

14.326
R. 17.658

3
4

EL

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Y EL

CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

POR

VICTOR M. MOLINA

(ABOGADO)



CORRES CANPOS

BUENOS AIRES

Imprenta de M. BIEDMA, Belgrano 133 á 139

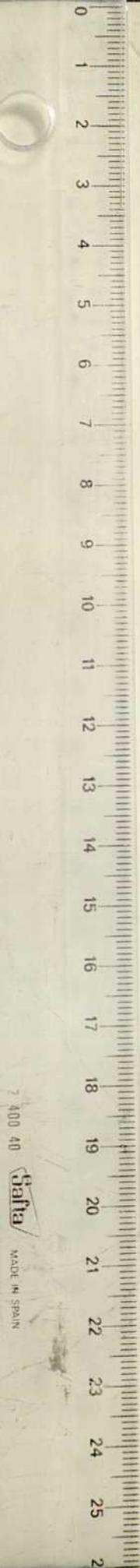
1882

BIBLIOTECA HOSPITAL PEAL
GRANADA

Sala: C

Estante: 001

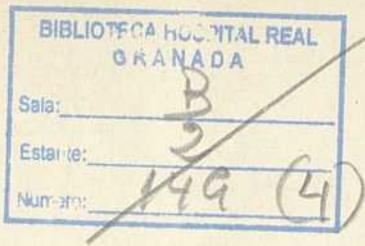
Numero: 050 (3)



7 400 40

Delta

MADE IN SPAIN



INDICE

CAPITULO I

(Página 9 á 38)

	§	§
Existencia del derecho I. Privado, pág.....	1	
Definicion, nombres, relaciones con el derecho público.....	2	
Aplicacion de las leyes estrangeras, fundamentos, teorías y escepciones	3	
Problema directo de la ciencia; colisiones en el interior de un mismo pais	4	
Sistemas de los escritores.....	5	
Sistema aceptado.....	6	

CAPITULO II

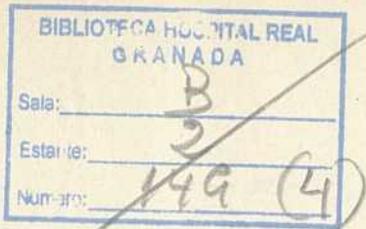
Personas: Estado y capacidad

(Página 39 á 66)

Observaciones generales....	7
Debe regirse por una ley única....	8

BIBLIOTECA HOSPITAL PEAL
GRANADA

Sala: C
Estante: 001
Numero: 050 (3)



INDICE

CAPITULO I

(Página 9 á 38)

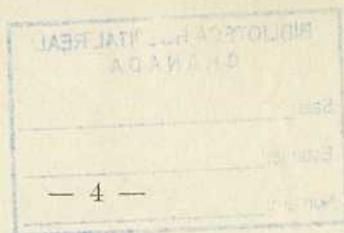
	§ §
Existencia del derecho I. Privado, pág.....	1
Definición, nombres, relaciones con el derecho público.....	2
Aplicación de las leyes extranjeras, fundamentos, teorías y excepciones.....	3
Problema directo de la ciencia; colisiones en el interior de un mismo país.....	4
Sistemas de los escritores.....	5
Sistema aceptado.....	6

CAPITULO II

Personas: Estado y capacidad

(Página 39 á 66)

Observaciones generales.....	7
Debe regirse por una ley única.....	8



	§	§
Cual es esta ley, escuelas.....		9
Principio adoptado por el Código Argentino.....		10
Objeciones á la lex domicilii.....		11
Cambios de domicilio.....		12
Capacidad de derecho.....		13
Legislaciones extranjeras; respuesta á una objecion.....		14
Ausencia, observaciones.....		51
Ley que la rige.....		16
Personas jurídicas, observaciones.....		17
Personas de existencia necesaria.....		18
Personas de existencia voluntaria.....		19
Autorizacion.....		20
Cuestiones diversas.....		21
Leyes extranjeras.....		22

CAPITULO III

Personas—Matrimonio

(Página 67 á 94)

Observaciones.....	23
Celebracion.....	24
Validez intrínseca, sus condiciones.....	25
Efectos respecto de las personas.....	26
Efectos sobre los bienes.....	27
Artículo 3 ^o , Título «Del matrimonio».....	28
Cuestiones y conflictos.....	29
Divorcio; sus clases.....	30
Ley que lo rige; opiniones.....	31
Cuestiones y conflictos.....	32
Separacion personal.....	33
Legislacion extranjera.....	34

CAPITULO IV

Personas — Paternidad y filiacion

(Página 95 á 114)

	§	§
Observaciones.....		35
Hijos legítimos.....		36
Hijos legitimados.....		37
Hijos ilegítimos.....		38
Adopcion.....		39
Legislaciones extranjeras.....		40

CAPITULO V

Personas—Patria, potestad y tutela

(Página 115 á 129)

Observaciones.....	41
Efectos sobre las personas..	42
Efectos sobre los bienes.....	43
Tutela; observaciones.....	44
Ley que la rige.....	45
Administracion de la tutela.....	46
Curatela.....	47
Capacidad é interdiccion.....	48
Minoridad.....	49
Interdiccion.....	50
Dependencia.....	51
Prohibicion legal.....	52
Leyes penales.....	53

CAPITULO VI

Bienes

(Página 131 á 156)

	§	§
Observaciones.....		54
La <i>lex rei sitæ</i> —su estension segun la doctrina de los estatutos—El feudalismo.....		55
Modificaciones introducidas por los escritores modernos—Exámen de la opinion de Chassat.....		56
Bienes inmuebles.....		57
Bienes muebles.....		58
Doctrina del Código, arts. 10 y 11.....		59
Posesion, generalidades. Ley que rige las acciones posesorias.....		60
Propiedad, restricciones y límites del dominio—ley que rige—acciones protectoras de la propiedad—medios de adquirir.....		61
Prescripcion adquisitiva.....		62
Servidumbres.....		63
Enfiteusis—Superficie.....		64
Prenda, hipoteca y anticresis.....		65
Legislaciones estrangeras.....		66
Opinion del Congreso de Juristas de Lima.....		67

CAPITULO VII

Actos

(Página 157 á 171)

Observaciones generales.....	68
Artículo 12—Título preliminar.....	69

	§	§
Fundamento del principio <i>Locus regit actum</i> ...	70	
Formalidades estrictas é intrínsecas-crítica.....	71	
Actos por instrumento privado..... .. .	72	
Necesidad de probar el lugar en que han pasado..	73	
Actos <i>in fraudem legis</i>	74	
¿ La regla <i>locus regit actum</i> es absoluta?.....	75	
Legislaciones extranjeras.....	76	

CAPITULO VIII

Contratos y obligaciones

(Página 173 á 190)

Disposiciones legales.....	77
Fundamento del artículo 69—La voluntad de las partes determina la competencia de cada ley..	78
Contratos celebrados por cartas—Disidencia entre los Códigos Civil y de Comercio—Ella existe igualmente en la Doctrina.....	79
Contrato por mandatario.....	80
Arts. 73 y 74	81
Opinion de Fiore.....	82
Opinion de Savigny.....	83
Opinion aceptada.....	84
Ejecucion	85
Eficacia de los contratos celebrados en país extranjero—Excepciones.....	86
Ley que regla la naturaleza y efectos de la obligacion	87
Acciones de rescision, resolucion ó revocacion..	88

CAPITULO IX

Sucesiones

(Página 191 á 238)

Definicion—Division—Aplicacion de las leyes es- trangeras	89
Ley que rige la sucesion—Sistemas diversos— 1º) Realismo absoluto.....	90
2º) Realismo templado—Sucesion mobiliaria.. ...	91
3º) Unidad de sucesion.....	92
Razones que la justifican.....	93
Opinion de Pimenta Bueno.....	94
Opinion de Savigny.....	95
Opiniones de Brocher, Fiore y Laurent.....	96
Pluralidad—su carencia de fundamento científico —sus inconvenientes prácticos.....	97
Verdadero alcance de la <i>lex rei site</i>	98
Domicilio y nacionalidad.....	99
Concurrencia del heredero nacional.....	100
Escepciones á la aplicacion de las leyes estrange- ras—Leyes de orden público—Dificultad de la materia	101
Disposiciones legales—Nuestro Código rechaza la distincion entre muebles é inmuebles.....	102
Errores de los que sostienen lo contrario; des- cuidan estudiar la legislacion en su conjunto— Ante la ley argentina la unidad de sucesion, respecto á la ley que la gobierna es un principio indiscutible.....	103
Sucesion testamentaria—Condiciones externas....	104
Condiciones internas	105
Disposiciones legales.....	106
El fisco y su herencia.....	108

CAPÍTULO I

Principios y doctrinas

1. Existencia del derecho internacional privado—2. Definición—Nombres diversos—Relaciones con el derecho público—3. Aplicación de las leyes extranjeras; fundamentos; doctrinas—Excepciones; artículos 13, 14 y 15 C. Civil—4. Problema directo de la ciencia; colisiones en el interior de un mismo país—5. Sistemas de los escritores—6. Sistema adoptado.

1. La noción del derecho en los pueblos antiguos era bien distinta de lo que es en la actualidad; y esto se comprende sin dificultad, porque cada época tiene caracteres propios que son el reflejo fiel de las ideas dominantes. Así pues, si se quiere explicar las razones por las cuales el derecho en los pueblos primitivos presentaba ese exclusivismo riguroso respecto del extranjero, no habrá que decir, sinó que era la consecuencia de los principios recibidos.

Si las relaciones de los individuos se determinaban por la raza, la religion y las costumbres peculiares á cada grupo social, paréceme óbvio que el que no participaba de esta comunidad de religion, raza y cos-

tumbres, no podía pretender vivir al amparo de reglas jurídicas que solo protegían á los miembros de los pequeños grupos.

Tal era el fundamento del derecho; para moverse dentro de su órbita era menester no ser extranjero.

La idea de propia suficiencia es comun á todos los pueblos primitivos; encerrados dentro de sus límites territoriales, consideran enemigo ó por lo menos inferior al extranjero; sociedades fundadas en la raza y la religion, viven ensimismadas y completamente ajenas á la vida de relacion.

El ódio á los estraños y el aislamiento son, pues, los caractéres prominentes de las civilizaciones embrionarias. Si el extranjero no tenia el goce de los derechos civiles, no podía existir la cuestion de determinar la ley segun la cual serian regidos sus derechos; desde entonces, el derecho internacional privado no tiene razon de ser, su existencia es totalmente imposible.

Pero las sociedades no pueden vivir siempre estacionarias; estan sujetas á una ley universal é imprescindible, que es condicion de su existencia misma: la ley del crecimiento y del progreso. En efecto, las sociedades no viven inútilmente, hay en sus transformaciones sucesivas una elaboracion de elementos diversos que modifica las ideas, hasta armonizarlas con las necesidades de su nuevo estado social. El cristianismo con su dogma de la igualdad de los hombres y las razas germánicas con su individualismo conducen á la revolucion social: la *declaracion*

de derechos es su corolario, y la constitucion argentina y el código italiano consagran la completa igualdad de nacionales y extranjeros.

No es, pues, sino despues de una série de cristalizaciones sucesivas que el derecho se hace el patrimonio de todos los hombres—y es justamente de esta estension igualitaria del derecho que ha nacido nuestra ciencia.

Hoy nadie duda de la existencia del Derecho Internacional Privado; las legislaciones modernas consagran disposiciones especiales para las resoluciones de los conflictos, y las mas robustas inteligencias se entregan á su estudio.

2. Si una misma ley rigiera á todas las naciones, si el individuo estuviera sometido á una ley única que gobernase su persona, sus actos y sus bienes, no existirian esos conflictos de legislacion que la ciencia debe resolver; pero, por el contrario, cada pueblo, cada nacion tiene su legislacion propia, y en muchos puntos diversa de la de otros paises. Ahora bien, cuando el individuo entra en relaciones jurídicas, puede caer bajo el imperio de dos ó mas leyes distintas y asi, por ejemplo, cuando adquiere un bien raiz ó celebra un contrato fuera de su patria ó domicilio su derecho propio y personal puede hallarse en colision con el que rije al bien raiz ó con el que gobierna el contrato.

Se manifiesta aquí la necesidad de una ciencia que solucione los conflictos posibles que origina esa di-

versidad de derecho entre las naciones; y á esto responde el derecho internacional privado.

Podemos definirlo, diciendo que es el conjunto de principios y reglas que establecen el derecho local aplicable á cada relacion jurídica, evitando los conflictos que puede suscitar la aplicacion de las distintas legislaciones.

En el fondo es ésta la definicion adoptada por la mayoría de los tratadistas (1).

Esta ciencia ha existido desde la Edad Media, época en que empezó á manifestarse con distintos nombres y como un cuerpo de doctrina. Hüber intituló su obra «De conflictu legum diversarum»; Hertius «De Collitione legum»; Story «Conflict of Laws». Otros quieren que se le domine «Derecho de Gentes Privado». No es mi ánimo entrar á discutir todas estas denominaciones; basta decir que el que tiende á prevalecer, es el de Derecho Internacional Privado, nombre que acepto por cuanto indica las numerosas relaciones que tiene esta rama con el Derecho Público. En efecto, se trata aqui de demarcar el límite de cada ley en el espacio, y para hacerlo, es necesario conocer las relaciones de nacion á nacion, lo que forma justamente el objeto del Derecho Internacional público.

(1) Fiore-Droit international privé núm. 3. Fælix lo define «el conjunto de reglas segun las cuales se juzgan los conflictos entre el derecho privado de las diversas naciones».—Brocher Nouveau Traité de D. I. Privé núm. 2—Hüber. De conflictu legum Story conflict of Laws. Cap. I—Laurent D. Civil International Introd.—Alcorta, artículo publicado en la Revista de Buenos Aires 1882, pág. 175—P. Bueno, Diritto I. Privado p. 12.

3. Antes de entrar al estudio de las disposiciones de nuestra legislación en materia de Derecho Internacional Privado, conviene dejar claramente establecido el principio de la aplicación de las leyes extranjeras, su fundamento, la forma en que debe hacerse esa aplicación, y las excepciones que reclama el principio de propia conservación de los Estados.

a) El primer sistema que se presenta es el llamado de la *hostilidad recíproca: Leges non valent extra territorium statuentis*; tal es la máxima en que se apoya. Establece que la jurisdicción y el poder legislativo de cada Estado solo van hasta los límites del territorio.

No me detendré á refutarlo largamente, porque hoy puede decirse, solo conserva un valor histórico.

Sus múltiples inconvenientes han sido señalados ya por los antiguos autores. Aplicando las máximas del derecho estricto, se seguiría la incertidumbre y la indecisión en todos los derechos. Al aplicar siempre el derecho local, el estado y la capacidad de la persona sufriría tantos cambios como viajes tuviera que hacer el individuo. Es el sistema de cortar los conflictos por la fuerza, y no de resolverlos por el derecho.

b) Los inconvenientes prácticos que acabo de señalar, hicieron admitir que ciertas leyes extranjeras, (las que rigen el estado y la capacidad), podían aplicarse en un Estado cuando lo reclamase la utilidad recíproca. Este sistema sostenido por Fælix sienta que los efectos que pueden producir las leyes extranjeras, son los que buenamente les quiera acor-

dar el Estado—y este los acuerda porque «encuentra sus ventajas en obrar así; los subditos de cada Estado tienen múltiples relaciones con los de los otros Estados; tienen interés en negocios celebrados y en bienes situados en el extranjero. De aquí dimana la necesidad ó al menos la utilidad para cada Estado, y en el propio interés de sus subditos, de conceder ciertos efectos á las leyes extranjeras, y de reconocer la validez de los actos celebrados en los países extranjeros, á fin de que sus subditos hallen en los mismos países una proteccion recíproca de sus intereses»

Indudablemente las *comitas gentium* tiene un gran peso en el modo de proceder de las naciones; es cierto que es uno de los móviles que las lleva á admitir la aplicacion de las leyes extranjeras en su territorio; pero establecer que es el único fundamento del derecho internacional privado, es hacerlo descansar sobre bases poco sólidas y racionales: el derecho de los individuos es una facultad de que pueden usar ó no usar; no es una concesion de los Estados; una nacion no podria negarse á reconocer los derechos primitivos del hombre, reconocidos por la ley de su patria ó de su domicilio: los principios de justicia ordenan que una entidad jurídica sea reconocida en todas partes y respetadas las leyes que la gobiernan, en tanto que no resulte peligro para la existencia ó modo legítimo de existir del Estado.

c). Tócame examinar la teoria de la *reciprocidad*.

Este sistema establece que un Estado solo acuer-

da efectos, á las leyes de una nacion estrangera, cuando ésta á su vez los acuerda á las leyes del primero. Es consagrado por la legislacion francesa, la boliviana y otras.

Hé aquí como se espresa uno de sus mas distinguidos sostenedores.

« Aunque nuestras leyes deben ser benévolas hácia
« los extranjeros, no se debe creer que cuando el Es-
« tado al cual pertenecen, nos rehuse el ejercicio de
« algunas de las facultades que la naturaleza nos
« acuerda, no nos sea permitido practicar la misma
« cosa en el Reino por represalias. ¿Como admitir
« que los extranjeros pudieran suceder en nuestro
« reino y disponer de los bienes, si la misma facultad
« no nos es acordada en su país?

Este sistema es susceptible de mil interpretaciones evasivas que conducen á establecer distinciones absurdas entre nacionales y extranjeros, permitiendo á aquellos y negando á estos iguales derechos civiles, sin razon alguna, como si los derechos civiles no tuvieran su fundamento en la naturaleza humana; como si el *jus quo quisque populus ipse sibi constituit*, hubiera pasado á las ideas modernas con el carácter de exclusivismo que revistiera en la Roma primitiva.

Debo, pues, rechazar el sistema como poco conforme con los principios de la razon y del derecho. El sistema de la reciprocidad tiende á legitimar las represalias jurídicas, admitiendo que no solo el ejercicio de los derechos civiles, sinó tambien el de los

derechos naturales, puede ser rehusado á los extranjeros, cuando el Estado al cual pertenecen rehusa el ejercicio de los mismos derechos á los nacionales. (1)

Si el espíritu de la época actual aconsejara el celoso mantenimiento de la soberania, entonces yo comprenderia que la aplicacion de las leyes extranjeras no tuviese lugar, ó solo se admitiese en el interés de obtener las ventajas de la reciprocidad. Pero el aislamiento jurídico no es ni puede ser una aspiracion de la civilizacion moderna. Por el contrario, la coexistencia armónica de las naciones, que es un ideal al propio tiempo que una necesidad, exige la admision del principio de la aplicacion de las leyes^s extranjeras. En efecto, si una especie de variedad natural existe entre los diversos Estados, no por eso han de aislarse encerrándose dentro de sus fronteras. Esos cuerpos brillantes que recorren las esferas celestes y de las que cada uno es centro de un sistema particular, no dejan por eso de estar reunidos en un sistema general, y de obedecer á leyes comunes establecidas para la conservacion de cada uno y del universo entero.

Asi tambien las naciones, ademas de la fuerza que las mantiene en su propia autonomia, sienten otra que las aproxima en razon de la identidad de sus medios y destino.

(1) Fiore—Droit International Privé—Cap. V. núm. 35. Trad. de P. Pradier Fodéré.

El fundamento de la aplicacion de las leyes extranjeras no está solo en la *comitas gentium*, en la utilidad recíproca de los Estados; nó, ella tiene su fundamento en un deber perfecto y obligatorio de justicia internacional.

Es esta la teoria proclamada por Savigny y aceptada por nuestro Código Civil.

Ahora bien, admitida la aplicacion de las leyes extranjeras, en qué forma debe tener lugar?

El juez tiene por mision ordinaria aplicar la propia legislacion de su país y por otra parte la ley extranjera es para él un hecho dependiente de la prueba; es por esto que el Código dispone que «la aplicacion de las leyes extranjeras, en los casos en que este Código la autoriza, nunca tendrá lugar sinó á solicitud de parte interesada, á cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes.» (Artículo 13, Título Prelim.)

Por grandes que sean las ventajas que se sigan, en general, del principio de la aplicacion de las leyes extranjeras, por mucha que sea su justicia; hay casos en que las Naciones estan obligadas á no admitirlo: lo contrario seria hacer abstraccion de su autonomia. Sobre todos los deberes está el de propia conservacion.

Supóngase una ley extranjera que autorizára la poligamia ¿como permitir su aplicacion en la República sin echar por tierra las bases de nuestra organizacion social?

De acuerdo con estas consideraciones, nuestra ley



civil impone restricciones que no podemos menos de considerarlas justas y convenientes.

« Las leyes extranjeras, dice el Código, no serán aplicables :

1º Cuando su aplicacion se oponga al derecho público ó criminal de la República, á la Religion del Estado, á la tolerancia de cultos, ó á la moral y buenas costumbres.

2º Cuando su aplicacion fuere incompatible con el espíritu de legislacion de este Código.

3º Cuando fuesen de mero privilegio.

4º Cuando las leyes de este Código, en colision con las leyes extranjeras, fuesen mas favorables á la validez de los actos.» (art. 14. Título Prelim.)

4—Para mejor inteligencia de la materia, conviene darse cuenta del problema que debo resolver á la luz de los principios científicos y de nuestra legislacion positiva.

Determinar el límite de cada ley en el espacio: hé ahí el problema.

Precisaré mas la cuestion.

Orijinada una colision jurídica á consecuencia de la diversidad local de derechos, *¿cual es en cada caso dado el derecho territorial aplicable?*

« Tratemos ahora de comprender por medio de ejemplos, la cuestion aquí formulada. En un lugar determinado se suscita un litigio sobre la ejecucion de un contrato, ó sobre la propiedad de una cosa. Pero el contrato se ha hecho, la cosa litigiosa se encuentra en un lugar distinto de aquel en que reside

el tribunal, y estas dos localidades tienen un derecho territorial diferente. Las partes pueden además estar personalmente sometidas á la jurisdicción de este tribunal, ó á una misma jurisdicción extranjera, ó bien á dos jurisdicciones extranjeras diferentes; ¿cual es el derecho territorial aplicable, *el del lugar de la situación* de la cosa, el de la *celebración del contrato* ó el del *tribunal* llamado a juzgar? (1)

En esta y otras colisiones análogas, se trata, pues de saber *cual es la ley que se debe aplicar*, y esta es la cuestión práctica del Derecho Internacional Privado.

Estas colisiones tienen lugar por lo comun, entre naciones sometidas á leyes diversas; pero como la diversidad de legislación puede existir entre las distintas secciones que componen un mismo Estado, se presenta también la posibilidad de conflictos entre las leyes interiores de un mismo país.

Así sucede, por ejemplo, en Baviera, en el Imperio Alemán, en Austria y en los Estados Unidos.

En general, puede decirse que las reglas son las mismas para toda clase de conflictos, mas no me ocuparé de los conflictos de las leyes interiores 1º porque no forman la materia propia de este estudio y 2º porque la unidad de legislación interna es la obra segura del tiempo.

5. La importancia del problema que el Derecho Internacional Privado debe resolver, ha llamado viva-

(1) Savigny Tom. VIII § 346.

mente la atención de los escritores y han surjido muchos sistemas para resolverlo; estudiaré siquiera someramente los principales, porque importa conocer las teorías de la ciencia para apreciar mejor las disposiciones positivas que han enjendrado.

1^{er} sistema. El primer sistema que ha surjido, es el que, fundándose en la antigua máxima *leges non valent extrà territorium statuentis*, considera aislado á cada Estado, y sienta que la ley aplicable es *la del país del juez llamado á juzgar*. (1)

Segun este sistema, los bienes muebles ó inmuebles situados en el territorio, su trasmision y adquisicion obedecen al legislador, la capacidad, estado y condicion de las personas, los actos, los contratos etc., todo cae bajo el dominio de la *ley del juez llamado á juzgar*.

Estudiemos sus fundamentos: *la hostilidad recíproca* y *la exageracion* del principio de soberania, le han dado origen; pero ni una teoria (la hostilidad) que está en contra de las tendencias modernas, ni *la exageracion* de otro principio, cierto solo cuando permanece dentro de justos límites, pueden fundar un sistema aceptable.

Si se deja el fundamento científico para entrar al terreno de las aplicaciones prácticas, se nota con Rodenburgh, que suponiendo una persona que viaje, si

(1) Pütter. Fremdenrecht. pág. 20. Este autor exagera todavía el sistema pretendiendo que ni la máxima *locus regit actum* puede admitirse porque importaría una derogacion á la soberania, cuando el acto concierne á un bien sometido á la soberania del Estado.

su capacidad fuera reglada por la ley de cada país en que habitase, su estado cambiaria á cada viaje; lo que traeria la indecision de todos los derechos. Otra dificultad: cuando hay varios tribunales competentes ¿que ley se aplica? ¿El demandado estará al arbitrio de la que elija el demandante?

2º *Sistema. Estatutos.* Los mismos sostenedores del sistema anterior, debieron palpar sus inconvenientes, y admitieron una estension extra-territorial para cierta categoría de leyes.

El fundamento de dicha estension era la *comitas gentium*, la utilidad recíproca.

De aquí la teoria de los *estatutos*, que se dividieron en personales, reales y mistos, segun que tenian *principalmente* por objeto las *personas*, los *bienes* ó los *actos*.

La principal dificultad estaba en determinar la línea de separacion entre los diversos estatutos; ¿cuando eran personales? cuando reales ó mistos?

Los autores no se entendian; unos veian un estatuto personal justamente donde otros veian uno real y recíprocamente.

Dejando sus dificultades practicas, ¿cual es su fundamento científico? La *comitas gentium*, la cortesía.

Pero se tiene un derecho ó no se tiene, si se tiene la cortesía está demas, si no se tiene la cortesía no puede darlo; pienso con un distinguido publicista italiano, que no se comprende cómo la cortesía puede servir para decidir cuestiones de derecho.

3^{er}. *Sistema*. Orígen de la relacion de derecho. Schäffuer dice que toda relacion de derecho debe ser juzgada segun el *derecho local del lugar donde ha nacido*.

Me adhiero á la crítica de Savigny: « La regla es arbitraria porque el lugar donde una relacion de derecho se origina, no puede solo é independientemente de toda otra consideracion, determinar el derecho local aplicable; en seguida, aunque parezca alcanzar el fondo de las cosas, es puramente de forma. En efecto, el lugar donde una relacion de derecho se origina, jurídicamente hablando, no nos es revelado sinó por un estudio detenido de la naturaleza individual de cada relacion de derecho, y la cuestion de lugar sentada así, léjos de ayudarnos en nuestra investigacion, no hace sinó molestarnos. »

Debe agregarse que es una regla incierta, porque puede disputarse para establecer el lugar en que una relacion de derecho haya tomado existencia (1).

4^o *Sistema*. En este sistema el derecho aplicable á cada caso dado, es *el que mantenga los derechos bien adquiridos*. Esta regla importa una peticion de principios, porque para reconocer si los derechos son bien adquiridos, es necesario saber de antemano qué derecho rije su adquisicion.

Otra objecion ¿qué ley se aplica cuando las legislaciones en conflicto no afectan derechos adquiridos? (2).

(1) Esperson núm. 13.

(2) Mancini. Revista de derecho internacional de 1874, pág. 286.

5° *Sistema*. En caso de duda, la ley aplicable es la presuntivamente aceptada por las partes (Hans de Göttingen).

« Esta teoría no resuelve la cuestión, la cambia solamente; es por lo menos superflua y ficticia y no sirve sinó para legitimar todas las conclusiones sin anular ninguna controversia. En efecto, cuáles son las reglas para decidir en la práctica cual es la ley presuntivamente aceptada por las partes? Para resolver este problema, es necesario determinar cuál es la ley á que está sometida cada relación jurídica. »

La ley regla los actos de la vida civil, los anula, los somete á rescisión ó los garante segun que revisitan ó no ciertas condiciones y ciertas formalidades.

Nadie sostendrá que la relación jurídica entre la ley y el sujeto del derecho sea voluntaria. Establecidas las reglas por las que cada individuo está sujeto á su propia ley, esta no obliga porque se le presume aceptada, sinó que se le presume aceptada porque obliga. Para determinar, pues, cual es la ley presuntivamente aceptada por las partes, seria necesario conocer de antemano cual es la ley que debe reglar cada relación jurídica y es por esto que decia que la cuestión cambiaba de lugar pero no se la resolvía. (1)

6° *Sistema de la escuela italiana*. Dejo de lado algunos otros sistemas menos importantes, para ocuparme con alguna detención de la escuela que se llama hoy italiana.

(1) Fiore núm. 34. Esperson núm. 13.

« A nuestro modo de ver, dice Mancini, el derecho
« civil es personal y nacional; debe como tal acom-
« pañar á la persona aún fuera de su pátria. El
« derecho público al contrario, es territorial, rije en
« el territorio y á todos los que lo habitan, indígenas
« ó extranjeros sin distincion. Es menester absoluta-
« mente, si se quiere asentar la doctrina sobre bases
« sólidas, colocarla bajo el imperio de una ú otra de
« estas dos ramas del derecho. El sistema así com-
« pletado, resulta de la accion de tres principios: la
« libertad, la nacionalidad, la soberanía ó sea la inde-
« pendencia política. Estos principios coexistirian
« en toda su actividad, si se adoptara como idea prin-
« cipal para la solucion de los conflictos de derecho
« internacional privado, el principio siguiente: que
« cada legislador debe reconocer sin reserva el dere-
« cho privado del extranjero sobre su territorio, y re-
« husar toda eficacia á las leyes en contradiccion con
« el derecho público y que turbáran el órden en el
« territorio. El legislador rinde homenaje al prin-
« cipio de la nacionalidad, y cumple un deber estricto
« cuando reconoce sobre su territorio la eficacia de
« las leyes que reglan la persona, la familia, la suce-
« sion, en tanto que esto no vaya á afectar la cons-
« titucion política y el órden público del país. El
« legislador respeta el principio de la libertad, cuan-
« do no pone trabas por medio de sus leyes al ejer-
« cicio de la voluntad inofensiva del extranjero, y
« cuando le acuerda la facultad de elegir la legisla-
« cion y la regla jurídica á las cuales quiere someter

« todos sus actos en estas materias de Derecho
« Internacional Privado. En último lugar cada
« legislador salvaguarda el derecho de soberanía y
« de independencia política, cuando sujeta indistin-
« tamente al extranjero como al ciudadano, á las
« leyes penales del territorio, á las leyes de orden
« público del país, es decir, al respeto mas escrupu-
« loso de sus derechos políticos. » (1)

Espuesto el sistema, voy á estudiar cada uno de los principios sentados por el ilustre Presidente del Instituto de Derecho Internacional.

Libertad — Segun este principio, la *libertad individual* debe ser reconocida y protegida en tanto que no hiera derechos análogos ó de una naturaleza superior.

Este principio que es uno de los en que funda su teoría Mancini, no justifica ni hace necesaria la aplicacion de la *ley nacional* del extranjero; porque se concibe sin dificultad que la *libertad individual* puede ser protegida y aún desarrollada por las leyes del país en que va á residir, puesto que es perfectamente posible que se encuentre mas libertad en un país extranjero que en su pátria misma. La ley nacional en este caso, no haría sinó empeorar la condicion de sus nacionales.

Nacionalidad — « El extranjero puede invocar el derecho de no ser gobernado sinó por las leyes de su propia nacion, porque estas son las que se acuerdan

(1) Mancini—Journal de Droit International Privé—1874.

mejor con las condiciones especiales de esta agregacion. »

Mas adelante refutaré este aserto, diré aquí solamente que la competencia de una regla jurídica para gobernar tal ó cual relacion de derecho, puede tener fundamentos muy distintos del lazo de sujecion (nacionalidad) entre un individuo y su patria.

En efecto cómo negar que la competencia de una ley penal ó de procedimientos se estiende á todos los que habitan el territorio, sin distincion entre nacionales y estrangeros?

Qué influencia puede tener la nacionalidad en la ley que rije la forma de los actos?

La validez de un acto, su interpretacion, dependerá de la ley nacional de las partes? Y en este caso de la ley nacional de cual de las partes?

Soberanía — El tercer principio me parece exacto en tanto que comprenda las leyes que interesan al órden público y á la organizacion social.

Estudiado así, en detalle el sistema de Mancini; voy á estudiarlo en conjunto.

La escuela italiana al dar una importancia excesiva á la nacionalidad, paréceme que no conspira hácia la unidad de legislacion.

La nacionalidad como idea, como principio político, merece toda nuestra consideracion; ella ha conducido á la Italia á la lucha gloriosa que terminó con la unidad nacional: pero querer hacer de esa idea un principio para resolver los conflictos de legislacion, es darle una importancia que no tiene.

En cuanto á la terminología de que se vale Mancini, es como lo dice muy bien Brocher vaga y aún peligrosa por los equívocos á que puede dar lugar (pág. 64).

Espondré ahora las ideas del distinguido tratadista Sr. Fiore:

La ley nacional rije al individuo en todas partes con tal que no ofenda los principios de orden público y el interés económico, moral y político del Estado.

Se funda en que «*las leyes de un Estado no pueden aplicarse sinó á los súbditos para los cuales han sido hechas espresamente*. La legislación de cada Estado, dice, es el conjunto de máximas formuladas y promulgadas por la soberanía á fin de conservar y guardar el organismo político y para servir de regla constante al ejercicio de los poderes sociales y de las libertades individuales. La fuente verdadera y esencial de toda legislación, cualquiera que sea, está en la justicia inmutable y en las relaciones necesarias de las cosas; . . . La nación para nosotros es una aglomeración de individuos que hablan el mismo idioma, que habitan la misma comarca, que tienen las mismas inclinaciones y las mismas tendencias de afinidades. Las mismas condiciones de raza, de clima, de posición geográfica y etnográfica, de aptitudes físicas y morales, y de todos los elementos que constituyen históricamente la vida de un pueblo, actúan no solo sobre la formación de este organismo, sinó que tambien ejercen una gran influencia sobre el desenvolvimiento de la vida íntima de cada nación.

Es por esto que cada legislacion positiva lleva el sello de los usos, de las tradiciones, de la civilizacion del pueblo; y puesto que está fundada sobre las relaciones naturales de las personas y las cosas, no se puede aplicarla equitativamente sinó á los que pertenecen al mismo cuerpo político. » (1)

Esto no es exacto. Es cierto que los miembros de una nacion tienen rasgos característicos que los distinguen de los súbditos de otros países, rasgos que provienen de la igualdad de climas, razas, hábitos, condiciones políticas, morales, etc.; pero esos rasgos característicos no son tan prominentes, propios y generales en una nacion, que nos autoricen á establecer diferencias de tal modo fundamentales entre los súbditos de los diversos Estados, que las reglas hechas para unos, sean inaplicables á los demás.

La diversidad entre los súbditos de dos ó mas Estados, será en muchos casos nula ó insignificante; muchas veces dentro de una misma nacion habrá mas diversidad de rasgos característicos entre las partes que la componen, que entre esa misma nacion y otra estraña.

Para el profesor de Pisa « la nacion es una aglomeracion de gente que habla el mismo idioma, que habita el mismo territorio y que tiene las mismas inclinaciones y las mismas tendencias de afinidades. » Pero la mayor parte de las naciones modernas tienen otro origen que el que Fiore les señala, no siempre

(1) Fiore, núm. 25.

encontraremos los mismos hábitos, tendencias, etc., la formación de las naciones, históricamente hablando, reconoce por causa, sucesos múltiples y variados que escapan á menudo á leyes generales.

La composición actual de las sociedades tiene que resentirse de los mismos fenómenos que han presidido á su organización, y es inútil buscar esos rasgos tan propios y distintivos que exijan reglas tan particulares y típicas que sean inaplicables á los individuos que no forman parte del conjunto nacional.

La teoría que refuto al sostener que las leyes de su país son las únicas que pueden aplicarse á un individuo, viene á consagrar que el francés no es de idéntica naturaleza que el italiano, que el español, no lo es de la misma que el argentino. En una palabra, hace dos *especies* distintas de la *especie* hombre.

Tal es el fundamento científico del sistema de la nacionalidad. Véase lo que es en la práctica: al seguir á un miembro de la nación á territorio extranjero la soberanía que representa se choca con la soberanía superior territorial. Entonces se imagina establecido un régimen tal que el Estado admite el derecho del extranjero «restringiendo su ejercicio á las disposiciones que no lesionen el derecho público.»

La nacionalidad es sobre todo importante para determinar el estado y la capacidad jurídica; al tratar de estas cuestiones he de volver sobre este sistema.

7º Sistema—*Brocher* critica y complementa el sistema anterior:

La base del derecho internacional privado, dice, nos ha parecido encontrarse en la combinacion de tres ideas: la soberanía, el derecho, la competencia. Esta última, problema directo de la ciencia debe ser constatada siguiendo las indicaciones suministradas por la naturaleza de cada relacion de derecho, de cada uno de los elementos de que se compone. Segun se refiere á uno mas que á otro de los dos principios de soberanía, lazos de sujecion personal y territorio, es que cada uno de estos elementos entra en las atribuciones de una legislacion mas que de la otra (1).

Este sistema no es otro que el de la nacionalidad, pero corregido; la idea deja de ser exclusiva para dar paso al elemento territorial.

Para convencerse de esto basta que transcriba las siguientes líneas de *Brocher*:

«La palabra nacionalidad se emplea á menudo para designar los lazos de sujecion personal que unen cierto número de individuos á una patria comun. En este sentido se la emplea á veces en el lenguaje del derecho, y la escuela italiana parece emplearla en el mismo sentido en la mayor parte de los casos. *La idea es justa, hemos dicho que forma un elemento de soberanía, pero no podría ser*

(1) *Brocher*, página 53, Núm. 15.

un principio esclusivo: el territorio debe tomarse tambien en consideracion. (1)

Los dos principios de soberanía son lazos de sujecion y territorio. (2)

De estos dos principios puede decirse que el único que toma en consideracion la escuela italiana es el lazo de sujecion personal (nacionalidad); Brocher ha reclamado la parte que le corresponde al territorio y en esto ha corregido y mejorado el sistema anterior; pero como el lazo de sujecion que, segun el autor, sujeta á un individuo á una ley dada, es la nacionalidad, se confunde por este lado con la doctrina de Mancini.

Así, pues, el sistema de Brocher desconoce el vínculo que resulta de la voluntad espresa ó tácita de la persona, vínculo que es un elemento poderoso para someter un individuo á tal ó cual legislacion.

A qué título seguirá la ley nacional al individuo fuera de su pátria?

¿Será porque, como dice Fiore, las leyes de un país sean solo aplicables á los súbditos para quienes se hayan hecho? Ya he demostrado la inexactitud de este aserto al refutar la escuela italiana.

¿Será á título de proteccion de los nacionales?

¿Y qué objeto tendría esa estension de ley nacional en países que, como la República Argentina,

(1) Brocher, pájs. 55 y 53.

(2) Brocher, loc. cit.

declaran la igualdad de derechos de todos los que habitan su territorio ?

Diré en conclusion que me parece que el sistema falla por este lado ; en efecto, en cada relacion de derecho debe buscarse el dominio del derecho mas conforme con su naturaleza, *prescindiendo de la nacionalidad de las partes.*

8º Sistema *Personalidad*—Toda relacion de derecho privado se resuelve por la ley personal y solo las que afectan al interés social por la ley real. Es indiferente el objeto sobre que recaiga (De Chassat-Esperson-Laurent.)

La ley personal de un individuo es la de la nacion á que pertenece. Esta regla no debe ser abandonada ni aún tratándose de inmuebles y de su libre disposicion. Estos bienes como todos los otros no tienen valor sinó en tanto que sirven para las necesidades del hombre ; por consiguiente, léjos de imponer á la persona la ley que los rige, deben al contrario seguir el imperio de la persona. (1)

Tres observaciones fundamentales pueden hacerse á este sistema :

1ª La primera es que aceptarlo como medio de resolucion de los conflictos importaria retroceder á la personalidad de las leyes establecida por los bárbaros, personalidad que no se concilia ni con el carácter ni con las tendencias de la época actual.

No es esta una afirmacion gratuita ; basta leer á

(1) Carle, páj. 17.

Laurent para convencerse que su teoría no es mas que una modificacion de la teoria de los estatutos.

2ª La segunda es que en las cosas, sobre todo las que hacen parte del territorio, casi siempre existe un interés público.

3ª Finalmente, y esto constituye la tercera observacion, este sistema desconoce los elementos mismos de la relacion de derecho, para resolverla por el carácter personal.

9º Sistema—Llégo al último sistema que debo examinar :

Segun Savigny, es necesario examinar ante todo, atentamente la naturaleza del acto jurídico que tienen que apreciar los jueces y determinar despues el dominio del derecho mas conforme á la naturaleza esencial de esa relacion jurídica.

En seguida eienta los siguientes puntos de vista generales que es necesario tener presente.

a) « Existe un vínculo íntimo entre la jurisdiccion
« y el derecho local aplicable. En cuanto á la per-
« sona este vínculo resulta de la obediencia que debe
« igualmente á los magistrados y al derecho local.
« Esta doble sujecion existe tambien para las rela-
« ciones de derecho, pero la analogia no va hasta
« la identidad. Para convencerse de esto basta ob-
« servar que en muchos casos hay dos jurisdicciones
« competentes, mientras que no puede jamás haber
« mas que un solo derecho local aplicable.

« b) El derecho local aplicable á cada relacion se
« encuentra bajo la influencia de la voluntad libre de

« las personas interesadas, que se someten voluntariamente al imperio de un derecho determinado, aunque esta influencia no sea ilimitada.

« La sumision voluntaria se estiende hasta la jurisdiccion competente para conocer de las diversas relaciones de derecho.

« c) La tendencia marcada es uniformar el derecho en todos los pueblos, haciendo desaparecer las fronteras. »

Ahora las relaciones de hecho que pueden servir para determinar el asiento de la relacion de derecho y la ley que le es aplicable son:

El domicilio de la persona á quien concierne la relacion de derecho.

El lugar de la situacion de la cosa que hace el objeto del litigio.

El lugar del acto jurídico hecho ó por hacer.

El asiento del tribunal llamado á conocer de la relacion de derecho.

Como se vé en este sistema se mantiene el dominio del derecho sobre toda otra consideracion, con lo que no se hiere la soberania de los Estados.

Se han hecho dos objeciones á este sistema.

1ª Que hace depender todo de la voluntad de las partes.

2ª Que no nos dá una regla que tenga valor objetivo, que deja en pié la dificultad. ¿Donde está el asiento de la relacion de derecho? (Esperson pág. 45.)

La primera objecion no es del todo exacta. El

lugar del nacimiento de la relacion de derecho depende de la voluntad del individuo puesto que puede someterse al imperio del derecho local que mejor le parezca; pero una vez sometido al imperio de un derecho determinado, las partes no pueden impedir su aplicacion por medio de sus estipulaciones.

En cuanto á la segunda objecion me parece que tampoco resiste á la crítica.—¿Donde está el asiento de cada relacion? se pregunta. Pues justamente de eso se trata.

Savigny nos dá datos: se le determina por su naturaleza en su conexion con la sumision voluntaria—se trata de un contrato p. ejo, seria el del lugar de la celebracion ó el del cumplimiento segun los casos.

6—En mi concepto, Savigny dá una importancia esclusiva á la voluntad de las partes, no creo como Esperson que lo hace depender todo de la voluntad de las partes, pero al menos parece suponer que la voluntad de las partes es siempre tan clara y determinada que indique su sumision á tal ó cual derecho determinado.

Hay algunos casos en que no es posible determinar la voluntad de las partes, en que esta es indiferente y aún contraria al derecho aplicable. De aquí la necesidad de proveer á estos casos por un principio distinto del de la sumision voluntaria de las partes. Tampoco consulta el autor suficientemente las leyes de órden público.

Sin embargo no pretendo establecer un sistema

nuevo: Savigny es la fuente de donde he sacado mis ideas.

Debo tratar de establecer ciertas bases generales para determinar la *competencia de cada regla jurídica para regir tal ó cual relacion del derecho*; procurando aplicarlas en seguida á cada caso particular.

1ª *La territorialidad.* La soberanía de cada país tiene el derecho de estender á *todas* las relaciones jurídicas el imperio de las leyes que interesan al orden público y á su organizacion político-económico-religiosa. No debe perderse de vista al apreciar este principio que la tendencia moderna es hacer desaparecer las fronteras de los diversos Estados y que por consiguiente la territorialidad debe encerrarse dentro de estrechos límites, restringiendo su aplicacion á aquellos casos en que exista estricta necesidad para el Estado.

Limitar las disposiciones de orden público hasta donde sea compatible con el derecho de propia conservacion de las naciones; tal es el ideal de nuestra ciencia y no podria ser de otro modo pues la territorialidad solo se legitima por el derecho de propia conservacion.

2ª *La voluntad de las partes.* Es hoy un principio universalmente aceptado que todo hombre es dueño de colocarse bajo el amparo de la legislacion local que crea mas propia y adecuada á su bienestar y cumplimiento de su destino. En efecto, si cada cual puede romper á voluntad todo vínculo con su patria primitiva naturalizándose en otro país ¿como no admitir

que pueda renunciar á las leyes nacionales y someterse á otras nuevas estableciendo su domicilio en país extranjero?

Este segundo elemento se funda en la libertad individual.

3^a *La conveniencia internacional.* Este tercer elemento puede parecer algo vago; pero no por eso es menos exacto: hay exigencias comunes á todos los Estados que hacen aceptar reglas de competencia cuyos fundamentos buscariamos en vano en otra parte. Asi p. ej. en virtud de este tercer elemento, cuando los dos primeros no nos den una base segura aplicaremos *la ley mas favorable á la validez del acto.*

Téngase presente que esta es una regla puramente suplementaria de las otras dos. Esta base se funda en que nuestra ciencia debe consultar no solo los principios del derecho estricto sinó tambien el interés general de la humanidad, adoptando aquellas reglas que por hallarse universalmente aceptadas evitan conflictos y que por lo tanto facilitan las relaciones mercantiles de los pueblos.

Con estas bases se encontrará facilmente el derecho aplicable.

Asi p. ej. la *lex rei sitæ* que rige los bienes; se aplica en virtud de la primer base (soberania territorial.)

La *lex domicilii* que rige la capacidad de las personas obedece á la segunda base (libertad individual manifestada en la eleccion de domicilio.)

La regla *locus regit actum* obedece á la tercera base (necesidad, conveniencia de todas las naciones.)

En este sistema la voluntad de las partes decidirá en la mayor parte de los casos cual sea la ley aplicable, y cuándo la sumisión voluntaria no pueda determinarse, el motivo de decisión será la tercera base: la conveniencia internacional.

Pero como, ni la simple voluntad de las partes ni la conveniencia internacional pueden obligar á un Estado á que admita la aplicación de leyes extranjeras contrarias al orden público, resulta que el segundo y tercer elementos reconocen como límite al primero.

Aquí llego á la parte mas escabrosa del problema, ¿cuales son las leyes de orden público?

Si pudieramos determinar con precisión la línea que separa las leyes de orden público de las que no revisten este carácter habriase simplificado la cuestión; pero ese límite no es el mismo en todos los países y por otra parte la teoría tampoco los ha fijado.

En presencia de esta dificultad, conviene dejar al poder judicial la facultad de declarar si tal ó cual acto, si tal ó cual ley extranjera ofende ó nó el orden público.

CAPÍTULO II

Cod. Civ. Arts. 6 y 7, Título preliminar; 13 y 14 Título "De los menores"; art. 6. Tit. "De los actos jurídicos."

- I. Estado y capacidad—7. Generalidades—8. Una sola ley debe ser competente—9. Escuelas—10. La legislación pátria adopta la *lex domicilii*—11. Objeciones al domicilio—12. Cambios de domicilio; conflictos—13. Capacidad de derecho—14. La mayoría de las legislaciones adopta nuestro principio; respuesta á una objecion.—II. *Ausencia*—15. Observaciones—16. Ley que rige la ausencia—III. Personas morales, legales ó jurídicas—17. Observaciones generales—18. Personas jurídicas de existencia necesaria—19. Personas de existencia voluntaria ó posible—20. Autorización; ley que rige la capacidad—21. Cuestiones—22. Legislaciones diversas—22 (bis). Opiniones del Congreso de Lima sobre el estado y la capacidad de las personas.

7. El primer objeto de la ley es la persona cuyas acciones regla, débese pues determinar ante todo qué ley es competente para gobernar su estado y capacidad.

La capacidad de las personas es el grado de aptitud en que se encuentran para adquirir derechos y contraer obligaciones, según el *estado* que les reconozca la ley. Por *estado* se entiende «el conjunto de calificaciones jurídicas del individuo considerado en sí

mismo»; de modo que la capacidad es la resultante de ese conjunto de calificaciones. Segun que estas se atribuyan al individuo como *ciudadano* ó como *persona* formarán su estado *público* ó *privado*.

8. La necesidad de que el estado personal sea regido por una ley única, resulta de los graves inconvenientes que se seguirian del principio contrario; no podria contarse con la seguridad de las convenciones. Los autores se hallan de acuerdo sobre este punto.

Froland, decia: el estatuto personal no solo ejerce su actividad en el lugar del domicilio de la parte, sinó que lo sigue y acompaña su persona á cualquier país en que vaya á contratar é influye sobre todos sus bienes donde quiera que se hallen situados: *Habilis vel inhabilis in loco domicilii, est habilis vel inhabilis in omni loco.*

9. Pero si todos reconocen que el estado y la capacidad de las personas deben regirse por una ley única, no sucede otro tanto con la determinacion de esta ley; la teoría y la legislacion se han dividido, adoptando unos autores la ley nacional y estableciendo otros *la lex domicilii*.

He aquí como argumentan las dos escuelas.

Los que sostienen que el estado personal debe ser regido por la ley del domicilio, razonan de la manera siguiente: «cada persona tiene por lo general una residencia estable que se llama domicilio, es en ese lugar donde adquiere hábitos y un carácter, donde adquiere sus calidades distintivas é inmanentes; que nada importa que pueda mejorar ó empeorar el es-

tado de la persona, según la ley del lugar á donde establezca su domicilio, porque la constitucion de domicilio es un hecho voluntario, y el individuo debe imputarse á sí mismo el hecho de que su estado empeore; y que por consiguiente las calidades fundamentales jurídicas de la persona, el estado, la capacidad, no pueden ser regidas por otras leyes que las de su domicilio.

A su turno los partidarios del principio opuesto dicen que las calidades distintivas é inmanentes son la consecuencia de la raza, de los usos, de las tradiciones, del lugar del origen y del conjunto de elementos que constituyen el carácter y el génio civil de cada pueblo y de cada nacion; que no puede admitirse que esas calidades se modifiquen por la permanencia temporaria en el lugar donde el individuo haya establecido el centro principal de sus negocios; que aceptándose la ley del domicilio, no seria estable y cierto el estado de la persona; que no puede decirse que la constitucion de domicilio es siempre un hecho voluntario, porque el menor no emancipado y la muger casada tienen un domicilio necesario; que podria suceder tambien que se careciese de domicilio; y que por consiguiente, las calidades fundamentales y jurídicas de las personas deben determinarse por las leyes de su pátria. (1)

Pienso que la cuestion está mal sentada en este terreno; en efecto, á nadie se oculta que la influen-

(1) Fiore, Derecho Int. Privado N. 43—Montes de Oca, p. 118.

cia de las razas, usos, etc., es limitada, lo mismo que la influencia producida por la permanencia mas ó menos larga en un lugar. Ambos elementos (nacionalidad y domicilio) pueden llegar á imprimir hábitos y carácter y seria bien difícil determinar en qué proporcion cada uno de esos elementos ha contribuido.

Otro género de consideraciones me ha decidido á aceptar la *lex domicilii*, como reguladora de la capacidad de las personas.

¿La sugesion de un individuo á la legislacion de tal ó cual país, es una sugesion absoluta y forzosa? En otros términos, los que nacen miembros de una nacion se hallan por ese hecho eternamente ligados á su legislacion territorial, como á una incómoda vestidura de que no pueden deshacerse? O al contrario, la sugesion, en cierta medida por lo menos, es voluntaria y dependiente del consentimiento espreso ó tácito del individuo?

Todo depende de la solucion que se dé á esta proposicion. Si se la desata en el primer sentido, es decir, considerando absoluta la relacion de sugesion, la ley nacional regirá; pero si se acepta que sea voluntaria regirá la ley del domicilio.

He sentado anteriormente que admitiéndose hoy que la calidad misma de ciudadano puede renunciarse, era óbvio que se podia aceptar una legislacion distinta de la nacional, y esto nó porque la ley deje de ser un lazo obligatorio entre el individuo y la sociedad, sinó porque cada cual puede aceptar el lazo obligatorio que mas le convenga.

Para mi, pues, la eleccion no es dudosa: el individuo que abandona su patria para ir á establecer en otra parte el centro de sus relaciones sociales y jurídicas, el asiento de sus negocios y el hogar de su familia, renuncia tácitamente á la ley de su país y se somete voluntariamente á la ley de su domicilio.

El domicilio ha dicho un autor, es el centro de la existencia jurídica de la persona y el asiento de sus negocios, allí ejerce sus derechos, es pues allí donde se encuentran las causas y circunstancias que determinan la personalidad y por consiguiente el estado. (1)

Sobre este punto es notable la esposicion de Rocco: por el domicilio es que el individuo se somete á la ley que le gobierna, y el domicilio depende directamente de su libre voluntad. Es verdad que el hijo al nacer tiene el domicilio de su padre, pero mientras no ha confirmado el hecho de su nacimiento por su eleccion y adhesion, no hay verdadero lazo entre él y la ley. . . .

Puede dejar el suelo que lo ha visto nacer y establecer en otra parte el centro de sus intereses y de sus afecciones; fijando su domicilio en otro país se somete á la ley que en él reina, la hace suya, esta ley viene á ser, pues, su ley personal y no la de su nacimiento. Este es un hecho accidental, independiente

(1) Unger.

de su voluntad, mientras que el otro establece un lazo jurídico entre él y la ley á la cual está sometido.

En presencia de las afirmaciones del docto napolitano; Laurent pregunta si el individuo que va á establecerse en país extranjero rompe los lazos de su nacimiento: si el Francés se convierte en Inglés porque se establezca en Inglaterra? (1)

Nó, seguramente, y esta es otra ventaja del principio que he aceptado, por cuanto permite al individuo adoptar en sus relaciones con los demás la regla jurídica que le ha de gobernar, sin olvidar por esos los deberes y los dulces vínculos que lo ligan á su patria.

Tanto este autor como otros que sostienen la nacionalidad, parecen confundir dos cosas bien distintas: la naturalizacion en cuya virtud el extranjero se somete y entra en la comunidad política, y el domicilio en cuya virtud el extranjero se somete al derecho local en lo que respecta á sus relaciones jurídicas puramente privadas. Esta confusion nos esplica la pregunta de Mr. Laurent.

La *lex domicilii* simplifica las operaciones diarias de la vida, porque en este sistema la ley personal depende de hechos fáciles de verificar; es conforme con la libertad individual y es ademas aceptada por la mayoría de los autores y sancionada por la casi totalidad de las naciones.

10. El Codificador Argentino ha adoptado de la

(1) Laurent—Droit Civil Internacional Tom. II pág. 194 y sigts.

manera mas clara y terminante la *lex domicilii*: «La capacidad ó incapacidad de las personas domiciliadas en el territorio de la República, sean nacionales ó extranjeras, será juzgada por las leyes del país aún cuando se trate de actos ejecutados ó de bienes existentes en país extranjero.» del mismo modo «La capacidad ó incapacidad de las personas domiciliadas fuera del territorio de la República, será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio, aún cuando se trate de actos ejecutados ó de bienes existentes en la República (art. 6 y 7 Tít. Prel.

En países como la República Argentina en que el número de extranjeros es considerable, conviene el domicilio, por cuanto facilita las transacciones, sobre todo las mercantiles que reclaman celeridad y rapidez en su ejecucion, haciendo depender la capacidad de los extranjeros de una ley generalmente conocida y fácil de verificar, lo que no sucede con la ley nacional porque la patria está generalmente á grandes distancias del país donde el extranjero contrata.

11. Se han hecho algunas objeciones al sistema que vengo sosteniendo; mientras que todos reconocen la necesidad, se ha dicho, de hacer estable y cierto el estado de la persona, en este sistema puede empeorar ó mejorar segun la ley del lugar en que va á establecer el domicilio.

Contesto que este no es inconveniente porque la constitucion de domicilio es un hecho voluntario y por consiguiente el individuo debe culparse á sí mismo si su estado empeora.



Pero, se agrega, esta razon no es aplicable á todos los casos: el menor no emancipado y la muger casada tienen un domicilio necesario, y asi si un padre quisiese ejercer mas largo tiempo los derechos de la patria potestad, lo conseguiria por la simple traslacion del domicilio.—De la misma manera un tutor podria dañar los derechos de sus pupilos, etc.

Son estas, objeciones parciales que no destruyen el sistema, puesto que pueden ser salvadas fácilmente por los detalles de la legislacion de cada país.

Asi p. ej, segun nuestro Código, un tutor no puede cambiar de domicilio sin permiso del juez de la tutela.

Y en cuanto á la muger casada por el hecho del matrimonio se somete voluntariamente á las leyes del domicilio de su marido.

Por otra parte, el cambio de domicilio es un hecho grave que no se realiza tan fácilmente como aparentan creer los adversarios.

No es suficiente refutacion el decir que el domicilio no siempre es voluntario; porque si esto fuera suficiente, la lógica conduciria á rechazar la nacionalidad que, salvo el caso de naturalizacion, siempre es independiente de la voluntad. Los nacionalistas insisten demasiado en la inestabilidad del domicilio; sin embargo una observacion mas detenida de los hechos hace ver que el cargo es exagerado.

Otra objecion es que un individuo puede abandonar su domicilio y encontrarse sin ninguno, en el caso que no haya elegido otro todavia.

Este inconveniente tambien puede salvarse por

una legislación reglamentaria, declarando por ejemplo que mientras no se adopte otro nuevo se tendrá el domicilio de origen. Tal es la disposición de nuestro Código. «En el momento en que el domicilio es abandonado sin ánimo de volver á él, la persona tiene el domicilio de su nacimiento».

Nótese que la nacionalidad es pasible de las mismas objeciones, puesto que es sabido que un individuo puede hallarse sin pátria ó tener dos ó mas, tal es el caso de un hijo de francés nacido en la República: según nuestra ley es argentino, y según la ley francesa es francés ¿cual de estas dos leyes regirá su estado y capacidad?

12. Mientras el domicilio permanece inalterado no hay dificultad: el estado y la capacidad de las personas caen bajo su imperio; pero cuando sobreviene un cambio ¿se aplicarán las leyes del antiguo ó las del nuevo domicilio?

Esta cuestión ha dividido á los antiguos juriscultos y las divergencias no han cesado aún.

Mientras unos sostenían que las leyes del nuevo domicilio eran las aplicables otros sentaban el principio diametralmente opuesto: para estos era indudable la supremacía de las leyes del antiguo.

Hertius se decide por el domicilio actual «*Hinc status et qualitas personæ regitur a legibus loci cui ipsa sese per domicilium subjecit. Atque inde etiam fit ut quis major hinc, alibi mutato scilicet domicilio incipiat fieri minor.* (1)

(1) Hertii Opera p 122 ediction 1766.

Participan de la misma opinion Paul y Jean Voët.

Merlin llega á esta conclusion: *el domicilio de origen* y no el domicilio actual gobierna en todos los casos la menor edad, la pátria potestad y el poder marital.

Pothier es espreso «el cambio de domicilio libra á las personas del imperio de las leyes del lugar del domicilio que abandonan y las somete á las del lugar del nuevo domicilio que adquieren ».

Creo que la ley del actual domicilio es la que debe preferirse.

En efecto, desde que la teoria del domicilio reposa en la sumision voluntaria al derecho de una localidad determinada, es claro que, desde que se cambia hay sumision á la nueva ley.

Este principio reconoce una escepcion: la mayor edad se rige por la ley del domicilio de origen y así, un mayor segun las leyes de su anterior domicilio lo será tambien segun la ley del nuevo.

Hay, pues, aquí una verdadera escepcion á la regla general, escepcion que se funda en que la mayor edad es un derecho adquirido y se supone que no entra en la mente del que cambia domicilio el despojarse de esa calidad.

Esta es, por otra parte, la doctrina seguida por el Código Argentino.

« El que mude su domicilio de un país estrangero
« al territorio y fuese mayor ó menor emancipado
« segun las leyes de este Código, será considerado

« como tal, aún cuando sea menor ó no emancipado
« segun las leyes de su domicilio anterior.

« Pero, si fuese ya mayor ó menor emancipado
« segun las leyes de su domicilio anterior y no lo
« fuese por las leyes de este Código, prevalecerán
« en tal caso aquellas sobre estas; reputándose la
« mayor edad ó emancipacion como un hecho irre-
« vocable » (Tit. De los menores arts. 13 y 14).

13. Algunos escritores han querido distinguir entre las calificaciones personales y los efectos jurídicos de las mismas.

Segun esta opinion las calificaciones se regirian por el derecho local del domicilio, mientras que á los efectos de esas calificaciones se aplicaria otro derecho local que no es el mismo segun los autores.

Asi las calificaciones de menor, célibe, pródigo etc. se regirian por la *lex domicili*. La cuestion de saber si un individuo es menor, es decir, cual es el término de la menor edad se juzga segun el derecho del domicilio. Por el contrario los derechos y las incapacidades del menor pertenecen á los efectos jurídicos de su estado, y segun los partidarios de esta distincion no se juzgan segun el derecho del domicilio (Savigny § 362)

Pienso con Savigny que se debe rechazar en absoluto la distincion propuesta, por ser arbitraria, inconsecuente y falta de objeto. Cuando se examina atentamente el fondo del asunto, se vé con claridad que todas las distinciones se reducen á lo siguiente: varios estados de la persona se designan por un

nombre especial, otros carecen de esta particular designacion. Una circunstancia tan accidental é indiferente no puede motivar la aplicacion de diversos derechos locales (§ 362).

Otros autores pretenden que la capacidad del individuo considerada en abstracto se rige por la ley personal, pero que la capacidad para hacer ciertos actos se juzga por la ley del lugar en que el acto se ejecuta.

Esta distincion tampoco puede aceptarse: 1º por que no es científica—2º porque haria variable el estado de la persona. (1)

El Código Civil distingue la capacidad general de la capacidad de derecho. A la primera, como se ha visto le aplica la ley del domicilio, á la segunda la *lex loci* «La capacidad ó incapacidad de derecho, el objeto del acto y los vicios sustanciales que pueda contener, serán juzgados para su validez ó nulidad por las leyes de este Código» (2). Pero como en la República *no puede hablarse de la capacidad civil del derecho romano, de las personas esclavas, de los que hubiesen sufrido una capitis deminutio, ni tampoco de la capacidad ó incapacidad civil que se vé en algunos Códigos, segun que las personas sean nacionales ó extranjeras; pues ni tenemos esclavos, ni hay diferencia*

(1) Brocher. D. I. Privé núms. 21, 22—Meier. De conflictu legum pág. 198—Fiore D. I. Privé. § 48.—Savigny Sistem. §§ 362 á 364.—Wharton Conflict of Laws § 116.—Bar § 43.—Story Conflict of laws §§ 60 á 62.—Merlin Repertoire verb. Testament sec. I § 5 art. 1.—Mittermaier. Privatrechts § 30. Fœlix Tom. I pag. 64.

(2) Art. 6 Tit. «De los actos jurídicos.»

entre nacionales ó extranjeros para el goce y ejercicio de los derechos privados; como las incapacidades que el Código fulmina en diversos artículos están basadas en consideraciones de moral y de orden público; resulta que la distincion arriba mencionada ha perdido su importancia ante la ley argentina.

Sin embargo, esta distincion asi reducida á términos de no significar lo que es en la doctrina, me parece censurable, por mas que solo exista en el nombre.

En efecto, bastaba que el Código hubiera dicho: la capacidad de las personas se rige por la ley de su domicilio, *con las limitaciones de orden público*; porque en estas limitaciones hubieran entrado todas las incapacidades por él impuestas, incapacidades que no son otra cosa que leyes prohibitivas de un carácter estrictamente obligatorio.

14. El Código Civil Italiano adopta la doctrina que he combatido. Dispone en su artículo 6° que «el estado y la capacidad de las personas y las relaciones de familia son regladas por la ley de la nacion á la cual pertenecen.»

El Código Napoleon tambien está disconforme con nuestra doctrina cuando dice en su artículo 3: «Las leyes relativas al estado y á la capacidad de las personas rigen á los franceses en el extranjero.»

Sin embargo, es dudoso si los extranjeros residentes ó domiciliados en Francia son regidos en cuanto á su capacidad por la ley francesa ó por la ley nacional.

El Código se ha abstenido de resolver la cuestion, sin embargo la jurisprudencia parece inclinada en favor de la ley nacional. (V. Merlin, V. Lois).

Si de estas legislaciones se pasa á las de otros países se verá que la teoria predominante es la que he sostenido.

El Código Prusiano dispone: «Las calificaciones personales y los derechos de cada uno se juzgan con arreglo á las leyes del Tribunal en cuyo distrito tiene su domicilio.»

Esta disposicion se refiere solo á los prusianos; la referente á los extranjeros es la siguiente:

«Los súbditos de los Estados extranjeros que residen ó hacen negocios en Prusia deben ser igualmente juzgados segun las disposiciones precedentes.»

La ley prusiana no distingue las calificaciones personales de sus efectos jurídicos.

Así, segun Savigny, es cierto que el Código Prusiano clasifica la capacidad de obrar entre las calificaciones personales y los derechos de cada individuo y que de este modo subordina al derecho del domicilio no solo las calificaciones, sinó tambien sus efectos jurídicos (§ 363).

El Código austriaco dispone: «La capacidad de los extranjeros para realizar actos jurídicos se juzga segun las leyes del lugar á que se encuentran sometidos por consecuencia de su domicilio.»

La constitucion Suiza de 1874 dispone: «Las personas establecidas en Suiza, están sometidas á la jurisdiccion y á la legislacion del lugar de su domicilio,

en lo que concierne á las relaciones de derecho civil. La legislacion federal estatuirá las disposiciones necesarias en vista de la aplicacion de este principio y para impedir que un ciudadano tenga dos.»

Brocher, consecuente con la escuela nacionalista á que está afiliado, critica la disposicion constitucional y aún asegura que los Tribunales no la aplican, esperando que el principio reciba mayores desenvolvimientos. (1)

Los antiguos Códigos Italianos adoptaban la *lex domicilii*.

No mencionaré otras legislaciones que adoptan la ley del domicilio y que confirman mi aserto de que este principio es adoptado por la casi totalidad de las naciones modernas y vienen á servir de poderoso argumento contra los que, como Mancini, sostienen que el domicilio es un principio de otra época, hijo de circunstancias que hoy han desaparecido. Nó, si el domicilio se radicó en medio de circunstancias que hoy no existen, eso no quiere decir que el sistema carezca de fundamentos científicos y que deba desaparecer con esas circunstancias: la libertad individual es el principio generador y es suficientemente noble y elevado para perpetuarse.

II)—15. Antes de hablar de las diversas relaciones de derecho en que puede figurar un individuo y que suelen llegar á modificar su derecho puramente per-

(1) Brocher. Cap. II § 22.

sonal, conviene que determinemos qué ley rige la ausencia.

La ausencia es una modificación del estado de la persona que tiene importantes consecuencias jurídicas.

Así, según nuestro Código, la ausencia de una persona del lugar de su domicilio causa la presunción de su fallecimiento, si no se tienen noticias de ella durante seis años — En ciertos casos se puede dar la posesión provisoria de los bienes á los herederos, á veces dá lugar á que se liquide la sociedad conyugal, etc. (1)

16. Las dos escuelas rivales: la nacionalidad y el domicilio se presentan á disputarse el campo.

Nadie duda que la ausencia deba ser declarada en el domicilio de la persona ausente, pues es este el centro de los negocios y relaciones del ausente y el lugar donde pueden recojerse las pruebas de la falta de noticias y constatarse las causas del alejamiento.

Ahora bien, sentado esto ¿qué ley rige la ausencia?

Nuestro Código no lo dice, pero es evidente que debe ser la ley del domicilio del ausente porque la ausencia es una calificación jurídica y se ha visto que según los artículos 6 y 7 del Título preliminar el estado y la capacidad se rigen por la ley del domicilio de las personas.

Esto en el terreno legal. En cuanto á doctrinas no reproduciré los argumentos de la escuela nacionalis-

(1) Tit. «De la Ausencia». Cod. Civil.

ta, ni los de la del domicilio, porque seria repetir la cuestion que dejo discutida en los números anteriores, al ocuparme del estado y capacidad de las personas. Los argumentos que podria aducir no serian sinó la aplicacion á un caso particular de los principios generales, sentados precedentemente.

Pero sí, debo notar que la ausencia es un cambio de estado y que por lo tanto se le ha de aplicar la ley personal en sus efectos y consecuencias y de ningun modo la *lex rei sitæ*, como pretenden aquellos escritores que distinguen la personalidad y la realidad en materia de capacidad. El conjunto de disposiciones que se relacionan á la ausencia, forma un sistema único é indivisible. (1)

Rechazo, pues, completamente la opinion de Rocco que dice: «El hecho de la ausencia se liga íntimamente con el estado de la persona y entra por lo tanto en el dominio de la ley personal; *pero respecto á los efectos reales que derivan de la ausencia debe prevalecer la lex rei sitæ.*»

III)—17. Al lado de la persona humana ó natural, encontramos otras de una existencia ideal ó de pura creacion jurídica. Son entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones y por consiguiente tienen cierta capacidad legal; pero como carecen de los atributos del hombre, como carecen de voluntad y discernimiento, no pueden ser sujetos del derecho penal; como carecen de afecciones no

(1) Fiore.

están subordinadas á las relaciones de familia; solo tienen existencia en el dominio de los bienes.

Las personas jurídicas sobre las que el Código legisla, son:

- 1° El Estado.
- 2° Cada una de sus Provincias.
- 3° Cada uno de sus municipios.
- 4° La Iglesia.

5° Los establecimientos de utilidad pública, religiosos ó piadosos, científicos ó literarios, las corporaciones, comunidades religiosas, colegios, universidades, sociedades anónimas, bancos, compañías de seguros y cualesquiera otras asociaciones que tengan por principal objeto el bien comun, con tal que posean patrimonio propio y sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes, y no subsistan de asignaciones del Estado. (Art. 4° Tit. I.)

Son tambien personas jurídicas los Estados extranjeros, cada una de sus provincias ó municipios, los establecimientos, corporaciones ó asociaciones existentes en países extranjeros y que existiesen en ellos con iguales condiciones que las del artículo anterior. (1)

Comienza la existencia de las corporaciones, asociaciones, establecimientos, etc., con el carácter de personas jurídicas, desde el dia en que fuesen autorizadas por la ley ó por el gobierno, con aprobacion de

(1) Art. 5 Tit. I Lib. I Sec. I. Cód. Civ.—art. 16.

sus estatutos y confirmacion de los prelados en la parte religiosa. (1)

18. De lo espuesto en el número anterior resulta que las personas jurídicas son de una existencia necesaria como el Estado, por ejemplo—ó de una existencia posible como un Banco, una sociedad anónima etc. En cuanto á las personas jurídicas necesarias, no hay casi dificultad: son reconocidas como tales en todas partes.

Se pregunta si los Estados pueden ser demandados ante los Tribunales de otro Estado extranjero; la negativa es hoy unánime. Cualquier reclamacion debe llevarse por la via diplomática.

19. Pero tratándose de las personas jurídicas voluntarias ó posibles, las cuestiones se complican.

Necesitan autorizacion para establecerse en la República ó para ejercer sus derechos?

Y una vez autorizadas ¿qué ley rige su capacidad? Les es aplicable la ley personal? Tienen nacionalidad? Cómo se determina?

Tales son las múltiples y variadas cuestiones que suscitan las personas legales y de que me ocuparé en los números siguientes.

20. Mucho malo se ha dicho de lo que ingleses llaman *incorporation* y que yo llamaré personificacion ó creacion de personas ficticias.

Sin hacer cuestion de los males que estas colectividades pueden causar, sin exagerarlos tampoco, pienso

(1) Cód. Civ. art. 16.

que su multiplicacion arbitraria no podria ser indifere-
rente.

Se presenta, pues, aquí la necesidad de la autoriza-
cion del Estado cuando *personas jurídicas* extranjeras
quieran ejercitar sus derechos en su territorio.

Cómo! se dirá acaso, las personas legales ó jurí-
dicas no tienen el mismo derecho que los individuos
humanos á que su capacidad sea reconocida en todas
partes?

Contesto que no.

Colocar en la misma categoria al hombre y á la
persona legal es asimilar la ficcion á la realidad.

El hombre tiene derechos por el hecho de ser hom-
bre, ellos preceden á la ley positiva; mientras que los
derechos de las personas legales arrancan del legisla-
dor y espiran con su territorio.

Dejemos el razonamiento abstracto y plantémos
la cuestion en el terreno legal.

Entre nosotros no ha faltado quien sostenga apo-
yándose en el artículo 5° del título I que las personas
jurídicas existentes en país extranjero no necesitan
autorizacion para ejercer sus derechos en la Repú-
blica.

Este artículo reconoce, en efecto, como tales á las
personas jurídicas que existan en país extranjero en
las mismas condiciones que las que existan en la Re-
pública.

Esas condiciones son:

1ª Subsistencia independiente de asignaciones del
Estado.

2ª Capacidad segun sus estatutos para adquirir bienes.

3ª Fin útil al pueblo (art. 4).

4ª Autorizacion del Gobierno (art. 16).

Cumplidas en el extranjero, se dice, es evidente que son personas jurídicas reconocidas por nuestro Código; desde que éste no pide más no se puede exigir más.

Los que esto afirman han comprendido mal el pensamiento de la ley. Sostengo la necesidad de la autorizacion y voy á demostrarla. El artículo 5º solo concede el reconocimiento mediante las cuatro condiciones enumeradas. Tomemos una de ellas; la tercera, por ejemplo: *fin útil al pueblo*.

Con qué criterio se ha de juzgar de la utilidad de los fines de una corporacion existente en Francia? Nos bastará que sea útil en esa nacion cuando obra en nuestro país?

Todo el mundo sabe que instituciones consideradas útiles por tal ó cual país, pueden no serlo para otros.

El exámen de esta sola condicion basta para probar la sin razon de nuestros adversarios.

Examinemos otra condicion; sea la 4ª por ejemplo: *autorizacion del Gobierno*.

Si las personas jurídicas argentinas necesitan la autorizacion del Gobierno para tener existencia legal ¿cómo seria posible acordársela á la estrangera sin el exámen prévio de sus estatutos?

En Francia (1) las sociedades anónimas no requie-

(1) La ley 24 de Julio de 1875 estatuye que la autorizacion no es

ren autorizacion del Estado. Si, pues, esas sociedades pudieran estender su capacidad á la República, sin prévia autorizacion, inútiles serian todas las precauciones de las legislaciones, porque con solo establecer su centro de gerencia en el extranjero burlarian todas las precauciones legales.

El Código de Comercio confirma nuestra opinion; su artículo 405 hablando de las sociedades anónimas dice: «solo pueden establecerse por tiempo determinado y con autorizacion del Poder Ejecutivo, dependiente de la Asamblea General, cuando hubiesen de gozar de algun privilegio»

Hablando de las compañías de seguros, dice en su artículo 672: «Las compañías extranjeras de seguros no pueden establecer agentes en el Estado sin autorizacion del Poder Ejecutivo. Si lo hicieren serán personalmente responsables los agentes»

Diré por fin con Pimenta Bueno, que la autorizacion del poder territorial es una necesidad de policia y de órden público para precaver los peligros de empresas temerarias ó nocivas.

He reconocido la necesidad de autorizacion. Ahora bien, si una persona obrase sin autorizacion ¿qué sancion tendria en este caso la ley que la exigiese?

Hay diversas opiniones.

Algunos proponen la negacion del derecho de estar en juicio.

necesaria y que las *sociedades anónimas* pueden en principio constituirse libremente con la condicion de observar las prescripciones legales. En el mismo sentido la ley Belga de 18 de Mayo de 1873.

Esta opinion es demasiado absoluta é injusta; no respeta los derechos de los terceros que hayan contratado con la corporacion.

Por esto la Córte de casacion francesa hace una distincion: segun ella, no podrian obrar como demandantes, pero serian pasibles de acciones por el cumplimiento de sus obligaciones.

Lo mas justo me parece, no negarles toda accion sinó considerarlas como sociedades particulares sin el carácter de personas jurídicas.

El Código de Comercio dispone: «En las sociedades anónimas no autorizadas debidamente, los fundadores y administradores serán solidariamente obligados á la restitution de todas las sumas que hubiesen recibido por acciones emitidas, como tambien al pago de las deudas sociales y de los perjuicios que resultasen á terceros de la inejecucion de las obligaciones contraidas á nombre de la sociedad.»

Ahora tócame determinar qué ley rige la capacidad de las personas jurídicas?

Hay diversas opiniones: unos sostienen la *lex domicilii*, otros la ley nacional, para otros finalmente la *lex loci* es la aplicable.

Los que sostienen la primera y segunda opinion dicen que hay estricta analogia entre la persona natural y la persona jurídica; ambas son entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones, por lo tanto se debe aplicar la ley personal, es decir el domicilio ó la nacionalidad.

Para mí esta opinion es insostenible; la analogia no

va hasta la identidad, la persona legal imita á la natural, pero no se confunde con ésta, su capacidad y sus derechos son una creacion artificial de la ley.

Al sostener, como lo he hecho, que la autorizacion del poder público era indispensable para que una corporacion estrangera pudiese ejercer sus derechos en el Estado, he dicho implicitamente que el poder local tiene la facultad de examinar su capacidad y ampliarla ó restringirla segun sus propios intereses.

Tratándose de la persona humana la solucion es muy diversa, sus derechos arrancan de la ley natural, y ningun Estado podria invocar sus conveniencias para negarle lo que emana de la naturaleza que Dios le ha dado; pero las personas legales no tienen sino derechos *civiles* propiamente dichos, no hay razon para pedir que se les respete fuera del territorio de los Estados que las han creado.

Así, pues, en mi opinion, la *lex loci* es la única que puede y debe rejir la capacidad de las personas ficticias.

Débese notar tambien que tratándose de las personas jurídicas que generalmente no cambian de domicilio, la *lex loci* no presenta los graves inconvenientes que se seguirian de aplicar esta ley á las personas naturales.

A pesar de la opinion que acabo de emitir, el respeto y la consideracion mútua que se deben los Estados parecen exigir que las personas jurídicas constituidas y declaradas capaces en un país, sean

reconocidas en los demas; de aquí la necesidad de tratados que resuelvan las múltiples cuestiones que pueden ocasionar las personas jurídicas.

En el terreno de nuestra legislacion la capacidad de las personas jurídicas, se rige por la *lex loci*; la capacidad de que trato es pura y simplemente una *capacidad de derecho* y segun el Código esta se rige por las leyes del país. Los artículos 6 y 7 del título preliminar se aplican solo á los capaces *de hecho* y nó á los *de derecho*.

21. Se presenta aquí una cuestion interesante: cómo se determina la nacionalidad de una persona moral?

Segun Fiore la nacionalidad de los miembros que componen una corporacion es indiferente, lo único que debe tomarse en cuenta es la autoridad que les ha conferido la personificacion.

De la misma manera, dice el profesor de Pisa, que los individuos son ciudadanos ó extranjeros, las personas jurídicas, tales como las corporaciones, los institutos, las Universidades, son nacionales ó extranjeras. Pero ¿cuales son los elementos que deben servir para determinar el carácter nacional de un Instituto? Como lo ha dicho sábiamente la Corte de Apelacion de Roma, no se puede calificar de extranjero á un establecimiento por la simple consideracion de ser extranjeros todos sus miembros. No se puede en efecto, confundir las calificaciones jurídicas de los individuos *uti singuli* con las calificaciones jurídicas del cuerpo moral *uti universitas*; la personalidad



jurídica de los unos no se confunde con la personalidad jurídica del otro. Toda persona jurídica adquiere una existencia legal por medio de un acto de fundación aprobado por la autoridad suprema, y á este acto es menester atender, para decidir si la persona jurídica es nacional ó extranjera. Si la personalidad jurídica ha sido atribuida á un establecimiento por la autoridad suprema nacional, este establecimiento será considerado nacional; si al contrario ha sido fundada por la autoridad suprema extranjera, y si ejerce en seguida en nuestro Estado los derechos que derivan de la personalidad jurídica será considerado como extranjero. (1)

En el caso que se aceptase que el estatuto nacional es aplicable á las personas legales, es indudable que la nacionalidad debe establecerse de acuerdo con la opinion del señor Fiore.

La determinacion de la nacionalidad es tambien importante para saber cuando las personas legales ó jurídicas pueden reclamar el amparo diplomático. La regla es bien sencilla; 1º Se trata de una sociedad creada por autoridad extranjera, procede el amparo diplomático. 2º Se trata de una sociedad autorizada por el gobierno local, no procede aún cuando la totalidad de los miembros sean extranjeros.

Debe encarecerse aquí de nuevo la necesidad de tratados que eviten conflictos.

Otra cuestion que se presenta es la siguiente: di-

(1) Fiore p. 638 y 639.

suelta una persona jurídica extranjera ¿á quien pertenecen los bienes? Todo depende de los tratados, á falta de estos la *lex loci* decidirá.

22.—El Código Argentino sigue á Freitas.

Hé aquí los términos en que se espresa el codificador y que prueban lo deficiente de las legislaciones extranjeras en la materia que me ocupa. En todos los Códigos modernos no hay un título sobre lo que en ellos se llama personas morales, á pesar de que necesariamente tienen que disponer sobre el Estado, municipalidades, corporaciones, establecimientos públicos etc. El Código de Austria en su primera parte, sobre el derecho relativo de las personas, solo en dos artículos, el 26 y el 27, indica esas personas, refiriéndose á las municipalidades y á las sociedades autorizadas ó no autorizadas. El Código de Prusia contiene un largo tratado sobre las sociedades en general y sobre las municipalidades y corporaciones en particular. El de Luisiana concluye el primer libro con solo un título sobre las corporaciones. Unicamente el Código de Chile contiene un título de las personas jurídicas. (1)

Respecto á la legislacion de los Estados-Unidos «Los *cuerpos* no tienen existencia fuera del territorio del Estado que los ha reconocido, ó de la jurisdiccion en virtud de la cual existen. Tal es la doctrina generalmente admitida en los Estados-Unidos» (2)

Warton en el número 48 se espresa en el mismo sentido.

(1) Nota al Tit. «De las personas jurídicas» Cód. Civ.

(2) Field—Internacional Cód. núm. 545.

La opinion que sostengo se halla, pues, aceptada en la América. La Alemania y la Italia parece que se inclinan á la doctrina que he combatido.

De todos modos, el estado de la legislacion extranjera no es satisfactorio.

22 (bis.) El Congreso de juristas americanos reunidos en Lima, ha sancionado la nacionalidad como determinante de la ley que regla el estado y la capacidad de las personas.

¡Es algo extraño este sacrificio de todas las conveniencias de las Repúblicas Americanas en aras de un principio que apenas cuenta en su apoyo dos ó tres legislaciones, que lo han adoptado obedeciendo al prestigio de una idea política predominante!

CAPÍTULO III

Fundamentos de los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 61, 62 del Título "del matrimonio" Código Civil.

I Matrimonio—23 Observaciones generales—24 Celebración—Ley que rige sus formas—25 Validez intrínseca—sus condiciones—26 Efectos del matrimonio respecto de las personas—Ley que rige los derechos y deberes de los cónyuges—27 Efectos sobre los bienes—28 Artículo 3^o del Código—29 Cuestiones y conflictos—II 30. Divorcio—Sus clases—31 Ley que lo rige—32 Cuestiones y conflictos—33 Separación personal—34 Legislaciones diversas.

23. Las legislaciones de todos los tiempos se han preocupado especialmente del matrimonio como base de la familia y de la sociedad. Cada país lo ha reglado á su manera, considerándolo unos como un simple contrato, otros como un acto puramente religioso y otros por fin, como una institucion social. Sin entrar á discutir la opinion católica que lo considera como un sacramento, porque no entra en mi propósito, me concretaré á constatar la divergencia existente en los diversos países, y sentaré lo que es innegable á saber:

(1) Fuentes del presente capítulo: Savigny Tom VIII § 379—Brocher Cap. II. Lib. I. Fiore Caps. V. y VI.—Laurent Tom. IV—Wharton. §§ 127 y siguientes Story §§ 79 y siguientes.

que el matrimonio es una institucion de órden público que interesa de una manera especial á la organizacion de la sociedad.

Esto es lo que no debe perderse de vista y justamente la existencia del *jus publicum matrimoniale* es lo que viene á aumentar las numerosas dificultades que existen en la materia.

24. Tratándose de las formalidades esternas del matrimonio, la regla *locus regit actum* es aceptada universalmente.

Este principio no debe tomarse, sin embargo, en un sentido demasiado absoluto, de manera que la regla sea ineludible, porque como lo diré al ocuparme de los actos jurídicos, ella es facultativa y no imperativa.

Supóngase que un individuo se encuentra en país extranjero, quiere casarse, pero repugnan á su conciencia ciertas formalidades que la religion oficial allí dominante impone á sus habitantes; ese extranjero encuentra medios de contraer matrimonio con arreglo á las leyes de su pátria. Yo me decido por la válidez del tal matrimonio, bien entendido que se trate de formas esternas y no de condiciones de validez interna. La regla *locus regit actum* tiene por objeto facilitar la realizacion de los actos y por lo tanto cuando hay posibilidad de cumplir en el extranjero con lo dispuesto por las leyes nacionales ó las del domicilio, no veo porqué se ha de negar la facultad de cumplir con dichas leyes. Esta nega-

tiva importaría desconocer los fundamentos racionales del adagio.

¿Se aplicará el principio general cuando dos individuos dejan su país por no sujetarse á ciertas formalidades que consideran importunas?

Hay que hacer una distincion: si se trata de una condicion de fondo, hay legislaciones que pronunciarán la nulidad, mientras que otras como la nuestra reconocerán la validez; pero si solo se trata de una mera formalidad esterna, la solucion ha de ser muy diversa, porque en este caso la voluntad de defraudar la ley tiene poca importancia y es de justicia que la validez sea mantenida. (1)

25. Háse visto que respecto á las condiciones externas de validez existia poca divergencia de opiniones: el principio que he sentado puede considerarse como una *communis opinio*. No sucede desgraciadamente lo mismo tratándose de las condiciones que afectan al fondo del asunto. Los autores y las legislaciones se hallan divididos.

Muchos quieren que la regla *locus regit actum* estienda su imperio á la validez intrínseca del matrimonio; mas debe notarse que no todos los que apoyan esta opinion se fundan en los mismos motivos: 1° Para unos el matrimonio es un contrato y como todos los contratos, debe regirse por la ley del lugar de la celebracion. Hay dos inexactitudes en este raciocinio. 1ª No es cierto que el matrimo-

(1) Fiore, páj. 192.—Burge Commentaries on colonial law. I. 187.

nio sea un simple contrato, sino que, como lo dejo establecido (1), es una institucion social que envuelve cuestiones de grave trascendencia y afecta intereses morales, políticos y religiosos, lo que lo distingue de los contratos ordinarios.— 2^a Aún suponiendo que solo fuera un contrato, la ley aplicable no seria la ley del lugar de la celebracion, sinó la del cumplimiento, y el lugar del cumplimiento de las obligaciones que derivan del matrimonio es indudablemente el domicilio del marido. (2)

2^o Segun Laurent, los ingleses y los anglo-americanos fundan sus doctrinas en resábios de un territorialismo extremo.

3^o El Código Civil establece: «La validez del matrimonio, no habiendo poligamia ó incesto, es regida por la ley del lugar en que se ha celebrado aunque los contrayentes hayan dejado su domicilio por no sugetarse á las formas y leyes que en él rigen.» (3)

Nuestro Código no puede fundarse en las tradiciones feudales que Laurent atribuye á los anglo-americanos; no puede fundarse tampoco en la teoría de los contratos, porque segun él, los contratos que tienen un lugar determinado para su ejecucion, se rigen por la ley del lugar del cumplimiento. (4)

En qué se funda, pues?

(1) Núm. 23.

(2) Savigny Tom. VIII, § 379. Es aplicable aquí la 2^a regla formulada en el Núm. 84.

(3) Art. 1^o, Tít. «Del matrimonio»

(4) Arts. 73 y 74, Título «De los contratos en general.»

Lo que la ley argentina ha buscado es seguridad para los matrimonios, ha querido impedir que cuando la ley de la celebracion declara válido este acto, las leyes del domicilio lo consideren nulo ó viceversa.

Solo ha impuesto una restriccion: la poligamia y el incesto.

« Es menester convenir en que la ley del lugar de la celebracion presenta grandes ventajas como regla de validez. Esta ley es la mas fácil de seguir; parece que hay, pues, un poderoso motivo de seguridad. La ley de la celebracion parece comunmente aceptada como competente respecto de las *formalidades exteriores* de este acto. Habria un motivo de mayor seguridad si la misma ley rigiese las dos categorias de condiciones y evitariase la dificultad de discernirlas. Los embarazos y peligros que resultan de que los esposos no estén siempre sometidos á la misma ley personal desaparecerian igualmente. Este sistema creado por la doctrina ha sido sometido por ella misma á las restricciones que ha parecido necesario imponerle, especialmente en los casos en que hubiera poligamia é incesto. (1)

Creo, sin embargo, que este principio hace depender de un hecho accidental la validez del acto de que se trata, y que ofrece un gran inconveniente práctico. Si se admite que el matrimonio declarado válido por la ley de la celebracion, lo será en todas partes, se ha-

(1) Brocher, Núm. 36.

cen ilusorias las disposiciones de orden público establecidas por la ley de la patria ó del domicilio.

Otra escuela se presenta y es la italiana.

Cualquiera, dice Fiore, (1) que sea el lugar en que se celebre el matrimonio, cualquiera que sea el lugar en que se encuentre domiciliado el marido al tiempo en que contrae, lo cierto es que mientras que el marido es miembro de una nacion, la nueva familia que se forma pertenece á esta nacion y los hijos que nazcan del matrimonio nacen ciudadanos de esta patria. ¿Cuál es pues la ley que tiene el derecho de reglar el matrimonio, sino la de la nacion del marido bajo cuya proteccion existen civil y jurídicamente la nueva familia y los miembros que le pertenecen? Desde el momento en que un italiano, un francés, un ruso, revestido de su propio carácter nacional, contrae matrimonio en territorio extranjero, de este acto civil aprobado, resultan algunos efectos que deben reglarse por la ley de la patria de cada uno. Será la ley italiana, por ejemplo, la que regirá en el caso en que el marido sea italiano, la validez intrínseca de este acto, las obligaciones entre padres é hijos, la legitimidad de los hijos que nazcan, la admisibilidad de las pruebas ofrecidas á este respecto, la necesidad de la autorizacion marital, la legitimacion del hijo natural nacido antes del matrimonio y otras cosas semejantes. El individuo investido de la nacionalidad italiana no puede sustraerse al poder de nuestra ley,

(1) D. S. P. núm. 82.

simplemente porque ha contraído matrimonio en territorio extranjero, puesto que no puede adjuar su calidad de italiano al cumplir un acto civil que interesa á la nacion á la cual pertenece; el soberano del lugar donde un italiano está domiciliado no puede tampoco pretender someterlo en todo á sus propias leyes. »

Como se vé el motivo principal de la aplicacion de la ley nacional está en la proteccion de los propios súbditos. Ya dejo demostrada la falsedad de este punto de vista.

En seguida pregunta Fiore « ¿ qué interés tendrá el soberano del lugar en aplicar las leyes hechas para sus propios súbditos á una familia extranjera? Si la familia es extranjera, si los hijos nacen extranjeros, que ventaja habria en querer determinar por las leyes de su propio pais el estado civil de estos individuos y sus relaciones mútuas? »

Contesto que hay muchos casos en que el soberano del lugar tendrá interés en aplicar sus propias leyes á los extranjeros. Supóngase que estos extranjeros estan domiciliados en su territorio, que por tanto es en este territorio que se han de producir los efectos del cambio de estado, que los hijos que han de nacer, han de ser miembros de su nacion segun el principio de la ciudadanía natural; es claro que en la hipótesis, la ley aplicable es la del domicilio bajo cuyo amparo vive voluntariamente el extranjero.

Lo que se ha dicho combatiendo á la nacionalidad en los capítulos I y II, se aplica á la materia de que se

trata; por esto es que rechazando la doctrina del Código y la de la escuela italiana, concluiré diciendo que la ley aplicable es la misma que rige el estado y la capacidad de una manera general, es decir, se aplicará la *lex domicilii*.

Creo, pues, que «el verdadero asiento del matrimonio reside en el domicilio del marido, á quien el derecho de todos los tiempos ha reconocido como jefe de la familia. Este domicilio es el que determina el derecho local del matrimonio; el lugar en que éste se ha celebrado no tiene aquí influencia alguna.»

Tratándose de la capacidad de las partes debe regir la ley personal, salvo que esta ofenda los principios de orden público vigentes en el lugar de la celebracion.

Qué ley rige los impedimentos?

Los impedimentos dirimentes son todos de orden público y por consiguiente, los que existen establecidos en el lugar de la celebracion, serán irremediabilmente aplicados en este lugar; pero los que se fundan en las calificaciones personales de los cónyuges les siguen á todas partes y se rigen por su ley personal.

Asi pues, en resúmen: la regla *locus regit actum* se aplica segun el Código y la doctrina aceptada á las condiciones esternas de validez. Segun esa ley se rigen las solemnidades, la presencia del oficial público, la presencia y número de testigos, la prueba del acto, etc.

En cuanto al fondo, nuestro Código acepta la mis-

ma regla; como ella no está basada en principios científicos, prefiero atenerme á la ley personal. (1)

La regla aceptada no carece de dificultades é inconvenientes. Estos inconvenientes provienen de la naturaleza misma del matrimonio y es imposible salvarlos completamente.

26. El matrimonio crea deberes y derechos de los cónyuges entre si, respecto de los hijos y respecto de los bienes. Voy á ocuparme aqui de determinar la ley que rige los derechos y deberes puramente personales de los esposos. Las legislaciones varían á este respecto, no todas estan de acuerdo sobre el poder marital y la capacidad de la muger. Para la Inglaterra p. ej. la personalidad de la muger desaparece y es absorbida por la del marido; otras naciones, por el contrario, partiendo de bases distintas, le acuerdan cierta capacidad propia é independiente; asi p. ej. segun el código argentino la muger puede hacer y revocar un testamento, puede estar en juicio contra su marido sin la autorizacion de este; puede igualmente estar en juicio sin la dicha autorizacion cuando ejerce una industria ó es comerciante, etc.

Una vez constatada esta disparidad de legislacion entre los diversos pueblos; me parece bueno establecer algunos puntos de vista generales que conviene tener presentes á fin de llegar á formular un sistema que esté de acuerdo con la naturaleza de las cosas.

(1) Hay un caso en que el Código acepta la ley personal, tal seria el de un argentino que se casara con arreglo á las disposiciones de la iglesia católica en un país que no reconociera el matrimonio religioso.

1° Existe una necesidad imperiosa, reclamada por el bienestar de las familias, de mantener el dominio esclusivo de una ley única que rija los deberes y derechos puramente personales de los cónyuges. Hay mas, es materialmente imposible mantener la dualidad que provocaria conflictos que tendrian por teatro el hogar. De aquí resulta esta alternativa: ó se dá la preponderancia á la ley personal de marido ó á la de la mujer. Lo racional me parece preferir la del primero destinado por la naturaleza á ser el jefe de la familia.

2° Las relaciones personales de los cónyuges no dependen de su autonomía, no pueden suprimirlas en el todo ó en parte por el solo efecto de su voluntad; ellas son regidas por la ley, solo y esclusivamente por la ley. Esta regula las obligaciones de los esposos colocándose en el terreno de los principios morales y sociales que forman el credo del Estado y es por esto que debe tenerse presente que la reglamentacion de esta materia es de orden público; ella no deja nada á la voluntad, es estrictamente obligatoria.

Sentadas estas dos observaciones generales, resta determinar la ley que rige las relaciones personales de los cónyuges.

En este punto me encuentro aliviado del peso de las teorías, solo tendré que optar entre el domicilio y la nacionalidad del marido.

En virtud del primero de los dos antecedentes señalados mas arriba, es claro que una sola ley debe regir y esta tiene que ser la personal del marido.

He aceptado el domicilio como el determinante del estatuto que gobierna las personas y por tanto no puedo aceptar la nacionalidad; mucho más si se considera que dominan en esta materia disposiciones de orden público con las cuales las leyes nacionales podrían difícilmente conciliarse en muchos casos, (observación 2ª).

Se pretende salvar la dificultad distinguiendo las leyes de orden público; pero aún cuando así se haga siempre queda por determinar cuáles son las leyes de orden público y sucedería que el imperio de la ley nacional aumentaría ó disminuiría según aumentaran ó disminuyeran las leyes de orden público en los distintos países en que pueden ir á residir los nacionales; y según las ideas que prevalecieran en los distintos lugares. Este inconveniente desaparece con el domicilio.

El Código Civil adopta la doctrina que profeso en los siguientes términos:

«Los derechos y los deberes de los cónyuges son regidos por las leyes del domicilio matrimonial, mientras permanezcan en él. Si mudasen de domicilio, sus derechos y deberes personales serán regidos por las leyes del nuevo domicilio.» (1)

Para la República Argentina la adopción de la *lex domicilii* no es solo cuestión de principios sino también de graves intereses políticos.

Oígame á un distinguido americano:

(1) Art. 2 cod. civ. tít «Del matrimonio».

Llamada la América española, dice, por la fertilidad de su territorio y sus instituciones generosas á recibir una inmigracion abundante de todas partes del mundo, consideraria como un inconveniente para su reposo y sus progresos, permitir que rigiesen en sus Estados las leyes matrimoniales de otros paises. Si los extranjeros cuando se casen en la República ó vengan casados á ella, han de sujetarse no á la ley de su domicilio, sinó á sus leyes nacionales en todo lo que respecta á sus derechos y leyes de familia, llegarian á formar con el tiempo colonias mas ó menos numerosas que complicarian la marcha regular y tranquila de la sociedad en que ejercerian sus industrias ó profesiones. No es esto lo que conviene á los intereses americanos, sino al contrario, propender á la asimilacion del elemento extranjero. Bueno es conceder á los naturales de otras naciones, los mismos derechos civiles de que gozan los ciudadanos, bueno es tambien ofrecerles las garantías necesarias para que puedan dedicarse á un trabajo honroso y levantar una fortuna bajo el amparo del gobierno republicano, pero tambien es preciso evitar que las familias formadas por ellos constituyan grupos en que reinen legislaciones diversas y aun opuestas entre sí; es preciso procurar que esas familias se adhieran en cuanto sea posible á nuestro régimen civil, para que al fin lleguen á mirar á la América como su patria adoptiva. (1)

(1) Informe de Arenas al Congreso americano de juristas.

Así pues, ante la doctrina y ante nuestras conveniencias el principio aceptable es del domicilio actual del marido.

Sea que se trate de alimentos, de la autorización marital para ejecutar ciertos actos etc., se aplicará siempre la *lex domicilii*.

27. Dije ya que el matrimonio producía importantes efectos respecto de las personas que en él intervenían y respecto de sus bienes. He determinado la ley que rige las relaciones personales de los esposos; tócame establecer ahora la ley que rija los bienes.

a) Débese establecer como principio general en esta materia que bajo el punto de vista del Derecho Internacional privado moderno, la distinción entre bienes muebles é inmuebles carece de fundamento y que tanto unos como otros han de caer bajo el imperio de las mismas reglas. Se funda la ciencia moderna en que el principio que debe predominar es la sujeción voluntaria, y es inverosímil que las partes hayan querido someterse á muchas legislaciones diversas respecto de su patrimonio; tratándose de éste considerado como un todo, es razonable aplicarle una sola ley. Por otra parte, la naturaleza de los bienes es la misma. Volveré más tarde sobre este punto.

b) Otra observación que debo hacer, es que aquí desaparece ya en gran parte el carácter de orden público en la ley, y que la voluntad de las partes tiene un campo de acción mucho mayor respecto de los bienes que respecto de los deberes puramente personales de los cónyuges.

Sentado esto, hay que distinguir el caso en que los esposos han hecho estipulaciones expresas de aquel en que no han hecho ninguna.

A falta de estipulaciones rige la ley; pero qué ley?

El Código dispone:

« *No habiendo convenciones nupciales*, ni cambio de domicilio matrimonial, la ley del lugar donde el matrimonio se celebró, rige los bienes muebles de los esposos, donde quiera que se encuentren, ó donde quiera que hayan sido adquiridos. *Los bienes raíces son regidos por la ley del lugar en que esten situados* ».

« Si hubiese cambio de domicilio, los bienes adquiridos por los esposos antes de mudarlo son regidos por las leyes del primero. Los que hubiesen adquirido despues del cambio son regidos por las leyes del nuevo domicilio. » (1)

Estas disposiciones responden á los principios generalmente recibidos. Los bienes se rigen por la ley del domicilio del marido; pero en lo que no estoy de acuerdo con el Código es en la última parte del artículo 4º donde dice: « *Los bienes raíces son regidos por la ley del lugar en que estan situados* » se trata del patrimonio de los esposos como conjunto y no de los bienes aisladamente considerados. Á esto respecto me atengo á lo manifestado en la letra a del presente número.

Se presenta una cuestion grave: cuando hay cam-

(1) Art. 4 y 5 Tít. «Del matrimonio» Cód. Civ.

bio de domicilio, ¿rige la ley del anterior domicilio ó la del actual ?

Los autores se han dividido sosteniendo tres opiniones distintas. 1ª Para Savigny, (1) el derecho local del primer domicilio, subsiste para todos los tiempos y no puede ser cambiado por la eleccion de un nuevo domicilio.

Esta opinion, dice el autor, se recomienda evidentemente por un justo sentimiento de derecho. Antes del matrimonio la mujer era libre de contraerlo ó no, ó de someterse á ciertas condiciones en cuanto á los bienes.

Ella no hace contrato de este género pero acepta la ley establecida en el domicilio del marido y naturalmente cuenta con su duracion.

2ª Otros sostienen que el domicilio actual del marido determina el derecho local aplicable. Esta opinion es combatida por Savigny con argumentos que reputo del todo exactos. Supongase que el marido por el mero hecho de su voluntad cambia de domicilio, lo que incontestablemente puede hacer, y desde entonces se establece para los bienes de los esposos un derecho del todo nuevo. Si la muger aprueba este cambio la cuestion pierde su importancia. Pero tiene una gran importancia si el cambio es perjudicial á la muger y si esta no lo aprueba. Es precisamente para impedir que la sola voluntad del marido dirija atentados á los derechos de la muger; que los parti-

(1) Bouhier sostiene la misma opinion.

darios de la primera opinion han admitido la existencia de un contrato tácito en virtud del cual los esposos se someten al derecho del domicilio matrimonial.

La presuncion del contrato tácito no puede admitirse y desde luego la primera opinion careceria de fundamento; pero Savigny no se ha limitado á rechazar el contrato tácito como fundamento de sus ideas, sinó que les ha dado una nueva base:

« Nosotros, dice, debe.nos admitir siempre como « fundamento del derecho local, la libre sumision de « las partes, la que puede espresarse negativamente « por la ausencia de contradiccion. Pues bien, esta su- « mision al derecho local del nuevo domicilio, no exis- « te en el caso supuesto mas arriba, de un desacuerdo « entre los esposos y desde luego el cambio del dere- « cho de los bienes no se encuentra motivado. Así, « en realidad, arribamos por otra via al fin á que nos « conduciría la admision de un contrato tácito.» (1) es decir á considerar el domicilio primitivo como determinante del derecho local aplicable, aun en el caso de mutacion de domicilio.

3ª La tercera opinion es la adoptada por el Código Argentino en los artículos trascritos mas arriba. Es un término medio entre los dos extremos que se acaba de considerar. Los bienes adquiridos en el primer domicilio se rigen por el derecho local de ese domicilio; los adquiridos despues del cambio se rigen por las leyes del nuevo domicilio.»

(1) Savigny, tomo VIII § 379.

El autor, cuyas doctrinas me han servido de guía hasta aquí, encuentra infundada y carente de principios esta opinion. (1)

Cree que la *mutatio domicilii* contra la voluntad de la mujer puede envolver un atentado á los derechos de esta. Pero ¿de qué derechos se trata en este caso? Evidentemente de derechos á los bienes. ¿De qué bienes? de bienes futuros que pueden adquirir los esposos despues del cambio. Sentado esto ¿cómo admitir que el cambio de domicilio puede envolver un atentado á derechos que aun no existen, desde el momento que la ley del nuevo domicilio *solo* se aplicará á los bienes que en él se adquieran?

No puede admitirse tampoco que la doctrina del Código carezca de principios. Yo acepto tambien como Savigny que el fundamento del derecho local se encuentra *principalmente* (2) en la sumision voluntaria. Ahora bien, cuando una mujer se casa sin hacer contrato, se supone por el hecho del matrimonio que se somete voluntariamente al derecho local del domicilio del marido; interviene el cambio de domicilio y la presuncion para el nuevo domicilio es la misma. Pero, se dice, es que el cambio puede envolver un atentado á los derechos patrimoniales de la mujer. Esto no es concluyente; puede suceder en efecto, que la mujer no se conforme, pero la misma razon que hay para suponer la sumision voluntaria

(1) Savigny, loc. cit.

(2) Capítulo I, infine. 1.

al derecho del primitivo domicilio, existe respecto del nuevo. La falta de una declaracion en contrario basta para autorizar la presuncion. Parece que Savigny supone el caso de una oposicion formal de parte de la mujer. Y bien ¿qué efecto podria tener la oposicion de la mujer? Ninguno desde el momento que el marido puede « incontestablemente » cambiar de domicilio y desde que todos sus derechos patrimoniales *existentes* al tiempo del cambio se rigen por las leyes del primitivo domicilio matrimonial; cuando mas la mujer quedaria privada de alguna esperanza, de algun derecho en expectativa.

No puedo adoptar, pues, las conclusiones á que arriba el eminente jurisconsulto aleman, y estimo que la opinion del Código se halla perfectamente ajustada á los buenos principios.

He dicho que en materia de bienes del matrimonio se presentaban dos hipótesis: 1^a No hay cótrato matrimonial. 2^a El contrato existe. Acabo de ocuparme de la primera, voy ahora á colocarme en la segunda, para entrar al estudio del artículo 3^o Título « Del matrimonio ».

El contrato nupcial es la convencion por la cual los cónyuges reglan sus derechos sobre los bienes.

¿Qué ley rige este contrato?

Hay tres opiniones: 1^a la ley que rige los contratos ó sea la del lugar de la celebracion. 2^a La ley nacional del marido. 3^a La ley del domicilio del mismo.

Rechazo la primera opinion por dos razones 1^a porque el contrato de matrimonio no puede, por su im-

portancia, colocarse en la misma línea que los otros contratos. 2ª Porque es sabido que los contratos que tienen lugar determinado para el cumplimiento no se rijen por la ley de la celebracion, sinó por la del cumplimiento. La ley de la celebracion solo rige la forma del contrato matrimonial; á eso se limita su importancia.

La escuela nacionalista dice que el contrato nupcial debe regirse por la misma ley que rige el matrimonio. Acepto este punto de vista con la mayoría de los autores; pero como he aceptado el derecho local del domicilio para el matrimonio lo acepto tambien para el contrato.

Segun la ley personal se ha de establecer la capacidad de las partes y todas las cuestiones de fondo. Las formalidades esternas se regirán por el principio general: *Locus regit actum*.

Despues de determinar que ley domina al contrato nupcial, veamos que importancia tiene en nuestra legislacion:

« El contrato nupcial rige los bienes del matrimonio, cualesquiera que sean las leyes del domicilio matrimonial, ó del nuevo domicilio en que los esposos se hallaren. » (1)

Se ha pretendido que esta disposicion no tiene importancia porque es contradictoria con lo dispuesto en el título « De la sociedad conyugal. »

(1) Artículo 3º, Lib. 1º, Sec. II, Tít. I, Código Civil. Como se vé el Código acepta la *lex loci*, con la cual no estoy conforme.

Hé aquí como se razona :

El artículo 1º del referido título, dice :

« Antes de la celebracion del matrimonio los esposos pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes :

« 1º La designacion de los bienes que cada uno lleva al matrimonio ;

2º La reserva á la mujer de la administracion de algun bien raíz de los que lleva al matrimonio ó que adquiriera despues por título propio ;

« 3º Las donaciones que el esposo hiciere á la esposa ;

« 4º Las donaciones que los esposos se hagan de los bienes que dejaren por fallecimiento. »

Ahora bien, se dice : la ley solo permite celebrar convenciones matrimoniales sobre los únicos cuatro casos que ella misma menciona, ¿ cómo entonces decir que « el contrato nupcial rige los bienes del matrimonio ? » Imposible es sostener esta doctrina bajo el imperio de la legislacion que nos rige. Imposible tambien bajo el punto de vista de nuestras costumbres sociales. (1)

Contesto que el artículo está bien donde está. Si él se refiriera á contratos hechos *en la República* por individuos *domiciliados en ella*, convendria en que la contradiccion era evidente y en que el artículo 3º no tendria aplicacion, pero no es este el caso :

(1) « El artículo 3º del título « Del matrimonio » del Código Civil » por el Dr. B. Ferreira, páj. 25.

se trata de *individuos no domiciliados en el país que han celebrado un contrato nupcial en el extranjero y que posteriormente adquieren bienes ó se domicilian en la República*. Digo *no domiciliados*, porque en caso contrario se les aplicaria la ley argentina. Que el codificador no se ha referido á los domiciliados, se desprende de las dos consideraciones siguientes: 1^a Que si á ellos se hubiera referido le hubiera bastado consignar la disposicion del título de la sociedad conyugal. 2^a Que no se trata de una mera disposicion interna y territorial, sinó de una regla de derecho internacional privado, como resalta claramente de la nota en la cual cita á Story y Story no escribia sobre derecho civil sinó sobre internacional privado, es decir, sobre los conflictos de derecho civil, comercial ó penal. Puedo concluir que la disposicion del artículo 3^o es una regla de derecho internacional privado, mientras que el artículo 1^o «de la Sociedad Conyugal» es una regla de derecho civil interno, formulada espresamente para mantener la fuerza de las costumbres de los *argentinos ó de los extranjeros domiciliados* en el país al tiempo de celebrarse la convencion.

Pero quizá se argumente que no se podria admitir esta regla ní aún entendiéndola así; porque las disposiciones de los artículos 1, 2 y 3 del título de «La Sociedad Conyugal» son de orden público y por tanto rigurosamente obligatorios, de modo que el contrato hecho en país extranjero que se opusiera á ellas no podria producir efectos en la República.

La cuestion en este terreno es séria; pero ¿están bien seguros los adversarios del artículo que sostengo, que el orden público está interesado en que los individuos *no domiciliados* en el país á la época de la convencion se sujeten estrictamente á nuestras leyes?

Precisemos la cuestion. El contrato nupcial se rige por las mismas reglas que los actos jurídicos (1) y el artículo 6° del título «De los actos jurídicos» dispone que «el objeto del acto y los vicios sustanciales que pueda contener se juzgan por las leyes del país;» ¿quiere decir esto que cuando debemos juzgar de la validez ó nulidad del contrato nupcial le hemos de hacer con arreglo á la ley argentina?

La afirmativa resultaria á primera vista del texto legal; pero un estudio detenido de él hará comprender que el objeto de esta última disposicion es mantener vigorosas las disposiciones de orden público. La ley argentina se reserva el derecho de examinar «el objeto del acto y los vicios sustanciales,» para impedir sus efectos, *si descubre que el objeto del acto es contrario á las leyes de orden público del país*. La ley no ha querido someter á sí todos los actos pasados en el extranjero; lo único que ha querido es ponerse en guardia contra actos inmorales y peligrosos.

Ahora bien, las disposiciones del Código que restringen las convenciones nupciales á determinados objetos, no están fundadas en necesidades imperiosas

(1) Art. 4°, título de la «Sociedad Conyugal.»

de orden público, sinó que como lo dice el mismo codificador, el único objeto que tiene en mira la ley, es conservar la fuerza de las costumbres existentes en la República.

Apoyado en estas consideraciones es que opino que el artículo 3º puede tener aplicacion. Si se dice que un contrato celebrado en el extranjero, no puede producir efectos en la República cuando contiene alguna cláusula contraria al orden público, estoy de acuerdo; pero decir que la disposicion del artículo 1º tít. de la «Sociedad Conyugal» impide los efectos del contrato matrimonial en todo lo que á ella se oponga porque es de orden público, es sentar una proposicion inexacta. Hay disposiciones que son de orden público y que sin embargo no impiden los efectos de una ley extranjera, porque esas disposiciones pueden solo estar fundadas en las costumbres, etc.

La naturaleza del asunto nos lleva á distinguir con Brocher dos clases de orden público: interno y externo; el primero restringe la libertad individual; el otro (orden público externo) restringe la autoridad extra-territorial de las leyes extranjeras. (1)

Ahora bien, la disposicion del artículo 1º transcrita anteriormente, entra en lo que se llama orden público interno, no basta para restringir la aplicacion de las leyes extranjeras.

Si el legislador se fundára en consideraciones económicas ó religiosas, es claro que el contrato nupcial

(1) Brocher, lib. III cap. VII.

celebrado en el extranjero no podría regir los bienes; pero el Código se funda en la necesidad de mantener la fuerza de las costumbres. (1)

Ahora bien, cuando el legislador regula el derecho de los bienes entre los esposos, tiene solo en cuenta los que viven bajo sus leyes; para ellos formula las reglas que juzga mas apropiadas á las costumbres y usos del país. No puede pretender imponer estas reglas á los que, casados en otra parte bajo el imperio de otro derecho, vienen despues á establecerse en sus dominios.

Concluyo, pues, que el artículo 1° solo ha tenido en vista á los domiciliados (2) y por lo tanto es una disposicion de orden público interno, que, fundada en la costumbre local, no restringe la aplicacion de la ley extranjera bajo cuyo amparo se ha hecho el contrato nupcial.

¿Qué interés tendria la ley argentina en anular una convencion hecha por individuos no domiciliados, cuando teniendo bienes en el país quieren hacer prácticas en él sus cláusulas?

¿Podria invocarse la necesidad de mantener las costumbres?

Evidentemente nó, y por lo tanto sostengo que « el contrato nupcial rige los bienes del matrimonio;» lo contrario seria imponer nuestras leyes á los actos

(1) Nota del Dr. V. Sarsfield al art. 1° título «De la Sociedad Conyugal.»

(2) Se desprende de la nota.

celebrados fuera del país, sin que intervenga necesidad de orden social; lo que sería injustificable.

29. La diversidad de legislaciones en materia de matrimonio y sus efectos, tiene que ocasionar conflictos y cuestiones numerosas y complicadas.

Se trata de un italiano, por ejemplo; se casa en un país que en materia de validez intrínseca admite el principio *locus regit actum*—supóngase, además, que la ley del lugar de la celebración declara válido el matrimonio y que la Italia, aplicando su ley nacional, lo declara nulo—He aquí un conflicto.

Pero aún el asunto se complica mas si el italiano en cuestion está domiciliado al tiempo del matrimonio en un país que aplica la *lex domicilii*. Esta lo declara válido ó nulo y ya tenemos tres legislaciones en conflicto. Esto, tratándose del matrimonio en sí; qué diré cuando se trata de determinar el derecho local que rige los bienes? Como lo hemos visto, los sostenedores del domicilio se hallan divididos en tres opiniones, una de las cuales adopta el Código en el artículo 5°. Esto sin contar la escuela nacionalista y otras.

Lo que acabo de decir, basta para establecer la necesidad de tratados que pongan un término al desorden que reina en esta materia.

30. Hay diversas opiniones sobre el divorcio; unos consideran disoluble el matrimonio por ciertas causas; otros no admiten la disolucion del vínculo matrimonial. Esta diversidad de opiniones se ha introducido en las leyes positivas, y así mientras que la ley argen-

tina, por ejemplo, declara que el matrimonio solo se disuelve por la muerte de uno de los esposos; la ley alemana admite el divorcio. Existe, pues, un divorcio que solo importa la separacion de cuerpos y otro que entraña la disolucion del vínculo.

31. Las disposiciones del Código Civil atingentes á la materia, son las siguientes:

« Art. 40. El divorcio que este Código autoriza consiste únicamente en la separacion personal de los esposos, sin que sea disuelto el vínculo matrimonial.

« Art. 7. El matrimonio disuelto en territorio extranjero, en conformidad á las leyes del mismo país, pero que no hubiera podido disolverse segun las leyes de la República Argentina, no habilita para casarse á ninguno de los cónyuges.»

En vista de lo dispuesto en los dos artículos que preceden no me detendré á analizar el divorcio y solo mencionaré á la ligera las principales doctrinas de los jurisconsultos y de las legislaciones.

1^a La ley de la celebracion del matrimonio.

2^a La Corte Suprema de Masachussets decide que se rige por la ley del domicilio.

3^a Schâffner sostiene la *lex fori*.

4^a La ley nacional. (1)

32. Numerosos conflictos se presentan en esta materia, en vista de las teorías que acabo de enumerar y en presencia de la ley argentina.

Un aleman divorciado viene á la República y se

(1) Todos estos sistemas se hallan en Fiore, cap. VIII.

establece en ella. Contrae un segundo matrimonio. Este matrimonio es válido en Alemania y nulo en la República Argentina.

Supongamos ahora otro caso. Dos argentinos se casan en su pátria, nuestra ley no admite el divorcio, si se domicilian en Alemania ó en los Estados Unidos, pueden divorciarse—Y suponiendo que se divorciaran allí ¿qué efectos produciría el divorcio en la R. A.? y qué efectos produciría en los demás Estados neutros?

Podría apuntar otras cuestiones, pero bastan con las sentadas para demostrar el estado poco satisfactorio de esta cuestion.

33. La separacion personal se rige por la ley del domicilio de los esposos. Generalmente se funda en hechos que los jueces del lugar son los que están en aptitud de apreciar mejor.

Cuando la accion se funda en malos tratamientos ó en peligro de la vida, el juez de la residencia puede decretar la separacion provisoria.

34. Las legislaciones respecto del matrimonio, de sus efectos y del divorcio se deviden entre las opiniones que he enumerado en los párrafos anteriores.

Los ingleses y los norte-americanos aceptan el principio *locus regit actum* como regla de validéz. El divorcio se rige por la ley del domicilio de los esposos; (1) los derechos y deberes personales por la *le rei sitæ* y los muebles por el contrato.

(1) Pueden citarse numerosas sentencias de los tribunales norte-americanos.

El *derecho federal suizo* dispone: « Será reconocido como válido en toda la confederacion, el matrimonio concluido en un canton ó en elestrangero en conformidad á la ley en vigor en ellugar » (art. 54 Constitucion 1874.)

La ley francesa dispone:

Art. 170. « El matrimonio contraído en país estrangero entre franceses, ó entre franceses y estrangeros, será válido si se ha celebrado con las formas usadas en el país, con tal que haya sido precedido de las publicaciones prescritas y que el francés no haya infringido las disposiciones contenidas en el capítulo anterior. »

Las disposiciones del capítulo anterior á que se refiere este artículo son: que tenga 18 años, que haya prestado su consentimiento, que no se halle ligado por un matrimonio anterior, que haya obtenido el consentimiento de sus ascendientes ó del consejo de familia y que no sea pariente ó afín del futuro cónyuge en grado prohibido. (1)

Esto en cuanto á los franceses casados en el estrangero; pero tratándose de estrangeros casados en Francia, la ley guarda silencio. La jurisprudencia parece establecer que la validéz de este matrimonio se rige por la ley de domicilio.

El derecho comun aleman adopta la ley del domicilio en todo lo que se refiere al matrimonio.

(1) Arts. 144 al 164.

CAPITULO IV

Paternalidad y filiación.—35 Observaciones generales—36 Hijos legítimos—37 Hijos legitimados—38 Hijos ilegítimos: a) naturales—su reconocimiento—b)—Hijos espurios—36 Adopción—40 Leyes diversas.

35. La paternidad y la filiación son cuestiones que afectan al estado de la persona y á sus relaciones de familia; como todas las cuestiones de estado, debe regirse por la ley del domicilio.

En esta materia la moral y las buenas costumbres, se hallan interesadas con mucha frecuencia; por lo que es preciso al determinar el derecho aplicable tener muy en cuenta las disposiciones locales de orden público.

36. Los hijos legítimos son los que nacen del matrimonio válido ó putativo de sus padres.

La cuestión á resolver aquí es la siguiente: ¿cuál es la regla jurídica que se ha de aplicar para resolver quien es hijo legítimo? La solución no me parece dudosa; en efecto, la calidad de hijo legítimo, no es más que una consecuencia del matrimonio y por tanto debe regirse por la misma ley que rige á este: la ley nacional según Fiore, la *lex domicilii* en mi concepto.

Estoy completamente de acuerdo con Brocher cuando dice: La necesidad de unidad en la familia cuyas exigencias han querido que la muger cambiase de estado para revestir el de su marido, debia con mayor razon, hacer considerar á los hijos como partícipes de la condicion de su padre y como naturalmente sometidos á se autoridad preponderante. De modo pues que cualquiera que sea la escuela adoptada, nacionalidad ó domicilio, es indudable que la ley personal del padre es la competente para regir el caso.

En cuanto á los efectos que resultan de la filiacion legítima suponiendo que el padre muera, es claro que los derechos de éste pasan á la madre; los principios modernos consagran la igualdad de derechos y deberes de uno y otro y si la ley que gobierna la familia es la personal del primero, nó es sinó en vista de esa unidad necesaria que le hace reconocer un gefe. Ahora bien, muerto el padre el gefe nato de la familia es la madre y será su ley personal la que determinará todo lo relativo á la filiacion. No hay razon alguna para negar á la muger lo que se permite al hombre: el poder de imponer su ley personal á sus hijos. Es verdad que, como dicen los adversarios, la madre no podrá modificar el estado de sus hijos sometiendo su filiacion á una ley desfavorable; cuando ella ha sido determinada en vida del padre, porque ese estado constituye un derecho adquirido; convengo en ello, pero no se negará que los efectos que derivan de la filiacion legítima han de gobernarse por la ley personal de la madre:

Si no se acepta esta conclusion, será forzoso atenerse á la ley personal de los menores y entónces se presenta este grave inconveniente: que los efectos que derivan de la filiacion legítima se regirán en el hecho por dos leyes: la de los menores en lo que les concierne individualmente y la de la madre en lo que respecta á la autoridad de ésta sobre aquellos. Una opinion que conduce á semejantes consecuencias, no puede ser aceptada.

Por esto es que en falta del padre es la la ley personal de la madre la que gobierna la familia. Tal es la solucion del Código Argentino.

En resúmen: la filiacion legítima se rige por la misma ley que regula al matrimonio, porque es una consecuencia de este, los efectos que de esa filiacion derivan se rigen por la ley del domicilio del padre y en falta de este por la del de la madre.

37. La legitimacion dá lugar á dudas. El Código Civil ha consignado disposiciones sobre cuyo alcance no todos están de acuerdo.

La legitimacion, que es antigua en el mundo, es una ficcion de la ley en cuya virtud, los hijos naturales quedan equiparados á los legítimos.

En el derecho romano se conocian tres modos de legitimar: *per oblationem curiæ*, *per rescriptum principis*, *per subsequens matrimonium*. De estos modos, el primero ha desaparecido del derecho moderno. La legitimacion *per rescriptum principis* todavía es aceptada por algunas legislaciones. Entre estas se cuentan la Italiana, la Austriaca y la Prusiana. El

derecho argentino solo admite un modo: *per subsequens matrimonium*.

Como las leyes positivas son diversas, no solo respecto del modo, sino también respecto de las condiciones del acto de que se trata, es importante dejar establecido que ley rige la legitimación.

La doctrina se halla dividida; en estas cuestiones de derecho internacional privado las opiniones no faltan: en ciertos puntos hay casi tantos sistemas como escritores; trataré de limitarme solo á los principales.

1ª «La posibilidad de ser legitimado, tiene por condición el nacimiento del hijo y hé ahí la razón por la cual es necesario, en esta como en cualquiera otra relación jurídica, tener en cuenta el origen del acto; por consiguiente, las leyes del país en que ha nacido el hijo deben decidir exclusivamente si puede ser legitimado por el subsiguiente matrimonio. (1)

Esta es la doctrina norte-americana; no me es posible aceptarla por la siguiente consideración:

El nacimiento es un hecho accidental que nada significa en sí mismo. No se puede admitir que ese hecho sea suficiente para producir un lazo entre el individuo y la ley. Ningún principio justifica á Schöffner.

El que la relación jurídica tenga su origen en un lugar, no quiere decir que el derecho de ese lugar sea el competente.

(1) Schöffner Droit Y. Privé §57. Story §87. Burge p. 102, cita de Fiore.

2º El segundo sistema establece que la ley del lugar de la celebracion del matrimonio es la competente en materia de legitimacion. ¿Pero, ¿qué importancia puede tener este lugar? Desde que no debe regir ni el matrimonio; en virtud de qué fundamentos regiria la legitimacion? Esta regla es, pues, inadmisibile.

3ª Otro sistema es el que establece la competencia de la ley nacional.

La escuela italiana es lógica desde que ha aceptado la misma ley como determinante del estado y la capacidad personal, pero como he adoptado otra base, debo ser lógico tambien y por lo tanto rechazar este sistema.

Fiore criticando la ley del domicilio dice que admitiendola, se seguiria que un italiano que hubiera procreado un hijo, no podria dar á su hijo el estado de legítimo, en el caso de hallarse domiciliado en Londres al tiempo de contraer el matrimonio, porque la legislacion inglesa no admite la legitimacion por subsiguiente matrimonio. (1)

La objecion existe en este caso rarísimo por cierto; pero veamos si en el sistema de la nacionalidad no existen objeciones de ese género. Un inglés establece domicilio en Italia, contrae relaciones amorosas y tiene hijos; el centro de la familia que ha formado y de los negocios que emprende se encuentran en Italia; á Inglaterra quizá ni piensa volver. Ahora

(1) Fiore, páj. 257,

bien, quiere legitimar esos hijos por el subsiguiente matrimonio; pero la ley italiana lo remitirá á la ley de su patria y la Inglaterra le dirá: «No hay legitimacion por subsiguiente matrimonio.» Y con qué derecho y á qué título irá la Inglaterra á imponerle sus leyes en país extraño? A título de servidumbre perpétua? A título de proteccion? ¡Cuánto no daría en este caso el inglés porque su ley nacional no viniera á *protejerlo* en país extraño! Se vé, pues, aquí una vez mas que la tal proteccion nacional no siempre tiene por resultado favorecer al individuo.

4^a Otro sistema toma por base el domicilio de origen, es decir que la legitimacion y sus efectos se regulan por la ley del domicilio del padre el dia del nacimiento del hijo. Este sistema solo tiene visos de verdad; pero es tan falso como los anteriores.

Digo que solo tiene visos de verdad porque tomando al individuo al tiempo del nacimiento le aplica el derecho local del padre, es decir el derecho bajo cuyo imperio vive y que hasta cierto punto seria competente; pero sobreviene el cambio de domicilio del padre y ya el conjunto de circunstancias que antes existia, no existe y por tanto la ley del domicilio de origen es una ley que ha dejado de regir al padre y al hijo. Solo es cierto decir que la ley del domicilio de origen es aplicable mientras padre é hijo á legitimar conservan las posiciones respectivas que tenian al tiempo del nacimiento de este.

Se ha pretendido que esta época debia tomarse en consideracion, por la razon de que en el momento

del nacimiento existe para el hijo una cierta relacion de derecho, la cual adquiere su completa eficacia por el matrimonio subsiguiente del padre y de la madre; y se añade que sin esto el padre podria elegir arbitrariamente antes del matrimonio un domicilio perjudicial al hijo. Pero en realidad no podria tratarse de los derechos de semejante hijo ni de la violacion de estos derechos; pues no solamente es el padre perfectamente libre de no casarse con la madre de su hijo, sinó que lo es tambien de no reconocer al hijo. En ninguno de estos dos casos adquiere el derecho de legitimidad, porque una verdadera prueba de filiacion fuera del matrimonio, y en su consecuencia el libre reconocimiento al lado é independiente del matrimonio, puede únicamente conferir al hijo los derechos de un nacimiento legítimo. (1)

5ª) No queda, pues, sinó hacer de la legitimacion una consecuencia y una dependencia del matrimonio y aplicarle la ley que rige al mismo.

En esto la escuela italiana se halla conforme conmigo; solo que para mí el domicilio es el que determina el derecho local, y para los italianos es la nacionalidad; esta divergencia se encontrará en todas las cuestiones de estado.

No puede caber duda de que la legitimacion es una consecuencia del matrimonio, que sin éste aquella no existiria; por tanto el domicilio del padre al

(1) Savigny. tomó VIII. El reconocimiento entre nosotros puede ser forzado; pero esto no desvirtúa los argumentos espuestos.

tiempo del matrimonio es lo que debe tenerse en cuenta. Debe atenderse á la ley personal del marido y no á la de los dos conyuges porque no se trata de la capacidad para contraer matrimonio, sinó de una consecuencia de este que debe regirse por la ley del gefe de la familia. Ya he señalado la necesidad de mantener el imperio de un sola ley en la familia. (1)

Espuestas las doctrinas de los escritores, voy á entrar al estudio de nuestra ley positiva. El testo legal es el siguiente :

Art. 2. « En cuanto á los hijos que tuviesen su domicilio de origen en la República, este Código no admite otros modos de legitimacion » (subsequens matrimonium).

Art. 3º « En cuanto á los hijos que tuviesen su domicilio de origen fuera de la República, se admiten los modos de legitimacion que dispusieren las leyes del país de ese domicilio. »

Art. 4º « Las disposiciones de este título sobre la legitimacion por subsiguiente matrimonio, serán solo aplicables á los hijos cuyos padres tengan ó hubiesen tenido su domicilio en la República al tiempo de la celebracion del matrimonio. »

Art. 5º « En cuanto á los hijos cuyos padres tengan ó hayan tenido su domicilio fuera de la República al tiempo de la celebracion de su matrimonio, aunque otro fuese su domicilio al tiempo de la concepcion ó nacimiento, y aunque el casamiento se haya

(1) V. Cap. anterior, núm. 26.

celebrado en la República, el subsiguiente matrimonio no legitimará los hijos, si las leyes del país del domicilio del padre al tiempo de la celebracion del matrimonio, no admitiesen este modo de legitimacion y si lo admitieren la legitimacion será solo juzgada por esas leyes.»

El artículo 4º antes transcrito establece que la ley argentina es aplicable á las leyes cuyos padres estén domiciliado en la República al tiempo de la celebracion del matrimonio.

Combinando esta disposicion con la del artículo 2º resulta que los hijos que tengan su domicilio de origen en la República, quedan legitimados si la ley del domicilio del padre, al tiempo de la celebracion del matrimonio, los declara legitimados.

Se desprende claramente este principio: *Tratándose de hijos que tengan su domicilio de origen en la República, la ley aplicable es la del domicilio del padre, al tiempo de la celebracion del matrimonio.*

El art. 3 dice que en cuanto á los hijos que tengan su domicilio de origen fuera del país, se admiten los modos de legitimacion que establezca la ley de ese domicilio.

Segun el artículo 5º estos hijos quedarán legitimados por el subsiguiente matrimonio, *si este modo es admitido por el derecho del domicilio del padre al celebrar el matrimonio.*

De modo que atendiendo á los que disponen los artículos 2, 3, 4 y 5 puede establecerse la doctrina legal en la forma siguiente:



1° Los hijos que tengan su domicilio de origen en la República quedan legitimados por el subsiguiente matrimonio, con tal que la ley del domicilio del padre al principio de la celebracion acepte este modo de legitimacion.

2° Los que tengan su domicilio de origen fuera de la República, se legitimarán por los medios que admita el derecho de su domicilio; pero si se trata del subsiguiente matrimonio este modo no legitimará á los hijos si no es conforme á las leyes del domicilio del padre al tiempo de la celebracion.

Parece que el Código ha adoptado dos bases: el domicilio de origen y el domicilio del padre.

El derecho de ambas localidades debe estar conforme y conteste para que el subsiguiente matrimonio legitime los hijos.

Podria creerse á primera vista que el art. 3° está en contradiccion con el art. 5°. Aquel establece que se atienda al domicilio de origen y éste dispone que se tenga en cuenta el domicilio del marido al tiempo de contraer. Prescindiendo de la mala redaccion del art. 5° la contradiccion no existe, porque las dos disposiciones no son antagónicas y tienen que combinarse, puesto que nuestro codificador, ha aceptado nó un sistema simple sinó un sistema complejo como es manifiesto.

Los inconvenientes que se producen en la práctica son los corolarios lógicos del mal sistema adoptado, pero no las consecuencias de una contradiccion que no existe.

Precisemos. Un individuo A tiene su domicilio de origen en la República; sus padres se establecen en Inglaterra y se casan; la Inglaterra no reconoce la fuerza legitimadora del subsiguiente matrimonio. Ahora bien, ¿puede decirse que A está legitimado para nosotros? Si atiende al art. 2º si; pero esta solución afirmativa no estaría sólidamente establecida, desde que en un Código hay que consultar, no una disposición aislada, sino el conjunto de disposiciones que se relacionan con el punto en cuestión. A más del art. 2º habría que atender entonces al artículo 4º que exige la conformidad de la ley del domicilio del padre al tiempo del casamiento, esa ley (la inglesa) no reconoce el subsiguiente matrimonio; han faltado las condiciones impuestas en el art. 4º y A no ha podido ser legitimado.

Ahora me coloco en el caso de los artículos 3º y 5º—El artículo 3º dispone que en cuanto á los hijos que tengan su domicilio de origen en el extranjero se admiten los medios de legitimación que allí se admitan; pero el artículo 5º estatuye que para saber si el subsiguiente matrimonio produce ó no la legitimación, hay que atender al domicilio del marido al tiempo de contraer. Como se vé, la disposición legal es la misma, bien se trate de individuos que tengan ó no su domicilio de origen en la República: siempre habrá que consultar la ley de este domicilio y á más la del domicilio del marido.

Pongamos ejemplos. B. prusiano, tiene en Prusia su domicilio originario, sus padres se trasladan á

Buenos Aires y contraen matrimonio, la legitimacion se producirá: 1° porque la ley prusiana admite este modo; 2° porque la ley argentina, que es la del domicilio del marido, tambien lo admite. Las condiciones de los dos artículos (3 y 5) se han producido.

Pero supóngase que G. inglés, tiene su domicilio originario en Inglaterra; sus padres se establecen en la República y se casan.

Este caso y otros semejantes han dado origen á la creencia en una contradiccion: «si resolvemos la cuestion, se ha dicho, aplicando el artículo 3°, G. no está legitimado, porque la ley de su domicilio de origen no admite ese modo de legitimacion; si aplicamos el artículo 5°, G. está legitimado, luego la contradiccion existe.»

Nó, se puede contestar, no existe porque no hay que tomar una disposicion aislada y considerarla como esclusiva de las demás, sinó todas las atinentes al asunto, tratando de conciliarlas.

En el caso propuesto la conformidad de la ley inglesa (domicilio de origen) y la argentina (domicilio del marido) no existe, y no existiendo ha faltado la condicion para que el subsiguiente matrimonio legitime los hijos; por tanto G no ha podido ser legitimado. No cabe otra interpretacion.

Interpretando de esta manera las diversas disposiciones del título «De la legitimacion,» desaparece la condicion que algunos han supuesto entre el artículo 3° y el artículo 5°.

De todo lo espuesto, parece que la conclusion á que debe arribarse conduce á formular nuestra ley así:

El domicilio de origen y el domicilio del marido al tiempo de la celebracion, determinan el derecho local aplicable.

Como se vé, nuestro Código no acepta ninguno de los sistemas que he espuesto mas arriba y combinados de ellos estableciendo uno complejo. No estoy por los sistemas *complejos*.

«Es indudable que la sencillez tiene un gran atractivo, porque salva las grandes complicaciones que suelen ocurrir en cada caso particular, por razon de la incertidumbre con que algunas veces van acompañados los hechos que han de servir de fundamento á una resolucion determinada; tiene, además, esta gran ventaja: facilita la aproximacion de las diversas legislaciones. Podria objetarse, sin embargo, que con los sistemas complejos se tiene mas en cuenta las diferentes relaciones que de un mismo hecho nacen, y que, puesto que estas son complejas, las leyes que los rijan han de ser de una naturaleza análoga; lo que no parece concluyente ni por consiguiente aceptable. Es imposible la perfeccion en su mas alta expresion en las disposiciones destinadas á velar por los derechos del hombre; pues, aunque se realizáran los sueños de Thibaut y Savigny, siempre quedaria algo en blanco. Por otra parte, las leyes deben tener en cuenta, no solamente á las individualidades, sino tambien á la humanidad en general, coadyuvando, en lo realmente posible, á la felicidad comun: debe,

pues, atenderse con especial cuidado á lo principal, ó á aquello en que lo demás se encuentra como absorbido, y no engolfarse en detalles insignificantes y de muy poca trascendencia (1). Por tanto, basta detenerse en el matrimonio que es el hecho principal de que deriva la legitimacion.

Por otra parte, los sistemas complejos tienen el inconveniente de hacer imposible en muchos casos la legitimacion; por cuanto se exige el concurso de dos ó mas legislaciones que pueden hallarse en oposicion. Esto se ha podido palpar en los ejemplos propuestos mas arriba.

Se ha discutido si la legitimacion *per rescriptum principis* era meramente territorial ó si una vez obtenida se regia por la ley personal. Fiore sostiene esta última opinion; yo me decido por la primera.

Los graves inconvenientes que este modo puede causar en la sucesion del padre por ejemplo, introduciendo un órden mas ó menos arbitrario de sucesibles me determinan á oponerme á la opinion de Fiore y á considerar el *rescriptum principis* como meramente territorial.

38. Habiéndome ocupado ya de los hijos legítimos y de los legitimados, réstame ocuparme de los ilegítimos.

Estos son de varias categorias: naturales, adulterinos y sacrílegos.

(1) Dr. Koch, en un importante trabajo sobre Legitimacion presentado á esta Facultad.

Los primeros son los nacidos de personas que al tiempo de la concepcion podian casarse. Los aduterinos son hijos de personas que al tiempo de la concepcion no podian casarse por estar ambos ó uno de ellos ligado por otra union existente. Los sacrílegos son los hijos de personas que se hallan ligadas con votos solemnes á la época de la concepcion.

La ley personal del padre es la que debe determinar todas las cuestiones de filiacion; pero éste no es un principio absoluto y debo tratar el punto con alguna detencion.

La filiacion natural levanta cuestiones sérias y complicadas, se presentan tres casos posibles: 1° El reconocimiento es voluntario. 2° Es reclamado por el hijo natural. 3° Es declarado de oficio por el poder público. Consideraré separadamente los tres casos.

a) El reconocimiento voluntario de un hijo no puede producir conflicto sinó en el caso en que el hijo tenga ya un estado adquirido al tiempo del reconocimiento: como este estado puede obedecer á una ley distinta de la del padre, parece necesario el acuerdo de las dos legislaciones. (1)

La forma del reconocimiento se rige por la regla *locus regit actum*.

En cuanto á la capacidad para hacer el reconocimiento, se rige por la ley del domicilio del padre ó de la madre segun quien sea el que hace el reconocimiento.

(1) Brocher, páj. 155.

Respecto á la capacidad para ser reconocido, se rige por la ley personal del hijo.

Fiore está conforme con estas conclusiones, aunque difiere en lo que se entiende por ley personal.

b) Pero el asunto se complica cuando el reconocimiento es forzado, cuando proviene de una accion del hijo para hacerse reconocer.

Las legislaciones varian, unas admiten, otras no la investigacion de la paternidad, otras prohíben la investigacion de la maternidad en varios casos: cuando tenga, por ejemplo, el objeto de atribuir el hijo á una mujer casada.

Todas estas disposiciones son de orden público y de tal naturaleza que impiden la aplicacion de las leyes extranjeras que á ellas se opongan.

De aquí se concluye que cuando se intenta una accion reclamando la filiacion natural, lo primero que debe hacer el juez, es consultar si la accion no se opone á las leyes de carácter rigurosamente obligatorio y juzgar el asunto conforme á su legislacion territorial. No acepto otra ley porque las leyes locales ya admitan ó denieguen la accion, son de orden público.

« Exigir la aplicacion de la ley personal del padre es esponerse á que, con un cambio de domicilio ó con la naturalizacion en otro pais, el padre pueda burlar los derechos del hijo. »

A pesar de esta opinion creo que se debe atender á la ley personal del padre y á la del hijo, lo mismo que en el caso de reconocimiento voluntario: salvan-

do los principios de orden público vigentes en el lugar de los Tribunales.

Esta es la solución más conforme á los principios y se salvan con ella las dificultades, al decir que la ley personal no se aplica cuando es contraria á las disposiciones de orden público vigentes en el lugar.

c) En cuanto al reconocimiento por disposición del poder público á título de pena por ciertos hechos; es puramente territorial. No se puede ver aquí una verdadera constatación de estado; lo único que resulta de esa disposición es una obligación más ó menos provisoria de proveer al sostenimiento y educación del niño (1)

39. La adopción no existe en la República; hé aquí como se espresa el Codificador.

« He dejado también el título de *la Adopción*.
« Cuando de esta materia se ocuparon los juriscón-
« sultos franceses, al formar el Código Napoleon,
« reconocieron, como se vé en sus discursos, que
« trataban de hacer renacer una institución olvidada
« en la Europa y que recién había hecho reaparecer
« el Código de Federico II. Cuando ella había exis-
« tido en Roma, era porque las costumbres, la reli-
« gion y las leyes la hacían casi indispensable, pues
« el heredero *suyo* era de toda necesidad, aun para el
« entierro y funerales del difunto. Pero el Código
« Romano era perfectamente lógico en sus leyes.
« Estas por la adopción hacían nacer una verdadera

(1) Brocher, pág. 156. Savigny, tomo VIII, § 374.

« paternidad y una verdadera filiacion. Sucedia
« una mutacion completa en la familia. El adop-
« tado ó adrogado salia de su familia y adquiria en
« la del adoptante, todos los derechos de la agna-
« cion, es decir, sucedia no solo al padre adoptante
« sinó á los parientes de éste.

« Los legisladores prusianos y franceses advirtie-
« ron que no era posible ni conveniente introducir
« en una familia y en todos sus grados á un individuo,
« que la naturaleza no habia colocado en ella, y se
« redujeron á crear una cuasi-paternidad que, desde
« su principio hizo preveer las mas graves cuestio-
« nes. El adoptado, donde es admitida la adopcion,
« no sale de su familia, queda sujeto siempre: no
« tiene parientes en la familia del adoptante, y aún
« es escluido de la sucesion de éste, si llega á tener
« hijos legítimos. La adopcion así, está reducida á
« un vínculo personal entre el adoptante y el hijo
« adoptivo, institucion que carece hasta de las tradi-
« ciones de la ciencia. Desde que por nuestras leyes
« le está abierto á la beneficencia el mas vasto cam-
« po, ¿qué necesidad hay de una ilusion, que nada
« de real agrega á la facultad que cada hombre
« tiene de disponer de sus bienes?

« El conde de Portalis en su introduccion al Có-
« digo Sardo dice: « que á la época de la formacion
« del Código Francés, la adopcion entraba en las
« miras de Napoleon, y se le hizo lugar en el Cód-
« go Civil como una de las bases de su estatuto de
« familia. Mas ella fué rodeada de tantas restriccio-

« nes y sometida á condiciones tan difíciles de llenar,
« que fué fácil preveer que, recibida con descon-
« fianza, no se naturalizaria sino con mucho trabajo.
« La esperiencia ha justificado las previsiones de
« los autores del Código, pues nada es mas raro que
« una adopcion. »

« Tampoco, continúa el Dr. Velez, está en nues-
« tras costumbres, ni lo exige ningun bien social, ni
« los particulares se han servido de ella, sinó en
« casos muy singulares. »

Qué ley rige la adopcion ?

Respecto á la forma : locus regit actum.

Respecto á la capacidad de las partes hay que aten-
der á la ley personal del adoptante y á la del adop-
tado.

40 — En cuanto á la adopcion hay legislaciones
que la admiten, otras que no.

No la admiten :

La ley argentina.

La ley inglesa.

La norte-americana.

La ley holandesa, etc.

La admiten :

Los países regidos por el Derecho Romano.

La admiten con restricciones :

La Italia.

La Francia.

La Prusia.

La Austria, etc.

En cuanto á la *legitimacion per subsequens matrl-*

monium, no la admite la Inglaterra, la gran mayoría de legislaciones admiten este modo.

Como se ha visto es el único admitido por nuestro Código.

CAPITULO V

Arts. 2, 3, 4, 5, 6 y 7 Título "Discernimiento de la Tutela" y 1, 2 y 23 Título "De la Administracion de la Tutela."

I. *Patria Potestad*—41 Observaciones generales—42 Efectos de la patria potestad sobre las personas—43 Efectos sobre los bienes. II *Tutela*—44 Observaciones generales—45 Ley que la rige—46 Administracion de la tutela—47 Curatela—48 Capacidad é interdiccion—Fuentes—49—Minoridad—50 Interdiccion—51 Dependencia—52 Prohibicion de la ley—53 Leyes penales.

41. La patria potestad es la primera autoridad en el órden de las fechas; nació con la familia y cuando las sociedades se organizaron, creyeron conveniente mantener una institucion que respondia á una mision divina, en la cual nadie podria reemplazar con ventaja á los padres.

Pero, si todas las legislaciones aceptaron el poder paterno, no todas se cuidaron de examinar sus fundamentos filosóficos y lo consagraron tal como lo habian recibido: pasó á las naciones como estaba organizado en las tribus y la ley prestó su sancion sin exámen á las tradiciones primitivas. De aquí la

severidad de las primeras legislaciones y especialmente de la Romana; de aquí el derecho de vida y muerte atribuido al padre sobre sus hijos; pero el Derecho natural que no es sinó la razon humana en forma preceptiva, debia modificar los principios bárbaros de la legislacion romana; la patria potestad que era un conjunto de derechos establecido en el interés del padre, ha venido á ser en el derecho moderno un conjunto de derechos y deberes establecidos en favor del hijo.

Tales es el concepto de la ley argentina: los padres tienen *obligacion y derecho* de criar á sus hijos, de alimentarlos y educarlos conforme á su condicion y fortuna.

Pueden existir y existen en efecto, grandes diverjencias en los Códigos modernos, pero hay un punto en que todos están de acuerdo y es fundamental: la patria potestad está organizada para proteger á los menores.

42. Qué ley rige la patria potestad?

Hay diversas opiniones:

1^a La ley nacional del padre.

2^a La ley del domicilio de origen de los hijos.

3^a La ley del domicilio actual del padre; ó lo que es lo mismo la ley del domicilio matrimonial mientras permanezcan él, y la del nuevo domicilio, cuando sobrevenga un cambio.

Los que sostienen la primera opinion razonan mas ó menos así:

El poder paterno se funda sobre las relaciones de

paternidad ó maternidad y de filiacion, por consiguiente, la misma ley que regla estas relaciones, debe reglar la adquisicion del poder paterno, de aquí se sigue que la patria potestad depende de la ley nacional de la familia. (1)

Como en mi concepto la ley nacional no rige las relaciones de paternidad y de filiacion; resulta que el argumento no parece concluyente.

Lo he dicho ya muchas veces en el trascurso de esta esposicion: la idea de nacionalidad es buena como principio político, es mas, es justa y sagrada; pero no se justifica como regla de derecho internacional privado.

Savigny (2) sostiene el domicilio de origen; he aquí como se espresa:

«El poder paterno constituido por el nacimiento de un hijo durante el matrimonio, y las controversias á que este hecho puede dar lugar, se juzgan segun la ley de la localidad en que el padre tenia su domicilio en la época del nacimiento del hijo.»

En cuanto á las relaciones de bienes entre el padre y los hijos, se juzgan segun la ley del domicilio actual del padre; de manera que un cambio de domicilio puede determinar la modificacion de estas relaciones.

Sin duda, lo que ha hecho que Savigny abandone la ley del domicilio actual respecto de los derechos puramente personales que el padre ó la madre tienen

(1) Fiore Cap. XI núm. 156.

(2) § 380.

sobre sus hijos, es el peligro que traerian á los estos los cambios de domicilio hechos deliberadamente por los padres con el objeto de estender por mas tiempo su autoridad. Sin embargo, pienso que no es necesario abandonar completamente el domicilio actual; en consecuencia he adoptado un sistema misto que me parece que salva la dificultad.

La necesidad de mantener el imperio de una sola ley sobre la familia, necesidad que es el corolario lógico de la unidad y armonía que en ella deben reinar, ha hecho reconocer la competencia de la ley personal del marido en todo lo que á la familia se relaciona; bajo la proteccion de esa ley vive la familia; en el lugar del domicilio es donde se cumplen los deberes que la naturaleza impone á los que están ligados por los lazos de la sangre y del amor; la autoridad del domicilio es la que, por la fuerza misma de las cosas, está llamada á velar por el cumplimiento de esos deberes; las afecciones y hasta las ideas de los hijos parece que participan de la atmósfera moral del lugar en que se desarrollan; la facultad de correccion que compete á los padres difícilmente podrá ejercerse sinó de acuerdo con la ley del domicilio á cuyas disposiciones debe amoldarse necesariamente la familia en este punto; es al amparo de la *lex domicilii* que trabaja la familia y labra su porvenir; los hábitos, el carácter y hasta la voluntad ilustrada del jefe, todo lo consulta el domicilio. ¿Qué ley tiene, pues, mas títulos que la del domicilio para regir la familia y los poderes que la gobiernan?

Quiere decir entónces que en general, es la ley del domicilio actual del padre la que rige la patria potestad.

Pero como, aunque los hijos tienen siempre una garantía contra los abusos en el cariño de los padres, puede suceder sin embargo que éstos trasladen su domicilio con el fin de prolongar por mas tiempo sus derechos de patria potestad, se sigue que la teoría aquí espuesta es vulnerable por ese lado!

Tal es el gran inconveniente de la doctrina que acabo de sostener; á esto responde otro principio que completa mi sistema: *la duracion* de la patria potestad se rige por la ley del domicilio de origen.

La competencia de esta ley para este caso particular se funda en la necesidad de evitar fraudes, si no probables, posibles por lo ménos.

Fiore distingue entre los efectos que derivan de la patria potestad: unos se refieren á las personas, otros á los bienes. Subdivide á los primeros en dos categorías, es decir: 1° los que derivan de la asistencia que debe prestar el padre como tutor legal de la persona del hijo; tales son ciertas autorizaciones que ha de prestarle, etc. 2° La otra categoría comprende los derechos que tiene el padre sobre la persona del hijo, correlativos á la obligacion que incumbe á éste de obedecer. La primera categoría se rige por la ley nacional, la segunda por la ley del lugar en que el padre tiene su domicilio actual. (1)

(1) Fiore, núms. 159 y 160.

No participo de la opinion del distinguido tratadista. Todos los efectos de la patria potestad deben regirse por el derecho local del domicilio; esta conclusion no solo es la que se armoniza mejor con los principios, sinó que es la que mejor se acuerda con las disposiciones de órden público y las leyes de policia.

En el sistema de la nacionalidad á cada paso es menester decir: «salvo las disposiciones de órden público;» en nuestro sistema casi nunca hay que hacer esta salvedad, desde que las personas residen permanentemente en su domicilio: no hay distincion que hacer entre las disposiciones de la ley, ni hay que preocuparse por lo comun de delimitar las disposiciones de órden privado y las de órden público: todas rigen igualmente.

43. El rigorismo que he señalado al empezar el presente capítulo, no solo se estendia á las personas de los hijos, sinó tambien á sus bienes. Todo lo que el hijo adquiria pasaba á ser propiedad del gefe de la familia. Tal era la primitiva legislacion romana. Este rigor excesivo fué endulzado con la introduccion de los peculios: el padre dejó de ser propietario y pasó á ser administrador y usufructuario. Este cambio radical en el modo de considerar los bienes, ha pasado á las legislaciones modernas; pero como, á pesar de esto, hay todavia gran diversidad entre las leyes de los distintos países, debo preocuparme de determinar la que ha de aplicarse.

Los estatutarios no estaban de acuerdo en ésta como en muchas otras cuestiones.

Bretonnier sostiene que se aplica la ley personal del padre. «Esta cuestión no me parece susceptible de una gran dificultad; porque la patria potestad es un derecho personal, y por tanto no puede estar limitado por ningún territorio; porque es una máxima cierta que los estatutos personales son universales y producen su efecto en todas partes. Además, los frutos son cosas muebles. Ahora, bien; consta, *inter omnes*, que los muebles siguen á las personas y se regulan según la ley del domicilio.» (1)

Hertius acepta esta misma doctrina. Bouhier Le Brun, D'Argentré y otros, aceptan la personalidad del estatuto.

Froland sostiene la opinión diametralmente opuesta. «Este estatuto es constantemente real; *il ne s'étend point sur les biens situés dans une coutume, qui n'a pas disposition pareille,*» son sus propias palabras. (2)

D'Aguessau participa de esta opinión, también prevalece en la jurisprudencia inglesa.

No seguiré los razonamientos de los estatutarios. La doctrina de los estatutos no es satisfactoria y se vé que con ella se puede llegar á sostener á voluntad que la misma ley es personal ó real, según el punto de vista de cada uno; he querido únicamente señalar las divergencias existentes.

(1) Henrys, Œuvres, par Bretonnier, tom. II pág. 720. V. Boullenois, obs. 32 págs. 46 y 47, cita de Story § 457.

(2) Mem. 69.

Para los que no aceptamos la doctrina de la personalidad y la realidad, la ley competente es la del domicilio del padre; no tenemos ningun motivo para dar la preferencia á la *lex rei sitæ*.

44. Los romanos definian la tutela: *vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter ætatem se defendere nequit*.

El objeto de la tutela ha permanecido idéntico: *tueri eum qui propter ætatem se defendere nequit*. No es mas que la manifestacion de la proteccion que el Estado debe á los menores. Esto es lo que la hace una institucion, en cierto modo, de carácter público. Es cierto que la tutela es una dependencia de la familia y por lo tanto pertenece al derecho civil; pero por la importancia de esta institucion, por la influencia moderadora que el Estado está llamado á ejercer, interesa fuertemente al órden público; presenta, pues, un carácter misto que hace dificil la materia. (1)

45. Debe determinarse ahora la ley que debe regir la constitucion de la tutela.

Hay diversas opiniones: 1^a unos sostienen que la ley nacional de cada uno es la que debe regular todo lo que se refiera á la tutela, segun esa ley se regirá la constitucion, su duracion, etc.

2^a Para otros el derecho local del domicilio del impúber, determina la constitucion de la tutela. (2)

3^a Nuestro Código dispone, siguiendo á Story:

(1) Savigny, § 380. Brocher, núm. 48. Fiore, cap. XII.

(2) Cita ant. Schaffner, § 41.

Art. 2º « El discernimiento de la tutela corresponde al juez del lugar en que los padres del menor tenían su domicilio el día de su fallecimiento. »

Esta disposición coincide en el fondo con la 2ª opinión, porque siendo el domicilio legal de los hijos el de sus padres, es evidente que á la muerte de estos el menor no puede tener otro domicilio que el de aquellos; por tanto, equivale á decir que el domicilio del impúber determina la constitución de la tutela.

Las otras disposiciones del Código son las de los artículos siguientes :

« Art. 3º Si los padres del menor tenían su domicilio fuera de la República el día de su fallecimiento, ó lo tenían el día en que se trataba de constituir la tutela, el juez competente para el discernimiento de la tutela será, en el primer caso, el juez del lugar de la última residencia de los padres el día de su fallecimiento, y en el segundo caso, el del lugar de su residencia actual. »

Esta disposición me parece criticable. Si he aceptado la solución del art. 2º, es porque el domicilio de los padres el día de su fallecimiento, coincide con el domicilio del menor; pero aquí esta coincidencia desaparece; no es á ley personal del padre difunto, ni mucho menos á la ley de la residencia á la que hay que atender en esta materia, sino á la ley personal del pupilo en cuyo beneficio esté constituida la tutela. En este punto Brocher está perfectamente de acuerdo conmigo.

La tutela existe en el interés de los pupilos. El

tutor aparece como su mandatario legal encargado de representarlos en los diversos actos de la vida civil y si tratan por sí mismos, él debe suplir por la autorizacion su falta de capacidad. En cualquiera de estas dos hipótesis, la tutela tiene su base y su centro en las personas de los pupilos.

Este es el verdadero principio de unidad que debe predominar en la ciencia y en la legislacion, cualquiera que sea por otra parte la base que se adopte para regir el estado personal, la nacionalidad ó el domicilio.

Así se evitaria que las autoridades donde existen inmuebles, nombransen tutores especiales. El principio que dejo sentado es el único razonable y lógico: la misma ley que rige el estado y la capacidad del menor, debe ser la que rija las instituciones destinadas á proteger esa capacidad.

« Art. 4º Si los menores fuesen hijos naturales »
» reconocidos por sus padres, ó juzgados por tales, se »
» observará respecto de ellos, lo dispuesto en los dos »
» artículos anteriores. Si fuesen solamente recono- »
» cidos por la madre, ó juzgados tales respecto de ella, »
» el juez competente para el discernimiento de la »
» tutela, será el juez del domicilio de la madre, ó el »
» del lugar de su residencia si el domicilio de ella es- »
» tuviese fuera de la República. »

Como crítica baste con lo dicho sobre el artículo tercero.

« Art. 5º En cuanto á los expósitos ó menores »
» abandonados, el juez competente para discernir la

» tutela será el del lugar en que ellos se encontraren. »

« Art. 6º El juez á quien compete el discernimiento de la tutela, será el competente para dirigir todo lo que á ella pertenezca, aunque los bienes del menor estén fuera del lugar que abrace su jurisdicción. » (1)

45 Los autores suscitan la cuestion de saber si los extranjeros pueden ser llamados á ejercer la tutela, entre nosotros no cabe la mas mínima duda al respecto; el extranjero puede desempeñar cualquier funcion con escepcion de las políticas.

46. Qué ley rige la administracion de la tutela?

Se trata de conocer las facultades del tutor respecto de esta administracion. Estas facultades afectan á la persona y á los bienes del pupilo. Todas se rigen por la ley de la constitucion de la tutela. (1)

Las facultades de correccion parecen que escapan á esta regla y se rigen por la ley de la residencia.

Respecto de los bienes, algunos autores creen que tratándose de inmuebles, debe aplicarse la *lex rei sitæ*; de esta manera la administracion de la tutela estaria sujeta á diversas leyes. (2)

Es fuera de duda, dice Story que el *Common Law* no reconoce los derechos de los tutores extranjeros sobre los bienes inmuebles situados en otro Estado.

(1) Tít. IX Lib I Sec. 2º.

(1) Savigny Tom. VIII § 380. Fiore cap. 12.

(2) Schäffner § 41. Story § 500—Paul Voét De statutis § 9 cap. 2—Boullenois Observación 29. § 320 y otros.

Estos derechos son considerados como territoriales, y no pueden tener ninguna influencia sobre bienes situados en otros países, cuya legislación admite reglas diferentes. Nadie querrá suponer que un tutor, instituido según las leyes de un país, tenga el derecho de exigir los frutos ó tomar posesión de los bienes de su pupilo situados en otro Estado, sin haber sido debidamente autorizado por el tribunal local. El principio que los derechos sobre la propiedad real no pueden ser adquiridos, modificados ó cedidos sinó con arreglo á la *lex loci*, es bien conocido. (1)

Nuestro Código dispone en el título X del Lib. I. sec. 2^a.

« Art. 1^o La administración de la tutela, discernida por los jueces de la República, será regida solamente por las leyes de este Código, si en la República existiesen los bienes del pupilo. »

« Art. 2^o Si el pupilo tuviese bienes muebles ó inmuebles fuera de la República, la administración de tales bienes y su enagenación será regida por las leyes del país donde se hallaren. »

No es posible admitir la doctrina del Código, porque es contraria á los principios. Supongamos un mandato válidamente conferido en un país; es indudable que el mandatario puede ponerlo en práctica en todas partes; con tal que no ofenda los principios de orden público vigentes en el lugar en que quiere obrar. Ahora bien, la tutela es un mandato conferido por

(1) Story desde § 500 adelante.

la ley, el tutor es un mandatario legal y su procuracion constituida válidamente, debe reconocerse en todas partes; salvas las disposiciones de orden público. Los sostenedores de la opinion del Código, que pretenden la aplicacion de la *lex rei sitæ*, no pueden fundarse sinó en el territorialismo feudal; las leyes que rigen la administracion de la tutela; las que determinan las formalidades con que se han de vender los bienes de los menores, etc., tienen por objeto proteger á los menores y por tanto son *estatutos personales* ¿qué se podria decir á favor de la *realidad* de estos estatutos? Nada, al dictarlos el legislador no ha tenido en vista los bienes, sinó las personas de los menores. (1)

La misma ley que rige la constitucion de la tutela, debe regir su administracion, la rendicion de cuentas, etc.

47. Los mismos principios de la tutela rigen la curatela; que es el poder conferido para gobernar las personas y los bienes de los incapaces mayores de edad.

48. Para concluir con las personas, debemos ocuparnos de algunas incapacidades.

La capacidad es el grado de aptitud legal en que se encuentran las personas para adquirir derechos ó contraer obligaciones. (2)

(1) Fiore. Cap. XII núm. 180—Savigny § 380—Merlin. Repert. v. Absent Cap. III art. 3—Brocher páj. 159 y 160.

(2) Cap. II núms. 7 y 13.

Vamos á ocuparnos brevemente de algunas incapacidades: las principales provienen de la minoridad, interdiccion, dependencia de otro, prohibicion de la ley y leyes penales.

49. La menor edad se rige segun algunos por la ley del lugar en que se celebra el acto; esta opinion es inadmisibile: las razones son fáciles de alcanzar.

Otros quieren que la misma ley que rige el estado y la capacidad, rija la menor edad.

Nuestro Código dispone:

Art. 13. « El que mude su domicilio de un país extranjero al territorio de la República, y fuese mayor ó menor emancipado, segun las leyes de este Código, será considerado como tal, aún cuando sea menor ó no emancipado segun las leyes de su domicilio anterior. »

Art. 14. « Pero si fuese ya mayor ó menor emancipado, segun las leyes de su domicilio anterior y no fuese por las leyes de este Código, prevalecerán en tal caso aquellas sobre éstas, reputándose la mayor edad ó emancipacion como un hecho irrevocable.

Se han examinados ya estas disposiciones. (1)

50. Los interdictos se equipáran á los menores; esta clase de incapacidades, proviene de defectos naturales, tales como la falta de razon etc.

51. La dependencia de otro que coloca á una persona bajo el poder de otra, debe regirse por la ley personal; sin embargo, en el terreno positivo, nuestra

(1) Cap. II,

ley las considera de derecho á estas incapacidades y las hace regir por la *lex loci*.

52. No se puede establecer de una manera absoluta la ley que rige estas prohibiciones. Todo depende de las especialidades de cada caso.

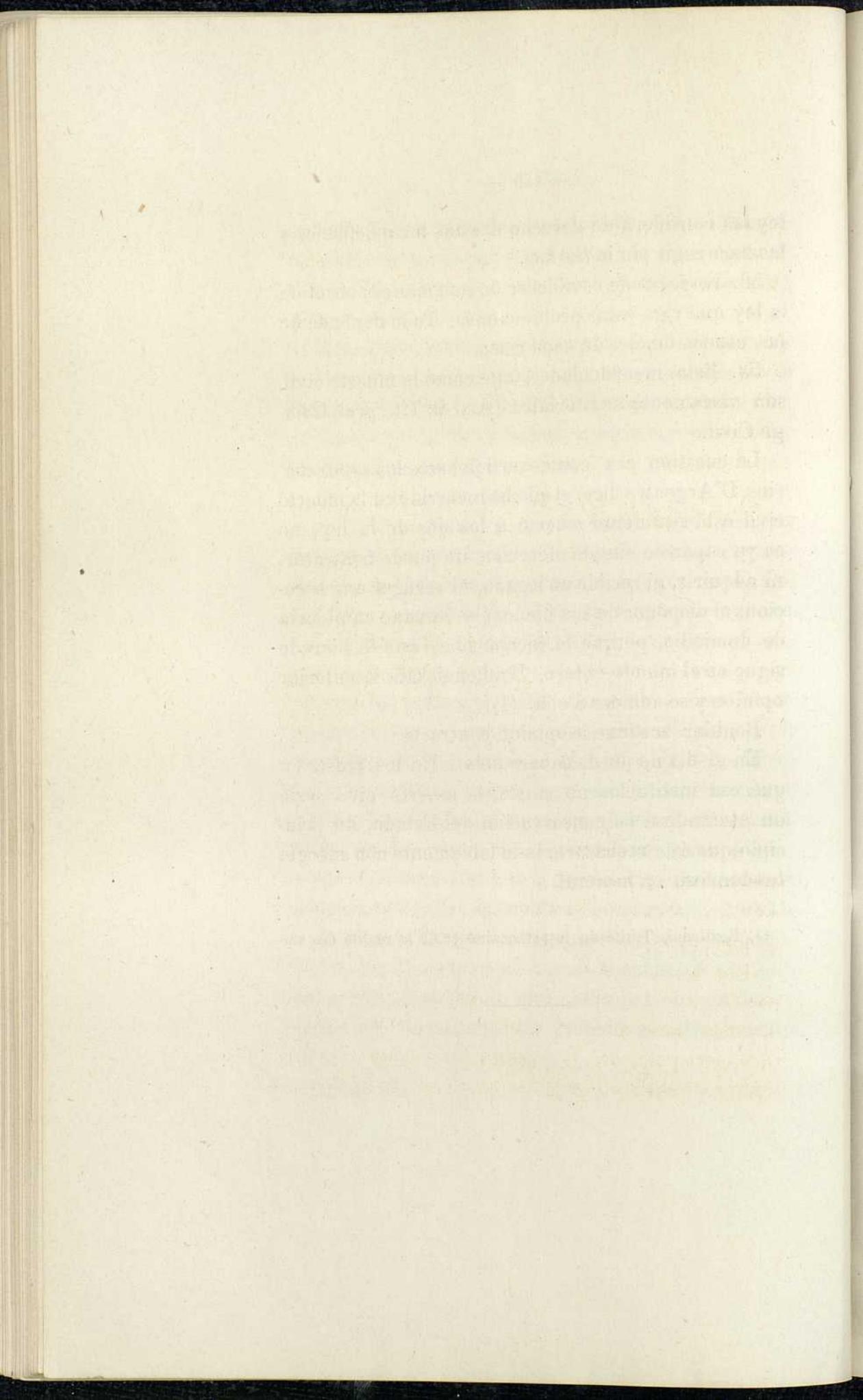
53. Estas incapacidades, tales como la muerte civil, son meramente territoriales. (Art. 9. Tit. prel. Código Civil.

La cuestion era controvertida entre los estatutarios; D'Argentré dice: el que ha incurrido en la muerte civil está realmente muerto á los ojos de la ley, no es ya capaz de ningun derecho, no puede contratar, ni adquirir, ni recibir un legado, ni recoger una sucesion, ni disponer de sus bienes; y en vano cambiaria de domicilio, porque la incapacidad que le hiera le sigue en el mundo entero. Boullenois cita la anterior opinion y se adhiere á ella. (1)

Bouhier sostiene la opinion contraria.

En el dia no puede caber duda. En los países en que esa institucion no existe, la muerte civil seria un atentado á la conservacion del Estado, un principio que éste rechazaria indudablemente con energía fundándose en la moral.

(1) Boullenois Traité de la personnalité et de la réalité des statuts tom. I páj. 64.



CAPITULO VI

C. C. Arts. 10 y 11 Título Preliminar

Bienes—54. Observaciones—55 La *lex rei sitae*, su estension segun la doctrina de los estatutos—El feudalismo—56 Modificaciones de los escritores modernos—Exámen de la opinion de Chassat—57 Bienes inmuebles—58. Bienes muebles—Critica de esta distincion—59 Doctrina del Código; artículos 10 y 11—60. Posesion—Generalidades—Ley que rige las acciones posesorias—61 Propiedad, restricciones y limites del dominio—Ley que rige—Acciones protectoras de la propiedad—Medios de adquirir—62 Ley que rige la prescripcion adquisitiva—63 Servidumbres—64 Enfitteusis—Superficie—65 Prenda, hipoteca y anticrésis—66. Legislaciones extranjeras—67. Opiniones del Congreso de Lima.

54. Despues de haber estudiado la personalidad del hombre y establecido la ley que rige su estado y capacidad, lo he seguido en sus relaciones con la familia; para estudiar ahora la ley que rige sus derechos sobre los objetos del mundo fisico.

Por bienes se entiende en general los objetos susceptibles de valor; en este sentido, los objetos inmateriales, tales como un crédito, una deuda, son bienes; pero emplearé la palabra *bien*, para designar una *cosa material* que puede formar el objeto de un

derecho.—De los derechos personales trataré en el capítulo siguiente.

Así entendidos los bienes los dividiré en inmuebles y muebles; los primeros son los que se hallan por sí mismos inmovilizados, y todo lo que á ellos se halla incorporado ó adherido, bien sea de una manera orgánica, ya por el hecho humano; los segundos son los que pueden transportarse de un lugar á otro, bien sea moviéndose por sí mismos, ó por una fuerza esterna. (C. C.)

La mayoría de los autores modernos no hace distinción entre muebles é inmuebles: todos presentan idéntica naturaleza ante el derecho internacional privado; estoy conforme con este modo de encarar la cuestión, pero conservo la distinción para apreciar en detalle algunas teorías.

55. La *lex rei siæ*, se aplica á todos los inmuebles, situados en los Estados del legislador: *immobilia statulis loci regantur ubi sita*. D'Argentré, Voët, Mevius, Froland, Hubert, Boullenois, Burgundus, Rondeburg, Story, Rocco, Burge y Fœlix sostienen la máxima en todo su rigor estendiéndola á toda clase de bienes. De entre ellos algunos la llevan hasta regir la forma de los actos, la capacidad de las partes, la sucesiones y todo acto ó derecho que tenga por objeto un bien raiz.

El feudalismo ha sido la causa generadora de este poder absorbente del suelo. El hombre estaba subordinado á la tierra porque esta era la base de la soberanía, y como la soberanía era invisible se seguía

que era imposible que en el territorio se aplicase una ley extranjera sin que se fraccionase el poder soberano. La tierra era el vínculo que unía al propietario con el señor: éste imponía su ley en todo el territorio y sobre todo lo que en él había y de este modo el territorio determinaba el derecho local aplicable.

56. Pero los escritores modernos no han querido ver en el hombre una dependencia de la tierra. La ley territorial rige la condición jurídica de los bienes: ella es absolutamente imperativa en tanto es el producto de la soberanía. La soberanía interviene en la reglamentación política y económica de la propiedad, pero una vez que lo ha hecho, una vez que ha establecido la condición jurídica del bien y las restricciones y límites del dominio y la posesión, no puede pretender ir más allá, no puede imponer sus leyes al extranjero en lo que respecta á su capacidad para adquirir ó enagenar.

La soberanía en nuestros tiempos debe contentarse con dictar las medidas necesarias para la conservación y mejoramiento de la sociedad: á eso se limita su rol.

Pretender someter al extranjero á la *lex rei sitae* en lo que respecta á su capacidad, es desnaturalizar el papel de la soberanía, es olvidar que la capacidad personal no se divide en dos y que siempre se rige por la ley del domicilio. Si una ley declara á un individuo mayor á los 21 años y por lo tanto en el pleno goce de su capacidad, es evidente, para mí, que ese individuo es capaz en todas partes; trátase de actos

que tengan por objeto un bien raiz ó un derecho de crédito.—No admito, pues, que la ley del *sitûs* estienda su imperio á la capacidad de las personas.

Los derechos de los cónyuges á los bienes no se regirán por la *lex rei sitæ* sinó por la del domicilio, ó por la convencion nupcial. Tampoco admito que la capacidad de disponer por testamentos y todo lo relativo á las sucesiones testamentarias se rija por las leyes que gobiernan cada bien, sinó por la del último domicilio del difunto.

Lo que acabo de decir me conduce á sentar las proposiciones siguientes:

1ª La capacidad de adquirir ó de enagenar se regula por la *lex domicilii*.

2ª Cuando se trata de un bien individualmente considerado, la ley competente es la de su situación. Pero cuando se trate de un patrimonio, de un todo jurídico ya no se aplica la misma ley; en este caso se debe considerar á los bienes en sus relaciones con la familia, en su dependencia de la misma, y por tanto la ley aplicable, si se quiere simplificar el réjimen bonitario de la familia, no puede ser otra que la que rige á esta. Asi si se trata de establecer los derechos de los hijos en la sucesion de sus padres, no se ha de tomar en consideracion la situacion de los bienes sino la ley que rige la familia.

Si se dice con Savigny, que el lugar de la situacion rige las cosas en virtud de la sumision voluntaria del que las adquiere al derecho de la localidad; no puede negarse que esa sumision voluntaria desaparece evi-

dentemente desde que se trate de un patrimonio, porque no es verosímil suponer p. ej. que cuando dos individuos se casan, quieran que su regimen bonitario-matrimonial se rija por tantas leyes distintas cuantos lugares haya en que existan bienes de los cónyuges. (1)

Por las razones que anteceden opino que la *lex rei sitæ* debe reducir el imperio que le han atribuido los viejos juristas y quedar limitada à regir los bienes individualmente considerados.

No quiero caer en el extremo de Laurent; de Chasat y todos los partidarios del sistema de la personalidad. (2) Estos razonan así: desde que los bienes son medios de que se vale el hombre, las leyes personales deben regir sus relaciones con aquellos, salvas las disposiciones de órden público. Ya he refutado este sistema en sus principios; aquí solo espondré algunas dificultades practicas: «la ley nacional del individuo rige los bienes.» Pero, de que individuo? del propietario? Y en caso afirmativo, los que tengan derechos reales ¿estarán sometidos á la ley nacional del propietario? En virtud de que fundamento? ¿Estarán sometidos á sus respectivas leyes nacionales y en este caso, la misma cosa obedecerá á tantas leyes distintas cuantos sean los individuos que tienen derechos reales? Y cuando dos ó mas individuos de distinta nacionalidad son propietarios *pro*

(1) Brocher sostiene esta opinion núm. 80.

(2) Cap, I, núm. 5, sistema VIII.

indiviso ¿á que ley se dá la preferencia? Si un Austriaco y un Chileno poseen un bien raiz en la República Argentina; que ley gobierna los derechos de los propietarios, la Austriaca ó la Chilena?

Laurent y sus coopinantes establecen una restriccion á su principio: la ley nacional deja de rejir cuando una disposicion local de órden público se interpone; pero como en el dominio de las cosas las leyes de esta especie son la gran mayoria, resultará que las escepciones de órden público, seran mucho mas numerosas que la regla.

57. He aceptado la sumision voluntaria de las partes como la base mas importante de la competencia de cada ley (Cap. I).

He indicado como otra base la territorialidad; principio que establece la competencia indiscutible de aquellas leyes que emanan directamente de la soberania territorial y que tienen por objeto conservar el órden público y los principios económicos, morales, religiosos ó políticos en que descansa la organizacion de la sociedad (Cap. I. núm. 6°).

Veamos si estas dos bases se acuerdan para establecer la competencia de la *lex rei sitæ*.

«El que quiere adquirir ó ejercitar un derecho sobre una cosa, se trasporta con esta intencion al lugar que la cosa ocupa y para esta especial relacion jurídica, se somete al derecho de la localidad. Asi, pues, cuando se dice que los derechos reales se juzgan segun el derecho del lugar en que la cosa se en-

cuentra, se parte del mismo principio que cuando se aplica al estado de la persona la *lex domicilii*.

Este principio es la sumision voluntaria» (1)

Esta ley de la situacion reconoce como otro justificativo la soberania territorial; nadie duda del derecho que tiene el soberano para ordenar el régimen de la propiedad, y de aquí justamente deriva la competencia de la ley citada.

De modo, pues, que tanto la territorialidad como la sumision voluntaria conducen á la aceptacion de la *lex rei site*.

Por otra parte esta es una regla simple que hace depender el derecho aplicable de circunstancias fáciles de determinar, aleja todos los conflictos haciendo depender á los propietarios, poseedores, usufructuarios etc., de una ley única y de este modo se acuerda con la utilidad general de todas las naciones. (2)

58. La mayoría de los autores antiguos (3) y algunos de los modernos (4) distinguen entre los muebles y los inmuebles en cuanto á la ley aplicable. Segun ellos los primeros se rijen por la ley del domicilio del dueño, los segundos por la ley de su situacion. La mayoría de los autores modernos rechazan la distincion propuesta, fundándose en que la naturaleza de

(1) Savigny Tom. VIII § 366.

(2) V. Cap. I. núm. 6: 3^a base de competencia.

(3) (4) Bretonnier, D'Argentré, Brodeau, Lebrun, Burgundus, Rondenburg, Wessell. P. y J. Voet, Mevius, Boullenois, Bouhier, Pothier, Merlin, Mitermaier, Haus, Meier, Duranton, Kent, Story, Wheaton, Rocco, Burge, Valette y Schaffner.

una y otra especie de bienes es idéntica y por lo tanto debe aplicárseles la misma regla. (1)

Los partidarios de la antigua doctrina que someten las cosas muebles no á la *lex rei sitæ* sinó á la *lex domicilii*, olvidan ó se disimulan el lado débil de su doctrina. Se dice, en efecto, que el derecho local aplicable es el del domicilio de la persona; pero ¿cuál es esta persona? (2) Será sin duda la que tiene derecho á la cosa en virtud de la relacion de derecho. Pero esta regla es muy equívoca, y aunque se admitiera el principio, bastaria para hacer su aplicacion vaga é incierta por demás. Bajo esta definicion podria entenderse tambien el propietario; pero cuando se trata de la trasmision de propiedad no se sabe si designa al antiguo ó al nuevo propietario; ni puede determinarse á que parte se debe atribuir cuando la propiedad está en cuestion. Ciertamente que se podria abandonar por completo la determinacion del propietario; sustituyéndolo por el poseedor, lo cual simplificaria y facilitaria mucho la aplicacion de la regla. Por último, independientemente de la propiedad, hay ciertos derechos reales, que cuando existen ó se pretenden, constituyen para otras tantas personas un derecho á la cosa. Así pues, aunque fuera verdad que el derecho local se determina por el domicilio de la persona, este prin-

(1) Savigny § 366—Mühlenbruch Doctrina Pand § 72—Wächter I pág. 292 á 298—Fiore núm. 199—de Chassat. Des status número 62—Brocher: Droit I. Privé Lib. II Cap. I y siguientes—Haus § 45.

(2) Wächter I, pág. 293.

cipio seria demasiado equívoco, porque las diferentes personas de que acabo de hablar, pueden tener domicilios diversos y esta pretendida regla no podría darnos la solución práctica del problema. (1)

Los sostenedores de la distinción que combato, dicen que los muebles no tienen una situación permanente y que en consecuencia no se les puede asignar un lugar determinado en el espacio. Esto es solo cierto para algunos casos excepcionales, tales, por ejemplo, como los muebles de uso personal que un individuo lleva consigo; las mercaderías que atraviesan distintos países en tránsito para un punto determinado, etc. En estos casos, relativamente raros, puede admitirse la distinción; pero en general la regla aplicable debe ser la misma para toda clase de bienes; no hay ningún motivo que justifique distinciones que no derivan ciertamente de la naturaleza de las cosas.

59. Nuestro Código Civil dispone lo siguiente:

« Art. 10. Los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes del país, respecto á su calidad de tales, á los derechos de las partes, á la capacidad de adquirirlos, á los modos de transferirlos y á las solemnidades que deben acompañar estos actos. El título por lo tanto, á una propiedad raíz, solo puede ser adquirido, transferido ó perdido, de conformidad con las leyes de la República. »

(1) Savigny loc. cit.

Art. 11. Los bienes muebles que tienen situacion permanente y que se conservan sin intencion de trasportarlos, son regidos por las leyes del lugar en que están situados; pero los muebles que el propietario lleva siempre consigo ó que son de su uso personal, esté ó no en su domicilio, como tambien los que se tienen para ser vendidos ó trasportados á otro lugar, son regidos por las leyes del domicilio del dueño. »

El artículo 10 transcrito contiene varias disposiciones; dice en primer lugar que los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes del país en cuanto á su calidad de tales, con lo que estoy completamente de acuerdo.

Pero en seguida agrega que la capacidad para adquirirlos se rige tambien por las leyes del país. Confieso que la disposicion es embarazosa; ¿importa ella una contradiccion con lo dispuesto en los artículos 6 y 7 del mismo título? Lo cierto es que hay lugar á dudas. En efecto, los artículos 6 y 7 estatuyen que la capacidad de las personas se rige por la ley del domicilio *aunque se trate de bienes existentes en otra parte.*

¿De qué bienes trata el Código? La ley no distingue; se *refiere á bienes raíces como á bienes muebles.* Como es entonces que á los dos ó tres artículos el Código dispone que la capacidad para adquirir bienes raíces se rige por la *lex rei sitæ*?

Se trata de esplicar esta contradiccion diciendo que el Dr. Velez Sarsfield al determinar la ley que

rige la capacidad personal (arts. 6 y 7) siguió á Savigny, mientras al establecer la que gobierna la capacidad para adquirir (art. 10) siguió á Story.

En cuanto á mí, no acepto una interpretacion semejante y tengo para proceder así razones poderosas. No es cierto ante todo que, al determinar el derecho que rige la capacidad de adquirir, el Código haya seguido á Story. La nota al artículo 10 cita á Story y á Savigny y como el primero sienta la competencia de la *lex rei sitæ*, mientras el segundo no abandona la *lex domicilii*, se sigue que esta nota no puede servirnos de base para una interpretacion racional porque los testimonios en que se apoya son contradictorios; y no se diga que Story debe ser preferido porque está citado primero, porque tal procedimiento no sería lógico. Lo mejor es, pues, prescindir de una *nota* que hace decir al artículo el pró y el contra, y atenerse al conjunto de las disposiciones legales y á los principios generales de la ciencia.

Dice el Código que la capacidad para adquirir bienes raíces se rige por las leyes del país; bien ¿cuales son las leyes del país en materia de capacidad? Hay que distinguir; si se trata de la capacidad general ó de hecho, las *leyes del país* son las que rijan en el domicilio de la persona (1); nada importa que el domicilio se tenga en país extranjero, desde que las leyes extranjeras en los casos en que el Código

(1) Cód. Civ. arts. 6 y 7. Título preliminar.

autoriza su aplicacion, son tan eficaces en el territorio de la República como las *leyes del pais*; establecer lo contrario seria cortar por su base el Derecho Internacional Privado, cuyos principios ha erijido en disposiciones positivas nuestro legislador.

Si se trata de la capacidad de derecho, la solucion es diversa; en esta materia el Código no autoriza la aplicacion de las leyes extranjeras, porque hay de por medio intereses generales (1).

Se debe averiguar, pues, si la capacidad de adquirir en general, es de hecho ó de derecho, y esto no en el terreno doctrinario donde no cabe duda, sinó en el terreno legal. Del resultado de esta investigacion depende, en mi concepto, la buena inteligencia del artículo 10.

La capacidad es la regla, la incapacidad de derecho es una escepcion á la regla impuesta por el poder social. «Las personas á quienes se prohíbe la adquisicion de ciertos derechos ó el ejercicio de ciertos actos, son incapaces de derecho, es decir de *estos derechos* ó de *estos actos prohibidos*.» (2)

Resulta claramente de lo que antecede que la incapacidad general de adquirir por si impuesta al menor, por ej. no es de derecho, sinó de hecho y por lo tanto cae bajo el imperio de la *lex domicilii*.

El artículo 6. Tít. «De los actos jurídicos» solo se refiere, como lo dice la misma nota de dicho artí-

(1) Cód. Civ. art. 6. Tít. «De los actos jurídicos.»

(2) Nota del codificador al artículo anterior.

culo, á aquellas personas que están declaradas incapaces de ejercer ciertos actos jurídicos; pero no á aquellas que tengan una incapacidad general.

No sería el colmo del absurdo decir que el Francés de 21 años de edad que vende en Francia un bien raiz que ha heredado en la República Argentina, habia practicado un acto nulo, porque es incapaz de derecho?

Las incapacidades de derecho son prohibiciones impuestas en el interés comun, por razones de moral y de orden público, ellas no afectan el estado general de la persona sinó respecto del acto de que se trata. Así por ejemplo, el tutor es incapaz de adquirir los bienes de su pupilo. Esta es una incapacidad de derecho que no afecta la facultad general que dicho tutor tiene de adquirir los bienes que no son de su pupilo.

La capacidad de adquirir bienes no puede decirse que sea de derecho, porque no hay interés público en que la capacidad del extranjero se rija por las leyes del país, porque no es este el caso en que el Código se coloca cuando dice que la capacidad de derecho se refiere á *ciertos actos designados en varios títulos del Libro I.*

Concluyo, pues, que ante el terreno legal, la capacidad de derecho se funda en ciertas condiciones especiales de las personas que intervienen en la relacion jurídica y que por lo tanto la capacidad de adquirir que no se funda en condiciones escepcionales de las personas, sino que es general, debe colo-

carse y hallarse comprendida en la capacidad de hecho.

Así, pues, las leyes del país en el caso del artículo 10, son las disposiciones de los artículos 6 y 7 del Título Preliminar.

Voy á otra cuestion. He dicho que los bienes considerados individualmente obedecian á la ley de su situacion, mientras que considerados en su conjunto obedecian á otros principios.

Podria creerse á primera vista, que esta opinion se halla condenada por los términos absolutos en que el artículo 10 está concebido. Sin embargo se encuentran en el Código disposiciones que prueban lo contrario y que confirman lo que he sostenido en el núm. 56. Si se quiere interpretar acertadamente la ley, es necesario estudiar el conjunto de sus disposiciones y no atenerse al testo aislado de una sola.

El artículo 10 no ha sido obstáculo para que el legislador declarára en el título «Del matrimonio» que el contrato nupcial rige los bienes, sin que haya necesidad de consultar la *lex domicilii* ni la *lex rei sitæ*. Tampoco ha impedido que el contrato válidamente hecho en pais extranjero transfiera el *dominio* de bienes raices situados en la República (1).

En el Libro IV. Título I se establece que:

«El derecho de sucesion al patrimonio del difunto, es regido por el derecho local del domicilio que el

(1) Cód. Civ. Tít. «De los contratos.»

difunto tenia á su muerte, sean los sucesores nacionales ó extranjeros.»

Todas estas disposiciones prueban que los bienes raíces no son esclusivamente regidos por la *lex rei sitæ*, sinó que segun el mismo Código hay casos en que reconocen el imperio de otra ley.

Finalmente, si el Código hubiera creído como Story que la consagracion absoluta de la *lex rei sitæ* «es el único medio de establecer, regularizar y controlar las transferencias» (1) no se hubiera tomado la pena de prescribir en el artículo 75 del Título «De los contratos» el instrumento público y la legalizacion correspondiente. Le hubiera bastado prohibir toda aplicacion de contratos y leyes estrangeras sobre los bienes, como indudablemente lo hubiera hecho si hubiese seguido á Story. El artículo 75 es, pues, concluyente: acuerda efecto á los contratos válidos segun la ley estranjería, con la única condicion que se presenten legalizados los instrumentos públicos, importando poco, con lo dice en su nota, que hayan sido hechos ante escribano como lo mandan *las leyes del país*, ó ante los jueces como lo mandan las leyes de Prusia y de Austria (estrangeras).

Paso á ocuparme de la distincion entre muebles é inmuebles ante la ley argentina.

Del artículo 11. Título preliminar se desprende con toda claridad, que los bienes muebles se rigen por la ley de su situacion. La distincion de los anti-

(1) Story Conflict of laws. § 555.

guos juristas no ha encontrado, pues, acogida en el Legislador Argentino. El Código ha entendido que solo aquellos bienes que el propietario lleva siempre consigo y los que no tienen situación permanente, obedecen á la ley del domicilio del dueño.

Estoy completamente de acuerdo.

Respecto á las formas, la ley aplicable se halla establecida en el artículo 75 antes citado.

« Los contratos hechos en país extranjero para transferir derechos reales sobre bienes inmuebles situados en la República, tendrán la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que constaren de instrumento público y se presentaren legalizados. Si por ellos se transfiere el dominio de bienes raíces, la tradición de estos no podrá hacerse con efectos jurídicos hasta que estos contratos se hallen protocolizados por orden de un juez competente ».

En el capítulo siguiente volveré sobre este punto. Lo que resulta del conjunto de disposiciones legales es que la *lex rei sitæ* tiene el alcance que le he dado en números anteriores.

60. La posesion es un hecho jurídico; tiene importantes efectos y se halla protegida por una clase particular de acciones que se llaman interdictos posesorios.

« Habrá posesion cuando alguna persona por si ó por otra, tenga una cosa bajo su poder, con intencion de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad » (art. 1°).

Hay una posesion física que no es mas que una mera tenencia; no debe confundírsela con la anterior, en la cual concurren dos elementos: el *corpus* ó elemento material y el *animus res sibi habendi* ó elemento moral; cuando desaparece cualquiera de estos dos elementos, la posesion jurídica no existe, y asi por ejemplo el que tiene efectivamente una cosa, reconociendo en otro la propiedad, es simple tenedor de la cosa y representante de la posesion del propietario, aunque la ocupacion de la cosa repose sobre un derecho (art. 2°).

Debo sentar como regla general que en esta materia la *lex rei sitæ* recibe estricta aplicacion.

La posesion es una relacion de hecho y esto justifica la regla sentada.

En cuanto á los interdictos posesorios nacen en general de una turbacion violenta y se colocan entre las *obligationes ex delicto* y por lo tanto el derecho aplicable es el del tribunal llamado á juzgar; pero si no se trata de un interdicto posesorio encaminado á hacer restablecer las cosas á su estado anterior; si en su lugar se establece el petitorio ó cualquiera otra accion tendente á hacer reconocer en el demandante un *jus possidendi* entonces se aplica la *lex rei sitæ*.

61. La propiedad es el derecho mas estenso que pueda tenerse sobre una cosa; reasume y encierra en sí á todos los derechos reales, de manera que cuando un propietario concede un derecho real sobre su cosa, no hace sinó desmembrar la propiedad de ella.



La capacidad para adquirir la propiedad se juzga por la ley del domicilio de las partes (V. N° 56).

La ley Argentina (Tit. VI Lib. III) impone ciertas restricciones al dominio absoluto; así por ejemplo los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos, derechos enfitéuticos, ni de superficie, ni imponerles censos, ni rentas que se extiendan á mayor término que el de cinco años; el propietario de edificios no puede dividirlos horizontalmente entre varios dueños ni por contrato, ni por actos de última voluntad etc.

Todas estas restricciones revisten un carácter marcado de territorialidad y por tanto caen bajo el imperio de la *lex rei sitæ*.

En cuanto á las cosas objeto del derecho de propiedad, nadie duda que debe ser la ley de la situación la que declare que cosas están en el comercio ó fuera de él. La soberanía territorial es competente para coordinar el derecho de los particulares con las conveniencias sociales.

En cuanto á la reivindicación, la acción publiciana y la negatoria que son las acciones protectoras de la propiedad, la ley del lugar en que el proceso se intenta es la competente para reglar su ejercicio; la razón que dá Savigny es la siguiente: el juez debe siempre aplicar el derecho de su país cuando, mas que del fondo del derecho, se trata de su persecución ante los tribunales, comprendiendo en ella, no solo las formas y las reglas del procedimiento propiamente dicho, sinó también una parte de las reglas del derecho sobre las acciones.

El tribunal llamado á juzgar puede ser el del lugar de la situación de la cosa en cuyo caso el ejercicio de la acción se rige por la *lex rei sitæ*; ó puede ser también el del domicilio del demandado, en este caso se aplica la *lex domicilii* del demandado á todas las cuestiones jurídicas que se refieren á la acción de propiedad. Hay que reconocer que esta alternativa concedida al demandante, le confiere un poder arbitrario que puede tener sus inconvenientes; pero son inevitables (1). Procurando evitarlos, sin duda, es que Fiore propone la *lex rei sitæ* (2). Esta regla simplificaría en efecto la cuestión; pero sería ineficaz tratando de cosas que no tienen situación permanente; en este caso la situación de la cosa variaría á voluntad del demandado.

Respecto á los medios de adquirir, me parece que la regla general de la situación recibe aplicación.

Así p. ej. entre nosotros se halla aceptado el principio romano: *dominia rerum, non nudis pactis transferuntur, sed traditionibus et usucapionibus*; mientras que en el derecho francés se trasmite la propiedad por el simple contrato.

Si se verificara una venta de acuerdo con la ley francesa, que tuviese por objeto un bien situado en la República Argentina, la propiedad no se transmitiría hasta que no interviniese la tradición exigida por nuestra ley.

62. Entre los medios de adquirir el dominio de las

(1) Savigny, tom. VIII § 367.

(2) Fiore, pág. 343.

cosas, figura la prescripcion; este medio de adquisicion se diferencia de la tradicion en que este es un acto instantáneo, mientras que la prescripcion exige la posesion continuada durante un número de años que varia segun las legislaciones de los diversos países.

En cuanto á los bienes inmuebles nadie duda que la *lex rei sitæ* es la competente; tanto mas si se considera que la posesion en que se funda es una relacion puramente de hecho.

Pero la cuestion tiene importancia en cuanto á los muebles. Los autores que sostienen la distincion entre las cosas muebles y las inmuebles, establecen que las primeras se rigen por la *lex domicilii* del dueño. Ya he tenido ocasion de demostrar lo infundado de la distincion desde que ambas categorias de bienes presentan idéntica naturaleza.

Las legislaciones varian mucho sobre esta materia; entre nosotros la posesion de buena fé vale por título (art. 62); el derecho romano exige dos años, el Código Italiano dispone que la posesion de buena fé produce en favor de terceros el mismo efecto que un título y que la accion del propietario ó poseedor de cosa mueble para recobrar la cosa robada ó perdida se prescribe por dos años. El Código austriaco dispone que la propiedad de una cosa mueble se adquiere por usucapion, mediante la posesion pacífica de tres años. Los que sostienen el domicilio, se encuentran en dificultades para determinar el derecho aplicable cuando la propiedad está en cuestion y los que la pre-

tenden tienen distintos domicilios. Por otra parte, cuando el poseedor cambia de domicilio, la prescripción se regirá por el nuevo domicilio, y de esta manera se podrán perjudicar los derechos de la persona contra quien se prescribe trasladando el domicilio á un país en que el lapso de tiempo para prescribir sea mas corto. (1)

Yo sostengo que la prescripción debe regirse por la ley de la situación actual de la cosa y creo que como el Código Argentino no hace distinción entre muebles é inmuebles, se puede afirmar que en la República, la *lex rei sitæ* rige tanto la prescripción de los inmuebles, como para la de los muebles.

Digo que la situación *actual* de la cosa es la que determina el derecho aplicable, porque si es evidente que los cambios de lugar no interrumpen la posesión, no lo es menos que la traslación de la propiedad no se verifica hasta la espiración del tiempo fijado para la usucapion; hasta entonces no ha hecho mas que prepararse este resultado, las relaciones entre el poseedor y la cosa no son mas que actos preparatorios, la posesión en sí misma es un hecho y solo el tiempo puede convertirla en medio de adquirir el dominio; es solo en esta época que se produce el lazo jurídico que une al individuo con la cosa. (2)

(1) Sobre esta cuestión están de acuerdo Fiore, Savigny y Mühlenbruch.

(2) Savigny §367. Fiore N. 204.

63. Servidumbre es el derecho real sobre un inmueble ajeno, en virtud del cual se puede usar de él, ó ejercer ciertos derechos de disposicion, ó bien impedir que el propietario ejerza algunos de sus derechos de propiedad. Se dividen en reales y personales. Servidumbre real es el derecho establecido en favor del poseedor de una heredad sobre otra heredad ajena para utilidad de la primera. Servidumbre personal es la que se constituye en utilidad de alguna persona determinada, sin dependencia de la posesion de un inmueble y que acaba con ella. (2)

Las servidumbres reales se rigen por la *lex rei site*. La opinion es uniforme.

Las servidumbres personales se rigen por la misma ley segun algunos, otros admiten el mismo principio; pero con algunas restricciones que no pueden admitir sin reservas; las servidumbres, salvo algunas modalidades, revisten este carácter comun: son cargas impuestas á los bienes y deben caer bajo el imperio de la *lex rei site* y en tanto afecten el régimen de la propiedad no puede admitirse el imperio de una ley estraña á los principios fundamentales del régimen bonitario local.

64. Respecto á los derechos de enfiteusis y el de superficie, no puede haber duda alguna: caen bajo el imperio de la *lex rei site*. Si existe, pues, un contrato de enfiteusis válido segun la ley de la celebracion, no producirá sus efectos si la ley de la situacion

(2) Cód. C., Lib. III, Tít. 12, Arts. 1^o, 2^o y 3^o.

de la cosa que es su objeto no reconoce este derecho real, ó no juzga suficiente el modo de su constitucion.

65. La hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito, sobre un inmueble especialmente determinado, por una suma de dinero tambien cierta y determinada. El bien continúa en poder del deudor. (Arts. 1 y 2, Título de la Hipoteca.)

Habrà constitucion de prenda cuando el deudor, por una obligacion cierta ó condicional, presente ó futura, entregue al portador una cosa mueble ó un crédito en seguridad de una deuda. (Art. 1º. Título De la Prenda.)

El anticresis es el derecho real concedido al acreedor por el deudor ó un tercero por él, poniéndole en posesion de un inmueble y autorizándolo á percibir los frutos para imputarlos anualmente sobre los intereses del crédito si son debidos; y en caso de exceder, sobre el capital; ó sobre el capital solamente. (Art. 1º. Tít. XVI.)

La prenda, la hipoteca y la anticresis, como se vé, son derechos reales concedidos en seguridad de un crédito. Este es su carácter comun. Como son accesorios de una obligacion su constitucion y sus efectos deben regirse por el derecho local que rige la obligacion; sin embargo en todo lo que afecte al régimen de la propiedad de *lex rei sitæ* es la que predomina como que se trata de *un jus in re*; asi una convenion por la cual se concede una prenda no producirá el derecho real en la República si no ha intervenido la tradicion. (Art. 1º. Tít. XV. Lib. III)

La hipoteca constituida en el extranjero producirá sus efectos en la República siempre que no contradiga los principios económicos ó políticos del país. El artículo 2128 del Código francés dispone lo contrario, la hipoteca constituida en país extranjero no produce efectos en Francia; esta disposicion ha sido criticada por propios y estraños. (1)

Esto en cuanto á la hipoteca convencional:—Respecto á la hipoteca legal la mayoría se inclina á hacerla caer bajo el imperio de la *lex rei sitæ*, como los privilegios; aquella como esta son un simple favor concedido por la ley, y como tal no debe franquear las fronteras del Estado. Segun esta opinion, la hipoteca concedida por algunas legislaciones al vendedor sobre los inmuebles vendidos por el cumplimiento de las obligaciones que resultan del acto de enagenacion, no tendrá efecto en la República, porque nuestras leyes han establecido otro remedio legal para este caso. (Tít. De la compra y venta, Cap. VI.)

En cuanto á los efectos que la hipoteca, constituida en país extranjero, puede producir contra terceros, habrá de estarse á lo dispuesto en el artículo 28 del título «de la hipoteca.»

66. Los países regidos por el *Common Law* aceptan la *lex rei sitæ* para los inmuebles y la *lex domicilii* para los muebles. Sin embargo en Luisiana no se admite esta distincion segun Story.

(1) Troplong N. 551. Privil et hypot. Fiore páj. 379 y siguientes. Durantou N. 362.

El Código de Baviera no hace distincion entre muebles é inmuebles: todos se rigen por la *lex rei sitæ*.

El Código italiano dispone que los inmuebles estan sometidos á la ley en vigor en el lugar de su situacion.

Acepta la distincion cuando dice que los bienes muebles se rigen por la ley nacional del dueño. Es la única ley que haya aceptado la ley nacional.

El Código Napoleon, habla de la *lex rei sitæ* en cuanto á los inmuebles, no dice nada respecto de los muebles.

Podria pensarse que no hace distincion, sin embargo como la doctrina adoptada por ese Código es la de los estatutos, se cree que en su silencio hay que atenerse á la tradicion, por esto se presume adoptada la *lex domicilii* para los bienes muebles.

El Código prusiano dispone:

«Los bienes muebles de un individuo, sin atender á su residencia actual se rigen por la ley de su jurisdiccion ordinaria» y como esta se determina por el domicilio (§23) resulta que la *lex domicilii* rige estos bienes.

El Código austriaco dice:

Los bienes inmuebles se someten á las leyes del distrito en que estan situados.

En general todas las legislaciones adoptan la distincion que he combatido; pero la ciencia moderna no está de acuerdo con las legislaciones; los últimos escritores la combaten, y como prueba de que la opinion que sostengo hace camino en la América del

Sud, espondré en el número siguiente la opinion del Congreso de Lima.

67. El Congreso de juristas reunido en Lima ha sancionado como regla general que la *lex rei sitæ* rige tanto los bienes inmuebles como los muebles (Informe del señor Arenas § 2.)

Unicamente aquellos muebles que no tengan situacion permanente, se regiñan por la ley nacional de su dueño.

Tal es el principio aceptado.

Como se vé el Congreso no hace distincion entre las dos categorias de bienes; solo en casos escepcionales la ley nacional gobernará aquellos bienes que no tienen situacion permanente, y á los que por consiguiente no se les puede asignar un lugar determinado en el espacio.

Con escepcion de la ley nacional que sustituyo por la del domicilio, en el fondo es la misma opinion que sostengo: ante el Derecho Internacional privado no hay diferencia entre inmuebles y muebles: todos son de idéntica naturaleza, todos interesan los principios económicos y políticos del Estado y por tanto todos caen por este lado bajo el imperio de la ley de su situacion.

CAPITULO VII

Artículos 8 y 12 Título Preliminar—artículos 5, 6 y 7—Título «De los actos jurídicos.»

Locus regit actum

68. Observaciones generales—69. Artículo 12 del título preliminar --70. Fundamento del principio Locus regit actum.—71. Formalidades estrinsecas é intrinsecas—Crítica de esta terminología—72. Actos por instrumento privado—73. Necesidad de probar el lugar en que han pasado—74. Actos *in fraudem legis*—75. La regla locus regit actum es absoluta?—76. Actos que tengan por objeto transferir la propiedad y otros derechos reales sobre inmuebles—76 (bis). Leyes diversas—Congreso de Lima.

68. Todas las legislaciones estan de acuerdo en imponer á los actos algunas formalidades que garantan su eficacia y faciliten el conocimiento de la verdad, cuando se discute ante los tribunales la existencia ó validez de las obligaciones que encierran.

Estas formalidades, impuestas en el interés mismo de los individuos y de la buena administracion de justicia, varian segun las diversas legislaciones y dependen de las circunstancias especiales de cada país. De

aquí la necesidad de establecer cual sea la ley competente para regir la forma de los actos.

Existe un viejo adagio que se ha hecho aceptar universalmente: el lugar gobierna al acto: «Locus regit actum» con lo que se quiere decir que la forma esterna del acto, válida segun la ley del lugar en que se ha celebrado, vale tambien en todas partes.

Como este principio es de una aplicacion general, estendiéndose como se estiende á los contratos, al matrimonio, á los testamentos etc; como por otra no es tan absoluto que no reconozca algunas escepciones, debo estudiarlo con alguna detencion.

Ante todo voy á consignar las disposiciones de nuestra legislacion.

69. El artículo 12 del título preliminar dispone lo siguiente:

«Las formas y solemnidades de los contratos y de todo instrumento público son regidos por las leyes del país donde se hubiesen otorgado.

El artículo 7 del Título «De los actos jurídicos» dice:

«Respecto á las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez ó nulidad será juzgada por las leyes y usos del lugar en que los actos se realizaren.»

Respecto de los testamentos, en cuya materia la cuestion es mas controvertida, el Código consigna idéntica disposicion; ya se ha visto que ella tambien se aplica á las formas del matrimonio.

Nuestra ley consagra pues, de una manera precisá

la regla hoy generalmente admitida, pero la disposición legal está redactada en términos generales, como naturalmente deben estarlo las disposiciones del legislador; de aquí dimana la necesidad de estudiar sus fundamentos, determinando al mismo tiempo su alcance práctico y legal.

70. Se ha dicho que el fundamento racional del antiguo adagio residía en la sumisión voluntaria de las partes al derecho de la localidad: opinión que difícilmente podría ser admitida, puesto que la voluntad de las partes será muchas veces contraria á la regla sentada y que además las formas de los actos no son el producto del arbitrio individual, sino que por el contrario, son una emanación de la sociedad que las establece en el interés general; cuando una ley exige la prueba literal para constatar ciertos actos, formula un principio de orden público que, contrariado por las partes arrastra como consecuencia la nulidad del instrumento.

¿Quiere decir esto que la regla *locus regit solemnitate* se funde en la soberanía territorial? De ningún modo, porque si así fuera, el acto celebrado conforme al derecho de la localidad no valdría en todas partes. La universalidad del principio prueba que no es la soberanía local su fundamento racional y lógico.

No falta quien haya sostenido que no existe fundamento alguno jurídico y que la tradición y el común asentimiento de los pueblos es lo que la conserva. (1)

(1) Bar Das internationale Privatrech, pág. 112 § 34.

Sin embargo el adagio tiene razon de ser y fundamento jurídico. La necesidad lo justifica plenamente; en efecto las partes se ven, cuando se hallan en el extranjero, en la imposibilidad de llenar las formalidades prescritas por las leyes de su país; si el acto válido en cuanto á su forma, en el lugar de la celebracion hubiese de ser anulado en otra parte por defecto de forma, no habria seguridad en las convenciones y muchas veces las partes residentes fuera de su patria, de su domicilio ó del lugar de la situacion de los bienes, se verian obligados á no contratar, por no poder observar las formas de la situacion de los bienes, de su patria ó de su domicilio; de este modo las relaciones mercantiles encontrarian un obstáculo insuperable. El interés de todas las naciones es, pues, el primer fundamento del principio *Locus regit actum*.

A menudo es difícil conocer en el lugar en que se hace el acto jurídico, las formas legales requeridas por la ley del lugar en que el acto debe producir sus efectos, y mucho mas difícil aún observarlas completamente. Para no hacer imposibles los actos jurídicos en un país extranjero, ó para no esponerlos á nulidades por falta de formas legales, las que seguramente no han sido establecidas para crear obstáculos á los actos jurídicos, se ha reconocido, desde el siglo XVI como principio del derecho consuetudinario la regla *locus regit actum*. (1)

Supongase un alemán que se encuentra en la Re-

(1) Savigny Tom. VIII § 381.

pública Argentina, que tiene sus bienes en Alemania; quiere hacer su testamento; pero las leyes de este último país establecen el testamento judicial; si el súbdito alemán quisiese testar en la forma alemana, no podría hacerlo porque los jueces argentinos no se prestarían á observar formas distintas de las establecidas en el Libro IV. del Código Civil; de aquí resultaría que ó el individuo se encontraría en la imposibilidad de hacer el testamento, ó tendría que hacerlo en las formas del país.

Pero en mi concepto el principio *Locus regit actum* tiene otro fundamento más. Creo con Laurent, que el adagio tradicional se funda también en la razón. Desde que el fin de las formas estrinsecas es garantizar la libre expresión de la voluntad de las partes que redactan el acto poniéndolas al abrigo del fraude y de toda influencia ilegítima, es claro que es al legislador de cada país á quien corresponde establecer las formas que le parezcan más propias para conseguir este fin. Cuando las formas locales han sido observadas, debe presumirse que el acto es la libre expresión de la voluntad de las partes. Si al contrario, el acto no se hubiese hecho en estas formas, no podría considerársele como expresivo de la voluntad de las partes; desde entonces no puede hacer fé en parte alguna. Tal es el fundamento racional del principio: *Locus regit actum* (1).

(1) Laurent. Le droit Civil International Tom II pág. 424 y sigts.

71. Los autores (1) dividen las formalidades en *estrinsecas é intrinsecas ó viscerales*.

Como no en todas recibe aplicacion el principio *locus regit actum*, se hace indispensable determinar con la mayor precision posible el imperio de la regla aceptada por el art. 12. Las *formalidades intrinsecas* son las que forman la esencia del acto tales son segun Merlin: el consentimiento en los contratos, la capacidad de las partes, la cosa y el precio en la compra-venta; las formalidades llamadas *habilitantes* y que tienen por objeto, como su nombre lo indica, *habilitar* á ciertos incapaces para ejecutar algun acto— en esta categoria, puede colocarse la autorizacion marital, la autorizacion del tribunal tratándose de actos de tutela.

Como se vé, el término *formalidad* está aquí mal empleado; no se trata de *formas* sinó de *condiciones* de validez y por tanto el adagio tradicional no podria estenderse, dados sus fundamentos, á todo aquello que no hace á la *forma probante* que es el término razonable. En efecto, el *locus regit actum* se aplica á las formas que sirven para atestiguar que la declaracion de voluntad se ha hecho; pero de ningun modo al fondo del acto. Tan es así, que un acto válido en cuanto á sus formas puede ser declarado nulo por falta de consentimiento, de autorizacion marital ó por cualquiera de los otros motivos que Merlin denomina impropriamente formalidades intrinsecas,

(1) Merlin Repertoire verb. Loi N^o 7.

cuando en realidad son algo mas que formas, cuando son condiciones intrinsecas sin las cuales se considera inexistente el acto; mientras que la falta de formas propiamente dichas, pueden acarrear en verdad la nulidad del instrumento, pero el acto valdrá si se le confiesa en justicia ó si se puede probar su existencia de otra manera; salvo el caso de acto solemne, porque en este caso la solemnidad no es solo una forma sinó una condicion de fondo; mas adelante volveré sobre los actos solemnes. Por ahora debo limitarme á señalar la importancia de evitar la confusion de las *formas* que deben constatar la existencia del acto con las *condiciones* sin las cuales el acto seria *inexistente*.

Asi, pues, segun lo que acabo de decir, las formalidades habilitantes tales como la autorizacion marital etc., no son formas y escapan á la máxima tradicional cayendo bajo el imperio de la ley que rige el estado y la capacidad, la nacionalidad ó el domicilio segun la escuela que se adopte.

De la misma manera si falta el consentimiento en una convencion, si no hay precio cierto en una venta, si falta la cosa, si una hipoteca no se ha inscrito, no será el principio *locus regit actum* el que rijá.

La razon es que no se trata de formas probatorias, sinó de condiciones intrinsecas de validez para que el acto exista entre las partes ó respecto de terceros; estas condiciones nada tienen que ver con las formas. Cuando se dice que el lugar rige el acto, se quiere espresar que ese acto debe ajustarse á las formas

que la legislación del lugar prescribe para concederle fé. Este es el sentido verdadero de la máxima. Errores como los de Merlin la han desnaturalizado, dándole una estension que no autorizan los fundamentos del adagio.

Al calificar las condiciones de que trato como *formalidades intrinsecas* ha resultado que el *locus regit actum* ha venido á estender su imperio á las condiciones y á los efectos de los contratos; es esta una confusion de dos órdenes de ideas completamente diferentes. Las convenciones son generalmente de interés privado; he ahí porque la voluntad de las partes desempeña un rol tan importante; no están sometidas á la ley, los contratantes mismos se dan su ley. Sucede otra cosa respecto de las formas estrinsecas; la ley es la única que regla la forma de los actos; los escritos están destinados á producirse en justicia, ellos constituyen la prueba por escelencia de los hechos que se debaten ante los tribunales; y en este sentido las formas son de interes general. *Las espresiones que confunden nociones jurídicas de una naturaleza diferente conducen siempre a errores: seria conveniente borrar de la ciencia, la de formalidades intrinsecas.* (1).

He insistido sobre este punto porque creo que eliminando de entre las formas las llamadas *intrinsecas* ó viscerales, se traza un límite cierto á la regla *locus regit actum* circunscribiéndola á rejir la forma probatoria de los actos.

(1) Laurent. Obra citada tomo II pág. 419.

72 La regla *locus regit actum* es de una aplicacion general, por lo tanto estiende su imperio á los actos bajo firma privada. Es verdad que se ha pretendido que siendo la necesidad el fundamento de la regla, ésta no tendria aplicacion á los actos por instrumento privado, puesto que se pueden observar las formas prescritas en la patria ó en el domicilio. Creo sin embargo, que la máxima debe subsistir para estos actos. Es cierto que la necesidad es el principal fundamento, pero no es el único, la justícia de proteger los actos de buena fé hechos con arreglo al derecho local, entra por mucho en la admision de la máxima. Cuando un extranjero ejecuta un acto en la República, se halla casi siempre en la imposibilidad material de conocer las leyes de su pais en materia de formas; sus actos son generalmente redactados por procuradores que se sujetan á las formas del Estado. Si se quiere proteger, pues, la buena fé, la regla *locus regit actum* debe aplicarse á los actos por instrumento privado. Aun más, ella se estiende á los contratos verbales y así si segun la ley del lugar en que se ha efectuado el acuerdo de voluntades, se admite la prueba por testigos, esta prueba debe admitirse en todas partes, aun cuando el tribunal exigiese la literal ó cualquiera otra.

Zachariæ que es de esta opinion, dice, que los medios de prueba por los cuales se puede establecer la existencia jurídica de los contratos formados en pais extranjero y las modificaciones que pueden haber recibido por convenciones accesorias y subsiguientes,

deben ser determinadas segun la ley del pais donde tales actos han pasado, y de aquí que el juez deba admitir la prueba testimonial, cuando la ley del lugar en que la convencion ha sido estipulada no exige un acto escrito, y admite la prueba por testigos. (1)

73. Haré notar con Fælix, Pardessus (2) y Fiore que es necesario que en todos los casos en que una de las partes invoca un acto celebrado fuera del pais, se exija ante todo que se pruebe que se hizo en el lugar en que se le pretende hecho.

74. ¿Debe aplicarse la máxima tradicional cuando las partes han dejado su pais, para burlar las formas que en él rigen? La negativa no es dudosa; el fraude es la escepcion de todas las reglas. Si las naciones aceptan como válido un acto ejecutado con arreglo á la regla *locus regit actum*, es en el interés de proteger la buena fé y no ciertamente para autorizar el fraude á sus preceptos. Las leyes que rigen las formas son de orden público, ellas respetan á la buena administracion de justicia, y por esto las naciones exigen como condicion indispensable para admitir la máxima tradicional, la buena fé de las partes que la invocan.

Una derogacion espresa consigna el Código Argentino. El *locus* se aplica al matrimonio aunque las partes hayan dejado su domicilio por no sujetarse á las formas que en él rigen.

(1) Zachariæ § 31. Fiore núm. 319. Fælix núm. 79. Laurent, tom. II páj. 428 y siguientes.

(2) Tom. IV núm. 148.

Las consecuencias fatales que trae la nulidad de un acto tan trascendental, han hecho que el legislador haya apartado esta causa de nulidad.

La doctrina que he sentado puede considerarse hoy como una *communis opinio* (1), sin embargo Savigny y Demangeat rechazan la distincion que he sentado, ellos creen que no puede admitirse de una manera absoluta y que es menester dejar al juez un poder discrecional para que aprecie segun las circunstancias.

75. Otra cuestion controvertida es la de saber si la regla *locus regit actum* es absolutamente imperativa ó es facultativa.

En esta cuestion los principios son todo; desde que el adagio *Locus* es aceptado como una regla de favor, es claro que las partes pueden rehusar el favor que se les acuerda y someterse á las leyes de su domicilio ó á la del lugar en que la convencion debe surtir sus efectos. Supongamos que se trate de transmitir un bien raíz situado en la República; si las partes pueden observar las formalidades prescritas por nuestra ley y las observan; en virtud de qué principio se anularía el acto? Si la regla *locus regis actum* se halla establecida para favorecer la validéz de los actos ejecutados de buena fé; ¿como emplearla para anularlos cuando ningun interés legítimo se opone á que se les considere válidos?

Esto no quiere decir que en materia de formas todo

(1) Foelix y los autores que cita. Laurent, tom. II.



dependa de la voluntad de las partes; nó, al contrario he dicho ya que el interés público predominaba; pero no se trata de someterlo todo á la voluntad de las partes, como pretende Laurent, refutando la opinion que sostengo, lo único que quiere establecerse es una opcion. Esta opcion es perfectamente legítima desde que la ley que se acepta es la del lugar del cumplimiento de las convenciones que el acto constata. Téngase presente que si se admite divisibilidad entre las formas y el fondo del acto, es fundándose principalmente en necesidades imperiosas; pero en realidad el acto es indivisible y la forma del acto debiera regirse por la ley que rige el fondo á no mediar las consideraciones que ya he espuesto al señalar los fundamentos del adagio. No es que yo pretenda decir que siempre que cese la necesidad debe cesar la máxima; sinó que ésta por las razones en que se funda, no debe ser tan rigurosamente obligatoria que no permita una opcion en casos especiales. Así por ejemplo: el Código, que se ha visto, establece en su art. 12 Título Preliminar que las formas se rigen por la ley del lugar donde el acto se hubiese otorgado; dispone sin embargo que «cuandoun argentino se encuentre en país extranjero, *está autorizado* á testar en algunas de las formas establecidas por la ley del país en que se halle. Ese testamento será siempre válido, aunque el testador vuelva á la República y en cualquier época que muera» (1) y agrega: «El testamento del que se

(1) Art. 14 y 17 Tít. XII Lib. IV Sec. I Cod. Civil.

hallare fuera de su país; solo tendrá efecto en la República, si fuese hecho en las formas prescritas por la ley del lugar en que reside, ó segun las formas que se observan en la *Nacion á que pertenezca*, ó segun *las que este Código* designe como formas legales.»

76. El art. 75 del Título «De los contratos» trae lo siguiente :

«Los contratos hechos en país extranjero para transferir derechos reales sobre bienes inmuebles situados en la República, tendrán la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que constaren de instrumentos públicos y se presentaren legalizados. Si por ellos se transfiriese el dominio de bienes raíces, la tradicion de éstos no podrá hacerse con efectos jurídicos hasta que estos contratos se hallen protocolizados por orden de Juez competente.» *La nota* agrega lo siguiente que viene á confirmar lo que he sostenido en el Cap. VI., que hoy la *lex rei sitæ* ha perdido mucho de su absolutismo primitivo :

«Cuando decimos que los contratos de que habla el artículo deben constar de instrumentos públicos; no se exige que precisamente sean hechos por notarios ó escribanos públicos. En la mayor parte de las naciones existen funcionarios encargados de la fé pública que imprimen autenticidad á los actos y contratos que pasan ante ellos. Pero hay otras como Austria, Prusia etc., en los cuales los jueces son los únicos que dán autenticidad á los actos y los notarios se limitan á protesta de letras, ó á recibir los contratos de las personas

que no saben escribir. Respecto de los contratos, aunque los instrumentos no sean hechos ante los escribanos, deben ser comprendidos entre los que el artículo llama *instrumento público*.»

Así, pues, *las formas de todo instrumento público* se rigen por la ley del lugar en que se hubiesen otorgado (art. 12 Tít. Prelim.) sin otra condición (muy justa,) de que se presenten legalizados y que solo producirán sus efectos, desde que se hallen protocolizados por orden de juez competente.

76. (bis) Réstame hablar de las legislaciones extranjeras en la materia que me ocupa.

El proyecto de Código Civil francés traía esta disposición. «La forma de los actos se rige por la ley del país en que han pasado.» Se le opuso que era una máxima demasiado general que tenía sus excepciones etc. El artículo fué suprimido; pero se le consagró en casos particulares (arts. 477 y 999) y la jurisprudencia francesa le ha dado una aplicación general y constante. No citaré las numerosísimas sentencias de los tribunales, porque este trabajo tendría mas extensión de la que me he propuesto darle. Diré solo que una sentencia del Tribunal Civil del Sena ha decidido el 14 de Marzo de 1879 que la regla *locus regit actum* se aplicaba á la legitimación hecha en país extranjero; (1) y otra sentencia del mismo Tribunal y de la misma fecha, estableciendo que un

(1) Journal de Droit International Privé 1879 pág. 280.

matrimonio entre franceses es válido si se celebra en el extranjero en las formas del lugar. (1)

En cuanto á Inglaterra y Estados Unidos, la regla es segun Story generalmente aceptada y se aplica á los actos públicos como á los actos privados.

El Código de Prusia establece: «De la forma de un contrato se juzgará segun las leyes del lugar en que ha sido celebrado.

La misma disposicion consigna el Código Bávaro.

Lo mismo el Código de Luisiana art. diez.

El Código Italiano dice que las formas estrínsecas se rigen por el *locus* y en el art. 9 dispone que «los disponentes ó contratantes tienen la libertad de observar las formas prescritas por sus leyes nacionales, con tal que sean comunes á todas las partes.

El Congreso de juristas reunido en Lima ha sancionado la disposicion contenida en el art. 12 Tít. Prelim. del Código Argentino.

(1) Cíta ant. páj. 289.

CAPITULO VIII

Obligaciones y contratos

—77. Disposiciones legales—78. Fundamento del artículo 69—La voluntad de las partes determina la competencia de cada ley—79. Contratos celebrados por carta—Disidencia entre los Códigos Civil y de Comercio, ella existe igualmente en la doctrina—Opiniones de Massé, Laurent y Fiore—80. Contratos por mandatarios—81. Artículos 73 y 74—82. Opinion de Fiore sobre la ley que rige los contratos—83. Opinion de Savigny—84. Opinion aceptada—85. Efectos y consecuencias de los contratos—Ejecucion—86. Eficacia de los contratos celebrados en pais extranjero—Esepciones—87. Ley que regla la naturaleza y efectos de la obligacion—88. Acciones de rescision, resolucion ó revocacion—88. (bis) Actos unilaterales.

77. Tócame ocuparme ahora de la sustancia de los actos jurídicos. Por acto jurídico se entiende un hecho voluntario, lícito, que tenga por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, creando, modificando, transfiriendo ó aniquilando derechos.

Como los contratos y obligaciones que de ellos resultan forman la clase mas importante de actos jurídicos, espondré el derecho local que rige las obligaciones, despues de dejar consignadas las disposiciones del Código sobre la materia :

Art. 5° « La validez ó nulidad de los actos jurídicos, entre vivos, ó de las disposiciones de última voluntad, *respecto de la capacidad ó incapacidad de los agentes*, será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio. »

Art. 6° « La incapacidad ó incapacidad de derecho (1), el objeto del acto y los vicios sustanciales que pueda contener, serán juzgados para su validez ó nulidad por las leyes de este Código. » (2)

En el Título « De los contratos » se leen las siguientes disposiciones:

Art. 69. « Los contratos hechos fuera del territorio de la República serán juzgados en cuanto á su validez ó nulidad, su naturaleza y obligaciones que produzcan, por las leyes del lugar en que hubiesen sido celebrados. »

Art. 70. « Esceptúanse del artículo anterior aquellos contratos que fuesen inmorales y cuyo reconocimiento en la República resultase injurioso á los derechos, intereses ó conveniencias del Estado ó de sus habitantes. »

Art. 71. « Los contratos hechos en pais extranjero para violar las leyes de la República, son de ningun valor en el territorio del Estado, aunque no fuesen prohibidos en el lugar en que se hubiesen celebrado. »

Art. 72. « Los contratos hechos en la República para violar los derechos ó las leyes de una nacion extranjera, no tendran efecto alguno. »

(1) V. Cap. II núm. 13.

(2) C. C. Tít. « De los actos jurídicos ».

Art. 73. « Los contratos hechos en la República ó fuera de ella, que deban ser ejecutados en el territorio del Estado, serán juzgados en cuanto á su validez, naturaleza ú obligaciones por las leyes de la República, sean los contratantes nacionales ó extranjeros. »

Art. 74. « Los contratos celebrados en la República para tener su cumplimiento fuera de ella, serán juzgados en cuanto á su validez, su naturaleza y obligaciones por las leyes y usos del pais en que debieran ser cumplidos, sean los contratantes nacionales ó extranjeros. »

Tales son en su conjunto las disposiciones de nuestra ley, cuyos motivos paso á estudiar.

78. En materia de convenciones hay que consultar ante todo, la voluntad espresa ó presunta de las partes; las obligaciones que de ellas resultan son el producto de un acuerdo de voluntades entre dos ó mas personas, y éstas son dueñas de estipular como mejor les parezca y referirse á la ley que crean mas conveniente.

Asi pues, si dos individuos declaran al contratar que aceptan tal ó cual ley, ésta será competente porque todo depende aquí del libre arbitrio de las partes interesadas. Estas, en virtud de su autonomia, no solo pueden elegir la ley que les plazca, sinó que sus declaraciones hacen ley y solo en falta de ellas es permitido recurrir á las disposiciones positivas; el legislador las ha formulado para este único caso.

Pero las partes no acostumbran establecer con precision cual es la ley á que entienden someterse, y

de aquí la necesidad de establecer presunciones para establecer la sumisión voluntaria.

Como regla general puede decirse que la ley aceptada es la del lugar de la convención. En efecto, es este el lugar en que, como dice Rocco, las partes han tomado probablemente todos sus informes para conocer la naturaleza y extensión de las obligaciones recíprocas.

Tal me parece ser la razón en que se funda el artículo 69 del Título «De los contratos». Es natural admitir que cuando la obligación, cuando el lazo jurídico está formado, se acepte como presunción que las partes se han sometido al derecho del lugar en que el contrato se ha perfeccionado.

79. Cuando un contrato se celebra entre presentes, no hay dificultad; pero cuando las partes se hallan distantes unas de otras ocurre una duda: ¿dónde se considera perfecto el contrato?

La solución es importante, porque siendo el lugar donde el contrato se perfecciona el que determina el derecho local aplicable, se sigue que si se considera perfecto el contrato en el lugar en que se acepta la oferta, es la ley de éste la que se aplica, mientras que si, al contrario, se dice que el contrato se perfecciona en el lugar en que la respuesta llega al proponente, la ley aplicable será la de este último lugar. Así, A. de Amberes propone en venta mercaderías á un comerciante B. de Buenos Aires; B. acepta el negocio. Se trata de saber si el contrato se perfecciona en Buenos Aires desde el momento en que

B. acepta, ó si recién viene á perfeccionarse en Amberes, cuando la aceptación llegue al conocimiento de A. En el primer caso el derecho aplicable sería el de Buenos Aires, en el segundo el de Amberes.

La cuestión ha dividido á los autores.

El Código de Comercio en su artículo 204 consigna la disposición siguiente :

« El contrato por cartas se perfecciona en el lugar
« y en el acto en que la respuesta del que acepta el
« negocio llega al proponente

« Hasta ese momento está en libertad el proponen-
« te de retractar su propuesta, á no ser que al hacer-
« la se hubiese comprometido á esperar contestación,
« y á no disponer del objeto del contrato sinó después
« de desechada su oferta ó hasta que hubiese trans-
« currido un plazo determinado. »

A su vez el art. 18. Tít. « De los contratos » Código Civil, formula en términos claros y precisos la doctrina contraria.

« La aceptación, dice, hace solo perfecto el contrato desde que ella se hubiese mandado al proponente ». Sin embargo, el codificador se contradice cuando en el artículo siguiente dispone : « El aceptante de la oferta puede retractar su aceptación antes que ella haya llegado al conocimiento del proponente. » Si según el art. 18, el contrato se perfecciona desde el momento en que la aceptación *se hubiere mandado al proponente*, no puede admitirse jurídicamente, que el aceptante puede retractar su aceptación. Un contrato perfecto es un contrato concluido, es un contra-

to que produce todos sus efectos jurídicos y que forma para las partes una regla á la cual deben someterse como á la ley misma.

Cuando el legislador permite al aceptante de la oferta que ha remitido esa aceptacion al proponente retractarla, sin otra condicion que la de no haber llegado á conocimiento de este último ¿no se contradice á sí mismo? ¿no se pone en pugna con sus propias doctrinas? ¿no viene á establecer que la aceptacion remitida opera y no opera á la vez la perfeccion del contrato celebrado por cartas? Todo esto es evidente, porque no es posible suponer que apartándose de las reglas fundamentales de los contratos, haya querido dejar en manos de uno de los contratantes el derecho de rescindirlos, cuando ni aun en el caso de que una de las partes dejara de cumplir sus obligaciones, ha autorizado á la otra parte á disolverlo, colocándola, por el contrario, en la necesidad de exigir su cumplimiento.» (1)

Sea que se acepte esta interpretacion ó que se crea erróneamente que el artículo 19 solo quiere establecer una escepcion; lo cierto es que el artículo 18 es el que debe tomarse en cuenta para conocer el lugar en que se perfecciona el contrato y por lo tanto el que determine el derecho local aplicable.

Paso á ocuparme ahora de los fundamentos de una y otra opinion.

(1) Obarrio. «El Código de Comercio Concordado y Comentado» Tom. II pájs. 88 y 89.

Savigny sostiene la decision del artículo 18, es decir, que el contrato se considera perfecto en el lugar de la aceptacion. Desde el momento que el individuo á quien se hace la oferta la acepta, existe *el duorum vel plurium in idem placitum consensus* y por lo tanto el contrato está perfecto.

Otros entre los cuales se cuentan Troplong y Merlin sostienen que para que el consentimiento se halle perfecto es necesario que cada contratante haya entrado en posesion del consentimiento de la otra parte, que hasta entonces el proponente puede haber cambiado de opinion y no existir por lo tanto el consentimiento recíproco; en una palabra estos autores quieren que el consentimiento sea simultáneo.

Los partidarios de la primera opinion contestan «que sus adversarios no se colocan en la verdad cuando afirman que el consentimiento no existe sinó en tanto que es conocido de las dos partes; en tanto que el proponente ignora el hecho de la aceptacion por parte de la persona á quien ha dirigido la oferta. Cuando esta persona, dicen, acepta la proposicion, el consentimiento existe ya en la *voluntad* del proponente en su *conciencia*, ó mejor dicho, existe en el acto mismo de la proposicion. La aceptacion, no opera, pues, otro efecto que hacer *actual y real* un hecho que existe en la conciencia del proponente como cosa futura, deseada. No puede decirse, entonces que sea ligada contra su voluntad, en una relacion de derecho que habia propuesto por su parte, *querido* y considerado como dependiente de la condicion de

la aceptacion. De manera que por el modo en que esta relacion se crea, la realizacion de la oferta y del deseo del proponente, ocurren sin que este haya tenido un conocimiento simultáneo. La aceptacion ha tenido por efecto realizar lo que no era sino eventual. La realizacion del propósito del proponente interviene *sin su consentimiento*, pero *no contra su voluntad*: los dos acontecimientos coexisten y forman perfectamente el *duorum in idem placitum consensus* (1).

A pesar del respeto que me merece el distinguido profesor, cuyas opiniones hábilmente desenvueltas, acabo de citar; creo que en principio la opinion contraria es mas científica. Una cosa hay innegable y es la siguiente: en el intervalo que transcurre hasta que la carta llegue á su destino, su autor puede haber cambiado de opinion, puede en virtud de circunstancias dadas haber desistido de la negociacion y en este caso sucederá que cuando la carta llegue á su destino, la voluntad del proponente ya no exista y entonces desaparece el concurso de consentimientos. Pienso que mientras que la respuesta no ha llegado al proponente, éste está en su derecho de desistir enviando una segunda carta. ¿Cómo admitir que la aceptacion que él no conoce todavia, que respecto de él es un *propositum in mente retentum* lo ligue irrevocablemente?

Yo confieso con Troplong, y que mi razon no puede

(1) Obarrio. Obra cit. pág. 85. Casaregis participa de esta opinion.

plegarse á esta idea, que no concibo qué poder obligatorio puede tener en un contrato comunicativo y á título oneroso, una voluntad invisible y desconocida. Si la palabra no puede ligar sinó desde que se la oye, si la carta hace las veces de la palabra, es evidente que solo obliga como esta, cuando ha llegado al conocimiento de la persona á quien se dirige. Para mi un contrato no existe hasta que las partes se hayan comunicado sus condiciones y hasta que las hayan oido. En el lugar en que estas condiciones se han cumplido es donde debe considerarse perfecto el contrato.

Esta opinion cuenta hoy con un gran ascendiente en la ciencia. Tengo en mi apoyo muy distinguidos tratadistas.

Hé aquí la opinion de Mr. Laurent:

¿Cuando se perfecciona el contrato, dice, si las partes tratan por correspondencia? El consentimiento es un concurso de voluntades. Hay dos elementos en el consentimiento, la oferta y la aceptacion. Ordinariamente la oferta y la aceptacion se hacen entre personas presentes, y la una sigue inmediatamente á la otra; el contrato se forma entonces en el mismo instante. Cuando las dos partes no estan presentes, la oferta se hace por correspondencia; en este caso, nace la cuestion de saber en que época la aceptacion puede ó debe hacerse, y por tanto cuando y donde se forma el contrato. Es cierto que la oferta no aceptada ó *pollicitatio*, no obliga al que la ha hecho; el pollicitante puede retractarla mientras aquel á quien se dirige la oferta no la ha aceptado; y la

oferta puede ser aceptada mientras que subsista, es decir mientras que no ha sido retractada. Si la oferta es aceptada, es esto suficiente para que el contrato sea perfecto? La cuestion es muy controvertida. En mi opinion el contrato no se forma sinó cuando la aceptacion es conocida del que ha hecho la oferta. Asi pasan las cosas cuando ambas partes estan presentes: el aceptante oye lo que quiere el policitante, y éste oye la respuesta dada á sus ofertas. Hé aquí el verdadero concurso de voluntades: cada parte sabe lo que quiere la otra. ¿Las cosas no deben suceder de la misma manera cuando la oferta y la aceptacion se hacen por correspondencia? No hay dos maneras de consentir, solo hay una: el policitante debe oir la respuesta del aceptante para que sus voluntades concurren. Se objeta que el concurso de voluntades existe desde el momento en que aquel á quien se dirige la oferta manifiesta la voluntad de aceptarla. Esto no es exacto: hay *coexistencia* de voluntades, no hay *concurso*. El concurso implica mas que la existencia de dos voluntades él supone que cada una de las partes sabe lo que quiere la otra. Esta opinion es enseñada por Rocco Esperson, Fiore y Massé. (1)

Ahora, si se deja de lado el fundamento científico para considerar la cuestion bajo la faz de su utilidad

(1) Laurent Droit Civil International. Tom VII § 447.—Rocco Delle leggi del regno delle due Sicilie pág. 378—Esperson. Il principio de nazionalità.—Fiore Droit International Privé Lib. II Cap. I § 247.

práctica, estoy de acuerdo en que la opinion del artículo 18, es preferible.

80. El contrato celebrado por mandatarios se perfecciona nó en el lugar en que se dió el mandato, sinó en el lugar en que el mandatario realizó el contrato. Reputándose los actos de éste como propios del mandante, resulta que el contrato se perfecciona en el lugar en que se verifica.

81. He aceptado como regla general que el contrato se rige por la ley del lugar en que se perfecciona y esta es la doctrina del artículo 69, de que ya me he ocupado. Los artículos 73 y 74 suministran otra regla: el contrato que tiene un lugar determinado para su cumplimiento, se juzga por el derecho local de éste. El artículo 69 es pues, la regla, cuando de la voluntad de las partes ó de las circunstancias no resulte un lugar determinado para el cumplimiento. Al contrario cuando existe esta última circunstancia es llegado el caso de aplicar los artículos 73 y 74.

82. Segun Fiore la *lex loci contractus* es la única que debe regir la obligacion; no puede aceptar que cuando el lugar de la ejecucion sea diferente del de la estipulacion del contrato, todo deba depender de la ley del pais indicado para el cumplimiento de la obligacion. Solo admite la competencia de esta ley para reglar todo lo que se refiere á la ejecucion; pero para él es fuera de duda, que las condiciones esenciales de la obligacion y necesarias para su validez, deben depender de la ley del lugar donde las

partes se han obligado. La confusion viene, segun él, de que no se ha distinguido bien *el vinculum juris* del *onus conventionis* (1).

83. Segun Savigny las mismas reglas que sirven para determinar la jurisdiccion, determinan el derecho local aplicable. Todo lo que dice de la primera debe entenderse del segundo.

Para determinar el asiento de la obligacion y la jurisdiccion especial llamada á juzgar de ella hay que elejir entre el lugar en que la obligacion nace y el lugar en que se cumple, entre su principio y su fin. Considerado el asunto de una manera general ¿á cual de estos dos territorios daríamos la preferencia?

No será en modo alguno al primero que es en sí un hecho accidental, fugitivo, estraño, tanto á la esencia de la obligacion como á su desenvolvimiento y eficacia ulterior. Si bien el lugar en que la obligacion ha nacido tiene á los ojos de las partes una importancia, que debia estenderse al porvenir, esta no resultaria ciertamente del solo hecho de la realizacion del acto, sinó de circunstancias exteriores estrañas á este hecho, las cuales justificasen que la esperanza de las partes se dirigia espresamente hácia este lugar.

No sucede lo mismo con el cumplimiento que se refiere á la esencia de la obligacion. En efecto, consiste esta en hacer cierta y necesaria una cosa antes

(1) Fiore núm. 244,

incierta y sometida al libre arbitrio individual. Ahora bien, lo que llega á ser necesario y cierto, es precisamente el cumplimiento de la obligacion; sobre este punto se concentra la esperanza de las partes: por tanto es esencial para la obligacion que el lugar del cumplimiento se considere como asiento de la misma y que en este lugar se coloque la jurisdiccion especial de ella en virtud de la sumision libre. Pero antes de entrar en los detalles de esta teoria, es conveniente dirigir una ojeada sobre las opiniones adoptadas en esta materia por los autores modernos.

La mayor parte acostumbran colocar la jurisdiccion especial de la obligacion en el lugar en que ha nacido. Ahora bien, como frecuentemente resultan las obligaciones de los contratos, el lugar donde se ha verificado estos determina la jurisdiccion; de este modo se explica la denominacion generalmente adoptada, pero de ningun modo justificada por las fuentes, de *forum contractus*, dada á la jurisdiccion especial de la obligacion.

Para Savigny, pues, en todos los casos el derecho aplicable es el del lugar del cumplimiento.

84 Pienso que las dos opiniones espuestas son demasiado absolutas para ser aceptadas. He partido de la sumision voluntaria como base del derecho local aplicable en materia de obligaciones convencionales. Cuando un individuo se obliga á hacer reparaciones en un inmueble, cuando un obrero lleva á su domicilio ciertas materias para darles formas artísticas y en general siempre que el lugar

del cumplimiento es bien conocido de las partes; entonces es llegado el momento de decir que el lugar donde la obligacion ha nacido es un hecho accidental y fugitivo y por lo tanto es lógico y racional suponer que las partes no lo han tenido en cuenta; pero hay muchísimos casos en que el lugar del cumplimiento no resulta de la declaracion de voluntades, ni de otras circunstancias; en casos semejantes es ilógico suponer que las partes hayan querido someterse á una legislacion que no conocen.

Por esto es que creyendo que el derecho aplicable resulta siempre de la voluntad de las partes, llego á sentar las reglas siguientes, que resúmen la doctrina que acepto:

1^a Las obligaciones se rigen por la ley del lugar en que se han perfeccionado.

2^a Cuando de las circunstancias resulta que las partes han tenido en vista un lugar determinado para el cumplimiento, se aplica la ley de este lugar.

Una y otra regla reposan sobre el mismo principio: la voluntad de las partes.

La primera regla se aceptará sin inconveniente si se supone que la *lex loci* debe ser la que mejor conozcan las partes; mientras que la segunda será probablemente la aceptada por las partes en los casos que he mencionado y sus análogos. Tal me parece ser la doctrina que resulta de los artículos 69, 73 y 74 del Código Argentino.

85. Se acostumbra hacer distincion entre los *efectos* y las *consecuencijs* de los contratos.

Fælix la formula así:

No deben confundirse los efectos de los contratos con las consecuencias que pueden engendrar. Los efectos derivan de la naturaleza misma del acto ó de el ejercicio del derecho que de él nace; estos son los derechos y obligaciones que las partes tuvieron positivamente intencion de crear, los derechos y obligaciones inherentes al contrato, es decir que estan contenidos en él esplicita ó implícitamente ó resultan de él mediata ó inmediatamente; no há lugar entonces á distinguir si estos derechos ú obligaciones son ó no actualmente exigibles y si solo son eventuales y espectativos. Bajo la denominacion de *consecuencias del contrato* se comprenden las obligaciones ó los derechos que el legislador hace nacer con ocasion de la ejecucion del acto ó del derecho; las consecuencias no son una causa inherente al contrato mismo; resultan de sucesos posteriores al contrato y que sobrevienen con ocasion de las circunstancias en que el contrato ha colocado á las partes. (1)

Esta es en el fondo la misma doctrina adoptada por el Código Argentino:

«Las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, segun el curso ordinario y natural de las cosas, se llaman en este Código *consecuencias inmediatas*. Las consecuencias que resultan solamente de la conexion de un hecho con un acontecimiento dis-

(1) Fælix Tom. I, núm. 109.

tinto, se llaman *consecuencias mediatas*. Las consecuencias mediatas que no puedan preverse, se llaman *consecuencias casuales* (1).

La importancia de esta distinción para el D. Internacional Privado es la siguiente: que según Félix y casi todos los autores los *efectos* (que nuestro Código llama consecuencias inmediatas ó mediatas) se rigen por la misma ley que gobierna al contrato, mientras que las *consecuencias* se determinan por la ley del lugar en que se producen.

Yo rechazo absolutamente esta distinción.

¿Cuál es el límite entre los efectos y las consecuencias? Meyer dice que todas son consecuencias, unas más próximas que otras. Acaso, basta esto para aplicarles leyes diferentes?

Me parece pues conveniente abandonar la distinción, y decir en su lugar que todos los efectos y consecuencias se rigen por la ley de los contratos.

Finalmente en todo lo que concierne al modo de ejecución debe aplicarse la ley del lugar donde se ha de cumplir la obligación.

86. Como regla universalmente aceptada puede sentarse que un contrato válido según la ley del lugar en que se celebró, debe ser eficaz en todas partes. Pero naturalmente esta regla no es absoluta porque todo Estado tiene el derecho y el deber de no admitir ni leyes ni estipulaciones que sean contrarias al orden público. «*Pacta quæ contrà leges*

(1) Art. 6. Tít. I «De los hechos».

constitutionesque, vel contrà bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati juris est.»

A esto responde el art. 6º del título «De los actos jurídicos» y los artículos 70, 71 y 72 tít. «De los contratos».

87. Segun las dos reglas sentadas en el número 34 debe resolverse si una obligacion es civil ó natural, si es pura y simple ó condicional etc.

Segun las mismas reglas se ha de resolver si una obligacion es ó no solidaria, porqué la solidaridad constituye la fuerza de la obligacion y la seguridad del acreedor y debe depender de la ley bajo la cual se han obligado las partes. (1)

88. Las acciones de rescision, revocacion ó resolucion se rigen por el mismo derecho que rige la obligacion.

La razon de esto es que los vicios del contrato son inherentes al contrato mismo, porque hacen esencialmente parte de él; porque los contratantes fueron advertidos por la ley que presidia á su contrato de los vicios que entrañaba y porque no lo suscribieron sinó bajo la reserva tácita de la facultad que concedia á uno y otro, ó uno de ellos solamente de anularlo ó de rescindirlo (2).

88. (bis) Se entiende por disposiciones unilaterales todos los actos jurídicos en los cuales interviene una manifestacion de voluntad, sin que haya concur-

(1) Fiore páj. 419. Henrys On foreing Law. 39.

(2) Merlin Rep. V. E. retroactivo artículos 5 y 7.

so de consentimientos. Tal es la confirmacion. El que confirma renuncia á la facultad que tenia de pedir la nulidad del contrato; no es necesario que su renuncia sea aceptada; la confirmacion no es un contrato, es una manifestacion puramente unilateral de la voluntad del que confirma (1).

Sostengo que la ley que rige estos actos es la personal del que los hace: no se trata de saber á que ley se someten dos personas que contratan, sinó á cual se ha referido un solo individuo al ejecutar el acto. La probabilidad mas natural es que ha entendido disponer segun su ley personal.

Lo que acabo de establecer aparece claro tratándose de los testamentos.

Asi pues, siempre que se trate de un acto en que no intervenga concurso de voluntades la ley aplicable será la del domicilio del que ejecuta el acto.

(1) Laurent tom. 7, pág. 579.

CAPITULO IX

Sucesion—89 Definicion—Division—Aplicacion de las leyes extranjeras—90 Ley que rige la sucesion—Sistemas diversos:—1^o Realismo absoluto—91 2^o Realismo templado—Sucesion moviliaria—92 3^o Unidad de sucesion—93 Razones que la justifican—94 Opinion de P. Bueno—95 Opinion de Savigny—96 Opiniones de Brocher, Fiore y Laurent—97 Pluralidad—Su carencia de fundamento científico—Sus inconvenientes prácticos—98 Verdadero alcance de la *lex rei sitæ*—99 Domicilio y nacionalidad—100 Concurrencia del heredero nacional—101 Excepciones á la aplicacion de las leyes extranjeras—Leyes de orden público—Dificultad de la materia—102 Disposiciones legales—Nuestro Código rechaza la distincion entre muebles é inmuebles—103 Errores de los que sostienen lo contrario; descuidan estudiar la legislacion en su conjunto—Ante la ley argentina la unidad de sucesiones en cuanto á la ley que la gobierna, es un principio indiscutible—104 Sucesion testamentaria—Condiciones esternas—105 Condiciones intrínsecas—106 Disposiciones legales—107 El fisco y su herencia.

89. La sucesion es la trasmision de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta á otra que sobrevive y á la cual la ley ó el testador llama para recibirla. Se divide en legítima y testamentaria. La primera es deferida directamente por la ley; la segunda lo es por disposicion del hombre manifestada en testamento válido.

Nadie duda del derecho que todo individuo tiene de disponer del fruto de su trabajo por actos entre

vivos ó por disposicion de última voluntad. Esta facultad es un móvil poderoso que pone en movimiento la actividad humana, nos incita al trabajo de acumulacion con el fin de trasmitir sus frutos á aquellas personas que nos son queridas; y de esta manera se consulta no solo las afecciones del hombre, sinó el interés de la sociedad, por cuanto la riqueza pública depende la privada.

Pero puede suceder que la muerte nos sorprenda sin que hayamos hecho nuestras disposiciones de última voluntad y en este caso, la ley se funda en esa voluntad, la corrobora y funda la sucesion legítima estableciéndola sobre el afecto y los deberes que crean los vínculos de la sangre.

De modo, pues, que ya se trata de la sucesion testamentaria; ya de la legítima, el fundamento permanece el mismo: la voluntad expresa ó tácita del difunto; y esto es de gran importancia para conocer el derecho local aplicable, como se verá mas adelante.

Se dirá quizá, que si la voluntad del difunto es el fundamento de la sucesion no se comprende como la ley establece las restricciones conocidas con el nombre de *Legítimas*. A esto se contesta simplemente que siendo la facultad de disponer un derecho; está limitado en su ejercicio por una idea correlativa: la del deber. Se tiene un derecho, pero su límite necesario es el deber. Es en nombre del deber que un hombre tiene para los que le han dado el ser ó para aquellos á quienes él mismo lo ha dado, que la ley

se interpone y restringe la libertad absoluta poniéndola en armonía con los deberes sociales y naturales.

Antes de pasar adelante debe sentarse lo siguiente: la aplicación de las leyes extranjeras, (1) en éste como en todos los puntos que me han ocupado, tiene en su apoyo todas las razones, así filosóficas como de justicia y recíproca conveniencia; las cuales dictan que las sucesiones de los extranjeros sean deferidas á sus herederos calificados como tales por la ley del difunto, salvo algunas restricciones impuestas en el interés social y de que me ocuparé en el núm. 97.

90. Llego ahora al problema que me propongo resolver: ¿qué ley rige la sucesión? Pocas materias presentan tantas dificultades como esta.—Las legislaciones difieren mucho entre sí y de aquí que no sea indiferente el derecho local aplicable.

1^{er} El primer sistema en el orden histórico es el que sostiene que todos los bienes, y por consiguiente el derecho de sucesión á ellos, se rigen por la ley de su situación.

Las leyes eran reales. He ahí el principio hijo del aislamiento jurídico de los pueblos; todo en el territorio obedece al legislador. Las personas no son sino dependencias del suelo; todas las reglas que han de gobernar al individuo son dadas por el legislador á título de señor del territorio.—La soberanía y el suelo se identifican hasta el punto que la primera es el

(1) V. Cap. 1, núm. 3—P. Bueno núm. 142.



resultado de la propiedad. Los bienes muebles como el hombre mismo están sometidos á la soberanía territorial y esta no puede tolerar la aplicacion de ninguna ley extranjera porque por este solo hecho se consideraria fraccionada. La facultad de disponer de los bienes por actos de última voluntad es una mera concesion del poder público; la autoridad por consiguiente determinará los límites en que esa concecion ha de valer y desde luego todo depende de la ley local de la situacion de los bienes.

Tan estraña doctrina condujo á los absurdos derechos de aubana y á todas las arbitrariedades que la soberanía, tal como era entendida en aquellos tiempos, hizo pesar sobre los extranjeros. Este orden de ideas hacia, pues, del extranjero un simple tenedor de los bienes y á su muerte, estos tornaban al Señor.

Cuando este primitivo rígor húbose modificado, se le permitió disponer; pero, cuantos embarazos, cuantas restricciones estúpidas, cuantas injusticias chocantes! Todo esto era la consecuencia de la teoría que cree que el derecho de sucesion es derecho civil y debia desaparecer con las nuevas ideas sobre la propiedad y la soberanía. Pero mientras este cambio se operaba, *las leyes eran reales* y por lo tanto el derecho de la sucesión debia ser determinado por la situacion de los bienes.

No se necesita muchos esfuerzos para combatir este sistema; los argumentos se agolpan, las falsas ideas en que se apoya solo se esplican por la historia.

Baste decir que la realidad en el sentido tracional, tiende á desaparecer despues de una lucha encarnizada con el elemento personal; no es mi ánimo presentar las diversas fases por que ha pasado la cuestion, un estudio semejante me llevaria demasiado lejos.

Las leyes son reales hoy en su carácter esclusivo, solo cuando envuelven intereses sociales de trascendencia, es decir, cuando de su observancia depende la existencia, conservacion ó perfeccionamiento del Estado; ó valiéndome de una espresion usual: cuando son de orden público.

No se crea, sin embargo, que la transformacion se opera con la rapidez que seria de desearse. El feudalismo puede decirse, no existe ya, pero su largo predominio ha dejado surcos profundos en la legislacion, en la doctrina y en la jurisprudencia. Tan arraigado estaba el principio que la ciencia tiene aún mucho que luchar para hacer desaparecer sus consecuencias despues que él mismo ha desaparecido!

91. La naturaleza misma de las cosas conducia al alejamiento de la máxima, segun la cual hay tantas sucesiones distintas cuantos sean los países en que existan bienes del difunto. Las dificultades del sistema anterior eran tan graves, que los autores y la jurisprudencia introdujeron una modificacion importante: los bienes muebles fueron sometidos á una ley única que era la del último domicilio del difunto; los inmuebles se regulaban como antes por la *tex rei sitæ*.

Hé aquí como se espresa Pothier: « Se llaman estatutos reales, dice, las disposiciones que tienen por objeto principal *las cosas*. Para saber al imperio de que costumbre está sometida una cosa, es menester distinguir los que tienen una situación verdadera ó ficticia, y los que no tienen ninguna. Las cosas que tienen una situación verdadera son las heredades. Los derechos reales que tenemos sobre una heredad se consideran situados en el mismo lugar que esta heredad. Todas las cosas que tienen una situación real ó ficticia están sujetas á la ley ó costumbre del lugar en que están situados ó del en que *se presume* que lo están. Las cosas que no tienen situación son los *muebles corporales* y los créditos muebles. Estas cosas siguen á la persona á quien pertenecen y son, por consiguiente, regidos por la ley ó la costumbre que rige esta persona, es decir, por la ley de su domicilio ».

Tal es el sistema que prevalece aún en la jurisprudencia de la mayor parte de las naciones modernas. El hace desaparecer muchos inconvenientes sobre todo en lo que respecta á las obligaciones; pero carece de fundamentos sólidos. Se basa, en efecto, en la distinción entre muebles é inmuebles, distinción que como he dicho anteriormente, se funda en la ficción de que los muebles se encuentran en el domicilio del dueño, y esto en virtud de otra ficción que los presume sin situación determinada; entre tanto la igualdad de naturaleza entre unos y otros parece reclamar el imperio de una misma ley.

Háse dicho para justificar la distincion que los inmuebles afectan particularmente al órden económico del Estado, mientras que los muebles tienen poca importancia: *vilis mobilium possessio*.

Por esto es que tratándose de los primeros debe aplicarse en todo su vigor la *lex rei sitæ*. Respecto á los muebles no hay inconveniente en abandonarlos á la ley del domicilio del dueño.

No niego que los bienes inmuebles merecen una atencion especial de parte del legislador; pero no es posible decir que los bienes muebles carezcan de importancia: el gran incremento del comercio y el desenvolvimiento verdaderamente colosal de la riqueza mueble hacen que ellos tambien afecten seriamente al órden económico del país. Por lo tanto si la importancia de los bienes es lo que ha decidido á los partidarios de la *lex rei sitæ* á adoptarla en materia de sucesiones inmobiliarias, habria paridad de motivos para estenderla tambien á las sucesiones mobiliarias. La distincion que combato no tiene hoy pues, ni esa sombra de razon que le daba la poca importancia de la riqueza mueble en tiempos anteriores; desde que en nuestro siglo á nadie se le ocurrirá, hablar de la *vilis mobilium possessio*.

Hasta aqui no he hecho mas que esponer las dos doctrinas que han dominado en la ciencia y que dominan todavia en la legislacion, limitándome á señalar de paso algunos puntos de vista generales que es menester tener presente. Voy á esponer los motivos en que descansa la verdadera doctrina; para estudiar

en seguida con alguna detencion los defectos de los dos sistemas que he espuesto y que pueden refundirse en uno solo: pluralidad de sucesiones.

En el número 97 englobaré las objeciones que se aplican á ambos; quiero ante todo dejar sólidamente establecido que la ley que gobierne la sucesion debe ser *única*. Tengo para probarlo buenas y poderosas razones.

92. A la verdad la uniformidad de legislacion en materia de sucesion, es un voto sino irrealizable, por lo menos de realizacion remota, lo que se puede pretender por ahora, es que las naciones adopten principios comunes para la resolucion de los conflictos numerosos que pueden suscitar la aplicacion de las leyes extranjeras; en este sentido me uno á los que desean que una convencion internacional venga á salvar las dificultades existentes.

En estos últimos tiempos se ha operado una verdadera revolucion en nuestra ciencia; la unidad de sucesiones es sostenida por la casi totalidad de los autores contemporáneos. Pascual Fiore, Mancini en Italia; los juristas americanos en Lima, Laurent en Bélgica, Brocher en Suisa, Renault, Dubois, Bertauld en Francia, Savigny y los autores alemanes; todos sientan que la sucesion debe gobernarse por una ley única. Las legislaciones y la jurisprudencia no han permanecido ajenas á este movimiento y asi la Alemania, la República Argentina, la Italia, consagran en sus Códigos disposiciones espresas. La España finalmente, ha declarado por medio del Tribunal Su-

premo de Madrid, en una célebre sentencia, que se adhiera á las teorías de Savigny.

Es cierto que ni los autores ni las legislaciones citadas estan de acuerdo en la cuestion de saber si esta ley única es la del domicilio ó la de la nacionalidad; pero el reconocimiento de la unidad de sucesiones marca ya un progreso considerable. Por mi parte antes de decidirme por el domicilio, quiero constatar que lo principal es adoptar una ley única y borrar la *lex rei sita* de todos los códigos de los pueblos civilizados, como un principio que no está ya en armonía con las ideas que la filosofía del derecho ha enseñado á conocer, y como opuesta á los intereses comunes de la humanidad.

93. Si se estudia detenidamente el fundamento y la naturaleza del derecho de sucesion, se encontrará un primer argumento en favor de la ley única.

a) En qué se funda esa trasmision del patrimonio de la persona muerta á la que sobrevive? Indudablemente en la voluntad del difunto. Ya sea que éste haya hecho disposiciones espresas, ya sea que en defecto de estas, la ley determine las trasmisiones, resultará que siempre se tiene en vista la voluntad presunta ó positiva del difunto. Ya la ley de las XII tablas establecia que la voluntad del *pater-familias* hacia ley, y este principio ha pasado á las legislaciones de todos los pueblos.

Se dirá, quizá, que esto no es del todo exacto, por cuanto la institucion de las *Legítimas* puede llegar á contrariar la voluntad espresa del difunto. Esta

obligacion puede destruirse fácilmente. En efecto, las *Legítimas* han sido creadas en vista de altas consideraciones filosóficas y morales; ellas tienen por objeto proteger a las familias contra los desvios que pasiones indignas ó debilidades culpables pueden sugerir al testador; la sangre y la naturaleza imponen deberes cuyo cumplimiento la ley debe garantizar. La autonomía del hombre tiene un límite que no se puede franquear: el deber; y si la ley restringe la facultad de disponer, eso no importa negar al individuo la libertad de disponer conforme á su voluntad, sinó encerrarla dentro del circulo marcado por Dios, al dotarle de afecciones y de la conciencia de sus obligaciones morales.

Ahora bien, si la voluntad expresa ó tácita del *de cuius* es lo que constituye la base del derecho de sucesion, débese concluir de ahí que una sola es la ley que ha de gobernar la herencia, como una sola es la voluntad que le da nacimiento; porque no es razonable suponer que el difunto tuviese voluntades distintas y quisiese herederos diversos segun que sus bienes estuviesen situados en uno ó diversos países.

b) Esto es lo que se desprende del fundamento de la herencia, vease adonde conduce el estudio de su naturaleza.

Si la sucesion, si el patrimonio es un todo ideal de un contenido indeterminado, que puede contener propiedades, derechos á cosas particulares, créditos y deudas que tienen una existencia invisible; es llegada la oportunidad de decir con nuestro codificador que el

patrimonio no está fijo en un lugar y que por lo tanto no puede asignarsele un *locus* determinado; que este *locus* no puede ser aquel en que esté situada la mayor parte de los bienes porque esta seria una idea completamente arbitraria, que esto seria entregar al acaso la suerte de la herencia y por último que la menor parte merece tanta consideracion como la mayor.

Mis ideas á este respecto no son sino una consecuencia de lo que he sostenido al ocuparme de los bienes, á saber, que cuando se trata de un conjunto es indispensable aplicar una ley única, y que la ley del *situs* rige al bien en su condicion jurídica y en sus modos de trasmision en tanto que interviene el interés general del Estado. Esta doctrina general recibe plena aplicacion tratándose de la herencia que es un todo distinto de los bienes que lo componen.

La sentencia del Tribunal Supremo de Madrid que he citado en el número anterior, confirma mi opinion; es notable en sus fundamentos, hé aquí uno de sus párrafos: «Considerando que es efectivamente cierto que la trasmision de la propiedad inmueble debe ser rejida por el estatuto real en el caso que no se trate sinó de ciertas propiedades *adquiridas á título particular*; que este principio no puede ser aplicado en los casos en que se ataque una disposicion testamentaria que *comprende el conjunto ó la universalidad de los bienes hereditarios.*» (1)

(1) Journal de Droit International Privé et de la Jurisprudence comparée, dirigido por Mr. Ed. Clunet año 1874, pág. 40.

De lo dicho resulta que la naturaleza del derecho sucesorio conduce tambien á aceptar una ley única. En efecto «la trasmision del patrimonio por herencia no es, en realidad, sinó la trasmision de la personalidad del difunto que viene á unirse y confundirse con la personalidad del heredero.» (2)

c) Pero no esto todo; hay otro argumento que deriva del carácter atribuido en todas las legislaciones al heredero; la cualidad de heredero es indivisible, un individuo es heredero ó no lo es. Es por esto que no puede hacer aceptaciones ó renunciaciones parciales, y el motivo de esta prohibicion reside en consideraciones de un órden superior: con las aceptaciones parciales podrian quedar burlados los derechos de los acreedores con grave detrimento del comercio y de todos los intereses legítimos que se agrupan en torno de una sucesion.

De la indivisibilidad de la cualidad de heredero se deduce que una sola ley ha de gobernar sus derechos á la herencia; porque de lo contrario podria suceder que una ley declarara p. ej. á B. heredero, mientras que otra le negara este carácter y entónces se hallaria destruida la indivisibilidad, que es la base de la buena fé y la condicion necesaria para garantizar los créditos de los terceros.

d) Bajo el punto de vista de las conveniencias económicas puede decirse que todo Estado tiene un grave interés en no comprometer por sus leyes la

(2) Sentencia del Tribunal del Havre.

libre trasmision del patrimonio de los extranjeros tal como es regida por su ley personal, porque de otro modo impediria, en gran parte, que los capitales de esos extranjeros se radicasen en su suelo, ó se espondria á que los ya existentes, se retirasen para evitar las trabas de una legislacion que contrariase sus esperanzas legítimas.

e) Es de notarse que en materias que presentan gran analogia con esta, como en las quiebras, p. ej; la unidad de ley aplicable prevalece de dia en dia.

f) Un punto que me parece decisivo es el siguiente: si no se adopta una ley única será forzoso admitir tantas leyes distintas cuantos sean los territorios en que existan bienes del difunto y se llega entonces á la pluralidad de sucesiones con sus insuperables inconvenientes prácticos. Volveré mas adelante sobre este punto.

g) Otra consideracion poderosa viene á apoyar el sistema que sostengo: las opiniones de los autores modernos de que voy á ocuparme.

94. Pimenta Bueno, despues de haber adoptado el sistema de los estatutos, llega á esta conclusion: el estatuto sucesoral es personal y por lo tanto la sucesion se rige por la ley que gobierna la persona del *de cuius*.

Este principio se aplica á la sucesion legítima lo mismo que á la testamentaria. Las leyes de orden público son reales en el sentido de que predominan sobre la ley personal.

95. Savigny espone: «El derecho de sucesion consiste en la trasmision del patrimonio del difunto á otras personas, lo cual constituye una estension del poder y de la voluntad del hombre mas ella del término de la vida y esta voluntad que continúa obrando, es unas veces expresa (sucesion testamentaria) otras veces tácita (ab-intestato). Esta relacion se refiere inmediatamente á la persona del difunto. Si esto es conforme con la naturaleza de las cosas debemos decir que en general el derecho de sucesion se regula segun el derecho local del domicilio que tenia el difunto en el momento de su muerte.»

En seguida entra al estudio de la naturaleza del derecho de sucesion y llega á esta conclusion: que su sistema es el que se adapta á la naturaleza del derecho sucesorio.

96. Brocher, Fiore y Laurent sientan que la unidad de sucesiones es lo racional y lógico.

97. La pluralidad de sucesiones ha revestido dos formas; primeramente habia tantas sucesiones cuantos fueran los paises en que existieran bienes del difunto; y á cada sucesion parcial se le aplicaba la ley de la sucesion. Así por ejemplo: moria un individuo dejando un establecimiento rural en la República Argentina, una casa en Viena y un almacén de comestibles en Rio Janeiro. Para saber quien sucede y en qué condiciones al establecimiento rural, se aplicará la ley argentina; mientras que respecto de los otros bienes la ley competente será la austriaca ó la brasilera, segun el caso.

En seguida este sistema se modificó; los muebles escapan á la *lex rei sitæ* y se rigen por la ley del domicilio del testador. ¿Qué es lo que operó este cambio? Incontestablemente los graves inconvenientes que presentaba el anterior. Estas dificultades prácticas es lo que condujo á establecer la ficcion de que los muebles se encuentran situados en el domicilio del dueño.

Sea de esto lo que quiera, lo cierto es que hoy, si se exceptúa á Dragoumis, todos los que sostienen la pluralidad lo hacen restringiéndola á los inmuebles.

Veamos en qué se fundan:

1º La peticion de herencia debe llevarse, y así sucede desde los romanos, ante el tribunal del lugar donde existen los inmuebles, y por lo tanto solo puede sucederse ab-intestato conforme á la ley del tribunal. Esto no pasa de una falsa afirmacion, porque para que así sucediera seria menester que se probára que todo asunto discutido ante un tribunal debe ser decidido, en cuanto al fondo del derecho, por la ley del lugar en que se sigue el proceso; lo que hasta ahora no se ha conseguido demostrar.

2º La Côte de Paris decidia el 12 de Mayo de 1874 que: «Segun los términos del artículo 3 del Código Civil, los inmuebles poseidos en Francia por extranjeros ó nacionales son regidos por la ley francesa. Esta disposicion *ordenada por el derecho político* se opone á que, en cualquier caso que sea, la trasmision de los inmuebles que hacen parte del

territorio nacional sean regidos por otra ley que no sea la francesa.»

A la verdad este es el apoyo mas sério con que pueda contar la pluralidad de sucesiones y la idea de que las leyes de sucesion son *leyes políticas* no es estraña á los comentadores del Código Frances. Demangeat se espresa así: «toda ley de sucesion es una ley política, una ley que interesa al órden público: el derecho privado en materia de sucesion se amolda siempre á las inspiraciones del sistema de gobierno en vigor y segun que el gobierno es de privilegio ó un gobierno nacional, se vé reinar en la ley de sucesion la idea de privilegio ó la idea de igualdad. Basta para convencerse de ello, recorrer las diferentes leyes que se han dictado en Francia sobre sucesiones en las diversas épocas de nuestra historia: todas aparecen de una manera mas ó menos hiriente como instrumentos de que se vale el soberano para hacer prevalecer tal ó cual principio de organizacion política y social. . . . Hay por consiguiente un interés público en que nuestra ley francesa rija toda sucesion dejada en Francia por cualquier persona que sea.» ¿Para qué multiplicar citas que serian demasiado numerosas? Basta con lo que antecede para darse cuenta del argumento. El tendria una fuerza decisiva, si el sistema hereditario moderno y el régimen de la propiedad fuesen los mismos que en tiempo del feudalismo; puede valer todavia en aquellos Estados que conservan siempre vivas las tradiciones feudales, pero no puede ser invocado de una

manera general é indeterminada contra los resultados de la ciencia moderna y los grandes cambios que han sufrido en las sociedades políticas la noción de la soberanía, de la propiedad y el sistema hereditario (1).

Nadie niega, en efecto, que el sistema hereditario de un país se relaciona con la carta fundamental del Estado; que sus principios políticos y económicos deben reflejarse en las instituciones hereditarias; pero esto sucede con todo el derecho privado que necesariamente tiene que armonizarse con los principios superiores que responden al fin político, moral y económico que el Estado se propone realizar y entonces pregunto ¿se sigue de aquí que en toda cuestión jurídica se ha de aplicar la ley territorial? No es esto confundir la división mas elemental del derecho, borrando la línea separatoria entre las leyes de orden público y las de orden privado?

Qué le interesa al país que, según la ley personal del extranjero, suceda un primo en vez de un tío, un descendiente escluyendo á un ascendiente? No sería ridículo decir que se altera el orden político?

Concluyo, pues, que siempre que no se daña el orden público, el Estado no sufre en que se apliquen leyes extranjeras y que en el dominio de la sucesión hay numerosísimas disposiciones que son de orden privado.

3º Se hacen otros argumentos que apenas si mere-

(1) Fiore núm. 388.

cen mencionarse, tal es, por ejemplo, el que no existan convenciones entre las naciones para aplicar la ley personal; un razonamiento semejante importa renegar de la ciencia oponiéndole hechos; si este fuera el modo comun de proceder, estaríamos todavía en pleno feudalismo.

4º Se dice finalmente, que aunque se trate del patrimonio que es un todo, no se puede decir que se rija por la ley personal, porque no es posible prescindir, en la trasmision del patrimonio de los objetos que de él dependen: (1)

Lo que quiere decir que aunque se trate de bienes que forman parte de un conjunto, al fin y al cabo se trata de la trasmision de esos bienes que debe hacerse con arreglo á la *lex rei sitæ*.

Se trata de la trasmision de bienes, convenido; pero ¿están seguros nuestros adversarios, que siempre que se trate de transferir el dominio de bienes inmuebles se ha de aplicar la ley de la situacion? ¿Ignoran acaso que los contratos válidamente hechos en pais extranjero transfieren dominio en el pais de la situacion de las cosas? Y qué vale entonces decir que se *trata al fin de la trasmision de bienes*?

El mismo Fœlix, sostenedor decidido de la pluralidad de sucesiones, se encarga de destruir el argumento: «La ley personal imprime una direccion á los hechos del hombre, por ejemplo, relativamente á la sociedad conyugal, en cuanto á los bienes: el hecho

(1) Aubry et Rau, nota 43 sobre el § 81 de Zachariæ.

de los esposos que se unen por matrimonio recibe, en cuanto á ellos, su direccion por la ley personal del marido, y *esta ley ejerce sus efectos aun sobre los bienes inmuebles* pertenecientes á los esposos y *situados fuera del territorio para el cual se dió esta ley.* (1)

Y bien, si el hecho del matrimonio basta para producir *efectos aun sobre los inmuebles situados fuera del territorio*, ¿qué hay de extraño entonces en que la ley personal del difunto produzca *sus efectos aun sobre los inmuebles situados fuera* del último domicilio del de cujus? Los inconvenientes prácticos del sistema que analizo, saltan á la vista y no resisten á exámen.

Si un austriaco muere en Austria dejando allí bienes muebles y un inmueble en Francia, puede suceder que su heredero segun su ley personal, no sea heredero segun la ley francesa, y entonces se llega á esta consecuencia absurda, que el dicho heredero recogerá la sucesion mueble, mientras que será escludido de la inmueble y se tendrá un individuo que es y no es heredero; y la razon será que en un caso se trata de bienes y en el otro tambien!!

Si se coloca la cuestion en el caso menos favorable para la opinion que sostengo, es decir en el caso que las diferentes sucesiones no se hubieran aceptado ni renunciado parcialmente, aun dada esta hipótesis, siempre me seria fácil demostrar las dificultades prácticas que presenta el sistema de la pluralidad de su-

(1) Fœlix § 90.

cesiones; un ejemplo esclarecerá esta afirmación. Supóngase que un habitante del Brasil muere sin hacer testamento, dejando una viuda y varios parientes próximos. Sus bienes se componen de algunos muebles existentes en el Brasil, de una casa en Portugal, de una estancia en la República Oriental y una finca rústica en Chile; además tiene algunos créditos y varias deudas personales que naturalmente afectan todos sus bienes: según la opinión de los adversarios la sucesión no estaría regulada por menos de cuatro leyes que pueden crear herederos muy diferentes: por la legislación portuguesa, la viuda no tiene legítima y solo hereda *ab intestato*, pero cuando existe un hijo natural legalmente reconocido, éste hereda en el todo si no hay descendientes (Arts. 1989 y 1990); según la legislación Chilena pasa algo muy distinto: el cónyuge hereda siempre, y nadie sino él concurre con los descendientes legítimos, siendo además, cuando es pobre, heredero forzoso en un cuarto de la herencia de manera que el hijo natural no es coheredero con los descendientes legítimos (art. 988) y finalmente por la legislación oriental el cónyuge sobreviviente concurre con los descendientes legítimos é ilegítimos (art. 987), se vé pues que por estas legislaciones, los derechos de la viuda y del hijo natural serian muy diversos, y que según el ejemplo propuesto, la viuda podría no ser heredera de la casa situada en Portugal y serlo de la finca rústica en Chile ó de la estancia de la República Oriental: de manera que habría en realidad cuatro sucesiones muy diferentes. En cuanto á los acreedo-

res poco les importa la persona del heredero, supues-
to que sean satisfechos; pero no se les puede satis-
facer antes de haber determinado jurídicamente el
valor de cada inmueble y su relacion con el conjunto
de los bienes. Ademas las deudas tendrán que ser
soportadas por personas muy diferentes. Los adver-
sarios pretenden que estas dificultades no deben
detenernos. Se comprenderia este lenguaje si se
tratara solo de evitar á los jueces embarazos y dudas;
pero las dificultades y el perjuicio recaen sobre los
partes. principalmente sobre los acreedores, ¿y con
qué objeto? No con el fin de respetar un principio,
sino desconociendo el verdadero dominio de esta re-
lacion jurídica. (1)

Estas dificultades habian sido notadas ya por
Froland en los siguientes términos:

« Un heredero, dice, recojerá á veces él solo todos
los fondos de una provincia; partirá los de otro
territorio por porcion igual con sus coherederos y
quizá sucederá que en otras no podrá pretender
nada » Segun él esto era « un capricho de nuestras
costumbres. »

Estas dificultades se aumentan cuando se trata
de la division de la herencia, hasta el extremo que
los partidarios de la pluralidad se han visto obliga-
dos á confesar que es imposible proceder á dividir
la herencia sin considerarla como un todo, sin for-

(1) Grimau en un notable trabajo sobre sucesiones. V Y además
Savigny §§. 376 y 378. Fiore núm. 395.

mar la masa en que entran todos los bienes, créditos y obligaciones.

Si se considera la cuestion en sus resultados positivos ¡que extraño absurdo resulta de la pluralidad de sucesiones!

Vuelvo al ejemplo propuesto mas arriba: el difunto tiene bienes situados en cuatro países diferentes regidos por legislaciones diversas: habrá otras tantas sucesiones distintas, que proceden sin embargo de la misma voluntad, una voluntad que quiere el pró y el contra, el sí y el nó, lo blanco y lo negro. Y esta voluntad no es un capricho arbitrario, ella espresa las afecciones naturales del difunto; ¿las afecciones que determinan esa voluntad varian y se contradicen segun la situacion de los bienes? Esto ha hecho decir espiritualmente á Mr. Laurent: ved ahí un testador, que aquí adora á su tía y detesta á sus primos, mientras que allá adora á sus primos y detesta á su tía. Es un estado psicológico particular el de este testador que tiene la rara facultad de adorar y detestar á las mismas personas en el mismo instante de testar!

98. La *lex rei sitæ* no puede, pues, regir la sucesion, su alcance se limita á regir la investidura de la herencia. Si el juez de la sucesion me declara heredero yo debo someterme á lo que dispongan las leyes del lugar en que están situados los bienes, por todo lo que respecta á la mision en posesion de dichos bienes. Segun la *lex rei sitæ* se ha de juzgar si puedo intentar las acciones posesorias antes de

tener la posesion de hecho de los bienes, si la posesion se adquiere de pleno derecho desde la muerte del de *cujus* ó si hay que pedirla al juez y todas las cuestiones análogas.

En resúmen: la vocacion ó llamamiento á la herencia se rige por la ley personal del difunto (nacionalidad ó domicilio); todo lo que respecta á la posesion de los bienes hereditarios se regula por *la lex rei sitae*. (1)

99. Reconocida ante la ciencia la superioridad manifiesta del sistema de la unidad de sucesiones, resta averiguar á qué ley se ha de dar la preferencia, si ha de ser á la del domicilio ó á la de la nacionalidad.

Yo me decido por la primera. Los principios que determinan la competencia de cada derecho local son, segun el sistema general que he adoptado: 1º *La territorialidad*, 2º *La voluntad individual* en virtud de la cual un hombre se somete á una legislacion mas bien que á otra, y 3º las *conveniencias generales de la humanidad*. (2)

El tercer elemento requiere que la ley que gobierna la sucesion sea única, conciliando la justicia con la conveniencia de todos los acreedores y herederos; en seguida aparece del segundo elemento que la ley que gobierna la persona es la que ella voluntariamente ha escogido al establecer su domicilio. De modo que siendo la sucesion una estension de la

(1) V. No. 60.

(2) Cap. I, No. 6.

personalidad humana despues de la muerte, se sigue que la misma ley que regia al difunto debe gobernar su sucesion, de donde se deduce que la ley del último domicilio es la aplicable en este caso. El tercer elemento marca el límite en que se ha de detener la ley única, tal cual resulta de los principios 2º y 3º arriba enumerados, la *territorialidad* comprende las leyes de orden público de que me ocuparé mas adelante.

La base del derecho de sucesion reside, lo he dicho ya, en la voluntad de la persona; ahora bien, ¿qué ley puede aproximarse mas á su interpretacion y ser mas conforme á su naturaleza propia que la del último domicilio libremente elegido por aquella? (3)

La nacionalidad no solo no tiene en su favor los poderosos argumentos sacados de la autonomia individual, sinó que presenta sérias dificultades en la práctica, por cuanto es regida en cada país por reglas especiales que emanan de su derecho político, presentando los conflictos en esta materia un carácter de insolubilidad, que demuestran su ineficacia para conseguir la comunidad de derecho entre las naciones. El domicilio por el contrario, ha recibido ya los suficientes desenvolvimientos, para que los autores se hallen de acuerdo en su significacion técnica y en las reglas que lo determinan.

El domicilio no es un principio que domine en virtud de circunstancias mas ó menos caprichosas.

(3) Grimau N. 97.

Su dominacion en la ciencia moderna es esplicada por Savigny en las notables palabras que siguen: « Este segundo motivo de la comunidad del derecho, ha suplantado por sus desenvolvimientos sucesivos al primero, (nacionalidad). *Entre las causas que han conducido á este resultado debe ponerse en primer lugar las comunicaciones activas y multiplicadas de los pueblos entre sí, las cuales debian borrar los contrastes mas salientes de las diversas nacionalidades. Es preciso reconocer tambien que al unir el cristianismo los diferentes pueblos por el lazo comun de la vida intelectual ha hecho menos opuestas sus distinciones características.* (1)

Resulta de lo que antecede que el domicilio responde á *necesidades actuales y que se esplica su predominio por circunstancias históricas de todos conocidas*; tiene además, como se ha visto en el curso de esta esposicion, *fundamentos científicos*. ¿Qué vale decir entonces con Mancini que el domicilio es un principio de otra época, hijo de circunstancias que hoy no existen? (2) ¿No es esta una afirmacion antojadiza del ilustre escritor?

La nacionalidad, en materia de sucesiones solo tiene un antecedente legislativo: el Código italiano. La Francia misma que establece que el estado y capacidad de los franceses se rige por la ley francesa, (art. 3) declara por medio de sus tribunales que las

(1) Savigny §346.

(2) V. No. 14 in fine.

sucesiones mobiliarias, (las únicas que escapan á la *lex rei sitæ*) se rigen por el domicilio y no por la nacionalidad del difunto.

Tenemos un ejemplo reciente que comprueba lo que acabo de decir :

La Corte de Tolosa falló el 22 de Mayo de 1880 en un asunto que ha levantado importantes cuestiones de derecho internacional privado y que ha ofrecido peripecias suficientemente curiosas para merecer se le esponga en su conjunto.

Hé aquí sumariamente los hechos: una muger bávara habia ido á establecerse en Francia con un hijo natural de corta edad; dicha muger casó con francés. Su hijo Javier Forgo quedó en Francia, no conservó relacion alguna con su país de origen, casó con una francesa y pasó toda su vida por francés. Murió sin dejar parientes y el Estado fué puesto en posesion de los valores muebles dejados por él, que eran bastante considerables. Algunos años mas tarde, parientes lejanos de la madre se presentaron y reclamaron su sucesion. Habia en la hipótesis una oposicion absoluta entre la legislacion francesa y la legislacion bávara: la segunda admite en provecho de los ascendientes y de los colaterales de los padres del hijo natural, un derecho á la sucesion de éste, cuyo derecho les es rehusado por la primera. La Corte de Pau, impuesta del asunto, investigó, pues, cual era la ley que debir rejir la devolucion de esta sucesion. Fundándose notablemente sobre los principios generalmente admitidos en el antiguo derecho

francés sentó que: « es el DOMICILIO del difunto el que determina la legislación aplicable á la devolucion de su sucesion mobiliaria y NÓ SU NACIONALIDAD. »

Esta sentencia fué casada en 5 de Mayo de 1875; pero la Corte de Casacion se limita á decir que los hechos constatados por la Corte de Pau *no bastaban* para atribuir á Forgo un domicilio legal con los efectos jurídicos que de él derivan. La Corte de Burdeos á la cual fué remitido el asunto por la de Casacion, adoptó la opinion de ésta: es *generalmente admitido*, dice la Corte, *que la sucesion mueble de un extranjero es regida por la ley de su domicilio*; etc., finalmente la Corte de Tolosa decidió que la ley bávara regia el caso, por que Forgo carecia de domicilio legal en Francia (1).

Como se vé ninguno de los tribunales que conocieron del asunto, desconoce que la *lex domicilii* rige la sucesion mueble de los extranjeros en Francia.

Laurent piensa que el art. 3 del Código Francés ha querido mantener la tradicion y segun ésta es indudable que el domicilio y no la nacionalidad determina el derecho local aplicable en materia de sucesion mueble.

En todos los países que admiten la pluralidad de sucesiones respecto de los inmuebles, se admite el domicilio respecto de los muebles.

100. El artículo 22 del título « De la division de la herencia » consigna la siguiente disposicion: « En

(1) Revue critique art. de M. Renault, t. 1, año 1881, pág. 492.

el caso de division de una misma sucesion entre herederos extranjeros y argentinos á extranjeros domiciliados en el Estado, estos últimos tomarán de los bienes situados en la República, una porcion igual al valor de los bienes situados en país extranjero de que ellos fuesen escludidos por cualquier título que sea, en virtud de leyes ó costumbres locales ».

Esta disposicion ha sido tomada y es idéntica á la contenida en el art. 2º de la Ley Francesa de 14 de Julio de 1819.

Los autores franceses han criticado esta disposicion dictada por el interés, y no por el derecho, sin embargo todos reconocen que ha marcado un gran adelanto sobre la legislacion del Código Civil que declaraba incapaz al extranjero. Por lo demas la crítica es justa. ¿Qué significan las palabras: « por cualquier título que sea »? Significan lo siguiente: que si la ley personal del difunto da una mayor porcion á un heredero domiciliado en Italia, por ejemplo, que á otro domiciliado en la República Argentina, nuestra ley se interpondrá y hará de modo que el heredero domiciliado en el país tome su desquite en los bienes situados en ella. Y con qué derecho? No es la ley personal la que rije la sucesion? Y por qué quejarse de las desigualdades que ella establezca? Yo comprenderia que el Código dijese: « Cuando se prohiba suceder á un argentino, nada mas que por que es extranjero yo no lo permitiré porque no puedo reconocer en mi territorio el imperio de una ley estrangera que establezca el derecho de albinagio » pero de ahí á decir:

«por cualquier título» hay mucha distancia.» Y si este «cualquier título» fuese simplemente una cuestión de estatuto ó legislación diversa? Supóngase que un individuo muere en Portugal donde tiene su domicilio; por consiguiente la ley que rige la sucesión es la Portuguesa (1). Ese individuo muere dejando una viuda argentina. En su testamento el difunto ha dispuesto que le sucedan sus tíos y ha olvidado á su cónyuge. Según la ley portuguesa que rige la sucesión, esta disposición es perfectamente válida porque la viuda no es heredera forzosa. Pero la viuda viene á nuestro país donde existen bienes y pide que habiendo sido excluida de la sucesión de su cónyuge viene á invocar la protección que le dispensa el art. 22, tít. VI, Cód. Civ., porque ella es heredera argentina y tiene derecho á heredar según el art. 8, del tít. IX, con preferencia á los colaterales.

Nuestros tribunales le dirían que el art. 8, solo rige las sucesiones de los que al morir tenían su domicilio en la República, pero no á los que lo tienen en Portugal. (Art. 5, tít. I, lib. IV).

De lo que se desprende que el art. 22 no es tan absoluto como resulta de sus términos literales, los cuales llegarían hasta destruir el sistema de la unidad de sucesiones.

Dados los antecedentes históricos de nuestro país, en que todos los derechos se conceden al extranjero sin reciprocidad ni restricciones especiales, no puede

(1) Art. 5. Código Civil Argentino.

menos de criticarse al Codificador el haber consagrado la disposicion de la ley 14 de Julio, quizá sin haberse dado cuenta de sus antecedentes y fundamentos en Francia. Mr. Serre que fué el iniciador del proyecto, decia: «La ley estrangera tendrá todo su efecto en el estrangero, pero no estamos obligados á dárselo entre nosotros. En rigor podriamos escluir al estrangero de las sucesiones que comprenden bienes en Francia; á mayor razon tenemos el derecho de someterlos á una condicion. Es en definitiva proteger á nuestros nacionales contra el rigor ó la desigualdad de las leyes estrangeras.»

Como se vé si se concedia el derecho de suceder á los estrangeros no era por derecho, sino por interés. Y desde entónces se comprende que las restricciones se impongan segun lo dicte el interes nacional. La República Argentina presentaba al dictarse el Código Civil, condiciones distintas á las de la Francia de 1819; ella habia concedido á los estrangeros la facultad de disponer no por interés sinó por derecho; y es claro entonces que no debe imponerles mas restricciones, que las que la justicia autoriza. Los términos absolutos en que está concebido el artículo son, sin embargo, tales, que pueden no hallarse conformes con el espíritu que ha presidido á nuestras Asambleas, cuando han declarado que no habia distincion á hacer entre nacionales y estrangeros para el goce de los derechos civiles ó naturales. Creo por consiguiente que nuestros tribunales léjos de darle al artículo la estension que la Jurisprudencia Francesa

ha dado á la ley de 1819, restringirán su aplicacion al único caso en que las leyes extranjeras escluyan á un argentino domiciliado á título de extranjero y en este caso, hoy escepcional, la disposicion argentina se hallaria justificada por la siguiente consideracion: que lo contrario importaria reconocer en nuestro territorio la eficacia de una ley extranjera que al escluir á los argentinos á título de extranjeros consagra el derecho de aubana y que se halla por lo tanto en oposicion con los principios de órden público vigentes en la República. Estender la proteccion á otros casos, es decir que, nosotros nos reservamos siempre el derecho de examinar la ley personal del difunto y de rechazarla cuando no convenga á los argentinos.

Eso equivaldria á sentar que en definitiva siempre que haya bienes hereditarios en la República, se han de transmitir en la forma determinada por el Código y se han de dividir con arreglo á nuestra ley, lo que conduciria á la pluralidad de sucesiones.

Tales son las consideraciones que me obligan á criticar el art. 22 y esta crítica tiene tanto mayor razon de ser cuanto que la Jurisprudencia Francesa al aplicar el art. 2 idéntico al nuestro, lo ha hecho con un rigor escesivo. Pero en Francia esto se comprende desde que el art. 3 mantiene la realidad del estatuto sucesoral, desde que la ley Francesa rige siempre en materia de sucesion inmobiliaria, desde que la ley extranjera no puede franquear las fronteras francesas. Y sin embargo los autores han criticado vivamente esa jurisprudencia que va hasta la espolia.

cion del extranjero siempre que así convenga al interés de los franceses; Bertauld se espresa en términos durísimos y Mr. Laurent va hasta decir que el art. 2 importa el derecho de aubana no ejercido ya en favor de el Estado, pero sí de los particulares (1).

El art. 22 del Código Argentino limitado al caso que he mencionado, no importa sinó una restriccion impuesta á la *lex domicilii* por consideraciones de órden público.

Paso á ocuparme de otras restricciones que necesariamente sufre la ley personal en materia de sucesiones.

101. He dicho antes de ahora (2) que la mas sería dificultad de nuestra materia consistia en determinar el límite que separa las leyes de órden público de las de órden privado; estableciendo con claridad cuales sean las primeras, se establece por ese solo esclarecimiento el límite en que pueden valer las leyes extranjeras. El art. 14 del Código determina los casos en que las leyes de órden público se oponen á la aplicacion de las extranjeras; pero como es natural, el artículo se limita á consignar disposiciones generales. Veamos si con su ayuda, es posible conocer las escepciones que recibe la *lex domicilii* ó la ley nacional del difunto, que como se sabe es la regla general en materia de sucesiones.

El inciso 2º del art. 14 dice que las leyes estran-

(1) Droit Civil International, tom. VI. pág. 301.

(2) Cap. I, núm. 6 al fin.

geras no recibirán aplicacion en la República « cuando fueren incompatibles con el espíritu de la legislacion de este Código. » Así todo gravámen que inmovilice los bienes, toda prohibicion de enagenar, impuesta en un testamento extranjero, por un término mayor que el de 10 años, todo derecho enfitéutico ó de superficie; todo censo ó rentas que escedan el término de cinco años, bien se impongan por contratos ó testamentos hechos en país extranjero; serán nulos y de ningun efecto en la República (1). Estas prohibiciones se fundan en el interés económico de la sociedad entera y por lo tanto son estrictamente obligatorias en todo el territorio.

«Cuando fueren de mero privilegio» sigue diciendo el artículo 14, como todo derecho de primogenitura establecido por leyes fundadas en el principio monárquico. Revisten el mismo carácter y por lo tanto no tendran aplicacion, las leyes que escluyan á las mugeres.

Tampoco recibirán aplicacion en nuestro país las que contradigan el derecho público, como las leyes de aquellos países que, considerando á la sucesion como de derecho civil, escluyen de ella á los extranjeros. (2)

Tampoco tendrán eficacia en el territorio aquellas leyes que fundándose en la intolerancia religiosa fulminan incapacidades de suceder contra los herejes

(1) Art. 3 y 4, Lib. III, tom. VI, Cód. Civ.

(2) Art. 14 núm 1.

ó contra los apóstatas (1) como p. ej. la disposicion suiza que escluye de la sucesion al que abjura el luteranismo. (2)

Tales son las principales escepciones que consigna el Código Civil ó que de él se desprenden y que debian aceptarse como reglas de derecho internacional.

Aún podria enumerar muchos casos de conflicto entre leyes estrangeras y el órden político del país en que se han de aplicar; pero un estudio semejante me llevaria demasiado lejos, sin conseguir por otra parte agotar la materia, ni salvar las graves dificultades á que este punto dá lugar; por lo que prefiero atenerme á la regla general: *la lex domicilii* no recibe aplicacion cuando contraria los derechos de la sociedad en cuyo territorio ha de producir sus efectos.

102. He demostrado que ante la ciencia moderna debia necesariamente preferirse el sistema de la unidad de sucesiones, acabo de señalar el límite en que se detiene la ley única; restame solamente, para llenar mi objeto, probar que entre nosotros rije el principio científico.

El Código no hace distincion entre muebles é inmuebles, basta la simple lectura de los artículos 10 y 11 para convencerse de ello; he demostrado ademas en el curso de esta esposicion la inanidad de una distincion semejante. Ahora bien, lo que ha dado lugar á la unidad de las sucesiones muebles y á la plurali-

(1) Cit anterior.

(2) Cod. Suizo, cap. 7. art. 4.

dad de las sucesiones inmobiliarias en esa falsa distincion; como no hay distincion entre nosotros, se sigue que es imposible mantener la pluralidad de sucesiones inmobiliarias; para hacerlo habria que sostener el mismo sistema para los muebles. ¿Querrian ir hasta allí los adversarios?

103. El artículo 5º del Título «De las sucesiones» habla en términos claros y que no dan lugar á la mas mínima duda: «El derecho de sucesion al patrimonio del difunto, es regido por el derecho local del domicilio que el difunto tenia á su muerte, sean los sucesores nacionales ó extranjeros.»

El Código tampoco hace distincion aquí, habla del patrimonio que comprende el conjunto de bienes de cualquier especie que sean.

La disposicion que comento es clara y terminante; pero por si alguna duda pudiese deslizarse en el ánimo de los que estan acostumbrados á oír que las naciones son soberanas y que la base de esta soberania es el territorio, que permitir la aplicacion de leyes extranjeras tratándose de inmuebles es dividir dicha soberania y que esta es la razon del artículo 10 Título preliminar; trascibo la nota del Codificador por la que se vé que ha partido de bases muy distintas en el sistema de derecho internacional privado que él ha adoptado en el Código: «El patrimonio considerado como unidad es un todo ideal de un contenido indeterminado. Puede componerse de propiedades, de derechos á cosas particulares, á créditos y deudas que tienen una existencia invisible. El patrimonio no está fijo

en un lugar y no se podría asignarle el *locus rei sitæ*. Considerar como tal el lugar en que está situada la mayor parte de los bienes, sería una idea arbitraria, pues que ella no tiene nada de preciso, y también porque la parte menor de los bienes merece tanta consideración como la parte mayor. Si abandonamos el domicilio, no nos queda sino colocar el derecho á la sucesión donde se encuentra cada uno de los bienes que la componen. Pero cuando esos bienes están diseminados en lugares diferentes, tendríamos que admitir muchas sucesiones independientes las unas de las otras. *Puede llamarse una escepcion á este principio general lo que está dispuesto respecto á la transmisión de los bienes raíces que forman una parte del territorio del Estado, y cuyo título debe siempre ser trasferido en conformidad á las leyes de la República. (Art. 10 «Título de las leyes.»)*

«Respecto á las sucesiones *ab-intestato* hay una consideración especial. Reposan sobre la voluntad presunta del difunto, no por esa voluntad pueda considerarse como un hecho cierto respecto á una persona determinada, sino porque cada ley positiva, cada código adopta la presunción general que le parece mas apropiada á la naturaleza de las relaciones de familia. Se concibe fácilmente que esa presunción varíe segun las diversas legislaciones, pero no que en un caso dado, se presuma que el difunto ha podido tener voluntad diferente para las diversas partes de sus bienes, y que haya querido otro heredero para su casa, que para sus dominios rurales, ó

para su dinero, cuando no ha hecho una declaracion espresa por testamento. »

¿Qué duda puede quedar ahora de que la letra y el espíritu del artículo 5º estan de acuerdo en declarar la unidad de sucesiones? Las palabras que anteceden no son las mismas que emplea Savigny en sus párrafos 375 y 376? El codificador no solo consigna una disposicion precisa, sinó que la motiva en una luminosa nota: los motivos y la disposicion coinciden perfectamente y ¿todavia se duda? Si, no solo se duda sinó que se afirma que el Código *ha querido* consagrar la pruralidad de sucesiones! Nunca una afirmacion mas arbitraria. He subrayado las palabras: *puede llamarse una escepcion ó este principio general* etc., y lo he hecho intencionalmente porque estas palabras constituyen el pobre argumento que se invoca para sostener la pruralidad de sucesiones inmobiliarias.

Convengo en que el título á una propiedad raiz debe ser adquirido, transferido ó perdido en conformidad á las leyes de la Republica. Se infiere de aquí la pruralidad? Segúramen que no: el que el título deba ser conforme no se sigue que el derecho de sucesion á los inmuebles se ha de regir por la *lex rei sitæ*; el código ha querido salvaguardar la buena fé de los terceros y por eso ha exigido que el título sea conforme con nuestras leyes.

Este es y no puede ser otro el móvil del artículo 10; á no ser que se pretenda que el codificador ha creido que la aplicacion de las leyes estrangeras á

los inmuebles importaba una desmembración de la soberanía, lo que importaría afirmar que el Dr. Velez al legislar para la República Argentina se había inspirado en las ideas feudales! A este extremo conduce el no darse cuenta del móvil del legislador al decir en el artículo 10 que el título debe ser conforme á la ley argentina. El Código procede así en el interés de terceros. Es ese mismo interés de terceros, que en este caso es interés público, el que le ha hecho decir en el título «De los contratos» que el título para transferir el dominio debe constar de instrumento público, presentarse legalizado y hallarse protocolizado por orden de juez competente. Hé aquí, pues, un caso en que el título debe hallarse conforme á las leyes de la República y yo preguntaría á los adversarios: esto importa por parte del Código hacer distinción entre el contrato celebrado en el país y el celebrado en el extranjero? Ambos no transmiten el dominio? Pues bien; otro tanto debe decirse de la sucesión. La sucesión es un título legítimo de adquirir, y el que según la ley del último domicilio de su causante es heredero, tiene un buen título según nuestra ley (art. 5°); solo que como ese título debe ser conforme con la misma que exige la publicidad necesaria para salvar los intereses y derechos de terceros, el heredero deberá presentar la declaratoria de heredero y hacerse dar la posesión de la herencia con arreglo á la *lex rei sitæ* (art. 2 Tít. IV Lib. IV) (1)

(1) V. N° 98.

queda destruida la argumentacion sacada de la *nota* en que se ha querido hacer hincapié. (1)

Veamos de fijar ahora el alcance del artículo 10 del título preliminar, porque importa destruir la última barrera que se quiere oponer á la unidad de sucesiones. Ese artículo dice así: « Los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes del país, respecto á su calidad de tales, á los derechos de las partes, á la capacidad de adquirirlos, á los modos de transferirlos, y á las solemnidades que deben acompañar esos actos. El título por lo tanto á una propiedad raíz solo puede ser adquirido, transferido ó perdido de conformidad con las leyes de la República. »

Se dice (2) que esta disposicion se opone á la unidad de sucesiones.

El artículo 7 del Código Civil Italiano dispone: « Los bienes inmuebles están sometidos á la ley en vigor en lugar de su situacion; » la disposicion es por lo menos idéntica á la del Código Argentino; todo cuanto dice Fiore de aquel es por lo tanto aplicable á este.

Nuestro legislador no ha querido hacer revivir la cuestion de la personalidad ó la realidad. La capacidad de las personas se rige por la ley de su domicilio aunque se trate de actos ó bienes existentes en la República (art. 6 y 7 Tít. Prel.) Los derechos

(1) Revista de Buenos Aires Artículo del Dr. Levingston.

(2) Levingston—Revista de Buenos Aires *sucesiones inmobiliarias*
§ 2.



que los extranjeros pueden adquirir sobre inmuebles por sucesion legítima ó testamentaria se rigen por la ley del último domicilio del difunto (art. 5 Tít. I Lib. IV.) Los derechos que derivan de los contratos se rigen por la ley del lugar en que se han celebrado ó en que han de tener cumplimiento (art. 69, 73, 74 y 75, Tít. I Lib. II Sec. III.) Las convenciones matrimoniales rigen los bienes donde quiera que los esposos tengan su domicilio (art. 3. Tít. «Del matrimonio»). Resulta, pues, que el art. 10 debe ser interpretado como la sancion jurídica del principio general, que la soberania ejercita exclusivamente el poder y la jurisdiccion en todo el territorio y que ella conserva, por consiguiente, el régimen universal de la propiedad, que ella determina la condicion jurídica de las cosas, que ella regla el ejercicio de los derechos del propietario, sea ciudadano ó extranjero. Asi cuando el artículo 10 dice: «los bienes raices son exclusivamente regidos por las leyes del país respecto á su calidad de tales» eso importa decir que la ley argentina se reserva el derecho de reglar la condicion jurídica del bien, declarándolo mueble ó inmueble, en el comercio ó fuera de él; lo que no se opone á la unidad de sucesiones. Cuando dice «los bienes raices son exclusivamente regidos por las leyes del país respecto á los derechos de las partes» eso importa decir que el derecho del propietario se ha de ejercer con las limitaciones y restricciones impuestas en el título IV del Libro III; lo que tampoco se opone á la unidad de sucesiones. Cuando dice: «los bienes

raíces son exclusivamente regidos por las leyes del país respecto á la capacidad de las partes», eso importa decir por una parte que los artículos 6 y 7 que son *leyes del país* rigen la capacidad general y que la capacidad de derecho (1) se rige por la *lex loci* segun lo dispone el artículo 6 del Título «De los actos jurídicos» esto tampoco se opone al sistema de la unidad de sucesiones. Cuando el artículo 10 dice: «los bienes raíces son exclusivamente regidos por las leyes del país respecto á los modos de transferirlos y á las solemnidades que deben acompañar esos actos»; esto importa decir que en los modos de transferirlos y en las solemnidades que deben acompañar esos actos, interviene el interés de los terceros y de la sociedad y por lo tanto las leyes deben ser reales; la publicidad es una condicion de validez sin la cual no solo los testamentos sino cualquiera otro acto no puede producir efectos respecto de terceros. Esto tampoco se opone á la unidad de sucesiones. Cuando el artículo 10 dice: «el título pur lo tanto» etc., no hace sinó sentar un corolario de lo que antecede.

El artículo interpretado de esta manera significa que el magistrado argentino no debe permitir que un extranjero invoque la ley de su país para alterar el régimen económico de la propiedad en la República Argentina (como por ejemplo, para cargar los bienes de ciertas servidumbres permitidas por el derecho

(1) Sobre la capacidad de derecho véase el Cap. II N^o 13 de esta Exposición.

feudal, pero no reconocidas por nuestra ley); ó para alterar la condicion jurídica de los bienes, y la naturaleza y efectos de la posesion, ó para introducir medios de ejecucion que no son permitidos por nuestra ley, ó para ejercer los derechos provenientes del matrimonio, de venta de estipulaciones, de donaciones, de sustituciones y otros derechos semejantes en contradiccion con el régimen económico, industrial y agrícola de la propiedad en la República. Pero no se puede decir de la misma manera, que el magistrado argentino debe impedir que el propietario invoque la ley de que depende para todas las cuestiones de interés privado: como para decidir cual es la cuota-parte legítima del hijo extranjero. (1)

Ahora, en vista de lo que se acaba de esponer, puedo sin temor de equivocarme, dirigir á los adversarios el siguiente reproche: que han olvidado estudiar el conjunto de las disposiciones legales, que han tomado aisladamente el artículo 10 y además que lo han interpretado mal, siguiendo fuentes que no son las en que el Codificador se ha inspirado.

Se dice (2) que el Código ha seguido á Story; niego. El Código ha seguido á Savigny. El párrafo 362 de Story establece la distincion entre muebles é inmuebles, mientras el Código la rechaza, y para que no quede duda el Código dice: « Savigny sostiene perfectamente la doctrina del artículo. »

(1) Esta es exactamente la misma interpretacion que Fiore atribuye al art. 7 del Código Civil Italiano: es la racional.

(2) Levingston § 8.

No dejo de reconocer, sin embargo, que la cita de Story y los términos absolutos del artículo pueden inducir en error; he tratado ya esta cuestion de fuentes.

Qué mas se puede decir para justificar ante nuestro derecho la pluralidad de sucesiones inmobiliarias? ¿Se invocará el artículo 22 del título «de la division de la herencia»? Es inútil, porque allí se habla de bienes y no de inmuebles. Se invocará la *nota* del art. 8 del Título X? Inútil tambien por la razon anterior. (1)

Una razon mas: aún cuando el Código hablase de inmuebles y no de bienes, eso solo importaria una restriccion á la regla general.

Sobre el alcance del artículo 22 Título VI puede verse lo que digo en el núm. 100.

Dejo demostrado que ante la ley argentina la unidad de sucesiones es un principio indiscutible.

104. Sobre la sucesion testamentaria poco tengo que decir, trataré de ser breve.

¿Qué ley rige la forma del testamento?

Nuestras disposiciones legales son las siguientes:

Art. 14. Cuando un argentino se encuentre en pais extranjero, está autorizado á testar en alguna de las formas establecidas por la ley del pais en que se halle. El testamento será siempre válido, aunque el testador vuelva á la República y en cualquier época que muera.

(1) Nótese que Demolombe habla de *bienes raices* y el Código habla de *bienes*.

Art. 15. Es válido el testamento escrito hecho en pais extranjero por un argentino, ó por un extranjero domiciliado en el Estado, ante un Ministro Plenipotenciario del Gobierno de la República, un Encargado de Negocios, ó un Cónsul, y dos testigos argentinos ó extranjeros, domiciliados en el lugar donde se otorgue el testamento, teniendo el instrumento el sello de la Legacion ó Consulado.

Art. 16. El testamento otorgado en la forma prescrita en el artículo precedente, y que no lo haya sido ante un Jefe de Legacion, llevará el visto bueno de éste, si existiese un Jefe de Legacion, en el testamento abierto, al pié de él; y en el cerrado: sobre la carátula. El testamento abierto será siempre rubricado por el mismo Jefe al principio y al fin de cada página, ó por el Cónsul si no hubiese Legacion. Si no existiese un Consulado ni una Legacion, estas diligencias serán llenadas por un Ministro ó Cónsul de una nacion amiga.

El Jefe de Legacion, y á falta de éste, el Cónsul remitirá una copia del testamento abierto ó de la carátula del cerrado, al Ministro de R. E. de la República, y éste, abonando la firma del Jefe de la Legacion ó del Cónsul en su caso, lo remitirá al Juez del último domicilio del difunto en la República, para que lo haga incorporar en los protocolos de un escribano del mismo domicilio.

No conociéndose el domicilio del testador en la República, el testamento será remitido por el Ministro de Relaciones Exteriores á un Juez de 1^a Instancia de

la Capital para su incorporacion en los protocolos de la escribania que el mismo Juez designe.

Art. 17. El testamento del que se hallare fuera de su pais, solo tendrá efecto en la República, si fuese hecho en las formas prescritas por la ley del lugar en que reside, ó segun las formas que se observan en la nacion á que pertenezca, ó segun las que este Código designa como formas legales.

Se ha discutido si el testamento es un acto solemne ó no y se ha controvertido el punto de saber si el principio *Locus regit actum* recibe aplicación ó no. Limitándome á tratar la cuestion en el terreno puramente legal diré que me parece incontestable el imperio de la máxima tradicional.

105. El mismo principio que rige la sucesion ab-intestato se aplica á la testamentaria: el contenido se rige por la ley del último domicilio del difunto. La capacidad para disponer se rige por la ley del domicilio al tiempo de hacer el testamento. La capacidad del heredero se rige por la ley de su domicilio á la muerte del causante.

106. El art. 8 del título primero dice: «*La capacidad para suceder es regida por la ley del domicilio de la persona al tiempo de la muerte del autor de la sucesion*» sobre la capacidad del testador el artículo 6º tit. XI dispone: «*la ley del actual domicilio del testador, al tiempo de hacer su testamento, es la que decide de su capacidad ó incapacidad para testar.*» Respecto al contenido del testamento dice el art. 7 del mismo título: «*El contenido del testamento, su va-*



lidez ó invalidez leyal, se juzga segun la ley en vigor en el domicilio del testador al tiempo de su muerte.»

Nótese que muchos de los autores que sostienen la máxima *tot hereditates quot patrimonia* para las sucesiones intestadas admiten y aceptan la disposicion del art. 7. (1) y ¿con qué lógica? Si el testamento es la espresion de la voluntad indivisible del difunto en la sucesion testamentaria, no es menos cierto que en la intestada la ley del último domicilio es la espresion tácita de esa misma voluntad indivisible.

107. Me resta una última cuestion á resolver para terminar este trabajo: la herencia del fisco. El artículo 24 del título IX establece que «á falta de los que tengan derecho á heredar conforme á lo dispuesto anteriormente, los bienes del difunto, sean raices ó muebles, que se encuentren en el territorio de la República ya sea extranjero ó ciudadano argentino, corresponden al Fisco Nacional ó Provincial, segun fueren las leyes que rigieren á este respecto.»

Quiere decir que la sucesion del Fisco se regula por la *lex rei sitæ*, ó en otros términos, que todos los bienes que existan en un país, seran en caso de faltar herederos atribuidos al Estado en cuyo territorio existan; habrá pues tantas sucesiones distintas cuantos sean los países en que existan bienes. La razon es que el Estado en realidad no es un heredero en el sentido técnico de la palabra; porque él adquiere los bienes de un muerto, precisamente en virtud de un

(1) Entre ellos Foelix.

título que supone que no haya herederos. En virtud de su derecho de soberanía es que el Estado adquiere los bienes sin dueño que se encuentran en su territorio, sean muebles ó inmuebles, pues no se puede permitir que un Estado extranjero ejerza en el territorio un acto de soberanía, apropiándose bienes sin dueño conocido. Algunos han querido objetar respecto de los bienes muebles la máxima: *mobilia sequuntur personam*; pero precisamente en tal caso no hay persona: todo vínculo entre la persona y la cosa ha desaparecido, porque el propietario muerto no ha dejado representante.

La disposición análoga del Código Francés reconoce idéntico fundamento; «El fisco, dice Simeon, recoge las sucesiones á las que nadie tiene derecho de presentarse, por la razón de que lo que no pertenece á nadie, pertenece al cuerpo de la sociedad que representa la universalidad de los ciudadanos. Gozando de ellas en el interés comun, el fisco previene los desórdenes que traerian consigo las pretensiones de los que se esforzasen en ser los primeros ocupantes de una sucesion vacante.» (1)

La razón del artículo 24 que comento es la misma que ha hecho decir al codificador en el art. 32 del título «De las cosas» que los bienes sin dueños pertenecen al Estado.

No se trata, pues, de determinar el derecho aplicable al patrimonio como unidad basada en la volun-

(1) Simeon. Discurso número 27 (Loché tom. V pág. 137)

tad del difunto, sinó de evitar los desórdenes á que daría lugar la falta de intervencion del Estado; este no es heredero, se apodera de los bienes vacantes á título de administrador de la colectividad y con el fin de mantener el orden: no hay herencia y por lo tanto los bienes escapan á la ley personal del difunto.

Concluyo, pues, que á falta de herederos legitimos y testamentarios, hereda el Estado en cuyo territorio se encuentran los bienes.

