

nulidades son relativas por su naturaleza misma. Existen otras nulidades que se han introducido por interés de las dos partes contratantes: tal es la nulidad del pago cuando el deudor no es propietario de la cosa que paga (artículo 1238); y se les llama absolutas para marcar que, á diferencia de las nulidades relativas, pueden ser invocadas por todas las partes interesadas. Estos principios tienen su origen en la naturaleza misma de las diferentes nulidades; pero su aplicación no es siempre fácil. ¿Cuál es el carácter por que se reconocen las nulidades absolutas y las relativas? Es necesario ver las causas por las que las ha establecido el legislador. Es una causa de interés general, entonces ya no hay duda. Está en el interés de las partes, es necesario ver si el legislador tuvo á la vista la ventaja de una de las partes ó la ventaja de todas las partes contratantes. Remitimos las explicaciones á las diversas materias en las que se presente la dificultad.



CAPITULO III.

DEL EFECTO DE LAS LEYES EN CUANTO A LAS PERSONAS Y EN CUANTO A LOS BIENES.

§ 1.º Principios generales.

73. ¿La ley se dirige á todos los habitantes del territorio sobre el que se extiende la soberanía de la nación cuyo órgano es el legislador? ¿La ley debe ser aplicada á los extranjeros lo mismo que á los indigenas? ¿Cuando la ley del extranjero está en pugna con la del país donde él reside, cuál debe aplicarse? ¿Debe tenerse en cuenta la naturaleza de los bienes, muebles ó inmuebles? Las mismas cuestiones se presentan cuando un francés reside en el extranjero: si practica allí actos jurídicos ¿por qué ley se regirán éstos? ¿Por la ley francesa ó por la ley extranjera? El código no responde á estas preguntas sino de una manera incompleta. De allí proceden dificultades intrincadas. El intérprete se convierte en legislador, y esto conduce á tantas teorías como hay jurisprudencias. Por esto es por lo que comenzamos con la exposición de los principios generales, tales como están formulados en nuestros textos.

74. Es inútil decir que la ley se ha hecho para los indigenas. Ella los rige en todas sus relaciones jurídicas. ¿Pero ¿continúa rigiéndolos cuando van á residir al extranjero? Suponemos que conservan su nacionalidad y que permanecen siendo Franceses. El artículo 3 del Código civil responde que: «las leyes concernientes al estado y la capacidad de las personas, rigen á los franceses aun cuando re-

sidan en país extranjero.» Estas leyes se llaman *personales*, porque son inherentes á la persona; y el francés no puede sustraerse á ellas abandonando su patria. Si es menor de edad, segun el código, permanecerá siendo menor en el extranjero y por tanto incapaz. ¿Cuál es el fundamento de la personalidad de las leyes que arreglan el estado de las personas y su capacidad? Portalis no da más que una razon en la segunda exposicion de los motivos del título preliminar: «Un francés, dice, no puede defraudar las leyes de su país para ir á contraer matrimonio en país extranjero, sin el consentimiento de su padre y madre, ántes de la edad de 25 años. Citamos este ejemplo entre otros mil semejantes para dar una idea de la extension y fuerza de las leyes personales.» Portalis agrega que los pueblos tienen hoy entre sí más relaciones que las que tenían en otros tiempos, é infiere de eso que es más importante que nunca, fijar la máxima de que en todo lo relativo al estado y la capacidad de la persona, el francés, en cualquiera parte que esté, continúa siendo regido por la ley francesa (1).

Existe una razon más profunda de la personalidad de estas leyes. Son inherentes á la cualidad de francés, y Portalis hace de ella la referencia: «Basta ser francés para ser regido por la ley francesa en todo lo relativo al estado de la persona.» La personalidad contiene, pues, la nacionalidad, y es una cuestion de raza. Nuestros antepasados los Bárbaros, eran regidos, en todas sus cosas, por la ley de su tribu, y la llevaban consigo á todas partes adonde iba. Hoy no existen ya más que ciertas leyes que sean personales, en el sentido de que acompañan á la persona y no la abandonan, por largo que sea el tiempo que ella conserve la nacionalidad de donde éstas se derivan. Efectivamente, las leyes llamadas personales emanan de la nacionalidad. Son los mil

1 Portalis, Exposicion de los motivos, hecha en la sesion del cuerpo legislativo del 4 ventoso, año XI (Loché, t. 1º, p. 304).

elementos físicos, intelectuales, morales, políticos y constitutivos de la nacionalidad, los que también determinan el estado de las personas y su capacidad ó incapacidad. ¿Por qué en los países del Mediodía se permite el matrimonio á la edad de 12 años, mientras que la época en que puede casarse se retrasa á medida que se aproxima uno más al Norte? Cuestion de clima. Luego el clima desempeña un gran papel en la formacion de las nacionalidades y en los caracteres que las distinguen. La misma pregunta y la misma respuesta en lo que toca á la edad y la mayoría, salvo que aquí las costumbres políticas ejercen tanta influencia como las causas físicas. Puesto que las leyes personales son la expresion de la nacionalidad, es natural que sigan al francés en el extranjero; porque forman parte de su individualidad y hasta cierto punto están introducidas en su sangre: ¿como podría emanciparse de ellas (1)? No lo puede hacer sino cambiando de nacionalidad, pero entónces se somete á una nueva ley personal.

75. ¿En qué sentido las leyes personales siguen á la persona hasta en el extranjero? Portalis supone que un francés contrae matrimonio en país extranjero; las leyes que rigen el matrimonio son leyes personales; luego el francés permanece sometido á ellas no importando donde se haya casado. Se casa, á la edad de 21 años en Inglaterra; y las leyes inglesas permiten el matrimonio á esta edad sin el consentimiento de los padres; mientras que el código no lo permite sino hasta los 25 años. El francés no podrá casarse en Inglaterra ántes de los 25 años, sin el consentimiento de sus padres. Si se casase ántes de esta edad, sin haber obtenido el consentimiento de sus ascendientes, su matrimonio no tendría va-

1 La corte de Bruselas decidió y con razon que no se podía renunciar su estatuto personal; porque una renuncia semejante seria evidentemente nula en virtud del artículo 6º del Código civil (Sentencia de 29 de Julio de 1865 en la *Passiericié*, 1866, 2, 57).

lor alguno en Francia. Hé aquí una primera consecuencia, que es evidente, de la personalidad de las leyes. Se pregunta si los magistrados ingleses pueden celebrar el matrimonio de un francés que es incapaz de casarse conforme á las leyes francesas? Es cierto que el legislador francés no puede mandar ni prohibir á los magistrados extranjeros. Las leyes personales, no más que las otras leyes, carecen de fuerza coactiva fuera del territorio sobre el que se extiende la soberanía del legislador. Rigorosamente los magistrados ingleses podrán no tener en cuenta de ninguna manera las leyes francesas que arreglan el estado y la capacidad de los franceses. Rigorosamente las leyes inglesas podrán permitir el matrimonio de los franceses á la edad de 21 años sin el consentimiento de sus padres. Tal es el derecho estricto que emana de la soberanía absoluta de cada nación, en los límites de su territorio. Sin embargo, de hecho, el principio de las leyes personales está admitido en la mayor parte de los Estados, y ésto no sucede porque estén obligados á ello; lo hacen, dicen los autores, por condescendencia, por cortesía (1). ¿No sería más cierto decir que lo hacen por necesidad, porque en ello están interesadas? Si quieren que en el extranjero se respeten las leyes personales que rigen su nación, es necesario que manifiesten el mismo respeto á las leyes personales de los demás Estados; porque la igualdad reina entre las naciones; y lo que la una no concede lo rehusará la otra. Estando todas interesadas en que el principio de las leyes personales se admita, este principio se convierte en una regla de sus relaciones; y lo que no era más que *cortesía ó necesidad*, acaba por ser un *derecho*.

76. Al decir el Código civil que las leyes personales rigen á los franceses, aun residiendo en país extranjero, ¿en-

1 Foelix, *Tratado de derecho internacional privado*, p. 18 y siguientes; Valett en Proudon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. 1o, p. 79.

tiende limitar á esas leyes el dominio que el legislador ejerce sobre los franceses que residen en el extranjero? No, porque el mismo artículo 3º dice que los inmuebles, aun poseídos por los extranjeros, están regidos por la ley francesa. Este principio se aplica sin duda alguna á los franceses que habitan en un país extranjero y que poseen inmuebles en Francia. El francés permanece sometido á las leyes de su país por todos sus derechos inmobiliarios cuando esos inmuebles están allá situados. Ahi no se detiene el dominio de las leyes francesas sobre los franceses que residen en el extranjero. El artículo 999 dice que un francés que se encuentre en país extranjero, podrá hacer sus disposiciones testamentarias por acta firmada en papel simple, tal como está prescrito en el artículo 970 conforme á las leyes francesas. Lo que el Código dice del testamento firmado en papel simple, se aplica, por analogía, á todos los actos firmados en papel simple. La ley nada dice del fondo de las disposiciones. Más adelante diremos que la doctrina extiende al fondo lo que el artículo 999 dice de la forma, es decir, que los convenios que los franceses celebran en el extranjero son regidos por la ley francesa. El principio de las leyes personales es pues más extenso de lo que ordinariamente se cree; y puede decirse que *él abraza todas las relaciones jurídicas de los franceses, mientras que ellas son de derecho privado*.

77. ¿Es también la ley francesa la que rige á los extranjeros residentes en Francia? El artículo 3 los somete á la ley francesa para dos especies de leyes. En primer lugar las leyes de policía y de seguridad obligan á los extranjeros lo mismo que á los franceses. Portalis ha explicado muy bien las causas en que se funda este principio. Cada Estado tiene el derecho y el deber de velar por su conservación. Ahora bien, ¿cómo podría un Estado mantenerse y conservarse teniendo en su seno hombres que impunemente pudieran

violiar su policia y perturbar su tranquilidad? El extranjero no puede quejarse de que se le apliquen las leyes penales; pues desde que pone los piés en el suelo francés, está protegido por sus leyes en su persona y en sus bienes, y por lo mismo debe respetarlas á su vez (1). El no puede pretender que los delitos que cometa en Francia deban ser castigados por la ley de su país. La personalidad de las leyes germánicas iba hasta allá; pero esto era colocar al individuo sobre el Estado; y cuando se trata de su seguridad y de su tranquilidad, cada Estado tiene derecho de prescribir las medidas que juzgue necesarias para su conservacion; y el derecho del Estado en esta materia, domina necesariamente el de los individuos. No tiene que inquirir á qué nacion pertenecen los que perturban su tranquilidad y comprometen su seguridad con actos ilícitos; porque la nacionalidad nada tiene de comun con los delitos; y desde que el órden público está herido, es necesario que se aplique la ley penal, sin que haya que distinguir entre el extranjero y el indígena.

78. El artículo 3º dice tambien que los extranjeros, residan ó no en Francia, están regidos por la ley francesa en lo concerniente á los inmuebles que allí posean. Se llaman *reales* las leyes que rigen los inmuebles. El código asienta el principio de que las leyes reales tienen su aplicacion á todos aquellos que poseen inmuebles situados en Francia, ya sean extranjeros ó franceses. ¿Por qué la ley de la situacion de los bienes se impone sobre la ley de la persona? Portalis invoca la soberanía. El soberano, dice, tiene el *dominio eminente*, lo que quiere decir, no que cada Estado tiene un derecho de propiedad sobre todos los bienes de su territorio, sino que el poder público tiene el derecho de arreglar la disposicion de los bienes por las leyes civiles, de poner sobre esos bienes, los impuestos proporcionados á las

1 Portalis, Exposicion segunda de los motivos del título preliminar Loaré, t. 1º, p. 304 y siguientes).

necesidades públicas, y de disponer de ellos por causa de utilidad pública. Desde que existe un interés general por causa, se concibe que la ley extienda su dominio sobre las partes todas del territorio. Es más difícil comprender por qué la ley del lugar donde los bienes están situados, debe arreglar necesariamente su disposicion, cuando no hay en juego más que intereses privados. Portalis insiste en la indivisibilidad del poder soberano, porque es de la esencia de la soberanía el ser indivisible; y debe extenderse sobre todo el territorio como se extiende sobre todas las personas que lo habitan. La soberanía ya no quedaria entera, y quedaria dividida, si una parte del territorio estuviera sometida á leyes extranjeras. Puesto que el conjunto de los inmuebles forma el territorio público de un pueblo, es necesario que estén regidos exclusivamente por las leyes de ese pueblo, aun cuando una parte de los inmuebles estuviese poseida por extranjeros. En una palabra, la realidad de las leyes es una emanacion de la soberanía; y los particulares que poseen los inmuebles, no pueden oponer al legislador su cualidad de extranjeros, y pedir que sus bienes queden sometidos á su ley personal; porque todos esos bienes reunidos forman el territorio del Estado, y relativamente á las naciones extranjeras, ese territorio debe ser uno solo, regido todo por el soberano ó el Estado.

Exponemos las razones del principio formulado por el artículo 3º, tales como las ha explicado Portalis, sin que se entienda que las aprobamos. Más adelante volveremos á esta materia. Por el momento, recopilamos los textos con sus motivos. Existen las *leyes reales*, así como existen las *leyes personales*; y tienen un carácter del todo diferente. Las que rigen la persona son siempre las mismas, no cambian segun que la persona habite tal país ó tal otro, las siguen desde su nacimiento hasta su muerte en todas partes donde ella resida. No así las leyes reales que varían se-

gun los lugares donde los bienes están situados; el que posee bienes en tres ó cuatro países diferentes, estará sometido, en cuanto á sus bienes, á tres ó cuatro leyes diferentes, y aun contrarias. Esta oposicion entre las leyes reales y la ley personal es fuente de las dificultades algunas veces intrincadas que presenta esta materia. Un francés es regido por la ley francesa en lo relativo á su estado y su capacidad; y es regido por la ley belga, por la inglesa, y por la española en lo relativo á los bienes que posee en Bélgica, en Inglaterra y en España; pero la persona tiene un lazo íntimo con los bienes; y cuando en un hecho jurídico hay por causa la persona y los bienes, ¿qué ley se aplicará? ¿La ley personal ó la real? Antes de responder á esta cuestion, debemos completar la exposicion de los principios establecidos por el código acerca de los extranjeros.

79. El artículo 3º habla de las leyes á las cuales están sometidos los extranjeros; y nada dice de los derechos que goza. Estas dos cuestiones son conexas y sin embargo muy distintas. El artículo 11 asienta el principio de que el extranjero goza en Francia de los mismos derechos civiles que aquellos que son ó serán concedidos á los franceses por los tratados de la nacion á la cual pertenece el extranjero. Esta disposicion significa literalmente que, á falta de tratados, el extranjero no goza de los derechos civiles en Francia. Mas adelante diremos que tiene una interpretacion más favorable: subsiste siempre que, conforme al sistema del Código, hay derechos civiles cuyo goce no tiene el extranjero.

Decimos que están ligados el principio que rige los derechos civiles de que goza el extranjero y el principio de la ley personal ó real que rige los derechos que él ejercita. Efectivamente, ántes de inquirir la ley que arregla el ejercicio de un derecho, debe verse si existe el derecho. Si hay derechos de los que está excluido el extranjero, es inútil buscar la ley que arregla aquellos, si es la ley fran-

cesa ó la extranjera; y diremos mejor, la cuestion no debe ser agitada. Así, supongamos que el extranjero no tiene hipoteca legal en Francia, ¿á qué viene en este caso, examinar si la ley que estableció la hipoteca es una ley real ó personal? Si, como en los tiempos primitivos, el extranjero no tenia derecho, la cuestion de la *realidad* ó de la *personalidad* de las leyes no habria ni aun podido nacer (1).

Este es el lazo que une los dos principios; pero hay tambien diferencias considerables. El artículo 11 no concierne más que á los derechos civiles, es decir, los derechos que el legislador estableció para los franceses, con exclusion de los extranjeros; y no se aplica á los derechos naturales, tales como el derecho de contratar. El artículo 3º, por el contrario, es general, y se aplica á toda especie de derechos. ¿Se trata de derechos naturales? el extranjero siempre goza de ellos; pero resta saber si esos derechos son regidos por la ley francesa ó por la extranjera: este es el objeto del artículo 3º. En cuanto á los derechos civiles, el artículo 3º no es aplicable, sino cuando el extranjero tiene el goce de ellos. Bajo el dominio del código no tenia el derecho de disponer y recibir por titulo gratuito; y desde entónces la cuestion de la realidad ó de la personalidad de las leyes que rigen las donaciones, los testamentos y las sucesiones no podia presentarse. Leyes posteriores al código han concedido al extranjero el derecho hereditario, y desde entónces es necesario examinar la ley por la cual se arregla el ejercicio de este derecho.

80. Existe todavia en esta materia un principio que es comun á los extranjeros y á los franceses. Es un antiguo adagio, que las formas de un acto se determinen por las leyes del país en que ese acto se practicó. El libro preliminar extendido por los autores del Código civil lo

1 Demangeat, en la *Revista práctica del derecho francés*, tomo 1º, p. 54.

habia admitido (1), y estaba tambien consagrado por el proyecto del código sometido al cuerpo legislativo. En su exposicion de los motivos del título preliminar, lo justifica Portalis, por una razon de necesidad: «en nuestros dias, dice, los hombres no están siempre en el mismo lugar. Las comunicaciones comerciales é industriales entre los pueblos son múltiples y rápidas: nos ha parecido necesario dar seguridades al comercio garantizándole la validez de los actos en los cuales se habia conformado con las formas adoptadas en los países donde esos actos podian haberse celebrado (2).» Es necesario contentarse con esas formas, no solamente porque varian de un país á otro, sino porque muy frecuentemente seria imposible al francés seguir las formas de la ley francesa en el extranjero, como le seria imposible seguir en Francia las formas prescritas por la ley extranjera. El legislador francés separó la jurisdiccion voluntaria de la jurisdiccion contenciosa, dejando á los notarios la redaccion de la mayor parte de los actos que en el derecho antiguo eran de la competencia de los tribunales. En Alemania, por el contrario, la confusion de las dos jurisdicciones subsiste en lo general. Así es que los testamentos se hacen judicialmente, conforme al derecho prusiano, y no ante notorio, segun el derecho francés. En vano querria testar en Francia un prusiano ante un tribunal, porque el juez se declararia incompetente; ha sido, pues, necesario permitir al prusiano que haga su testamento ante el notario (3). Lo mismo sucede al francés en el extranjero. Lo que la necesidad ordena es tambien conforme á la razon. Las formas en las cuales deben ser celebrados los actos, son las que nosotros llamamos *instru-*

1 Título IV, art. 6: «la forma de los actos está arreglada por las leyes del lugar en el cual se hicieron ú otorgaban.»

2 Portalis, *Exposicion de los motivos*, sesion del 3 frimario, año X (Loché t. 1º, p. 235, núm. 4).

3 Savigny, *Tratado de derecho romano*, traducido por Guenoux, tomo VIII, p. 345.

mentales, y tienen por objeto garantizar la libre expresion de la voluntad de las partes que ejecutan el auto. Pues bien, es propio del legislador de cada país arreglar las formas que le parezcan más propias para este objeto; y esto depende del estado social y político: aquí el legislador tiene confianza en el testimonio de los hombres, allá se desconfia de él; aquí la ley prescribe tales condiciones para ser testigo, allá tales otras. Cuando se han observado las formas legales, es de presumirse que el acto será la libre expresion de la voluntad de las partes: desde entónces debe valer en donde quiera.

¿Por qué este principio formulado en el proyecto no fué admitido en el código? El Tribunado le hizo objeciones muy poco fundadas, debemos decirlo. Esta máxima, decia, jamás ha sido puesta en duda; pero la redaccion podria ser mejor. El texto del proyecto no hacia más que reproducir el adagio latino: *el lugar rige el acto*. Esta regla tiene sus excepciones; ó mejor dicho, hay formas á las cuales no se aplica. ¿Será válido, preguntaba el Tribunado, el matrimonio que un menor de edad fuera á contraer sin el permiso de sus padres en los países italianos regidos por el concilio de Trento? No, ciertamente, respondia Portalis, y por una razon muy sencilla, que es la de que el consentimiento no es una forma, sino una condicion del matrimonio; y no hay más que la forma en la cual se da el consentimiento, que esté regida por la ley del país donde se ha celebrado el matrimonio; y en cuanto á las condiciones que se requieren para su validez, tales como el consentimiento, pertenecen al estado de las personas y son regidas por la ley personal. La respuesta era decisiva. Esto no obstante, en el último proyecto sometido al cuerpo legislativo, el artículo fué retirado. ¿Quiere decir esto que el adagio no esté admitido en el derecho francés? El Tribunado mismo confiesa que era una máxima indisputable; y

el código la ha consignado en muchas disposiciones (artículos 47, 170, 999) (1).

81. Acabamos de resumir los principios establecidos por el Código civil sobre las leyes que rigen á los extranjeros. Están léjos de ser completos. ¿Cuál es la ley que rige el estado del extranjero y su capacidad? ¿Es la ley francesa ó la extranjera? El código no lo dice. ¿Cuál es la ley que rige los bienes muebles que el extranjero posee en Francia? El Código no da una respuesta directa á esta cuestion, procediendo de aquí una grande diversidad de opiniones entre los autores y en la jurisprudencia. No es solamente el silencio del Código el que da lugar á las controversias interminables. Y la incertidumbre es también grande cuando se trata de aplicar los principios puestos por el artículo 3º. Son principios tradicionales que el código tomó del derecho antiguo. En otro tiempo se llamaba *estatutos personales y reales* á lo que hoy se llama *leyes personales y reales*, y la distincion tuvo origen en la diversidad infinita de costumbres. Beaumanoir dice en el *Prólogo* de las antiguas costumbres de Beauvoisis: «las costumbres son tan diversas que no se podrian encontrar en el reino de Francia dos castellanías que enteramente tuvieran una misma costumbre». Lo mismo sucedia en todos los países regidos por el derecho no escrito. En Alemania la diversidad se extendia á todo cuanto puede imaginarse. En Breslau habia cinco leyes diferentes sobre el derecho de sucesion: y muchas veces el derecho variaba de una casa á otra; y, cosa prodigiosa! tal casa, situada en el limite de dos jurisdicciones, era regida por dos leyes diferentes (2). Estas costumbres locales regian á los vecinos y á los conciudadanos; ¿qué ley debía aplicarse á sus relaciones: el estatuto que regia á la persona por razon de su naci-

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ley*, § 6, núms. 7 y 8.

2 Savigny, *Tratado de derecho romano*, t. VIII, p. 23, nota C.

miento ó de su domicilio, ó el estatuto que regia los bienes por razon de su situacion? La respuesta á esta pregunta no fué siempre la misma en las diversas épocas del derecho. En el siglo XVIII, la distincion de los estatutos personales y reales habia alcanzado todo su auge. ¿Es decir, que habia una doctrina fija y cierta?

D'Aguesseau, el ilustre canciller, formuló la distincion de los estatutos en estos términos: «El verdadero principio en esta materia es que se debe distinguir si el estatuto tiene directamente los bienes por objeto, ó su aplicacion á ciertas personas, ó su conservacion en las familias, de manera que no sea el interés de la persona cuyos derechos ó disposiciones se examinan, sino el interés de otro cuya propiedad ó derecho real que haya dado motivo para hacer la ley, se trata de asegurar; ahora bien, si por el contrario, toda la atencion de la ley se ha fijado en la persona para decidir en lo general, acerca de su habilidad ó capacidad absoluta y general, como cuando se trata de menores ó mayores de edad, de padre ó de hijo legítimo ó ilegítimo, ó de hábil ó inhábil para contratar por causas personales. En el primer caso, el estatuto es real; y en el segundo, es personal (1).»

El principio parece claro y sencillo, y sin embargo en el derecho antiguo los jurisconsultos no estaban de acuerdo más que en un punto, la dificultad, mejor dicho, la imposibilidad contra la cual se estrellaban cuando querian aplicarla. Voet dice que las controversias sobre la realidad y la personalidad de los estatutos son casi insolubles (2). El Presidente Bouhier, talento muy preciso, declara: «que no hay cuestiones más intrincadas ni más espinosas (3).» El emba-

1 D'Aguesseau, *Pedimento* 54 (Obras, tomo IV, edicion en 4º, p. 639 y siguientes, 660).

2 «Intricatissimæ ac prope inexplicabiles controversiæ» Voet en las *Pandectas*, libro I, título IV, parte segunda, núm. 1.

3 Bouhier, *Observaciones sobre la costumbre del ducado de Borgoña*, cap. XXIII (Obras, t. 1º, p. 654).