

que había conquistado, y dividió las tierras con sus compañeros de armas. Sin desconocer la preeminencia de su jefe, subdividió después cada uno de ellos las tierras que le habían correspondido entre él y sus adictos, convirtiéndose, por consecuencia, en un señor feudal, con su corte, su ejército y sus vasallos, que eran precisamente aquellos á quienes había concedido las tierras, y que se sentían obligados á guardar la fidelidad á su señor en correspondencia de la tierra de él obtenida. Cuando los señores se hicieron poderosos y prepotentes, no teniendo los propietarios alodiales medio alguno de defender sus derechos, se vieron obligados á someterse á la protección del señor, y á considerar la tierra como si la hubiesen obtenido por concesión de éste. Así se formó aquella vasta jerarquía, llamada feudalismo, que absorbió no sólo á las personas de la raza conquistadora, sino también á los mismos indígenas, propietarios de una parte del suelo. Todos se convirtieron en vasallos y subvasallos, quedando la propiedad como una mera concesión hecha á todos.

En este sistema, los derechos del propietario fueron considerados como un accesorio de la tierra y del feudo en donde la tierra se hallaba. Cada cual podía poseer la tierra que se le había concedido con arreglo á la constitución del feudo y á la investidura que del señor había obtenido; mas no tenía la facultad de disponer de ella y de transmitirla á su antojo, y sólo gozaba aquellos derechos y privilegios anejos á la tierra y que pasaban de padres á hijos, que sólo adquirían la posesión de ella según la ley inmutable de la constitución del feudo. De este modo conservaba cada feudo su carácter originario, y una vez privado el poseedor del derecho de disponer libremente de la cosa, faltó el elemento esencial que caracteriza la propiedad, convirtiéndose ésta en un mero usufructo (1).

Cuando se sintió la necesidad de organizar un Gobierno para introducir en lo posible el orden en aquel caos, tuvieron en un principio los Estados que aparecieron el carácter de grandes feudos. Cada soberano puso todo su cuidado en la conservación de las instituciones relativas á la propiedad, considerando ésta como la base del principio político y de la constitución del Estado (2).

(1) Véase nuestro *Derecho internacional privado*, § 194.

(2) En aquellos Estados en que la soberanía ha conservado el carácter feudal que tuvo en los primeros tiempos, la legislación lo mantiene aun en nuestros días. Así, dice LAURENT, refiriéndose á Inglaterra: «El régimen feudal fué transplantado allí sistemáticamente por la conquista norman-

Si todos los Estados modernos conservasen todavía el carácter feudal que tuvieron en su origen, sería también racional conservar en las leyes relativas á la propiedad el carácter exclusivo de la territorialidad y aplicar rigurosamente la regla de los juriscultos de la Edad Media: *Omnis enim potestas extra fines potestatis attributae privata est persona, et finita potestate, finita jurisdictio et cognitio*. Sin embargo, así como el Estado moderno ha sufrido una sustancial transformación, así ha habido necesidad de admitir también principios sustancialmente diversos.

II

LA TEORÍA

920. La soberanía territorial descansa en nuestro tiempo sobre una base muy diversa de la que le servía de fundamento en la época del feudalismo. Ejércese sobre todo el territorio, y por eso se llama territorial; pero esto no implica la propiedad del suelo. El suelo es de los particulares que se han hecho sus propietarios y que pueden gozar y disponer de él bajo todas las formas consentidas por el derecho privado, y no es necesario que el ejercicio de estos derechos se rija siempre por la ley territorial, siendo así que pueden ser muchas las relaciones jurídicas respecto de las cuales no está interesada la soberanía territorial en aplicar sus propias leyes (1).

Tampoco es necesario aplicar la ley territorial á todas las relaciones jurídicas que nacen ó se desarrollan en el territorio, para que quede á salvo la autonomía del Estado, defendida por cierto

da: en ninguna parte tenía el feudalismo más profundas raíces por más que tuviese caracteres particulares por el predominio de la monarquía: en el orden social y en el derecho predominaba como dueño absoluto. Y discurrendo después acerca de la ley que regula los derechos sobre la tierra, esto es, del *Common Law*, dice que éste «es un derecho feudal, la propiedad ha conservado el sello del feudalismo.» El carácter territorial de la soberanía y el espíritu feudal del *Common Law* explican la profunda diferencia que separa al derecho inglés del derecho continental. *Droit civil inter.*, t. I, § 377.

(1) Este principio había sido ya aceptado por HUBERO para formular una de las reglas que propone á fin de resolver los conflictos entre las leyes de los diversos Estados: *Summae potestates cujusque reipublicae indulgeant sibi mutuo, ut jura legesque aliorum in alienis territoriis effectum habeant, quatenus sine praejudicio indulgentiam fieri potest. De conflictu legum*, número 14.

con un celo excesivo. Para conservar esta autonomía solo se necesita que cada soberanía ejerza exclusivamente el poder público, dicte con absoluta independencia las leyes para asegurar el derecho y el orden público y no permita que se dispense á nadie de la observancia de dichas leyes; mas esto lo que significa es que el derecho público de cada Estado debe ser territorial, ó lo que es lo mismo, que debe tener autoridad exclusiva y absoluta dentro de los límites del territorio; pero la propiedad, como derecho del individuo, se rige por el derecho civil ó privado, y pueden darse casos en los que no ataquen en modo alguno los derechos y la independencia de la soberanía territorial, el reconocimiento y la aplicación del derecho del propietario.

No ha sido solamente la base de la soberanía territorial la que ha sufrido un cambio esencial en los tiempos modernos; también ha originado una modificación importantísima el haber sustituido al principio de la solidaridad de los intereses de los pueblos el falso principio del egoísmo y del aislamiento de los Estados.

921. Ha comenzado, en efecto, y continúa realizándose progresivamente una gran transformación en este sentido, la cual es la consecuencia del progreso de la civilización que ha aumentado las necesidades, multiplicando las indispensables relaciones entre los diversos pueblos de la tierra y hecho nacer la solidaridad de intereses entre los mismos. La actividad del individuo no puede hallarse ya circunscrita á los límites territoriales del Estado de que se es ciudadano, sino que tiende á dilatarse hasta los más extensos confines. Todos sentimos que sin romper los lazos que nos unen á la patria, podemos gestionar nuestros asuntos en todos los países del mundo; y facilitando las vías férreas la circulación, siempre en aumento, de extranjeros por todos los países á fin de atender á negocios de tan diversa índole, estrechase las relaciones de tal modo que resulta de hecho el comercio internacional, así como de la multiplicación de las relaciones entre las personas que se establecen en una misma ciudad nace el consorcio civil.

Consecuencia necesaria de lo dicho es que los Estados, más bien que á vivir aislados, se ven obligados, por el natural desarrollo de las cosas, á conciliar los intereses propios con los del consorcio internacional, reclamando á su vez los individuos la tutela de sus derechos mediante leyes que tengan en cuenta la nueva forma que la actividad individual ha tomado.

Siguese además de aquí que las reglas de derecho que podían ser válidas cuando los Estados vivían aislados, no tienen ya valor

hoy, y que conviene establecer nuevas reglas que puedan servir para determinar y garantir el goce y el ejercicio de los derechos del individuo, teniendo en cuenta la necesaria tutela de la autonomía de cada Estado, y la necesidad no menos indispensable de la coexistencia de todos los Estados dentro de la humanidad.

922. En tales condiciones no debe ser ciertamente el principio riguroso é inflexible de la territorialidad de la ley lo que puede determinar el goce y el ejercicio de todos los derechos relativos á los bienes existentes en el territorio, sino que es necesario buscar un principio más racional.

Conviene ahora considerar que extendiendo el individuo su libertad fuera de los límites del territorio no cesa por esto de ser ciudadano del Estado á que pertenece, como tampoco de formar parte de su familia. Agréguese á esto que el régimen de patrimonio se halla estrechamente ligado con las relaciones familiares. Hay, en efecto, legislaciones que consideran la familia como una sociedad permanente, como un cuerpo colectivo, y á sus distintos miembros como copropietarios del patrimonio del padre. Estas legislaciones modifican el ejercicio de los derechos correspondientes á los individuos sobre los bienes, sometiéndolo al interés de la familia. De aquí que muchas limitaciones, como por ejemplo, las que se refieren al pródigo ó al incapacitado estén basadas en el principio de conservar el patrimonio de la familia; otras disposiciones dependen del mayor ó menor grado de tutela en que se hallan ciertos individuos de aquella, cuando se trata de disponer de los bienes que les pertenecen (1).

Ahora bien; si muchas disposiciones dependen del diverso modo de concebir la conservación y el régimen económico del patrimonio familiar, y otras de las relaciones personales de los miembros de la familia, ¿cuál deberá ser la ley que, según la naturaleza de las cosas, deba regir estas relaciones sino la del Estado á que la familia pertenece? Esta es, en efecto, la ley que rige el organismo de la familia, la vida civil de la misma y las relaciones entre los individuos que la forman. Si todo continúa subsistente en toda su integridad, aun cuando uno de los individuos de la familia pase á un país extranjero y adquiera allí bienes, siguese de aquí que los derechos de esta persona sobre sus bienes, la facultad de enajenarlos, cederlos, transmitirlos, donarlos, etc., deben ser re-

(1) Véase nuestro *Derecho internacional privado*, §§ 45, 82, 195 y 395.

gidos por el derecho mismo á que está sometida su familia y su persona.

Puede deducirse de aquí que las leyes civiles de cada Estado ó sea las que rigen los derechos de las personas en sus propios intereses, deben aplicarse también para determinar el goce y el ejercicio de esta misma persona respecto de los bienes que le pertenecen.

Veamos ahora cómo debe armonizarse esta regla con la tutela de la autonomía de la independencia y de la soberanía del Estado.

En cada legislación, además de las leyes que determinan y garantizan los derechos de los individuos *uti singuli* y las relaciones de los mismos con la familia, las cuales constituyen en su conjunto el derecho privado, hay una segunda categoría de leyes dispuestas para poner á salvo los intereses generales de la asociación política *uti universitas*.

Estas leyes proveen á la conservación del principio político y á coordinar los intereses de los particulares con los del Estado, constituyendo el derecho público del mismo. Atentar contra el derecho público equivale á atentar á los intereses, á la vida y á la conservación del Estado, y no solo deben sufrir los ciudadanos aquellas justas limitaciones en el ejercicio de sus derechos privados, cuando no se perjudique el derecho público del Estado, sino que también los extranjeros—los cuales se convierten en súbditos temporales desde el momento que penetran en el territorio del Estado y ejercen en él ciertos derechos—deben respetar las leyes establecidas en interés general, como son las que limitan los derechos particulares en beneficio de la agricultura, de la industria, etcétera, del país, ó que imponen ciertas obligaciones para proteger el derecho del Estado ó el orden público (1).

En la armonía de estos dos principios es donde hallamos el justo criterio para decidir en qué debe tener autoridad absoluta la ley territorial, y en qué no debe tenerla. El interés social exige que la autoridad de la ley territorial sea absoluta en todo aquello que proclama y sanciona el derecho público del Estado. El in-

(1) Véase nuestro *Der. int. priv.* § 26 y sig. Confr. MANCINI, *Rapporto a l'Istituto di diritto internazionale alla sessione di Ginevra 1874*, § 8.º al fin. LAURENT, *Droit civil international*, tomo I, cap. VI.—CARLE, *La dottrina giuridica del fallimento*, 1872, el cual expone con admirable precisión y brevedad los principios relativos á este punto en su cap. I. Las conclusiones propuestas por MANCINI al Instituto, publicadas en el *Anuario* de 1877, pág. 123 y sig.; las *Observaciones* de WESTLAKE, *Anuario* de 1878, pág. 37, y las de ARNTZ y WESTLAKE en el de 1880, pág. 190 y siguientes.

terés del individuo exige que la ley del lugar en que ejercita sus derechos patrimoniales no altere su posición jurídica alterando su estado y sus relaciones con las cosas que le pertenecen y que forman parte de su patrimonio, sino que reconozca para las relaciones de interés privado la autoridad de su ley personal.

923. Resumiendo ahora todo lo expuesto sobre este punto, proponemos las reglas siguientes:

a) El derecho que tiene toda persona á disfrutar los derechos de propiedad y los accesorios á éstos, está fundado en la misma ley natural, y debe ser, como tal, reconocido en todos los países civilizados, cualquiera que sea el pueblo ó la religión á que el individuo pertenezca;

b) Corresponde á cada soberanía conceder que el ejercicio de los derechos de los extranjeros sobre los bienes existentes en el territorio se rija por sus leyes personales, con tal que aquéllas no perjudiquen el derecho público del Estado.

Esta disposición deberá aplicarse á la adquisición, enajenación, cesión, transferencia de bienes muebles ó inmuebles, sucesión y disposición de cualquier género relativas á los bienes, llevadas á cabo, ó por actos *inter vivos*, ó por testamento.

Se considerará como ley personal del propietario, la que rija en el Estado de que es ciudadano, ó aquella á que se sometió voluntariamente en los casos en que esté autorizado para hacerlo;

c) Es de supremo interés para los Estados declarar que estas reglas, y otras que se crean oportunas, son obligatorias mediante tratados.

Hasta que esto no se haya verificado deberán los Estados civilizados poner su derecho territorial en armonía con los supremos principios del derecho internacional, y sancionar las reglas á que habrán de ajustarse los Tribunales para determinar el goce y el ejercicio de los derechos de los extranjeros sobre los bienes existentes en el territorio;

d) Faltando tales reglas jurídicas sancionadas por el legislador mismo, convendría que los Tribunales adoptasen estas reglas, en lo que no se oponga al derecho territorial, como fundadas en el derecho natural y de gentes, y preparasen un derecho consuetudinario uniforme que facilitase después la conclusión de tratados para hacerlo recíprocamente obligatorio;

e) En la aplicación de dichas reglas no deberá hacerse distinción alguna entre las cosas muebles ó inmuebles, siendo uniformes las reglas jurídicas á ellas aplicables.

Hagamos ahora algunas indicaciones para comprender mejor dichas reglas.

924. En cuanto á la primera, debemos observar que los derechos que se derivan de la propiedad, están fundados en la misma ley natural y no pueden considerarse como un beneficio de la ley civil. Esta es la razón por qué no debe creerse que cada soberanía pueda á su antojo conceder ó negar al extranjero la adquisición ó transmisión de su propiedad, como si el derecho de adquirir ó de transmitir pudiese quitarse ó concederse *ad libitum* por la autoridad soberana, sólo por estar garantido por la ley civil. Estos derechos son á la vez derechos naturales del hombre, y la persona que está en posesión de ellos puede pedir el reconocimiento y la defensa de éstos en nombre de la ley de las leyes, de la ley natural, que impone á todos los Estados el deber de respetar los derechos de la personalidad humana.

Esto prueba también el funesto error sancionado por ciertas legislaciones que negaron absolutamente á los extranjeros la adquisición de la propiedad inmueble ó la facultad de transmitirla, y dispusieron á la vez que dicha sucesión volviese al fisco por el derecho de albinagio (1); ó por último, que subordinaron á la con-

(1) La ley de 12 de Mayo de 1873 ha modificado en Inglaterra en sentido liberal las disposiciones anteriores que negaban al extranjero el derecho de adquirir la propiedad de los inmuebles en la Gran Bretaña. Hasta 1864 no se concedió en Rumania el derecho de poder adquirir dicha propiedad á los extranjeros del rito cristiano allí domiciliados, subordinando además este derecho á la condición de la reciprocidad (*Annuaire de législation comparée*, 1880, pág. 760.) Hasta dicho año de 1864 no se concedió en Suecia á los extranjeros el derecho de comerciar. Antes de esta época necesitaban una autorización especial, y cuando la habían obtenido sólo podían vender en la ciudad designada al por mayor y al contado, lo cual equivalía á una prohibición completa. (*Annuaire cit.*, de 1880, pág. 662.)

En Suiza hay también algunas localidades en que el extranjero no puede adquirir propiedad inmueble sin autorización del Gobierno cantonal, y algunos hasta exigen la intervención del Gran Consejo. LAURENT, *Droit civil international*, t. II, § 33.

Acerca del derecho de sucesión, basta decir que se negaba al extranjero el de disponer ó adquirir por testamento ó por sucesión *ab intestato*, y después fué concedido por los Estados más adelantados, pero con la condición de la reciprocidad. Francia sólo renunció al derecho de albinage sin reciprocidad en 1819 y aun haciendo ciertas reservas, y Bélgica no ha renunciado á este derecho hasta 1865 (ley de 27 de Abril.) La ley de 20 de Mayo de 1837 concedía á los extranjeros el derecho de transmitir ó adquirir *mortis causa*; pero á condición de reciprocidad. Basta esto para comprender por qué en los demás países se está muy distante de la igualdad jurídica entre el ciudadano y el extranjero en lo que se refiere al goce de los derechos civiles sancionados en el Código italiano.

dición de la reciprocidad el reconocimiento de los derechos correspondientes á los extranjeros sobre sus bienes.

Fué este un error funesto que condujo á atacar la personalidad humana en una de sus más justas prerrogativas, en la de poder disponer libremente de la propiedad, que es el complemento natural de dicha personalidad.

No puede justificarse tampoco el sistema que subordinó el reconocimiento de tal derecho á la condición de la reciprocidad, como si el conculcar el derecho de sucesión, que es un verdadero derecho del individuo considerado en sus relaciones jurídicas naturales, pudiera sernos lícito sólo porque en otro Estado se practicara en perjuicio de nuestros conciudadanos.

Por el principio expuesto en la regla primera se consigue que, estando fundado en la misma ley natural el derecho de propiedad, no pueda considerarse el reconocimiento de tal derecho como un efecto de la *comitas gentium*, sino que debe mantenerse y practicarse como un deber de justicia internacional, cuyo cumplimiento no puede suspenderse por interés ni considerarse fundado únicamente en los tratados.

925. Como en otro lugar hemos observado (1), no puede ser ya la *comitas gentium* un criterio exacto para resolver las cuestiones de derecho, y es hoy considerado por la mayor parte de los publicistas como un concepto falaz y arbitrario (2). O la ley que regula ciertos derechos del individuo debe tener un valor extraterritorial, y el admitirla es un deber de justicia y no un acto de benevolencia y de atención, ó no existe realmente el deber jurídico y todo depende de la cortesía, en cuyo caso es completamente inútil sostener discusiones jurídicas, porque no teniendo la cortesía ningún límite jurídico determinado, salimos del campo del derecho y entramos en el del libre albedrío. Tiene razón Mancini al observar que el concepto falaz de la *comitas gentium* fué el principal impedimento para la formación de una doctrina científica del Derecho internacional privado.

926. En cuanto á la segunda regla, creemos oportuno observar que la limitación opuesta á la aplicación de la ley extran-

(1) V. nuestro *Derecho internacional privado*, § 33.—*Efectos de las sentencias civiles*, nota á la pág. 65.

(2) MANCINI en la Memoria citada é inserta en la *Revue de Droit international*, 1875, p. 363 y sig.—LAWRENCE, *Coment.*, t. III, pág. 54.—LAURENT, *Ob. cit.*, t. I, c. IV, núm. 3.—SCHAEFFNER, *Diritto internazionale* (traducido por TENORE, § 30.)

jera, esto es, la que debe derivarse del derecho público de un pueblo, puede parecer indeterminada y vaga, porque siendo el derecho público distinto en los diversos Estados según varían las Constituciones políticas de los mismos, podría suceder que en ciertos casos limitase un Estado la aplicación de la ley extranjera, aduciendo como motivo que se opone á su derecho público.

No negamos que la distinción entre el derecho público y el privado, aun cuando sea bien fundada, no puede siempre hacerse en la práctica con exactitud bastante para clasificar en cada legislación las disposiciones que del uno ó del otro se derivan. En teoría, puede decirse que todas las leyes que tienen por objeto conservar el organismo político, clasificar los poderes públicos y *quod ad statum reipublicae spectat*, constituyen el derecho público del Estado; y las que tienen por objeto proteger las relaciones de los ciudadanos entre sí y sus intereses particulares, *quod ad singulorum utilitatem pertinet*, constituyen el derecho privado; pero, en la práctica, creemos muy exacta la observación de Westlake, propuesta á propósito de esta limitación, por el Instituto Internacional: «¿En qué sistema de clasificación deberán buscarse los límites del derecho público para que goce de una autoridad superior á la que tienen las reglas de Derecho internacional privado? ¿Qué leyes constituyen este orden público que no se permitirá que nadie perturbe?» (1).

Es cierto que en el estado actual de las diversas legislaciones sería difícil, si es que no imposible, hallar una fórmula general para determinar estos límites. De cualquier modo, debe notarse que, aun cuando se sancionase hoy la regla por los legisladores, correspondería á la magistratura la tarea de aplicarla, y sería ya un primer paso admitir la aplicación de la ley que regula los derechos del propietario cuando no haya ofensa alguna para el derecho público del pueblo de que se trate. En los casos de duda, podrá suceder que aún subsista la tendencia tradicional de excluir, hasta donde sea posible, la aplicación de la ley extranjera y de preferencia la magistratura á la ley territorial, declarándola fundada en el orden público y en el derecho político del Estado; pero teniendo en cuenta que aquélla debe motivar su decisión, que la discusión científica iría esclareciendo poco á poco los verdaderos principios relativos á la materia, y que el progreso de las ideas iría modificando constantemente los conceptos de la soberanía absolu-

(1) Observaciones insertas en el *Annuaire del Institut*, 1878, pág. 38.

ta y exclusiva de la ley en cada territorio, pudiera esperarse que con el tiempo llegara á establecerse un derecho consuetudinario uniforme, sobre todo entre los Estados que tienen bases uniformes de constitución política (1).

927. Podrían esclarecerse muchos de los puntos controvertidos, teniendo en cuenta las reglas siguientes. Deberán ser consideradas como leyes de interés general, y, por consiguiente, con autoridad exclusiva en cada territorio, todas las que regulan la posesión y las consecuencias jurídicas de ésta y de las acciones posesorias, ora se trate de cosas inmuebles ó de cosas muebles, para las que el derecho de retención legal y las acciones que pueden derivarse de él deban ser regidas por la ley territorial. Esta misma ley debería regular también las consecuencias legales que puedan derivarse de la posesión prolongada y de la prescripción adquisitiva y la usucapión (2).

Respecto de los derechos reales, deben depender de la ley territorial los establecidos para el uso y la utilidad del predio, y debidos, por consiguiente, á todo poseedor de dicho predio por disposición de la ley ó en consideración á la situación de aquél, como son, por ejemplo, las servidumbres de aguas y de los ríos, las de los límites ó *actio finium regundorum*, las establecidas en interés de la propiedad rural, como son los derechos que se derivan de la medianería (muro, foso, seto, etc.), los relativos al cercado obligatorio de los edificios y de los predios vecinos; los que se derivan de la distancia exigida en algunas construcciones, excavaciones ó plantaciones; los derechos de luces y de vistas, de paso, y algunas otras. En cambio, los derechos reales establecidos por la ley en favor de ciertas personas, como son el usufructo, el uso, la habitación y otros análogos, deberían depender de la ley personal, no de la territorial, porque se derivan de las relaciones personales ó de las relaciones de familia.

En cuanto á los derechos reales dependientes de los actos del hombre, convendría tener en cuenta la sumisión voluntaria de la persona é indagar esta voluntad presunta, y aplicar, ó la ley á que voluntariamente se sometió el individuo al hacer un contrato asu-

(1) Véase nuestro *Derecho internacional privado*.

(2) Pudiera surgir una grave controversia para determinar cuál es la ley que deberá regular la prescripción adquisitiva de las cosas muebles.— Véase á este propósito nuestro *Tratado de Derecho internacional privado*, § 202-204.