

el artículo 999 á los escritos que comprueban convenios unilaterales ó bilaterales. Hay más que analogía, pues hay un argumento *á fortiori*. Efectivamente, el testamento es un acto solemne; las formas en él son sustanciales; y si el legislador permite á los franceses testar conforme á la ley francesa cuando se encuentran en país extranjero, con más fuerte razon debe permitirles seguir la ley francesa, cuando se trata simplemente de procurarse una prueba literal de sus contratos.

¿Podria tambien el extranjero prevalerse de la disposicion del artículo 999? Esto es más dudoso, puesto que el código de Napoleon no es su ley personal. Sin embargo, creemos que en Francia podrá hacer actas firmadas en papel simple en la forma de su estatuto personal, y efectivamente, el lugar es cosa indiferente en esos actos, porque se juzgan extendidas en el país á que pertenece el extranjero; y desde luego deben ser válidas si están redactadas conforme á la ley de ese país. La cuestion se hace más difícil, si un extranjero practicase un acto en el extranjero, en las formas de la ley francesa; pues se supone naturalmente que el acta está destinada á ser presentada en Francia. Hay una sentencia de la corte de casacion por la afirmativa. Un extranjero da en Nueva York un poder firmado en papel simple á efecto de hipotecar bienes situados en Francia: el poder es válido conforme á la ley francesa, mientras que es nulo conforme á la ley americana que exige un acto auténtico. La corte declaró válida la hipoteca (1). Existe aquí una duda. No se puede invocar ya el artículo 999, puesto que este aplica el estatuto personal; y se deroga por lo mismo la ley del lugar por la sola razon de que el acta está destinada á ser presentada en Francia. ¿No seria necesario para eso, ó una ley ó un tratado?

1 Sentencia de 5 de Julio de 1827 (Dalloz, en la palabra *Ley*, número 430).

102. Además de las formas instrumentales, hay las formalidades que los autores llaman *habilitantes*, y son aquellas que hacen capaces para practicar ciertos actos á las personas que por estado son incapaces. Tal es la autorizacion marital, necesaria para que una mujer pueda contratar ó comparecer en juicio; y tales son tambien la autorizacion del consejo de familia y la homologacion del tribunal, requeridas para que el tutor pueda enajenar los inmuebles de su pupilo. ¿Esas formalidades dependen de la ley del lugar? Es evidente que no, y hasta es impropio que se califique de *forma* la autorizacion; porque es una condicion prescrita para la validez de los actos concernientes á los incapaces. Por consiguiente ya no se trata de formas á las cuales se aplica el adagio *locus regit actum*, pues la autorizacion del marido tiene por objeto, no asegurar la libre expresion del consentimiento de la mujer, sino cubrir su incapacidad, siendo por lo mismo una consecuencia del estatuto personal. La mujer francesa que contrata en el extranjero deberá estar autorizada conforme á la ley francesa, y la falta de autorizacion haria nulo el contrato (1).

Hay otras formalidades que son del estatuto real. Nuestra ley hipotecaria quiere que las actas traslativas de derechos reales inmobiliarios sean transcritas. Si el propietario de inmuebles situados en Bélgica los vende al extranjero en un país donde la transcripcion no se requiere, ¿el comprador, belga ó extranjero, debe sin embargo transcribir el acta de venta, conforme á la ley de 16 de Diciembre de 1851? La afirmativa no tiene duda. Conforme á la doctrina tradicional de los estatutos, es cierto que la transcripcion forma un estatuto real, y que nada tiene de comun con la ley del lugar donde se otorga el acto. Ni aun necesidad hay de invocar el principio de los estatutos para decidirlo así. La transcrip-

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ley*, § 6, núm. 7; Dalloz, en la palabra *Leyes*, núms. 427 y 440.

cion está prescrita en interés de los terceros y por un interés general. Ahora bien, las leyes que se han hecho por un interés general obligan necesariamente á todos los que poseen bienes en el país para el cual se han hecho; tanto para los extranjeros como para los indígenas; y es como propietarios como deben transcribir los compradores, y no como belgas, lo que decide la cuestion.

103. Hay formalidades que los autores llaman *intrínsecas* ó *viscerales*, y son estas las que constituyen la esencia del acto, que le dan el ser y sin las cuales no puede existir. Tal es el consentimiento de las partes. Impropiamente se da el nombre de *formalidad* al consentimiento, pues no debe manifestarse por escrito ni aun de palabra; desde luego nada hay que se parezca á una formalidad. El consentimiento se requiere para la validez y aun para la existencia de los convenios; porque sin consentimiento no hay contrato. Lo mismo sucede con todas las formalidades que se llaman *intrínsecas*; y así en materia de venta, la *cosa* y el *precio* se requieren para que haya venta. Se pregunta ¿cuál es la ley que rige esas condiciones esenciales de los convenios?

Se responde, por costumbre, que esas formalidades dependen de la ley del lugar donde se hace el contrato; y se invoca la regla de que todo lo que es de uso en los países donde se contrata, se presume tácitamente convenido por las partes. El Código civil parece sancionar esta doctrina diciendo en el artículo 1159: «Lo que es ambiguo se interpreta por lo que es de uso en el país donde el contrato ha tenido lugar.» Creemos que el principio debe ser formulado de otra manera. ¿Por qué quiere el legislador que se consulten los usos del país donde se celebra el contrato, para interpretarlo? Porque supone que las partes conocen esos usos y que se han referido á ellos. La suposicion es una verdad evidente, cuando las partes pertenecen al país donde contra-

tan; pues deben conocer entónces las leyes y los usos bajo cuyo dominio viven. Lo mismo sucede tambien con los extranjeros que allí están domiciliados, es decir, que tienen allí su principal establecimiento. Esto supone, en efecto, una residencia más ó ménos larga, y por consiguiente el conocimiento de las leyes y de los usos. El extranjero domiciliado en Francia conocerá mejor las leyes francesas que las de su país. Hay, segun el código de Napoleon, una especie de presuncion legal para decidirlo así, y es que el extranjero domiciliado goza en Francia de todos los derechos civiles, y teniendo el goce de los derechos conferidos por las leyes francesas, puede y debe suponerse que las conoce y que se ha sometido á ellas en todo lo concerniente á las relaciones de interés privado; ¿pero puede decirse lo mismo del extranjero simplemente residente ó pasajero? No, por cierto; y no puede suponérsele la intencion de seguir las leyes que ignora. Conforme á esto, seria necesario decir que es el estatuto personal el que, en principio, arregla las condiciones requeridas para la validez ó para la existencia de los convenios, á ménos que el domicilio no coincida con la nacionalidad; y en este caso la ley seria la del domicilio.

104. Conforme á los mismos principios, nos parece, debe decidirse la cuestion sobre cuál es la ley que arregla los efectos de los contratos. Los contratantes, se dice, se consideran sometidos á las leyes del país donde tratan, y este principio se aplica á los extranjeros y á los indígenas. Qué importa, dice Merlin, que las partes sean extranjeras; la necesidad obliga á sujetarse á la ley del país donde se contrata; y efectivamente, ¿qué ley se seguiria si los contratantes pertenecieran á diferentes países? Se ha fallado, en ese sentido, que debe apreciarse conforme á las leyes francesas un contrato de sociedad celebrado en Francia, aun cuando ese contrato haya sido ejecutado en país extran-

jero. También se ha decidido que es la ley del país donde se forma el contrato de préstamo, y no la del país donde el prestamista está domiciliado, la que determina la tasa del interés (1)

No admitimos esas decisiones sino con reservas. Los efectos de los contratos dependen ante todo, de la intención de las partes contratantes; ¿y qué ley se juzga que deben seguir? Evidentemente la ley que conocen. Si pues el contrato ocurriera entre dos extranjeros no domiciliados en Francia, no sería la ley francesa, sino la ley extranjera la que debiera consultarse para apreciar la intención de los contratantes, é ignorando la ley del país en que se encuentran, no pueden tener voluntad de referirse á ella. Si las partes pertenecen á países diferentes, se puede decir con Merlin que no habrá más razón para consultar la una que para consultar la otra, y que por lo mismo hay necesidad de estarse á la ley del lugar donde se verificó el acto (2).

La cuestión admite todavía otra solución. ¿No es la ley del lugar donde el contrato debe ejecutarse la que arregla los efectos? Una ley romana parece decidirlo así: el jurisconsulto Juliano dice que cada uno se considera que ha contratado, allí donde está obligado á pagar (3). La corte de Bruselas invocó esta ley para fallar que un contrato celebrado en Inglaterra debía interpretarse conforme á las leyes belgas, porque debía ejecutarse en Bélgica; el acto había tenido lugar en Inglaterra entre un inglés y un belga. En los motivos de la sentencia se lee que, el principio estableci-

1 Véanse las sentencias en Dalloz, en la palabra *Leyes*, núm. 441. Una sentencia de la corte de casación de 23 de Febrero de 1864 (Dalloz, *Colección periódica*, 1864, 1, 168), decide de una manera absoluta que los contratos se rigen por la ley del lugar donde se han celebrado, en cuanto á la forma, á las condiciones fundamentales, y al modo de prueba.

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ley*, § 6, núm. 2.

3 L. 21, D. *De obligat. et action.* XLIV, 7.

do por la ley romana se ha seguido siempre en Bélgica, y que es conforme á la razón y á la equidad (1). Un gran jurisconsulto se decidió en favor de esta opinión. Savigny pregunta cuál es el verdadero asiento de la obligación: ¿es el lugar donde tuvo origen, ó el lugar donde se cumple? Responde que el lugar donde una obligación se forma es un hecho accidental, pasajero, y extraño á la esencia de aquella. ¿Qué es lo que constituye la esencia de la obligación? Mientras que no se cumple, es incierta y depende del libre arbitrio del deudor; su cumplimiento es lo que la hace cierta, y en su ejecución es en lo que debe fijarse la atención de las partes contratantes; y por tanto el lugar donde se ejecute la obligación será el que determine la ley conforme á la cual las partes han creído contratar (2).

No es sino con vacilación como nos atrevemos á combatir una doctrina que tiene en su favor la autoridad de un nombre tan grande. Nos parece que Savigny propone la cuestión de una manera muy abstracta, al preguntar cuál es el asiento de la obligación. Hablando en verdad, la obligación no tiene asiento, puesto que es un vínculo de derecho; ¿qué efectos debe producir este vínculo? Los efectos están determinados por la voluntad de las partes contratantes, puesto que su voluntad es la que constituye su ley. Por lo mismo todo depende de la voluntad de las partes, y si han manifestado su intención, está dicho todo. Si no la han expresado, debe verse cuál es su intención probable; pues bien, es probable ciertamente que las partes quisieron arreglar los efectos de sus convenios por la ley bajo el dominio de la cual viven. Esta probabilidad se convierte en certidumbre cuando ambas partes pertenecen

1 Sentencia de 24 de Febrero de 1849 (*Passicrisie*, 1849, 11, 107.)

2 Savigny, *Tratado de derecho romano*, traducido por Guenoux, tomo VIII, § 370, pág. 205 y siguientes.

á la misma nacion; el acreedor y el deudor son franceses, la obligacion debe cumplirse en Inglaterra; ¿cuál es la ley que las partes conocen? Es la ley francesa, á la que se refieren, y no á la inglesa que comunmente ignoran. Suponemos que están domiciliados en Francia; pero si ambos tenian su domicilio en Inglaterra, será la ley inglesa la que arreglará los efectos de la obligacion, no porque el contrato deba ejecutarse en Inglaterra, sino porque establecidos allí, se juzga que conocen la ley inglesa mejor que la francesa.

¿Pero qué debe decidirse si una de las partes es inglesa y la otra francesa? Se supone que el contrato debe ejecutarse en Francia, aun cuando haya sido celebrado en Inglaterra. Entónces es más difícil penetrar la intencion, puesto que puede ser diversa en ambas partes. No se puede decir que es la ley inglesa más bien que la francesa, puesto que es igual la posicion de las dos partes, y no hay razon para decidirse más bien por el deudor que por el acreedor. Hay que escoger entre el lugar donde se formó el contrato y aquel donde debe cumplirse. En la duda, decidiriamos que las partes tuvieron presente la ley del lugar donde contrataron, y como la intencion es dudosa, es necesario ver dónde está el asiento de la obligacion; ahora bien, está allí donde se formó, y en el que adquirió la certidumbre de que habla Savigny; y desde el momento en que intervino el consentimiento, nada hay ya de incierto. Esto es tan verdadero en derecho francés, que la propiedad se trasmite por solo el concurso de las voluntades, y es el lugar donde todo se consuma, el que tambien debe determinar el derecho conforme al cual se arreglan los efectos del contrato.

Queda todavía una duda por la que no puede ser destruida la ciencia, puesto que la cuestion es y será siempre controvertible; y ni aun puede serlo por la leyes, porque las

del lugar donde se celebró el contrato, y las del lugar donde se ejecuta podrán ser contrarias. No hay más que un medio para resolver la dificultad y prevenir los pleitos, y es el de celebrar tratados que arreglen los principios del derecho internacional privado.

NUM. 2 LEYES DE POLICIA.

105. Las leyes de policia y de seguridad son leyes reales, porque segun los términos del artículo 3 del código obligan á todos los que habitan el territorio. No podrá haber la menor duda sobre el principio; porque se deriva del derecho y deber que tienen las naciones de conservarse; pero la aplicacion ha dado lugar á dificultades. ¿Qué debe entenderse por leyes de policia y de seguridad? Es cierto que la palabra *leyes* debe tomarse en su más amplia acepcion, y que comprende no solo los actos del poder legislativo, sino tambien los reglamentos municipales, pues estos tienen fuerza de ley para los habitantes del municipio y pueden semejarse á las leyes. Es cierto tambien que por leyes de policia y de seguridad el legislador quiso designar todas aquellas que tienen por objeto conservar el orden social. De allí se infiere que no es necesario limitar el principio á las leyes penales; pues existe una policia preventiva, cuyo objeto es impedir los delitos, y pertenece ciertamente al orden público. La jurisprudencia francesa dió mayor extension al principio del artículo 3; y vamos á trasladar las decisiones agregando á ellas nuestras reservas.

106. La ley de 26 germinal, año XI, prohibió toda demanda de nulidad de los divorcios declarados ántes de la publicacion del Código civil. Sabido es que el divorcio fué introducido en Francia por la legislacion revolucionaria; y que

las leyes que lo organizaron tenían un carácter político, particularmente las que admitían el divorcio por causa de emigración ó de ausencia; y lo permitían con sólo la prueba de ausencia ó de emigración, sin más formalidad, ni más prueba. El Código civil redujo la facultad de divorciarse á límites mucho más estrechos. Por el temor de que las leyes revolucionarias diesen lugar á pleitos sin fin, creyó de su deber el legislador prohibir toda demanda de nulidad de divorcios declarados anteriormente. Merlin explica muy bien el carácter político de la ley de 26 germinal: «El legislador, dice, debió considerar que el espíritu de partido se fija siempre en esos negocios que le suministran materia constante para las declamaciones virulentas contra las leyes de 1792 y del año III, y todavía más contra la Revolución, sin la cual indudablemente esas leyes jamás habrían existido; pero sin las cuales también estaríamos todavía bajo el yugo de la feudalidad y de todos los horrores que ella traía consigo.» Teniendo por objeto la ley del año XI proscribir las acciones que propendían á perpetuar agitaciones y recuerdos que era necesario extinguir, se la debe considerar como una ley de policía general, que puso bajo su dominio á todos los que habitan el territorio. La corte de casación adoptó este sistema en el famoso negocio Mac-Mahon (1).

¿No es esto traspasar los límites del artículo 3? ¿Puede decirse que una ley relativa al divorcio concierne á la policía y á la seguridad? ¿La cuestión del divorcio no es, antes de todo, del dominio de las leyes personales? ¿No era, pues, la ley extranjera la que debía aplicarse, puesto que las partes interesadas eran extranjeras? Que el legislador vigile para que los franceses no lleguen á atacar las leyes revolucionarias y la Revolución misma ante los tribunales fran-

1 Sentencia del 22 de Marzo de 1806 y la requisitoria de Merlin, en su *Repertorio*, en la palabra *Divorcio*, sec. IV, § 10.

ceses, se concibe; pero que la seguridad de la Francia y su tranquilidad se comprometieran, si un extranjero pedía la nulidad de un divorcio, es cuestión, por lo ménos, dudosa.

107. Existen otras decisiones que nos parecen abiertamente contrarias á los principios (1). Un extranjero pide la separación corporal contra su conyuge extranjero. El tribunal se declaró incompetente, pero autoriza á la mujer para abandonar el domicilio conyugal, á fin de proveer á la seguridad personal del esposo más débil. Se sostiene el matrimonio, y por consiguiente, la potestad marital, y se destroza esa misma potestad. ¿No habría sido más lógico y más humano declararse competente y decretar la separación corporal? ¿La cualidad de extranjero puede llegar al extremo de una denegación de justicia? ¿En virtud de qué ley autoriza el tribunal á la mujer para abandonar á su marido? ¿Es en virtud del artículo 3? ¿Pero ese mismo artículo 3 no consagra la potestad del marido, reconociendo implícitamente el estatuto personal del extranjero? ¿El tribunal rehusa declarar la separación corporal entre dos esposos extranjeros, y al mismo tiempo la decreta de hecho, permitiendo á la mujer que viva separada!

También se ha decidido por la corte de París que el marido extranjero podía ser obligado á dar alimentos á su mujer, por interés del orden público. ¿Por qué, en lugar de invocar el orden público, la corte no invocó el matrimonio y las obligaciones que de él nacen? porque siempre los tribunales franceses se declaran incompetentes entre extranjeros, pero no se atreven á llevar hasta el extremo esta doctrina, porque de ello resultaría una injusticia que clamaria al cielo; y hacen por lo mismo, indirectamente,

1 Esas decisiones están trasladadas por Demolombe, *Curso del Código de Napoleon*, tomo 1º, núm. 70.

en nombre del orden público, lo que no creen poder hacer directamente. Volveremos á tratar esta cuestion de competencia, y por ahora basta hacer notar que el artículo 3 no justifica la decision que criticamos. La seguridad de la Francia ni su tranquilidad son causa para que un marido extranjero no suministre alimentos á su mujer; porque se trata de intereses puramente privados; pero esos intereses no por eso son ménos sagrados, y deben encontrar proteccion en la justicia humana.

NUM. 3. LEYES CONCERNIENTES A LOS INMUEBLES.

108. «Los inmuebles, dice el artículo 3, aun los poseídos por extranjeros, están regidos por la ley francesa.» Este es el estatuto real por excelencia. ¿Debe aplicarse á las sucesiones? Cuando es llamado un extranjero á recoger, por título de herencia, los inmuebles situados en Francia, ¿la sucesion se arregla por la ley francesa? Hay que decidir una cuestion preliminar. Antes de indagar por qué ley está regido el derecho del extranjero, es necesario ver si existe un derecho. El Código civil no lo reconocia sino á título de reciprocidad (artículos 726, 912). En principio, pues, el extranjero no gozaba del derecho hereditario; pero las leyes posteriores al código se lo han concedido, la del 14 de Julio de 1819, en Francia, y la del 27 de Abril de 1865, en Bélgica. Resta ver si el derecho hereditario del extranjero se rige por el estatuto real ó por el estatuto personal. Los jurisconsultos franceses se han decidido siempre por la aplicacion del estatuto real. «En materia de sucesion, dice Boullenois, es la ley de la situacion de los bienes la que debe seguirse para determinar los que deben suceder, á qué bienes y en qué porcio-

nes (1).» Merlin, despues de haber copiado el artículo 3, dice que de allí resulta *sin dificultad*, que los inmuebles que el extranjero posee en Francia, serán regidos en su sucesion *ab intestato*, no por la ley de su país, sino por la ley francesa, y que no puede disponer de ellos, como los franceses, á título gratuito, con perjuicio de sus hijos ó de sus ascendientes, sino hasta la concurrencia de la cuota determinada por los artículos 913 y 915 del Código civil (2). Esta opinion es adoptada por todos los autores franceses y está consagrada por la jurisprudencia. Se ha sentenciado por la corte de casacion, que la trasmision de los bienes por via de sucesion se rige exclusivamente por el derecho civil de cada pueblo, siguiendo la situacion de los bienes, y se ha fallado por la misma corte que la disposicion del testamento de un extranjero, aunque exceda la cuota disponible conforme á las leyes de su país, es válida en Francia, relativamente á los inmuebles que allí están situados, si la liberalidad no excede de lo disponible fijado por la ley francesa (3).

La opinion consagrada por la doctrina y la jurisprudencia se funda en la distincion de los estatutos. ¿Qué es lo que la ley toma en consideracion al tratar de las sucesiones? dice M. Demolombe. El objeto inmediato y esencial del legislador son los bienes y su trasmision, cuyo estatuto es real. Lo mismo sucede con las leyes que arreglan la reserva y

¹ Boullenois, *Tratado de la personalidad y de la realidad de las leyes*, tomo 2o, p. 383.

² Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ley*, § 6, núm. 2.

³ Sentencia de 24 de Junio de 1839 (Daloz, en la palabra *Tratado*, núm. 156); fallo de 19 de Abril de 1841 (Daloz, en la palabra *Leyes*, núm. 417); Sentencia de 4 de Marzo de 1858 (Daloz, *Coleccion periódica*, 1857, 1, 102). Por aplicacion de este principio, la corte de casacion decidió que los tribunales franceses eran los únicos competentes para conocer de una accion de reduccion de liberalidades hechas por un extranjero, cuando las liberalidades tienen por objeto los inmuebles situados en Francia. (Sentencia de 22 de Marzo de 1865, en Daloz, 1865, 1, 167).