

miendo obligaciones relativamente á sus bienes, ó aquélla á que debe presumirse que se ha sometido, indagando su intención por la naturaleza de los hechos, por las circunstancias y por las relaciones personales. Por lo que hace á todo aquello sobre que las partes pueden pactar *ad libitum*, la ley tiene un valor supletorio y debe respetarse la voluntad del individuo si hubiese elegido como supletoria una ley extranjera. De aquí que, queriendo respetar la libertad inofensiva de la persona, sea racional aplicar la ley elegida por ésta ó que deba presumirse elegida por las partes, siempre que no se oponga á ninguna disposición de orden público del lugar en que deba aplicarse.

Teniendo en cuenta esta aclaración, debería decirse que no puede admitirse una servidumbre real establecida en virtud de un contrato hecho en un tercer Estado, siempre que esta servidumbre degenera en un servicio personal que sea reconocido lícito por la ley del país en que se creó la servidumbre, pero que sea declarado contrario al orden público en el país en donde el predio se halle ó donde haya de efectuarse.

Podría decirse además, que siendo la ley territorial soberana en todo aquello que determina la condición jurídica de las cosas, debería dicha ley aplicarse exclusivamente para decidir cuáles son las cosas sobre que puede establecerse una servidumbre por un acto del hombre.

Respecto de la hipoteca hemos sostenido siempre que, ya sea establecida por un hecho del hombre ó ya por la ley en interés de ciertas personas, debía tenerse en cuenta la ley á que se sometieron voluntariamente las partes contratantes, ó la llamada á regir las relaciones personales en consideración á las que se haya concedido el derecho de hipoteca para decidir si el causahabiente tiene ó no derecho para pedir la inscripción de la hipoteca; mas en lo que se refiere á hacer luego eficaz ésta, respecto del propietario y de los terceros, de la graduación y otras análogas, debe depender todo de la ley territorial, que, según hemos dicho, ha de considerarse como soberana en todo lo que se refiera á la condición jurídica de las cosas y á las relaciones con las mismas en interés de tercero.

A este propósito conviene observar que en cualquier caso que la ley provea á defender los intereses de tercero, deben considerarse sus disposiciones como de interés general, debiendo, por tanto, prevalecer la ley territorial, siempre que se trate de la eficacia de cualquier hecho jurídico respecto de tercero. Será, pues, necesi-

ria siempre la inscripción para la eficacia de la enajenación respecto á tercero, y la tradición para la válida traslación de dominio, si lo exigiese así la ley del territorio.

En lo que se refiere á la traslación de la propiedad en caso de sucesión, consideramos contrario á los principios dar preferencia á la ley territorial, como en muchos Estados se practica. En este punto, más que en cualquier otro, debería respetarse escrupulosamente la ley personal en todo lo que ésta dispone acerca de la determinación del orden de suceder y de las personas sucesibles, acerca de las reservas y de la cuota disponible, y por último, acerca de la intrínseca validez de los actos de última voluntad. Según en otro lugar demostramos más detenidamente, el derecho de sucesión se halla estrechamente ligado al de familia, y así como el patrimonio representa, como *universitas*, la persona del difunto, no puede la transmisión del mismo depender nada más que de su ley personal, porque el orden de las sucesiones legítimas es una emanación directa del derecho de familia (1).

Conviene, por tanto, observar que, así como el reconocimiento de los derechos de los extranjeros sobre sus bienes no puede considerarse como una graciosa concesión de la ley, sino que se deriva de los rigurosos principios del derecho natural y del derecho de gentes, no debe subordinarse tampoco dicho reconocimiento á condición alguna onerosa, por lo que deberían los Estados civilizados adoptar como regla de derecho internacional la siguiente:

a) Deben ser admitidos los extranjeros á tomar posesión de los bienes que hereden por disposición de su ley personal ó por testamento, sin sujetarlos á condiciones más onerosas que á los ciudadanos del Estado en donde los bienes se hallen, y observando aquéllos las formas establecidas por la ley territorial para los ciudadanos, podrán, sin otro gravamen, tomar posesión de dichos bienes por sí mismos ó por medio de representantes debidamente autorizados que obren en su nombre. No podrá obligárseles á pagar sobre el valor de dichos bienes impuesto alguno más gravoso que el que paguen los ciudadanos del Estado, y podrán enajenarlos libremente, transportar dichos bienes ó el producto de su venta, sin que por tales actos de enajenación ó exportación deban pagar derecho alguno por su cualidad de extranjeros.

Lo mismo en tiempo de paz que en tiempo de guerra, deberá

(1) Véase nuestro mencionado *Tratado de Derecho internacional privado*, lib. II, sec. 3.<sup>a</sup>

considerarse contrario á los expresados principios de justicia internacional el crear á los propios ciudadanos una posición privilegiada en cualquier orden de hechos relativos á los bienes existentes en el territorio. Algunos privilegios se derivan efectivamente del falso concepto de que el admitir los extranjeros á ejercitar derechos sobre los bienes existentes en el territorio, es una concepción voluntaria y no obligatoria de la soberanía, por la cual podría ésta imponerle las limitaciones que estimase conveniente á sus intereses, y entre ellas la de no perjudicar á los particulares de sus propios ciudadanos. Toda posición privilegiada debemos considerarla contraria al derecho de gentes.

Como principio general, debería sostenerse que, en cualquier caso que se verificase un concurso entre ciudadanos y extranjeros y se tratase de decidir acerca de los derechos de los mismos y de las razones de preferencia, privilegio, prenda, secuestro, derechos de hipoteca, de reivindicación, retención y otros análogos sobre los bienes muebles ó inmuebles existentes en el territorio, deberían decidirse con arreglo á la ley, que, según los principios del derecho civil internacional, deba regir el derecho adquirido, sin mermar las atribuciones de los extranjeros por favorecer á los nacionales (1).

**928.** Debemos finalmente notar, respecto de la segunda regla que hemos designado como ley que debe regir los derechos privados del individuo, la del Estado de que es ciudadano, á fin de evitar una equivocación. Los más ardientes defensores de los derechos de nacionalidad desearían que se designase como ley personal la nacionalidad de cada individuo, lo cual sostienen como un homenaje tributado al principio de nacionalidad. Esta fórmula, aceptada por todos los publicistas italianos contemporáneos que proclaman el principio de nacionalidad como fundamento del derecho público internacional, y que defienden la preeminencia del estatuto personal en todas las materias de derecho privado, ha sido

(1) Estos principios hallarán su aplicación en el caso de quiebra y de concurso de acreedores de diversos países en la distribución del activo. La teoría que va adquiriendo mayor crédito, es la de hacer depender los derechos de todos los acreedores de la ley por la cual se adquirieron. Véase nuestro opúsculo *Del fallimento secondo il diritto internazionale*, 1873. Conf. las Actas del segundo Congreso jurídico internacional reunido en Turín en 1880, los principios adoptados como base de un tratado respecto á los efectos internacionales de la quiebra, y CARLE, *Il fallimento nei rapporti internazionali*, Memoria presentada á dicho Congreso y los autores en ella citados.

propuesta al Instituto de Derecho internacional por el más ardiente defensor de las nacionalidades, por Mancini, que la había hecho adoptar en los artículos del nuevo Código italiano de 1865, que tiene, entre los Códigos modernos, el alto mérito de haber sido el primero en fijar disposiciones expresas respecto de la materia tan controvertida de los conflictos entre las leyes de los diversos Estados.

Laurent, en su importante obra *Droit civil international*, defiende calurosamente el principio de nacionalidad en el derecho internacional privado, siendo, á su modo de ver, la nacionalidad el principio de la personalidad (1).

Mucho nos duele tener que separarnos de la escuela italiana, y desearíamos hallar un medio para no hacerlo; pero nos impele á ello, tanto el deseo de tributar un homenaje á ese mismo principio de nacionalidad—cuya importancia política en la constitución de los Estados estimamos en alto grado—cuanto la consideración de que los hechos jurídicos deben tomarse como son, no como deberían ser, y que conviene regularlos con fórmulas exactas y precisas que puedan alejar toda equivocación.

En nuestro sentir, es necesario establecer una línea de demarcación entre las leyes que pueden tener una autoridad extraterritorial y las que deben regir exclusivamente en cada territorio. Puede admitirse la necesidad de dar cierta estabilidad á la personalidad civil de cada individuo y á las relaciones que unen entre sí á los miembros de la misma familia; que el Estado y la capacidad jurídica no deben, por consiguiente, variar según los diversos lugares en que la persona pueda residir; pero no puede admitirse que la ley que debe regular de un modo cierto y permanente el estado de la persona y sus relaciones con la familia, deba ser la de la nación de cada uno, á no ser que se establezca que en el campo del derecho positivo la nación corresponde al Estado de que cada cual es ciudadano. Debemos, sin embargo, observar que esto confundiría la nacionalidad con lo perteneciente al Estado (*coll' appartenenza allo Stato, ó staatsangehörigkeit*).

No queriendo destruir la bella teoría de la nacionalidad, que, repito, ha tenido, y debe tener, una gran importancia en la formación de los Estados, y deseando determinar la ley personal del individuo sin dar lugar á equivocaciones, convendrá hacer depender la unidad y la identidad permanente de la persona civil, ó de

(1) Obra citada, tomo I, cap. VI.

la ley del Estado de que se es ciudadano, ó de la del país en que se tiene domicilio efectivo y estable. No podemos aceptar lo que dice Laurent, esto es, que se reduce á una cuestión de palabras, pues no creemos que lo sea el determinar exactamente la ley que debe regular el derecho privado de la persona. Se trata de dar una suprema norma jurídica para designar la ley personal, y si en vez de darla de manera que pueda determinarse con precisión y exactitud, se adoptan vocablos que no tengan jurídicamente una significación técnica y precisa, y no se llega á eliminar las controversias que puedan suscitarse, ¿querrá decir el eminente publicista que esta es una cuestión de palabras? (1).

Para hacer esto más breve, vamos á investigar si con lo que dice Laurent puede hallarse la regla cierta y segura para determinar el derecho privado del extranjero. «La personalidad, dice, tiende á desempeñar el gran papel en la ciencia del derecho internacional privado. Es necesario, pues, ver cómo se determina y de qué depende. Cuando hablamos en la actualidad de un estatuto personal, es decir, unido á la persona, entendemos que el estatuto varía según la nacionalidad y la raza. En efecto, dependiendo de la nacionalidad el estatuto personal, es necesario, para saber cuál sea éste, averiguar antes cuál sea la nación á que pertenece» (2).

Esta teoría, que está conforme con la de Mancini (3), se ha convertido en Italia en precepto legislativo, en el art. 8.º de nuestro Código civil, que dice: «Las sucesiones legítimas y testamentarias, ya sea en cuanto al orden de suceder, á la cuantía de los de-

(1) *Droit civil international*, tomo I, § 433.—BROCHER, en su importante obra *Droit international privé*, observa con razón que no puede aplicarse el principio de nacionalidad al derecho positivo, sin caer en una completa anarquía. *Intr. hist.*, núm. 14. Sosteniendo LAURENT su hipótesis contra BROCHER, dice, tomo I, pág. 641, § 433: «Si sólo se tratase de una cuestión de palabras, no valdría la pena de detenerse en ella: hay un medio muy sencillo de terminarla, el de emplear la expresión *leyes personales*, dándole un sentido más lato que el que tienen según la tradición.»

Con todo el profundo respeto que nos merece un jurisculto tan insigne como LAURENT, debemos observar que para terminar la controversia, entendemos que no basta distinguir qué leyes son personales y qué otras son territoriales, sino que es necesario precisar con exactitud cuál es la ley por la que deben determinarse los derechos personales de cada uno. Quizá nos engañemos al contradecir á un tan ilustre maestro, pero sostenemos que se trata de una cuestión vital en el campo del derecho por sus consecuencias para el derecho constitucional. Véase t. I, § 275-276.

(2) Obra citada, tomo I, § 256, pág. 355.

(3) Véase la citada Memoria al Inst., en la *Revue de Droit international*, 1875, pág. 329.

rechos de sucesión ó á la validez intrínseca de las disposiciones, se rigen por la *ley nacional* de la persona de cuya herencia se trata».

929. Ahora bien: ¿de qué modo podrá determinarse cuál sea la ley nacional? Según Laurent, averiguando la nación á que pertenece la persona.

Pero nosotros preguntamos: Cuando la nación no está políticamente constituida, ¿es acaso una entidad jurídica que tenga existencia propia? Las personas de la misma raza que tienen una nacionalidad propia y distinta, ¿tienen también siempre un sistema de leyes reconocidas como suyas propias, como sucedía en tiempo de los bárbaros? (1). Y si esto no se verifica, ¿por qué proclamar una regla que no corresponde al hecho?

Supóngase, en efecto, que se discute ante un Tribunal de nuestro país respecto al orden de suceder de un habitante del Tirol italiano, que actualmente pertenece al Austria, y que queriendo el Tribunal aplicar la máxima sancionada en el art. 8.º de nuestro Código civil, teniendo en cuenta los conceptos emitidos por Mancini y por Laurent acerca de los caracteres nacionales, y reconociendo que aquella persona es italiana por su nacionalidad, aplícase nuestro citado Código en cuanto al orden y medida de los derechos de sucesión. Si á la palabra nación ó nacionalidad debe atribuírse su verdadero significado, el Tribunal habría aplicado rectamente el precepto legal. Sin embargo, nuestro Tribunal Supremo casaría la sentencia, porque el estatuto personal de los súbditos del Imperio austro-húngaro, es la ley austriaca, lo mismo para los de la nacionalidad italiana, que para los Slavos y para los Alemanes. El Tribunal concluiría, que no se había aplicado el estatuto personal porque no lo había sido la ley austriaca, que es la que hoy rige las relaciones personales de aquellos que, aunque

(1) El sistema de las leyes personales independientes de la nacionalidad de cada cual estaba en práctica entre los Bárbaros. El espíritu individualista que caracteriza á los pueblos de raza germánica hizo que cada rama conservase sus propias leyes y costumbres, de modo que los hombres de raza distinta, á pesar de que perteneciesen al mismo imperio, se gobernaban por sus leyes propias. Así el derecho de cada cual era la costumbre de la raza ó de la tribu á que pertenecía, y los Francos tuvieron su ley, que fué la ley Sálica ó Ripuaria, los Longobardos, los Borgoñones y los Sajones tuvieron sus leyes distintas. En aquellos tiempos la ley personal del individuo dependía de la nacionalidad, y era decisivo pertenecer á esta ó á la otra raza para determinar la ley en todas las materias, incluso en la penal. Hoy han variado las cosas, y gentes de diversas razas y nacionalidades se rigen por la misma ley, por la del Estado de que son ciudadanos.

Véase la nota puesta en la página 192 del tomo I.

sean italianos por su nacionalidad, habitan provincias sujetas al Austria. Y lo mismo haría el Tribunal de Casación si se aplicase nuestra ley en cuestiones de derecho privado á los Saboyanos, que hoy son ciudadanos franceses. Ahora bien: ó el Tribunal habría decidido que los Tirolese italianos no son tales por su nacionalidad y se habría salido del campo jurídico, porque las naciones las ha hecho el mismo Dios, como dice Laurent, ó la Providencia, que da lo mismo, como dice Mancini (1), y nuestro Tribunal habría destruído con su fallo la obra de Dios ó de la Providencia, ó habría que decir que los mismos sostenedores de las nacionalidades destruían sus principios y su propia teoría á fuerza de exagerar la influencia de ésta en el derecho internacional; y la habrían destruído, porque ellos mismos llegaban con su regla á admitir que la nación es el *Estado*, ó sea cierta aglomeración de gentes sometidas á una misma soberanía, lo cual no era ciertamente su pensamiento.

En efecto, puesto que á los Polacos sujetos al Austria debe aplicárseles la ley austriaca y no su legislación nacional, y á los Loreneses la ley prusiana y no la francesa, y á los Franceses, Alemanes ó Italianos que forman la Suiza, deben aplicárseles las leyes de este país, si se dijese que debía hacerse esto, porque aquélla es su ley nacional, puesto que pertenecen á dicha nación, debería deducirse de aquí que la nacionalidad no depende de la raza, sino de pertenecer de hecho á uno ú otro Estado. ¿Y no se llega de este modo á negar la bella teoría de las nacionalidades, que tiene verdadera importancia y continúa siendo todavía un principio político y constitucional de los Estados?

Dice el docto Laurent, que las cosas de este mundo no van siempre como deben, sino como los hombres quieren. Ahora bien; si el derecho positivo debe regular los hechos jurídicos tales como son, no como deberían ser, ¿por qué no llamar las cosas con su

(1) MANCINI ha prestado un gran servicio á la patria sosteniendo en la Cátedra de Turín, después de la derrota de Novara, que teníamos derecho á ser independientes, porque el mismo Dios había hecho de nosotros una nación. Se hizo benemérito de la ciencia y de la civilización comenzando así una propaganda de ideas, que hallaron eco en el corazón de todos los italianos que aspiraban á la independencia. Su disertación *Sobre la nacionalidad*, realizó una verdadera revolución política y una evolución científica en toda Europa. Combatiendo ciertas aplicaciones de un justo principio, no entendemos amenguar en lo más mínimo la importancia de aquél ni la alta estimación en que tenemos á nuestro ilustre maestro, que desde la misma Cátedra en que yo explico, enseñó con tanta doctrina los derechos de la nacionalidad.

propio nombre, y querer hacer sinónimos los términos nacional y ciudadano, nacionalidad y Estado? Para hacer lo que proponen y ser lógicos, debería aceptarse la definición de Field: «Nación es un pueblo que ocupa permanentemente un territorio determinado, que tiene un gobierno común autónomo para la administración de justicia y la conservación del orden interior, y que es capaz de mantener relaciones con todos los demás pueblos».

Aceptada esta definición, sería Suiza una nación, y cuando se hablase de ley personal respecto á los Suizos, sería ésta bien determinada, y significaría ley suiza, que sería la ley nacional de los Franceses, Italianos y Alemanes que hoy forman el pueblo suizo.

Debería además admitirse que puede formarse una nación con gentes de diversas razas que ocupan permanentemente un territorio determinado comprendido en sus fronteras, y que tienen un Gobierno autónomo, que mantenga las relaciones internacionales con todos los demás Gobiernos. ¿Pero á dónde conduciría esto? ¿Cuáles serían las consecuencias para el derecho constitucional?

Cuando se quisiera uno elevar á los principios para demostrar que los Polacos, que hoy están fraccionados, tienen derecho á reunirse y á constituir un Estado autónomo, y que al hacer esto ejercerían un derecho legítimo y debían ser protegidos por el derecho internacional, que, por interés de la paz y del orden, debe proteger las agregaciones legítimas según el derecho constitucional, no encontraríamos semejante principio, porque lo habríamos destruído nosotros mismos aceptando de hecho la definición de Field. A la legítima petición de los que quisieran reivindicar su derecho, respondería Rusia que las diversas gentes que ocupan el territorio comprendido dentro de sus fronteras forman hoy la nación rusa, porque todos aquellos que están sujetos al Gobierno común del Czar, que mantiene las relaciones internacionales con todos los demás Gobiernos, forman hoy la nacionalidad que él rige.

**930.** Estas observaciones hechas por nosotros encuentran un valioso apoyo en la doctrina del Instituto de derecho internacional, el cual, reuniendo las lumbreras de la ciencia, tiene la mayor autoridad como corporación científica.

También puede decirse, con razón, que las reglas propuestas por el Instituto, elaboradas después de un maduro estudio y de doctas discusiones, tienen la misma autoridad que el derecho científico, y es de esperar que serán aceptadas por todos los Gobiernos, y se les reconocerá la autoridad de leyes escritas.

Ahora bien; debiendo coordinar el Instituto las reglas propues-