

INTRODUCCIÓN¹

La territorialidad es la regla dominante de los tribunales de justicia en nuestros días. Se le ha tenido como una concepción occidental diferente de los sistemas no europeos del pasado, en los que el estatus personal estuvo determinado por la religión o la nacionalidad.² En realidad, la territorialidad moderna ha sido empujada más lejos en el derecho inglés³ y ha sido modificada en todas partes por las doctrinas de derecho internacional privado.⁴ Se remonta al periodo feudal, habiendo sido precedida por una larga era en la que el derecho personal fue la regla y la territorialidad la excepción.⁵ Esta era siguió a las invasiones bárbaras de Europa Occidental, y estuvo marcada por la existencia de naciones sin territorios y de leyes sin Estados.

¹ Para una presentación general de Simeon L. Guterman véase la nota biográfica en este libro. De igual forma, véase *The First Age of European Law: the Origin and Character of the Conflict of Laws in the Early Middle Ages*, Nueva York, Law Forum, VII, 2, 1961, pp. 131-166.

² Holland, T. E., *The Elements of Jurisprudence*, 13a. ed., Oxford, 1924, p. 413, y Liu, S. S., *Extraterritoriality: its Rise and Decline*, Nueva York, 1925, pp. 48 y ss. (Levant), pp. 76 y ss. (lejano Oriente).

³ Cheshire, G. C. *Private International Law*, 6a. ed., Oxford, 1961, pp. 22, 38-43, y Nussbaum, Arthur, *Principles of Private International Law*, Oxford, 1943, p. 5.

⁴ Savigny, Friedrich Carl von, *A Treatise on the Conflict of Laws*, trad. de William Guthrie, 2a. ed., 1880, pp. 57 y ss., y Wolff, M., *Private International Law*, 2a. ed., Oxford, 1950, pp. 19 y ss.

⁵ Stouff, L., “Étude sur le principe de la personalite des lois depuis les invasions barbares jusqu’au XIIIe siècle”, *Revue Bourguignonne de L’enseignement Supérieur*, IV, 1894, pp. 4 y 5; Brunner, H., *Deutsche Rechtsgeschichte*, 2a. ed., Leipzig, 1906, vol. I, núm. 35, pp. 383 y ss.; Chenon, E., *Histoire generale du droit français public et privé*, París, 1926, I, p. 122, y Meijers, E., “L’histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen age”, *Recueil des Cours*, París, Academie de Droit International, III, vol. 49, 1934, pp. 547 y ss.

El término *personalidad*, como se aplicó a la Edad Media, comprende varias relaciones. Desde el punto de vista del derecho interno, los sistemas medievales vinculaban a los miembros de una tribu o nación en la que residían, independientemente del domicilio. Como derecho internacional privado regularon las relaciones entre los miembros de diversas tribus. En esta última función el derecho estatal, representado por los capitulares, jugó un papel de mayor importancia que en el primero, que estuvo representado por las *leges barbarorum* (leyes bárbaras). El derecho “público”, en la medida en que existió durante el periodo, quedó fuera del ámbito de la norma de la ley personal, pero una buena parte de lo que hoy debemos llamar derecho penal, así como el derecho privado, cayeron bajo el principio.

Si comparamos estos arreglos con los sistemas modernos de derecho privado, ya sean municipales o internacionales, podremos notar que, aunque estos últimos distinguen entre estatutos personales, reales y mixtos, son en gran medida regulados por principios territoriales. También están enteramente promulgados o sancionados por el Estado. El término “internacional”, utilizado con relación a tales sistemas de derecho privado es, de hecho, un término equivocado.⁶ El esquema medieval de justicia era verdaderamente mucho más internacional, porque no se originó en la acción del Estado. En el derecho internacional privado moderno, por tomar un ejemplo de los procedimientos judiciales, tanto el *forum* como la *lex fori* se determinan, en gran medida, sobre una base territorial.⁷ Bajo la regla de la personalidad sólo el *forum rei* (tribunal competente) dependía de la territorialidad, mientras que la *lex fori* —la regla básica en los conflictos modernos de leyes—⁸ fue regida por la raza o la nacionalidad. Como Klimrath lo expone “La ley personal no sólo regulaba el estado civil y la capacidad de las partes, sino tam-

⁶ Wolff, Martin, *op. cit.*, *supra* nota 4, p. 11.

⁷ *Ibidem*, pp. 70, 100 y 229.

⁸ Ehrenzweig, “The Lex Fori—Basic Rule in the Conflict of Laws”, *Mich. L. Rev.*, 58, 1960, p. 637.

bién todo lo que en las legislaciones territoriales pertenecía a los estatutos reales y mixtos”.⁹ La analogía moderna más cercana a, y quizá el nexo más directo con, la personalidad medieval del derecho privado y el derecho penal es la extraterritorialidad, tal como se practicó recientemente en China y Turquía, y más remotamente en la Sicilia musulmana, el Imperio bizantino y los Estados cruzados.¹⁰

⁹ Klimrath, H., *Travaux sur l'histoire du droit français*, París 1843, vol. I, p. 351.

¹⁰ El principio de personalidad se aplicó bajo diferentes regímenes políticos. C. D. Du Cange, *Glossarium Mediae et Infimae Latinitatis*, Niort, ed. L. Favre, vol. V, 1885, p. 79, col. 1, artículo “Lex” (“*legem suam componere*”), proporciona ejemplos:

Sed et expugnata a Christianis urbe Hierosolymitana, totaque Syria, cum ex variis ac procul diversis habitaretur nationibus, suas quique leges servavere. Will. ad Oldenborg in Itinerario Terrae Sanctae de Antiochia: Ipsa etiam civitas divites et plurimos habet inhabitatores, Francos et Surianos, Graecos et Judaeos, et quilibet eorum suas leges observant. Ita Franci nostri observabant, uti docemus in Historia nostra Franco Byzantina lib 8. n.9. Apud Byzantinos etiam ipsos Veneti, Pisani, et Genuenses, qui in hoc urbe primaria commercii causa sedes fixerant, suis quique legibus regebantur.

Sclopis, Frederigo, *Storia della Legislazione Italiana*, Turín, 1863, vol. I, p. 68 (y nota 3), cita la aplicación del principio de derecho personal por los sarracenos en Sicilia. La carta está dada por Reinaud, V., *Invasions des Sarrasins en France et de France en Piemont et dans la Suisse etc.*, París, 1836, p. 272.

Los cristianos de Coímbra tendrán su Conde especial, que los regirá con sabiduría y según sus propios usos. El Conde juzgará a sus demandas. Sólo le queda prohibido pronunciar penas de muerte, sin la orden del magistrado musulmán. Tendrá el deber de llevar al acusado ante este magistrado, que le lea la ley de los cristianos y si el magistrado consiente la pena deberá ser pronunciada.

Los conflictos de leyes en los tribunales federales derivados de la diversidad de la ciudadanía, ofrecen una analogía instructiva a los casos presentados ante los tribunales Carolingios, en la medida en que ambos foros gobernaban a sujetos o ciudadanos del mismo país. Especialmente esto fue cierto después de *Swift vs. Tyson*, 16 Pet. 1 (1842), en la cual la historia de la justicia invocó la autoridad de una “ley general” en lugar de las normas estatales, como un enfoque para la solución de conflictos de leyes en los tribunales federales. En la época Carolingia no existía un *forum shopping*, ya que sólo había un conjunto de tribunales. Véase Griswold, Erwin N., *Law and Lawyers in the United States: The Common Law Under Stress*, 1965, pp. 65, 66, 68 y 70-74.

El origen del sistema se encuentra en *a)* la dualidad de la cultura jurídica resultante de las invasiones bárbaras, y *b)* el derecho subjetivo de los miembros de determinadas razas a vivir de acuerdo con sus leyes tradicionales.¹¹

Una historia del desarrollo del principio del derecho personal pondría en relieve ambos factores.¹² Incluye las siguientes etapas: 1) primero se encuentra el periodo de los orígenes en el que, entre las tribus germánicas, el derecho era una posesión tribal y por lo tanto personal, pero en el cual la cuestión del reconocimiento del derecho extranjero aún no había surgido. Esta fase está marcada por la ausencia de leyes escritas, el predominio de la costumbre y la administración popular de la justicia. Coincide con el desarrollo del derecho romano clásico y posclásico que, incluso después del Edicto de Caracalla, se mantuvo personal y reconoció la existencia y validez de las costumbres provinciales, las tradiciones nativas y, especialmente, el derecho vulgar al lado de las fuentes oficiales. Se puede inferir que las costumbres germánicas subdesarrolladas y el derecho romano post-clásico convergieron en este sentido durante la crítica edad de las invasiones en el siglo V; 2) el establecimiento de reinos germánicos en Italia, Galia, España y África del Norte redujo el derecho de la población romana a un estado de legislación personal tolerada. Entre los francos, los burgundios, los visigodos e incluso los ostrogodos, se estableció un sistema dualista, en el que los romanos conservaron el privilegio de su propio derecho privado pero en el cual el derecho germánico gozó, sin duda, de validez territorial en las disputas entre germanos y romanos; 3) la expansión del reino franco y su transformación en un imperio Carolingio condujo al establecimiento de un sistema de derecho internacional privado que reemplazó el arreglo dualista de un periodo anterior. Este

¹¹ Meijers, “L’Histoire des principes”, p. 11.

¹² McIlwain, *The Growth of Political Thought in the West*, 1932, pp. 168-170; Wetter, P. van, *Le Droit Romain et le droit germanique dans la monarchie franque*, Première Parte: La Famille, París, 1899, pp. 9-19. Las obras de Stouff, Brunner y Meijers se citan más arriba.

cambio ocurrió entre los siglos VI y VII y alcanzó su clímax en el siglo VIII, y 4) la etapa final, que coincidió con el declive del Imperio carolingio, fue testigo de la transformación de las leyes personales en costumbres territoriales. El feudalismo emergente tomó el lugar de las leyes nacionales más antiguas como la principal influencia en el desarrollo jurídico.

La evidencia del principio del derecho personal abunda en documentos del siglo V al siglo XI e incluso posteriores. De las llamadas *leges barbarorum*, algunas, como los códigos Ripuario y Lombardo, atestiguan la práctica del principio; otras, como las colecciones Sállica, Borgoña y Visigoda, sugieren familiaridad con él. El principio está en el fundamento de las leyes romanas de los visigodos y de los burgundios, y está implícito en el Edicto de Teodorico. Las *formulae* o instrumentos legales y las Capitulares u ordenanzas reales muestran su funcionamiento desde el siglo VII hasta el IX, como lo hace el registro de los casos judiciales (*court records*). Las cartas, como las de Agobardo de Lyon y de Hincmaro de Reims, nos proporcionan fugaces vislumbres del sistema en el siglo IX. El tratado de Hincmaro, el de *Ordine Palatii*, arroja luz sobre las relaciones de las leyes personales sobre la ley territorial en el siglo IX. Las *Excepciones Petri*, una obra del siglo XI, describe el destino de la personalidad del derecho en Francia en ese momento, mientras que las Cartularias y las *professiones* o *profesiones de derecho nacional* revelan su amplia penetración de la práctica legal en Italia, durante el periodo de la territorialidad.¹³ Algunas de estas fuentes,

¹³ Brunner, *op. cit.*, *supra* nota 5, p. 427. El estándar de estos materiales sigue siendo Brunner, *idem*. Breve, pero actual, es Buchner, *Die Rechtsquellen*, que forma parte de Wattenbach-Levison, *Deutschlands Geschichtsquellen in Mittelalter, Vorzeit y Karolinger*, Beiheft, Weimar, 1953. Para una breve bibliografía sobre la investigación sobre las *leges* véase Musset, L., *Les Invasions: Les Vagues Germaniques*, París, 1965, pp. 278-281.

Las *leges barbarorum* y las *leges Romance barbarorum* se encuentran en la *Monumenta Germaniae Historica*, excepto la *Lex Romano Visigothorum*, para la que se debe consultar la edición de Haenel, 1849. Y hasta que la edición de la *lex salica* aparece en esa colección las ediciones de Hessels, Behrend y otros se deben utilizar. Las leyes anglosajonas son editadas por F. Liebermann, *Die Geste der*

especialmente las *leges barbarorum*, han sido sometidas a una evaluación crítica, y, hasta que se resuelvan los problemas textuales y de otro tipo, estos documentos deben utilizarse con prudencia.

Este estudio es un intento de rastrear el origen, el crecimiento y el funcionamiento de las instituciones asociadas con el régimen de derecho personal. Aunque trata de aspectos del pensamiento político de la Edad Media inicial, descansa principalmente en la frontera de dos disciplinas: la historia y el derecho. Esto le presenta al investigador una dificultad, así como un reto. Si el jurista incurre en la crítica de ser víctima de la excesiva fijeza de la concepción,¹⁴ el historiador está abierto a la acusación de proliferar hechos e ignorar el mecanismo del pensamiento jurídico. La literatura ilustra el dilema. Si el tratado de Savigny, para empezar, sistematiza excesivamente, es al menos histórico en la medida en que busca rastrear los orígenes y el desarrollo.¹⁵ Stouff, cuyo estudio sigue siendo básico, examina el destino de las normas jurídicas de origen romano y germánico, pero apenas intenta rastrear los orígenes o identificar las regiones en las que se produjeron los cambios. Lo mismo puede decirse del relato

Angelsachsen, Halle, 1903-1916. La última edición crítica de la *Lex Ribuaría* se encuentra en la M. G. H., *Lex Ribuaría, Legum*, Hanover, sección I, *Legum Nationum Germanicarum*, t. III, pars II, ed. F. Beyerle y R. Buchner, 1954. La edición antigua de Sohm en la misma serie conserva su utilidad, y las referencias sobre este estudio están en esa edición, pero se han comparado con la de Beyerle-Buchner, y en algunos casos la numeración de esa edición se incluye en paréntesis. La *Formulae* se encuentra en las ediciones de Zeumer, arreglada por colección en el *Monumenta* y de Roziere, y arregladas por tema también. Las *Capitularias* se encuentran en el *Monumenta*; las cartas, los tratados y las cartularias se deben buscar en ediciones dispersas, aunque la carta de Agobardo al Emperador Luis se encuentra en los *Monumenta (Epistolae)* y en *Migne, Patrologia Latina*. Las ediciones más recientes de todas estas obras se enumeran en Buchner, *op. cit.*, *supra* nota 13, y en *Repertorium formum historiae Medi Aevi, Serie I Collectionum*, Roma, 1962; nueva edición de la primera parte de A. Potthast, *Bibliotheca Historica Medi Aevi*.

¹⁴ Halphen, L., *Les Barbares* 59, 5a. ed., París, 1948, expresando una opinión común entre los historiadores.

¹⁵ Savigny, F. C., *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, 2a. ed., Heidelberg, pp. 1834-1851, especialmente vols. I y II.

INTRODUCCIÓN

7

clásico de Brunner, que trata en abundancia la ley germánica y no distingue suficientemente entre las diversas leyes. El estudio jurídico más reciente, el de Meijers, tiene la virtud de centrarse, pues ilumina los vínculos entre la teoría italiana de los estatutos y el principio de derecho personal de la edad temprana, situando el desarrollo del derecho internacional privado moderno en una perspectiva histórica.

Lo que quizá sea más importante en este estudio es precisar el marco de referencia. Para el historiador no puede ser otra cosa que las invasiones, vistas como un amplio movimiento de cambio social y político. No se debe dudar en utilizar el enfoque jurídico, pero nunca se debe olvidar que el sistema de derecho personal estuvo históricamente condicionado.

Es obvio que la personalidad de la ley es el foco de la institucional, así como legal, historia. Ya sea que la veamos desde el punto de vista de su efecto sobre la supervivencia del derecho romano o de su influencia en el desarrollo del derecho internacional privado, incluidas las doctrinas de nacionalidad y territorialidad o considerarla en su relación con los orígenes del feudalismo o sus vínculos con el desarrollo constitucional, se trata de un capítulo vital de la historia cultural europea.