

Apuntes sobre el cambio de Estatuto Personal y su Irretroactividad

por el Doctor

LORENZO HERRERA MENDOZA,

Profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Caracas; Miembro-Fundador de la Academia Venezolana de Ciencias Políticas y Sociales (1916), y Miembro del Instituto Americano de Derecho Internacional;

quien tiene a honra dedicarlos al

INSTITUTO ARGENTINO DE DERECHO
INTERNACIONAL

y a sus Miembros los Doctores

MARGARITA ARGUAS y J. M. VIDELA ARANGUREN

El cambio de nacionalidad, o de domicilio (según sea el sistema que admita el país respectivo), ha de producir el cambio de estatuto personal, o sea, el cambio del régimen a que están sometidos el estado y la capacidad de la persona y sus relaciones de familia. ¿Y cuáles serán los efectos de este cambio sobre las relaciones jurídicas derivadas de la capacidad o de la incapacidad del sujeto y de

la posición que, por razón de su estado, le corresponde en la familia?

Sólo por el examen muy cuidadoso de este grupo de problemas puede llegarse a soluciones adecuadas para estas cuestiones jurídicas, que son graves, trascendentales, confusas y de las más difíciles en la ciencia del Derecho. Ellas implican complejos conflictos de leyes, con un doble carácter: se trata de *legislaciones divergentes en el espacio*, porque son contemporáneas y emanan de distintas soberanías territoriales; y se trata también de *leyes separadas en el tiempo*, porque rigen a la persona, considerada en sí misma y respecto de su familia, *en épocas sucesivas*.

Cuando el individuo queda sometido a su nueva ley personal, ésta no puede tener efecto retroactivo; no deben ser lesionados los derechos ni las situaciones jurídicas definitivamente establecidos y consolidados al abrigo de la anterior ley personal. En otros términos, los derechos adquiridos al amparo del pristino régimen no deben ser desconocidos, afectados o alterados por la sumisión del sujeto a otro régimen, nuevo para él. Pero este otro régimen puede reformar y aun descartar las *simples facultades o expectativas*, que apuntaron pero sin llegar a realizarse antes del cambio de estatuto personal. La irretroactividad de la ley exige que el nuevo estatuto no regule los actos y hechos jurídicos pasados, ni los efectos pasados de los hechos pretéritos.

Y tampoco tienen efecto retroactivo *la reintegración* de la nacionalidad, ni el restablecimiento del domicilio primitivo: bajo el imperio de la patria adoptiva, o del domicilio adquirido, permanece el sujeto hasta que recupere su anterior nacionalidad o domicilio, o hasta que se adhiera a un tercer Estado.

El principio de la irretroactividad de los ordenamientos jurídicos data del antiguo Derecho Romano y figura

en casi todas las legislaciones; en algunas de las cuales, como en la venezolana, tiene no solamente el carácter de *norma civil fundamental*, su rango se eleva al de *precepto constitucional*, lo que equivale a fijar que su fuerza *no se limita a imponérsele al juez* (como sucede en Colombia, España, Francia, Italia, Suiza, Alemania, etc.), implica también *la prohibición al propio legislador* de que oriente sus funciones hacia el pasado.

Es fácil enunciar y fundamentar el principio de la irretroactividad, que limita, en el tiempo, el alcance del nuevo estatuto personal. Empero, graves dificultades teóricas y prácticas surgen desde que se comienzan sus aplicaciones a los hechos jurídicos, que son de muy diversa naturaleza. Por lo pronto, la mayor parte de éstos, como nos lo advierte SAVIGNY, son acontecimientos simples, pertenecientes a un tiempo preciso, tales como los contratos, que consisten en una declaración de voluntades conformes, o sea, en un *acto momentáneo*. Para esta clase de actos o de hechos, es fácil determinar si una ley les es anterior o posterior. Pero hay otros que abrazan todo un período de tiempo, sea porque suponen la continuación de un cierto estado de cosas, sea porque resultan de varios acontecimientos que pertenecen a épocas diferentes, como las sucesiones testamentarias, que emanan del otorgamiento de las disposiciones de última voluntad y de la muerte del testador. Impónese, de consiguiente, la determinación de cuál es, en el tiempo, la conexión de estos hechos a la antigua o a la nueva ley, cuando ésta última surja *en el intervalo que trascurra entre el comienzo y el complemento de estos actos*. (SAVIGNY, Tratado de Derecho Romano, edición francesa de Guenoux, 1851, tomo 8º, pp. 400 y ss.)

Para los hechos jurídicos de la primera categoría (los momentáneos), la capacidad del sujeto se juzga, exclusivamente, según la fecha de cada uno: *tempus regit actum*.

Por consiguiente, si un menor hace un contrato sin intervención de su padre o tutor, este contrato está viciado de nulidad, aun después que el menor alcance la mayoría, o aun cuando la nueva ley que llegue a regirle posteriormente adelante la época de la mayoría, y mientras el contrato no quede revalidado por confirmación, o por ejecución voluntaria, o por la prescripción de la acción de nulidad. Y a la inversa, el contrato hecho válidamente bajo el imperio de una ley que fija la mayoría en los 21 años, permanece inatacable aunque el individuo éntre a regirse, para lo sucesivo y según algunos lo sostienen, por una legislación que fije, para la capacidad general, por ejemplo, la edad de 23 años (como en España o en Holanda). En resumen, para saber, en relación con un acto determinado, si la persona era capaz o incapaz, se debe tener en vista la ley bajo cuyo imperio actuó. Y si, según dicha ley, el acto fuere nulo o anulable, no convalecerá porque el nuevo estatuto personal sea menos exigente. Así lo señala la teoría sobre la eficacia de la ley en el tiempo.

Para tratar de metodizar la presente exposición, observamos que el cambio de estatuto personal ha de examinarse desde tres puntos de vista:

El primero, al que acabamos de referirnos, enfoca los actos jurídicos hechos por la persona antes de su cambio de régimen;

el segundo contempla el régimen permanente del propio estado personal en sí y de la capacidad o incapacidad general del individuo, o de la especial para alguna clase de actos;

el tercero observa los derechos personales y patrimoniales resultantes de relaciones de familia creadas antes del cambio habido en el estatuto.

Y para llegar a las soluciones respectivas, es necesario recordar que entre los derechos correspondientes a la

persona sólo pueden considerarse como *derechos adquiridos* los calificados de *perfectos*, esto es, nacidos bajo el imperio del primitivo estatuto personal, por haberse cumplido, íntegramente, todos los requisitos constitutivos, según aquel estatuto, para atribuirle a la persona *derechos ciertos*, antes de operarse el cambio de régimen. No puede decirse lo mismo de las situaciones que no se hayan fijado en firme durante el régimen anterior: al variar la ley personal, varía también la regla según la cual puede la persona ejercitar su libertad civil, debiendo ella quedar sometida a las leyes de su nueva vinculación (por la nacionalidad, o por el domicilio), para lo concerniente al goce y al ejercicio de sus derechos y al ulterior desarrollo de su libertad civil (FIORE, Derecho Internacional Privado, edición española, tomo 2º, p. 54).

Cuanto al *estado de la persona*, si él ha sido plenamente constituido antes del cambio de estatuto personal, deberá considerarse como permanentemente establecido para el porvenir: un distinto y reciente sistema legal no puede actuar contra aquel estado, sea de cónyuge, o de padre, o de hijo legítimo, o legitimado, o ilegítimo, o adoptivo, o el estado de divorciado, etc.

Un claro ejemplo nos lo proporciona *la adopción plena*, ya efectuada conforme a la legislación originaria, y la cual esté prohibida o sea desconocida en la legislación del nuevo régimen personal.

Igualmente, el *hijo legitimado* por acto de la autoridad, conserva su estado, aunque posteriormente el legitimante y el legitimado lleguen a estar regidos por una legislación que no acepte la dicha forma (rescripto del príncipe).

Asimismo, quien ha sido declarado *hijo natural* de alguien, por sentencia firme dictada en un juicio por reclamación de ese estado y seguido el proceso en el país de

origen y conforme a sus leyes, no pierde, por cualquier cambio posterior de nacionalidad o de domicilio, su condición comprobada y definitiva de hijo natural, equivalente a la de quien es reconocido de manera voluntaria, aunque la inquisición y declaración forzosa de la paternidad ilegítima estén prohibidas en el Estado bajo cuya competencia legislativa y judicial se encuentra el hijo de modo permanente, en la actualidad y para el porvenir.

Igualmente, *el divorciado* por sentencia firme, si se domicilia y nacionaliza después en un Estado donde el matrimonio es indisoluble (como en la República Argentina, o en Colombia), o donde no se admita la desvinculación conyugal por la causa que sirvió de fundamento al divorcio, éste continuará produciendo sus efectos, no obstante el cambio posterior, ocurrido en la conexión personal. Consiguientemente, podrá contraer nuevo matrimonio en su patria y domicilio actuales.

Esta solución fué aprobada por nuestro Anibal DOMINICCI, quien escribió en 1897, cuando en Venezuela no existía aún el divorcio.

Sobre el mismo tema, son muy expresivas las sentencias que han fijado jurisprudencia en países, como Argentina, España e Italia, donde el matrimonio es necesariamente vitalicio.

Así, en la magnífica obra del ilustre Profesor argentino Carlos M. VICO, leemos que en la hipótesis de los matrimonios celebrados y legítimamente disueltos en el extranjero, se aplican los principios que rigen el estado y la capacidad de la persona y el principio de Derecho Internacional privado que habla del respeto de los derechos adquiridos; de tal manera, que el sujeto que viene (a la Rep. Argentina) con un estado civil determinado, al ejercitar las "facultades conferidas por ese estado, es reconocido por el legislador argentino con los derechos y deberes que de dicho estado le resulten. Por consiguiente, el que viene sin ningún vínculo matrimonial, en virtud de haberse disuelto su matrimonio en el extranjero, de acuerdo con las leyes del país que regía la validez de la unión anterior disuelta, está habilitado para casarse en la República Argentina. El punto ha sido resuelto de manera definitiva por nuestra jurisprudencia... (Vico, tomo 2º, pp. 85 y 86).

Y refiriéndose a España, el tratadista francés NIBOYET expresa: "Una mujer francesa, divorciada en su país, contrae matrimonio con un español, adquiriendo por este hecho la nacionalidad española. En lo sucesivo, su estatuto personal queda sometido al Derecho español y a la indisolubilidad consiguiente. Pero, en virtud de este precepto, que es allá de orden público absoluto, ¿será nulo el segundo matrimonio? De ningún modo: el nuevo estatuto personal no obra retroactivamente; no puede privarle del derecho adquirido, que poseía plenamente desde antes de ser española. (Sentencia del Tribunal del Sena, 6 mayo 1919).

El mismo problema puede presentarse con matices diversos. Por ejemplo, si se enfoca el nuevo matrimonio de la mujer divorciada que había adquirido la nacionalidad del primer marido y recobrado con el divorcio su nacionalidad originaria, según la cual el matrimonio sea indisoluble. *Caso práctico*: Una italiana se casa con un venezolano, y estando domiciliados los cónyuges en Venezuela, se divorcian por sentencia firme, recobrando ella su nacionalidad primitiva, conforme a las leyes de ambos países. Se pregunta: ¿Puede élla volver a casarse válidamente en Italia? El punto es muy oscuro y discutible; porque si bien la ley italiana prohíbe a su gente que se divorcie y contraiga nuevas nupcias, en realidad, la mujer de nuestra hipótesis, cuando se divorció, era venezolana; pero cuando intenta el nuevo enlace, es italiana. Su estatuto personal ha tenido tres etapas: primeramente, estatuto italiano; luego, venezolano, y finalmente, otra vez italiano. ¿A cuál de los dos se atiende para pronunciar sobre la capacidad o la incapacidad matrimonial de esta mujer, estando ella en su patria?

Parece preferible no invadir tierra ajena ni aun con miras científicas, y por ello, endosamos el caso a FIORE, quien nos dice:

"Si esta mujer, al quedar libre por consecuencia de la indicada sentencia de divorcio, quisiera volver a casarse, *no podría reputársela incapaz para efectuarlo*. . . Se debe, en efecto, tener en cuenta: que al casarse la mujer italiana

con un extranjero, se convierte en extranjera; que la ley personal de ésta, a contar del momento en que el matrimonio se celebró, debe ser la reguladora de las relaciones de la familia extranjera; . . . No podrá declararse, en nombre de la ley italiana, como no pronunciada la disolución del matrimonio, porque éste ha sido legalmente disuelto, con arreglo a las prescripciones del Derecho a que estaban sometidos los cónyuges. Habiendo adquirido definitivamente la mujer divorciada su libertad, y debiendo reputársela como no casada, debe considerársela también como tal en nuestro país; por lo cual, si pretendiese contraer nuevo matrimonio en Italia, no podrá oponérsele la incapacidad a que se refiere el artículo 56, porque no podría sostenerse que ella estuviese ligada por un matrimonio anterior, en el supuesto de que el divorcio se hubiese pronunciado por tribunal competente. . . La existencia legal y jurídica de la sentencia de divorcio debe reputarse condición *sine qua non* para poder considerar libre al cónyuge divorciado".— (Obra citada, tomo 2°, N° 518, pp. 242 y 243).

La materia del divorcio —siempre dentro del marco que limita al presente estudio— aparece con otra faz cuando se plantea el problema de si aquél procede, según el actual régimen de los cónyuges, en razón de algún hecho ocurrido antes del cambio de nacionalidad o de domicilio, si tal hecho no justificaba un divorcio según el régimen conyugal anterior.

Se ha venido sosteniendo por la doctrina, con bastante generalidad, que si la ley a que estaban sometidos los cónyuges cuando se cometió el hecho invocado como constitutivo de una causal de divorcio, no reconocía a ese hecho semejante eficacia, la disolución es improcedente, porque ella equivaldría a darle función retroactiva al régimen legal nuevo: se atribuiría efecto jurídico desvinculador a un supuesto que no era valorado como fuente de divorcio por el Derecho positivo que regía a las partes cuando se verificó.

Desde el punto de vista puramente interno (pero nó del internacional), ha sido otra la jurisprudencia firme-

mente establecida por los tribunales venezolanos, desde que nuestro código de 1904 admitió y reglamentó el divorcio. Numerosas sentencias establecieron que la institución era también aplicable a hechos disolutivos del matrimonio ocurridos antes de 1904.

Cabe advertir que, en realidad, no se contradicen esta jurisprudencia venezolana y la adhesión dada por Venezuela al artículo 52 del Código *Bustamante*, el cual estatuye: "El derecho a la separación de cuerpos o al divorcio se regula por la ley del domicilio conyugal; pero *no puede fundarse en causas anteriores a la adquisición de dicho domicilio* si no las autorizare, con iguales efectos, la ley personal de ambos cónyuges". Y decimos que no hay contradicción, porque si bien es verdad que la teoría de la irretroactividad es la misma y funciona casi igualmente en el dominio del Derecho interno y en la esfera internacional, esa igualdad no llega hasta la identidad absoluta entre el uno y el otro dominio. Algunas de las soluciones tienen que ser divergentes, porque los supuestos respectivos no coinciden del todo: Si es el legislador el que modifica su sistema respecto de alguna institución, es el Estado el único que estatuye; la voluntad particular no funciona para sustituir la ley antigua con la nueva; pero, en la materia internacional de nuestro estudio, el cambio de nacionalidad o de domicilio y la consiguiente mutación del estatuto personal son casi siempre voluntarios; y la voluntad de los interesados y hasta la de uno solo de ellos se encuentra, a veces, viciada de fraude, de malicia, de artificiosidad, para darle apariencia externa a un cambio de *status* que no es deseado verdaderamente.

El propio Maestro Antonio S. de BUSTAMANTE, en su Tratado de Derecho Internacional Privado, nos explica (tomo 2º, pp. 68 y 69): "La ley territorial pura y simple, para que el divorcio sea posible inmediatamente a cuantos llegan al país, se presta a abusos indudables y frecuentes.

bastando un viaje con la sola intención de terminar un matrimonio, para convertirlo en disoluble. La celebridad que han adquirido como fábricas de divorcio determinadas localidades" (Reno, por ejemplo), "es suficiente para no aceptar este criterio"... "La aceptación del sistema de la ley nacional por algunas legislaciones (principalmente, las europeas), ha dado ocasión a cambios artificiales de nacionalidad, procurados y obtenidos con el solo objeto de disolver el matrimonio. Frente a ellos surge como correctivo la peligrosa doctrina del *fraus legis*... Algunos escritores intentan prevenir estas naturalizaciones artificiales exigiendo que el divorcio no se otorgue, después de una naturalización y en el país de esta última, sino por causas surgidas, de hecho, con posterioridad a la misma".

Una restricción análoga figura en la Convención de La Haya (1902), cuyos artículos 1º y 2º establecen que el divorcio no procede sino cuando está admitido, a la vez, por la ley nacional de los esposos y por la ley del lugar del juicio; pero con la reserva determinada en el artículo 4º; a saber: "La ley nacional indicada por los artículos precedentes no puede ser invocada para dar a *un hecho que ha pasado cuando los esposos o uno de ellos eran de otra nacionalidad el carácter de una causa de divorcio* o de separación de cuerpos".

La misma restricción figura en algunos códigos modernos. Así, la ley de Introducción al código civil de Alemania (1900; art. 17), establece: "Son las leyes del Estado a que pertenece el marido en el momento de la demanda las que rigen el divorcio. *Un hecho ocurrido mientras el marido era súbdito de otro Estado no puede ser invocado como causa de divorcio sino cuando tenía también este carácter según las leyes de ese Estado*". La parte final del artículo coincide con la solución general adoptada en La Haya: "No se puede pronunciar el divorcio o la separación de cuerpos sobre el territorio del imperio en vir-

tud de leyes extranjeras sino cuando el divorcio es admisible según las dos legislaciones a la vez”.

También, el Título final del código civil Suizo, de 1912. (art. 59, 7b), establece igual reserva, así: “*La causal de divorcio que data de una época en que los cónyuges estaban regidos por otra ley, no puede ser invocada si no está consagrada también por la legislación bajo cuyo imperio se ha producido*”.

Algo semejante figura en la ley de Introducción al código civil Japonés, de 1898, y en la ley Húngara, de 1894, sobre el Matrimonio (art. 115), donde se procura descartar ciertos fraudes movilizadas por medio de un cambio de nacionalidad.

Sin embargo, debe advertirse que todas esas reservas de las legislaciones positivas o de las convenciones internacionales, cuanto al conflicto de leyes en el tiempo, en la materia del divorcio, no actúan sino respecto de aquellas causales que están constituidas por *hechos más o menos momentáneos*. La situación es muy distinta cuando se trata de un estado de cosas que, por prolongarse en el tiempo, subsiste cuando los esposos están ya sometidos a un nuevo régimen legislativo, aunque haya principiado cuando los regía su anterior estatuto. Es lo que sucede con “el abandono voluntario”, “la condenación a presidio” y la “embriaguez consuetudinaria”, que son en Venezuela causales de divorcio conforme a los incisos 2º, 5º y 6º del artículo 185 del código civil.

Otras muchas aplicaciones han de hacerse del principio de la irretroactividad, en la esfera internacional, a temas muy diversos del Derecho privado. Para abreviar, sólo daremos, a continuación, pocas de ellas, entresacadas de textos positivos, claros y trascendentales:

En *la ausencia*, el régimen personal del sujeto no sufre mutación alguna desde el punto de vista internacional,

porque no se han alterado su nacionalidad ni su domicilio. Simplemente, se duda si vive o si ha muerto, y las legislaciones, en las diversas etapas del procedimiento y de las soluciones respectivas, se inclinan hacia la una o hacia la otra hipótesis según la duración del tiempo transcurrido desde que no se tienen noticias de aquél, ni de su paradero. Por esto, han de aplicarse al ausente las leyes que lo regían *cuando desapareció de su último domicilio* o al tiempo de las últimas noticias sobre su existencia efectiva; salvo en aquellos puntos que sean estrictamente territoriales, o en los que deba funcionar la defensa del orden público.

La capacidad de la mujer para contraer matrimonio está sometida a su propio estatuto personal, que la rige antes de casarse, aunque por el matrimonio adquiera la nacionalidad y el domicilio del marido.

Respecto del *régimen patrimonial entre los cónyuges* el Tratado de Montevideo asienta (arts. 16 y 17): "Las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos respecto de los bienes se rigen por la *ley del primer domicilio conyugal. El cambio de domicilio no altera la ley competente* para regir las relaciones de los esposos cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio". Y la disposición respectiva del Código BUSTAMANTE, la cual tiene la adhesión de Venezuela (art. 188), dice: "Es de orden público internacional el precepto que veda celebrar capitulaciones durante el matrimonio, o modificarlas, *o que se altere el régimen de los bienes por cambios de nacionalidad o de domicilio posteriores al mismo*". Y la ley de Introducción Alemana, por su parte, establece (art. 15): "El régimen matrimonial es fijado según las leyes alemanas cuando, *en la época del matrimonio*, el marido es alemán. Si el marido no adquiere la calidad de alemán sino durante su matrimonio, o si los esposos extranjeros tienen su domicilio en Alemania, se aplica al régi-

men matrimonial *las leyes del Estado a que pertenecía el marido en el momento del matrimonio*”...

Los textos que preceden son fácilmente justificables; porque las normas que contiene el Derecho material sobre estas cuestiones *patrimoniales* son simplemente supletorias o complementarias de la voluntad emitida o supuesta en los interesados antes de la celebración del matrimonio. La técnica de esta solución es la misma que para lo concerniente al fondo de los demás contratos: *tempus regit actum*. La doctrina es unánime en este sentido; y ella acoge la solución contraria cuando contempla las relaciones *personales* entre cónyuges, a las cuales se les aplica el estatuto actual.

La acción por *desconocimiento del hijo concebido* durante el matrimonio se rige por el estatuto personal vigente cuando él nació; y no se modifica por el cambio ulterior de nacionalidad o de domicilio; sobre todo, si la nacionalidad o el domicilio del hijo son sustituidos por la mutación que hace, en su propio *status*, el marido de la madre. Sobre el particular, asienta el Tratado de Montevideo: “Las cuestiones sobre legitimidad de la filiación, ajenas a la validez del matrimonio, se rigen por la ley del domicilio conyugal *en el momento del nacimiento del hijo* (art. 21). Y el artículo 18 de la Introducción al código civil Alemán precisa: “La legitimidad de un hijo se juzga según las leyes alemanas, cuando el marido de la madre es alemán *en la época del nacimiento de este hijo*; o, si ha muerto antes del nacimiento dicho, si era alemán cuando murió”.

La capacidad para disponer por testamento se regula por la ley personal del testador. Pero, ¿cuál ley, la que lo regía cuando testó, o aquella a que estaba sometido al tiempo de su muerte? Esta cuestión ha sido muy discutida. No es posible abordar el tema sin mencionar a SAVIGNY. Hé aquí un extracto de su exposición:

La suerte de una sucesión se regla según la última voluntad del difunto (*suprema, ultima voluntas*), que debe ser expresada en ciertas formas. Por tal ha de entenderse la voluntad existente al tiempo de la muerte; porque toda voluntad anterior puede ser cambiada. Ahora bien, es imposible testar en el momento preciso de la muerte; y, vista la incertidumbre de este momento, es necesario y conveniente, con frecuencia, expresar la voluntad, que debe valer como la última, en una época anterior, a veces lejana. Por ello, todo testador debe ser considerado como actuando en dos épocas diferentes, aquella en que testa, y aquella en que muere, manteniendo su testamento. En la primera época, se puede decir que él actúa de hecho, y en la segunda, de derecho. . . ¿Cuáles son las prescripciones aplicables cuando, durante el intervalo, sobreviene en las relaciones de hecho un cambio susceptible de influir sobre la validez del testamento? Entre esta cuestión y la de la aplicación de leyes nuevas, hay analogía, pero no identidad; las reglas que deciden la una no deben ser extendidas a la otra sino con mucha circunspección.

Estos cambios pueden tener por objetos: la capacidad personal del testador, en lo que toca a sus relaciones *de derecho* y a sus calificaciones *físicas*; el contenido del testamento, y la capacidad personal del beneficiario. . . La capacidad personal del testador, en lo que toca a sus relaciones *de derecho*, está sometida a dos condiciones diferentes, pero regidas por las mismas leyes. El testador debe tener la *testamentifactio*, y debe ser capaz para poseer bienes y transmitirlos por sucesión. . . Las dos condiciones de esta capacidad de testar son necesarias en las dos épocas, la del testamento y la de la muerte. . . Por tanto, el que es jurídicamente incapaz no puede *ni hacer ni dejar* testamento. . . Los Romanos, cuando exigían la capacidad del testador en las dos épocas, miraban esta necesidad como fundada en la naturaleza misma de las cosas, pero su persistencia durante todo el intervalo no era reclamada por las necesidades de la práctica.

No sucede lo mismo con las calificaciones *físicas* del testador; se conectan exclusivamente al hecho del testamento y no es necesaria la capacidad sino en la época del otorgamiento. Todo cambio posterior no tiene ninguna in-

fluencia; no valida el testamento la capacidad que no existía en esa época; no lo anula la incapacidad sobreviniente.

Los motivos de la incapacidad *física* son la impubertad, la enajenación mental, y también, según el Derecho Romano, el mutismo y la sordera. Por tanto, si un impuber o un enajenado hace un testamento, éste permanece nulo, aunque su autor llegue más tarde a la pubertad o a la sanidad de espíritu. Asimismo, el testamento hecho por un hombre sano de espíritu permanece válido, aunque su autor sea después afectado de enajenación mental, y muriese en ese estado. (Obra citada, tomo 8°, pp. 438 a 445).

El Código civil de Venezuela (arts. 837 y 838) enfoca solamente la incapacidad testamentaria llamada *física* por Savigny. Son incapaces: los que no han cumplido 16 años, a menos que sean casados, viudos o divorciados; los entredichos por defecto intelectual; los que no están en su juicio al hacer el testamento, y los mudos y sordo-mudos que no sepan o no puedan escribir. Y agrega: "Para calificar la capacidad de testar *se atiende únicamente al tiempo en que se otorga el testamento*".

Creemos recordar que esta misma solución es la que figura en todos los códigos que hemos conocido. Y la jurisprudencia inglesa, según WESTLAKE, asienta: "*Ningún testamento será considerado como revocado o anulado y su interpretación no será modificada, en razón de un posterior cambio de domicilio del testador*".

LA CAPACIDAD GENERAL

El problema de la capacidad general, por la divergencia entre la antigua y la nueva ley personal, surge porque cualquiera de las dos declara capaz al individuo y la otra lo declara incapaz. ¿Cuál se aplica, la antigua o la nueva?

Para responder, es necesario enfocar dos situaciones netamente distintas:

Primera hipótesis: Según el primitivo estatuto personal, el sujeto es incapaz; pero el nuevo pronuncia su capacidad. En tal caso, está unánimemente admitido que se aplica este último: el nuevo sistema jurídico, que impera sobre la persona, sirve para atribuirle, en el presente y en el porvenir, el pleno ejercicio de sus derechos, de que antes carecía, o que sólo poseía restringidamente. Su nuevo legislador la capacita, emancipándola, independizándola.

Segunda hipótesis: Es el caso inverso. La persona gozaba de capacidad legal cuando cambió de estatuto; pero, bajo el nuevo régimen, caería en la incapacidad. Entonces, ¿qué debe predominar: la capacidad jurídica anterior, o la incapacidad que resultaría de este cambio?

Son discordantes, en esta hipótesis, las respuestas de los publicistas, de la jurisprudencia y de los sistemas legislativos. Pueden dividirse en dos grupos o sistemas; a saber:

Primer sistema: Tiene mayor acogida en la doctrina, aunque voces muy respetables lo combaten. Puede formularse de este modo:

Se aplica siempre el nuevo régimen legal, así cuando él favorece la capacidad para el porvenir, como cuando la restringe o la destruye.

FIGORE, por ejemplo, asienta que los derechos y las consecuencias jurídicas que se deriven en lo sucesivo del estado personal, deberán gobernarse por la ley de la nueva patria, y esto, porque la consideración de tales derechos y consecuencias no puede conducir a tenerlos como derechos adquiridos, hasta el punto de que deban quedar sujetos al estatuto personal primitivo. Consiguientemente, piensa Fiore que "la cuestión de si una persona capaz en virtud de su ley nacional, puede volver a la incapacidad por su naturalización en otro Estado, debe contestarse, en gene-

ral, por la afirmativa". (Están conformes con esta solución: Laurent, Despagnet, Surville, etc.)

Nuestro LUIS SANOJO pensaba del mismo modo (tomo 1°, p. 17, n° 21): "Aunque la ley haya declarado una vez que los mayores de 18 años son capaces de actos civiles, no hay inconveniente en que luego declare que no considera tales sino a los que tengan 21 o 25 años y que tal disposición *comience a regir desde luego, aun respecto de las personas que estaban ya en posesión de aquella capacidad*. Aquí no hay derecho adquirido. La ley necesita fijar la edad y demás circunstancias que juzgue necesarios para que el individuo se encuentre en aptitud de administrar sus negocios y dirigir por sí todos los actos de su vida... Mal puede, pues, quejarse el que se ve declarado incapaz, de que se le ha despojado de un derecho que tenía adquirido". (Instituciones de Derecho Civil Venezolano).

También, nuestro ANIBAL DOMINICI escribió (tomo 1°, pp. 14 y 15): "Las leyes relativas a la capacidad de las personas *tienen que obrar inmediatamente sobre el individuo, ya aumenten, ya disminuyan su capacidad*... Son leyes de protección y ninguno puede negar a la ley el poder de proteger a los ciudadanos; son, además, leyes de interés general. La aplicación de la ley nueva no choca con el principio de no retroactividad, el cual exige, únicamente, que sean respetados los actos anteriores, efectuados durante la ley antigua y de que han resultado *derechos adquiridos* para el ciudadano y para los terceros. Si una ley fijase hoy la mayoría a los 25 años, *volverían a ser menores* los que hubiesen cumplido 21 y no hubiesen llegado a la edad sobredicha; pero los actos y contratos celebrados cuando eran mayores según la ley antigua, serán válidos. De suerte que la capacidad jurídica no es para la persona un derecho adquirido... Lo mismo podríamos decir de la mujer casada, el entredicho, el inhabilitado, cuya capacidad o incapacidad alterase la ley". (Comentarios al Código Civil Venezolano).

RAMON F. FEO, en sus "Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano", (tomo 1º, pág. 29), tocó, muy de paso el punto, cuando asentó :

"El principio es fecundo en dificultades para determinar cuando hay o no una verdadera retroactividad en la materia de fondo; pues el mismo interés y orden públicos exigen, a veces, reformas en la legislación que alteren la situación anterior, *sin poder decirse que ofendan derechos ya adquiridos, v. g., la fijación de la mayoría en mayor número de años.*" (Y remite al lector a lo escrito por Duvergier, Laurent, Gabba, Escriche y otros.)

También siguió el mismo camino nuestro procesalista ARMINIO BORJAS (tomo 1º, pág. 31), al decir:

"*Las leyes sobre capacidad de las personas, sucesiones y procedimiento son, entre otras, de esa naturaleza. El ciudadano llegado a la mayoría conforme a la ley, puede, al tenor de otra que la reforma, volver a hallarse en minoridad, sin que pueda alegarse que esta nueva ley obró retroactivamente, anulando el hecho consumado de la mayoría*"...

El mismo problema lo analiza Joaquín SANCHEZ-COVISA, en su tesis de doctorado, titulada: "La vigencia temporal de la ley en el ordenamiento jurídico venezolano" (1943). Cuando él estudia, según el Derecho interno, las nuevas normas sobre el estado y la capacidad de las personas, sostiene que estas leyes "se aplican de manera inmediata a todos los que se encuentran en la situación de hecho prevista por la ley". Tales leyes no pueden afectar la capacidad de las personas en el pasado; pero, *no tendrán limitación alguna en la regulación de esa capacidad en el futuro*. Carece, por consiguiente, de sentido alegar un derecho adquirido a disfrutar, en el futuro, una determinada capacidad, frente a un precepto contrario de una nueva ley. En consecuencia... si la nueva ley fija 25 años para la mayoría, "aquellos que hubieren gozado ya de ple-

na capacidad bajo la ley anterior, pero que no hubieren cumplido todavía los 25 años, *volverán a ser considerados menores*. Este es un punto clásico de discusión; y está resuelto en sentido contrario por *Roubier* (*Les conflits des lois dans le temps*; 2 vol. París, 1929-1933). Sin embargo, *Coviello*, entre otros, defiende este punto de vista con acendramiento" (*Doctrina general del Derecho Civil*; México, 1938) . . . "De igual modo, una nueva ley que modifica la capacidad de las mujeres casadas" . . . debe aplicarse a todas, cualquiera que haya sido la fecha de su matrimonio . . .

Como se ve, Sánchez-Covisa se adhiere francamente al dicho *Primer sistema*, desde un punto de vista meramente doctrinal y ateniéndose a una interpretación sistemática; pero entendemos que él considera preferible el sistema contrario si se contempla el problema con sentido práctico o realista; puesto que, en otro pasaje de su exposición, agrega: "Es evidente que esta solución daría lugar a situaciones prácticas complicadas, como sería la reapertura de tutelas para los que ya fueron mayores de edad. *Esto es lo que puede y debe impedir el legislador*, estableciendo que los que ya sean mayores de edad continuarán en ese estado. Pero, a falta de una decisión expresa o tácita del legislador, la solución científica no puede ser otra".

Por nuestra parte, creemos que un ordenamiento legislativo especial, de la índole a que allí se alude, debería dictarse como norma positiva de carácter transitorio, cuando llegue la oportunidad de hacerlo, y a semejanza de lo ya existente en otras legislaciones, como luego se expone. Y, a juicio nuestro, la finalidad principal de la norma mencionada sería la de terminar, tajantemente, esa discusión plurisecular, pues dicho Primer Sistema es ya insostenible en el ambiente dinámico del mundo moderno: peca de ser excesivamente científico y sistemático, al

incrustarse en la teoría de los derechos adquiridos, la cual no está expresada por el legislador como fundamento *absoluto* del principio de la irretroactividad de las leyes, y por ello, olvida que también merecen respeto y consideración otros *intereses creados* y legítimamente surgidos al amparo de la ley que pronunciaba la capacidad del sujeto. Tal sistema nos da la impresión de un globo hermosísimo, que sube majestuosamente más allá de las nubes; pero que, no pudiendo llegar a la realidad terrestre sino peligrosa y accidentalmente, causa daños considerables y a veces irremediables.

Un ejemplo aclarará nuestra idea cuando decimos que también los *intereses creados* legítimamente han de respetarse: Supongamos que un joven de posición económica bastante desahogada, al llegar a los 21 años y después de obtener un título universitario de ingeniero mecánico o industrial, monta una empresa de fundición en grande escala, para la producción de artículos diversos y principalmente para explotar un invento suyo, al cual cree haber llegado después de muchas vigias. En la empresa embarca todo su patrimonio y aportes de algunos socios y amigos y hasta préstamos bancarios de importancia. Llega luego el legislador con su estatuto de incapacitación hasta los 25 años, y si los intérpretes continúan sosteniendo que la capacidad de que se ha gozado no constituye un derecho adquirido, el joven de nuestro ejemplo quedará bajo la tutela de un abuelo octogenario, quien, por no saber apreciar los talentos, la pericia y la seriedad de su pupilo y por creer que sus actividades industriales son audaces y peligrosas, procede a la enajenación o liquidación de la empresa, por mandato del artículo 369 del código civil, que dice:

“Si en el patrimonio del menor se encontraren establecimientos de comercio, industria o cría, *serán enajenados o liquidados por el tutor* con autorización del Juez. Podrán continuar los negocios de aquellos establecimientos

si, a juicio del Consejo de Tutela, fuere *manifiestamente* conveniente y lo aprobare el Tribunal”.

Se ha consumado, pues, el naufragio de todos los *intereses creados* y comprometidos en el asunto, intereses que eran económicos, profesionales, científicos y hasta patrióticos.

Todos sabemos que los títulos de Doctor, Abogado, Ingeniero, Médico, etc., son certificados oficiales de capacidad. Pues bien, si se pudiese convertir a los mayores en menores, también se podría convertir a los Doctores en Bachilleres y esperar que volviesen a cursar estudios, para un futuro certificado de capacidad.

El Segundo Sistema prevalece en algunas legislaciones y tratados, y lo sostienen algunos autores insignes. Puede formularse de este modo:

Si ha cambiado la ley personal del sujeto, bastará, para que tenga en lo sucesivo plena capacidad general, que ésta se encuentre pronunciada en una cualquiera de las dos legislaciones, la antigua o la nueva; de ellas prevalecerá la que fuere más favorable a la capacidad.

En la vanguardia de los afectos a este sistema, encontramos nada menos que a Federico Carlos de SAVIGNY, quien, desde 1849, escribió (tomo 8º; pp. 407 y 381):

“Reglas relativas a la edad: Toda ley nueva que prolonga o que abrevia la minoridad se aplica inmediatamente a todos los menores del país, de manera que ninguno de ellos puede pretender, en virtud de la ley antigua, un derecho adquirido de llegar a ser mayor en la época fijada por esta ley” . . . “Cuando la mayoridad principia a los 21 años, todos aquellos que, al promulgarse la ley nueva, no han cumplido todavía los 21 años, pierden la aptitud de llegar a ser mayores a esta edad, y su minoridad es prolongada . . .

Sin embargo, *no sucede así para aquellos que, según la ley antigua, eran ya mayores*, aunque debieran ser todavía menores según la ley nueva. En efecto, para ellos la

mayoridad y la independencia resultante de la ley antigua, por el cumplimiento del término que ésta fijaba, es un derecho adquirido. Declararlos menores sería un efecto retroactivo contrario a nuestro principio”...

Es sabido cómo el insigne brasileño TEIXEIRA-FREITAS, autor de un célebre Proyecto de Código Civil, en parte aprovechado por las Repúblicas de *Argentina y Paraguay*, y cómo el ilustre Codificador argentino VELEZ-SARFIELD siguieron en muchas materias las orientaciones Savignianas. Por otra parte, el notable profesor y publicista argentino Carlos M. VICO (tomo 1°, p. 373) nos da la información de que en los primeros borradores del proyecto de Vélez-Sarsfield él adoptaba el sistema de la nacionalidad, para el régimen personal; pero que, después, le llegó a Vélez la traducción francesa de SAVIGNY, editada en 1851, y cambió de criterio adoptando el sistema del domicilio, como lo había adoptado ya el brasileño Freitas.

Se encuentra, pues, comprobada la progenie savigniana de los artículos 138 y 139 del *Código civil Argentino* y de los correspondientes en el *Código Paraguayo* (que siguió muy de cerca al Argentino); a saber:

“El que mude su domicilio de un país extranjero al territorio de la República y fuese mayor o menor emancipado según las leyes de este código, será considerado como tal aun cuando sea menor o no emancipado según las leyes del domicilio anterior”.

“Pero, si fuese ya mayor o menor emancipado, según las leyes de su domicilio anterior, y no lo fuese por las leyes de este código, prevalecerán, en este caso, aquéllas sobre éstas, *reputándose la mayor edad o la emancipación como un hecho irrevocable*”.

Necesariamente, ha tenido una extensísima aplicación práctica esta última disposición en la República Argentina: primero, por la abundantísima inmigración, y segundo, porque dicha República es una de las pocas naciones

que, en el mundo, fijan la mayoría en un número de años más alto que los veintiuno; siendo éste el tiempo fijado en casi todos los países para la capacidad general.

Por tanto, casi todos los jóvenes inmigrantes que llegaron a la República Argentina con veintiún años cumplidos y sin alcanzar los veintidós, *conservaron su capacidad originaria*; pero los que se domiciliaron allí sin haber llegado a los 21 años debieron esperar, para el ejercicio de la capacidad jurídica, que llegara el tiempo fijado por el estatuto domiciliario: 22 años. El cuadro comparativo, que damos a continuación, ilustra bien el punto:

Derecho comparado, respecto de la mayoría

Naciones que fijan una edad distinta de los 21 años

25 años: Bolivia, Chile, Salvador y Dinamarca.—(Derecho Romano).

24 años: Hungría y el Liechtenstein.

23 años: España y Holanda.

22 años: República Argentina.

20 años: Suiza y Japón.

18 años: Malta; también Egipto, pero sólo para los musulmanes.

16 años: Rusia soviética; pero sólo para las mujeres. La mayoría de los hombres comienza a los 18 años.

Y como antecesores de la solución de Savigny, pueden mencionarse: un texto legal prusiano de los primeros años del siglo XIX, y opiniones emitidas por estatutarios franceses del siglo XVIII, principalmente por FROLAND, citado por el Profesor VICO, quien, cuando se refiere a los esfuerzos seculares para darle estabilidad y certeza a la condición de las personas, escribe: La mayoría de edad, en nuestra legislación, se encuentra comprendida en el régimen general de la capacidad, es decir, está subordinada a la ley del domicilio. Pero, los artículos 138 y 139 del có-

digo civil introducen una modificación de la regla general *en beneficio de la estabilidad de la capacidad adquirida en virtud de las leyes del domicilio anterior*. Esos artículos tienen su antecedente en las doctrinas estatutarias, que trataron de hacer regir la capacidad de las personas por la ley del domicilio, con el objeto de impedir las variaciones en el régimen de la capacidad cuando esa persona realizase actos jurídicos fuera del lugar de su radicación. Pero, como el domicilio podía cambiarse y ese cambio daba lugar a una alteración de la calificación de la persona, que podía ser capaz de acuerdo con la ley del anterior domicilio, e incapaz de acuerdo con la ley del domicilio sobreviniente, se buscó el referir el régimen de la capacidad a un solo domicilio, a pesar de los cambios ulteriores. Algunos autores propusieron el domicilio de origen (Bouhier, francés del siglo XVIII); otros, *la irrevocabilidad de la capacidad adquirida* por mayoría de edad o por emancipación, no obstante la traslación de la persona que la adquirió a un domicilio que requiriese una edad mayor. Esta última solución fue dada por FROLAND en el siglo XVIII y es la adoptada por los mencionados artículos 138 y 139 de nuestro código civil. . . . *Los domicilios voluntarios posteriores no influirán para perjudicar el régimen de la capacidad, aun cuando puedan influir para hacerle adquirir una capacidad a quien no la tenía por el domicilio de origen.* (Vico, Curso de Derecho Internacional Privado, 2ª edición, Buenos Aires, 1934, tomo I, pp. 428, 429 y 349).

Cabe observar, por otra parte, que cuando se trata de un cambio individual y voluntario, si no se considera a la persona como firmemente capaz según su ley originaria y al tiempo de efectuarse el cambio, no podría ella consentir, válidamente, en la mutación de su régimen y de su jurisdicción, principalmente si ello implicase una *tácita capitis deminutio*. El sujeto, procediendo por sí mismo, no tendría la facultad de cambiar de nacionalidad, ni de domicilio; lo que requiere capacidad para hacerlo. Y si se le

considera capaz para ésto, que no puede ser más grave y trascendental, hay que considerarlo, también, para todos los actos corrientes de la vida jurídica humana.

Los referidos textos legales argentinos y paraguayos guardan relación congruente con una disposición radical contenida en el artículo 14 *ejusdem*, donde se enumeran varios grupos de leyes de *orden público*. El cuarto de ellos tiene esta redacción: "Cuando las disposiciones de este código estén en conflicto con leyes extranjeras, y las primeras fuesen más favorables a la validez de los actos"

Y en el Tratado de Derecho Civil Internacional, de 1889, firmado en el CONGRESO DE MONTEVIDEO por varias Repúblicas Sud-Americanas, por iniciativa de Argentina y Uruguay, se estipuló:

"Artículo 1º. La capacidad de las personas se rige por las leyes de su domicilio.

"Artículo 2º. El cambio de domicilio *no altera la capacidad adquirida* por emancipación, mayor edad o habilitación judicial".

En este último texto, se observa que él no incluye la capacidad que pueda tener la mujer casada conforme a su ley personal anterior; pero, al ser revisados todos esos textos por el Congreso Internacional reunido en MONTEVIDEO en el año de 1940, se adoptó esta otra redacción, que es más genérica:

"Artículo 2º. *El cambio de domicilio no restringe la capacidad adquirida.*" (Punto final).

Defendiendo este sistema, el jurista argentino Lisandro SEGOVIA, en su monografía "El Derecho Internacional Privado y el Congreso Sud-Americano de Montevideo", (publicada en 1889), escribió:

"Nótese que el vínculo entre la persona y la ley territorial se forma por la intención, es decir, por la voluntad

de esa persona, que, espontáneamente y sin coacción alguna, resuelve establecerse en un país y ponerse bajo el amparo de sus leyes, adoptándolo voluntariamente como una patria de hecho. La misma voluntad hace que se rompa el vínculo civil que le ligaba a las leyes del domicilio anterior, y el derecho de cambiar de domicilio constituye una manifestación lícita de la libertad del hombre, que debe ser consagrada por las demás naciones. Resultará de aquí que la ley a que está sometida la capacidad jurídica de las personas podrá variar con el domicilio. Pero, *tal cambio no tendrá por efecto hacer incapaz al que era capaz según la legislación de su anterior domicilio*, porque la nueva ley debe respetar el derecho adquirido y porque no es presumible que la persona, al establecerse en otro país, quiera empeorar de condición al punto de perder su capacidad. . . Por una consideración opuesta. . . , el incapaz podrá hacerse capaz, porque es muy razonable presumir que acepta complacido un cambio que le hace surgir a la plenitud de la vida civil, acordándole una capacidad que le faltaba, o completándole la aptitud que sólo tenía parcialmente. En el sentido de *estas conclusiones, que reputo altamente humanas y justas*, pueden verse: los artículos 138 y 139 de nuestro código civil; 2º del Tratado de Montevideo; 84 de la Ley Alemana sobre Cambio; Savigny, N° 365 *in fine*, y Goldschmidt, *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1888, pág. 131. (Segovia, Obra citada, pp. 13 y 14).

En aquella misma época, el afamado profesor y tratadista argentino Amancio ALCORTA expuso un razonamiento semejante al de Segovia, e inspirándose en las ideas de Savigny (como lo hacía muy frecuentemente), concluyó: La capacidad por la edad se rige por la ley personal; pero, habiendo cambio en esta ley, *se aplica la que mantiene o concede la mayor edad*. . . Habrá que aplicar una u otra ley, según el caso, o sea, la anterior o la actual, según que la una o la otra conserve o conceda la mayor edad. *Así se facilitan y se da estabilidad a las vinculaciones jurídicas*. . . *El cambio de ley personal no puede alterar la capacidad adquirida*, porque la independencia que resulta del estado primitivo tiene todos los caracteres de un de-

recho adquirido, que no puede ser alterado, cayendo en la repugnante consecuencia de considerar incapaz al que era ya capaz por su ley anterior. (Curso de Derecho Internacional Privado, 3 tomos, 2ª edición, 1927, pp. 51 a 55. Su primera edición es anterior al Congreso de Montevideo, de 1889. *Alcorta* cita, también, en su apoyo, a Von Bar, Freitas, Guthrie, etc., y al código Prusiano, de 1814).

Puede ser consultada, también y con provecho, la obra argentina "Tratado de Derecho Internacional Privado", por los Doctores Margarita ARGUAS y Carlos Alberto LAZCANO, (1926, pp. 109 y 110).

Y el ilustre profesor y tratadista brasileño CLOVIS BEVILAQUA asienta: "Con relación a la mayoría, hacen algunos autores *una excepción que me parece muy justo*: El brasileño, por ejemplo, que a los 22 años se naturaliza chileno, no debe regresar a la minoridad, aunque según el artículo 266 del Código de Chile, la mayoría no se alcanza sino a los 25 años, y se sostiene, con razón, que si el Estado chileno le reconoció al individuo capacidad para un acto de tanta magnitud como la adquisición de la nacionalidad, debe mantenerle la aptitud jurídica para negocios de menor gravedad." (Principios elementares de Direito Internacional Privado, 1906, Bahía, pág. 157).

También, el profesor y tratadista francés NIBOYET se adhiere a este sistema. Hé aquí un extracto de su exposición (edición española, pp. 576 y 577): Cuando un individuo posee un cierto estado y una determinada capacidad, conserva uno y otro definitivamente. Aunque la capacidad esté sometida a la ley nacional actual, nos parece acertado admitir que el interesado, con capacidad según la ley antigua, *no puede quedar incapacitado conforme a la ley nueva*, ya que su capacidad constituye para él un derecho adquirido. El beneficio de su capacidad continuará conservándolo. La condición de un individuo, en caso de conflicto de leyes, *puede mejorar* mediante la aplicación

de la nueva ley competente, *siendo preferible no empeorar dicha condición.*

Este sistema teórico-práctico, indudablemente satisfactorio de todas las necesidades y conveniencias, fue acogido también, en el siglo XIX, por la doctrina y la jurisprudencia de Alemania, Suiza, Austria, etc., y ha terminado recibiendo la consagración explícita en sus códigos:

Así, el artículo 7, línea 2, de la Ley de Introducción al Código civil ALEMÁN, que principió a regir el 1° de enero de 1900, estatuye:

“Si un extranjero que es mayor o posee la situación jurídica de mayor, llega a ser súbdito del Imperio, *conserva la situación jurídica de mayor*, aun cuando no lo fuese según la legislación alemana”.

Y el Código civil SUIZO, que principió a regir el 1° de enero de 1912, establece, en el artículo 5° de su Título final, que versa sobre “La aplicación del Derecho antiguo y del Derecho nuevo”:

“El ejercicio de los derechos civiles está regido, en todos los casos, por las disposiciones de la presente ley. Sin embargo, las personas que al tenor de la ley antigua eran capaces de ejercer sus derechos civiles cuando la entrada en vigor de la ley nueva, pero que no lo serían ya al tenor de ésta, *no sufren ninguna disminución en su capacidad*”.

OBSERVACIONES GENERALES RESPECTO DE LEYES VENEZOLANAS:

Para un más preciso entendimiento de la exposición que precede, hacemos las siguientes observaciones:

Primera: No puede naturalizarse *individual y voluntariamente* el extranjero que, siendo mayor de edad según

su ley personal (por ejemplo, un suizo de 20 años), sea menor según la ley venezolana, por no haber cumplido sus 21 años. En efecto, nuestra ley sobre la Naturalización (1940) exige que el aspirante tenga 21 años y sea también mayor de edad según su propia ley: debe él tener la mayoría conforme a las dos legislaciones, aplicadas acumulativamente.

Segunda: En cambio, puede presentarse en Venezuela un caso a la inversa, en el cual un joven argentino o paraguayo menor de 22 años, o un español u holandés menor de 23 años, etc., quede naturalizado venezolano, *en cabeza del padre*, por hallarse bajo la patria potestad de su progenitor según la ley de la patria nativa. Sobre el particular, el artículo 7° de la ley venezolana respectiva estatuye:

“Los efectos de la naturalización son puramente individuales; sin embargo:

“1. Los hijos menores de los naturalizados en el país, gozarán de los efectos de la naturalización de sus padres, *mientras alcanzan su mayor edad*”.

“2. Los hijos menores extranjeros de la extranjera que se casare con venezolano, adquirirán y perderán con su madre la nacionalidad; pero deberán hacer, *al llegar a la mayor edad*, la manifestación a que se refiere el numeral 4° del artículo 29 de la Constitución Nacional”.—(Nota: Donde dice: “*deberán*”, léase como si dijera: “*podrán*”).

Consiguientemente, por aplicación del artículo copiado, que reformó el régimen que teníamos en las leyes de 1913 y 1928, el joven de nuestro ejemplo constituiría un fenómeno antijurídico, que haría recordar la función de *la cadena sin fin* o la de una *pelota vasca*. Estando bajo la patria potestad del extranjero que se naturaliza en Venezuela, quedaría naturalizado el hijo también, *por el tiempo de su minoridad*, y por esta naturalización tácita, provisional e indirecta, el hijo, con sus 21 años cumplidos, *se convertiría en mayor*, instantáneamente, al quedar bajo el imperio del estatuto personal venezolano, desde que se

publique en la Gaceta Oficial la naturalización del padre; y siendo ya mayor, perdería *ipso jure ipsoque facto* nuestra nacionalidad y recobraría la suya originaria y el consiguiente estatuto personal extranjero, que pronuncia su *minoridad*; por esto último, volvería a quedar bajo la subordinación al padre, y con ello, se convertiría nuevamente en venezolano provisional y mayor de edad, etc., etc., etc. Por lo tanto, el joven de nuestro ejemplo sería: venezolano, y por ello, mayor de edad; por esto otro y en el mismo instante, reacería en la minoridad y en la extranjería; por esto último y en el mismo instante, volvería a la venezolanidad y a la mayoría; y así, indefinidamente. Su *status* no podría resolverse por medio de una opción que él ejerciera entre las dos nacionalidades; porque el optante carecería de capacidad jurídica, en razón de la minoridad pronunciada por su verdadera ley nacional. La opción es un acto jurídico y político de alta gravedad: darle la espalda a la patria nativa, o, por el contrario, cerrar la puerta que para él está entreabierta en la nueva patria paterna. No habría, pues, más camino transitable que conservarle y reconocerle a ese joven su *verdadera condición de extranjero y menor de edad*, y esperar que, en tiempo oportuno, resuelva él mismo su situación para el porvenir. Cuando llegue, realmente, a la mayoría, guardará silencio, y entonces continuará con su primitiva nacionalidad; o, por el contrario, hará la manifestación de su voluntad de ser venezolano, conforme a lo previsto en el inciso 1º del artículo 29 de la Constitución Nacional (de 1936), que dice: "Son venezolanos por naturalización: 1º. *Los hijos mayores de edad*, de padre o madre venezolanos por naturalización, nacidos fuera del territorio de la República, si vienen a domiciliarse en el país y manifiestan su voluntad de ser venezolanos".

El dicho caso del posible joven, aparentemente venezolano y extranjero, mayor y menor de edad, todo simultáneamente, no habría podido presentarse cuando estuvieron

en vigor las leyes de 1913 y 1928, porque entonces, al operarse la venezolanización del hijo, en cabeza del padre, el nuevo estatuto personal del hijo lo independizaba si tenía 21 años cumplidos; pero *manteniéndolo bajo nuestra vinculación política y jurídica, de modo permanente*, a menos que, durante el primer año de su *mayoridad venezolana*, el sujeto declinase la venezolanización, manifestando su preferencia por la patria originaria; manifestación para la cual había que considerarlo capaz, pues la hacía dentro de la última etapa de su subordinación a la ley venezolana; todo de conformidad con el texto legal derogado, el cual establecía:

“Los hijos menores del naturalizado gozarán los efectos de la naturalización de su padre o madre hasta su mayor edad, y *continuarán considerados como venezolanos* si no hicieren una manifestación en contrario al Ejecutivo Federal o a los Agentes de la República en el extranjero, dentro del año siguiente a la mayor edad”.

Se trataba, pues, de jóvenes que continuaban siendo venezolanos *bajo condición resolutoria*. En cambio, desde la reforma de 1940, aquéllos, cuando llegan a la mayoría, son desvinculados de Venezuela, y el renacimiento del vínculo está sujeto a *condición suspensiva*.

Tercera: El venezolano que establece su domicilio en el extranjero, aunque se nacionalice en el Estado de su residencia, continúa siempre sujeto a nuestro estatuto personal, por aplicación del artículo 9 del código civil, y porque el legislador de 1940 restableció, respecto de los nacionales por nacimiento, el sistema medioeval de la sujeción perpetua e indeclinable (*nemo potest exuere patriam*), cuando testó de la Ley de Naturalización las normas que regulaban la pérdida y la recuperación de nuestra nacionalidad, por considerarlas, erróneamente, como inconstitucionales. (Ver nuestro trabajo “¿Puede el Venezolano cambiar de Nacionalidad?”, publicado en febrero de 1945).

Y por cuanto el venezolano naturalizado en país extranjero, conforme a principios y usos internacionales indiscutibles, tendría la nacionalidad originaria sólo frente a nuestros jueces o funcionarios, pues en el resto del mundo se le tendría como vinculado a su patria adoptiva, el sujeto se encontraría bajo un doble estatuto, quizás contradictorio en materias diversas; y por ello, la validez y los efectos de sus actos y hechos concernientes al estado, a la capacidad y a las relaciones de familia, serían fluctuantes y estarían bajo el influjo eventual de las distintas jurisdicciones que fueren llamadas a decidir; produciéndose así una dualidad de régimen que afectaría profundamente las normas más elementales de la justicia y favorecería la práctica del fraude a la ley. Como se ve, el Derecho Internacional Privado fracasa con este sujeto, absolutamente; y ello, por obra del error legislativo que se cometió en el año de 1940.

Cuarta: Numerosos publicistas afirman que los legisladores deben evitar, a todo trance, *el doble cambio de nacionalidad* que, inútilmente y dentro de un corto lapso, sufren (según ciertas legislaciones) *las mujeres viudas o divorciadas* de un nacional, y a veces también sus hijos, cuando aquéllas optan por quedar en lo sucesivo con la nacionalidad marital. Para ello, proponen que se le dé a la opción efecto retroactivo, o, mejor dicho, que se considere a la optante como habiendo conservado aquella nacionalidad, la que tenía en la fecha de la muerte del marido o en la fecha de la sentencia que disolvió el vínculo. Realmente, no se trata de efectos retroactivos; porque, en lugar de someter la recuperación de la nacionalidad matrimonial a la condición suspensiva de que la mujer haga su manifestación de voluntad dentro de un año, los legisladores podrían y hasta deberían *conservarle a la mujer esa nacionalidad por un año y bajo la condición resolutoria respectiva*, si ella no hiciera manifestación confirmatoria durante igual tiempo; *no requiriéndose ninguna manifestación si la mu-*

jer continuase domiciliada en el Estado de cuya nacionalidad se trata, y la cual es, probablemente, la patria de sus hijos.

Guarda bastante relación con este tema el párrafo que de seguidas copiamos, de un trabajo del ilustrado y acucioso jurista y académico venezolano Doctor Francisco VETANCOURT-ARISTEGUIETA, cuyo título es "La Nacionalidad, la Naturalización y la Ciudadanía en Venezuela", publicado en el Boletín de la Academia Venezolana de Ciencias Políticas y Sociales (marzo de 1940, p. 24) :

"En el Congreso de 1936, propusimos introducir en la Constitución Nacional la reforma tendiente a seguir considerando como venezolana a la extranjera, viuda de venezolano, mientras ella no declare voluntad en contrario. *Reforma que no fue aceptada*".

Y lo más sensible es que, por ahora, son irremediables esos cambios repetidos de nacionalidad y sus consiguientes trastornos graves en el régimen personal, sobre todo, desde que en la citada Constitución de 1936 fueron *remachadas* esas mutaciones sucesivas, injustificadas e inútiles, de este modo: Es venezolana por naturalización: "La extranjera casada con venezolano mientras subsista el matrimonio y cuando disuelto éste y durante el año siguiente a la disolución, *manifieste y sea aceptada su voluntad* de continuar siendo venezolana" (artículo 29, inciso 4º). Y de conformidad con el artículo 30, el cumplimiento de todos esos requisitos no tiene la eficacia de una naturalización sino desde que se publiquen en la Gaceta Oficial la manifestación de la mujer y la aceptación respectiva por el Poder Público. No se trata, pues, de una *continuación* de la venezolanidad, sino de una verdadera *restitución* de ella, la cual queda al arbitrio de la Autoridad competente. En tales circunstancias y por aplicación del citado artículo 30 *in fine*, no puede retrotraerse la eficacia de esa recuperación a la fecha en que el matrimonio se disolvió:

“La nacionalidad no se considerará adquirida mientras no se verifique la expresada publicación”.

GENERALIDADES SOBRE LAS RELACIONES DE FAMILIA

En los Estados que conectan el régimen de la familia a *su domicilio*, las soluciones positivas se facilitan. Ordinariamente, los cónyuges por una parte, y por la otra los incapaces y sus representantes, tienen un solo domicilio legal. Pero, cuando se trabaja con un estatuto personal dependiente de *la nacionalidad* y hay varias nacionalidades dentro de la familia, los problemas jurídicos son algo más que difíciles y complejos, revisten, en ocasiones, las características de lo insoluble.

Comprendiéndolo así, los pensadores europeos de la segunda mitad del siglo XIX y primeros lustros del siglo XX, trabajando individual o colectivamente y en centros científicos, oficiales o nó, inclusive y principalmente en el Instituto de Derecho Internacional y en las Conferencias de La Haya, se empeñaron, de manera muy asídua, en uniformar el Derecho Familiar por el sistema de *la nacionalidad*, al estilo de la escuela italiana iniciada por Mancini y la cual facilitaba grandemente las soluciones, casi siempre bajo el supuesto de que los dos o más sujetos en presencia tuvieran la misma nacionalidad.

Un plan de trabajos metódicos exigía que se fijaran las normas de la nacionalidad por el sistema casi exclusivo de la herencia sanguínea (*jus sanguinis*) y que se redujera al mínimum el *jus soli*. Exigía también que la mujer tuviera la nacionalidad y el régimen civil del marido, para lo cual se le dió a ella, impositivamente, la vinculación jurídica de éste, sin posible disentimiento válido. Y siempre con igual orientación unificadora, muchos Esta-

dos, aunque con matices diversos, adoptaron *la naturalización familiar colectiva*, bastando, al efecto, la nacionalización del jefe de ella, y descartaron así el pensamiento de que el cambio de nacionalidad debiera ser algo personalísimo, en lo que no debería influir la voluntad extraña, ni siquiera la de un progenitor, ni la de un cónyuge. Y entre otras medidas previas semejantes, se pensó en que si, a pesar de todo, brotaba la nacionalidad ramificada, prevaleciera siempre el *régimen nacional de la familia*, teniéndose por tal el del marido y padre, pues si, por ejemplo, cada hijo tuviere una nacionalidad distinta en razón del *jus soli*, la aplicación de la ley personal de cada uno a la filiación misma y a las relaciones familiares, personales o patrimoniales, haría depender el gobierno del hogar de un ramillete de regímenes, lo que sería contrario a la naturaleza misma de las cosas y a la buena organización de cualquiera familia.

En resumen, el éxito del sistema de *la nacionalidad* estaba subordinado a la unificación jurídica del grupo familiar. Y no podía lograrse esta unificación sino sacrificando otros principios, necesidades y conveniencias que se considerasen como de menor valía.

Conflictos, también muy graves, hace surgir la conexión de los varios miembros de una misma familia a *diferentes sistemas jurídicos personales*, a causa de la diversidad de confesiones religiosas (La India, Egipto, Siria y Líbano, Palestina, Argelia, Túnez, Marruecos, Albania, etc.)

En el linde de los siglos XIX y XX y a causa de haberse sumado Alemania, Suiza y otros Estados al poderoso grupo donde gobierna *la nacionalidad*, y en parte, también, por la firma de las Convenciones internacionales de La Haya y la intensa difusión universitaria de la doctrina de la personalidad del derecho, llegó a tenerse la impresión del triunfo próximo y seguro del Derecho Interna-

cional Privado con el fundamento de *la nacionalidad*, como lo quisieron Mancini, Fiore y sus continuadores. Llegó a concebirse la ilusión de que redoblando los esfuerzos y la propaganda por poco tiempo más, se lograría la adhesión de la Gran Bretaña, que sería seguida, de cerca, por los Estados Unidos, Argentina, Uruguay, Chile, etc.

Pero, los disentimientos han sido cada día más irreductibles, y los jurisconsultos y los Estados adeptos al sistema del *domicilio*, lejos de disminuir, se han multiplicado en los últimos lustros. Este movimiento ha sido considerablemente acentuado por la afluencia, en muchos países, de grandes masas de rusos blancos, italianos antifascistas, españoles republicanos, judíos y tantos otros que han debido huir o han sido expulsados de sus patrias.

Para convencerse de ello, bastará recordar que, pocos años antes de la guerra actual, se habló y se escribió mucho en FRANCIA sobre la conveniencia de sumarse al campo domiciliario, pues, según numerosos pensadores bien calificados, *Francia se había convertido en país de inmigración*, en grande escala. Y no debemos olvidar el contraste resaltante de que fue Francia el primer Estado que, en el mundo, ligó el estatuto personal a la *nacionalidad* (Código de Napoleón, 1804), sesenta y un años antes de que existiera el código italiano. Leemos, por ejemplo, en la obra didáctica de PILLET y NIBOYET, n° 485, p. 570, edición de 1928:

“Por lo que a Francia se refiere, se advierte que el elemento extranjero aumenta cada vez más, presentándose en algunas regiones en masas compactas. Se plantea, pues, la cuestión de si no habrá llegado ya el momento de someter a un nuevo examen el problema de la ley aplicable a los extranjeros. . . La Société Française d’Etudes Législatives viene también estudiando la cuestión” (la cual debía ser discutida a fines de 1929), “La competencia de

la ley del domicilio encontrará seguramente en élla defensores decididos. De este modo, recaerá la atención de los poderes públicos franceses sobre la oportunidad de modificar el sistema positivo francés. A nuestro juicio, no se podrán dirigir censuras a nuestro país por dictar las *medidas de defensa jurídica* que considere indispensables... ¿Cómo censurar a un país por el hecho de adoptar el sistema vigente en la Gran Bretaña, en los Estados Unidos y en la mayor parte del resto de la América? Nadie podrá estimar como contrario a la civilización el hecho de copiar de determinados países, *que han tenido siempre un gran sentido práctico, un sistema que parece haberles proporcionado siempre los mejores resultados*".

En la referida oportunidad, la Sociedad dicha recomendó un Proyecto en el cual, según leemos en el Apéndice de la 7ª edición de SURVILLE (por La Morandiére y Batiffol), se establecía la aplicación de la ley francesa a las relaciones familiares siempre que *uno cualquiera* de los dos cónyuges fuera francés.

Y casi todas las Repúblicas de América, excepto Cuba, Venezuela y alguna otra, están por el sistema del *domicilio*. Hasta el BRASIL, que siempre asumió en nuestro Continente, en todos los Congresos y Conferencias internacionales, la más esforzada e ilustrada defensa del sistema manciniano, se ha adherido al régimen contrario, con su novísima ley de Introducción al Código civil, la cual rige desde el 24 de octubre de 1942. Sobre el particular y refiriéndose a un trabajo nuestro (publicado en febrero de 1943), sobre el sistema legal venezolano en la materia, nos ha escrito el eminente jurista PHILADELPHO AZEVEDO, Codificador brasileño y Ministro del Supremo Tribunal Federal (carta fechada el 1º diciembre 1943):

(Traducción): "No se trata apenas de profundo estudio de interés interno, transborda las fronteras para situar el Código de Venezuela dentro del concierto americano, y

no sólo frente a las Convenciones, también frente a las ideas-fuerzas que dos grandes cerebros americanos, FREITAS y BELLO, lanzaron en el Atlántico y en el Pacífico, con grande irradiación. A propósito, pido permiso para acentuar que *en el Brasil abandonamos ya la posición de la ley nacional para volver a Freitas*, y así, la minoría se ve reducida en el Continente. Mándole, incluso, la nueva ley de introducción que, en 1942, sustituyó a la que precedía el código de 1916, y *se coloca francamente al lado del principio domiciliario*, impuesto por necesidades políticas indeclinables, agravadas por la guerra, pues hay en el país núcleos compactos de poblaciones inmigradas de los países del Eje y a las cuales hubo de ser aplicado su derecho originario”.

Conviene que citemos aquí las siguientes determinaciones de la novísima *ley brasileña*:

“La ley del país donde estuviere domiciliada la persona determina las reglas sobre el comienzo y el fin de la personalidad, el nombre, *la capacidad y los derechos de familia*. (Art. 7°) . . .

“Teniendo los novios domicilios diversos, regirá los casos de invalidación del matrimonio la ley del *primer domicilio conyugal*.

“El régimen de los bienes, legal o convencional, obedece a la ley del país donde tuvieron los novios el domicilio, y si éste fuere diverso, a la del *primer domicilio conyugal*.

“Salvo el caso de abandono, el domicilio del jefe de la familia extiéndese al otro cónyuge y a los hijos no emancipados, y el del tutor o curador a los incapaces bajo su guarda.” (Varios parágrafos del mismo artículo 7°).

“*La sucesión* por muerte o por ausencia obedece a la ley del país en que estaba domiciliado el difunto o el desaparecido, cualquiera que sea la naturaleza y la situación de los bienes.

“La vocación para suceder en los bienes del extranjero situados en el Brasil será reglada por la ley brasileña en beneficio del cónyuge brasileño y de los hijos del matrimonio, siempre que no les sea más favorable la ley del domicilio.” (art. 10).

Este régimen sucesoral, desde el punto de vista internacional, es, *mutatis mutandi*, el concebido por ANDRES BELLO para Chile y el cual rige ya en ocho o nueve Repúblicas americanas. También es análogo al que rige en la República Argentina y en el Paraguay (arts. 3283, 3470 y 3598 del código argentino), donde la sucesión se rige por la ley domiciliaria, pero con la salvedad de que ha de aplicarse la ley territorial cuando ello sea necesario *para velar por la integridad de la legítima* correspondiente a los herederos forzosos, considerada ésta como institución de orden público. En otra oportunidad, escribimos que el glorioso Andrés BELLO “supo concebir, para los derechos sucesorios, un sistema combinado y tendiente a la conciliación entre el universalismo doctrinario de Savigny y lo que puede haber de útil en el particularismo territorial americano”. (Puede verse el capítulo IX de nuestro estudio titulado “La Escuela Estatutaria en Venezuela y su evolución hacia la territorialidad”; 1943).

Todo lo expuesto demuestra que no puede ya esperarse la unificación del Derecho Internacional Privado con el sistema de *la nacionalidad*, y menos aún dándole a ésta una base puramente sanguínea. Casi toda la América, junto con el Imperio Británico y sus Dominios y Colonias, etc., se halla firme y enérgica en sus posiciones, defendiendo lo que juzga más necesario y conveniente desde los puntos de vista político, sociológico y económico; aunque sea el sistema del *domicilio* algo menos sólido en lo puramente jurídico; pero esto último, solamente porque la nacionalidad es menos movable que el domicilio.

Después de cuatro siglos, van recobrando actualidad apreciaciones generales del estatutario francés Gui-COC-

QUILLE, quien calificó al "conflicto de leyes o costumbres" de "*laberinto sin hilo*", que exige de los investigadores "*el alambique de sus cerebros*". La sinceridad nos impone que exhibamos al Derecho Internacional Privado con su fisonomía actual y sin disimular demasiado los obstáculos que vienen imposibilitando la uniformidad de sus soluciones. Hay un abismo entre lo que es y lo que debiera ser. Teóricamente, las soluciones podrían o deberían ser tales como son presentadas en éstos o en aquéllos libros. Pero, práctica y legislativamente, la humanidad viene dividida, desde mediados del siglo XIX, en dos grandes campos jurídicos, el de la nacionalidad y el del domicilio; pero, sin señalar rumbos exactos y uniformes que sirvan para universalizar la determinación y reglamentación de los dos mencionados elementos básicos, a fin de que toda persona tenga una sola nacionalidad y un solo domicilio, fácilmente reconocibles y demostrables, en el seno de cada país y en la esfera internacional. Logrado el éxito en esa primera etapa de los trabajos, sería entonces la oportunidad de abrir el ciclo de los esfuerzos tendientes a unificar la conexión del estatuto personal y a señalar normas y aplicaciones consecuenciales. Pero, mientras medio siglo de paz mundial no llegue a borrar las preocupaciones guerreras, los orgullos de raza y los egoísmos nacionalistas, no se vislumbra cómo pueda triunfar definitivamente el Derecho Internacional Privado.

Por otra parte, casi no es posible abordar *a fondo* cualquiera cuestión importante del conflicto de leyes en el espacio, sin que salgan a la palestra graves impedimentos, normales a veces, anormales con frecuencia; a saber: el carácter *nacional o interno, en cada país*, del conjunto de normas de conexión que forman *su sistema* de Derecho Internacional Privado; las exigencias y la noción misma del *orden público internacional*, que varían de un país a otro y hasta de uno a otro pensador; las doctrinas básicas, pero discutidas e imprecisas, del *reenvío o remisión*, de las

calificaciones y del *fraude a la ley*; más la diferenciación, también básica, pero discutida en muchas ocasiones, entre las simples *expectativas* y los *derechos adquiridos*.

No puede suponerse que se asiente lo que está en plena ebullición.

A todo lo antes expuesto se agrega que las discrepancias en las leyes sobre la determinación de la nacionalidad han seguido aumentando, y se han multiplicado las personas con nacionalidades concurrentes. También, el número de *apatridas* forma ya una especie de Vía-Láctea, por su magnitud.

Finalmente, muchos Estados que tuvieron el sistema casi mundial de la *nacionalidad unitaria del matrimonio*, han venido sustituyéndolo, con el de la *nacionalidad distinta de la mujer casada*. No se ve ya, por ningún lado, cómo pueda universalizarse el régimen jurídico de la *nacionalidad*, cuando se admite su fracaso dentro del grupo familiar, que ha sido política y jurídicamente fragmentado.

Se presienten los funerales de la escuela italiana, llamada de Mancini.

Es de suma gravedad, para la referida escuela, el obstáculo de la doble nacionalidad dentro del matrimonio. Por ejemplo, ¿cuál ley se aplicará a las relaciones personales de los cónyuges entre sí? ¿Cuál ley determinará la necesidad de licencia marital?, o, por el contrario, ¿cuál ley pronunciará la capacidad plena de la mujer casada, y los respectivos corolarios en favor o en contra de los terceros? ¿Cuál ordenamiento jurídico es el competente para decidir sobre el mandato tácito entre los cónyuges? ¿Cuál sobre la administración de los diversos grupos de bienes? ¿Cuál a las donaciones entre esposos? ¿Cuál determinará la mutabilidad o la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales expresas o tácitas? ¿Que respondan los que lo sepan!

Cada una de estas cuestiones planteadas es *indivisible*, por su naturaleza misma. Consiguientemente, si se la somete al régimen de una de las dos legislaciones que controvierten entre sí, necesariamente queda excluida la aplicación de la otra. Cuando se trata de la *formación de un acto jurídico constitutivo del estado de las personas*, por ejemplo, de la celebración del matrimonio, es posible la aplicación simultánea y acumulativa de ambas leyes concurrentes, para determinar los requisitos necesarios a la validez del acto. Pero, la misma solución es impracticable cuando se trata de regular los derechos y obligaciones resultantes de un estado familiar ya existente, por ejemplo, del estado matrimonial. Es inevitable, entonces, que prevalezca la ley personal del uno o la del otro de los sujetos respectivos. (Lo mismo sucede con las relaciones personales o patrimoniales entre padres e hijos).

Y contestada cualquiera de aquellas preguntas, estableciendo que prevalece la ley del marido o la de la mujer, queda todavía por resolver si es su ley nacional actual, o la de la nacionalidad que tenía al casarse, o si es preferible la ley de la última nacionalidad común, cuando la hubo antes de la bifurcación, etcétera.

Piénsese, por otra parte, en el problema de la presunción legal de la legitimidad de un hijo concebido durante el matrimonio y en lo concerniente a la acción de desconocimiento, si los cónyuges tienen distintas nacionalidades y si el hijo la tiene *triple*: una, por el *jus sanguinis marital*, otra, por el *jus sanguinis* materno, y la otra, por su propio *jus soli*; y esto, sin contar con alguna *cuarta* nacionalidad que se le haya atribuido, *provisionalmente*, durante su minoridad, por la naturalización del padre. Y piénsese, también, cuanto al mismo problema, en las posibles e inevitables vacilaciones de los juristas y de los jueces, ante lo que, con razón o sin ella, se califique como de *orden público*, se-

gún la *lex fori*, y ante algún posible *reenvío* o *remisión de primero* o *de ulterior grado*.

La dificultad no es nueva; pero ha seguido agravándose. De una manera general, la aplicación de la nacionalidad, para el estatuto personal, supone que no hay equívoco. Al presentarse éste, *casi todos los autores*, en lo concerniente a las relaciones conyugales, *se quedan con la ley marital*. Para abreviar, sólo daremos aquí pocas citas, pero expresivas:

Pensaba LUIS SANOJO (t. 1, p. 57), que se rigen por el estatuto personal "los deberes mutuos de los consortes y la legitimidad de los hijos", y "cuando los dos cónyuges sean de distintas nacionalidades, regirá el estatuto personal del marido, jefe natural de la familia".

El artículo 29 del Proyecto de ley, para Venezuela, sobre aplicación del Derecho Internacional Privado, por el Doctor PEDRO M. ARCAYA (1912-1915), decía: "La ley nacional de los cónyuges, o la del marido si son de diversa nacionalidad, determinará sus recíprocos derechos y obligaciones en cuanto a las personas y el régimen de los bienes".

Y de los extranjeros, traigamos a NIBOYET (ed. española, p. 593): "La ley común de los cónyuges regla los efectos del matrimonio. Pero, actualmente, cada vez aumenta el número de países donde la mujer, a pesar de contraer matrimonio con un extranjero, puede conservar su nacionalidad. Habrá, pues, dualismo de nacionalidades en el seno del matrimonio. En tales casos, hay que seguir la ley del marido, pues, teóricamente, hay que adoptar una ley única. Entre los efectos del matrimonio, hay algunos que son indivisibles y no pueden obedecer sino a una sola ley... En principio, la ley del marido es la que tiene que prevalecer necesariamente... Es lo único conforme con la naturaleza de las cosas. Además, ¿cómo concebir una

mujer incapacitada si la ley del marido le reconociese capacidad, o viceversa?

Pues bien, si eso fuese así, ¿qué han avanzado, cuanto al Derecho civil internacional, los iniciadores y los implantadores de una nacionalidad separada e independiente para la mujer casada, si al llegar a las aplicaciones civiles prácticas, resulta arrinconado aquel triunfo feminista?

Un ejemplo extraído de la evolución legislativa y jurisprudencial venezolana, precisará conceptos:

Desde 1873, teníamos en Venezuela la nacionalidad unitaria del matrimonio, conforme a los siguientes textos:

“La extranjera que se casare con un venezolano adquirirá la nacionalidad de su marido, y la conservará mientras permanezca casada. Si, disuelto el vínculo, quisiere continuar siendo venezolana, lo manifestará ante el Registrador Principal de su domicilio, dentro del primer año de terminado aquel vínculo” (art. 21 del código de 1922, semi-concordante, *mutatis mutandi*, con el texto respectivo de la Constitución de 1936, que antes hemos citado).

“La venezolana que se casare con un extranjero se reputará como extranjera respecto de los derechos propios de los venezolanos, siempre que por el hecho del matrimonio adquiriera la nacionalidad del marido y mientras permanezca casada” (art. 22 del citado código).

Esta última disposición fue ANULADA, en el año de 1937, por sentencia de la Corte Federal y de Casación, por considerarla *inconstitucional*, después de haber sido respetada y cumplida durante dos tercios de siglo, tiempo en el cual han sido dictadas una decena de Constituciones, sin que los Constituyentes hicieran oír su voz sobre el punto, no obstante que, en su mayoría, fueron juristas que conocían el código civil, y que ellos mismos consagraron el sistema unitario, de manera expresa, cuando contemplaron a la extranjera casada con venezolano.

Y, tratándose de *anulación* y nó de simple *derogación* del ordenamiento legal, aquel pronunciamiento de la Corte implicaba bastante más que la recuperación de la nacionalidad y del estatuto personal originarios, para lo sucesivo, por las mujeres casadas con extranjeros: significaba que *nunca* estuvieron ellas regidas, en lo civil, por ninguna ley distinta de la venezolana. El referido fallo marchó retroactivamente hasta 1873. Y de este modo, un gran número de mujeres, nacidas venezolanas y que, durante su matrimonio, vivieron y hasta murieron bajo el imperio efectivo del estatuto personal extranjero, resultaron súbitamente trasplantadas al campo jurídico del estatuto venezolano, que pronunciaba, entonces, la incapacidad, casi absoluta, de la mujer casada. En suma, éso fue una verdadera reintegración retrospectiva de la nacionalidad y una súbita incapacitación de un número desconocido de mujeres.

Y por eso mismo, quedaron repentinamente viciados de nulidad todos los actos jurídicos para los cuales aquellas esposas, antes de su reintegración a la venezolanidad, no habían obtenido licencia marital, por haberse creído éllas y haberlas creído también los terceros contratantes, bajo el régimen de alguna legislación extranjera, muchas de las cuales tenían ya instituída la plena capacidad de la mujer casada, al igual de la soltera (Gran Bretaña, Estados Unidos, Francia, etc.). Y cabe observar o reñordar que *esa anulabilidad civil era contra los terceros como actuaba* (art. 187 del código civil de 1922).

El más hermoso y atractivo de los argumentos de aquel fallo anulatorio contiene la acogencia del espíritu de los tiempos modernos en favor de la independencia y capacitación de la mujer y sin que el matrimonio estorbe a su emancipación. Para lograrlo todo, la Corte creyó que podía principiar por el reajuste, a nuestra nacionalidad, de todas las venezolanas casadas con extranjeros. Claro está que no habría ninguna objeción técnica que hacer so-

bre este argumento, (fuera de las concernientes al Derecho Internacional Privado), si el estatuto personal venezolano hubiese estado *acomodado*, para 1937, a fin de conseguir con él la solución que se buscaba: la liberación de la mujer.

Pero, el Ponente y demás Ministros de la Corte, entusiasmados con la nacionalidad y la independencia femeninas, olvidaron que mediaba en el asunto un factor mucho más poderoso que los simpáticos propósitos de los sentenciadores: el adusto *estatuto personal venezolano*, contenido en el código de entonces y el cual incapacitaba, casi absolutamente, a toda mujer casada, residente dentro o fuera del territorio de la República (art. 9), *que tuviese, o adquiriese, o retuviese, o recuperase nuestra nacionalidad*. Debió principiarse reformando primero el régimen civil interno, para independizar a las casadas, y después, aumentar, en lo posible, el número de las independientes.

Al trocarse, inadvertidamente, el orden lógico señalado por la naturaleza misma de las cosas, se tuvo como resultado positivo de la bandera de liberación que se flameaba, la incapacitación y subordinación, para el futuro y también para el pasado, de un número desconocido de mujeres, *que gozaron de capacidad jurídica* durante el matrimonio, por obra del *estatuto civil marital*, y de conformidad con los artículos 22 y 20 del código de 1922.

Afortunadamente, cinco años después, en 1942, se dió el paso trascendental por donde debió comenzarse. La reforma del Derecho civil interno liberó a las venezolanas casadas, abstracción hecha de la nacionalidad de cada marido. Y así, la peligrosísima situación creada por aquel fallo, explicable sólo como el efecto de una sugestión forense colectiva, parece haber sido subsanada por el solo discurrir del tiempo.

Y si mencionamos y analizamos el caso, no es para hacer digresiones inútiles y de carácter retrospectivo. El

tema de ese fallo, fechado el 25 de setiembre de 1937, entra, de lleno, en la materia de nuestro estudio: "El Cambio de Estatuto Personal y su Irretroactividad". Contra el *criterium* principal, que informa todo nuestro trabajo, la *anulación* de aquel antiguo texto legal obró retroactivamente, *ipso jure ipsoque facto*, cuando sujetó al imperio de la ley venezolana sobre el estado y la capacidad, a mujeres, vivas o ya muertas, quienes, durante dos tercios de siglo, creyeron, de buena fe, y creyeron los demás, que estaban regidas por leyes maritales diversas.

L. Herrera Mendoza.

Caracas: marzo de 1945.

Nota: las precedentes páginas son pasajes diversos de un trabajo inédito y de mayor radio.