

CONCLUSIÓN

Parece deseable concluir con una sumatoria y orientarla a un contexto histórico y jurídico. Al hacer lo anterior dos hechos destacan: un principio, el de la personalidad del derecho; y una historia, la de la aplicación y extensión de la personalidad. Si lo primero es una posesión tribal arraigada en concepciones religiosas, lo segundo es un fenómeno complejo, que consistió en el injerto en el régimen mundial del derecho romano de varios sistemas del derecho racial germánico, y de la sustitución de un sistema de legislación, uno de jurisprudencia consuetudinaria. Lo que hemos trazado es más que el despliegue de un principio primitivo; es, en muchos aspectos, un desarrollo nuevo, o más bien, una serie de nuevos desarrollos.

Cuando tratamos de situar la personalidad de la ley en la perspectiva del desarrollo jurídico y constitucional europeo, observamos, en primer lugar, su importancia para el derecho internacional. Una historia de derecho internacional privado debería abarcar al menos cuatro periodos o etapas: 1) el régimen de derecho personal; 2) la territorialidad de la ley feudal; 3) la época de los estatutos, italiano y francés, y 4) el derecho internacional privado moderno. Un estudio de cualquiera de estas etapas requiere que se preste atención a los anteriores y siguientes, ya que cada uno incorpora algunos elementos de los sistemas anteriores.¹

Como el derecho internacional público aceptó el principio básico de la territorialidad² del feudalismo, el derecho internacional privado desde el siglo XIV enfatizó cada vez más el papel de la personalidad. Esto lo hizo distinguiendo entre estatutos perso-

¹ Brissaud, J., *A General Survey of Events, Sources, Persons & Movements in Continental Legal History*, 213-216 (Boston, 1912) (*Manuel*, pp. 239 y ss.).

² Laurent, F., *Le droit civil international*, I, París, núm. 198, 1880, p. 272.

nales, reales y luego mixtos. Esta fue la obra principal de Bártolo y sus estudiantes franceses e italianos.³ No fue sólo resultado de la jurisprudencia, de *droit savant*, que nos lleva al siglo XII, fue un producto de la costumbre y de la práctica, y esto nos remonta a la Edad Media temprana. La continuidad negada por Laine ha sido sostenida por Meijers;⁴ como señala este último, en Francia e Inglaterra la sucesión de bienes inmuebles se rige por la ley de su situación, la sucesión de bienes personales por el domicilio del fallecido. La primera regla se remonta al sistema de derecho personal, la segunda al régimen feudal.⁵

La doble herencia de la tradición occidental, la personalidad “germánica” y la territorialidad feudal se recuerdan en diversas concepciones del derecho público moderno, como *ius sanguinis* (derecho basado en la ascendencia), el *ius soli* (derecho basado en el domicilio o territorio)⁶ y en una distinción hecha en el derecho francés moderno entre sujetos bajo soberanía territorial y ciudadanos que comparten la soberanía nacional.⁷

³ Gutzwiller, M., “Le Developpement historique du droit international privé”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International*, t. 29, IV, París, 1929, pp. 395 y ss.

⁴ Laine, A., *Introduction au droit international privé*, vol. I, París, 1888, pp. 54-74. Meijers, “Principes fondamentaux”, *Recueil des cours, op. cit., supra*, nota 3 a 50 y ss. La continuidad parece también ser sostenida por Laurent, *op. cit., supra*, nota 2, en I, núm. 168.

⁵ Meijers, *ibidem*, p. 672.

⁶ Brissaud, J., *Manuel d’histoire generale du droit français public et privé*, París, 1903, pp. 1755-1757. Mervyn Jones, J., *British Nationality Law*, rev. ed., Oxford, 1956, pp. 16, 51, 57 y *passim*. La fragmentación feudal oscureció durante mucho tiempo la idea de la nacionalidad. De esta etapa de desarrollo surgió la noción de *ius soli*. La nacionalidad dependía del lugar de nacimiento: un francés era definido como cualquier persona nacida en suelo francés. La ley inglesa quizá fue más lejos en esta dirección. A excepción de la naturalización ocasional, bastaba el nacimiento en suelo inglés. La nacionalidad inglesa no podía ser rendida sino con el consentimiento del soberano. No fue hasta el siglo XVIII cuando el principio del *ius sanguinis* llegó a aplicarse en Francia, Brissaud, *idem*. En 1756. El derecho inglés siguió adhiriéndose más estrechamente al *ius soli*.

⁷ Esmein, A., *Elements de droit constitutionnel français et comparé*, vol. 1, 7a. ed., París, 1921, p. 2.

La importancia que se concede a la práctica jurídica, más que a la doctrina, al vincular la ley personal y los periodos feudales, tiene importantes implicaciones para la teoría de la *supervivencia del derecho romano*.⁸ No hay duda alguna de que fue como costumbre y no como jurisprudencia que el derecho romano sobrevivió en el sur de Francia, cualquiera que fuera el caso en Italia. “*Le fait triomphe y l'emporte sur le droit*”.⁹ Más tarde, los reyes franceses que insistieron en considerar el derecho romano en estas regiones como costumbre, más que como legislación, estaban históricamente en terreno sólido, aunque sus motivos eran políticos, porque temían la implicación de lo contrario, fue posible que el sacro emperador romano pudiera legislar en sus dominios.¹⁰ La capacidad del derecho romano en la Alta Edad Media, para poner una cáscara personal y habitual, y luego para romperla, es tan notable como su posterior¹¹ combinación con la costumbre territorial para lograr un resultado similar.¹²

La admisión de extranjeros o de conquistados en los derechos legales y políticos se logró históricamente por medio de varios métodos: personalidad, territorialidad, derecho común de las naciones (*ius gentium*) y sistema de estatutos. Así como Roma hizo el esfuerzo más ambicioso para utilizar el tercero de estos métodos, los francos aplicaron el principio de la personalidad de forma más extensa. Una historia del derecho internacional privado es también una historia de los triunfos y contratiempos del liberalismo y del constitucionalismo.¹³ La edad más antigua de la personalidad colocó los *derechos* en una posición casi desconocida en nuestros días, porque insistió en el origen divino y la sanción

⁸ McIlwain, *The growth of political thought in the west*, p. 169.

⁹ Flach, J., “Le Droit romain dans les chartes du IXe au XIe siècle en France”, *Mélanges Fitting*, I, p. 418.

¹⁰ McIlwain, *op. cit.*, *supra*, nota 8, pp. 267 y 293.

¹¹ Kern, F., *Law and Constitution in the Middle Ages*, Kingship & law in the middle ages, 77 (S. B. Chrimes trad. Oxford, 1948).

¹² Stoff, “Étude”, *Rev. Boug.*, 279.

¹³ Dekkers, R., *Le Droit privé des peuples*, Bruselas, 1953, pp. 406 y ss.

popular de toda ley, y la ley ha sido portadora y salvaguardia de los derechos individuales al paso del tiempo.

Si nos centramos en las concepciones modernas del constitucionalismo, es obvio que se deben mucho a los dos factores de la personalidad y la territorialidad. La carta magna es un documento feudal, pero la edad temprana de la personalidad también colocó los derechos en una posición privilegiada, pues no los apoyó en vínculos territoriales y contractuales, sino en el nacimiento y la “nacionalidad”.¹⁴ En todo caso, la personalidad del derecho ha sido considerada por algunos juristas modernos como un fundamento más seguro de los derechos individuales que la territorialidad. Uno de los estudios preparatorios para el *Código Iuris Canonici* (Código de Derecho Canónico) aportado por un futuro Papa contiene un argumento para su papel más amplio en el derecho de la iglesia.¹⁵ Considerando lo mucho que la supervivencia del derecho romano, a través del derecho canónico —para *ecclesia lege romana vivit* (la iglesia vive por la ley romana)—, debe al principio de derecho personal, esta actitud es comprensible. Pero también es un reconocimiento de la afirmación de que el principio de la personalidad es un fundamento sólido de un orden justo en las relaciones humanas.

Tal vez el papel principal de la personalidad ha sido el de un portador de tradición antigua.¹⁶ Ya sea que la tradición fuera apego a un lejano pasado romano o germánico, o más concretamente, a las reglas del derecho familiar y de la sucesión, el

¹⁴ McIlwain, C. H., *The English Common Law, Barrier against Absolutism*, Au. Hist. Rev. 25 (Oct., 1943).

¹⁵ Pacelli, E., *La Personalité et la territorialité des lois, particulièrement dans le droit canon-Etude historique-juridique*, Roma, 1945 (publicado originalmente en 1912, en una versión italiana). Ver especialmente las notas introductorias III y ss. Tomando su señal de Santo Tomás de Aquino, Mons. Pacelli escribió en 1912, III: “La idea del territorio no entra como elemento necesario en la noción de ley... Varias comunidades perfectas, es decir, aquellas capaces de recibir leyes, son puramente personales”.

¹⁶ Meijers, “Principes Fondamentaux,” *op. cit.*, *supra*, nota. 4 a 672 y 673.

principio de la personalidad ha permitido a las costumbres de las culturas sometidas afirmar una nueva influencia en el desarrollo social.¹⁷

¹⁷ Meijers, E. M., “Le Droit medieval, source auxiliaire de recherche pour etude de la diffusion des groupements ethniques en Europe occidentale”, *Études d’histoire du droit*, I, Leiden, R. Feenstra and H. J. W. D. Fischer, 1956, pp. 15-18 (Resume), y “La Realite et la personnalité dans le droit du Nord de la France et dans le droit anglais”, Meijers, *op. cit., supra*, I, pp. 228-246. Meijers considera la distinción entre “real” y “personal” como pre feudal en Francia y en Inglaterra, y remonta su origen a una organización de la familia “qui se perd en un passe lointain”, *ibidem*, pp. 244 y 245.