

M. Demolombe admite el estatuto personal del extranjero, pero reconoce en el juez el derecho de aplicarlo ó no, nulificando ó sosteniendo los actos jurídicos celebrados por el extranjero, segun que lo exigiera el interés del francés con quien habia contratado. Sin embargo, agrega una restriccion y es la de que el francés no haya obrado con ligereza y con imprudencia. ¿Cuándo puede decirse que obró ligeramente? Nueva distincion, entre las obligaciones contraidas por ministracion de alimentos, alquileres de casa, y las ventas de inmuebles, ó préstamos; para las primeras, el juez no admitirá el estatuto personal, miéntras que lo admitirá muy fácilmente para las demás (1). ¿Quién no ve que esto es convertir al juez en legislador? Si la mayoría de edad forma un estatuto personal, esto es una ley, y ¿el juez puede modificar una ley segun las circunstancias de la causa? ¿Puede hoy declarar mayor á un extranjero, haciendo válidas las obligaciones que contrajo por alimentos, y mañana declararlo menor nulificando las ventas en que hubiera convenido? ¿No es un principio elemental en esta materia, que el estado de las personas no se divide? En rigor puede concebirse que el extranjero, menor conforme á la ley de su país, sea mayor en Francia: y las leyes pueden decidirlo así; pero ¿se concibe que bajo una sola y misma ley el extranjero sea unas veces mayor, y otras menor, segun el interés del francés con quien contrató? En vano se invoca el interés francés; porque á los que contratan, les toca velar por sus intereses; y cuando el legislador declara incapaz á una persona, le permite pedir la nulidad de los actos que

1 Demolombe, *Curso del código de Napo'lem*, tomo 1º, núm. 102. páginas 101 y 102. Un fallo de la corte de Bruselas, de 25 de Febrero de 1830, admitió este sistema para las obligaciones contraidas por una mujer extranjera (*Jurisprudencia del Siglo XIX*, 1830, 111, pág. 100). La corte de casacion de Francia consagró la misma doctrina para los menores por sentencia del 16 de Enero de 1861 (Dalloz, *Coleccion periódica*, 1861, 1, 193).

ha celebrado, aun cuando aquel con quien contrató hubiese ignorado la incapacidad: así es como se entiende la interdiccion del menor, porque la ley no pone más excepcion que la del caso de dolo (artículos 1307, 1310). Tal es tambien la única excepcion que se puede admitir en el estatuto personal; si el extranjero hubiese empleado maniobras fraudulentas para hacerse pasar como mayor, el juez aplicaria por analogia los artículos 1307 y 1310; y su decision tendria una base jurídica, miéntras que el sistema del interés conduce á la mayor arbitrariedad (1).

98. El estado del que sufre la interdiccion da lugar á una dificultad particular. Su estado y la incapacidad que le afecta, son el resultado de una sentencia; pues bien, los fallos dados por los tribunales extranjeros no producen efecto en Francia, sino cuando han sido ejecutoriados por un tribunal francés. ¿Debe aplicarse este principio á las sentencias que declaran la interdiccion de un extranjero? Los autores están de acuerdo en decir que los artículos 2126 del Código civil y el 546 del de procedimientos no son aplicables á la interdiccion, porque la causa de que los fallos extranjeros no sean ejecutorios en Francia, no concierne al estado de las personas. Lo que el legislador quiso prohibir es la ejecucion forzosa sobre la persona y bienes del deudor. En cuanto al estado, importa poco que proceda de una ley ó de una sentencia; porque desde que está establecido legalmente en el país á que pertenece la persona, forma un estatuto personal y sigue á la persona en todas partes donde ella reside (2).

Existen sentencias contrarias. La corte de París decidió

1 Esta es la opinion de M. Demangeat, *Del estatuto personal* (*Revista práctica de derecho francés*, tomo I, pág. 56.)

2 Merlin, en las palabras *Mayor edad*, § 5, y en las palabras *Cuestion de Estado*; Demangeat, en la *Revista práctica de derecho francés*, tomo I, pág. 53. Decidido así por la corte de Lieja en sentencia de 10 de Abril de 1867. (*Passierisic*, 1867, 11, 236,) para los fallos que declaran la separacion corporal.

que la interdicción declarada en el extranjero por un acto extrajudicial, y no homologado por los tribunales franceses, no hace incapaz al que sufre aquella de administrar los bienes que tiene en Francia ni de ocurrir á los tribunales (1). Esta decisión no puede justificarse bajo el punto de vista de los principios; pero debe confesarse que la opinión generalmente aceptada, tiene un inconveniente. ¿Cómo pueden conocer los franceses los actos judiciales ó extrajudiciales que en el extranjero declaran la interdicción de una persona? ¿Estarán pues ligados por actos que ignoran, y que no pueden conocer! El inconveniente es real; pero no puede sobreponerse á los principios. Únicamente demuestra la necesidad de tratados que arreglen la materia de los estatutos.

El inconveniente que señalamos no existe únicamente para los actos judiciales ó extrajudiciales, pues se ha objetado más de una vez, contra el estatuto personal, que las leyes extranjeras son desconocidas en Francia y que esto no obstante se aplican á los franceses que las ignoran, en virtud del estatuto personal de los extranjeros, con quienes tratan. ¿No es esto violar el principio fundamental de que las leyes no publicadas no son obligatorias? Se puede responder que no es como ley francesa, como los tribunales aplican el estatuto personal del extranjero, sino como ley extranjera, y que por lo mismo basta que haya sido publicada en el extranjero. Mas esta respuesta, justa conforme á la sutileza del derecho, no impide que, de hecho, las leyes extranjeras sean desconocidas en Francia. No hay más que un medio para remediar este inconveniente, y es el de consignar en los tratados los principios del derecho civil internacional. Los tratados prescribirían igualmente la publicidad de los actos judiciales ó extrajudiciales con-

1 Sentencia de 18 de Septiembre de 1833 (Daloz, en las palabras *Derechos civiles*, núm. 465.)

cernientes al estado de las personas. Esto es necesario, no solamente para los particulares, sino también para los jueces; porque ignoran frecuentemente las leyes extranjeras, ó no tienen de ellas más que un conocimiento incompleto, y publicados los tratados les servirían de leyes.

§ 3. Estatutos reales.

NUM. 1. DE LAS FORMAS INSTRUMENTALES.

99. Las formas instrumentales son un estatuto real, en el sentido de que es la ley del lugar donde los actos pasaron, la que debe observarse, no teniendo en cuenta, ni la nacionalidad de las partes ni la situación de los bienes. Este principio se aplica sin dificultad á los actos auténticos. El artículo 47 nos da de ello un ejemplo. Las actas del estado civil son actas auténticas. ¿En qué forma deben extenderse si son recibidas en país extranjero? Según las formas usadas en dicho país, responde el artículo, es decir que las actas así extendidas harán fé. El artículo 999 contiene una disposición análoga para los testamentos auténticos, que son válidos cuando han sido hechos según las formas prescritas por la ley del país donde se verificó el acto.

La aplicación del principio á los actos y á los contratos solemnes da lugar á una dificultad muy seria. Tales son las donaciones, los contratos de matrimonio, las hipotecas, y tales también los testamentos. Hablaremos primero de los contratos solemnes; y en cuanto á los testamentos están regidos por una disposición especial (artículo 999). Sabido es, que existe una gran diferencia entre las formas de los actos solemnes y las formas prescritas para los actos no solemnes. La escritura formada para comprobar una venta no sirve más que para la prueba: no es necesaria para la

validez de la venta ni mucho ménos para su existencia; miéntras que en la donacion la forma es una condicion requerida para que el contrato exista; y si las formas no se han observado, no hay donacion (artículo 1339): la solemnidad es por lo mismo la esencia del acto jurídico, en el sentido de que él no tiene existencia alguna ante la ley, si no ha sido escriturado en las formas que ella establece. Lo que el Código civil dice de las donaciones, debe decirse del contrato de matrimonio y del de hipoteca: pues la forma auténtica se requiere no solamente para la validez de esos contratos, sino para su existencia.

Supongamos que se hizo por un francés una donacion en un país extranjero, y que en dicho país, la ley permite hacer las donaciones en escrito firmado en papel simple; ¿el acto será válido, si se han observado esas formas? La cuestion se ha debatido, y hay alguna duda. Se decidió por la corte de París, que los contratos de matrimonio que contienen donaciones, eran válidos, aunque estuvieran extendidos y firmados en papel simple, porque la ley del lugar donde habian sido hechos admitia esta forma (1). Aparentemente la corte hizo una justa aplicacion del principio: *locus regit actum*. Los actos habian pasado en Munich y en Lóndres. Los que celebran convenios matrimoniales en Alemania ó en Inglaterra, se dirigen naturalmente á los prácticos del país en que habitan, ¿y éstos pueden observar otras formas diversas de aquellas que prescriben sus leyes y que únicamente conocen? Debe pues aplicarse el adagio que acabamos de citar y que en todas partes se ha adoptado. Tales, efectivamente, la opinion que se sigue en lo general (2).

Nos es imposible admitirla. Se pretende que no se trata

1 Sentencias, del 11 de Mayo de 1816, y del 22 de Noviembre de 1828 (Sirey, 1817, II, 10: 1829, II, 77.)

2 Demolombe, *Curso del Código de Napoleon*, tomo I, núm. 105.

más que de una forma extrínseca, y no de una forma intrínseca, concerniente al fondo. Nos parece que aquí está el error. Cuando las partes extienden una acta de venta, es evidente que la forma de la acta nada tiene de comun con el fondo, con el contrato; ¿pero sucede lo mismo en la donacion? No, ciertamente, puesto que segun los términos formales del artículo 1339, el vicio de forma trae consigo no solamente la nulidad de lo escrito, sino tambien la nulidad, y además la no existencia de la donacion. El vicio, hablando en verdad, no consiste en la forma, está en el consentimiento, lo que evidentemente concierne al fondo; porque en efecto, en los contratos solemnes el consentimiento no existe sino cuando está expresado en las formas exigidas por la ley; y cuando esas formas no han sido observadas, no hay consentimiento, y por consiguiente, no hay contrato. Inferimos de aquí que un contrato solemne, para el cual la ley francesa prescribe la autenticidad, no puede ser otorgado en el extranjero en papel simple firmado. ¿Es esto violar la máxima: *locus regit actum*? Ciertamente, porque para decidir de la validez del acto auténtico, otorgado en el extranjero, se aplicará la ley del lugar donde tuvo lugar el acto, y no la ley francesa. La autenticidad es de la esencia del acto; y la forma de la autenticidad es una condicion extrínseca.

Puesto que tenemos en contra nuestra la jurisprudencia y la doctrina, se nos permitirá invocar la autoridad de uno de nuestros antiguos, del presidente Bouhier, que hizo un estudio tan profundo de los estatutos. La costumbre de Borgoña permitia el uso de los testamentos ológrafos; pero con la condicion de que se pusieran dentro de una cubierta firmada por un notario y dos testigos. Supongamos, dice Bouhier, que un borgoñés se encuentra en París y que quiere hacer un testamento ológrafo. ¿Bastará con que observe la costumbre de París que no exige ningun sobre-

escrito? Responde que la cubierta es absolutamente necesaria, siendo la razón de esto que es una forma intrínseca, exigida para asegurar la fecha de los testamentos. ¿Se dice con esto que la cubierta extendida en París debe hacerse por un notario y dos testigos, como lo exige la costumbre de Borgoña? No, aquí la ley del lugar recobra su dominio. Todo lo que la costumbre quiere es que haya una cubierta auténtica, y en el ducado de Borgoña se seguirá la costumbre del lugar; así como en otras partes, la ley local; en París, por ejemplo, dos notarios podrán recibir la acta con cubierta, sin testigos; y el objeto de la costumbre de Borgoña se habrá llenado perfectamente (1).

Definitivamente, en los contratos solemnes, la forma relativa al consentimiento, es regida por la ley personal. Si esta ley exige la autenticidad, se necesita que en el extranjero se practique un acto auténtico, aun cuando la ley del lugar donde se otorga el acto, admitiera el escrito en papel simple firmado; pero en cuanto á las formas bajo las cuales debe ser admitido un acto para que sea auténtico, se aplicará el adagio: *locus regit actum*. Cuando la ley personal no exige la autenticidad, bastará con una acta firmada en papel simple. Si, pues, un inglés hiciera una donación, podría hacerla en papel simple firmado, y los tribunales franceses admitirían la validez de esta donación con tal que se hubiesen observado las formas prescritas para los escritos firmados en papel simple, según la ley del lugar donde pasó el acto.

Nuestra opinión se confirma por la ley hipotecaria belga. Ella admite, al contrario del Código de Napoleon, que los contratos verificados en el extranjero establezcan una hipoteca sobre los inmuebles situados en Bélgica; ¿pero

1 Bouhier, *Observaciones sobre la costumbre de Borgoña*, cap. XXVIII, núms. 15-17 (Obras, tomo 1º, p. 767).

estos contratos pueden ser admitidos en documento firmado en papel simple en los países que admitirían esta forma? No, el artículo 77 exige que se admitan en la forma auténtica prescrita por la ley del lugar donde está constituida la hipoteca. ¿Por qué? Porque la hipoteca es un contrato solemne, y lo mismo sucede con la hipoteca legal de la mujer casada. La ley de 16 de Diciembre de 1851, concede esta hipoteca á la mujer extranjera, lo mismo que á la mujer belga; ¿pero qué ley se seguirá para las condiciones de forma? La ley belga, para la condición de la autenticidad del contrato de matrimonio, contrato solemne; y la ley extranjera, para las formas del acto auténtico (artículo 2 adicional).

100. El testamento es un acto solemne; pero á diferencia de las donaciones y de las hipotecas, puede hacerse en papel simple firmado ó en documento auténtico. ¿En qué forma podrá testar el francés en el extranjero? El artículo 999 responde, que podrá testar en documento auténtico con las formas usadas en el lugar donde se verifica el acto. Esta es la aplicación del adagio *locus regit actum* (1). Podrá también testar por acta firmada en papel simple, dice el artículo 999, pero entonces debe seguir las formas prescritas por el código. Aquí la ley deroga al adagio; y se refiere al estatuto personal y no al real. Esto es tan cierto, que el testamento ológrafo, hecho por el francés en país extranjero sería válido, aun cuando las leyes de ese país no admitieran esta forma de testar. La razón por que la ley deroga al adagio, es muy sencilla: el lugar donde el testador escribe el testamento ológrafo es indiferente, porque es la obra de sólo el testador; y éste no debe ni aun indicar el

1 Por aplicación del artículo 999, la corte de Rouhen decidió que el testamento hecho en Inglaterra por un francés, en presencia de cuatro testigos, es válido. El recurso de casación fué desechado por sentencia de 6 de Febrero de 1843 (Daloz, 1841, 2, 40; 1843, 1, 208).

lugar donde lo escribe. Desde luego se concibe que la ley del lugar no se ha tomado en consideracion.

Se pregunta si un extranjero puede testar en Francia en la forma ológrafa, observando las formas prescritas por el artículo 970. La cuestion dividia ya á los autores antiguos y siempre ha sido controvertida. Para no complicarla haremos á un lado el derecho antiguo, pues los principios y nuestros textos bastan para decidirla. Es necesario ante todo, distinguir los diversos casos que pueden presentarse. Supongamos en primer lugar que el estatuto personal del extranjero prohíbe el testamento ológrafo. Una holandesa habia hecho un testamento ológrafo en Francia. Se le atacó, fundándose en el código de los Países-Bajos, que dice: (artículo 992): «Un Nirlandés en *pais extranjero* no podrá hacer su testamento sino por documento auténtico y observando las formas usadas en el país donde haya de otorgarse aquel. Esto no obstante podrá tambien disponer por manifestacion escrita por su mano de la manera señalada por el artículo 982.» Este artículo permite el testamento ológrafo, pero únicamente para las disposiciones concernientes á la ejecucion testamentaria, los funerales, los legados de vestidos, de ropa blanca para el uso del cuerpo, de aderezos ó de ciertos muebles. La corte de Orleans declaró válido el testamento por aplicacion de la máxima *locus regit actum* (1): la sentencia fué dada contra las conclusiones del ministerio público. Creemos que en esto se hizo una falsa aplicacion del adagio. Antes de decidir sobre la forma en que debe extenderse el testamento ológrafo, debe verse si el testador puede hacer un testamento semejante. Cuando su estatuto personal se lo prohíbe, la autenticidad se convierte en una condicion esencial para la validez del testamento, en el sentido de que no es permitido al testador manifestar su voluntad

1 Sentencia de 3 de Agosto de 1859 (Daloz, 1859, 2, 159).

en otra forma. De allí se sigue que la forma auténtica es, en ese caso, una condicion intrínseca, como lo es para los contratos llamados *solemnes*. A nuestro juicio, la donacion no puede hacerse al extranjero, por un documento firmado en papel simple. Es necesario decir otro tanto del testamento, conforme á la legislacion holandesa. Esto no es una violacion de la máxima *locus regit actum*, pues el adagio no se aplica más que á las formas *instrumentales*.

La cuestion es enteramente distiuta cuando el estatuto personal no exige la autenticidad para la validez de las disposiciones testamentarias, y así sucede en la legislacion inglesa que no admite nuestro testamento ológrafo, pero no prescribe la autenticidad, como condicion de validez, tal cual lo hace el código holandés. Por consiguiente estamos de nuevo bajo la máxima que declara válidos, en cuanto á su forma, los actos practicados conforme á las leyes del país donde tuvieron lugar. Puede por lo mismo un inglés testar en Francia en la forma ológrafa, y la corte de París lo ha decidido así (1).

Con mucha más razon puede el extranjero hacer un testamento ológrafo en Francia, si su estatuto personal admite esta manera de testar, aunque prescribiendo formas que difieran de las establecidas por el Código de Napoleon. Viene entonces la cuestion de si el extranjero debe seguir las formas de la ley francesa. La dificultad es esta: ¿el adagio *locus regit actum* concede una simple facultad, ó impone una obligacion? En principio, ese texto es todo á la vez facultativo y obligatorio, en el sentido de que el extranjero puede seguir la ley del lugar donde testa, pero tambien lo debe. Merlin dice que no tiene la eleccion entre las formas de su país y las del lugar donde se encuentra. Esto es evidente en lo que toca al testamento auténtico; pero ¿debe decirse otro tanto del testamento ológrafo, puesto que él es tam-

1 Sentencia de 25 de Agosto de 1847 (Daloz, 1847, 2, 273).

bien un acto solemne, en el sentido de que las formalidades del artículo 970 deben observarse bajo pena de nulidad? (artículo 1001). Es cierto que no interviene el oficial público en el testamento ológrafo; pero hay otra consideración que nos parece decisiva, y es la de que el testamento debe hacer fé en todos los países donde el testador tiene bienes; y las leyes de esos diversos países siendo diferentes, no es posible que el testador llene formas opuestas; ha sido, pues, necesario fijarse en una sola, y la del lugar donde se verifique el acto, pareció la más conveniente; es á ella, por consecuencia, á la que es preciso atenerse de preferencia á cualquiera otra (1).

En principio, esta doctrina es incontestable; ¿pero no es necesario admitir una excepcion, con fundamento del artículo 999? Si, conforme al estatuto personal del extranjero, el testamento ológrafo puede y debe hacerse por solo el testador, ¿por qué no se le permitiera testar en Francia segun las leyes de su país, así como el código permite al francés testar en el extranjero en la forma ológrafa prescrita por la ley francesa? Hay el mismo motivo para decidir, dónde debe haber la misma decision. Esto supone que el estatuto personal no es contrario; y si ordenaba la intervencion de un oficial público, como lo hacia la costumbre de Borgoña, el acto no seria ya un simple escrito firmado en papel simple, sino que participaria del carácter auténtico, y por consiguiente la ley del lugar recobraría su autoridad.

101. ¿El principio de que la ley del lugar determina las formalidades del acto, se aplica á los escritos firmados en papel simple? Esta cuestion tiene dos fases. Se pregunta

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Testamento*, sec. II, § 4, art. 2. La corte de casacion falló que un testamento ológrafo hecho en Francia por un extranjero es nulo, si no reúne todas las condiciones de forma prescritas por el Código de Napoleon (Sentencia del 9 de Marzo de 1853, en Dalloz, 1853, 1, 217).

en primer lugar si el escrito es válido cuando ha sido hecho conforme á las costumbres usadas en el país donde se extendió. Un extranjero practica en Francia un acto firmado en papel simple con las formas prescritas por los artículos 1325 y 1326: ¿este escrito es válido, suponiendo que el estatuto personal ó el estatuto real prescriban otras formas? Debe responderse afirmativamente. El adagio es general y se aplica á los actos firmados en papel simple tanto como á los actos auténticos. Sin embargo, existe un motivo de duda. El adagio se funda sobre todo en la necesidad, es decir, en la imposibilidad en que se encuentra el extranjero de seguir otras formas que las del lugar donde se halla, debiendo intervenir en el acto un oficial público, cuyo oficial está obligado á ejecutar las leyes de su país. Ahora bien, en las actas firmadas en papel simple no interviene oficial público; y en rigor podrian hacerse conforme al estatuto personal, ó conforme al estatuto real. A pesar de esta razon de duda, debe preferirse el estatuto local, porque siempre hay un motivo determinante para aplicarlo. Los que extienden un escrito firmado en papel simple en el extranjero, no conocen el uso de otras formas, que las del lugar donde residen; y muy frecuentemente no son las mismas partes contratantes quienes las cumplen, sino los agentes de negocios, ó los notarios, ó los abogados, que siguen siempre el formulario tradicional y local. En este sentido, si no hay necesidad absoluta, si hay al ménos grande utilidad en aplicar el adagio *locus regit actum*.

Es otra la cuestion de si las partes interesadas deben conformarse necesariamente á la ley del lugar donde extienden el acta firmada en papel simple; y no pueden seguir la ley del país á que pertenecen? El código decidió la dificultad respecto del testamento ológrafo, permitiendo al francés que testara en esta forma en el extranjero segun la ley francesa. Creemos que debe aplicarse por analogía