

UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

ACTOS
JURÍDICOS

(DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO)

TESIS

PRESENTADA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR EN JURISPRUDENCIA

POR

José Ferrando y Olaondo



MONTEVIDEO

IMP. "EL SIGLO ILUSTRADO", DE TURENNE, VARZI Y CIA.

Calle Uruguay número 324

1896

H. 1. 16

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

CLAUSTRO DE LA FACULTAD

RECTOR Doctor don Alfredo Vásquez Acevedo.
DECANO " " Eduardo Brito del Pino.

CATEDRÁTICOS

Filosofía del Derecho Doctor don Federico E. Acosta y Lara.
Derecho Romano " " Luis Piñeyro del Campo.
Derecho Civil " " Juan P. Castro.
Derecho Civil " " Serapio del Castillo.
Derecho Comercial " " Eduardo Vargas.
Derecho Constitucional " " Justino J. de Aréchaga.
Derecho Penal " " Martín C. Martínez.
Derecho Internacional Privado " " Gonzalo Ramírez.
Economía Política " " Eduardo Acevedo.
Economía Política " " Carlos M. de Pena.
Procedimientos Judiciales " " Pablo De-María.
Procedimientos Judiciales " " Eduardo Brito del Pino.
Derecho Internacional Público " " Antonio M. Rodríguez.
Derecho Administrativo " " Carlos M. de Pena.
Práctica Forense " " Alfredo Vásquez Acevedo.
Medicina Legal " " Elías Regules.

SECRETARIO Doctor don Enrique Azarola.

PADRINO DE TESIS Y DE GRADO:

Doctor don Pablo De-María

A mi padre

À LA MEMORIA

DE MI MADRE Y DE MI HERMANA PETRONA

INTRODUCCIÓN

I

De tres maneras están sometidos los hombres á la autoridad de la ley : por razón de su persona, por razón de sus bienes, por razón de sus hechos.

En efecto, el hombre tiene necesidades que debe satisfacer ; está dotado de facultades que le muestran los medios de hacerlo ; la Naturaleza le proporciona los recursos ; pero como el hombre se encuentra enfrente al hombre, ambos con las mismas necesidades y con los mismos medios de subsistencia, nacen de ahí derechos que se refieren á las personas para determinar sus necesidades y su capacidad para apreciarlas ; derechos relativos á las cosas de que ha de servirse y al modo ó forma en que ha de hacer valer esos derechos, ó sea relaciones de las personas entre sí y relaciones de las personas con referencia á las cosas.

Acompañando esa necesidad al hombre á todas partes donde éste vaya ó se encuentre, se deduce que puede, ó mejor, que fatalmente tiene que ejercitar sus facultades, en cualquier parte del mundo donde esté, para vivir ; pero como la humanidad forma agrupaciones separadas, con costumbres diversas, los actos del hombre afectan intere-

ses extraños, que están sometidos, por consiguiente, á diversas leyes.

Es un hecho notorio é incontestable la existencia de legislaciones positivas diversas en los diferentes Estados en que está dividido el globo terráqueo; diversidad de legislaciones provenientes de las diferencias de costumbres y de climas, de los distintos usos y tradiciones, de la situación geográfica, del mayor ó menor desarrollo de la cultura de los pueblos y del progreso civil y político de cada Nación en particular.

Ahora bien, dada esa variedad de legislaciones y la circunstancia de poder los hombres ejercer su actividad fuera de las fronteras de su país de origen, ¿qué consecuencias traerá el hecho de que un individuo se establezca en territorio extranjero, adquiera bienes en él y después, en otro país, disponga de ellos, ya por última voluntad, ya por donación entre vivos? En este caso, ¿qué ley regirá cada relación jurídica?

De determinar la ley aplicable en cada caso en que surja una colisión de esta especie, trata la nueva ciencia llamada Derecho Internacional Privado, verdadero campo de batalla en el que se discuten diversas doctrinas y se proponen distintas soluciones.

II

El Derecho Internacional Privado tiene por única misión decidir cuál es el Estado que debe regir con sus leyes un acto jurídico, cuando por su ejecución se encuentran en conflicto las soberanías de dos ó más Naciones.

Ante todo, ¿existe el Derecho Internacional Privado? Sí, sin duda; y para demostrarlo, no tengo más que refe-

rirme á lo magistralmente expuesto por el notable internacionalista doctor don Gonzalo Ramírez, con lógica inflexible:

« A nadie se le ocurre preguntar seriamente si existe el Derecho Civil, si puede codificarse, y si tienen sanción positiva sus disposiciones. Pues bien: si no existiese el Derecho Internacional Privado, desaparecería también la razón de ser de todo el «Derecho Privado». Supóngase que no es posible determinar la soberanía que tiene jurisdicción para regir las relaciones de derecho, y es bien obvio que, si se constata la exactitud de tal premisa, quedaría gravemente comprometida la existencia de todo derecho positivo, sea público ó privado. Podrían las naciones conservar sus Códigos de Derecho Privado y sus instituciones de Derecho Público, pero carecerían ciertamente de aplicación, desde que no existiese el medio de someter las relaciones jurídicas á un determinado Código ó legislación. Si, pues, esas relaciones tienen una ley á qué subordinarse y tribunales que las hagan efectivas, es porque el Derecho Internacional Privado reposa sobre principios de vital interés para la ciencia del derecho y de indiscutible aplicación práctica.» (*Anales de la Universidad*, Tomo II, página 641).

¿Es propia la expresión Derecho Internacional Privado con que se denomina á esta ciencia? No; como lo comprueban Riquelmi y Ramírez, y se desprende de las conclusiones de Brocher, aunque éste encuentra justificada esa denominación y se esfuerza en probarla, á pesar de reconocer que en esta ciencia solo se trata de una cuestión de competencia de soberanías.

Brocher dice: «Si dirigimos la vista al mundo exterior, encontramos un número considerable de soberanías que actúan respectivamente sobre un determinado territorio,

formando cada una de ellas el centro y la base de una legislación, jurisdicción y administración especial que constituyen lo que se llama un Estado.

« Es sobre un suelo subdividido en esa forma, que se produce la vida social y jurídica. El desarrollo de esa actividad se encontraría siempre trabado, si cada uno de los elementos de que se compone debiese circunscribir su acción á una de tantas subdivisiones llamadas Estados, y no encontrase la protección necesaria fuera del territorio en que se ha formado. Es una necesidad reconocida; necesidad que cada día se hace sentir más vivamente, que en la medida de lo que es posible cada persona tenga la facultad de moverse en el vasto tablero del mundo, con la misma libertad y seguridad que si encerrase su actividad dentro de los límites de un solo Estado. Es necesario que los derechos adquiridos por ella se mantengan y salvaguarden, cualquiera que sea el país en que se producen y piden ser protegidos. Todos los derechos nacen de la combinación de un hecho y de una ley. El hecho lo suministran las circunstancias en cada caso, y es preciso tomarlo tal como se produce; falta averiguar por qué ley debe regirse. La dificultad consiste, como lo hemos dicho, en una cuestión de competencia internacional. »

Con estos términos justifica Brocher la definición que da del Derecho Internacional Privado, y que aceptamos, por estar de completo acuerdo con lo que dejamos expuesto y ser la verdaderamente científica. Esa definición la expone con estas palabras: « La doctrina del Derecho Internacional Privado se propone poner en claro y reglamentar la competencia respectiva de las diversas soberanías, en materia de Derecho Civil, Comercial y Penal. »

Pero si Brocher, con lo arriba transcripto, precisa el objeto de la ciencia, no justifica que ésta deba denomi-

narse Derecho Internacional Privado, sino que, por el contrario, pone de manifiesto la razón que asistió á Riquelmi para llamarla Derecho Jurisdiccional Internacional, y calificarla así, dado que esta ciencia no resuelve cuestiones de legislación internacional, y sí solo investiga cuál es la soberanía cuyas leyes deben aplicarse al acto jurídico que da lugar al litigio, esto es, sólo se relaciona con conflictos de jurisdicción internacional.

III

La parte que trata de las obligaciones convencionales ó sea la investigación de la ley que debe regir los actos jurídicos, es el tema que me propongo desarrollar en esta tesis.

Si hay una cuestión importante en el Derecho Civil Internacional, lo es, indudablemente, la que constituye el tercer sujeto del derecho. Encontrar el hilo de Ariadna, que nos indique el camino y señale derroteros seguros que puedan arrojar alguna luz en este caos producido por la variedad de sistemas y de opiniones encontradas, que han oscurecido la materia y levantado dificultades insuperables, ante las cuales se estrellan aún los maestros de la ciencia, es una obra titánica y sólo digna del trabajo de los ciclopes.

Estudiando cada uno de los sistemas propuestos y ayudándonos de los principios sentados al estudiar los fundamentos del Derecho Internacional Privado, trataremos de encontrar la doctrina científica aplicable al caso.

Sistema de la autonomía de la voluntad

1.—La primera doctrina que aparece en el campo del debate, es la llamada de *la autonomía de la voluntad*.

Es un principio inconcuso en el Derecho Civil ó privado de todas las Naciones civilizadas y que desde tiempo inmemorial gobierna sin contestación la materia de los actos jurídicos, el siguiente aforismo: la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos.

Y este principio de orden interno, es el que se pretende extender, no sólo á los conflictos que surjan entre los habitantes de un mismo Estado, sino también dándole proyecciones internacionales, á las controversias entre los habitantes de dos ó más Estados independientes.

« El derecho local aplicable á cada relación de derecho se encuentra bajo la influencia de la voluntad libre de las personas interesadas que se someten voluntariamente al imperio de un derecho determinado, por más que esta influencia no sea ilimitada. Esta sumisión voluntaria extiende también su eficacia á la jurisdicción competente para conocer de las diversas relaciones de derecho.

« Dicha voluntaria sumisión á un derecho local nos aparece bajo diferentes formas y en diferentes grados: algunas veces se toma como regla un derecho local determinado, pudiéndose elegir igualmente otro; esto es lo que acontece en materia de obligaciones principalmente, donde

el derecho local libremente elegido debe ser considerado como parte integrante del contrato. En otros casos esta sumisión voluntaria resulta de la adquisición misma de un derecho: así, por ejemplo, el que adquiere un inmueble situado dentro del territorio de un derecho extranjero, era libre de no hacerlo, mas por el hecho mismo de la adquisición acepta el derecho local que rige al inmueble. » (Savigny, Derecho Romano).

Laurent, en el artículo 14 de un proyecto de Código Civil, que redactó para su patria, la Bélgica, estableció lo siguiente: « Las convenciones concluidas en país extranjero son regidas por la ley á la cual las partes contratantes han entendido someterse. »

El ilustre jurisconsulto belga, fundaba su artículo: « es el principio de la autonomía, que es universalmente admitido. La regla se aplica á todos los casos en que un extranjero aparece como parte en el contrato. Dos belgas contratan en Alemania: á ellos les pertenece determinar la ley que debe regir sus convenciones. Son soberanos en todo lo referente á la reglamentación de sus intereses privados, tanto en Alemania como en Bélgica; su voluntad es su ley; pueden escoger la ley á la cual quieren someter sus derechos y sus obligaciones, la ley belga, la ley alemana ó cualquiera otra ley extranjera. »

Sostiene el mismo principio la Comisión Revisora del Código Civil Belga; cuya Comisión, después de dar por sentado que las obligaciones convencionales y sus efectos se rigen por la ley del lugar del contrato, dándose preferencia á las leyes nacionales de los contratantes, si éstas tienen las mismas disposiciones, establece que: « estas reglas no son aplicables, si de la intención de las partes, comprobada expresamente ó manifestada por las circunstancias, resulta que han entendido someter su convención

á una ley determinada. La facultad acordada á este respecto por las partes contratantes, no puede tener por objeto sino la ley nacional de una de ellas al menos, la ley del lugar del contrato, ó la ley del lugar en que éste debe ser ejecutado.»

Como se ve, sin violencia se deduce que la Comisión Revisora del Código Civil Belga, participa de la misma opinión de Laurent, es decir, acepta la regla de la autonomía de la voluntad, pero restringiéndola á determinados casos. Para Laurent, la voluntad de las partes no tiene límites; ellas pueden lícitamente elegir una ley extranjera cualquiera, debiendo aceptarse como perfectamente válidas todas sus disposiciones.

El doctor don Amancio Alcorta, distinguido internacionista argentino, es también partidario de este sistema, sin limitaciones de ninguna clase. La solución dada por Laurent, dice, nos parece lógica con el principio de libertad que domina la materia. Si los contratantes pueden contratar ó no y contratando pueden establecer las condiciones á que quieren sujetar sus obligaciones recíprocas, no encontramos la razón porqué se ha de limitar su elección.

El artículo 6.º del proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, presentado por el doctor Gonzalo Ramírez al Congreso de Montevideo en 1888, establecía también el principio de la autonomía de la voluntad con limitaciones. El contexto del artículo era el siguiente: Los contratos se rigen, cualquiera que sea el lugar en que se celebren por la ley, á la cual declaran los contrayentes someterse, siempre que la relación jurídica comprometida en el acto sea de *libre contratación*.

Sin embargo de esto, al discutirse este punto, aceptó la conclusión general que la Comisión especial encargada

de confeccionar un proyecto de Código de Derecho Civil Internacional, presentó en mayoría al Congreso de Montevideo. Esta Comisión, en el artículo 32 estableció, que: la ley del lugar donde los contratos deben cumplirse, decide si es necesario que se hagan por escrito, etc.

Al aceptar este artículo sustitutivo del suyo, expresó que no era sólo por deferencia que lo hacía, sino porque, para que el artículo 6.º de su proyecto tuviera aplicación á los casos ocurrentes, era necesario determinar lo que era ó no de libre contratación. Ahora bien, decía: ¿cómo se resuelve esta cuestión según el sistema adoptado en mi proyecto? Por la ley de la ejecución del contrato, de acuerdo con la doctrina sustentada por Savigny, que hace regir el derecho de las obligaciones por la ley del lugar de su cumplimiento.

2.—¿Puede admitirse como criterio dirigente de los actos jurídicos en el Derecho Jurisdiccional Internacional, el sistema de la autonomía de la voluntad?

No, como muy bien lo dice Savigny; la aplicación de un derecho local cualquiera como consecuencia de la sumisión voluntaria de las partes, deja siempre dos cuestiones para resolución. La primera consiste en determinar, cuándo se omite hacer la declaración de la voluntad, las condiciones bajo las cuales debe admitirse ésta. Y la segunda, investigar cuándo es facultativo de las partes hacer su sumisión á una ley determinada y cuándo les está prohibido por leyes absolutas.

Sufren un verdadero deslumbramiento los internacionistas que extienden al Derecho Internacional el axioma jurídico de derecho privado: la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos; partiendo sencillamente del supuesto de que este principio está establecido en todos los Códigos. Pero dado esto, no se pueden suscitar

conflictos; siendo todas las leyes iguales, se puede aplicar sin inconvenientes cualquiera de ellas; la discusión cesa.

Supóngase, por ejemplo, que las legislaciones de todos los países han articulado el principio de que la lesión enorme ó enormísima no invalida los contratos; dejando por lo tanto á los contrayentes la libertad de establecer un precio ridículo, irrisorio. En este caso, no habría discusión ni posibilidad de suscitarse un conflicto; coincidiendo todos en no considerar la lesión como causal de nulidad, solo un Código se aplicaría, y el interés jurídico desaparecería.

Pero esta uniformidad de legislación no existe en la práctica. Todas las legislaciones rodean á los contratos de ciertos requisitos, solemnidades ó garantías, universalmente considerados indispensables para su existencia y validez y los cuales les dan fuerza legal; requisitos y solemnidades que varían de un país á otro.

Personas capaces en un país, dice Story, son incapaces por las leyes de otro; medios buenos en un país, son insuficientes é inválidos en otro; las conveniencias públicas de un país, permiten ó favorecen ciertos convenios que son prohibidos en otro; las formas prescriptas por las leyes de un país para asegurar la validez y obligación de los contratos son desconocidos en otro; y los derechos reconocidos por un país no están en proporción con los que pertenecen á otro. A veces una persona contrata en un país y está domiciliada en otro y tiene que pagar en un tercero; y á veces la propiedad que es asunto del contrato está situada en un cuarto; y cada uno de estos países puede tener leyes diferentes y aun opuestas que afecten la materia.

Claro es, que dada esta diversidad de disposiciones legislativas, los conflictos son inevitables, siempre que las

partes no hayan determinado expresamente la ley á que entienden someterse.

Valgámonos del ejemplo antes citado: en un país se declara que la lesión enorme ó enormísima invalida los contratos, aceptándose, por consiguiente, la limitación en cuanto á la fijación del precio de venta y declarando en consecuencia que no es objeto de libre contratación. Supóngase que en ese país se celebra un contrato sobre bienes radicados en otro territorio, cuyas leyes declaran ser ese punto de libre contratación; ¿qué ley debe aplicarse? En esta emergencia, el conflicto deberá resolverse no tomando en cuenta para nada la voluntad de las partes; pues no conociéndose la voluntad expresa de ellas, no hay para qué entrar á investigar la presunta de las mismas.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que sobre la voluntad individual de las partes, priman los principios fundamentales que el legislador establece teniendo en vista relaciones de interés social, y que implicando la necesidad de un orden ó relación permanente en la sociedad, acarrear nulidad á los actos cometidos con infracción de esas disposiciones. Estos principios fundamentales constituyen las llamadas leyes de orden público.

Ahora bien, los contratos pueden afectar en sus infinitas proyecciones no sólo intereses privados, sino que también pueden atacar disposiciones legales de orden social. Las leyes de orden público son preceptivas; las Naciones que las promulgan lo hacen en uso de su autoridad soberana, teniendo eficacia legal mientras conserve su independencia el país de la promulgación.

Ninguna Nación tolera la celebración de un contrato que viole esas disposiciones; anulando, limitando ó restringiendo las obligaciones ó prestaciones á que voluntaria-

mente se han sometido por contrato las partes interesadas. No tomándose en cuenta la voluntad de las partes, cuando el cumplimiento de esa voluntad lesiona leyes de orden público del país donde va á producir sus efectos el contrato, la sumisión de los contrayentes á una ley determinada viene á ser ilusoria, pues la ley que verdaderamente rije la ejecución del contrato es la del país, cuyas leyes prohibitivas se pretende violar.

3.—Critizando el uso que los autores hacen de la expresión *autonomía*, Savigny se expresa así: «Si la gran influencia de la sumisión voluntaria á un derecho local determinado se encuentra generalmente reconocido y no da lugar á ninguna discusión, debo, sin embargo, revelarme contra una locución recientemente introducida en la materia. Así, los autores modernos tienen costumbre de llamar *autonomía* á este efecto muy general de la voluntad libre. Pero esta frase técnica sirve desde hace largo tiempo para designar una relación enteramente especial en el desenvolvimiento del derecho germánico; me refiero al privilegio perteneciente á la nobleza y á varias corporaciones de regular por sí mismas sus relaciones particulares por una especie de legislación doméstica. Así entendida, es muy necesaria esta palabra; y se debilita su significación propia cuando se aplica á las relaciones del todo diferentes que nos ocupan, sin que este inútil intento venga á prestarla claridad ni precisión. Si para justificar esta locución se dice que cuando las partes se someten á un derecho existente se dan en realidad una ley, contestaré que mejor corresponde todavía este carácter á la libre elección del domicilio, y, sin embargo, nadie ha considerado esta facultad como un ejercicio de la autonomía. Por esta causa, cuando se trata de la sumisión á un derecho local ó de la elección del domicilio, ó de cualquier acto libre que pueda

tener consecuencias jurídicas, creo que debe evitarse el empleo de la palabra *autonomía*.»

4.—Las partes, al contratar, pueden no haber designado la ley á que quieren someterse; puede suceder que no hayan manifestado su voluntad acerca de aquello que sea de libre contratación, por cuya causa es necesario investigar esa voluntad tácita ó presunta; además, en todos los contratos hay una porción de cláusulas implícitas. Por ejemplo, en un contrato de compraventa se establece por las partes lo que es esencial á él, como el bien objeto del contrato, el precio, etc.; pero de las relaciones jurídicas que pueden derivar del contrato y que son de libre contratación, no se dice á qué ley entienden someterlas. Suscitándose un conflicto de esta naturaleza, ¿qué ley deberá aplicarse?

Como en estos casos, los contratantes ni expresa ni tácitamente han designado la ley á que desean someter sus estipulaciones, no habiendo hecho uso de su voluntad libre, se suscitan entonces los conflictos que tienen por objeto la determinación de esa ley; y es desde este momento que entran en liza los diversos sistemas que se disputan el honor de ser los llamados á dirimir la contienda. Se hacen esfuerzos de lógica y de argumentación para demostrar la bondad de sus doctrinas por los partidarios de cada una de ellas, empecinándose en su defensa, sin notar ó sin querer darse cuenta de los puntos vulnerables de sus respectivas teorías, cuando con sus críticas acerbas y apasionadas tratan de probar la inexactitud y la falsedad de las doctrinas adversas.

Los sistemas de la *nacionalidad* y del *domicilio*, son los primeros que se presentan en la arena disputándose palmo á palmo el terreno. No habiendo hecho uso las partes de su libertad de acción en la designación de la ley que

debe regir el acto jurídico ó las cláusulas implícitas ó tácitas que éste encierra, la voluntad presunta de los contratantes se refiere á uno de esos dos extremos, según los internacionalistas sostenedores de una y otra doctrina.

En los dos capítulos siguientes demostraremos, que el sistema de la nacionalidad no resuelve ningún conflicto, suscitándolos por el contrario; y el del domicilio, aunque más jurídico, pues se basa en un hecho real, como ser el lugar donde está asentada una persona, solo se aplica en determinados casos.

La nacionalidad

I

El artículo 3.º del título preliminar del Código Civil de nuestro país, establece que las leyes obligan indistintamente á todos los que habitan en el territorio de la República.

Y el artículo 22 inciso 2.º del mismo Código, preceptúa que la ley oriental no reconoce diferencia entre orientales y extranjeros, en cuanto á la adquisición y goce de los derechos civiles que regla ese Código.

Los mismos principios han sido incorporados por el doctor Ramírez en el artículo 1.º de su Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado: no hace distinciones entre nacionales y extranjeros relativamente á la adquisición y goce de los derechos civiles, resolviendo todas las cuestiones que se susciten entre las leyes de distintos países, sin tener para nada en cuenta el hecho de ser nacionales ó extranjeros las personas que intervienen en los litigios.

Estas consideraciones presidieron también á las resoluciones tomadas por el Congreso Jurídico de Montevideo.

Todos los Códigos de las Repúblicas sudamericanas, contienen las mismas disposiciones de nuestro Código Civil, á excepción del Brasil y Venezuela.

Sin embargo, no es esta la doctrina que ha prevalecido en la antigüedad, y aun hoy la distinción entre nacionales y extranjeros en cuanto al summum de derechos de que puedan gozar y á la competencia de los jueces llamados á entender en los litigios, está en pie en la vieja Europa. Es siempre la doctrina de la nacionalidad, que queriendo aplicar este principio, no sólo para investigar el derecho local aplicable sino también para establecer la competencia internacional de los jueces, dispone que la nacionalidad de la persona que entabla un juicio, decide cuál es la ley aplicable al litigio y si será el juez de este ó de este otro lugar el competente para conocer en el litis.

Roma fué la cuna de esta doctrina, que no hace más que embrollar el Derecho Civil y el Procesal Internacional sin traer aparejada ventaja de ninguna clase.

Los romanos que consideraban que el Derecho Civil era el derecho de los ciudadanos, encerrándolo así en un límite estrecho, trataban á los extranjeros ó como siervos ó como enemigos, con cuya última designación se les llama varias veces en la ley de las Doce Tablas; y á cuyo calificativo de enemigos era debido sin duda el cuidado con que se les vigilaba, reservándose expulsarlos cuantas veces les pareciera conveniente, por razones de Estado ó por falta de medios de subsistencia.

La clasificación de los habitantes libres del Imperio Romano en *cives*, *latini*, *peregrini*, tenía una gran importancia para la capacidad de los individuos, pues el *civis* gozaba del *connubium* y del *commercium*, el *latinus* del *commercium* y el *peregrini*, no tenía ni el uno ni el otro. El *jus quirítium* y el derecho de ciudad sólo pertenecía á los ciudadanos romanos, y el Pretor urbano estaba establecido para dirimir sus controversias.

Ante este magistrado no les era permitido á los extran-

jeros presentarse para obtener justicia, los cuales eran juzgados según el Derecho de Gentes.

Por consiguiente, los romanos que consideraban que el derecho quirítario sólo pertenecía al hijo de Roma, se encontraron en una situación especial, pues todo aquel que no era ciudadano no podía gozar de los derechos y beneficios que las leyes establecían en favor de los primeros. Pero si la ley romana no consideraba á los extranjeros como teniendo la misma condición jurídica que los romanos, esto no obstante tenía que colocarlos en una condición superior á las cosas y á los animales. « No era posible considerarlo ni como cosa, porque al fin pertenecía al género humano, ni concederle los derechos de hombre libre, desde que en su calidad de pueblo conquistado, mantenía con el pueblo conquistador las relaciones de siervos y señores. Fué necesario conceder al extranjero ciertos derechos de que solo carecían los seres que no eran hombres, y al mismo tiempo limitar la concesión á determinados derechos, á fin de que el título de ciudadano, aun tratándose de derechos puramente privados, significase algo más que el título de hombre. » — (Ramírez). Así la necesidad de las cosas condujo á los romanos á crear el Derecho de Gentes, aplicable á todos los que gozaban al mismo tiempo del *jus connubii* y del *jus commercii*, pues éstos eran juzgados por las leyes romanas; y los que no gozaban de estos dos beneficios juntamente, pero pertenecían á alguna de las Naciones con quienes Roma hubiera celebrado tratados, obtenían justicia ante un magistrado llamado el *Prætor peregrinus*, á causa de ser casi siempre el llamado á ventilar las desavenencias entre los extranjeros; es decir, Roma estableció al lado del derecho estricto un derecho de equidad. Todas las demás Naciones con quienes Roma no hubiera hecho tratado,

pacto ó alianza, eran consideradas como enemigas, pudiendo apropiarse las personas y las cosas del enemigo que caía en sus manos.

Ulteriormente, la severidad de las leyes romanas para con los extranjeros disminuyó mucho según las condiciones de los países subyugados, cuando Roma sintió la necesidad de atraerse á las poblaciones vencidas, con cuyo motivo les concedió algunos de los privilegios que eran peculiares de los ciudadanos romanos; y es importante observar aquí, como lo dice Fiore, de qué modo los diferentes derechos, que eran al principio privilegio exclusivo del ciudadano de Roma, fueron distribuidos entre los diferentes pueblos; disminuyendo su primitiva rudeza hasta la Constitución de Caracalla, que confirió hasta el derecho de ciudadanos á todos los habitantes del Imperio.

De esta manera nacieron confundidos el Derecho Civil, peculiar á todos los hombres, por el solo hecho de ser hombres; y el político, propio de los ciudadanos.

Durante la negra noche de la Edad Media, el extranjero tuvo una suerte verdaderamente triste: ó ya era esclavo del dueño de la tierra á donde había ido á buscar refugio, y los medios de subsistencia, ó ya se concedía derecho de vida y muerte sobre ellos; todo esto sin contar con todos los obstáculos que tenían que vencer para que se les permitiera la entrada en un territorio, obligándoles á pagar onerosos impuestos que hacían casi imposible el arraigo de ellos en los feudos. Estaban expuestos á todos los excesos; dependían del bueno ó del mal humor del amo y de sus secuaces; y para complemento, se estableció contra ellos el bárbaro derecho de *albinagio*, que les prohibía testar, yendo á parar sus bienes, cuando morían, no á sus herederos legítimos, sino á manos del fisco ó del señor feudal. Con la desaparición del feudalismo, el derecho de

albinagio pasó á ser una prerrogativa de la corona, una de las tantas regalías de los monarcas, hasta que la Revolución francesa lo abolió por completo, abriendo un ciclo de luz que disipara las tinieblas de varios siglos de ignominia y de abyección.

La distinción entre el Derecho Civil, propio de los ciudadanos y el Derecho de Gentes, que según el Derecho Romano, pertenecía á toda persona por el hecho de formar parte de la humanidad, no fué suprimida hasta el momento en que la Revolución francesa hizo la declaración de los derechos del hombre, estableciendo que el derecho privado comprendía: «aquellas leyes que dan origen á los derechos y obligaciones de las personas con relación á otras personas, ó de las personas con relación á las cosas, en cuanto estas personas forman parte del género humano, sin distinción de nacionalidades.»

No obstante, en tiempo del primer Imperio volvió á reproducirse la distinción, y Portalís, miembro informante de la Comisión redactora del Código Civil francés, decía lo siguiente:

«Algunos filósofos han creído que los derechos civiles no debían ser rehusados á ninguna persona, y que era necesario formar una Nación de todas las Naciones.

«Esta idea es generosa y grande, pero no está en el orden de las afecciones humanas: las afecciones se debilitan generalizándolas; la patria nada significa para el hombre que tiene al mundo por patria. La humanidad y la justicia son los lazos generales de la sociedad universal de los hombres; pero existen ciertas ventajas particulares, que no están reglamentadas por la naturaleza y que no pueden ser concedidas á otros, sino por medio de una convención. Trataremos á los extranjeros como sus respectivas Naciones nos tratan á nosotros.

Existen, sin embargo, ciertos derechos cuyo ejercicio no está prohibido á los extranjeros, estos derechos son todos aquellos que pertenecen más bien al Derecho de Gentes que al Derecho Civil, y cuyo goce no puede quitarse sin atacar á las relaciones que ligan á los pueblos.»

De esta misma opinión participaba el miembro informante del Tribunado, y fué muy especialmente sostenida por Napoleón, que no quería conceder á los extranjeros, lo que los demás países negaban á los franceses. Era establecer el principio de la reciprocidad, principio que fué incorporado definitivamente en el Código Napoleón.

La conquista obtenida por la Revolución francesa, suprimiendo la arbitraria distinción entre nacionales y extranjeros, ha sido incorporada á todas las Constituciones americanas, y la Italia lo admite en su Código Civil promulgado en 1865, aunque cometiendo la grave inconsecuencia de declarar que su ley sigue al italiano á todas partes.

En nuestros días se ha querido justificar el principio de la nacionalidad, partiendo de otras bases, como ser los factores físicos, intelectuales, morales y políticos, como el clima, la situación geográfica, las costumbres, el suelo, la religión, etc.; factores que indudablemente son muy tomados en cuenta al confeccionar una ley y que sin disputa tienen una gran influencia. Laurent y Mancini se fundan en razones de esta naturaleza, cuando defienden el sistema de la nacionalidad. « Si cada Nación tiene derecho á que su independencia sea respetada por las otras Naciones, puede también exigir que los nacionales sean regidos por su ley personal en lo que concierne á sus intereses privados. En efecto, la nacionalidad y la personalidad se confunden. Creo con De Maistre que el hombre es una abstracción que no tiene realidad viva sino como miembro de una Nación. Lo que caracteriza al hombre, lo que lo dis-

tingue como individuo son los rasgos físicos, intelectuales y morales que constituyen su nacionalidad. Del mismo modo que el hombre es inseparable de su nacionalidad, es inseparable de su derecho nacional; el francés es francés en todas las partes, y el derecho francés debe acompañarlo donde quiera que se establezca. En este sentido hay razón para decir, que la soberanía es indivisible, se extiende no solo sobre los bienes, sino sobre las personas donde quiera que les plazca residir y en todas partes donde tengan bienes.» (Laurent).

La nacionalidad tiene otro partidario ardoroso en Fiore, con la particularidad de sostener que: cada soberanía puede ejercer sus derechos más allá de los límites de su propio territorio, *con tal que no lastime los derechos de los demás soberanos*. La adhesión de Fiore á la doctrina de la nacionalidad no es amplia, puesto que la restringe á los casos en que la soberanía de los otros Estados no se encuentra lesionada.

II

El sistema de la nacionalidad después de haber alcanzado un período de esplendor, decae, apagándose su vida poco á poco, ante los ataques de la crítica, ante las conveniencias particulares de cada Estado, y ante la evolución de las ideas, con su cortejo correspondiente de ideas y teorías nuevas y mucho más científicas.

Entraremos á su crítica.

El simple lugar del nacimiento es por sí solo una circunstancia enteramente accidental, sin ninguna influencia jurídica; el hecho del nacimiento es por completo independiente de la voluntad libre del que de este modo se

encuentra perteneciendo á una nacionalidad. ¿Cómo, pues, un hecho fortuito, en que para nada ha entrado la acción del hombre, y que por esa causa se pretende someter á una ley determinada, puede presentarse como doctrina para dirimir los conflictos?

Jurídico en la superficie, político en el fondo, como muy acertadamente lo dice el doctor don Manuel Quintana, el sistema de la nacionalidad sólo tendría aplicación cuando todos los contratantes fueran connacionales. Si pertenecen á diversas Naciones, el conflicto es insoluble, pues debiéndose aplicar una sola ley, no es posible elegir ninguna de las que se encuentran en pugna por encontrarse todas en las mismas condiciones de imputabilidad.

Los partidarios de la doctrina de la nacionalidad se empeñan en confundir con entero conocimiento de causa, dos órdenes de relaciones que son la antítesis el uno del otro. « El derecho político no es el civil, y el ejercicio de la ciudadanía es independiente de la capacidad de contratar. El primero sólo afecta al nacional; mientras que el segundo tiene por sujeto al hombre; la ciudadanía determina el goce de funciones públicas; mientras que la capacidad gira en la esfera de los derechos privados.» (Quintana).

Decir como Laurent, que la nacionalidad y la personalidad se confunden, no puede traer la consecuencia de que su ley nacional sea inseparable del viajero, que buscando la fortuna va á establecer su domicilio en tierra extraña, y á crear relaciones jurídicas que sólo afectan al país en el cual se ha radicado, único interesado en regirlas con sus leyes. El país de origen nada tiene que ver con esas relaciones, á las cuales, como no las va á regir, tampoco tiene porqué conocer. Como consecuencia lógica del principio sentado por Laurent, la soberanía de un país tendría

aplicación más allá de sus fronteras; invadiría las jurisdicciones diversas de otros tantos países libres, cuya independencia sería menoscabada; y en lugar de observarse una sola ley, como lo cree el jurista belga, en el choque de varios estatutos personales, se caería en un maremagnum de leyes sin aplicación; la legislación sería un caos y el derecho imposible.

« Si la nacionalidad, como dice Laurent, debe primar el derecho territorial, porque circula en nuestras venas con nuestra sangre, ¿cuál es la sangre que servirá á determinar el derecho nacional ó personal, si el hombre moderno tiene en su organismo sangre de todas las razas.» Y agrega el doctor Ramírez: « ¿qué sangre corre en las venas de un individuo, nacido en territorio francés, de padre y madre ingleses? »

Supóngase un país cosmopolita como el nuestro, cuya población por lo menos en su mitad está compuesta de extranjeros de distintas nacionalidades, uniéndose en matrimonio personas de distinto origen, ¿qué ley se aplicaría á un niño, nacido en territorio oriental, de una chilena y un argentino? Si, pues, « de las leyes nacionales puede decirse todo lo que los antiguos juristas decían de los estatutos personales, se adhieren á nosotros con nuestros propios huesos, circulan en nuestras venas con nuestra sangre, puesto que recibimos nuestra nacionalidad con la sangre que nuestros padres nos transmiten, » ¿por qué ley se optaría en el caso supuesto? ¿por la chilena ó por la argentina? La dificultad aquí sería insuperable, y el conflicto insoluble, como lo hemos dicho anteriormente; conflicto tanto más inútil y absurdo, dado que la nacionalidad se pierde por la voluntad del hombre, el cual puede duplicarla en uso de su libre albedrío; y por consiguiente, un principio que sufre las fluctuaciones de la voluntad hu-

mana, no puede sostenerse como criterio científico, é imponerse como fundamento. Por otra parte, á un hijo de padres extranjeros, aunque éstos fueran de la misma nacionalidad, se le sometería á una ley que no es la de sus afecciones, pues es sabido cómo se connaturalizan con la tierra donde han nacido, á la cual únicamente conocen y donde forman su familia, y á cuyas leyes únicamente entienden someterse; no sucediendo lo mismo con la patria de sus padres, á la cual sólo los liga la historia de sus ascendientes, sucediendo también frecuentemente que hasta le profesan adversión.

Pueblos de inmigración como los americanos, á cuyas playas abordan año á año millares de inmigrantes, tienen que desechar el sistema de la nacionalidad, por ser un peligro para su integridad. Aceptándolo, perderían su propia cohesión; desapareciendo su unidad legislativa peligraría su unidad política; y los Estados, solo de nombre serían libres é independientes.

Distinguir entre los derechos civiles de los ciudadanos y los derechos civiles de los extranjeros, traería aparejado el establecimiento de derechos jurisdiccionales peculiares y propios de los extranjeros. Y las leyes de orden público que el soberano dicta, teniendo en vista un interés social y que no pueden ser derogadas por convenios particulares, vendrían á ser violadas! Lo absurdo de tal suposición quita todo fundamento á un sistema, al cual Bar atribuye *la ductilidad de la cera y la flexibilidad de la goma.*

Decir como Fiore que la ley nacional se aplica, con tal que no *lastime* los derechos de los demás soberanos, lleva implícita la declaración de que el estatuto personal nunca se aplica, pues dictando el soberano leyes que obligan indistintamente á todos los habitantes del Estado y las cuales son consideradas de orden público por el país de la

promulgación, cada vez que se quisiera someter un acto jurídico á una ley extranjera cualquiera, *lastimaría* los derechos de las soberanías; y en consecuencia, la ley personal nunca sería observada.

Se concibe que mientras la Revolución francesa no hizo la proclamación de los derechos del hombre, el derecho civil fuera el derecho del ciudadano, y que en tales circunstancias los pueblos se hicieran concesiones recíprocas por razones de cortestía. Pero después de 1789 no tiene razón de ser. Hoy día el derecho civil es el derecho de todos los hombres, por el simple hecho de formar parte de la humanidad, sin hacer distinciones entre nacionales y extranjeros para su adquisición y goce. El derecho político ó del ciudadano, corresponde á todo individuo que forma parte de una colectividad política.

Concluiremos con las siguientes palabras de Savigny: « Un derecho que se llama internacional, no puede reposar sobre la nacionalidad. El primero supone la existencia de un derecho universal, común á todos los pueblos, mientras que la segunda despierta la idea de un derecho especial, expresión de un genio particular: ¿Cómo conciliar la universalidad y la particularidad? El derecho nacional debe al contrario resumirse en el derecho internacional. »

El domicilio

I

El sistema del domicilio es indudablemente mucho más jurídico y racional que el de la nacionalidad; levanta menos resistencias y tiene en cuenta las afecciones humanas, nacidas por efecto de una larga estadía en un lugar determinado; se funda en un hecho cierto y positivo, como lo es la residencia en un punto dado.

Marcadé dice: « El domicilio es el asiento legal, jurídico de la persona. Y decimos el asiento *jurídico*, porque el domicilio no es, propiamente hablando, la casa, la construcción material: es una cosa puramente ideal, moral, abstracta, resultante solamente de la creación de la ley. En el uso, sin embargo, se llama también domicilio la casa, el lugar donde está fijado el asiento jurídico; pero no es este el sentido técnico de la palabra. »

Para Demante, *el domicilio consiste en la relación establecida por la ley entre la persona y el lugar.*

Para Savigny, el domicilio de un individuo es el lugar donde reside constantemente y que ha elegido libremente como centro de sus negocios y de sus relaciones jurídicas; no excluyendo la residencia constante una ausencia momentánea, ni una variación ulterior; la reserva de esta facultad se implica por sí misma.

En el Derecho romano el *domicilium* lo mismo que el

origo, se refería siempre al territorio de una ciudad, estableciendo una relación de dependencia entre las personas y una comunidad urbana.

Nuestro Código Civil no define el domicilio en sí mismo; se ha limitado á expresar las circunstancias que lo determinan. Para él, el domicilio consiste en la residencia, acompañada, real ó presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella.

De lo expuesto se desprende: que el domicilio no es lo mismo que la residencia; el primero consiste en habitar un lugar determinado con ánimo de permanecer en él por tiempo indefinido; mientras que la residencia se tiene en el paraje donde uno se encuentra en realidad, aun que sea de paso, pero sin que exista el ánimo de radicarse allí; el primero es un derecho; la residencia un hecho.

Hay también que distinguir entre la residencia y la mera residencia; esta última se aplica á las personas que están de paso ó á las que no se le conoce domicilio.

La fijación del domicilio entraña efectos de diversa naturaleza y de una influencia á menudo decisiva. Por el domicilio una persona se encuentra sometida á la jurisdicción y á las leyes del país donde está radicado, en todo lo concerniente á las relaciones de Derecho Civil; de la determinación del domicilio en tal ó cual lugar, depende la competencia del Oficial del Estado Civil, llamado para celebrar el matrimonio; el domicilio determina el lugar donde se abren las sucesiones; la residencia con ánimo de permanecer, no sólo vincula á los individuos con el lugar donde está asentado, sino que da origen á relaciones y crea obligaciones de carácter internacional.

Se comprende sin esfuerzo el porqué de la gran importancia que en el derecho internacional se le da al domicilio, tanto que muy ilustres juristas lo presentan como

el sistema llamado á dirimir todos los conflictos que se susciten entre las distintas soberanías.

Schœffner dice: *Toda relación jurídica debe ser juzgada por las leyes del lugar en que ha nacido.* Sentado este principio general, lo aplica á las relaciones jurídicas particulares; y establece que el estado y la capacidad jurídica de una persona deben ser juzgados según las leyes del lugar en que tiene su domicilio estable; y en cuanto á los derechos sobre las cosas, hace una distinción entre los pertenecientes al propietario sobre el todo de la propiedad, los cuales se rigen por la ley del lugar en que el propietario tiene su residencia estable, y los derechos sobre las cosas consideradas como partes distintas, muebles ó inmuebles, las cuales se subordinan á la ley del lugar en que se hallan situadas. Aplica también su principio á la validez intrínseca de los actos, aunque haciendo un gran número de distinciones, que según Fiore hace su doctrina difícil y oscura.

Rocco se expresa así: *Toda relación jurídica como tal está determinada y calificada y sancionada por la ley del territorio donde tiene la relación misma su nacimiento.*

El gran jurisconsulto norteamericano Story, funda su doctrina en los siguientes y categóricos términos: « La ley del domicilio no sólo determina estado, capacidad y derecho de la persona, sino también el título á la propiedad mueble ó personal. »

Es objeto de controversia entre los internacionalistas, la determinación de las condiciones que debe llenar el domicilio, para que pueda ser aplicado á las cuestiones litigiosas en el Derecho Internacional Privado.

Crean unos que para determinar el derecho local aplicable para resolver los conflictos, la residencia por sí sola

llena esta misión; mientras que los partidarios del domicilio sostienen que la residencia debe ser acompañada del ánimo de permanecer; y todavía estos últimos disputan entre sí, alegando algunos que el domicilio de origen es el que debe determinar la ley aplicable; y sus contrarios á su vez, que debe preferirse el último domicilio.

Para nosotros la cuestión se resuelve de la siguiente manera: la residencia debe ir acompañada de la permanencia y la ley aplicable debe ser la del último domicilio.

La residencia está demasiado sujeta á cambios y fluctuaciones, para que pueda llenar el objeto que se proponen sus partidarios al presentarla como regla llamada á dirimir los conflictos á que dan origen la aplicación de las leyes de distintas soberanías; su gran variabilidad le quita toda fijeza, dando un sello de inestabilidad y de incertidumbre á los derechos de las personas y haciendo demasiado precaria su condición.

En cuanto á la aplicación de la ley del domicilio de origen no hay motivo alguno que la justifique; no comprendemos las razones que se pueden invocar en su favor. ¿Por qué motivos y bajo qué consideraciones se le puede obligar á un individuo que no sabe de su patria natal, sino que ha nacido en ella y lo que ve por los diarios y los telegramas, á que siga la ley del lugar accidental de su nacimiento? Y este es tanto más contraproducente cuanto que su verdadera patria de afección, es aquella donde ha formado su familia y hecho su fortuna, contrayendo vinculaciones jurídicas.

II

El sistema del domicilio, aunque sus reglas no han sido substancialmente modificadas desde Roma hasta nuestros

días, como ha sucedido con el *origo*, no puede presentarse como una doctrina que resuelva todas las cuestiones de Derecho Internacional Privado y menos aún á los actos jurídicos.

Este sistema es incompleto. Partiendo sus sostenedores de la base de que el acto jurídico debe gobernarse por una sola ley, no se dan cuenta de que su doctrina sólo tiene aplicación cuando todos los contrayentes tienen el mismo domicilio. Si el domicilio es distinto, el caso es igual al presentado al tratarse de la nacionalidad: el conflicto no tiene resolución.

Por otra parte, el domicilio es inestable; depende de la voluntad arbitraria y caprichosa de las personas, las cuales por un simple cambio de un país á otro, pueden exonerarse de obligaciones ó buscar la que más convenga á sus intereses.

Como lo dice Savigny: « La mayor parte de las relaciones de derecho no conciernen á una sola persona, sino á varias personas al mismo tiempo. En todos estos casos no nos ofrece nuestra regla decisión alguna; pues no nos indica ningún medio para reconocer entre las diversas personas á quienes concierne la relación de derecho, aquella cuyo domicilio debe determinar la aplicación de su derecho local. »

Se comprende que la ley del domicilio regle la capacidad de toda clase de personas, y determine si éstas son capaces ya por razón de la edad, ó si se hallan ó no atacadas de enfermedades mentales y pasibles de ser sujetas á interdicción, ¿quién mejor y con más luces y datos puede saberlo que el soberano del lugar donde está domiciliado?

Pero con respecto á los bienes no sucede lo mismo. Aquí el derecho local aplicable es la *lex rei sitæ*, univer-

salmente reconocida; y la cual también se aplica á las sucesiones de las personas que tienen bienes en distintos países. Si cada Estado tiene el derecho de regir por sus leyes los bienes situados en su territorio, en virtud de su dominio eminente, claro es que las leyes de cada país deben aplicarse cuando una persona tiene ó deja bienes en distinto territorio.

Tomemos un acto jurídico especialísimo é importante como el matrimonio. La ley aplicable á ese contrato no puede ser otra que la ley del lugar de la celebración, por ser al mismo tiempo el de la ejecución. Pero en cuanto á los juicios sobre nulidad de matrimonio, divorcio, disolución y en general, todas las cuestiones que afecten las relaciones personales de los esposos, están sometidas á la ley del lugar del domicilio conyugal, por tener el carácter de orden público las leyes que las rigen. En cuanto á las controversias que surjan entre los esposos sobre enajenamiento ú otros actos que afecten los bienes matrimoniales, el Juez competente y la ley aplicable, tiene que ser la del lugar donde esos bienes están radicados, y esto por las razones anteriormente expuestas.

Y en cuanto á los actos jurídicos en general, la razón más concluyente que se puede aducir en contra de este sistema, es que todos ó casi todos los internacionalistas buscan otras reglas á qué someterlos, cuando investigan la ley que les debe ser aplicada.

No resolviendo este sistema todos los conflictos de soberanías que pueden presentarse, debe ser desechado, buscándose otra doctrina más científica que regle todas las cuestiones de competencia internacional.

Lex loci contractus

I

1.—Descartados todos estos sistemas, se hace necesario buscar á la luz de los principios que sirven de norma á la ciencia del derecho, la ley que imprescindiblemente debe regir los actos jurídicos.

Tres sistemas se presentan: 1.º Los contratos se rigen por la ley del lugar de la celebración. 2.º Distingue, entre las condiciones esenciales, relativas á la existencia y validez del contrato, las cuales se rigen por la ley del paraje donde se ha celebrado, de las que sólo tienen relación con su ejecución y cumplimiento, que siguen la ley del lugar de la ejecución. Y 3.º Los contratos se rigen por la ley del lugar donde van á producir sus efectos.

Cada uno de estos sistemas tienen en su apoyo la autoridad de notables internacionalistas, quienes las adoptan como reglas inconcusas á los cuales están sometidos los actos jurídicos.

Tanto los partidarios del primero como los del tercer sistema, parten de la base de que debiéndose aplicar una sola y única ley, mientras los contratantes no han manifestado una voluntad contraria, se presume que aceptan tácitamente ya *lex loci*, ya la ley del lugar de la ejecución.

Con la exposición y crítica de estas doctrinas, llegare-

mos por conclusión á encontrar la verdaderamente científica y aplicable al caso.

2.—*Lex loci contractus*.

Laurent, partidario de este sistema, dice al respecto: «El acto ejecutado según las formas del lugar del otorgamiento, es válido en todas partes, cualquiera que sea la nacionalidad de los interesados.»

Calvo á su vez: «En derecho estricto, los contratos deben ser regidos en cuanto al valor legal de sus formas y en cuanto á los efectos que se derivan de sus estipulaciones, por la ley del lugar en que se han celebrado. Esta regla deducida del axioma *lex loci contractus*, está fundada no sólo en las conveniencias mutuas de los individuos, sino en la necesidad moral para las Naciones de vivir en relaciones íntimas las unas con las otras. El estado que cesara de aplicar esta regla se aislaría del movimiento general de la civilización y volvería luego por una pendiente fatal al estado de barbarie de las tribus salvajes.»

«Un principio hoy día generalmente adoptado por las naciones, dice Fœlix, es que la forma de los actos se regla por la ley del lugar en el cual han pasado ó se han ejecutado. Es decir que para la validez de todo acto basta observar las formalidades prescriptas por la ley del lugar en que se ejecuta.»

Y agrega: «El principio que acabamos de enunciar se aplica á todos los actos lícitos del hombre convencionales ú otros: así, él regla los actos del estado civil, los actos de celebración del matrimonio, los testamentos, todas las convenciones á título oneroso.»

Esta doctrina es también sustentada por Alcorta y Fiore y por la generalidad de los tratadistas, y fué la que se sostuvo en el Congreso Jurídico de Montevideo por el delegado chileno, señor Belisario Prats.

3.—Se arguye como argumento por los partidarios del *forum contractus*, que basta la circunstancia de celebrarse un acto ó contrato dentro de las fronteras de un Estado, para que se presuma que en todo lo que dependa del libre albedrío de las partes, éstas hayan entendido someter todas las condiciones indispensables para que el acto sea válido y produzca efectos jurídicos, al derecho local del país de la celebración; pues es lógico suponer, que siéndoles sumamente fácil hacer investigaciones, las hagan inquiriendo cuál es la ley aplicable al acto,—de entre las muchas que sobre distintos ó parecidos tópicos promulga el mismo soberano,—de las formalidades que rodea á los contratos, sobre la fuerza legal del acto y de las obligaciones á que quedan sometidos.

Fundarse en el argumento expuesto para justificar el sistema, es hacer arbitraria la regla sentada; un hecho accidental y fortuito, no puede presentarse como fundamento jurídico bastante á sancionar el principio de someter las obligaciones que emanan de un contrato á la ley del lugar donde éste ha recibido su perfección.

Como lo expresa muy bien Savigny: «el lugar en que la obligación nace es un hecho accidental, fugitivo, extraño, por tanto, á la esencia de la obligación, como á su desenvolvimiento y eficacia ulterior.» Mal puede por consiguiente tomarse como norma para resolver los conflictos que suscite el cumplimiento de los contratos.

«Jurídicamente hablando, el verdadero asiento de las obligaciones es el lugar en que producen sus efectos jurídicos y aquel en que están radicados los bienes que van á ser afectados por medio de ellas. El soberano de un Estado para nada debe tener en cuenta en qué lugar dos ó más personas dijeron ó escribieron que habían convenido comprar ó vender determinados bienes, sino dónde

están esos bienes, para saber si tienen interés legítimo en exigir que los contratantes acaten ó no sus leyes.» (Ramírez).

También aducen como argumento, que las partes no pueden haber contratado, sino teniendo en cuenta la ley del lugar de la celebración del contrato, que es la única que tienen interés en conocer; y en cuyo punto han tomado los informes necesarios, para conocer la naturaleza y la extensión de las obligaciones que respectivamente se imponen.

Este argumento no tiene más fuerza que el anterior, aunque impresiona á primera vista.

En efecto, ¿por qué razón una persona que contrae una obligación que va á producir sus efectos en otro país, ha de ignorar las leyes de este? Por el contrario, la recíproca es lo más factible.

No se puede presumir que una persona que posee bienes en distintos países y que compra una propiedad en un país diverso de aquel en que contrata, ignore ó al menos no se interese en conocer las respectivas leyes que afectan sus bienes radicados en cada uno de esos países ó en aquel en el cual adquirió un fundo; pues en uno y otro caso tiene obligación de cerciorarse y al mismo tiempo le interesa sobremanera averiguar qué relaciones jurídicas contrae en el país en que se radica; y qué leyes rigen en cada Nación relativamente á sus bienes; ó con respecto á la propiedad objeto del contrato en el lugar en que está situado. Y en cuanto al vendedor sobre todo, debe necesariamente por interés propio conocer las leyes que presiden la transmisión de la propiedad y el modo de adquirir los bienes de su pertenencia; tanto más cuanto que tiene que haber soportado las cargas que en todos los países gravan la propiedad raíz.

Por consiguiente, ninguno de los contrayentes puede excepcionarse alegando ignorancia de las leyes que rigen en el lugar de la ejecución del contrato.

Tercer argumento. Siendo los Estados soberanos, y en ejercicio de cuya soberanía dictan leyes que obligan indistintamente á todos los que habitan dentro de sus límites; siendo ineludible su observancia por promulgarse teniendo en cuenta el interés de la sociedad que están llamados á regir y el dominio eminente que ejercen sobre todo lo que existe dentro de su territorio; el hecho de celebrarse un contrato en cualquier Nación, implica un sometimiento tácito á las disposiciones legislativas vigentes, las cuales no pueden ser desconocidas y ser ese Estado el único interesado en hacerlas cumplir, so pena de encontrarse afectada su soberanía.

La razón que se acaba de exponer y que se pretende hacer derivar de la soberanía de los Estados, es contraproducente. ¿Qué interés puede tener una Nación en regir por sus leyes hechos y cosas que no van á caer bajo su dominio? ¿Qué interés social, qué motivos legítimos puede alegar el soberano para gobernar por sus leyes actos que van á producir sus efectos en otra parte? Si las leyes sólo se dictan teniendo en cuenta el beneficio exclusivo de la sociedad, sólo pueden aplicarse en toda la extensión territorial donde un Estado ejerce su dominio eminente; su soberanía no sufre menoscabo alguno por el hecho de que un contrato que va á tener ejecución en un territorio distinto del de la celebración, se rija por otras leyes. La única soberanía afectada es la del país del cumplimiento de la obligación, pues al mismo tiempo que su interés entran en juego sus instituciones.

Sólo aparentemente los defensores de la *lex loci* siguen una sola ley. Imponiendo la ley del lugar del otorgamiento

sucedará, que si los bienes objeto del contrato realizado bajo los auspicios de la ley del lugar de la celebración, están situados en un territorio distinto de éste, el soberano de ese país únicamente dará eficacia al contrato, siempre que sus estipulaciones no violen las leyes de orden público, pues á éstas el convenio de los particulares en ningún caso puede derogarlas. Si esas leyes han sido lesionadas, el soberano territorial no dará valor alguno al contrato. Por consiguiente, en lugar de una ley vendrían á aplicarse dos ó más.

Más aún. En un contrato es indispensable que se designe bien claramente el lugar de la celebración, para que los Jueces sepan á qué atenerse sobre el derecho local aplicable. Pues bien, en los contratos celebrados en ferrocarril, en viaje, por medio de correspondencia epistolar ó telegráfica, ¿cuál será el lugar de la celebración? ¿Cómo se determinaría éste? A esto no responde la regla *lex loci contractus*, y en consecuencia, hay que buscar otra más racional y científica y que se aplique á todos los casos.

Establecer como el Congreso de Jurisconsultos reunido en Lima en 1878 y como la mayoría de los internacionistas que, los contratos en cuanto á la validez intrínseca y efectos jurídicos de sus estipulaciones, se juzgarán por la ley del lugar de la celebración, y que en el caso que esos contratos tengan *un lugar de ejecución*, se aplicará la ley del país del cumplimiento; establecer eso, digo, es convertir en regla general lo que ellos presentan como excepción, pues todos los contratos tienen un lugar de ejecución, dado que un acto que no produzca sus efectos en una ú otra parte, no es imaginable. Consecuencia: para que esta regla sea observada, es necesario que el lugar de la ejecución sea el mismo del de la celebración; porque si es distinto, no tiene aplicación: la ley del país de la ejecución es la que se observa.

II

El segundo sistema, generalmente aceptado también por los partidarios del *forum contractus*, somete la existencia y validez de los actos á la ley del lugar de la celebración, haciendo regir su ejecución y cumplimiento por la ley del lugar en que producen sus efectos.

Fiore hace una falsa distinción entre lo que se llama el *vinculum juris* y el *onus conventionis*. Según él, el *vinculum juris* es la obligación derivada del mutuo consentimiento de las partes: el *onus conventionis* comprende lo relativo á la manera de cumplir lo estipulado. El primero se rige por la ley del lugar de la celebración del contrato y el segundo por el de su cumplimiento.

« El no tener en cuenta esta distinción, ha inducido en error á muchos jurisconsultos, que han establecido como regla, que, cuando la obligación deba ejecutarse en otra parte, se regirá por la ley del lugar fijado para su cumplimiento. » (Fiore).

A pesar de que este sistema tiene en su apoyo á un internacionalista de la talla de Pascual Fiore, él es sin embargo absurdo. Precisamente, las condiciones esenciales de los contratos, son las que deben estar sometidas al principio territorial, por ser de orden público los requisitos que establecen los Códigos para que un contrato tenga validez. En todo caso, deberían caer bajo la ley del lugar de la celebración los requisitos secundarios, de orden puramente privado, que la ley deja librados á la voluntad de las partes.

Por otra parte, pueden los contrayentes estipular todo lo que crean conveniente y querer someter el contrato á la

lex loci; todas esas disposiciones quedarán sin efecto, si las leyes de orden público del soberano territorial vienen á ser violadas; por lo que, debiendo ejecutarse los contratos en este sistema mixto en un país distinto del de la celebración, la ley de este lugar nunca vendrá á regirlos. Por otra parte, ¿qué razones pueden abonar esa distinción, que somete la celebración del contrato á una ley y su ejecución á otra, cuando ese contrato va á tener su consumación en otro país?

Además, como lo dice el doctor Quintana: « No existe *vinculum* sin *onus* ni *onus* sin *vinculum*. ¿ Se concebiría un contrato sin obligación, ni obligación sin objeto? El *vinculum* y el *onus* están, pues, íntimamente ligados entre sí, se suponen recíprocamente, no pueden desligarse en absoluto y tienen que caer en consecuencia bajo el imperio de la misma regla. »

III

1. — Con la crítica hecha á los dos sistemas que dejamos estudiados, se saca la conclusión de que ninguno de ellos resuelve de una manera satisfactoria el punto en discusión. ¿ Lo resolverá el tercero? En efecto, este sistema es el que resuelve ampliamente todos los conflictos.

Esta doctrina formulada por Savigny, sostenida por Philimore y Wacether, ha sido ampliada por el doctor Ramírez, el cual la extiende no sólo á las condiciones intrínsecas, sino también á sus formas y accidentes. Savigny, cediendo á la corriente de la crítica de que fué objeto su sistema, dejó fuera de la acción de éste á las condiciones extrínsecas de los contratos, aplicándolo sólo á las intrínsecas, á la esencia de las obligaciones.

Esta regla, genuina derivación del sistema territorial,

que toma como fundamento á los Estados en su calidad de pueblos soberanos, haciendo regir por sus leyes todo lo que cae bajo su dominio eminente, resuelve todas las cuestiones á que pueda dar lugar la investigación de la ley aplicable á los actos jurídicos, sometiendo todos los contratos á la ley del lugar donde van á producir sus efectos, por ser el soberano de ese Estado el único interesado en regirlos por sus leyes, so pena de sufrir menoscabo su soberanía. Limitando la acción de las demás Naciones á los límites de su propio territorio, lo único que le interesa averiguar es el lugar en que está localizado el acto jurídico, que ha motivado desinteligencias entre dos ó más Estados, que se disputan hacerlo caer bajo su dominio. El sistema territorial, tomando por base el dominio eminente que ejerce el soberano, dirime todas las controversias y evita los inconvenientes de la *lex loci*, sometiendo á las cosas que son objeto del contrato, á éste y sus consecuencias, á las leyes de la Nación en donde se encuentran radicados los bienes ó donde va á consumarse el acto jurídico.

Como lo dice bien el doctor Quintana, siguiendo en un todo á Savigny y con sus propias palabras: «el cumplimiento del contrato es de la esencia de la obligación, y consistiendo la obligación en hacer cierta y necesaria una cosa antes incierta y sometida al libre arbitrio de una persona, la cosa que resulta necesaria y cierta, es precisamente el cumplimiento de la obligación, y es así, sobre ella, que la atención de las partes se concentra. Luego es de la esencia de la obligación que el lugar del cumplimiento sea reputado su asiento jurídico.»

Laurent, criticando á Savigny en esta ocasión, expresa: «el lenguaje de Savigny, me ha parecido siempre singular y sus ideas verdaderamente extrañas. ¿Acaso una obligación tiene un domicilio ó asiento jurídico? ¿Tiene la obli-

gación un cuerpo y puede decirse que se incorpora? En realidad, la obligación no tiene cuerpo, ni domicilio, ni asiento jurídico, puesto que es un vínculo de derecho, una cosa esencialmente incorporea á la cual se pretende aplicar en vano las nociones del lugar, incorporación, domicilio, asiento jurídico,» etc.

El doctor Ramírez refuta en los siguientes términos: «Sólo haciendo juego de palabras puede desconocer Laurent, que las obligaciones tienen un asiento jurídico. Las obligaciones recaen sobre personas y cosas y se contraen para cumplirse en determinados lugares, ya se determine el lugar de ejecución por la naturaleza del acto ó por prescripción expresa de la ley. Estamos, sin embargo, de acuerdo, sin vacilación alguna con el tratadista francés, en que no es procedente atribuir á los contrayentes el propósito de someter un mismo contrato á distintas legislaciones. Las obligaciones que obligan á los contrayentes en todo contrato son correlativas y desaparecería esa correlación si sus estipulaciones quedasen subordinadas á distintas leyes. Tómese, por ejemplo, el contrato de permuta de bienes que se encuentran en distintos países. ¿Cómo puede suponerse que en materia de evicción, dado el silencio de los contrayentes, quedasen los bienes permutados sometidos á distintas legislaciones?»

Como más atrás lo dejamos expuesto, en este sistema se convierte en regla general lo que para los defensores del *forum contractus* es la excepción. Teniendo los contratos un lugar preciso de ejecución, y siendo necesario, para que haya conflicto, que un acto que se celebra en un Estado se cumpla en otro; la *lex loci*, con el aditamento de una excepción que anula la regla, sólo tiene aplicación cuando coincide el lugar de la celebración y el de la ejecución.

Esta doctrina que toma como regla, que rige todos los actos jurídicos la ley del lugar de la ejecución del contrato, ha sido también/sostenida desde hace más de trescientos años por Dumoulin y todos los grandes estatuarios, y fué la que sancionó el Congreso de Montevideo, estableciendo que:

Artículo 32 del Tratado de Derecho Civil: — La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse, decide si es necesario que se hagan por escrito, y la calidad del documento correspondiente.

Art. 33. La misma ley rige:

- a) su existencia;
- b) su naturaleza;
- c) su validez;
- d) sus efectos;
- e) sus consecuencias;
- f) su ejecución;
- g) En suma, todo cuanto concierne á los contratos, bajo cualquier aspecto que sea.

2. — Serían suficientes las reglas propuestas, si en todos los casos pudiera determinarse con certeza el lugar del cumplimiento de la obligación. Puede suceder á veces que, para su exacta determinación surjan dificultades que es necesario resolver. Las dudas más importantes surjen cuando el contrato tiene que ejecutarse en distintos lugares; en estos casos tiene que designarse el lugar del cumplimiento, pues la ley que lo va á regir tiene que ser una.

Estas dificultades las ha obviado el Congreso de Montevideo, preceptuando:

Que los contratos sobre cosas ciertas é individualizadas,

se rigen por la ley del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración.

Los que recaigan sobre cosas determinadas por su género, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo en que fueron celebrados.

Los referentes á cosas fungibles, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo de su celebración.

Los que versen sobre prestación de servicios:

- a) Si recaen sobre cosas, por la del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración;
- b) Si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, por la de aquel donde hayan de producir sus efectos;
- c) Fuera de estos casos, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo de la celebración del contrato. (Artículo 34 del Tratado de Derecho Civil).

El contrato de permuta sobre cosas situadas en distintos lugares, sujetos á leyes disconformes, se rige por la del domicilio de los contrayentes, si fuese común al tiempo de celebrarse la permuta, y por la del lugar en que la permuta se celebró, si el domicilio fuese distinto. (Artículo 35).

Los contratos accesorios se rigen por la ley de la obligación principal de su referencia. (Artículo 36).

La perfección de los contratos celebrados por correspondencia ó mandatario se rige por la ley del lugar del cual partió la oferta. (Artículo 37).

Las obligaciones que nacen sin convención se rigen por la ley del lugar donde se produjo el acto lícito ó ilícito de que proceden. (Artículo 38).

Todos estos casos son una excepción que confirma la regla general, pues, si se toma cualquiera de ellos se verá

que, aunque en apariencia, se desvía del principio territorial para someterse al del domicilio, por ejemplo: es porque se presume que en él se realizará la obligación, como en efecto se realiza en los cuasi-contratos, en los delitos y cuasi-delitos, etc., lo que en definitiva es la aplicación de la ley del lugar presunto del cumplimiento de la obligación.

Formas de los contratos

1. — Hasta ahora hemos estudiado los sistemas en su aplicación á las condiciones intrínsecas de los contratos. Extendiendo ahora su aplicación á las formas externas, veremos que es siempre el sistema que hace regir los contratos por la ley del lugar de la ejecución, el que resuelve la cuestión á dilucidarse, con una sola excepción relativa á los instrumentos públicos.

La validez de un contrato está siempre subordinado á la observancia de ciertas formalidades; la ley determina necesariamente con arreglo á qué formas debe ser extendido el documento, en el cual se van á asentar las obligaciones que se imponen las partes.

Casi todos los tratadistas opinan que las condiciones intrínsecas tanto de los actos jurídicos como de los instrumentos destinados á confirmarlos, deben ser sometidos á la ley del lugar donde esos actos se han celebrado, considerando que basta observar las solemnidades prescriptas por esa ley, para que dichos actos tengan validez intrínseca.

« Muchas veces es difícil conocer en el lugar donde se realiza el acto jurídico, las formas legales exigidas por la ley de aquel en que el acto va á producir sus efectos, y mucho más difícil el observarlos por completo. Por esto es por lo que, para no hacer absolutamente imposibles los actos jurídicos en un país extranjero, ó para no exponer-

9 1 5
4 8 3
2 6 7

951
8
27

los á nulidades por faltas de formas legales, que no se han establecido ciertamente para crear obstáculos á los negocios civiles, se ha reconocido desde el siglo XVI como principio del derecho consuetudinario la regla *locus regit actum*.» (Savigny).

Así se expresa Savigny al aplicar á las formas externas de los contratos la regla *locus regit actum*, desviándose de su propia teoría sentada al tratar de las condiciones intrínsecas de los actos. Foelix y Calvo, de los cuales hemos hablado anteriormente, son también de la misma opinión. La regla *locus regit actum* que goza de gran autoridad, desde el tiempo de los grandes estatutarios, ha sufrido grandes modificaciones; debiéndose observar aquí, que siempre se ha separado de la acción de esta regla todo lo que se refiere á la ejecución de los contratos, objetivo final de las obligaciones.

2. — Antes de seguir adelante distingamos entre la forma de los actos jurídicos y la forma de los instrumentos. La forma de los primeros depende de la clase de instrumento donde se han constatado las diversas cláusulas que constituyen el contrato á consumarse, llamándose acto auténtico cuando se ha consignado en un instrumento público; y el acto ó contrato se llama privado cuando se extiende en un documento privado, por las partes mismas, sin necesidad de intervención de oficial público.

Ahora, el instrumento afecta una forma pública, cuando como lo dice el artículo 1548 del Código Civil Oriental, ha sido redactado ó extendido por funcionario competente, según las formas requeridas y dentro del límite de sus atribuciones; revistiendo además un carácter oficial. Todo instrumento público es un título auténtico y como tal hace plena fe. Un documento extendido sin llenarse esos requisitos, constituye un instrumento privado.

3. — Sobre la regla *locus regit actum*, dice el doctor Alcorta: «¿Qué significa esta regla? Lo que ella expresa en sus propias palabras. Cuando se dice formas de los actos, se trata de los requisitos que les dan su manifestación exterior puramente: en cuanto á su constitución, á las condiciones de su existencia como tales actos, obedecen á otras leyes y tienen en el lenguaje jurídico denominaciones diversas. No es posible, pues, entrar en divisiones respecto á la forma, considerándola como externa é interna, habilitante, etc., etc.: por aceptar estas sutilezas de los glosadores y de los estatutarios, una gran confusión se ha producido en lo que es de suyo tan sencillo como claro.»

Unos encuentran el fundamento de la regla *locus regit actum*, como lo expresa el mismo Alcorta, en la necesidad de facilitar la realización de los actos, una vez que los que contratan, la ley que conocen, es la ley del lugar en que celebran el acto; otros en la naturaleza misma del acto, desde que, tomando nacimiento en un lugar determinado, la ley que la da origen la reviste de sus formas externas para manifestarse y producir sus efectos; algunos, en la sumisión á la ley del lugar de todos los habitantes del territorio y por lo tanto á los actos que practican en él, como consecuencia de la soberanía; y últimamente, Bar, negándole todo fundamento científico, en la común aceptación de los escritores y legislaciones, como una regla de Derecho de Gentes.

Siguiendo con el tratadista argentino: «Sin embargo, dice, reducida la regla á su fórmula más simple, se presentan excepciones generales y cuestiones que es indispensable tener en cuenta, aunque en las relaciones que examinaremos después, demos soluciones apropiadas á este respecto.» Y admite como excepciones á la regla, las

siguientes: 1.º Cuando se trata de inmuebles ó muebles con situación permanente, porque se sigue la ley de su situación; y 2.º Cuando la ley del lugar en que debe recibir su ejecución el acto, exige una forma determinada, como que constituye una parte substancial del acto mismo.

Ahora bien, los casos que como excepción á la regla *locus regit actum* establece el doctor Alcorta, son tales, que quitan toda eficacia á la regla, pues vienen á convertirse en la regla general; y aparejan el reconocimiento tácito de que la ley que debe regir la forma de los contratos, debe ser la del lugar en que el acto se ejecuta y surte sus efectos jurídicos.

4.— Entrando á la refutación de esta regla; si, como lo expresaba la Comisión revisora del Código Civil Belga, en 1884, *no es lícito á los particulares contrariar las disposiciones que el legislador adopta en vista de un interés general*; siendo de orden público las leyes que promulga estableciendo las formas ó solemnidades especiales de que rodea á determinados actos ó contratos, mal pueden ser desconocidas; la ley territorial es la única que tiene que tomarse en cuenta; mientras que el soberano de la ley del lugar de la celebración, no tiene interés, ni sufre lesión alguna en sus derechos soberanos, porque un contrato que no va á cumplirse en su territorio se rija por otras leyes.

Cuando en un país se prescribe una forma determinada, el contrato no tiene fuerza legal, si previamente no se llena la forma exigida. «Para saber, pues, si un acto debe otorgarse por escritura pública ó privada, hay que atender á la ley del lugar de su ejecución, ó lo que es lo mismo, á la de aquel en que va á surtir sus efectos.» (Ramírez).

Dado esto, que un Estado al prescribir esas formas lo hace teniendo en vista razones de orden público, es lógico

que esa misma ley sea también la que debe regir las formas de los actos jurídicos celebrados en el extranjero, que van á producir efectos en su territorio, afectando sus intereses.

El mismo Alcorta al fundar la excepción relativa á los inmuebles y muebles con situación permanente, dice: «La forma es una garantía y no puede dejarse á la voluntad de otro legislador, indicar cuál es la que responde mejor á intereses que él no está llamado á cuidar y defender.» Expresarse así, ¿no es lo mismo que reconocer, que sólo el soberano del lugar de la ejecución es el que indica ó decreta la forma que debe llenar el acto jurídico para que sea válido?

En esta doctrina, se confunde el acto jurídico con el instrumento que confirma las estipulaciones del contrato y que en caso de controversia sería la prueba que tendrías que producir. El acto jurídico muchas veces nace en un paraje distinto de aquel en que se celebra el acto; este último está más íntimamente ligado al instrumento llamado á comprobarlo, es inseparable de él; el nacimiento del acto puede no coincidir con el lugar de su otorgamiento. En consecuencia, los partidarios del sistema que estudiamos, no aplican verdaderamente su doctrina, sino la regla *locus regit instrumentum*.

Al hablar de las condiciones intrínsecas de los contratos, hemos visto que no es admisible la suposición de que los contrayentes no conozcan ni se interesen en saber qué leyes rigen sus estipulaciones en el país del cumplimiento; lo único factible es la recíproca.

5.— Por lo que respecta á la forma de los instrumentos, hay que distinguir entre la naturaleza del instrumento público y la del instrumento privado. Razones de conveniencia internacional exigen que la forma del instrumento público se rija por la regla *locus regit actum*, pues, «en ese

caso los contratantes están en la imposibilidad de hacer otra cosa, porque el funcionario público que interviene en esos actos tiene que ceñirse á la ley nacional, la que si no ejerce influencia en el orden puramente privado, como lo establece el primer artículo del proyecto, se impone con carácter ineludible en el orden político y administrativo.» (Ramírez).

En cuanto á las formas de los instrumentos privados, unas veces es facultativo de las partes establecerla; otra, el legislador las preceptúa, debiendo las partes ceñirse estrictamente á ellas. En el primer caso, no hay conflicto; cualquiera que sea la forma es válida; y además desaparece la importancia de la regla *locus regit actum*, la cual no es tomada en cuenta por los contratantes, por depender únicamente la forma de su libre arbitrio. En el segundo caso, no, el legislador las ha impuesto teniendo en vista razones de orden público; y en consecuencia, la ley que rige las formas, es la del lugar donde va á producir sus efectos el contrato.

6. — Esta regla da lugar á opiniones tan encontradas; es tan ambigua y falta de fijeza, que los jurisconsultos partidarios de ella, discuten sobre su valor imperativo. Determinar si la observancia de esta regla es facultativa ú obligatoria para las partes, es una cuestión que divide á los escritores y á la legislación. Las soluciones son diversas: 1.º para unos es puramente facultativa; 2.º para otros su observancia se impone ineludiblemente; 3.º y en fin para algunos la regla es obligatoria, pero con la excepción de que cuando los contratantes pertenecen á una misma nacionalidad y contratando en país extranjero aceptan la ley de su patria; en este caso, es facultativa.

Para Alcorta, la ley de las formas debe ser *obligatoria* para todos los que intervienen en el instrumento público;

y esto se comprende respecto de los agentes públicos, porque precisamente para observar esas formas han sido designados con penas en caso de *violación*; y con relación á los contratantes, porque esas formas son necesarias para que el instrumento exista como tal y para prestar las garantías á los terceros. Pero con respecto al instrumento privado, no militan las mismas razones, debiendo dejarse á los que intervienen en ellos, mayor libertad en su redacción, pudiendo seguir su ley personal cuando todos los contratantes tengan una misma y no se ejecute el acto en el lugar de la celebración; ó la ley del lugar de la ejecución, cuando la ley personal sea diversa. Por consiguiente, en éstos, según el doctor Alcorta, la regla debe ser facultativa.

Por nuestra parte creemos, que la ley de las formas debe ser obligatoria, no sólo para los instrumentos públicos, punto en que están contestes los tratadistas, por haberse establecido teniendo en cuenta consideraciones de orden público, sino también para los documentos privados, pues la ley del lugar donde va á ejecutarse el contrato ha sido establecida teniendo en cuenta esas mismas razones de interés social, y en tal-virtud, es una ley á la cual los contrayentes tienen forzosamente que someterse.

De esta manera también lo entendió el Congreso de Montevideo, estableciendo en el artículo 39 del Tratado de Derecho Civil, lo siguiente:

«Las formas de los instrumentos públicos se rigen por la ley del lugar en que se otorgan.

«Los instrumentos privados, por la ley del lugar del cumplimiento del contrato respectivo.»

El artículo concordante de nuestro Código Civil es el 6.º, cuyo comentario haremos en el capítulo siguiente.

El Derecho Civil Internacional

Y NUESTRA LEGISLACIÓN CIVIL

I

El Código Civil Oriental, como la mayoría de los Códigos, contiene muy pocas disposiciones á este respecto; lo que es sin duda una ventaja, evitándose incurrir en contradicciones. En general, nuestro Código como el Chileno, aceptan el principio territorial.

A establecer dos principios se pueden reducir todas las cuestiones de Derecho Internacional Privado:

1.º Los bienes se rigen por la ley del país en que están situados; y

2.º A los actos jurídicos se aplica la ley de la Nación donde producen sus efectos.

La incapacidad general que somete una persona á la potestad ajena, sería la única limitación admisible en materia de actos jurídicos.

Sentados los dos principios expuestos que abarcan todo el derecho privado, no es extraño que, nuestro Código Civil con muy pocos artículos haya resuelto todas las cuestiones.

Con un criterio perfecto, el artículo 3.º del Código Civil Oriental, al que ya hemos hecho referencia al hablar de la nacionalidad, establece que: las leyes obligan indistin-

tamente á todos los que habitan en el territorio de la República.

No hace, por tanto, distinción entre orientales y extranjeros, para el objeto de someterlos á sus leyes, ni si son domiciliados ó transeuntes, cuando ejecutan algún acto cuyo cumplimiento debe tener lugar en la República.

Este artículo es una consecuencia natural del principio de la soberanía, el cual se ejerce dentro de las fronteras de un territorio determinado. Por el hecho de habitar una persona en un lugar cualquiera se somete al dominio eminente del soberano.

Se ha pretendido dar á este artículo un alcance que no tiene en realidad. Se dice que el hecho de que la ley diga expresamente que obliga á todos los que habitan el territorio de la República, apareja el principio tácito de que no obliga á los que no la habitan. Pero el artículo no tiene el alcance que se le quiere dar. El legislador promulga leyes, que no sólo someten á sus disposiciones todo lo que existe en la República, sino también todo aquello que, aunque no se encuentre en el país, tenga sin embargo que cumplirse en él. El principio, por ejemplo, de que para que sea perfecta la venta es necesaria la tradición, sino se aplicara á los extranjeros, traería la consecuencia de tener que dictarse unas leyes para los habitantes de la República y otras que sólo obligarían á los que estuvieran afuera. Afortunadamente la palabra *indistintamente* de este artículo resuelve el conflicto. Con esa palabra expresa no sólo que sus disposiciones obligan igualmente al nacional y al extranjero que residen en el país, sino también á los que estando domiciliados fuera de él, lleven á cabo actos que producirán sus efectos en la República.

En resumen, el artículo 3.º rechaza el sistema de la nacionalidad y toma por principio dirigente al territorial.

Nuestro Código Civil es todavía más territorial que los tratados celebrados por el Congreso de Montevideo, pues somete á sus leyes aun á los residentes, mientras que esos tratados los aplican únicamente á los domiciliados, en lo referente á la capacidad de las personas.

II

El artículo 4.º establece: Los orientales residentes ó domiciliados en país extranjero, permanecerán sujetos á las leyes de la República: 1.º En lo relativo al estado de las personas y á su capacidad para ejecutar ciertos actos que hayan de tener efecto en la República. 2.º En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes orientales.

El Código habría sancionado en un todo el principio territorial, sino hubiera establecido condiciones relativas al estado y capacidad de las personas, mostrando así el lado vulnerable de su doctrina. No habría nada que objetar al artículo 4.º, si en lugar de limitar su alcance á los orientales, hubiera sancionado el principio de que, sin distinción de nacionalidades, quedaban sometidos á las leyes de la República, todos los actos que van á cumplirse en ella.

Según nuestro Código, si un oriental reside en Francia, nuestra ley determinará si es ó no mayor de edad, por ejemplo. Pero si por el contrario es un extranjero, aunque sus actos afecten nuestra soberanía, la ley aplicable no será la oriental, sino la nacional ó la del domicilio de esa persona.

La disposición que estudiamos, es poco correcta y da lugar á dudas é interpretaciones diversas, pues no dice que sea nuestra ley la que se aplicará al extranjero, ni tampoco señala á cuál está sometido.

Lo correcto hubiera sido, que nuestros legisladores hubieran establecido, por ejemplo, el principio del domicilio, como lo hizo el Congreso de Montevideo, á la capacidad de las personas, sin tener para nada en cuenta la nacionalidad de los individuos; y no articular una disposición en pugna con el principio territorial.

Por lo que respecta al primer inciso, aunque limitado á los orientales, no es más que la aplicación una vez más del principio territorial, en cuanto sólo somete á nuestra ley los actos de los orientales que van á cumplirse en nuestro territorio.

Como crítica á este inciso, encontraríamos que el artículo 4.º no distingue entre la capacidad y sus efectos jurídicos, haciéndolos regir á los dos por una sola ley, exagerando la aplicación del principio territorial.

El inciso 2.º no es justificable. ¿Cómo personas de nacionalidad oriental, que residen en el extranjero, pueden quedar sujetas á las leyes de la República? Sólo es explicable este inciso suponiendo que ha querido referirse á obligaciones y derechos de familia que van á cumplirse en este país.

Por otra parte, este inciso no tiene aplicación, puesto que siendo de orden público las leyes que establecen las relaciones personales entre los cónyuges de que habla este inciso, el domicilio matrimonial es el que determina la ley á observarse, de acuerdo con el Código Civil.

III

El artículo 5.º habla de los bienes:—Los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes orientales, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en el país. Esta disposición se extiende á los

bienes muebles que tienen una situación permanente en la República.

Este artículo es una derivación del principio territorial.

Se dice por algunos que no hay que tomar este artículo en su sentido absoluto; que sus disposiciones se refieren únicamente á los derechos de carácter real; que en los demás casos no se aplica este principio, y citan en su apoyo legislaciones de países extranjeros, que someten á los bienes muebles á la ley del domicilio.

Para comprender el alcance del artículo de nuestro Código Civil, hay que tener en cuenta lo dispuesto por el Código Chileno, del cual es originario el artículo 5.º. El Código Civil Chileno no hace distinción entre muebles é inmuebles.

El legislador chileno establece el principio de la ley de la situación en el 1.º inciso, y en un 2.º inciso, que no ha copiado nuestro Código, dice: « Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extranjero. Y se tendrán en cuenta las leyes de Chile para los casos en que dichos contratos hayan de tener efecto en nuestro territorio. » Establece, pues, la distinción entre el fondo del contrato y sus efectos, admitiendo para el primero la ley del lugar de la celebración.

Nuestro Código tomó el 1.º inciso del artículo correlativo del Código Chileno, pero no el 2.º, aplicable sólo á los contratos, á los cuales somete á otros principios. ¿Qué quiere decir esto? Que el legislador oriental mandó regir todos los derechos por la ley territorial, ya se trate de los derechos reales, como la prenda y la hipoteca, ya de los personales constituidos por la ley ó por contrato. Así, la compraventa, aunque no se haga la tradición, como lo manda nuestra ley, se debe regir por la ley de la situación de la cosa.

IV

El artículo 6.º dispone: La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados. En los casos en que las leyes orientales exigieren instrumento público para pruebas que han de rendirse y producir efecto en la República, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas.

Este artículo abandonando la regla *locus regit actum*, sólo la establece para los instrumentos públicos, por las razones largamente expuestas anteriormente.

Si nuestro Código no hubiera dicho nada sobre la forma de los instrumentos, ésta se encontraría sometida á la ley de la situación de los bienes.

El inciso 2.º de este artículo limita aún más el principio de la ley del lugar de la celebración, pues preceptúa que un documento privado según nuestras leyes, no se volverá público, aunque tuviera esta calidad en el país en que se otorgó, si para que tenga este carácter manda nuestra ley que se haga por escritura pública. Y esto lo impone teniendo en cuenta razones de orden público, puesto que esas pruebas han de rendirse y producir efecto en la República.

Como confirmación de que el Código Civil Oriental no hace distinción entre derechos reales y personales, estudiemos sus disposiciones sobre los testamentos. El Código Chileno al hablar de los testamentos, distingue, haciendo capítulo separado, entre los testamentos otorgados en Chile y los celebrados en el extranjero, sujetándolos á diferentes formas. Nuestro Código no ha seguido en esto al chileno; habla de los testamentos en general, sin tener

en cuenta si son hechos en el país ó en el extranjero, lo que demuestra que los sujeta á una misma regla. El Código Oriental, en un solo título legisla el testamento, y entendiendo que sus disposiciones sólo se aplican á los bienes situados en la República, manda regir los demás testamentos por la ley del lugar de su celebración. En consecuencia, siempre se aplica el principio territorial, no teniendo importancia de ninguna clase la distinción entre las dos clases de testamentos; lo mismo que entre los derechos reales y personales, pues formalizado un testamento, el legista oriental sólo tiene en cuenta la *lex rei sitæ*, para someter ese testamento á sus solemnidades.

V

El artículo 36 se refiere á las sucesiones. Dice así este artículo: El domicilio del difunto siendo en territorio nacional, determina el lugar en que debe radicarse la testamentaría.

Del contexto de este artículo se desprende que nuestra ley ha optado por el principio de la pluralidad de sucesiones y acepta el principio territorial, aunque no ha manifestado expresamente su voluntad al respecto. Decir que el lugar en que debe abrirse una sucesión es el del domicilio del difunto, *cuando éste se haya en territorio nacional*, implica que las disposiciones de ese artículo, solo se aplican á los bienes situados en el territorio de la República; y que para los bienes radicados en otros países, se someten á las leyes de éstos.

Sin embargo, hubiera sido preferible que nuestro legislador se hubiera pronunciado de una manera acabada al respecto, como lo hizo el Congreso de Montevideo en el ar-

tículo 66 del Tratado de Derecho Civil, cuyo texto es el siguiente: « Los juicios á que dé lugar la sucesión por causa de muerte, se seguirán ante los Jueces de los lugares en que se hayan situados los bienes hereditarios. »

VI

El artículo 103 relativo al matrimonio, dice: El matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad á las leyes del mismo país, ó á las de la República, producirá en ésta los mismos efectos civiles que si se hubiese celebrado en territorio oriental. Será válido el matrimonio contraído en país extranjero, entre ciudadanos de la República ante los Agentes Consulares, ó en su defecto, ante el Agente Diplomático de la República, con sujeción á las leyes de Registro de Estado Civil.

Este artículo sanciona el principio *locus regit actum*, teniendo en cuenta que en este caso esta regla no constituye una desviación del principio territorial, puesto que en el lugar en que se celebra el matrimonio se presume que se consuma.

Nuestro Código que establece que el único matrimonio válido es el civil, declara, sin embargo, válido el celebrado en el extranjero con arreglo á sus leyes, dando así á la cuestión una solución correcta. Pero si esto es justo, pues es un principio reconocido que un matrimonio válido en un país debe tener igual calidad en todos los demás, no sucede lo mismo con las demás disposiciones de este artículo.

Establecer que un matrimonio es valedero en la República, cuando celebrado en el extranjero se ha sujetado á las leyes de nuestro país, trae la consecuencia de que solo será considerado en tal concepto en la República, mientras que en los demás Estados no tendrá fuerza alguna.

Lo mismo pasa con el inciso 2.º que establece la prerrogativa concedida á los orientales de casarse en país extranjero ante el Cónsul ó Agente Diplomático; sólo tendrá eficacia legal en la República; fuera de que no reporta beneficio, porque los nacionales que vayan á casarse en país extraño serán pocos.

El Congreso de Montevideo ha cortado estos inconvenientes, estableciendo como regla general que, la capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo, se rigen por la ley del lugar en que se celebran.

VII

Como se ve, nuestro Código Civil, excepción hecha de la inconsecuencia en que incurre en su artículo 4.º, ajusta en un todo sus disposiciones al principio territorial, que tomando por base la soberanía que se ejerce dentro de los límites de un territorio, somete á sus leyes todas las personas ó cosas que se encuentren en él, y los hechos que van á cumplirse, sin tener para nada en cuenta el vínculo de la nacionalidad ó de la ciudadanía.

Montevideo, Diciembre 27 de 1895.

A Comisión de los doctores don Gonzalo Ramírez, don Jorge Sierra y don Antonio M. Rodríguez.

Brito del Pino.

V.º B.º

Gonzalo Ramírez.

V.º B.º

Jorge Sierra.

V.º B.º

Antonio M. Rodríguez.

Montevideo, Diciembre 31 de 1895.

Puede imprimirse.

Eduardo Brito del Pino,

Decano.