

CONSULTA LIII,

conocida como de los *esposos de Ganey*

Charles Du Moulin

[963]¹ **Tema de la Consulta 53.** Señor Jean de Ganey – que luego se convirtió en el muy digno canciller de Francia – y Jeanne Boyleau, su esposa, se hicieron una donación mutua en los siguientes términos:

Hacen gracia mutua, & donación igual de todos los bienes muebles, & adquisiciones de inmuebles, que hayan adquirido & que adquirirán constantemente durante su mencionado matrimonio: cuyos & de los cuales serán inquilinos y poseedores en el día y hora de la muerte del primer moribundo, queriendo & expresamente consintiendo y ordenando en cada lugar de modo que, en virtud de esta presencia, gracia mutua e igual regalo, el sobreviviente disfrute y use, pueda y sea capaz de tener, disfrutar y poseer, es saber de los que están en el Condado de Beaumont, siendo uno de los antiguos manantiales del Bailiazgo de Senlis en propiedad y para siempre, siendo la Costumbre de dicho Bailiazgo, & de otros que están en la Ciudad, Prebostazgo & Vizcondado de Paris, & Prebostazgo de Orleans, o en otro lugar, en usufructo, durante el curso de su vida, así como la costumbre de dichos lugares donde dichas cosas están sentadas, situadas & encontradas, & permite, en toda su parte y porción del primer moribundo, excepto & reservado de quinientas libras tornesas para hacer testamento, que el sobreviviente tendrá que hacer y cumplir. Privar a sus herederos contradictorios de cualquier parte de la herencia de los mencionados bienes muebles e inmuebles, que en tal caso serán distribuidos a los pobres.

¹ Traducción libre del extracto y los comentarios publicados en ANCEL, Bertrand: *Éléments d'histoire du droit International privé*. París: Éditions Pantheon-Assas, 2018, pp. 227-240, por José Antonio Briceño Laborí, con la expresa autorización del profesor Bertrand Ancel y Éditions Pantheon-Assas, a quienes se les agradece su amable colaboración. Toda referencia realizada en las notas al pie de página que hagan mención del traductor se debe entender que alude al profesor Ancel, a quien corresponden todos los méritos.

¹ Traducción B. Ancel y H. Muir Watt, reproducida de las “Annotations sur la Consultation 53 de Du Moulin”, en : *Mélanges J. Foyer*, Economica, 2007, p. 1 y ss.

Los números entre corchetes se refieren a las páginas del tomo III de *Caroli Molonaei Opera*, prec., donde se reproduce el *Consilium LIII*; la numeración de los párrafos es la del texto reproducido. En la medida de lo posible, los traductores han rellenado los nombres de los autores citados en el texto entre paréntesis de forma abreviada.

Los contratantes estaban domiciliados en París y adquirieron bienes inmuebles en la provincia de Lyon, un país regido por la ley escrita. El Canciller murió y la viuda fue propietaria en virtud de la donación; a su muerte, los herederos del marido reclamaron la mitad de los bienes inmuebles adquiridos durante el matrimonio. Y no contentos con la parte de los situados bajo la costumbre de París y otras costumbres similares², reclamaron la propiedad dondequiera que se encontrara, sobre todo en los países de derecho escrito, por lo que demandaron a los herederos de la viuda³, y luego cedieron sus derechos a un tal Jean Petit, de Berna.

[964] - *Visto el contrato, la exposición de los hechos y las cuestiones planteadas:*

1. El debate en su conjunto se centra en tres puntos⁴.

En primer lugar, ¿la sociedad y la comunión de bienes muebles e inmuebles⁵ contratada tácitamente entre los cónyuges parisinos por la costumbre de

² La Costumbre de París autoriza, en ausencia de hijos, la donación mutua de bienes comunes en usufructo solamente, de modo que, a la muerte del donatario, los herederos del premuerto recuperan la plena propiedad de la parte comunitaria de su autor, en este caso, dichos herederos no están satisfechos con este resultado y aspiran a recuperar también los bienes adquiridos durante el matrimonio en la provincia de Lyon.

³ Muchos autores modernos, en una lectura un tanto apresurada, han mencionado un juicio que involucra a los propios esposos de Ganey o al menos a uno de ellos; no fue así, como se detalla aún más claramente en el n. 21. Asimismo, algunos han arriesgado que en realidad "los cónyuges habían hecho un contrato de matrimonio [y que por lo tanto] no eran, como se cree con demasiada frecuencia, personas casadas sin contrato, pero el único acto que se menciona en la consulta es el acto de donación mutua realizado durante el matrimonio y el contenido de las preguntas planteadas, así como las respuestas dadas por Du Moulin no dejan lugar a dudas de que no hay acuerdo matrimonial.

⁴ De las tres cuestiones que forman el objeto de la consulta, la primera es claramente la de mayor alcance en términos teóricos. A través del problema del efecto de la costumbre de París, el lugar de domicilio de los cónyuges, con respecto a los bienes situados en una jurisdicción regida por el derecho escrito, se plantean en realidad dos cuestiones. Por una parte, lo que hoy identificaríamos como relativo al ámbito de aplicación en el espacio de la costumbre del domicilio, pero sobre el régimen matrimonial, es decir, en términos bilaterales, la conexión de este último. Por otra parte, y tan pronto como el alcance de la costumbre se considera personal y, por lo tanto, susceptible de abarcar a personas o actos fuera de su propia jurisdicción, se planteó la cuestión mucho más general del fundamento de la extraterritorialidad de la costumbre (independientemente de su calificación) en vista de la compartimentación territorial del poder de coacción, de la que todavía no se disociaba el contenido racional de la norma.

⁵ Las conquistas (*conquêts*) inmobiliarias corresponden a las adquisiciones de la antigua comunidad de bienes muebles y a las adquisiciones de 1804: adquisiciones inmobiliarias

París, que así lo dispone el artículo 110, tiene efecto incluso sobre los bienes situados fuera del territorio del prebostazgo de París, por ejemplo, incluso sobre los bienes adquiridos por uno de los cónyuges en un país de derecho escrito?

En segundo lugar, ¿la donación mutua en cuestión, hecha en París por dos cónyuges domiciliados allí, incluye los bienes situados en cualquier otro lugar fuera del prebostazgo de París, por ejemplo, en un país regido por el derecho escrito?

Tercero, si la donación mutua los incluye, ¿es en usufructo o en plena propiedad?

2. En primer lugar, nadie duda de que una sociedad, una vez contratada, abarca todos los bienes dondequiera que se encuentren, sin ninguna aceptación de lugar, así como un contrato, ya sea tácito o expreso, obliga a la persona y a la cosa del poseedor en todo lugar⁶. No debe afirmarse que una sociedad de ese tipo no es expresa sino tácita, que no es el resultado de un acuerdo expreso entre las partes sino de un contrato tácito o presumido por la costumbre local, y que, en consecuencia, no debe exceder los límites y fronteras de la costumbre local ni extender su efecto más allá del estrecho de esta costumbre; arg. *L. I. §. Iulianus ait quoadusque, ss. de itin, actuque privat*. Y que no puede haber más eficacia y fuerza en el efecto que en la causa, de modo que la sociedad no podría actuar de esta manera sobre cosas

realizadas durante el matrimonio por el marido en propiedad común. En el derecho antiguo, el término adquisición (*acquêt*) tenía un significado genérico que abarcaba la adquisición de bienes inmuebles a título oneroso y, por tanto, se utilizaba también en el derecho de sucesiones, por oposición a los bienes recibidos por sucesión y sujetos, en su caso, a normas de devolución distintas de las que rigen la sucesión de los bienes inmuebles adquiridos por el *de cuius* con su talento e industria (v. J-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, n° 795 y s.).

⁶ La clave de la extraterritorialidad de la costumbre del domicilio, respaldada por la de la sociedad conyugal, se recoge en la primera frase de la respuesta. La sociedad es un contrato, el contrato crea obligaciones; en la medida en que reducen la libertad del deudor, las obligaciones *in personam* tienen un alcance que va más allá de la jurisdicción territorial de la costumbre del lugar donde se forma el contrato. A este respecto, es irrelevante que el contrato sea expreso o implícito. También es irrelevante que la costumbre del lugar de su formación, que le da validez, no tenga por sí misma autoridad fuera de su estrecho (punto que se discutirá más adelante), ya que el contrato, una vez formado, es autónomo de la costumbre local (por lo que es inoperante el argumento de que no se puede dar más fuerza al efecto que a su causa).

y lugares respecto de los cuales la costumbre de la que procede no puede hacer nada.

3. Aquí está la réplica. En primer lugar, estas objeciones serían relevantes si la sociedad resultara de la propia costumbre, pero no es así: porque procede y se establece por el consentimiento propio y verdadero de las partes, quienes, de hecho, al haber contratado simplemente en el lugar de su domicilio, se consideran obligadas y acordadas según la moral y la costumbre notoria de ese lugar⁷, a menos que hayan estipulado expresamente lo contrario⁸, *L. quod si nolit, § quia assidua de aedil.edict., L. si fundus, ss. de eviction., L. semper in stipulationibus, ss. de reg. jur.* Y así como la naturaleza no puede ser distinguida de su propio sujeto, así el uso común y la costumbre no se distinguen del contrato que los contiene, dice BALDE⁹, en *L. contractus col. 3 c. de fidei instrumentor.* Y la costumbre informa cada disposición, aunque eso no se dice *L. except, C. de loca.* Pierre d'ANCHARANO¹⁰ *In rept. Cap. si propter tua debita in fin. 4 oppo. de rescrip. in 6.*

4. Y hay que reconocer que cuando la costumbre se incorpora al contrato, no entra en él como *lex publica* o derecho consuetudinario, ni a modo de ley de costumbre o estatuto o derecho público, sino como un elemento del contrato y como derecho privado y convencional, previsto, incluido y

⁷ El argumento esgrimido por Du Moulin para justificar que la costumbre de París alcanzó la propiedad de Lyon consiste en disociar sus efectos sustanciales (fuerza obligatoria y oponibilidad) y su propia autoridad, circunscrita a los límites del territorio. Así pues, los efectos que se pretenden producir respecto a la propiedad en otro lugar no son los de la propia costumbre sino los del contrato. El vínculo intermedio esencial, vector de extraterritorialidad, es la voluntad de los cónyuges. Al contratar en París, se considera que los cónyuges han dado a su contrato el contenido que resulta de los usos y costumbres locales. Sin embargo, como continúa el texto, “el uso común y la costumbre no son distintos del contrato que los contiene”.

⁸ Este análisis es rechazado por los civilistas actuales, sin duda menos sensibles al carácter societario y, por tanto, para los civilistas de antaño, contractual del régimen matrimonial, aunque sea el de la comunidad consuetudinaria. Sin embargo, hay que recordar que la tesis de la sociedad ha sido fuertemente apoyada por J. CARBONNIER, *Le régime matrimonial. Sa nature sous le rapport des notions de société et d'association*, thèse Bordeaux, 1932.

⁹ BALDO degli Ubaldi 1327-1400 civilista, alumno de Bartole, y también canonista, profesor sobre todo en Perugia, pero también en cuarenta años de carrera en Bolonia, Pisa, Florencia, Padua y Pavía.

¹⁰ Pietro Giovanni d'ANCHARANO, 1330-1416, civilista, alumno de Salicet.

estipulado por las partes contratantes¹¹. Si no fuera así¹², quedaría claro que quedaría a elección de las partes contratantes a las que de hecho es posible estipular lo contrario: pero si es así¹³, sólo por esta razón se supone que las partes contratantes se comprometen y acuerdan entre sí por el mero hecho de no haber estipulado lo contrario, véase, en *L. adoptivum § 1 de jure doti. f.a. JASON [DU MAINE]*¹⁴, *Authen. si qua mulier. num. 11. C de sacros. Eccles.* A este acuerdo tácitamente contraído, no se adjunta ninguna *condictio* por ley o por uso, ni ninguna acción dada por la ley o la costumbre, mientras que, por el contrario, la acción que surge del contrato se adquiere como un acto privado según lo concluido y acordado entre las partes, véase en *d. § quia assidua, et in d L. ex conducto cum vulg.* Hay que reconocer que esta sociedad, que según la costumbre se inscribe en el contrato matrimonial celebrado en París entre domicilios parisinos, surge y resulta también de sí misma e inmediatamente del verdadero y libre consentimiento y contrato de las partes; en consecuencia, como contrato y derecho privado y convencional, debe tener efecto respecto a las personas y bienes de las partes contratantes en cualquier lugar en que se encuentren.

¹¹ Du Moulin formula aquí la tesis de la incorporación de la ley al contrato, que permite oponer la norma contractual a la *lex publica*. En realidad, la privatización del derecho contractual sólo es necesaria para el razonamiento porque, precisamente, la voluntad aún no ha surgido como conexión autónoma de los actos jurídicos. La dificultad en este caso consistía en explicar que un contrato celebrado en un lugar determinado transmite luego los efectos de la costumbre local más allá de los límites del territorio: esto sólo podía hacerse identificando la ley con el acto que regula. La aparición de la voluntad como factor de conexión prescindiría entonces de este paso, devolviendo a la ley su calidad de *lex publica*. Esta evolución será extremadamente lenta, a pesar de la costumbre de atribuir la paternidad a Du Moulin. Por supuesto, tiene el mérito de explicar de esta manera la conexión del régimen matrimonial con la ley del primer domicilio conyugal; la conexión de los actos jurídicos con la ley elegida por las partes está así innegablemente en marcha. Pero el Parlamento de París no atribuyó otro papel que el explicativo a la voluntad de los cónyuges en este punto. En el derecho internacional privado francés, no fue hasta principios del siglo XX y la sentencia *American Trading* (Cas. civ, 5 dic. 1910, *Grands arrêts* n° 11) para que se afirme el principio de autonomía para los contratos en general, ahora libres de la influencia de la ley local.

¹² Du Moulin considera aquí la hipótesis de que la costumbre no se incorpore al contrato, es decir, la hipótesis de que los cónyuges hayan dejado de lado la comunidad consuetudinaria.

¹³ Du Moulin considera ahora la hipótesis contraria, en la que los cónyuges no han dispuesto lo contrario y, por tanto, se considera que han adoptado la comunidad consuetudinaria. Si la comunidad se impone a ellos, es también en virtud de una elección (tácita).

¹⁴ GIASON del Maino, 1519†.

5. Lo que encaja perfectamente de la doctrina de Pierre de BELLEPERCHE¹⁵, *si repet. L. 1 Cod. de Summa Trinitate*, cuando compara la costumbre según la cual el primogénito recibe la totalidad en Inglaterra mientras que en otros lugares los hijos vienen por igual y la costumbre inglesa según la cual la viuda, a la muerte de su marido, no toma nada mientras que la costumbre de Francia le asegura la mitad de los bienes. Y si alguien dejara bienes en una u otra región, los de Francia se repartirían por igual entre los hijos y entre la viuda y los herederos del marido, mientras que en Inglaterra la viuda no tendría más que el mayor todo, según ciertas personas que Pierre de Belleperche recuerda y expone: Observen (dice él) que concedo que esto es cierto cuando la costumbre es real: porque si es real, entonces sin dudarle rige los bienes en Francia, o los bienes en Inglaterra, ya que según la costumbre las cargas reales obligan a la cosa y no a las personas, *C. ne mulieribus, & in quo loco lib. 10* Pierre siempre¹⁶. Pero, en realidad, cree que esta costumbre, según la cual los cónyuges son comunes en los bienes muebles y las adquisiciones, es personal porque considera el acto de la persona y el contrato¹⁷.

¹⁵ Petrus PERTICANUS GALLUS, Pierre de Belleperche, 1308†, obispo de Auxerre, canciller de Francia para el rey Felipe el Hermoso, antes de alcanzar estos altos cargos había enseñado en Orleans, donde, como discípulo de Robert d'Harcourt, a su vez alumno de Jacques de RÉVIGNY, había sucedido a este último (que murió en 1296, obispo de Verdún, pero que había dejado Orleans hacia 1280); el texto citado por Du Moulin aparece como apéndice al primero de los *Études de droit international privé* de E.M. MEIJERS, publicados por P.-C. TIMBAL et J. METMAN, Paris, 1967, p.129, espec. p.133.

¹⁶ V. también en MEIJERS, *op. cit., eod. loc.*

¹⁷ *Eod. loc.* La afirmación de que la costumbre “es personal porque considera el acto de la persona y el contrato” puede derivarse efectivamente de la posición de Pierre de BELLEPERCHE (*Institutiones, De jure naturali*, reproducido en MEIJERS, *op. cit.*, p. 170) que es también la de su alumno y sucesor Lambert de SALINS (*Distinctiones, Ad legem Cuneetas populos C, 1,1,1*, reproducido en MEIJERS *op. cit. eod. loc.*) y está en el origen de la distinción entre estatutos personales y reales; esta distinción se basó por primera vez, a finales del siglo XII, en la idea, transpuesta de la clasificación romana de las acciones jurídicas, de que la costumbre que actúa *in personam*, es decir, que impone al sujeto una obligación de dar, hacer o no hacer algo y limita así su libertad dondequiera que vaya y esté (v. *supra ad notam* 7), es personal y, por tanto, está unida a la persona y es tan ambulante como ella, mientras que la costumbre que actúa *in rem*, es decir, que atribuye esquemáticamente una cualidad o una carga a la cosa (inmóvil), es real; muy rápidamente después, con Guillermo de CUN, 1348†, esta doctrina evolucionó y la distinción ya no se basó en el efecto normativo de la norma en sí, sino en el objeto que pretende regular -la persona o el inmueble-, principio que abrió el camino a algunas finas vacilaciones y disputas que, durante siglos, animaron el desarrollo de la llamada teoría de los estatutos. Du Moulin se acomoda a un principio tan

6. La segunda objeción del punto 2 debe responderse afirmando que es común y notorio, según los documentos y las pruebas del proceso, que los cónyuges mencionados han puesto en común sus bienes muebles e inmuebles de la misma manera y que los han poseído como bienes comunes como socios y que, durante todo el tiempo que han vivido, se han comportado como si fueran bienes comunes; en consecuencia, no solo tácita y legal o consuetudinariamente, sino también expresada por los propios hechos, se ha formado una sociedad entre ellos por convención, no menos, sino más y mejor aún que por meras palabras, por hechos recíprocos, *L. si tamen, § ei qui ss. De aedil. edict.*, d'apres BARTOLE¹⁸, in *L. Titium & Maevium, § a/treo ss. de administrat. tutor in L. I § si quis hoc interdicto, ss. de itinere actuque privat.* C. BALDE, SALICET¹⁹, in *L. si patruus, C. communia utriusque jud* BARTOLE, in *tractatus de duobus fratrib.* y Pierre DE PÉR[OUSE]²⁰ in *eodem tractat.* En consecuencia, e incluso aparte de la costumbre, mientras esta comunidad y sociedad se derive realmente del contrato y, por lo tanto, resulte del consentimiento de las partes, nadie en su sano juicio puede dudar de que extiende su efecto de manera uniforme en todos los lugares.

7. No se cuestiona aquí si los cónyuges ya casados pueden contratar una nueva sociedad recíproca, aparte de la costumbre y en contra de los usos comunes y ordinarios²¹, como en el caso de la ley, in *L. hic status, § si inter*

maleable; v. también *Conclusiones de Statutis et Consuetudinibus localibus* de 1553, *Opera omnia*, prec., p. 556, y la notable presentación de la misma por parte de Ph. MEYLAN, « Les statuts réels et personnels dans la doctrine de Du Moulin », *Mélanges Paul Fournier*, Paris 1929, p. 511 y s.

¹⁸ BARTOLO da Sassoferrato, 1313-1357, civilista, profesor en Perugia.

¹⁹ Bartolomeo da SALICETO, 1412† civilista, profesor en Bolonia.

²⁰ Podría ser Pietro degli Ubaldi, canonista y hermano de Baldo degli Ubaldi, v. *supra ad notam 10*, que se beneficiaría de una denominación que honra a un pariente que se distinguió por sus enseñanzas en Perugia. Sin embargo, la abreviatura podría referirse también a Pietro PEREGROSSI, o Petrus de Petris Grossis (1295†), italiano, discípulo de ODOFREDO Denari en Bolonia y profesor en Orleans hacia 1260, antes de convertirse en cardenal en 1282. Esta conjetura lo convertiría en el autor más antiguo mencionado por Du Moulin en su consulta; sin embargo, es curioso que en el mismo *tractatus* lo sitúe después de Bartole, nacido en 1313.

²¹ La cuestión que Du Moulin descarta aquí como irrelevante es doble. Por un lado, se trata de una elección de ley tardía o posterior al matrimonio. Tal elección sólo es lógicamente concebible si, más allá de una justificación descriptiva de la conexión con la ley del primer domicilio conyugal, la voluntad adquiere el estatus de una conexión autónoma (v. la nota 23

virum, ss de donat. Inter virum & uxor., in L. alimenta, § per societatem, ss. de alimentis, & civ. leg. y BALDE. Por qué medios la verdad de nuestra causa está suficientemente y muy firmemente establecida y los argumentos y objeciones de nuestros oponentes se destruyen en la raíz misma, ya que es más que claro que son ineptos y no pueden de ninguna manera engañarnos²².

8. No importa la opinión de Jean d'ANDREA²³ *in addition. ad Spec. de instrum. Édít. § compendiase numero decimo sexto in versicul. opponunt in fine de consuetudine Gallicana*, que, con respecto a la costumbre francesa según la cual la esposa sobreviviente gana una parte de la propiedad del marido, sostiene que esta costumbre se relaciona directamente con la propiedad y las cosas y no con el acto y la disposición del hombre: por lo que la propiedad situada fuera del estrecho de la costumbre no se incluiría, ya que de ese mismo hecho se desprende que Jean d'ANDREA no entiende ni conoce nuestra costumbre; no se refiere directamente a los bienes, sino que se relaciona ante todo y directamente con el acto y la disposición de las personas que contraen matrimonio, de modo que por este acto y entre las mismas partes contratantes se establece un contrato de sociedad de bienes muebles y de conquistas, como se desprende del texto del artículo 110 de la costumbre parisina, que dispone ante todo y directamente de las personas sujetas a ella y del acto y la conformación del acto celebrado por ellas²⁴. Por

supra). Pero la cuestión que se ha dejado de lado es también la del carácter imperativo de la costumbre cuya aplicabilidad se ha justificado por referencia a la voluntad tácita. Dado que la tesis de la incorporación de la costumbre local al contrato no es tal que impida la existencia de una elección contraria por parte de los cónyuges (salvo el síndrome de la cláusula primordial), la prohibición de una elección contraria sólo puede basarse en consideraciones de política jurídica extrínseca. Así es como el principio de inmutabilidad del régimen se opuso a la posterior elección contraria de los cónyuges en el derecho positivo francés hasta que, cinco siglos después, entró en vigor el Convenio de La Haya de 1978 (artículo 6).

²² *et quam nihil ad rhombum faciant*, este rombo sería la peonza o la rueda giratoria utilizada por el mago (TLF).

²³ Giovanni de ANDREA o André, 1270-1348, canonista, enseñó en Bolonia durante casi medio siglo, desde 1301 hasta su muerte.

²⁴ Así comienza con este párrafo la refutación de Du Moulin de las diversas doctrinas contrarias, que giran en torno a la calificación de la costumbre del domicilio relativa al régimen matrimonial. El argumento esencial consiste en afirmar, mediante la interpretación teleológica que permite ahora la distinción entre estatuto real y estatuto personal, que la costumbre de París no pretende disponer de las cosas, sino que tiende a regular a las personas a través de sus actos. Es evidente que la calificación personal, que autoriza el efecto extraterritorial de la costumbre del domicilio, no es distinguida por Du Moulin de la conexión del régimen por la voluntad de los cónyuges, que autorizaría el mismo resultado.

lo que se entiende que, por consecuencia e indirectamente, el contrato tiene efecto en todas partes²⁵, incluso en los bienes y cosas situados fuera del domicilio de las partes y fuera del estrecho de la costumbre, en la medida en que toma el lugar de un contrato expreso, como admite Jean de ANDREA, cuya tesis se vuelve entonces contra los argumentos de nuestros adversarios, como la flecha en sus ojos de un torpe arquero, como dice BALDE, *in leg. ultim. col. 2, C. de fideicommiss. libert.*

9. No importa la consulta 247 de OLDRADO²⁶, en primer lugar porque informa mal y de forma inexacta sobre la costumbre de París, y en segundo lugar porque trata el caso de uno que se casó en otro lugar donde tiene su domicilio y que vino a París con su esposa por razones de negocios con la intención de mantener su antiguo domicilio y regresar allí, pero que antes de su regreso murió en París donde hizo un testamento: nada extraordinario que la costumbre de París no se aplique a su propiedad y tal resultado es irrelevante aquí²⁷. Sin embargo, como OLDRADO sostiene que no basta con respetar en este testamento la solemnidad de la costumbre de París, es

²⁵ El hecho de que la costumbre del domicilio opera *in personam* no impide en absoluto que tenga un efecto indirecto sobre los bienes situados en otro lugar. Este efecto indirecto es, además, emblemático del funcionamiento *in personam* de la norma y puede incluso buscarse a título principal, para eludir el efecto de la frontera en asuntos reales. El redescubrimiento de los efectos extraterritoriales indirectos sobre los bienes situados en el extranjero es el interés esencial y considerable de las medidas cautelares *in personam* ordenadas como medidas de protección por los jueces ingleses desde la decisión *Mareva* de Lord Denning de 1975 [2 *Lloyd's Rep.* 509, CA Civ. Div]

²⁶ OLDRADO del Ponte de Laude, 1335†, estudió en Bolonia, enseñó en Padua, Montpellier y Perugia

²⁷ La hipótesis descartada aquí por Du Moulin es la de los cónyuges extranjeros domiciliados en otra costumbre y que permanecen temporalmente en París. Plantea la cuestión de la determinación del domicilio, y más allá del conflicto móvil. Se observa que la definición de domicilio utilizada por el Derecho antiguo incluye la intención de domiciliarse, de modo que el domicilio de origen se mantiene a pesar de los desplazamientos siempre que el interesado conserve el espíritu de retorno. La transformación progresiva del concepto de domicilio, que es más sensible a la eficacia de los vínculos con el entorno de vida que a la voluntad del interesado de permanecer vinculado a la patria, plantearía, por otra parte, la cuestión de la incidencia del cambio de domicilio en la vinculación del régimen matrimonial. De nuevo, consideraciones extrínsecas de política jurídica relativas a la inmutabilidad del régimen (y, básicamente, el temor al fraude del marido contra los derechos de la esposa) han justificado durante mucho tiempo la exclusión del conflicto móvil (véase como cep. actual. (por ejemplo, el artículo 7 del Convenio de La Haya de 1978, que permite el cambio de ley en condiciones limitadas).

criticado por BARTOLE, BALDE, PAUL [DE CASTRE]²⁸, JASON [DU MAINE] y todos los legistas de la *L. cunctos populos, de sum. Tri. & L. omnes populi, ss de justit. & juri*, y por ANTONI[O DA BUDRIO]²⁹, el PANORMITAIN³⁰, FEL[INO SANDEO]³¹ y todos los canonistas *in cap. 1 de sponsa*. Y es la opinión de todos los Doctores que cualquier costumbre o estatuto que fije las solemnidades o la forma de un acto obliga incluso a los extranjeros que lo aprueben y que este acto es válido y eficaz en todas partes, incluso en los *bienes que se encuentran fuera* del territorio de esta costumbre o estatuto³².

10. Independientemente de que Pierre de ANCHARANO sostiene *in cons.* 165 exactamente que los bienes situados fuera de este lugar, por ejemplo, en Florencia, no están sujetos a la autoridad de esta costumbre, porque ANCHARANO aquí presupone que la costumbre se refiere a los bienes, como se ve claramente *in col 1*, donde dice: siempre que la costumbre se refiera a bienes y también lo hace la costumbre sobre este tema en varias regiones de Francia, etc. Pero en realidad está equivocado, afirmando que nunca estuvo convencido de esta costumbre. Está muy claro que él la ignora: si la hubiera conocido por lo que es y por lo que dispone principalmente de las personas y los hechos de las personas, habría tomado la posición opuesta. En efecto, no dice que el matrimonio se haya contraído en París, ni que aquellos cuyos bienes estaban implicados tuvieran allí su domicilio y estuvieran sujetos a la costumbre de París; sino que considera la situación contraria, la de los florentinos, por ejemplo, que tenían su domicilio en Florencia y no en París, y que estaban en París sólo por negocios, aunque hubieran venido allí juntos; por consiguiente, no estaban sujetos a los estatutos y costumbres de París, como se desprende de todo el contenido de esta consulta. En cuanto a nosotros, se trata del caso contrario, es decir, personas domiciliadas y

²⁸ Paolo di CASTRO, 1441†, civilista, alumno de Balde, profesor en Bolonia y Padua.

²⁹ Antoine DE BUTRIO, 1338-1408, civilista y canonista.

³⁰ Niccolo Tedeschi, llamado LE PANORMITAIN, y también *Abbas Modernus* o *Abbas Siculus*, canonista, arzobispo de Palermo 1445†.

³¹ Felinus SANDEUS, 1444-1503, enseñó en Ferrara y Pisa.

³² He aquí, “desde lo más profundo de los tiempos”, el principio *locus regit actum* – en la forma imperativa que adoptará en materia de validez formal de los testamentos en la jurisprudencia del Parlamento de París y en la de la Corte de Casación hasta la sentencia *Viditz* (Civ. 20 juill. 1909, *Rev. crit. DIP* 1909.900 y *JDI* 1909.1907, *concl. Baudouin, DP* 1911.1.185, nota POLITIS).

súbditos de la ciudad de París y un matrimonio celebrado allí según los usos y costumbres de esa misma ciudad³³.

11. Tampoco importa que se persista obstinadamente en considerar real esta costumbre, como lo hace ANCHARANO en la mencionada consulta donde, mal informado y por error, cree que esto se demuestra más claramente con el texto del artículo 120 , que sin embargo, principal y primordialmente, dispone sobre las personas y el acto realizado por las personas, y no realmente sobre las cosas y los bienes, si no por vía de consecuencia, que corresponde a la opinión de todos los Doctores: ver, *L. propter lites, § licet, ss. de excus. tutor., in L. a c. eod. in L. magis puto, § illud quaero, ss. de rebus eorum qui sub tut. Vel cura., in L. cum unus, § is qui cum glo. ss. de bo. auth. ind. possid. cum aliis alleg.*, Ludovisio ROMANO³⁴ y en este sentido *in cons. 39 in proposita col. penult.* Filippo DECIO³⁵ sigue *in L. ult. col. 3 ss. de iurisdic. omnium iudicum.* BALDE sostiene la misma cosa expresamente *in cons. 157 in fin. lib. 5* y todos los autores *in d. L. cunctas populos & locis praeallegatis.*

12. Es importante que, según las decisiones de nuestra corte soberana, las costumbres sean locales y que cada una de ellas se cierre en su propio estrecho y no se extiendan más allá³⁶ de él, pues esto es así cuando se trata

³³ Cabe señalar que la enunciación del conflicto de leyes por Du Moulin, utilizando términos que, por lo demás, pertenecen más a una metodología conflictualista que estatutaria, revela que el domicilio de los esposos se inserta en realidad en un conjunto de indicios de la voluntad tácita de los esposos (ciudadanía, lugar de celebración del matrimonio) sin duda estadísticamente convergentes. En cambio, la jurisprudencia moderna se ha enfrentado a la determinación del valor del primer domicilio entre otros índices eventualmente divergentes. Tras algunas vacilaciones, la ella se ha pronunciado a favor de la exclusividad del índice basado en el domicilio. El Convenio de La Haya de 1978 hace la misma elección en lo que respecta a la primera residencia habitual de los cónyuges (o su nacionalidad común, artículo 4 -2), la búsqueda de proximidad solo se produce cuando no existe un vínculo personal común entre las partes (artículo 4 -3).

³⁴ Ludovicus ROMANUS (ou aussi PONTANUS), t1439, profesor en Siena, Florencia y Bale.

³⁵ Philippus DECIUS, l 454-1536, civilista y canonista, profesor en Pisa y en Pavia.

³⁶ Esta propuesta, basada en la jurisprudencia, anticipa el plan doctrinal sobre los axiomas soberanistas y territorialistas de d'Argentré y de la Escuela Neerlandesa, v. Bertrand d'ARGENTRÉ, *Commentarii in Patriae Britonum leges*, París MDCV, art. 218, glos. VI, n. 11, Ulrich HUBER, *Praelectiones Juris civilis, Pars II, tit. II Appendix, De conflictu legum diversarum in diversis imperiis*, Leipzig 1707, n. 2; la divergencia comienza, sin embargo, con la continuación de esta frase en lo que tiene de restrictivo, aunque Du Moulin y d'Argentré se valen el uno y el otro de la ley romana *Extra territorium*, comp. ARGENTRAEL, *op. cit.*, n. 9, HUBER, *eod. loc.*

sólo de la costumbre y de lo que procede exclusiva e inmediatamente de la costumbre.

Y para decirlo más claramente, esto es cierto si se trata de un simple derecho consuetudinario derivada de la fuerza y el poder de la propia costumbre³⁷, de hecho *L. extra territorium, ss. De iurisdic omnium judic.* y así sucesivamente, Por el contrario, esto ya no es cierto si no se trata de la pura costumbre, sino del contrato, o de la naturaleza del contrato, establecido por medio de la costumbre entre las partes contratantes aquí presentes, en cuyo caso el derecho de acción se basa inmediatamente, no en la costumbre o el estatus de algún otro lugar, sino en el contrato u otro acto realizado en un lugar determinado y conformado por la costumbre de ese lugar, como en el presente caso: entonces, de hecho, indirectamente y como por alguna repercusión lejana, la costumbre produce efecto fuera de su estrecho; sin embargo, en sentido estricto, no es cierto que la costumbre vaya más allá de su estrecho, ni que disponga sobre cosas situadas en otro lugar; sólo que dispone del acto concluido por sus súbditos en un lugar determinado, que está a su alcance; es cierto que este acto concluido de esta manera tiene efecto en todas partes entre las partes contratantes, incluso en lo que se refiere a los bienes situados en otro lugar, lo que ninguna persona prudente ha dudado jamás³⁸.

³⁷ Se llega aquí, bastante tarde en la consulta, al meollo del problema no del alcance espacial de tal o cual costumbre debido a su finalidad, sino de la autoridad de cualquier costumbre más allá de los límites de su jurisdicción territorial. La “fuerza y poder” de la costumbre, que en última instancia apunta al *imperium* del juez, no puede ser local. Du Moulin resuelve la dificultad por la misma forma en que justifica la calificación personal de la costumbre que rige el régimen matrimonial, la extraterritorialidad de la costumbre exige la identificación de la ley con el acto privado que rige. La teoría angloamericana de los derechos adquiridos la sustituirá posteriormente, antes que con Savigny reaparezca la disociación (escolástica) de la autoridad de la ley (elemento imperativo) de su ámbito espacial (elemento racional) que conceptualizará BATIFFOL. Neutralizado así en el campo del Derecho privado, la compartimentación territorial de las soberanías pesa aún hoy en día sobre el estatuto del Derecho público extranjero en el ámbito del foro. La técnica de la toma en consideración, como la incorporación de la ley en el contrato en Du Moulin, tiende a disfrazar la autoridad para asegurar su recepción extraterritorial.

³⁸ Si bien el argumento es siempre el mismo, se expone aquí en términos especialmente claros. La extraterritorialidad es la del acto privado tal como está configurado por la

13. Esto es, en efecto, lo que nuestro viejo y docto *Practicus*, Jean MASUER³⁹, quiso decir, *in titulo de succession ab intestat*, que si se trata de un acto que depende de la autoridad de la costumbre y sin ningún hecho o ministerio del hombre, como cuando en Inglaterra el anciano sucede al conjunto, al contrario de lo que ocurre en Francia: así, si el difunto deja bienes en los dos lugares, es necesario observar cada costumbre del lugar donde se encuentra el bien, pues entonces la costumbre se pega a la cosa y no tiene carácter de personalidad⁴⁰. En el caso de un acto dependiente del hecho o del ministerio del hombre, como cuando, en el país de Auvernia, la hija es casada por su padre y es excluida por la costumbre de Auvernia de la sucesión, no sólo es excluida de la sucesión en lo que respecta a los bienes situados en dichos países y a la costumbre de Auvernia, sino también en lo que respecta a los bienes situados en un país regido por la ley escrita o en cualquier otro lugar⁴¹.

14. Es cierto que una renuncia actual y constante, expresamente consentida, a la sucesión del difunto se extenderá a la propiedad o, según *C. quamvis de pactis in sexto & L. ult. C. de pactis*, pero la exclusión de la hija no se basa entonces únicamente en la fuerza de la costumbre, sino en la fuerza del acuerdo que deroga el derecho local combinado con la fuerza del derecho ordinario⁴²; por el contrario, no hay extensión si la exclusión se hace sólo en

costumbre local. Tal explicación vive ahora un importante resurgimiento de actualidad con el reconocimiento unilateral de situaciones adquiridas o incluso en el principio de reconocimiento mutuo: detrás de la situación o del producto admitido a circular, se perfila la norma que lo ha configurado y que, por tanto, se ve dotada de un efecto extraterritorial, que a veces puede forzar los límites normalmente opuestos a la acogida de normas extranjeras por el ordenamiento jurídico del foro.

³⁹ Jean MASUER, †1449, “jurisconsulto de Auvernia”, según A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé*, vol. 1, p. 208, y aquí llamado *Practicus* por Du Moulin, debido a su obra titulada *Practica forensis* o *Practica senescalliae alverniae*.

⁴⁰ Cuando la ley se aparta de la acción del hombre y atribuye efectos de pleno derecho a los hechos jurídicos, la metáfora de la extraterritorialidad, con su fundamento contractual, deja de funcionar.

⁴¹ En sus *Conclusiones de Statutis et Consuetudinibus localibus* de 1553, *Opera omnia*, préc., p. 555, Du Moulin matiza su posición señalando que, si bien el carácter voluntario de la renuncia implícita derivada de la aceptación de la dote debería garantizar su alcance extraterritorial, la contradicción con el *jus commune* de tal evicción obliga a limitar su efecto al ámbito de la costumbre que admite esa interpretación de la voluntad. LAINÉ, *op. cit.* p. 236, señala ese cambio

⁴² El *jus commune* constituye en Du Moulin la plantilla a la que está sujeta cualquier disposición destinada a ser aplicada extraterritorialmente; lo que juzga conforme a la plantilla en 1525 ya no parece serlo en 1553, v. nota anterior.

virtud de la costumbre, ya que los ausentes de la sucesión, ya sean hermanos u otros, están excluidos de la sucesión porque no hubo consentimiento. Así juzgado en el Parlamento de París por el juicio en el caso de la sucesión del Maitre Louis *Douville*, Consejero de este tribunal y Canónigo de París.

15. En el mismo sentido se pronuncia y opina Jacques de SAINT-GEORGES⁴³ *in investit. feud. in verb. Marchio., in fine*, cuando dice que el hijo mayor de un marqués o de un barón, si le sucede intestado, sólo tendrá los castillos y feudos situados en los lugares donde tal costumbre está en vigor, por la razón de que puede basar su reclamación clara e inmediatamente sólo en la costumbre, sin que se le ofrezca ningún otro medio que la fuerza y la autoridad de la costumbre que fuera de su jurisdicción está desprovista de ella; por el contrario, si lo sucede sobre la base de un testamento que lo instituye como heredero único, sucede a los castillos y feudos en todos los lugares, incluso en los lugares regidos por el derecho escrito y el derecho común, aunque el testamento no se haya hecho en la forma exigida por el derecho común, sino sólo en las solemnidades prescritas por la costumbre del lugar donde el autor se encontraba entonces. La razón de ello es que en este caso no se trata inmediatamente de la fuerza y el efecto del testamento (*sic: ¿de la costumbre?*)⁴⁴, La reclamación del primogénito se basa principalmente en el testamento y no en la costumbre, por lo que prevalecerá sobre la propiedad o si está ubicada.

[966] 16. La segunda cuestión mencionada en el número 1 no admite ninguna duda, en la medida en que pregunta *in genere* si una donación mutua hecha entre parisinos en París puede ser validada y tener efecto incluso en la propiedad en los países regidos por el derecho escrito.

⁴³ Más probable: Gianantonio de SAN GIORGIO (1439-1509), originario de Piacenza, canonista y feudista, enseña en Pavia en 1467, es llamado luego por Inocencio VIII en Roma, obispo de Alejandría (1478), luego en cardenal en 1493, cardenal obispo de Parma en 1499.

⁴⁴ Otro error del editor; Se trata, por supuesto, de la fuerza y efecto de la costumbre, no del testamento.

En efecto, es evidente que no se trata de la fuerza y el poder de la costumbre, sino de la fuerza, el efecto y el cumplimiento de un contrato debidamente concluido⁴⁵. Sin embargo, como se pregunta *in specie* si el regalo en cuestión, según su forma y contenido, incluye y comprende las conquistas en cualquier lugar, incluso en los países regidos por la ley escrita, es necesario examinar dos elementos: el espíritu y la intención de los donantes, el contenido y las condiciones del regalo, que dejan claro que abarca todas las conquistas, incluso las de los países regidos por la ley escrita⁴⁶.

17. Esto se desprende claramente del orden y de la elección de las palabras de dicha donación⁴⁷, mediante la cual los donantes disponen de todas las conquistas hechas y a hacer en común, y esto en términos universales se ha repetido en varias ocasiones: por lo tanto la letra y el espíritu obligan a comprender todos los bienes de esta calidad y no toleran exceptuar los que están situados en países de derecho escrito por esta razón que sólo un caso que refute la afirmación universal la desmentiría en su totalidad, *L. sí hís qui ducenta, § utrum de reb. dub.*, y, por esta razón, sería ignorar el espíritu y la intención de los donantes, que han querido expresamente que la mitad de todos los muebles y conquistas existentes, sin excepción, vayan al sobreviviente.

18. Es importante que en esta cláusula *c'est à sçavoir &c*, no se indica la propiedad adquirida o por adquirir en los países de derecho escrito y que sólo se designa la propiedad de los países de costumbre, siendo dicha cláusula meramente explicativa y declarativa de las disposiciones

⁴⁵ La cuestión de saber si la facultad de dar entre cónyuges se rige o no por un estatuto personal o por un estatuto real, no se discute; Du Moulin la zanja por preterición, preguntándose solo sobre la extraterritorialidad de los efectos del acto.

⁴⁶ Una vez resuelta la cuestión de la extraterritorialidad de la liberalidad, sólo queda una cuestión de interpretación de la voluntad de las partes.

⁴⁷ Du Moulin no es el último en denunciar el simplismo de la interpretación puramente filológica según el orden de las palabras practicada, para su desgracia, por BARTOLE *ad legem Cunctos populos*, n.º 42, v. *Conclusiones*, prec. p. 556; sin embargo, en esos parágrafos 17 y ss., no se trata de interpretar un estatuto o una disposición consuetudinaria, sino que los actos de particulares se refieren únicamente a un caso particular, que no está mal leer atentamente para determinar su significado y alcance. Además, basta con ir al final de la oración para darse cuenta de que Du Moulin tiene otros recursos hermenéuticos, ya que recuerda que en la buena lógica una proposición universal afirmativa no podría usarse legítimamente si tuviera que incluir una excepción, lo que la haría precisamente perder su carácter universal.

precedentes; así, según el uso común⁴⁸, no indica ninguna restricción, ya que se ha puesto sólo para definir el modo, alcance y efecto de la donación, ya que debe ser especificada y estimada de acuerdo con lo permitido por la naturaleza, la ley y la costumbre de cada lugar donde se encuentre la propiedad. Y debemos tener cuidado de no buscar otra cosa y ofender el derecho común⁴⁹, *L. legare inútiliter, ss. de legat; quae dubitationis, ss. de reg. jur.* Es realmente una broma afirmar que, por la citada cláusula, la disposición principal se limita a los bienes situados en los lugares especificados y otros lugares similares en los países de costumbre.

19. Además, es imposible, de acuerdo con el espíritu y la letra, que se haya podido hacer tal restricción, ya que antes de esta cláusula hay una disposición universal de todos los bienes comunes presentes y futuros, es decir, *De tous les biens & c.* Además, al final de dicha cláusula se repite en la forma, *De toute la part et portion du premier mourant*: en consecuencia, es necesario que el sobreviviente tenga esa parte de las conquistas de la comunidad dejada en el país de la ley escrita por el difunto porque, de lo contrario, no recibiría toda la parte y porción dejada por el difunto. Así pues, se ha demostrado que las conquistas en los países regidos por el derecho escrito están incluidas en dicha comunidad.

20. En cuanto al tercer y último punto mencionado en el párrafo 3⁵⁰, hay que decir que las conquistas de los países regidos por el derecho escrito se incluyen en una donación por el derecho de propiedad plena y perpetua y no simplemente por el de usufructo, porque es evidente que los colonos querían que su donación tuviera un efecto sobre las conquistas o que se situara en la medida en que la naturaleza, la ley y la costumbre del lugar de ubicación lo admitiera y permitiera; el derecho y la costumbre de los Mâconnais permiten y conceden que entre los cónyuges se haga una donación igual y recíproca, como la que nos ocupa, en plena propiedad y siempre, como es perfectamente sabido, ya que, según el derecho común, no se prohíbe ningún contrato entre el marido y la mujer, salvo el que hace una

⁴⁸ *Perjura vulgata*, otro recurso hermenéutico.

⁴⁹ Otro principio interpretativo; la hipótesis de lealtad al bartolismo se derrumba, cualquier rol que Bartole haya podido dar al *jus commune*.

⁵⁰ De nuevo una falta del editor; No se trata del número 3, sino de la tercera cuestión anunciada en el párrafo 1ro.

donación pura y simple de uno a otro. Sobre la donación mutua de derechos de propiedad plenos y perpetuos permitidos entre los cónyuges, ver *in L. quod autem § si vir & uxor ss. de donat. inter virum & uxorem.*, todos los autores tratan extensamente, *in L. pater puellae per illum text. C. de inof test.* Ludovisio ROMANO, *cons. 146 ista quaest. col. 2 num. 517, in casu proposito col. penult.* André SrcuL. *Cons. 60 illud in medium afferam, col. 17, ver. praeterea quotiescumque, lib. 6.* Francois CUR[TIUS] el antiguo⁵¹, *cons. 66, col. 1,* Jean LUP. *in rep. rubric. de donat. Inter virum & uxorem char. 29, ver. limito secundo,* Étienne BERT[RAND] *cons. 17 in fin lib. prius impressorum per Simonem Vincetium.* Esta es la opinión que en la ley y según la costumbre sostengo, yo, Charles DU MOULIN, Doctor en uno y otro derecho y Abogado al Parlamento de París; hecho en París, en julio del año 1525.

21. Establecí esta consulta a petición de Jean Brinon, *señor de Pontilaust*, Intendente y Maestro de Cuentas del Rey, sobrino y heredero de la viuda del Canciller, quien, sin hijos, sobrevivió y murió en posesión de los bienes cuyo derecho y posesión fueron transmitidos a Jean Brinon; aunque fue incautado de acuerdo con la costumbre general, fue enviado en posesión por el Sargento Macon, deseando ser protegido en su posesión de los inmuebles de dicho lugar. Sin embargo, los herederos del Canciller se opusieron, fingiendo entonces tener miedo de tener un pleito con una figura poderosa en París donde Brinon les había atraído, pero en realidad por falta de confianza en su causa, cedieron sus derechos a un ciudadano de Berna; sucumbió, por sentencia de los Maestros de Peticiones de Palacio pronunciada en 1523 y esta sentencia fue confirmada por sentencia del Parlamento en 1527, por consejo mío y con muy buenas razones: de lo que se ha argumentado anteriormente, es sabido que ni los herederos del Canciller ni su cesionario tenían ningún derecho sobre el poseedor o el petitorio. Sin embargo, el bernés persistió y así, después de veinte años (hasta que el Rey, a causa de las guerras, necesitó la amistad de los suizos), obtuvo una sentencia sobre la petición, pronunciada por el Rey en su Consejo Privado el 1 de enero de 1548 sobre la única opinión (como se hace en el Tribunal cuando uno tiene problemas con un pretexto) de una especie de comisario, un miembro del parlamento de Rouen; pero el demandante bernés no había probado que esta propiedad fuera hereditaria del Canciller, y era necesario compensar al

⁵¹ Franceschino CORTI, 1533†.

demandado por tal iniquidad y tan mal procedimiento, *L. qui accusare. C de edend & L. ult. C de rei vend.* Y fueron revocados en duda la nueva adquisición y no la vieja herencia, ver, *L. si defunctus, C arb. tut. & in cap. 1 de duobus fratribus, de beneficio investi, in usib. beud.* Y fue necesario que un hombre muy ilustre, Maestro Jean Dutilleul, primer Notario Real y Secretario, Secretario Principal del Parlamento de París, presentara una petición *en forma de propuesta de error* contra este juicio o Consejo.

21. No tengo quejas contra las autoridades bernesas, cuya magnífica organización admiré y aprecié personalmente πολιτεια³² en cada una de sus instituciones, y siempre las colmo de elogios, como es merecido.

³² En griego en el texto, para referirse a la forma de gobierno, la gobernanza.