Estados de la Unión debe ser objeto exclusivo de los mismos Estados, fijó las reglas fundamentales de los tratados internacionales que los Estados podían llevar á cabo relativamente á las marcas de fábrica y de comercio. De este modo la ley de 1881 evitó toda discusión acerca de la competencia del Congreso y del Poder legislativo federal, habiendo dado á las disposiciones por ella sancionadas el carácter de bases fundamentales para regular las relaciones internacionales de todos los Estados de la Unión.

Para la República Argentina, véase la ley de 14 de Agosto de 1876.

cutió el proyecto de una convención internacional reunida en París por iniciativa del Gobierno francés, desde el 3 al 20 de Noviembre de 1880. El primer paso en este sentido se ha dado por los Gobiernos que suscribieron la convención de 20 de Marzo de 1883 para la protección de la propiedad industrial, convención realizada entre los Gobiernos de Bélgica, el Brasil, Francia, Guatemala, Italia, los Países Bajos, Portugal, el Salvador, Servia, España y Suiza, que se constituyeron en Estados de unión para asegurar, mediante reglas establecidas de común acuerdo, la protección de la propiedad industrial. El principio consignado en el art. 6.º de dicha convención determina el verdadero concepto que debe servir como base á la protección de las marcas de fábrica ó de comercio. En él se dispone lo siguiente: «Toda marca de fábrica ó de comercio regularmente depositada en los países de origen, será admitida en depósito y protegida como lo sea en los demás países de la unión.»

968. No discutimos, en principio, el carácter territorial de la ley de cada Estado referente á la propiedad industrial, admitiendo también respecto de la misma el principio general en virtud del cual hemos sostenido que la condición jurídica de las cosas, sean muebles ó inmuebles, que realmente se encuentran bajo el imperio de una ley, debe determinarse conforme á sus disposiciones. Es, pues, necesario atenerse á la ley territorial para decidir si un objeto determinado puede ó no comprenderse en la categoría de los que constituyen la dicha propiedad industrial, y no puede ciertamente sostenerse aquello que, según la ley territorial, debe reputarse del dominio público pueda atribuirse al uso exclusivo de la persona que alegue haber adquirido tal derecho en virtud de la ley extranjera. También debe atribuirse á la competencia de cada soberanía el establecer la forma en que cada cual puede adoptar ciertos signos para individualizar los productos de su propia fábrica y comercio, así como las formalidades necesarias para adquirir el derecho al uso exclusivo de tales signos ó marcas y las condiciones bajo las cuales se puede tener derecho á la protección legal, lo mismo que cuando ha de reputarse perdido tal derecho. Pero no nos es posible admitir igualmente que, en virtud de la autoridad absoluta

de la ley territorial, se pueda establecer diferencia en este punto entre ciudadanos y extranjeros, como tampoco que pueda negárseles la facultad de gozar la protección legal á los que ejercen el comercio en el extranjero, teniendo intención de observar, y habiendo observado de hecho las formalidades prescritas por la ley territorial para poder disfrutar el beneficio de la protección, ó bien que pueda garantizarse ó negarse dicha facultad bajo la condición de la reciprocidad.

La propiedad industrial puede considerarse fundada en la ley civil de cada país, en el sentido de que no puede subsistir sino bajo las condiciones establecidas por la ley para su adquisición; pero la facultad jurídica, propia de todo aquel que observe las disposiciones de la ley civil de adquirir los derechos que de ella se derivan, debe tenerse por un derecho natural inherente al hombre según el derecho de gentes, y en él no puede establecerse diferencia entre ciudadanos y extranjeros.

969. Tampoco puede establecerse entre el comerciante residente en el Estado y el domiciliado en el extranjero. El comercio es, por su propia índole, cosmopolita, y los derechos relativos al comerciante y al industrial de exigir que las producciones de su propio trabajo y las de la industria no se confundan por los consumidores con los productos de los demás, son cosas que no pueden depender del hecho accidental de que el establecimiento, centro principal del comercio y de la industria, se halle dentro ó fuera de los confines del Estado. Se pretende justificar la reciprocidad como medida de protección del comercio y de la industria nacionales, concediéndole como medio de defensa el poder usar las represalias contra la industria y el comercio extranjeros, pero, realmente, no nos es posible entender cómo pueden los legisladores de los diferentes Estados civiles elevar la represalia á sistema de orden jurídico. ¿Puede, acaso, un legislador justificar la violación de los derechos de un extranjero, sólo porque en el país á que pertenece haya la costumbre de violar el mismo derecho en perjuicio nuestro? Y si así fuese, ¿en qué se distinguirían los Estados civilizados de los bárbaros, aquéllos en que la ley representa la autoridad del derecho de los que no tienen más norma que su capricho?

970. Cuando predominaban otros criterios, cuando se regulaban de otra manera las relaciones comerciales, pudo elevarse la represalia á sistema de gobierno. Tratábase de acrecentar, á toda costa, la riqueza nacional sin tener en cuenta los medios, y por lo tanto, las relaciones del derecho público y privado estaban subordinados al fin único de enriquecerse con perjuicio de los comerciantes rivales. Hoy las ideas han cambiado por completo, y debe siempre reputarse como una reminiscencia de política mezquina el subordinar el respeto de los principios del derecho á la represalia.

De todo esto debe inferirse que donde esté en vigor una ley que subordine la protección legal de las marcas ó divisas extranjeras á la condición de la reciprocidad, no puede hacerse otra cosa que atenerse á lo que la misma disponga, pero que según los principios del derecho racional, incumbe á los legisladores reformar las leyes existentes, y en los países en que nada disponga la ley en este punto, incumbe á los Tribunales hacer desaparecer toda diferencia entre ciudadanos y extranjeros, fuera del caso de fraude ó en que se irroge perjuicio al comercio nacional ó al que se ejerza en el extranjero. La acción fraudulenta no puede perder su carácter de tal, porque sus efectos redundan en perjuicio de un comerciante que resida aquende ó allende las fronteras del Estado.

971. Lo que si debe siempre reputarse indispensable para conferir á uno la propiedad de una marca determinada, es que tenga su uso exclusivo con arreglo á la ley del país donde primitivamente adquirió su propiedad: debe, por lo tanto, no sólo reputarse necesaria la previa adquisición legal, con arreglo á las disposiciones de la ley extranjera, sino también que no se haya perdido. Por consiguiente, no podría concederse á uno que hubiese hecho el depósito de una marca, que fuese del dominio público en el país de origen, el obtener la propiedad mediante el depósito en el país donde lo hubiese hecho regularmente, observando las demás disposiciones exigidas por la ley para ser reputado propietario de la marca. ¿Cómo aceptar que uno pueda pedir y obtener en nación extranjera la protección legal de lo que no se considera de su propiedad por la ley de su país?

Todo lo que puede exigirse en razón y justicia es que, una vez adquirida la propiedad de una marca determinada en el país de origen, pueda obtener también su propiedad en otro, observando todas las disposiciones requeridas por la ley. Dado que se haya adquirido en el país de origen la propiedad de la marca, debe considerarse como parte del patrimonio de aquel á quien pertenece, sin que pueda impedírsele obtener la protección legal; pero ¿cómo admitir que lo que ya no forma parte del patrimonio de uno en su propio país, pueda protegerse y atribuírsele en países extranjeros?

Es, pues, natural atenerse á la ley del país de origen para decidir si la marca adoptada por cualquiera puede ó no tenerse como signo distintivo de su comercio y de su industria y para poseer el carácter jurídico de tal marca (1); también conviene decidir con arreglo á la misma ley, si el que pretende haber adquirido la propiedad de dicho signo ó marca en el país de origen, la ha adquirido efectivamente mediante el depósito y la observancia de todas las formalidades requeridas por la ley, siendo además necesario que pruebe ser todavía propietario jurídicamente de la marca. Por lo cual, si hubiese perdido el derecho del uso exclusivo de aquella, según la ley del país de origen, ó si hubiese caducado por la falta de cumplimiento de las formalidades en ella prescritas para la conservación del derecho adquirido, el depósito posterior hecho en otros Estados debería reputarse ineficaz para exigir y obtener la protección legal. En una palabra, según nuestra opinión, se habrá de aplicar la ley del país de origen para decidir acerca de lo que debe reputarse actualmente en el patrimonio del comerciante y del industrial, y

(1) Según la ley italiana, la marca debe indicar el lugar de origen, la fábrica, el comercio y el nombre del establecimiento de donde las mercancías provienen.

La jurisprudencia, empero, ha admitido que puede adoptarse una marca para todos los efectos de nuestra ley, siempre que pueda considerarse como signo distintivo idóneo para designar el establecimiento á que pertenece. Véase Casac. de Florencia, 5 de Noviembre de 1881 (Empresa Wagner, *Monit. dei Trib. di Milano*, 1881, p. 1.142).

la ley de los otros países para decidir si ha de concedérsele ó no la protección legal de lo que pertenece al comerciante ó industrial extranjeros, como también si ha cumplido ó no todas las prescripciones de la ley territorial para poder pedir y obtener la protección legal en dicho país.

932. Con arreglo á la ley italiana, por ejemplo, no es suficiente haber obtenido del Ministerio de Agricultura y Comercio el certificado de haberse hecho el depósito de la marca, sino que además se requiere la publicación de dicho certificado en la *Gazzeta Ufficiale*, sin cuyo requisito el interesado no podrá ejercitar la acción de daños y perjuicios contra el que haya hecho un uso abusivo de la marca depositada. El Tribunal de Turín deniega, por lo tanto, con razón la acción de un tal Legrand contra Martini y Sola, en atención á que el certificado obtenido por el actor no se había publicado en la *Gazzeta Ufficiale* del reino de Italia, no pudiendo competirle á causa de dicha omisión la acción de daños y perjuicios contra los terceros que hubiesen hecho uso abusivo de la marca depositada (1).

El mismo principio se ve confirmado en la jurisprudencia francesa. Discutióse ante los mismos acerca de la demanda de un fabricante inglés, que pretendía comerciar en Francia con un abono que llamaba *phospho-guano*, y habiendo hecho el depósito que la ley francesa requiere, exigía tener la propiedad exclusiva de dicha denominación. Pero habiendo caído en el dominio público en Inglaterra, el Tribunal Supremo rechazó justamente la demanda, fundándose en que un extranjero no puede reclamar para una cosa que forma parte de su comercio en país extranjero, mayores derechos de los que tenga en su propio país (2). También el Tribunal de Milán aceptó esta máxima, consignando que una industria no puede hallarse en el extranjero en condi-

(1) Tribunal de Apelación de Turín 26 de Febrero de 1875 (Legrand), *Giurisprudenza torinese*, vol. XII, pág. 347, y *Annali della giurisprudenza italiana*, vol. IX, II, 329.

(2) Casac. crim., 23 de Mayo de 1874 (Peter-Lanson, c. Proc. general de París; Clunet, *Journal* 1875, pág. 190.

ciones más favorables de las que goce en el país de origen (1).

933. Aceptando nuestras razones, es evidente que el uso de la marca y los hechos consumados en país extranjero antes de que su propietario haya asegurado en su favor en cada país el uso exclusivo cumpliendo las formalidades requeridas para establecer legalmente su derecho, no podría invalidar el derecho del comerciante á establecer para lo sucesivo la propiedad de su marca depositándola y llenando las demás formalidades. No podría quejarse ciertamente del uso de la marca hecho en país extranjero antes de hacerse constar su propiedad, pero sí tendría medio de impedir su uso después de haberla depositado y hecho reconocer su derecho de propiedad.

Esta cuestión ha sido vivamente discutida ante los Tribunales franceses, belgas é italianos bajo diversos conceptos.

En Francia y en Bélgica la protección de las marcas extranjeras está subordinada á la condición de la reciprocidad, y antes de la ya mencionada ley francesa de 1873, tanto en uno como en el otro país, se requería que la reciprocidad se hubiese estipulado mediante una convención *ad hoc*. Fué, pues, objeto de discusión en los Tribunales de ambos países si los extranjeros que no habían hecho el depósito de sus marcas por faltar la convención que asegurase la protección recíproca de las mismas, podían hacerlo útilmente después de llevarse á cabo el tratado, reivindicando por medio del depósito el uso exclusivo, é impidiéndolo á los que lo hubieran usurpado prevaleiéndose de la falta de protección legal. Los Tribunales franceses han acordado que los comerciantes extranjeros podían gozar del beneficio de la protección de las marcas depositadas con posterioridad á los tratados ó á la promulgación de la ley de 1873, que ha declarado suficiente la reciprocidad legislativa, pero que no podían reivindicar el uso exclusivo de las marcas usurpadas antes del tratado ó de la ley que les había concedido el derecho de impedirlo (2).

(1) Tribunal de Milan, 14 de Junio de 1878. (Razón comercial Vita y hermanos), *Giornale dei Trib. di Milano*, 1878, pág. 602.

(2) París 16 de Septiembre de 1863, y Casac. de Abril de 1874 (Spencer c. Peigrey); Pataille, *Journal*, 1864, pág. 97; París 29 de

Esta teoría se ha combatido enérgicamente por los escritores franceses (1), y ha sido rebatida con argumentos muy poderosos por Bedarribe, Abogado fiscal del Supremo.

Por el contrario, los Tribunales belgas y los italianos han sancionado principios más en armonía con la justicia y el derecho. El Tribunal de casación belga observó, en efecto, que el hecho de la usurpación no podía conferir ningún derecho á los que se habían apropiado las marcas pertenecientes á personas imposibilitadas para obtener la protección legal (2).

974. En Italia, donde la ley concede la protección legal de las marcas á todos los extranjeros que observan las prescripciones establecidas al efecto para los nacionales sin ninguna condición de reciprocidad legislativa ni diplomática, la discusión ha tenido mayor importancia desde el punto de vista de los principios. El objeto de la discusión entre nosotros ha sido si los extranjeros que no hubiesen depositado regularmente sus marcas observando las prescripciones legales, podían, haciendo el depósito aunque tarde, reivindicar su uso exclusivo contra los que lo hubiesen usurpado antes de haberlo hecho y de haber obtenido la patente.

Es evidente que hay notable diferencia entre la situación en que se han encontrado los extranjeros en Francia y Bélgica, donde legalmente nada podían hacer para garantizar la protección y la en que se han encontrado en Italia, donde la ley no priva á los extranjeros de medios para hacerlo. Entre nosotros se ha tratado de decidir si aquellos que por un hecho propio no habían adquirido la propiedad legal de sus marcas, debían considerarse decaídos del derecho á impedir su uso á los que las hu-

Abril de 1861 y Casac. 4 de Febrero de 1865 (Peter Stubs c. Astier); idem id., 1865 (81); Casac. requ. 13 de Enero 1880 (Beissel) *Journal du Palais*, 1882, pág. 1.134 y la nota ib.

(1) Véanse los importantes artículos de Pouillet en la *Propriété industrielle* (núm. 323) y la obra del mismo ya citada; las observaciones de Pátuille; año 1864 (218) y las de Colmeis, *Annales*, número 238.

(2) Casac. belga. 21 de Junio de 1865 (Gilber); Pataille, 1866 (427).

biesen usurpado con anterioridad á la adquisición de la patente.

A pesar de los cambios que ha experimentado la jurisprudencia, por haber negado el Tribunal de Turín el derecho á reivindicar el uso exclusivo de las marcas (ya usadas en el reino antes que su propietario adquiriese la patente) (1), sin embargo, el de casación del mismo Turín y los de Milán, Parma y Casale (2) han sostenido que la morosidad en el depósito no implicaba la privación del derecho, sino sólo la suspensión de la acción; y que para decidir si puede ésta entablarse contra los que hayan usurpado las marcas de otro antes de realizarse el depósito, deberían aplicarse las reglas generales relativas á la posesión abusiva y á la usurpación, apreciando la buena ó mala fe de los que hubiesen hecho el uso ilegítimo.

Estas decisiones tienen capital importancia desde el punto de vista doctrinal, porque están fundadas en el recto concepto general de que la ley que garantiza al productor ó negociante el derecho exclusivo de usar sus marcas para distinguir los productos y objetos de su comercio, no crea el derecho, sino que sólo declara su derecho preexistente. Por lo cual, cuando se repute adquirido legalmente debe mirarse como un derecho patrimonial, y en tal concepto protegerse por la ley, siendo, por consiguiente, el uso de las marcas punible siempre que se pruebe que ha sido fraudulento y abusivo.

Si prevaleciesen en todos los países estos principios, para decidir acerca de las consecuencias que la negligencia en hacer

(1) Turín 9 de Agosto de 1879 (Johann Farina, c. Utrich y otros) *Giornale dei Trib. di Milano*, 1879, pág. 866, y 12 de Agosto de 1879; Pelaez, c. Freund, *Monitore dei Tribunali di Milano*, 1879, página 1101.

(2) Casac. de Turín, 3 de Marzo de 1880 (Pelaez), *Monit. dei Tribunali*, pág. 224, y Casac. 3 de Marzo de 1880 (Johann Farina), *ibid.* página 371; Turín 3 de Marzo de 1880 (Grenier, *Bettini*), 1880, página 690; Tribunal de Parma, 25 de Marzo de 1880 (Pelaez), *Monitore*, 1880, pág. 500; Tribunal de Milán, 2 de Agosto de 1879 (Caviezol, *ibid.*, pág. 762; Tribunal de Casale, 21 de Julio de 1871 (Girón hermanos), *Monitore*, 1881, pág. 1143.

el depósito en países extranjeros pudiese ocasionar, sería necesario en todos los casos apreciar si esta negligencia, y el silencio ó tolerancia por parte del propietario podía equivaler á una especie de abandono del derecho, como asimismo la buena ó mala fe del que hubiese usado las marcas de otro.

975. Hay que tener presente que, debiendo depender en cada país extranjero la propiedad de la marca del depósito y de la observancia de las formalidades prescritas por la ley, convenirá atenderse á ésta para decidir si puede ó no efectuarse legalmente el depósito. Por lo tanto, si la ley territorial reputase contrario á la moral y al orden público el uso de un cierto signo como marca de comercio, no podría el comerciante extranjero invocar la ley de su nación para reivindicar el uso de dicho signo.

También deberá admitirse que si, por considerar la ley territorial que ciertos signos distintivos no pueden tener el carácter de marca de comercio, debiéndose reputar por ende del dominio público, no podrían adquirir dicho carácter en virtud de la ley extranjera. ¿Habrá de aplicarse siempre la ley territorial para decidir acerca de la condición jurídica de las cosas, y si con arreglo á la misma un signo determinado puede ser ó no objeto de la propiedad industrial, como podría llegar á serlo en virtud de ley extraña? (1)

Aplicando este principio, puede con razón sostenerse que las expresiones comunmente adoptadas para indicar la naturaleza de un producto no pueden llegar á ser una marca, si el que las ha adoptado, traduciéndolas á otra lengua, no ha hecho el depósito para reivindicar su uso exclusivo. El Tribunal de justicia de New-York, denegó la demanda de un farmacéutico que ven-

(1) Según la ley holandesa, la marca no puede consistir en letras, cifras ni palabras ordinarias. — Véanse también varios casos en que la acción ha sido denegada por no reunir los signos distintivos depositados los caracteres de marcas de comercio. París 12 de Enero de 1874 (Coleman), New-York 9 de Noviembre de 1880 (Wan Beil c. Prescott); Clunet, *Journal du droit intern. privé*, 1875, página 355. 1881, p. 275, Leipzig 16 de Abril de 1878 (Armstrong). Pataille, *Journal*, 1878, p. 216.

diendo su producto con el nombre de *elixir-ferro phosphoré d'écorce de calisaja*, quería impedir á otros denominar de igual modo un producto análogo que contenía las mismas sustancias (1).

Creemos, no obstante, justa la observación que hace Pouillet (2), de que ciertas denominaciones comunes, cuando se han apropiado y hecho su depósito antes que sean del dominio público, con objeto de usarlas con una denominación imaginaria é indicar específicamente determinados productos, pueden ser objeto de la propiedad industrial. Opinamos, por otra parte, que acerca de esto no pueden establecerse reglas absolutas, debiéndolo dejar al arbitrio de los Tribunales.

976. Se ha suscitado también otra cuestión relativa á las personas en quienes puede recaer el derecho de aprovecharse de los beneficios de la ley, ó de otro modo, si puede atribuirse tal derecho así á los individuos como á las sociedades.

Hay que admitir en principio que, como la profesión de fabricante ó comerciante puede ejercerse lo mismo por una persona física que por una moral, y que siendo el derecho de individualizar los propios productos un derecho personal que corresponde á todo el que ejerza la industria ó el comercio, es lógico que no pueda negársele á las personas jurídicas (3). En lo referente á los requisitos y condiciones necesarias para poseer el derecho al uso exclusivo de la marca y á las garantías legales, debiendo aplicarse la ley de cada país, será preciso decidir á tenor de ésta acerca de la situación legal de las sociedades extranjeras y acerca de la necesidad del reconocimiento previo de las mismas para que puedan optar á los derechos que nacen del ejercicio de su comercio.

977. Debemos observar, por último, que se ha discutido también si, supuesta una convención diplomática que hubiese estipulado la protección de las marcas con la condición de la

(1) Véase Clunet, *Journal*, 1875, p. 301.

(2) *La propriété industrielle*, núm. 59.

(3) Casac. belga, 26 de Diciembre 1876 (Spies, c. Kiss), *Pasicrisis*, 1877, I, 54.

reciprocidad, podrían aprovecharse de sus ventajas los habitantes de las colonias. Esta cuestión se debatió en el Tribunal de París, el cual negó á un tal Boch la facultad de reclamar contra un francés que le había usurpado y falsificado la marca, porque «no conteniendo los tratados realizados entre Francia y España sobre la protección de marcas de comercio cláusula alguna que los haga aplicables á las colonias respectivas, no puede un fabricante cubano perseguir en Francia la falsificación de su marca de fábrica» (1).

Inspirase esta sentencia en los fines de la legislación francesa, á saber: de subordinar todo el sistema de los principios relativos á esta materia al objeto único y principal de proteger la industria y el comercio francés, y de querer considerar el derecho de protección fundado siempre en los tratados. Prescindamos del principio general en que el Tribunal se apoya, esto es, que los tratados que regulan las relaciones de las metrópolis no son aplicables á las colonias, de tal suerte, que atribuyan á los colonos el ejercicio de los derechos civiles concedidos á los ciudadanos del Estado (principio que nos parece muy discutible en la generalidad absoluta, que el Tribunal de París lo establece). A nuestro juicio, y como regla general, todo depende de las relaciones políticas que unan á la colonia con la metrópoli. Pero en este caso concreto, supuesto que el uso de la marca de otro es un delito, ¿podrá acaso sostenerse que la usurpación y el fraude, cosas ilícitas de por sí, hubiesen de dejar de serlo por haberse cometido en perjuicio de uno que tuviese su domicilio en la Habana ó en Puerto Rico? El derecho al uso exclusivo de la marca de fábrica, que según la ley debe garantizarse á todos, es una de las formas del derecho de propiedad, y por lo menos debe reputarse como un derecho patrimonial personal, debiendo estar en absoluto bajo la tutela de las leyes represivas del fraude. El tratarse de un habitante de las colonias no destruye el hecho de que la falsificación de sus productos y la usurpación

(1) Cour de Paris, ch. correc., 4 de Julio de 1879 (Boch c. Tinchant; Clunet, *Journal*, 1879, pág. 548).

de las marcas de su fábrica pueden llevarse á cabo con el objeto de apropiarse los beneficios inherentes al nombre, á las marcas del mismo fabricante ó comerciante, y además con la intención de engañar á los compradores en la procedencia de los productos.

Lo único que conviene indagar es si el que alega el derecho sobre la propiedad de la marca ha hecho efectivamente todo lo que prescribe la ley territorial para poder gozar de su uso exclusivo, y estar en aptitud de exigir y obtener la protección legal. Probado esto, debe admitirse la protección legal sin tratar de disminuir con sofismas y subterfugios la fuerza de los principios, según los cuales debe impedirse todo atentado á los derechos patrimoniales del hombre, adquiridos con arreglo á la ley. Esquivar la aplicación de la ley que castiga el fraude, aduciendo que se trata de un comerciante establecido en las colonias, y no del que lo está en la metrópoli, nos parece verdaderamente un razonamiento sutil alegado con el sólo objeto de hacer inaplicable la ley promulgada para proteger los derechos de las personas y la buena fe de los ciudadanos.

978. Los principios expuestos deben aplicarse con mayor razón al nombre comercial. La usurpación del nombre de una persona ó de una sociedad debe considerarse por sí misma como un atentado punible en virtud del derecho de gentes. En efecto, el nombre representa la persona misma, es compendio de todos los elementos de su individualidad; es entre las propiedades la más cierta, la más indiscutible, la más legítima é imprescriptible. Por estas razones, é independientemente de los tratados internacionales, debería toda Soberanía, sin establecer diferencia entre ciudadanos y extranjeros, aplicar las propias leyes penales á todo el que hubiere usurpado el nombre comercial de otro.

Sin embargo, en la práctica no se ha reconocido generalmente á los extranjeros la facultad de perseguir en juicio por usurpación del nombre comercial.

979. Este delito se rige en Francia por la ley de 28 de Julio de 1824, y concediéndose á los extranjeros el goce de los derechos civiles en virtud de la simple autorización del Gobierno

para establecer el domicilio, ó por el mero hecho de pertenecer á un Estado con el cual haya un tratado sobre la base de la reciprocidad, se ha reconocido la acción por usurpación del nombre comercial solamente á los extranjeros que se encuentren en las condiciones de los artículos 11 y 13 del Código civil (1). La ley de 1857 no modificó, en cuanto á los principios, la regla sancionada por la jurisprudencia, y el Tribunal de casación en sentencia dictada el 27 de Mayo de 1870, decidió que el castigo del delito de usurpación del nombre comercial ó de la razón social no podía ser objeto de acción judicial por parte de un extranjero. Sólo la ley de 26 de Noviembre de 1873, art. 9.º, se ha inspirado en principios más liberales, sancionando la máxima de que las disposiciones de la ley francesa relativas al nombre comercial deben también aplicarse á los extranjeros si en el país á que pertenecen se admite por la ley ó por un tratado el principio de reciprocidad.

980. En Bélgica la cuestión del derecho correspondiente á los extranjeros para querellarse por la usurpación del nombre, se debatió ampliamente en la causa *Spier contra Kiss*. Habiendo éste fabricado *spagnoletes* había hecho inscribir sobre los paquetes de las mismas la razón comercial *Joseph Huppmann firma la Ferme*, y fué citado ante el Tribunal correccional por haber usurpado el nombre de *Huppmann* á la razón comercial de *Joseph Huppmann*.

El Tribunal, en sentencia de 17 de Agosto de 1875, había admitido la acción por parte de *Spier*, ciudadano sajón, atendiendo á que la usurpación del nombre comercial caía bajo las

(1) En la exposición de motivos en que se funda la ley de 1824, tal como resulta de las relaciones hechas á la Cámara, aparece que se provocó por los fabricantes franceses á fin de proteger la industria nacional. Por lo cual ha interpretado siempre la jurisprudencia en dicho sentido la aplicación de aquella ley, y el Tribunal de casación en pleno decidió en sentencia de 12 de Julio de 1848, que habiendo tenido por objeto la citada ley proteger la industria nacional, establecía un derecho ó una facultad meramente civil, de cuyo goce estaba excluido el extranjero.

prescripciones del Código penal, prescindiendo de la existencia de todo tratado internacional, y que no debía hacerse ninguna distinción entre que el nombre usurpado fuera de un ciudadano ó de un extranjero. También tuvo en cuenta el Tribunal que no debían aplicarse principios diversos, si en vez de un nombre se tratase de una razón social, sin que pudiese considerarse ésta como una marca de comercio (1).

El Tribunal de Bruselas consideró, por el contrario, las disposiciones del Código penal relativas á la represión de la usurpación del nombre, encaminadas esencialmente á proteger la industria nacional, y concluyó que el extranjero que no tenía en Bélgica el goce de los derechos civiles, ni tampoco la residencia ó el establecimiento comercial, no podía perseguir en juicio al que le hubiese usurpado el nombre comercial si no existía algún tratado internacional que le concediese tal derecho. Que de todas maneras, los principios que podían regular la acción por usurpación de nombre no podían aplicarse á la de una razón social, sobre todo cuando en dicha razón social no entraba el nombre de ninguno de los miembros de la sociedad que lo usase, debiéndose considerar el nombre de aquella como una creación del derecho positivo, no pudiendo reservarse el derecho al uso exclusivo de una razón social sino á los que disfruten de los derechos civiles.

El Tribunal de casación belga ha adoptado en cambio una teoría más liberal, admitiendo que la usurpación del nombre comercial ó de una razón social es por sí misma un delito, y que las prescripciones de la ley penal que la castigan son aplicables á todos los interesados sin distinción de ciudadanos y extranjeros, siendo muy interesante la sentencia bajo el punto de vista doctrinal: «Todo comerciante—dice—ó todo establecimiento de comercio ó de industria, posee la propiedad exclusiva de su nombre ó de su razón comercial. Esta propiedad constituye un derecho que, con arreglo al art. 128 de la Constitución, debe ser

(1) Tribunal correccional de Bruselas, 17 de Agosto de 1875; *Pasicrisis*, 1876, II, 267, y *Clunet, Journal du droit int. privé*, 1876, página 302.

protegido así en la persona de un extranjero como en la de un ciudadano. El art. 191 del Código penal, que tiene por objeto esta protección, no restringe su aplicación al caso en que el fabricante ó establecimiento industrial sean belgas. Por otra parte, el hecho de inscribir en un objeto fabricado el nombre de otro fabricante que no sea su autor, es no solamente un atentado contra la propiedad de aquel cuyo nombre se suplanta, sino también un delito contra la fe pública; esto es, una alteración de la verdad respecto de ciertos signos, siendo una necesidad social el tener confianza en ellos; el legislador les concede esta categoría colocándolos entre los crímenes y delitos contra la fe pública. Los delitos de esta naturaleza caen bajo la acción de la ley penal, cualquiera que sea la persona cuyo nombre se haya usurpado para engañar la fe pública (1).

Según esta razonada doctrina del Tribunal Supremo belga, el nombre comercial pertenece á la persona, trátese de un nombre individual ó del de una razón social, y á su usurpación son aplicables las disposiciones de la ley penal y no las que regulan la usurpación de una marca comercial, porque el nombre no es una marca ó signo de comercio (2).

381. En Italia las disposiciones relativas á la usurpación del nombre comercial ó de la firma, están consignadas en la ley de 30 de Agosto de 1868.

Dícese en el art. 1.º que la firma característica del productor puede constituir una marca ó signo distintivo, sancionándose en el art. 5.º la prohibición de usurpar el nombre y la firma, ya pertenezcan á un individuo ó á una sociedad, conminándose con la pena correspondiente á los contraventores.

(1) Casac. belga, 26 de Diciembre de 1876, *Pasicrisis*, 1877, I, 54, y *Journal du droit intern. privé*, 1878, pág. 523. Dicho Tribunal de casación había consagrado la misma doctrina en su sentencia de 5 de Junio de 1876, en la causa Moët y Chardón contra Erphelins.

(2) El Tribunal de Bruselas aplicó estos principios á la usurpación de nombre hecha en perjuicio de un italiano llamado De Longo, en sentencia de 4 de Febrero de 1880; Pataille. *Annales*, 1881, página 106.

Las disposiciones de la citada ley fueron ampliamente discutidas en la causa *Johann Maria Farina di Colonia y Ulrich* y otros, acusados de usurpación de nombre. El Tribunal de casación de Turín, anulando una sentencia del de apelación de la misma ciudad, decidió que el nombre, como la misma personalidad designada con el nombre ó la firma, era imprescriptible, y que su usurpación, aun cuando no se haya designado como marca ó signo distintivo de los productos, constituye por sí misma una contravención al art. 5.º de la ley de 30 de Agosto de 1868, que prohíbe y castiga la usurpación de nombre (1).

Estos mismos principios fueron aplicados por el Tribunal de Milán, que reconoce como regla sancionada por la ley de 1868 y por la jurisprudencia, que el nombre es una propiedad, debiendo protegerse como tal por la ley, que en tal concepto debe reputarse inviolable, y además que el uso del nombre ajeno no puede ser lícito sino en el solo caso de que el que lo use tenga su posesión legítima (2).

Debe efectivamente admitirse que, perteneciendo á toda persona el derecho de servirse de su nombre en el ejercicio de su comercio, también se le debe reconocer aun en la hipótesis de que, teniendo el nombre propio de otro, lo adopte. En tal caso no podría decirse que había usurpación de nombre, fundándose en los perjuicios que se irrojan con ello al que tiene el mismo nombre (3). Sólo cabe razonablemente sostener que, cuando de

(1) Casac. 3 de Marzo de 1880. *Johann Maria Farina y Ulrich, Monitore dei Tribunali*, 1880, pág. 371.

(2) Tribunal de apelación de Milán, 16 de Mayo de 1881, en la causa Erba. En esta causa se estableció asimismo el principio de que no podía admitirse por presunción la cesión de un nombre sino que había que probarla, y que dicho principio era aplicable tanto al nombre comercial de un italiano como al de un extranjero ó empresa extranjera. Como observó el Tribunal de casación de Turín en la citada sentencia, el principio de la perfecta igualdad entre el ciudadano y el extranjero, sobre estar sancionado por el artículo 3.º del Código civil, está confirmado en el 4.º de la citada ley de 1868.

(3) Este fué el principio que se aplicó por el Tribunal de Apelación de New York en la causa *Glendon Iron c. Uhler*. Se trataba

las circunstancias resulte que el uso del homónimo se hace con la intención de inducir á error al público, uniendo al nombre otras combinaciones encaminadas á sorprender la buena fe de los consumidores, podía exigir el primero que tenía el uso comercial del nombre que el otro añadiese á la denominación común ciertas indicaciones para prevenir de este modo una concurrencia desleal (1). Esto debe, por otra parte, dejarse al prudente arbitrio del Magistrado que, apreciando las circunstancias, puede decidir con mayor conocimiento de causa.

982. Resumiendo, pues, los principios que á nuestro modo de ver deberán regular el uso del nombre comercial, opinamos que el nombre propio de un inventor ó productor no puede considerarse en las mismas condiciones jurídicas que una marca de comercio. El nombre pertenece á cada cual por derecho propio, estando destinado por sí mismo á individualizar la personalidad, y por tal razón no es susceptible de apropiación particular ni de ser sometido á las reglas concernientes á las marcas de comercio (como son el depósito, el registro, etc.), en cuanto á admitir que sólo á aquél á quien el nombre pertenece debe reservarse su uso exclusivo. Por consiguiente, hay que reconocer que existe usurpación de nombre siempre que cualquiera lo adopte sin autorización expresa de la persona á quien pertenece; y que cuando el uso del nombre de otro se hubiese hecho de buena fe

de un individuo llamado Glendon, que aplicaba su nombre á un hierro que fabricaba. Habiendo cesado después en su comercio, otro fabricante de hierro del mismo nombre ponía también sobre sus productos *Glendon*. Se decidió que en este caso el uso del nombre era legítimo.

(1) Esta cuestión fué decidida en Francia, y se acordó que el que primero había designado sus productos con el nombre propio, podía exigir que se obligase á su homónimo á unir al nombre indicaciones propias para caracterizar los respectivos productos. Véase Tribunal de París, 29 de Julio de 1876; *Le Droit*, 9 de Agosto de 1876; Clunet, *Journal du droit int privé*, 1886, p. 298.—Confróntese también la sentencia del Tribunal inglés de 21, 24 y 25 de Mayo de 1876 en la causa *Singer Manufacturing Company c. Wilson*; *Journal* citado, pág. 285, y la del Tribunal de los Estados Unidos en la causa *Carrol*, id., 1881, p. 275.

(como podría suceder en el caso de que lo hubiese adoptado para designar un producto conocido del público bajo aquella denominación), podría ser esto ciertamente motivo bastante para excluir la acción penal y la de indemnización de daños por parte del que usó el nombre; pero no lo sería para hacerle perder el derecho á impedir el uso del nombre propio para lo sucesivo (1); y como quiera que debe considerarse fundado este derecho en la ley llamada á proteger la personalidad y á impedir cualquier atentado á los derechos personales, no es conveniente establecer en este concepto ninguna distinción entre el ciudadano y el extranjero, ni subordinar el reconocimiento del derecho que cada uno tiene á usar exclusivamente su propio nombre á la existencia de tratados internacionales ó al principio de la reciprocidad legal.

Hay que exceptuar únicamente el caso de que por consentimiento tácito de cualquiera, se haya adoptado su nombre para designar un objeto dado, porque entonces, á causa de haberse usado públicamente para indicar el objeto á que en su origen se aplicó y sin oposición por parte de aquel á quien el nombre pertenece, debe reputarse del dominio público como designación del objeto. Tal es el caso, por ejemplo, de la lámpara denominada *Quinquet*, del sistema *Jacquard*, y probablemente acontecerá lo mismo con la máquina *Singer*.

983. En la aplicación de los principios hasta ahora expuestos podría surgir una dificultad, en la hipótesis de que no se tratase de nombre aislado sino del nombre unido á emblemas é indicaciones con las cuales estuviese incorporado de manera que pudiese formar con la enseña una marca de comercio ó de fábrica, de la cual no fuese sino una parte constitutiva. Suponiendo que se pretendiese en tales circunstancias atribuir el carácter de marca de fábrica al nombre así encubierto, se debería por consiguiente admitir, que habría de aplicarse las reglas que

(1) Conf. la sentencia del Tribunal de París, 12 de Enero de 1884. (*Compagnie Liebig extract of meat c. Coleman*), *Le droit*, 20 de Marzo de 1874.

conciernen á la propiedad de las marcas, y que, por lo tanto, no se podría garantizar el uso exclusivo á aquel á quien el nombre pertenece, sino bajo las condiciones establecidas para las marcas de fábrica.

La cuestión se ha tratado ante los Tribunales y se ha resuelto de diferentes modos. El Tribunal de casación francés en la causa *Beissel et fils*, fundándose en la ley de 1857, que dispone que pueden considerarse como marcas de comercio los nombres hasta una forma distintiva, sostiene que: «el nombre, acompañado de emblemas y de menciones á los cuales se incorpora y con los cuales se confunde, no es otra cosa, á diferencia del nombre aislado que uno de los elementos de que la marca se compone,» y considerando que una marca de fábrica no depositada era susceptible de caer en el dominio público, y que, cuando esto sucedía, no podía reivindicarse por ninguno como una propiedad, concluye, que la etiqueta de la casa *Beissel et fils* no podía reivindicarse como imprescriptible, según el derecho de gentes, porque, «comprendido en ella el nombre ó la razón social, no representa nada más que una marca de fábrica» (1).

Pero no nos parece que pueda admitirse en principio que el nombre ó la razón social pueda perder su carácter natural de ser como nombre una propiedad imprescriptible por derecho de gentes, sólo porque con el mismo nombre se hayan escrito emblemas ú otros signos distintivos. El comerciante á quien pertenece el nombre podría ciertamente dar al conjunto el carácter de una marca de fábrica, depositándola como tal, y cuando lo hubiese hecho podría sostenerse que debía estar sujeto á todas las disposiciones que regulan el uso exclusivo de una marca de fábrica, y que además pudiese perder el derecho de proceder contra los que hubiesen falsificado su etiqueta cuando se verificasen las condiciones establecidas en tal concepto para una marca de fábrica, cualquiera que fuese (2).

(1) Casac. reg. 13 de Febrero de 1879, (*Keissel et fils* contra *Selhingous*), Pataille, *Annales*, 1880, p. 113. Véase allí mismo las conclusiones contrarias del procurador general Bertaud.

(2) Estos principios se tuvieron en cuenta por el Tribunal de

En esta circunstancia podría decirse con razón que el comerciante había asimilado por sí mismo su nombre á cualquier otro signo distintivo de una marca de comercio depositando como marca de fábrica la etiqueta de su pertenencia, en la cual su nombre está unido á los demás signos distintivos, y que al obrar de este modo, al haber hecho él mismo de su nombre un elemento constitutivo de la marca, no podría prevalerse de otros principios para probar la falsificación y el uso ilícito fuera de los que regulan las marcas de comercio; pero si el comerciante no hubiese depositado su etiqueta como marca de fábrica, no se podría privar al nombre de su cualidad de propiedad imprescriptible, sólo porque juntos con él haya otros signos distintivos. En todo caso, sin embargo, no debería admitirse que el Tribunal pueda hacerse intérprete de la intención del poseedor del nombre, sosteniendo que ha querido hacer de éste una marca sólo porque lo haya rodeado con signos ó emblemas, puesto que, según los mejores principios, el nombre es una propiedad y la facultad de usarlo es un derecho personal, cuya cesión ó abandono no se debe admitir por simple presunción (1).

384. Los principios expuestos hasta ahora respecto de las marcas y etiquetas de comercio y del nombre comercial, no pueden reputarse suficientes para resolver las cuestiones que surjan á propósito del derecho atribuido según ciertas leyes al inventor industrial de obtener, mediante el privilegio de invención, el uso privativo de la fabricación de los objetos de su invento. No se

Bruselas en la causa de ciertos fabricantes de Calabria, Catanzaro y Caraffa, los cuales habían depositado su nombre como marca en Bruselas. Habiéndose falsificado su etiqueta en Bélgica y habiendo presentado querrela por usurpación de nombre, invocando la aplicación del art. 191 del Código penal belga, el Tribunal juzgó inaplicable dicho artículo, porque los susodichos fabricantes italianos habían depositado la etiqueta con un nombre como una marca de comercio, y se debían aplicar las reglas para la falsificación de las marcas, y no las de usurpación de nombre. Bruselas 11 de Febrero de 1880; Pataille, *Annales*, 1881, pág. 106.

(1) Confróntese la citada sentencia del Tribunal de Milán, 16 de Mayo de 1881 en la causa Erva.

puede ciertamente poner en duda que á cada soberanía compete el derecho de regular el ejercicio de las artes industriales, y que debe dejarse al dominio de la misma el conceder á los artistas el privilegio del comercio en beneficio propio de los objetos de su invención para proveer mejor al progreso de las industrias; pero no podemos admitir que este derecho concedido al industrial haya de considerarse como un derecho patrimonial del mismo, y como tal, digno de la protección legal en todas partes, de la misma manera que cualquiera otra cosa que forme parte del patrimonio de cada persona. Se puede, en efecto, sostener, que la ley de cada Estado atribuye al autor de un descubrimiento la facultad exclusiva de darlo á conocer y disfrutar de sus beneficios por un tiempo determinado bajo las condiciones establecidas por la misma ley. Pero no pudiéndose considerar esta concesión sino como un beneficio concedido por la soberanía para favorecer las artes industriales, y teniendo como tal el carácter del privilegio, es necesario considerarla como circunscrita dentro de los límites del territorio en que la soberanía impera, excluyendo en principio por parte del poseedor del privilegio exclusivo el derecho á la protección internacional fundado en el derecho de gentes, como ya hemos dicho, de todo aquello que forme parte del patrimonio de cada uno.

Con mayor razón podemos sostener esto en el día después de la acalorada discusión entre los conservadores y los reformistas en materia de patentes de invención (1); y cuando con

(1) Chevalier (Michel), *Introduction aux rapports de la section française du jury international sur l'ensemble de l'Exposition universelle de Londres de 1862*, y la Memoria del Instituto de Francia (t. LXIII, págs. 235 y siguientes), 1863, *Compte rendu par M. Vergé*; el discurso de Macfie en las *Atti del Congresso di Bruxelles*, de 1862; *Annales de l'Association internationale pour le progrès des sciences sociales* y los *Atti del Congresso di Gand*, *Annales* citados, 1863. Habiendo el Gobierno prusiano abierto una información en las Cámaras de comercio y en las Corporaciones comerciales sobre la cuestión de si, teniendo en cuenta el estado de la industria, el espíritu de invención y el sistema de las patentes sería ó no necesario concederlas á los inventores para animarlos,

argumentos bien fundados se ha llegado á demostrar por los unos contra los otros, que el sistema de los privilegios de invención, aun considerado respecto de la ley interior de cada Estado, tal como se encuentra regulado en la actualidad, más bien perjudica que favorece al incremento de la industria; por lo cual, la inmensa mayoría está de acuerdo en reconocer la necesidad de una reforma en las legislaciones internas á fin de que el sistema de los privilegios de invención no sea un obstáculo á la libertad del trabajo (1).

985. En tal estado de cosas es fácil comprender que los principios que hemos sostenido hasta ahora respecto de la propiedad industrial, no podemos mantenerlos para los privilegios de invención. Para cualquiera que considere cuán diversos son los criterios jurídicos en que se inspiran las leyes de los varios países al determinar qué invenciones pueden gozar de privilegio exclusivo; á qué personas puede concedérseles válidamente el privilegio; el régimen de los privilegios de perfeccionamiento y de importación; y la duración y extensión del privilegio, es evidente que no sólo no puede sostenerse que deba garantizarse en principio la patente industrial fuera del territorio del Estado por el cual se concedió, sino también que no podrá llevarse á cabo un derecho común sobre esta materia para establecer el reconocimiento internacional de los privilegios sin poner en armonía las legislaciones particulares de los diversos países, con objeto de evitar que el privilegio se convierta en un obstáculo á la libertad del trabajo y al progreso de la industria y en un manantial inagotable de cuestiones (2).

treinta y una Cámaras de comercio contra dieciseis se declararon favorables á la supresión absoluta de las patentes.

(1) Véanse las comunicaciones de M. De Lavergne al Instituto de Francia (*Académie de sciences morales et politiques*, 1863, tomo LXIII, pág. 282); la relación hecha al Congreso de Dublin en 1861; la hecha al Congreso de New-York en 1869, y las discusiones durante la Exposición de París de 1878, en el Congreso para la propiedad industrial, y la carta de M. Matile, de Washington, en la *Revue du droit int.*, 1869, pág. 310-12.

(2) Hay países en que no se reconoce el privilegio de las patentes.

986. No puede impugnarse, en principio, la autoridad absoluta de la ley territorial en esta materia, siendo así que, pudiendo conceder la soberanía de cada Estado al inventor ó á sus apoderados el privilegio exclusivo de comerciar con su invento, á la misma corresponderá de derecho determinar las condiciones para que tal privilegio pueda subsistir, como asimismo todo lo concerniente á la duración, extensión y protección del privilegio conferido. Claro es, que nada de lo que cada soberanía disponga en tal concepto puede tener autoridad dentro del territorio sujeto á su imperio, de donde no podría inferirse que el inventor pudiese pedir en otro país el goce del privilegio conferido en virtud de la ley de aquel en que se le había otorgado. Las diferentes soberanías deben reputarse independientes en absoluto relativamente á esta cuestión, y por consiguiente, puede cualquiera de ellas conferir el privilegio siempre que subsistan

tes, como Dinamarca, Suiza, los Países Bajos, el Mecklenburgo, Turquía y Grecia. El sistema de procedimiento sancionado en las leyes que lo admiten, y destinado á legalizar su validez, abre muy ancho campo á discusiones respecto de cada Estado. Esta es una de las cuestiones en que muy difícilmente se hallan de acuerdo los principios. «No hay asunto más litigioso que el de las patentes de invención», decía M. De Lavergne en la Academia de ciencias morales de Francia. «¿Hasta qué punto una pretendida invención es tal invención? ¿Hasta qué punto una pretendida falsificación es tal falsificación? Estas cuestiones son en la práctica de solución casi imposible.» La verdad es que las Exposiciones universales han coadyuvado á la organización internacional del trabajo, y la mayor parte de los descubrimientos no son obra de un solo hombre, sino el resultado del trabajo combinado y de las pacientes investigaciones de muchos. En tal estado de cosas, ¿es posible atribuir el monopolio de la invención á un pretendido inventor?

El príncipe de Bismark, en una Memoria presentada el 10 de Diciembre de 1868 al Consejo federal de la Alemania del Norte, se declara contrario al monopolio de las patentes, alegando, entre otras razones, que ninguno de los sistemas legislativos puede dar buenos resultados.

Véase Rolin Jacquemins. *De quelques manifestations récentes de l'opinion publique en Europe au sujet des brevets d'invention.*

las condiciones legales requeridas para este objeto; puede conceder á los extranjeros el goce del mismo beneficio, y, además, tiene atribuciones para no excluirlos, evitando así toda distinción jurídica en el terreno de las relaciones privadas entre ciudadanos y extranjeros (1). Pero el que hubiese legalmente obtenido el privilegio no podrá reputarlo como un derecho patrimonial y pretender su respeto en los demás países. Esta última ventaja sólo podría lograrse mediante un tratado *ad hoc*, ó bien en virtud de la ley, la cual independientemente de todo tratado, tendría facultades para conferir á los que hubiesen obtenido un privilegio en el extranjero el poder gozar del mismo derecho en el Estado con sólo cumplir las condiciones y formalidades prescritas por la ley local. Aun bajo este respecto debe mirarse como absoluta la autoridad de cada país, y por consiguiente, resolverse con arreglo á la ley territorial toda cuestión, pudiendo suceder que ésta sancionase reglas diversas en lo que toca á la adquisición, ejercicio y nulidad del derecho relativo al inventor privilegiado en el extranjero.

Para evitar las divergencias existentes en esta materia, sería de desear que los Estados se pusieran de acuerdo para establecer las bases de una ley común sobre las patentes industriales, constituyendo en lo que á privilegios de invención atañe una especie de *unión* internacional, á fin de limitar los privilegios sólo á aquellas obras que se reconozcan previamente como de utilidad internacional, y que tengan el carácter de verdadera invención ventajosa para todos (2).

(1) En este concepto la ley francesa de 5 de Julio de 1844 está en armonía con los principios del derecho internacional. En efecto, concede á los extranjeros el derecho de obtener la patente de invención no privilegiada sin subordinar dicho beneficio á la condición de reciprocidad, ni á la de tener el goce de los derechos civiles en Francia, ó la residencia, ó un establecimiento de comercio.

(2) Véanse las propuestas hechas por Macfie al Congreso de Bruselas de 1882, *Les brevets d'invention considérés au point de vue international* (*Annales de l'Association*, citados).

A consecuencia de las discusiones mantenidas en el Congreso para la propiedad industrial celebrado en París, en el Trocadero, durante la Exposición de 1878, se redactó un proyecto en vista de

Mientras no lleguemos á este objetivo será necesario admitir, como regla general, que á la soberanía territorial compete el decidir si debe ó no admitirse el privilegio y la forma en que han de impedirse y castigarse las falsificaciones y el comercio de los objetos privilegiados.

Dado que la ley territorial prohíba y castigue la falsificación y el comercio de los objetos cuya patente ha concedido á su inventor, será preciso admitir que éste no puede impedir la falsificación y comercio de los mismos en país extraño, sino únicamente prohibir que se efectúe en el Estado donde se obtiene el privilegio, la venta de los objetos en otra parte falsificados, pidiendo para ello la aplicación de la ley territorial; y es natural, que si con arreglo á esto tuviese el inventor derecho á hacer el secuestro de los objetos falsificados, podría ejercer este derecho aun contra los que, falsificándolos en el extranjero, los hubiesen introducido después en el Estado para ponerlos á la venta.

987. Aquí la dificultad surgiría en el supuesto de que los objetos falsificados en el extranjero no se encontrasen en el Estado con destino á la venta ó para usarlos, sino como de tránsito.

A nuestro juicio, no podría invocarse en tal supuesto la aplicación de la ley territorial, pues no extendiéndose la autoridad de ésta sino á los hechos jurídicos realizados en el territorio de su jurisdicción, y como quiera que el hecho prohibido por la misma sería el comercio de los objetos con patente ó su falsificación en el Estado, no verificándose ninguna de las dos cosas en el caso en cuestión, porque los objetos que están

las conclusiones aceptadas, que puede leerse en Clunet, *Journal*, 1888, pág. 413.

La ley federal suiza de 29 de Junio de 1888, que admite la protección de las patentes de invención, y que concede á los que la hayan obtenido en el extranjero poderlo hacer también en Suiza sobre la base de los tratados existentes (art. 32), establece este recto principio en el art. 2.º: «No se considerarán como nuevas las invenciones que, en el momento de pedir la patente, sean suficientemente conocidas en Suiza para que cualquiera que ejerza la profesión pueda reproducirlas.»

de tránsito no suponen ni la venta ni la tentativa de comerciar con ellos, no habría motivo razonable para someter tal hecho á la ley territorial. Es, por lo tanto, preciso admitir en principio, que mientras no resulte de las circunstancias, que los susodichos objetos se han introducido en el Estado donde gozan de patente con intención de usarlos ó venderlos en el territorio, no puede jamás aplicarse la ley territorial (1): como sucedería, tratándose de mercancías que se encuentran en el Estado temporal ó accidentalmente para reexpedirlas al extranjero. La duda podría versar acerca de objetos falsificados en el extranjero y depositados en los *docks*, porque como estos objetos podrían retirarse del muelle una vez pagados los derechos, el depósito de los mismos podría considerarse como introducción en el territorio para efectuar su venta.

988. Se han suscitado también dudas acerca de la aplicación de la ley territorial relativamente á los objetos garantizados con patente en un Estado, falsificados y fabricados en el extranjero, y presentados á una Exposición universal llevada á efecto en aquel Estado.

Por una parte, se había observado que la exposición de los objetos falsificados, hecha con el único fin de darlos á conocer y venderlos después en el extranjero, no podía por sí sola justificar la aplicación de la ley territorial, que protege las patentes. En efecto, la soberanía territorial al concederla, confiere al autor del descubrimiento la facultad exclusiva de aprovecharse de él en el territorio de su imperio, pero del mismo modo que no puede garantizar el privilegio en los demás Estados sino con sujeción á los tratados, ni impedir que en ellos se vendan y fabriquen los objetos privilegiados, tampoco puede sostenerse que sus disposiciones sean extensivas á los objetos falsificados en el extranjero y presentados en la Exposición, porque no verificándose en el territorio ni la falsificación ni la venta, faltaría el he-

(1) Conf. Pouillet, *Brevets d'invention*, pág. 707; en contra de nuestra teoría, Rouen, 12 de Febrero de 1874 (Teschén y Manque); Clunet, *Journal*, 1875, p. 113; Bozerain, *Propriété industrielle*, § 172.

cho jurídico sobre el cual versara la aplicación de la ley territorial.

Se ha observado también, por el contrario, que el que bajo la protección de la ley territorial está en posesión y en el ejercicio de una patente industrial, tiene derecho á reclamar que la ley territorial le garantice eficazmente su privilegio; que los objetos fabricados en el extranjero y presentados á la Exposición sirven no sólo para darlos á conocer á los que deseen adquirirlos, sino también para realizar su venta en el mismo recinto de la Exposición, pudiendo el expositor recibir comisiones y ultimar contratos de venta, haciendo la entrega en el país donde no exista la patente; y que estando prohibida la venta según la ley territorial, debe estar autorizada para impedir un negocio jurídico realizado en su territorio en perjuicio de aquel á quien concedió el privilegio.

Conforme á los principios más estrictos, no se podría, ciertamente, excluir la aplicación de la ley territorial, en el caso del que expone en el territorio del Estado que concedió la patente objetos falsificados para ofrecerlos á los que quieran comprarlos, mediante el pacto de hacer su entrega fuera del territorio del Estado donde tiene lugar la Exposición. Sin embargo, en la práctica no cabe cuestión de ninguna clase; porque los Gobiernos, interesados naturalmente en promover el concurso á la Exposición, han cuidado de evitar todos estos inconvenientes, garantizando á los expositores de los objetos que tienen patente fabricados en el extranjero, que no sufrirán ninguna molestia, siempre que se limiten á exponerlos y á retirarlos en el término fijado después de cerrarse oficialmente la Exposición (1).

(1) Suscitóse esta cuestión á propósito de la Exposición universal que tuvo lugar en Francia en 1878. A consecuencia de las dificultades sugeridas por los Gobiernos extranjeros, se promulgó una ley especial el 8 de Abril de 1878, con la cual se derogó la de 5 de Julio de 1844 y la de 20-31 de Mayo de 1856, referentes á los objetos fabricados en el extranjero con patente de invención en Francia, concediéndose por ella poder presentarlos, bajo la condición de que se tratase de un modelo único, y que se retirase dentro del mes siguiente á la clausura oficial de la Exposición. En cuanto

989. Suponiendo que se hubiese garantido entre dos Estados por medio de tratados el beneficio de la patente, habrán de tenerse presente, respecto de la misma, las reglas anteriormente expuestas en cuanto á las marcas de fábrica, esto es, que el tratado puede constituir título para pedir el goce del privilegio en país extranjero; pero que es necesario atenerse á la ley de éste, para determinar las condiciones bajo las cuales se ha de disfrutar el beneficio, las formalidades que deben observarse y todo lo concerniente á la conservación y caducidad del derecho. Puede muy bien suceder que, suponiendo que haya caducado por alguno de los motivos legales y que esto acontezca en el país de origen, deba, no obstante, reputarse subsistente en otro país donde la patente se haya obtenido legalmente sin que en el último se haya dado ocasión para que caduque. Conviene siempre mantener en principio, no sólo la independencia de la soberanía, sino también la autoridad exclusiva de la ley territorial (1).

Respecto de la duración del privilegio creemos justo admitir que, cuando, según la ley del país donde originariamente se concedió llegue á cesar por haber transcurrido el término legal de su concesión, debe también en este único caso considerarse caducada en los demás países, en los cuales el concesionario hubiese obtenido la protección legal del privilegio en virtud de los tratados (2). Debiendo admitirse que la protección legal

á productos admitidos á la de 1889, se ha dictado también una ley en 30 de Octubre de 1888, que ha derogado la de 5 de Julio de 1844. En España se ha regulado esta materia por medio de disposiciones especiales dictadas por Real decreto de 1888.

(1) El Tribunal Supremo francés ha sancionado la doctrina contraria, y en sentencia de 14 de Enero de 1864, *Rebour c. Duboucheon*. Sirey. 1869, I, 200 decide que, cuando la patente caducaba en el extranjero donde se había obtenido, caducaba también en Francia.

(2) La duración de la patente de invención está determinada en ciertos casos de un modo uniforme por disposición de la ley: así pasa en Inglaterra, en Bélgica y en Alemania, según la ley de 1877; mientras en Francia, Austria, Italia, España y Portugal depende hasta cierto *máximum* del arbitrio del interesado, y en Suecia y Rusia de la decisión de la autoridad misma que extiende el documento.

fundada en el tratado, tiene por objeto garantizar el derecho atribuido en el país de origen al inventor, es lógico sostener que extinguido su primitivo derecho debe extinguirse también la protección legal del mismo en los otros países (1).

990. En virtud del principio de la autoridad absoluta de la ley territorial en materia de patentes, se habrá de admitir también que el inventor privilegiado, aun cuando haya obtenido la protección del privilegio en país extranjero en virtud de los tratados, puede, no obstante, ser expropiado de la invención por razones de pública utilidad, debiéndose decidir en tal circunstancia con arreglo á la ley del Estado, si compete á la soberanía el derecho de apropiársela ó si está obligada á indemnizar de los perjuicios al inventor que haya adquirido la patente. Es indudablemente contrario á los rectos principios el que una soberanía, después de haber garantido el respeto de una invención privilegiada en el extranjero, pueda apropiarse la invención sin indemnizar en justicia al concesionario. Sin embargo, es indisputable que solamente á la autoridad territorial compete todo lo relativo á esta cuestión, como también el determinar la indemnización debida y la norma á que habrá de ajustarse para justipreciarla (2).

(2) Así se dispuso en el art. 25 del Edicto sobre patentes de invención de 1852 (15 y 16 Viet., c. 83, en el art. 29 de la ley francesa de 1844, y en otras leyes.)

(3) El art. 16 citado del Edicto inglés de 1852, dispone que está entre las prerrogativas de la Corona el derecho de revocar el privilegio de invención, y que, por lo tanto, puede el Gobierno apoderarse para uso propio de la invención privilegiada, ó autorizar á un tercero para que la imite. Los Tribunales ingleses han decidido, pues, que el inventor privilegiado no tiene acción ni contra el Gobierno, ni contra terceros que hayan trabajado por cuenta del Gobierno, estando exentos de toda responsabilidad. Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 10, 14 y 25 de Febrero de 1876 *Dixie c. The London small arms Company limited, Week Report*, vol. XXIV, p. 766.)

Los Tribunales americanos, por el contrario, han decidido siempre que el Gobierno no puede, después de haber concedido el

991. Debemos observar á propósito de esto, que si el concesionario del privilegio hubiese cedido el derecho de fabricar y vender en el extranjero el objeto privilegiado, al cesionario correspondería cumplir las condiciones prescritas por la ley extranjera para usufructuar el privilegio cedido, y en el caso en que éste caducase por incumplimiento de las formalidades legales, ó que por disposiciones dictadas por la Administración pública del país extranjero no pudiese usufructuar en el mismo el objeto cedido, no sería esto un motivo suficiente para reputar nula la cesión. El que cede el privilegio debe garantizar que está en posesión del descubrimiento ó invento privilegiado, ó de que se puede obtener en el momento en que la cesión tiene lugar el reconocimiento de la patente en el país extranjero por la soberanía territorial á tenor de las leyes y tratados existentes; pero lo que el concesionario debe hacer para poder usufructuar la in-

privilegio de invención, utilizarlo en su provecho, y que sus derechos en tal materia no son mayores que los de un particular, debiendo, en todo caso, indemnizar al inventor. Véase la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en la causa *Cammermey c. Newton*, 15 *Albany Law*, (*Journal*, p. 115), mencionada por Clunet. *Journal*, 1877, p. 158

El Tribunal de París, en la causa *Boxer Gevillot c. Chalvert* decidió, asimismo, en sentencia de 11 de Enero de 1876, que, «las patentes de invención concedidas por el Estado francés á un extranjero no pueden ser obstáculo para que el Estado, en superior interés de su defensa, introduzca directamente ó por intermedio de terceros los objetos privilegiados para el armamento de sus tropas, y concluye, que la acción intentada por Boxer no podía admitirse por los Tribunales franceses.» La ley alemana de 25 de Mayo de 1871, reserva al Estado el derecho de utilizar la invención en provecho de la Armada ó de la Marina y en beneficio público; pero reconocen en este caso al inventor el derecho de reclamar del Imperio ó del Estado que se hubiese aprovechado de la invención una indemnización que, en caso de desacuerdo, debería fijarse por los Tribunales.

Admitido el sistema de las patentes, es claro que la única solución justa y equitativa, es la admitida en la jurisprudencia americana y sancionada por la ley germánica.

vención cedida y todo lo que pueda originarse de la ley territorial publicada después de la cesión que impida al cesionario aprovecharse de ella, esto no puede modificar las relaciones convencionales que se derivan de la cesión (1). Podría, por lo tanto, suceder que el Gobierno extranjero, dedicando á su propio uso la invención privilegiada, expropiase de ella al cesionario sin indemnizarle, ó bien que reconocido el privilegio y concedida la patente por la autoridad local competente, la autoridad administrativa (á quien la ley concede el derecho de inspeccionar el objeto material que se pretende poner al comercio y prohibir bajo ciertas condiciones su uso y venta) lo haya prohibido, atendiendo á que el objeto material del descubrimiento no satisfaga á las condiciones requeridas por la ley para autorizar su comercio. Este sería motivo para impedir al cesionario aprovecharse de la invención cedida, pero no para considerar nula la cesión.

Ya hemos dicho muchas veces y debemos repetirlo para con-

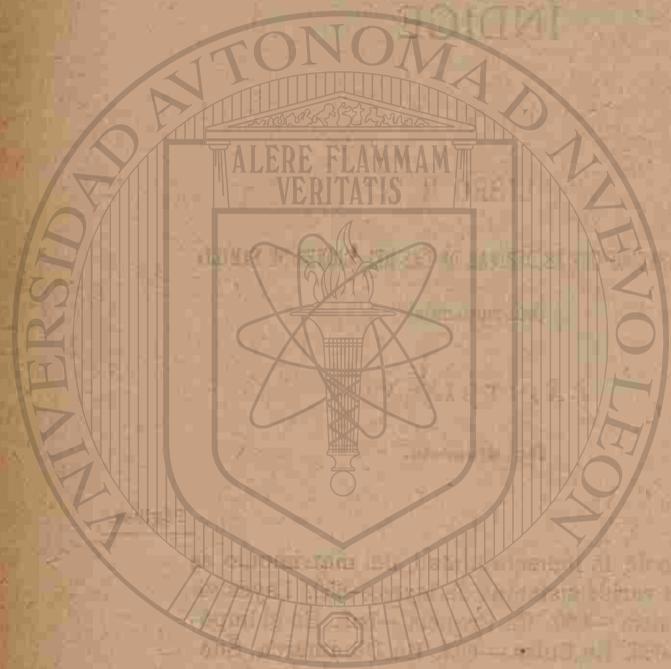
(1) El Tribunal de casación francés establece que no se podrá considerar nula la cesión de un privilegio si por el retardo en ponerla en práctica debiera caducar, mientras no se considerase caducada por la autoridad extranjera (en este caso la holandesa). Casación reg., 1.º de Junio de 1875 (San y Dietz c. Tessie), *Clunet, Journal*, 1876, pág. 356. Véase también la sentencia del Tribunal de París de 11 de Mayo de 1874 id., id., pág. 179.

En cuanto á las formalidades necesarias para la eficacia de la cesión de un privilegio francés concedido en el extranjero, véase *Clunet, Journal*, 1879, pág. 478. Confróntese la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América en la causa *Hendry c. Logles* (*Albany, Journal*, vol. XIX, pág. 179).

Véase sobre los privilegios de invención, Calvo, *Droit intern.*, tomo II, § 1386; Picard y Olmi, *Traité des brevets d'invention*; Renouard, *Traité des brevets*; Le Grand, *Rapport sur les brevets (Rapport français sur l'Exposition de 1862, clase VIII, sec. VII)*; Verge, *Compte-rendu des seances de l'Academie des sciences morales*, tomo LXIII; Tilliere, *Traité des brevets*; Pouillet, *Des brevets*; Rouben de Couder, *Dict de Dr. commun. Brevets di invention*; Schmoli, *Traité pratique des brevets*; y la Memoria de M. Dupin, á propósito de la discusión de la ley francesa de 1844.

cluir, que en esta materia debe reconocerse, bajo todos aspectos, la autoridad de la ley territorial; y en conformidad á ésta habrá de decidirse, por consiguiente, si, dadas ciertas condiciones, puede el que haya obtenido válidamente en el extranjero la concesión de un privilegio de invención, gozar del mismo real y actualmente en el Estado.

FIN DEL TOMO III Y ÚLTIMO DE LA OBRA



ÍNDICE

LIBRO II

DE LOS DERECHOS QUE SE DERIVAN DE LAS RELACIONES DE FAMILIA

(CONTINUACIÓN)

CAPITULO VI

Del divorcio.

Páginas.

658. El concepto de la indisolubilidad del matrimonio es diverso en los varios sistemas de leyes.—659. Leyes vigentes en Austria.—660. En Francia.—661. En el Imperio alemán.—662. En Suiza.—663. En Dinamarca, Suecia y Noruega.—664. En Turquía.—665. En Bélgica.—666. En Inglaterra.—667. En los Estados Unidos de América.—668. Son también diversos los principios acerca de la competencia del Tribunal.—669. Se resumen los distintos sistemas sobre las reglas de competencia.—670. Inconvenientes que de aquí se derivan.—Remedios sugeridos.—671. Observaciones acerca del fundamento de la competencia.—672. Discusión acerca de la ley, según la cual debe decidirse en el fondo la demanda de divorcio.—673. La ley sobre el divorcio es de las que atañen al orden público.—674. El derecho á divorciarse no puede considerarse como un derecho privado personal.—675. No nos parece correcto atribuir á la ley sobre el divorcio el carácter de ley de policía y de ley penal.—676. El divorcio debe ser considerado jurídicamente como derecho de familia, y debe regularse según los mismos principios que rigen las relaciones de

aquella.—677. En Alemania prevalece la teoría que admite la preeminencia de la *lex fori*.—678. En Francia se ha atribuido á la ley sobre el divorcio el carácter del estatuto real.—679. En la Gran Bretaña rige una teoría uniforme.—680. La jurisprudencia de los Tribunales escoceses confirma el concepto que atribuye á la ley la autoridad del estatuto real.—681. En Inglaterra la jurisprudencia más reciente reconoce el carácter del estatuto personal y admite la preeminencia de la ley del domicilio conyugal.—682. Teoría en boga en los Tribunales americanos.—683. La subsistencia ó disolución del vínculo matrimonial debe depender del estatuto personal.—684. Bajo qué respecto debe admitirse la preeminencia de la ley territorial.—685. Resúmenes el principio que nosotros admitimos.—686. Observaciones críticas sobre la sentencia del Tribunal de Bruselas de 18 de Mayo de 1881.—687. Los principios establecidos por la jurisprudencia de los Tribunales de un país, no forman parte del estatuto personal.—688. Se examina la cuestión de si un extranjero puede invocar el estatuto personal para divorciarse en un país en que la ley lo prohíba.—689. De qué manera la demanda de divorcio puede lesionar el orden público.—690. Las convenciones de las partes para modificar la ley sobre el divorcio, deben reputarse ineficaces.—691. Examinase la demanda de divorcio presentada por un naturalizado fundada en hechos anteriores á la naturalización.—692. Dificultad en el caso de naturalización del marido, en la hipótesis en que por haber conservado la mujer su nacionalidad primitiva no pueda verificarse el divorcio según la ley de ésta.—693. Cuando la naturalización puede ser impugnada por fraudulenta y reputado ineficaz en la patria el divorcio de uno que está naturalizado en el extranjero.—694. Ley que debe regular el procedimiento y la prueba de los hechos.—695. Efectos que produce una sentencia de divorcio.—696. Discusión acerca del nuevo matrimonio del cónyuge divorciado.—697. La opinión por nosotros sostenida de que el divorciado no está incapacitado para contraer nuevo matrimonio, puede mantenerse aun respecto del derecho italiano.—698. Casos en que puede considerarse lesionado el orden público por conceder al divorciado que contraiga nuevo matrimonio.—699. De las limitaciones que

con arreglo á la ley personal y territorial se ponen al matrimonio del divorciado.—700. Consignase la decisión de la Congregación de la Santa Inquisición acerca de la eficacia del divorcio. 7

CAPITULO VII

De la paternidad y de la filiación.

701. Nociones generales.—Orden de este tratado. 54

§ 1.º

Filiación legítima.

702. La legitimidad debe depender de la misma ley que regula el matrimonio y las relaciones de familia.—703. La acción de reclamación ó impugnación de estado debe subordinarse al estatuto personal.—704. Dificultad en la hipótesis de que el padre y el hijo sean de diversa nacionalidad.—705. Examinase la cuestión de si el desconocimiento ó la reclamación de estado deben considerarse como un derecho personal del padre ó del hijo, y si, en el caso en que éstos tengan diversa nacionalidad, debe preferirse el estatuto personal del uno ó del otro.—706. De la ley mediante la cual debe decidirse acerca de la demanda para establecer la maternidad cuando la nacionalidad de la mujer no sea la misma que la del marido.—707. Examinase la cuestión en el caso en que el cambio de ciudadanía se haya verificado en el tiempo que media durante la concepción y el nacimiento.—708. De la presunción de legitimidad en la hipótesis del cambio de naturaleza sobrevenido después de celebrado el matrimonio, pero antes del nacimiento del hijo.—709. Examinase la cuestión en el caso de que el nacimiento haya tenido lugar antes de la naturalización.—710. De la ley que debe regular los medios de prueba para establecer la legitimidad.—711. El ciudadano nacido en el extranjero no puede alegar la ley extranjera para establecer con arreglo á ella la legitimidad.—712. La prueba de la legitimidad de un extranjero debe subordinarse al estatuto personal del mismo.—713. Es preciso exceptuar el caso en que los

medios de prueba irroguen ofensa al orden público.—
714. Examinase si la prueba de impotencia puede admitirse con arreglo al estatuto personal del extranjero.—
715. Desconocimiento por causa de adulterio.—716. De la legitimidad establecida en el acto de nacimiento y por la posesión de estado.—717. ¿Puede el extranjero utilizar en Francia el art. 322 del Código civil?—718. La posesión de estado puede regirse por la ley territorial cuando se haya realizado en el territorio.—719. De la autoridad del estatuto personal respecto de esta materia.....

55

§ 2.º

De la prole nacida fuera del matrimonio.

720. De la condición jurídica del hijo natural según las leyes de varios Estados.—721. Los sistemas legislativos están conformes acerca de la forma legal para hacer constar la paternidad ó la maternidad natural.—722. Son también diversas las disposiciones, respecto de los hijos que pueden ser reconocidos y de los derechos que les corresponden.—723. Son inevitables los conflictos de las leyes y debe establecerse un principio para resolverlos.—724. La capacidad para verificar válidamente el reconocimiento, debe depender del estatuto personal del padre.—725. Cómo debe determinarse la capacidad del hijo para ser reconocido.—726. El derecho del mismo para impugnar el reconocimiento debe subordinarse á su ley personal.—727. Examinase la cuestión de si el reconocimiento del hijo adulterino por un padre extranjero, según la propia ley que lo permita, puede ser eficaz en Francia ó en Italia.—728. Un extranjero no puede reconocer á su hijo adulterino en el acta de nacimiento extendida en Francia ó en Italia.—729. Examinase la cuestión de si el reconocimiento del hijo natural realizado en el extranjero en el mismo acto por un extranjero casado y por una mujer libre francesa ó italiana, puede ser eficaz respecto de la madre en Francia ó en Italia.—730. Examinase si un italiano casado, fundándose en el juramento prestado en el extranjero para establecer la paternidad, puede ser obli-

gado á suministrar alimentos á su hijo adulterino.—
731. De la filiación natural establecida por sentencia judicial.—732. Ley por que debe regirse el derecho á probar la paternidad.—733. La admisibilidad de la acción debe regularse por el estatuto personal del extranjero.—734. Examen crítico de la jurisprudencia contraria.—735. La inscripción hecha en los Registros del estado civil como francés ó italiano no puede admitirse en Francia ó en Italia para probar la paternidad de un padre extranjero.—736. Un sujeto francés ó italiano por naturalización, no puede establecer la investigación de la paternidad de un padre extranjero en Francia ó en Italia.—737. *Quid juris* si ésta se admitiese en la patria de su padre?—738. La sentencia judicial extranjera que declara la paternidad natural, ¿puede producir ciertos efectos en la patria de aquel que fué declarado padre?—739. Examinase el caso de un francés cuya paternidad natural se haya declarado en Austria por sentencia del Tribunal austriaco.—740. Se puede invocar siempre la propia ley personal para deducir que el estado civil de la filiación natural no puede establecerse sino en conformidad á la misma.—741. Resumen de esta teoría.—742. Cómo deben aplicarse los principios expuestos para la investigación de la maternidad.—743. Examinase la cuestión de si la posesión de estado puede ser eficaz para establecer la filiación natural.—744. Caso excepcional en el cual la posesión de estado establecido judicialmente puede equivaler á confesión judicial respecto del padre natural.—745. Forma del reconocimiento.—746. Efectos del reconocimiento válido.—747. Del cambio de nacionalidad posterior al reconocimiento.....

75

§ 3.º

De la legitimación de los hijos naturales

748. De la legitimación del hijo natural según el derecho positivo.—749. Dudas acerca de la ley reguladora de la legitimación; doctrina de los escritores—750. Opinión que nosotros sostenemos.—751. Conformidad de la jurisprudencia.—752. La legitimación por subsiguiente

matrimonio debe regirse exclusivamente por el estatuto personal del padre.—753. Necesidad de atenerse al mismo para decidir la validez del reconocimiento.—754. Efectos del cambio sobrevenido en la nacionalidad respecto de la ley reguladora de la legitimación.—755. De la ley que debe regular los efectos jurídicos de la legitimación.—756. De la legitimación por rescripto real y de su eficacia extraterritorial..... 110

CAPITULO VIII

De la adopción.

757. Carácter de la adopción en los tiempos modernos.—758. De la capacidad para la adopción.—759. Examínase la cuestión de si el extranjero puede adoptar y ser adoptado.—760. De las condiciones intrínsecas requeridas para la adopción.—761. Adopción del hijo natural de un extranjero.—762. Efectos que se derivan de la adopción.—763. Examínase la cuestión de si el adoptado adquiere la ciudadanía del adoptante..... 124

LIBRO III

DE LOS DERECHOS QUE TIENEN POR OBJETO LAS COSAS

764. Concepto general del presente libro..... 133

CAPITULO PRIMERO

De la condición jurídica de las cosas.

765. Importa determinar cuáles son las cosas inmuebles y cuáles las muebles.—766. La calificación de las cosas debe depender de la *lex rei sitae*.—767. Las disposiciones legislativas acerca de las cosas inmuebles por destino, son diferentes.—768. Conviene establecer si debe admitirse la autoridad del estatuto personal para decidir si las cosas muebles deben ó no mantenerse inmovilizadas.—769. Niégase la autoridad del estatuto personal respecto de esto.—770. Aplicación de la teoría.—771. La autoridad de la ley territorial en cuanto á la calificación de las cosas, debe ser absoluta.—772. Ciu-

dadanos de la misma patria que contratan en el extranjero acerca [de las cosas inmuebles consideradas allí fuera del comercio..... 135

CAPITULO II

De la ley que debe regular la posesión y el derecho de retención.

773. Concepto de la posesión.—774. De la ley que debe regular las acciones posesorias.—775. Sirven los mismos principios para los inmuebles que para los muebles.—776. La regla de que en cuestión de muebles la posesión constituye título debe ser aplicada aun á los extranjeros.—777. No obsta al ejercicio de la acción posesoria haber entablado juicio petitorio en el extranjero.—778. Concepto del derecho de retención.—779. Cómo está determinado y regulado dicho derecho por la ley de los diversos Estados.—780. La retención de un mueble debe regirse por la *lex rei sitae*.—781. Cuestión respecto de los muebles.—782. Carácter del derecho de retención y regla general para determinar el principio de que debe depender.—783. Exclarecimiento de nuestra doctrina: observaciones acerca de la de Laurent.—784. Aplicación de la teoría al caso de retención de una cosa empeñada.—785. Retención en caso de accesión mobiliaria.—786. Retención de la cosa sustraída ó extraviada y adquirida por el poseedor.—787. Cuestión acerca de los títulos franceses al portador sustraídos ó comprados en la Bolsa.—788. Resumen de nuestra teoría... 142

CAPITULO III

De la propiedad.

789. Ley que debe regular la propiedad.—790. Derechos de la soberanía territorial.—791. La propiedad territorial está relacionada con el principio político y con el derecho social.—792. Conceptos que han prevalecido en los diversos sistemas legislativos.—793. Según el derecho positivo puede excluirse á los extranjeros del goce de propiedad en todo ó en parte.—794. A falta de una ley especial, deben ser equiparados los extranjeros á los ciudadanos.—795. Aplicación del principio á la propie-

	Páginas.
dad de las minas.—796. Lo mismo debe suceder con la propiedad literaria é industrial.—797. Aplicase esta teoría á los modos de adquirir la propiedad.....	159
A).— <i>De la ocupación.</i>	
798. La ocupación como medio de adquirir la propiedad debe regularse por la <i>lex rei sitæ</i> .—799. Las leyes positivas contienen diversas disposiciones acerca del derecho de apropiarse un tesoro.—800. Determinase la ley que debe aplicarse.....	166
B).— <i>De la accesión.</i>	
801. De la ley que debe regular la accesión respecto de las cosas inmuebles.—802. De la accesión entre fundos situados en el territorio de diversos Estados.—803. Ley que debe regular, en tal caso, el derecho de prevenir ó provocar el aluvión.—804. Ley que debe regular el aluvión ya formado.—805. Derecho de accesión relativamente á las cosas muebles.....	169
C).— <i>De la prescripción adquisitiva ó usucapión.</i>	
806. Fundamento de la usucapión.—807. Los extranjeros pueden disfrutar de ella.—808. Diversidad de las leyes que regulan esta materia.—809. La prescripción de los inmuebles debe regirse por la <i>lex rei sitæ</i> .—810. Examínase el caso de que sobrevenga un cambio en la soberanía del Estado.—811. Las reglas de derecho transitorio no pueden servir para resolver esta cuestión.—812. Dificultad acerca de la ley que debe regular la posesión comenzada.—813. Modo de resolver á nuestro juicio tal cuestión.—814. Confírmase la teoría en la autoridad de la jurisprudencia.—815. Las leyes regulan de diversa manera la prescripción adquisitiva de las cosas muebles.—816. Son también diferentes las disposiciones relativas á la reivindicación de las cosas muebles y de los títulos al portador.—817. Opiniones diversas de los escritores acerca de la ley que regula la prescripción.—818. Observaciones críticas y nuestra teoría.—819. Cómo debe entenderse la máxima de que respecto de las cosas muebles la posesión constituye título.....	174

CAPITULO IV

De los derechos comprendidos en el de propiedad y de la ley que debe regular su goce y ejercicio.

820. El derecho de propiedad puede limitarse.—821. No se le puede someter en to los conceptos á la <i>lex rei sitæ</i> .—822. Principios generales que deben regular la autoridad de la ley.—823. Aplicación de ésta á los sistemas del derecho feudal y moderno.—824. Limitaciones fundadas en el derecho social.—825. De las fundadas en el estatuto personal.—826. Discútese la cuestión acerca de la ley que debe regular la capacidad de la mujer para consentir en la división de los bienes hereditarios en el extranjero.—827. Se determina de qué modo puede limitar la <i>lex rei sitæ</i> el derecho del propietario.—828. Limitaciones fundadas en la autonomía del propietario.—829. De la ley que debe regular la transmisión de la propiedad.—830. Condiciones requeridas para la eficacia de la transmisión.—831. Conflicto entre el estatuto personal y el real respecto de los muebles.—832. De la tradición.—833. Posesión real y efectiva de los muebles.—834. Casos en que puede tener autoridad el estatuto personal.—835. No puede éste hacer necesaria la tradición entre los ciudadanos de la misma patria si las cosas se encuentran en el extranjero.—836. Las leyes regulan de diverso modo la transmisión de la propiedad de los créditos.—837. Conflictos que de aquí pueden originarse.—838. Nuestra opinión; crítica de la teoría de Laurent.—839. Aclaración y confirmación de nuestra teoría por medio de ejemplos.—840. De la transcripción y demás sistemas de publicidad.—841. Dificultad que puede surgir en la transmisión de la propiedad de las naves.—842. Teoría establecida por los Tribunales franceses.—843. Crítica y opinión nuestra.—844. De la acción reivindicatoria.—845. De la acción publiciana.—846. De la acción negatoria.—847. De la reivindicación de las cosas muebles.—848. Cómo puede ésta regirse en ciertos casos por la <i>lex loci contractus</i> .—849. Los derechos adquiridos por un tercero bajo el imperio de la <i>lex rei sitæ</i> deben regirse por ésta aun respecto de los muebles.....	190
---	-----

CAPITULO V

De las servidumbres.

850. Concepto general de la servidumbre.—851. Es siempre un derecho real que pertenece á una persona respecto de la cosa de otra.—852. Servidumbres personales y prediales.—853. Principios generales acerca de la ley reguladora de las servidumbres personales.—854. Del usufructo.—855. El usufructo legal puede tener su origen en la ley extranjera.—856. Cómo deben regularse los derechos y obligaciones que nacen del usufructo.—857. Examinase el caso del usufructo en favor de un extranjero sobre un inmueble perteneciente á un ciudadano.—858. Casos en que debe tener autoridad absoluta la ley territorial.—859. Del derecho de uso y de habitación.—860. Ley que debe regular la extensión de tales derechos.—861. Discusión acerca de la validez de la enajenación ó cesión del uso.—862. Principios generales sobre la ley reguladora de las servidumbres prediales.—863. Las servidumbres legales establecidas en beneficio de los particulares deben también depender de la *lex rei sitæ*.—864. Aplicación á la servidumbre de paso.—865. Confírmase la autoridad de la *lex rei sitæ*.—866. Principios generales acerca de las servidumbres establecidas por el hecho del hombre. Límites de la autonomía.—867. Cuestión acerca de las servidumbres por destino del padre de familia.—868. Determinase la ley que debe regular esta servidumbre...

229

CAPITULO VI

De la enfiteusis y del derecho de superficie.

869. Concepto general de la ley que debe regir la enfiteusis.—870. La admisibilidad y el carácter de esta institución deben depender de la *lex rei sitæ*.—871. Ley que debe regular los derechos del concedente y del enfiteuta.—872. Autoridad de la ley territorial respecto de la liberación.—873. Si el derecho de laudemio puede reconocerse según la ley extranjera, á pesar de la prohibición de la ley territorial.—874. Del derecho de superficie.

235

CAPITULO VII

De la ley que debe regular las hipotecas.

875. Concepto general de la hipoteca.—876. No puede admitirse que deba estar por completo sometida á la *lex rei sitæ*.—877. Autoridad del estatuto personal acerca de la capacidad de las partes y del estatuto real en cuanto á los bienes susceptibles de la hipoteca.—878. De las naves en lo que toca á este punto.—879. De los derechos reales susceptibles de hipoteca.—880. La hipoteca del usufructo legal de los ascendientes debe depender del estatuto personal.....

263

§ 1.º

De la hipoteca convencional.

881. En la hipoteca convencional debe admitirse la autonomía de las partes.—882. Principio sancionado por el Código civil francés y observaciones críticas.—883. De la ley que debe regular la hipoteca por contrato hecho en el extranjero, y eficacia de la misma.—884. La forma del contrato debe regularse por la ley territorial.—885. Con arreglo á ésta debe decidirse la forma de llevar á cabo la especificación.—886. El derecho de exigir la inscripción de la hipoteca puede estar fundado en el contrato hecho en el extranjero.—887. De la hipoteca constituida por testamento y de su eficacia.....

268

§ 2.º

De la hipoteca legal.

888. Concepto general de la hipoteca legal.—889. Teoría de los escritores acerca de la ley que debe regularla.—890. Principios sancionados por los Tribunales franceses y fundamento jurídico de los mismos.—891. Necesidad de poner la cuestión en su verdadero punto de vista.—892. Nuestra opinión sobre el fundamento de la hipoteca legal.—893. Esta puede tener su origen en la ley extranjera.—894. Examinase el caso de la hipoteca legal relativa á la mujer casada, y determinase la ley que debe regularla.—895. Aplicación de nuestra teoría en el sistema del Código civil italiano.—896. Hipoteca legal

Páginas.

en favor de los incapaces.—897. Examen crítico de la opinión de Laurent á propósito de la hipoteca legal correspondiente á un menor belga sobre los bienes de un tutor, sitos en los Países Bajos.—898. El admitir la autoridad de la ley personal acerca del derecho de hipoteca, no implica ofensa á los derechos de la soberanía territorial.—899. Aplicase este principio en el sistema sancionado por el Código de los Países Bajos.—900. De la hipoteca legal atribuida al vendedor ó á cualquier otro enajenante.—901. Aplicación de los mismos principios á los demás casos de hipoteca legal.—902. Cómo debe proceder el interesado para obtener la inscripción.—903. De la hipoteca legal atribuida al Estado, á las comunidades y establecimientos públicos..... 278

§ 3.º

De la hipoteca judicial.

904. De la hipoteca judicial y de su carácter.—905. No pueden aplicarse á ella las mismas reglas que á la hipoteca legal.—906. No puede considerarse como un derecho perteneciente á la parte ni declararse por el Juez.—907. Efectos de la hipoteca judicial en país extranjero.—908. Importancia de los tratados..... 297

§ 4.º

De la hipoteca sobre las naves.

909. Las leyes de algunos países reconocen la hipoteca sobre las naves.—910. No son aplicables á ésta las mismas reglas que á las demás hipotecas.—911. Principios acerca de la ley que debe regular su válida constitución.—912. Teoría de Laurent.—913. Nuestra opinión.—914. Principios sancionados por la jurisprudencia.—915. Observaciones críticas.—916. La hipoteca sobre las naves debe regirse en principio por la ley misma que debe regular su condición jurídica.—917. Examínase la cuestión de si para hacer valer los derechos provenientes de la hipoteca constituida en el extranjero, debe declararse previamente ejecutorio el contrato.—918. Observaciones sobre la sentencia del Tribunal de casación

Páginas.

francés, acerca de la validez de la hipoteca sobre la nave griega *Dio Ade'phi*.—919. Principios que deben regir acerca de las formalidades de publicidad.—920. Aplicación de los principios en el sistema sancionado por la ley inglesa..... 302

CAPITULO VIII

De la prenda y de la anticresis.

921. Concepto general de la prenda según el derecho antiguo y moderno.—922. Verdadera idea del derecho de prelación que resulta de la prenda.—923. Ley que debe regular su constitución.—924. Limitaciones que debe sufrir la autonomía de las partes.—925. Ley que debe regular la eficacia de los derechos del acreedor pignoraticio.—926. Forma del contrato de prenda.—927. Ley que debe regular la acción pignoratícia y extensión de los derechos del acreedor relativamente á terceras personas.—928. Principios que deben regular la pignoraición de los créditos y de los títulos al portador.—929. Del derecho de anticresis y modo de regularlo las leyes.—930. Determinase la ley que debe regular las relaciones que se derivan de la anticresis.—931. Forma del contrato..... 319

CAPITULO IX

De los privilegios y de la subrogación en la hipoteca.

932. Concepto del privilegio.—933. Ley que debe regularlo.—934. Examínase los diversos casos de privilegio y demuéstrase la autoridad absoluta de la ley territorial en esta materia.—935. Consideraciones del privilegio del arrendador.—936. El derecho de embargar los muebles sacados de la casa alquilada puede fundarse, aun en el extranjero, en la ley del contrato.—937. Del privilegio concedido á los coherederos.—938. Examínase el caso de la subrogación legal en la hipoteca..... 335

CAPITULO X

De la propiedad literaria y artística.

939. Concepto de la propiedad literaria.—940. Si se debe

admitir su protección solamente en favor de los ciudadanos.—941. Si el derecho de propiedad literaria debe protegerse en los países extranjeros.—942. Doctrina de los escritores bajo este respecto.—943. Sistemas sancionados por las legislaciones vigentes en los diversos Estados.—944. Autoridad territorial de las leyes relativas á la propiedad literaria.—945. Cómo debe entenderse y aplicarse la regla de la reciprocidad.—946. Si deben gozar de la protección legal las obras hechas por fotografía.—947. Solución de la cuestión en armonía con el derecho internacional privado.—948. Los mismos principios deben servir para las obras realizadas por medios desconocidos hasta ahora.—949. Aplicación de las leyes para determinar el carácter de la falsificación.—950. Controversia acerca de la falsificación de las composiciones musicales hechas por medios mecánicos (órganos musicales).—951. Principios para determinar cuándo se puede reconocer el derecho de autor en el extranjero.—952. De la protección internacional del derecho de traducción.—953. Convención realizada en 1886 para proteger las obras literarias y artísticas. 345

CAPITULO XI.

De la propiedad industrial.

954. Punto de vista desde el cual se trata la propiedad industrial.—955. Autoridad de las leyes de los diferentes Estados en esta materia.—956. La propiedad de la marca de comercio se deriva de la ley civil.—957. No sucede lo mismo con el nombre comercial.—958. Diversidad de las leyes de los Estados en cuanto á las marcas.—959. Bélgica.—960. Francia.—961. Luxemburgo.—962. Dinamarca.—963. Brasil.—964. Alemania.—965. Italia y otros Estados.—966. Gran Bretaña.—967. Conveniencia de un acuerdo: Convención internacional de 1883.—968. La protección de la propiedad industrial no debe establecerse sólo en favor de los ciudadanos.—969. No debe tampoco serlo en favor únicamente de los que ejercen el comercio en el Estado.—970. No puede elevarse á regla de derecho la represalia.—971. Condiciones á que debe subordinarse la propiedad internacional de las marcas.—972. Formalidades indispensables según la

ley italiana.—973. Discusión relativa al uso ilegal de las marcas extranjeras no depositadas.—974. Teoría de los Tribunales italianos y su gran importancia doctrinal.—975. Cómo debe aplicarse la ley territorial á las marcas extranjeras.—976. Si las sociedades extranjeras pueden invocar la protección legal.—977. Si los habitantes de las colonias pueden aprovecharse de los tratados ultimados con la metrópoli.—978. El respeto del nombre comercial es independiente de los Tratados.—979. Derechos vigentes en Francia.—980. Teoría de los Tribunales belgas acerca de la usurpación del nombre comercial extranjero.—981. Teoría de los Tribunales italianos.—982. Principios que deberían regular el uso del nombre comercial extranjero.—983. Cuestión respecto del nombre adornado con signos emblemáticos.—984. Del privilegio concedido á los inventores por medio de la patente.—985. No pueden aplicarse los mismos principios á la propiedad industrial.—986. Autoridad territorial de las leyes en punto á privilegios de invención.—987. Objetos falsificados en el extranjero y de tránsito.—988. Objetos falsificados en el extranjero presentados en las Exposiciones internacionales.—989. Aplicación de los Tratados acerca de las prerrogativas industriales.—990. De la expropiación de la invención privilegiada.—991. Examinase el caso de una cesión de invento privilegiado cuyo cesionario no había podido aprovecharlo en el Estado extranjero..... 370

PUBLICACIONES DE LA CASA EDITORIAL DE GÓNGORA

San Bernardo, 50, segundo.—Madrid.—1889.

BIBLIOTECA JURÍDICA.

CARRARA.—*Teoría sobre la tentativa y la complicitad 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.º (1.º de la Biblioteca); 6 pesetas en Madrid, 6'50 en provincias y una más encuadernado en tela.

FIGRE.—*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 D. A. García Moreno, con un prólogo del Excmo. Sr. D. Vicente Romero y Girón. —(Segunda edición completamente refundida y considerablemente ampliada).

Adquirido por esta casa el derecho exclusivo de traducción de la nueva edición que el autor acaba de terminar, notablemente aumentada, se ha puesto á la venta el tomo 3.º de la misma, al precio de 7 pesetas en Madrid y 8 en provincias.

Los tres tomos, 19 pesetas en Madrid y 21 en provincias.

SAVIGNY.—*Sistema del Derecho romano*: Versión castellana de los Sres. D. Jacinto Mesia y D. Manuel Poley, con una introducción crítica de D. Manuel Durán y Bas, Presidente de la Asociación «Savigny» de Cataluña, y Catedrático de la Facultad de Derecho en la Universidad de Barcelona.—Seis tomos (del 4.º al 9.º de la Biblioteca); 40 y 42 pesetas y una más en tela cada tomo.

FIGRE.—*Derecho internacional público*. Versión castellana de A. García Moreno.—Esta obra consta hoy de tres tomos en 4.º mayor: los dos primeros tratan del derecho internacional público en tiempo de paz, y el 3.º 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.º (13 de la Biblioteca); 8 pesetas y una más en tela.

BLUNTSCHLI.—*Derecho público universal.*—Versión castellana ampliada con las noticias biográficas del autor, é indicación de su sistema y obras, así como también con algunas notas explicativas.—Cuatro tomos en 4.º mayor (14 al 17 de la Biblioteca); 26 y 28 pesetas y una más en tela cada tomo.

TISSOT.—*Derecho penal*, estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo.—Tres tomos en 4.º mayor; 18 al 20 de la Biblioteca; 20 y 22 pesetas y una más en tela cada tomo.

LOS NUEVOS HORIZONTES del Derecho y del Procedimiento penal, por Enr. co 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 y una más en tela.

EN PRENSA.—Diodato Licy.

BIBLIOTECA HISTÓRICA

MOMMSEN.—*Historia de Roma.*—Versión castellana por A. García Moreno, con un prólogo y notas en la parte relativa á España por F. Fernandez y González.—Nueve tomos en 4.º (1.º al 9.º 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.º (10 al 13 de esta Bibl.); 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.

TIBERGHEN.—*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. Salmerón y don U. Gonzalez Serrano.—Cuatro tomos en 8.º (1.º al 4.º de esta Biblioteca); 14 y 16 pesetas.

GINER.—*Estudios filosóficos y religiosos*. Un tomo en 8.º (5.º de la Biblioteca); 3 pesetas en Madrid, 3'50 en provincias.

CÓDIGOS CIVILES, AMERICANOS Y EUROPEOS

Tomo 1.º—*Código civil de Méjico.*—Un tomo en 4.º mayor, á dos columnas, 5 pesetas.

Tomo 2.º—*Código Civil de la República Oriental de Uruguay.*—Un tomo en 4.º mayor, á dos columnas, 4 y 4'50 pesetas.

Tomo 3.º—*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 cinco 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; el tomo IV y V comprende las leyes de Francia; 30 y 32 pesetas.

OBRAS VARIAS Y FOLLETOS

Código civil Español; ilustrado con notas, referencias, concordancias, motivos y co-



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA

DIRECCIÓN GENERAL DE

mentarios, por D. Modesto Falcón, Catedrático de la asignatura de Derecho civil en la Universidad de Barcelona, con un estudio crítico del Código por el Excmo. Sr. D. Vicente Romero y Girón. Consta de cuatro tomos y un Apéndice. Su precio será: 28 pesetas en Madrid y 31 en Provincias.

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 o explican los preceptos de aquél.—14 pesetas en Madrid, 15 en provincias y 16 en Ultramar, y una más encuadrada en tela y dos en pasta.

CARRERAS Y PROFESIONES: Anuario del estudiante: Guía de las familias.—Los cinco tomos 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.	4	>
El tercero > 1878-79.	2	50
El cuarto > 1879-80.	1	>
El quinto > 1880-81.	2	>

HENAO Y MUÑOZ.—*El ángel caído 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 escocés, por lord Mackenzie; traducido, anotado y comparado con el español, por S. Ynerand y Gumerindo Azcarate; un tomo en 4.º: 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 Cebada; un tomo en 4.º 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 encuadrado 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 encuadrada 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 Código de Comercio, publicado en la *Gaceta de Madrid* para los efectos del art. 1.º 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: 4/50 pesetas.

Ley de Enjuiciamiento civil. (Segunda edición), arreglada a las reformas introducidas por la de 11 de Mayo de 1888, anotada con la jurisprudencia del Tribunal Supremo; 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 a 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 encuadrada en tela.

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 transmisión 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.

GIBBERT.—*Prontuario alfabético de los Aranceles judiciales vigentes en los negocios civiles y criminales*, edición de 1870; 2 ptas.

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 leído por el Excmo. Sr. D. Vicente Romero y Girón, Ministro de Gracia y Justicia, en la solemne apertura de los Tribunales celebrada, et. 15 Septiembre de 1883: 1 pta.

Organización judicial.—Discursos pronunciados en el Senado el día 7 y 8 de Junio de 1887 por D. Vicente Romero y Girón y D. Manuel Alonso Martínez.—Una peseta.

El Jurado.—Discursos pronunciados los días 24, 25 y 26 de Enero de 1888 en defensa del establecimiento del Jurado para los juicios criminales.—precio 1 y 1/50 pesetas.

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.

TELMO VEGA.—*Derechos de la Madre viuda*. 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 A 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.

NUEVO 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; una peseta.

CONTESTACIONES al nuevo Programa para las oposiciones á la Judicatura de 1889: por D. Ramón Sánchez Ocaña y D. Fermín Castaño, contestando á todas las preguntas del mismo: 35 y 40 pesetas.

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 de 1883: 25 pesetas.

PROGRAMA de Literatura Jurídica, con exposición 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 Roman.—1 peseta.

BIBLIOTECA DE BOLSILLO

Código de Comercio para la Península y las Antillas y Filipinas (tercera 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; encuadrado en tela, 3 pesetas en Madrid y 3/50 en provincias.

Código penal para la Península, segunda edición de 1889, anotada con la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo desde que rige aquél, hasta el día; encuadrado 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.

Código penal de la Marina de Guerra; 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 y 2 pesetas.

Arancel de los honorarios que devengan los Registradores de la propiedad, aprobado por Real decreto de 22 de Diciembre de 1887; —50 céntimos.

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, y ley de Alcoholes de 21 de Junio de 1889. Precio: 1/50 pesetas en tela.

Reglamento especial para el Resguardo del impuesto de consumos, aprobado por Real decreto de 29 de Septiembre de 1885; 25 céntimos de peseta.

Ley de Casa 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 (segunda edición), con todas las adiciones y modificaciones introducidas en las mismas hasta 1888; un tomo encuadrado en tela, 3/50 y 4 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 dehesas boyales y Administraciones subalternas, con los Reglamentos de la Administración económica provincial, el del servicio de investigación de la Hacienda pública y los modelos oficiales para su cumplimiento; 1/50 pesetas en rústica y 2 encuadrado en tela.

Ley organizando el servicio de recaudación de las contribuciones de inmuebles, cultivo y ganadería, é industrial y de Comercio, é instrucciones para los recaudadores de dichas contribuciones, y para el procedimiento contra los deudores á la Hacienda pública, de 12 de Mayo de 1888; 1 peseta en rústica y 1/50 en tela.

Leyes de procedimiento en las reclamaciones contra la Administración del Estado, encuadrado en rústica, una peseta.

Reglamento organico de la administración económica provincial, de 14 de Enero de 1886; 1/50 peseta (derogado).

Reglamentos de practica 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.

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 pesetas en rústica y 2 en tela.

Leyes sobre ejercicio de la jurisdicción contencioso administrativa de 13 de Septiembre de 1888, Oránica del Consejo de Estado de 17 de Agosto de 1886 y Reglamento para el régimen interior del mismo, de 16 de Junio de 1887; 1'50 pesetas 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 en 1886, con indicaciones de las fuentes que pueden consultarse para su contestación, y el nuevo programa para los del 80; 2'50 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 régimen interior de las Secciones provinciales de Fomento, 1 peseta.

Instrucciones para llevar á efecto en la Península é 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 Julio de 1882, anotada con las modificaciones introducidas en la misma por el Real decreto de 3 de Febrero de 1882, 25 cént. de peseta.

Reglamento de los Cuerpos de Seguridad y Vigilancia aprobado por Real decreto de 18 de Octubre de 1887, 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.

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.

La Provisión de Escuelas públicas y los derechos pasivos de los Maestros, contiene el Real decreto de 2 de Noviembre de 1888 sobre provisión de escuelas públicas de uno y otro sexo; el Reglamento para su ejecución de 7 de Diciembre del mismo año; el Programa para el ejercicio escrito de oposiciones á escuelas públicas, etc.; y, por último, la ley de 16 de Julio de 1887, sobre derechos pasivos al Magisterio de primera enseñanza. Su precio es el de 1'50 pesetas encuadernado en tela.

Manual del Jurado, con un prólogo del Sr. Romaro Girón: 1 peseta en rústica y 1'50 en tela.

Leyes de Enjuiciamiento criminal y del Jurado, concordadas entre sí y anotadas con la Jurisprudencia de Tribunal Supremo, Circulares de la Presidencia y Fiscalía del mismo y con cuantas disposiciones relacionadas con el procedimiento criminal se hallan vigentes, precedida de una carta prólogo de D. Mariano Fonseca, Juez decano de los de Madrid; 4 pesetas en Madrid 4'50 en provincias encuadernado en tela.

Ley y Reglamento del Notariado é instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á registro, anotadas con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, las Resoluciones de la Dirección general de los Registros y cuantas disposiciones referentes á la materia se han publicado hasta el día. Contiene además en cinco Apéndices: el Real decreto de 29 de Febrero de 1879 sobre autorización de las escrituras de ventas de Bienes nacionales y de redención de censos; el de 8 de Septiembre de 1885 aprobando los Aranceles notariales; el de 20 de Enero de 1881 aprobando la demarcación notarial y reformando varias disposiciones reglamentarias; el de 14 de Noviembre de 1885 creando el Registro general de actos de última voluntad, con las circulares dictadas para su cumplimiento; y por último, la Real orden de 14 de Agosto de 1888 sobre estadística de los honorarios devengados por los Notarios; 2'50 pesetas en Madrid y 3 en provincias.

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.—Segunda edición de bolsillo, corregida con arreglo al texto de la mandada publicar por Real decreto de 24 de Julio del presente año, hecho extensivo á Cuba, Puerto Rico y Filipinas, concordado con la legislación anterior y los Proyectos de 1851 y 1882, anotado con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y seguido de un Apéndice con la Instrucción de 24 de Abril para la inscripción de los matrimonios canónicos en el Registro civil, 4 y 4'50 pts.

EN PRENSA

Ley Hipotecaria.

