

CAPITULO II.

DE LOS EXTRANJEROS.

§ I De los extranjeros no domiciliados.

NÚM. I PRINCIPIO GENERAL.

405. El art. 11, dice: «El extranjero gozará en Francia de los mismos derechos civiles que son ó fueron concedidos á los franceses por los tratados de la nación á la cual pertenezca el extranjero.» ¿Cuál es el sentido de esta disposición? Ella es objeto de una acalorada controversia, y creemos de nuestro deber detenernos aquí, porque los principios de interpretación de las leyes, son causa de ella: lo que la hace una cuestión capital. Por no entenderse sus principios, es por lo que reina tan grande incertidumbre en la doctrina; si se llegase á fijarlos, desaparecerían muchas controversias. A nuestro juicio, el art. 11 consagra la distinción tradicional de los derechos, en civiles y naturales, y reconoce implícitamente en el extranjero, el goce de los naturales; pero negándole los civiles y no concediéndoselos sino bajo la condición de una reciprocidad establecida por los tratados. Si no los hay, el extranjero no goza de los derechos civiles, y por lo mismo el principio es que no tiene el goce de ellos. Esta opinión seguida por la jurisprudencia y por la mayor parte de los autores, se apoya en el texto y en el espíritu de ley.

Es cierto, como lo dijo Merlin, que el texto no está concebido en términos restrictivos; pues el art. 11 no dice que

el extranjero *no* gozará en Francia, *más que* de los derechos civiles concedidos á los franceses, en su país, por un tratado; dice que los derechos civiles concedidos á los franceses en país extranjero por una convención internacional, están por el mismo hecho, comunicados á los habitantes de ese país. En el código no existe otra disposición que excluya formalmente á los extranjeros del goce de los derechos civiles. De allí comenzó Merlin por inferir que no era necesario entender el art. 11, en un sentido restrictivo. Pero ese gran jurisconsulto, de tanto talento y tanta lógica, no quedó satisfecho de su propia argumentación, y se preguntó, ¿qué significaba el artículo 11, sino que el extranjero no goza, en principio, de los derechos civiles? y se vió obligado á confesar que no encontraba en esta disposición, sino un sentido que él mismo califica de simpleza. Efectivamente, sería necesario traducirlo de la manera siguiente: «Los tratados que arreglan los derechos civiles que deben disfrutar los franceses y los extranjeros, respectivamente, en los países de ambos, serán ejecutados según su forma y tenor.» Ahora bien, dice Merlin, ¿convenía que una disposición tan simple (permítasenos este término) se insertara en el Código civil?» (1).

Merlin desistió de su parecer, y encuentra en el Código de Napoleón otros textos que no dejan duda alguna sobre el pensamiento del legislador. En primer lugar, el art. 13, que dice: «El extranjero que haya sido admitido por autorización del emperador, para establecer su domicilio en Francia, gozará en ella de todos los derechos civiles.» Esta disposición supone necesariamente que el extranjero no domiciliado, no goza de los derechos civiles; y este es el sentido en que debe entenderse el art. 11. Excluye implícitamente á los extranjeros del goce de los derechos civiles, por sólo el hecho de que subordina este goce á los tra-

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *extranjero*, § 1, núm. 8.

tados; y como los tratados son una condición para que el extranjero goce de tales derechos civiles, faltando esta condición, el extranjero no gozará de ellos. El art. 8 conduce á la misma consecuencia al decir, que todo francés gozará de los derechos civiles. ¿No se dice con esto, que el extranjero no gozará de ellos, y que no gozará, al ménos, sino bajo ciertas condiciones? ¿Y cuáles son esas condiciones? Están determinadas por los arts. 11 y 13. El extranjero goza de los derechos civiles en dos casos: primero, en virtud de tratados de reciprocidad, y segundo, en virtud de la autorización que obtiene para establecer su domicilio en Francia. Luego fuera de estos dos casos, no goza de ellos (1).

Agregaremos á esos textos, el intitulado de la sección 1ª del capítulo II. En él se lee que los franceses están privados de los derechos civiles por la pérdida de la calidad de franceses, lo que resultaba ya del art. 8; decir que todo francés gozará de los derechos civiles, es decir, ciertamente, que si éste pierde su nacionalidad, pierde por lo mismo, el goce de los derechos á ella anexos. Y es también decir, que el extranjero no tiene el goce de los derechos civiles. Así es como explica el pensamiento de la ley el orador del gobierno. «Si el goce de los derechos civiles que resulta de la ley francesa, dijo Boulay, es un atributo inherente á la calidad de francés, la privación de esos derechos debe ser una consecuencia natural de la pérdida de esta calidad. El francés que dejó de serlo, no forma ya parte de la familia francesa; y no es relativamente á ella, mas que extranjero» (2). Por lo mismo que es extranjero, el francés que pierde su nacionalidad no goza de los derechos civiles, y es difícil decir con más claridad, que el extranjero no tiene este goce.

1 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en las palabras *Propiedad literaria*, § 2 (t. XII de la edición en 8º, p. 191, nota 1).

2 Boulay, *Exposición de los motivos* (Loché, t. I, p. 426, núm. 20).

406. ¿El art. 11 puede tener otro sentido, además del que resulta de los arts. 8 y 13, combinados con la sección 1ª del cap. II? M. Valette dice que no es necesario entender las palabras *derechos civiles*, en el sentido que le daban los romanos, como significando los derechos que resultan de las leyes particulares á cada pueblo. Esta es la significación primitiva de la expresión; pero, agrega M. Valette, en el uso de los pueblos modernos, se toman las palabras *derechos civiles*, en el sentido de *derechos privados*. En ese sentido, los derechos *civiles* se oponen á los *políticos*. No todo francés goza de los derechos políticos, pero sí de los privados. He aquí lo que dice el art. 8. ¿Cuál será la posición del extranjero? El Código no dice formalmente que goza de los derechos civiles, y no le excluye absolutamente de este goce. «Por un sentimiento vago del derecho de gentes europeo, dice M. Valette, se ha supuesto al extranjero en posesión de muchos derechos civiles ó privados, sin atribuírselos expresamente» (1). ¿Cuál es la consecuencia de esta interpretación? M. Demangeat, la ha formulado con exactitud. «El extranjero goza en Francia de los mismos derechos privados que el francés, con excepción de los que se le niegan por disposición expresa de la ley» (2). En cuanto á esos derechos de que están excluidos por un texto formal, no obtienen el goce sino por un tratado de reciprocidad, ó por la autorización para fijar su domicilio en Francia.

Creemos que esta interpretación es una de aquellas con que se quiere corregir el Código, y que pertenecerían realmente á un nuevo Código civil. Los arts. 8, 11 y 13, no dicen lo que se les hace decir. Hablan de los derechos civiles en términos generales, y no de determinados derechos civiles; no los aplican más que aquellos de los cuales un

1 Valette en Proudhon, tratado de las personas, t. I, p. nota a; p. 119, nota a.

2 Demangeat, *Historia de la condición civil de los extranjeros en Francia*, p. 260.

texto expreso excluye á los extranjeros: lo que altera la ley, pues de general que era, se la hace particular. No es esto todo. Merlin dice, que el art. 11 entendido como se le interpreta en la opinión que combatimos, sería una bobería, y que, explicado así el Código, todo en él sería simpleza. ¡Qué!, el legislador cuida de declarar que todo francés goza de los derechos civiles, lo que es una verdad de tal manera evidente, que el legislador podía en rigor, dispensarse de formularla, y nada diría de los extranjeros, limitándose á *suponer*, que en principio, gozan de los derechos civiles! ¡Qué, el legislador diría lo que era inútil decir, sin hablar nada de lo que era necesario! ¡Se creería indispensable conceder el goce de los derechos civiles al francés, y se referiría, en cuanto á los extranjeros á un sentimiento vago del derecho de gentes europeo! Eso no es admisible, porque sería suponer en los autores del Código, una falta de lógica, que no podemos imputarles. La ley quiere declarar qué personas gozan de los derechos civiles, y comienza diciendo, que los franceses desde luego; forzosamente debía decir cuál es la condición de los extranjeros, y si gozan ó no de los derechos civiles. Efectivamente, el Código consagra á aquellos, dos artículos; y se quiere que en ellos haya guardado silencio sobre una materia que quería y debía arreglar!

407. Los textos que es de precisión alterar, tēstifican contra los que los alteran. Si dejasen alguna duda, deberían aclararlos por la intención del legislador, tal cual resulte de los trabajos preparatorios. Ahora bien, afirmamos con el texto en la mano, que los autores del código entendieron consagrar la doctrina tradicional que no concede el goce de los derechos civiles más que á los ciudadanos, excluyendo á los extranjeros. Se niega lo que afirmamos, y se pretende que los extranjeros fueron admitidos en los pueblos cristianos á gozar de todos los derechos privados, con excepción de algunos de que lo fueron, ya por ava-

ricia de los gobernantes, ya por su desconfianza; pero esas derogaciones, se dice, confirman el derecho común. Se conviene en que la distinción de derechos civiles y naturales se encuentra en los jurisconsultos franceses, y que deducen de ella la consecuencia de que sólo los ciudadanos gozan de los derechos civiles, mientras que los extranjeros no tienen más que los naturales; pero se desecha su testimonio, porque estaban imbuidos en las tradiciones romanas (1). Se debe, dicen, consultar, no las opiniones de tal ó cual legista, sino los hechos, pues en la realidad de las cosas, los extranjeros no estaban excluidos de los derechos civiles, y no había más excepción que para el derecho de *aubaine* (2); y no perteneciendo todavía esta derogación al derecho común, no era general (3).

Nos parece que la cuestión está mal propuesta. ¿De qué se trata? De la intención del legislador. Se necesita por lo mismo ver cuál es la doctrina que entendió sancionar. Ahora bien, todo el mundo sabe que los autores del Código de Napoleón tomaron de Pothier y de Domat los principios que consagraron. Esos son los verdaderos autores del código, y ellos nos dirán cuál era en la mente del legislador francés la doctrina dominante sobre la condición de los extranjeros, y veremos en seguida si el Consejo de Estado, el Tribunado ó el cuerpo legislativo, quisieron reproducir esta doctrina tradicional.

408. Pothier dice que entre las personas que son miembros de la sociedad civil, se distinguen los franceses naturales ó naturalizados, que gozan de los derechos de ciudadanos, y los extranjeros llamados *aubainos*, quienes participan únicamente de los derechos establecidos por el *derecho de gentes*, pero no de aquellos que las *leyes civiles* es-

1 Valette, *Explicación sumaria del libro I del Código de Napoleón*, p. 408 y siguientes, 412.

2 El derecho de *aubain*, palabra sin equivalente en castellano, es el derecho que el erario tiene á entrar en la sucesión de los extranjeros naturalizados (N. T. T.)

3 Arnatz, *Curso de derecho civil francés*, t. I, págs. 51 y siguientes.

tablecieron solamente para los ciudadanos, tales como los derechos de sucesión activa y pasiva, de testamento, de retracto, de linage, etc. (1). Eso es claro como la luz, pues sólo los franceses gozan de los derechos civiles, y no los extranjeros que únicamente tienen el de los derechos cuya fuente está en el de *gentes* ó el que nosotros llamamos derecho natural. El derecho de *aubaine* figura en las palabras de Pothier: ¿es á título de excepción? Por el contrario, él lo cita como un ejemplo de los derechos de sucesión, y por lo mismo, como una aplicación del principio, pues formalmente dice en otra parte: «aunque los extranjeros puedan celebrar toda clase de contratos entre vivos, y aunque en esta vía puedan disponer de los bienes que tienen en Francia, á título ya oneroso, ya gratuito, esto no obstante, no pueden disponer de los bienes que tienen en Francia, ya sea por testamento, ya por otro acto á causa de muerte, en favor de extranjeros ó de regnícolas; los extranjeros tampoco pueden recibir algo, ya sea por testamento, ya por cualquiera otro acto á causa de muerte, aunque sean capaces para la donación entre vivos.» Pothier pregunta ¿cuál es la razón de esta diferencia entre los actos por causa de muerte y los entre vivos? y responde: «Los actos entre vivos pertenecen al *derecho de gentes*, y los extranjeros gozan de todo lo que es derecho de gentes; pueden, pues, celebrar toda clase de actos entre vivos. La facultad de testar activa y pasiva es por el contrario del *derecho civil*; y los extranjeros no gozan de lo que pertenece al derecho civil, pues no pueden tener esta facultad ó derecho» (2).

409. Domat es también enteramente explícito, y el filósofo jurisconsulto enseña la misma doctrina que el legista de profesión. Puede decirse de Pothier que está imbuido en los principios del derecho romano, ¿pero cómo ha-

1 Pothier, *Introducción á las costumbres*, cap. II, § 2, núm. 30.

2 Pothier, *Tratado de las personas*, parte 1ª tit. II. sec. 2ª

cer ese reproche á un escritor que habla en nombre del derecho natural? Domat va á decirnos si es verdad que el derecho de *aubaine* era una derogación del derecho común. «Hay una sucesión que pertenece al rey, y es la de los extranjeros. . . . El derecho á estas sucesiones se llama derecho de *aubaine*, el cual está fundado *no solamente en el derecho romano, sino en el orden natural que distingue la sociedad de los hombres en diversos Estados, reinos ó repúblicas*. Porque ésta es una consecuencia natural de aquella distinción de que cada nación y Estado arregla por sus leyes propias, lo que puede tener en las sucesiones y en el comercio de los bienes que dependen de leyes arbitrarias, y que se distingue allí la condición de los extranjeros de la de los originarios. Así, no sucede á nadie, ni nadie le sucede á él, ni aun sus parientes, á fin de que los bienes del reino no se distraigan y pasen á los súbditos de otros príncipes (1). Como se vé, Domat contradice absolutamente la opinión que combatimos. Se pretende que en el derecho antiguo, los extranjeros no estaban excluidos de las sucesiones, sino por derogación del derecho común: Domat, lo mismo que Pothier, dice que el derecho de *aubaine* es una consecuencia de la exclusión general de todo derecho civil que afecta á los extranjeros.

410. ¿Fué esta exclusión una opinión aislada, de la que participaban solamente los jurisconsultos alimentados con el estudio del derecho romano y que la reverenciaban como razón escrita? No hay en las palabras que acabamos de transcribir una que pueda hacer sospechar que hubiese duda ó controversia sobre ese punto; porque no era cuestión, sino axioma. Pothier y Domat, no hicieron más que formular un principio que todo el mundo reconocía. Tenemos un tratado especial sobre el derecho de *aubaine* escrito por un sabio legista, y si hubiera tenido la menor du-

1 Domat, *de las leyes civiles en su orden natural*, lib. IV, 2ª parte, § 13, p. 345 de la edición en folio de 1777.

da sobre el carácter de tal derecho, Bacquet lo habría dicho; pero léjos de eso, se expresa con una certidumbre, distinguiendo, como lo hace Pothier, entre los actos entre vivos, que pertenecen al derecho de gentes, y los por causa de muerte, que son del derecho civil. Únicamente el ciudadano goza de estos últimos, porque el extranjero sólo disfruta de aquellos que tienen su origen en el derecho de gentes (1). En este sentido se decía que el extranjero vivía libre en Francia y moría esclavo libre, porque gozaba del derecho de gentes; y moría esclavo, porque no tenía el goce de los derechos civiles en mayor escala que éste (2). Es tan cierto que esta era la doctrina universal, que se la encuentra en las obras que no hacen más que reproducir las opiniones corrientes. Se lee en el *Repertorio* de Guyot, que se hizo tan célebre después de que Merlin agregó en él su nombre: «Todo extranjero es capaz, en el reino, para los actos del derecho de gentes. Puede libremente vender, cambiar, y en general, celebrar toda clase de contratos que autoriza ese derecho; pero no puede recibir, ni disponer por causa de muerte. Los actos del *derecho civil* le están prohibidos; y como la capacidad para las sucesiones activas y pasivas es de derecho civil, resulta de aquí, que todo extranjero está excluído de ellos, y esta incapacidad es uno de los fundamentos principales del derecho de *aubaine*» (3).

411. Tal era la doctrina aceptada en el derecho antiguo. En él se consideraba como un axioma, que el extranjero no gozaba los derechos civiles; de ahí se deducía la consecuencia de que no podía tener el derecho de sucesión. Esta era la aplicación más importante y usual del principio, pero no era la única. Subsistía todavía el principio, cuando la Asamblea constituyente abolió el derecho

1 Bacquet, *del Derecho de aubaine*. 3ª parte, cap. XXVII, núm. 4, cap. XVIII, núm. 3, 4ª parte, cap. XXXI, núm. 2.

2 Bacquet, *del Derecho de aubaine*, cap. XVIII, núm. 4.

3 Melin, *Repertorio*, en la palabra, *Aubaine*, núm. 4.

de *aubaine*. He aquí por qué, sobre todo, hubo cuestión del derecho de *aubaine* al tiempo de la discusión del Código civil en el consejo de Estado y en el Tribunado. ¿Era necesario mantener el decreto de la Asamblea nacional; ó se necesitaba volver al rigor de los antiguos principios, moderándolos por el sistema de reciprocidad? Ese era el objeto del debate. Todos los que tomaron parte en él, tanto los partidarios como los adversarios del decreto de 89, estaban imbuídos en el principio de que el derecho de *aubaine* era una consecuencia de la doctrina tradicional, que excluía al extranjero de todo participio en el derecho civil: restablecer la incapacidad para suceder, era volver al espíritu exclusivo de la antigua jurisprudencia; y sostener la abolición del derecho de *aubaine* era llegar á tocar á una doctrina nueva, que fundándose en la fraternidad de los pueblos, exigía la igualdad de los ciudadanos y de los extranjeros, al menos para el goce de los derechos privados. Se niega que tal sea el sentido de los trabajos preparatorios. Era, pues, necesario, insistir en ello.

Citemos desde luego la disposición del proyecto que sirvió de base á la discusión: «Toda persona nacida de un francés, y en Francia, goza de todos los derechos que resultan de la ley civil francesa, á menos que haya perdido el ejercicio por las causas ántes explicadas.» ¿Cuáles eran esas causas? La pérdida de la calidad de francés que asemejaba al ántes francés con el extranjero. El proyecto definía, pues, los derechos civiles, y eran los que resultaban de la ley civil francesa; los hacía inherentes á la calidad de francés, y nó los concedía al extranjero sino en dos casos: primero, en el de reciprocidad, cuando el extranjero hacía la declaración de querer establecerse en Francia, lo que constituía el preliminar de la adquisición de la calidad de francés. El proyecto consagraba, por lo mismo la doctrina antigua, con el arbitrio de la reciprocidad y la facilidad concedida al extranjero de hacerse francés.

Portalis nos va á explicar el espíritu del proyecto. El no reprueba los principios de fraternidad que inspiraron á la asamblea constituyente. «Reconocemos, dice, con todos los filósofos, que no forma el género humano más que una gran familia; pero la grandísima extensión de esta familia lo obligó á dividirse en diferentes sociedades que tomaron el nombre de pueblos, naciones y Estados, cuyos miembros se ligan con vínculos particulares, independientemente de aquellos que les unieron en el sistema general. De ahí en toda sociedad política, la distinción de nacionales y extranjeros.» Esta distinción comprende ya en esencia, la antigua diferencia entre derechos civiles y naturales: los primeros, como privilegio de los ciudadanos; los demás, comunes á todos los hombres. «Como ciudadano, dice Portalis, no se puede pertenecer más que á una sociedad particular; pero como hombre, se pertenece á la sociedad del género humano» (1). Queda por saber si hay derechos privados que pertenecen al estado de ciudadano. Portalis responde, que hay derechos privados que el hombre puede gozar en todas partes; pero otros de los que, por lo general, disfruta únicamente el ciudadano (2). Algunos filósofos, dice, pensaron que los derechos civiles á nadie debían negarse, y que así, era necesario formar de todas las naciones una sola. Esta idea es grande, noble; pero no entra en el orden de los afectos humanos, pues generalizándola, se debilitaban sus afecciones: «la patria es nada para aquel que no tiene más patria que el mundo» Este es el lenguaje de Rousseau, y estos los sentimientos de los antiguos, que conducían lógicamente á excluir al extranjero del goce de los derechos civiles; Portalis lo dice: «La humanidad y la justicia son los vínculos generales de la sociedad universal de los hombres;

1 Portalis, Exposición general del sistema del Código civil, hecha en la sesión del cuerpo legislativo de 3 frimario, año X. (Loché t. I, pág. 191. núm. 15)

2 Discurso preliminar al proyecto de Código civil, de la comisión, (Loché t. I, p. 176, núm. 75).

pero hay beneficios particulares *que no están arreglados por la naturaleza, ni pueden ser comunes á otros, sino por convenio*. Trataremos á los extranjeros como ellos nos tratarían: el principio de la reciprocidad será para con ellos la medida de nuestra conducta y de nuestros miramientos.» Esto es la exclusión de los extranjeros en cuanto á los derechos que no se derivan de la naturaleza, es decir, en cuanto á los derechos civiles. Los extranjeros no tienen, por lo mismo, más que el goce de los derechos naturales, salvo que se les concedan los civiles por vía de reciprocidad. Esto es lo que dice Portalis al concluir. «Hay por tanto, derechos que no están prohibidos, á los extranjeros, todos, cuales son los que pertenecen más bien al *derecho de gentes* que al civil, y cuyo ejercicio no podría interrumpirse sin atentar á las diversas relaciones que existen entre los pueblos» (1).

412. ¿Se negará, en vista de estas palabras tan precisas, que el proyecto del Código civil consagraba la distinción tradicional de los derechos fundados en la *naturaleza*, y de los que tienen su origen en la *ley civil*, que no concedía á los extranjeros más que el goce de los primeros, y que les negaba los otros, á ménos de que hubiese reciprocidad? Eso sería negar la luz del día. Nos falta ver ahora si se admitieron las ideas de Portalis por el consejo de Estado, y si fueron aprobadas por el Tribunado y sancionadas por el cuerpo legislativo. El consejo de Estado adoptó el proyecto, haciendo algunos cambios de redacción que en nada afectaban á los principios. Habiendo criticado Rœderer la disposición que ordenaba al juez fallar aun en el caso de omisión de la ley, preguntó qué harían los tribunales, cuando el código civil no contenía disposiciones sobre la capacidad para suceder en el extranjero;

1 *Exposición general del sistema del Código civil* (Loché, t. 1, p. 191, núm. 13)

¿decidirán como legisladores, una cuestión política tan importante? La dificultad, respondió Tronchet, no es una: el juez decidirá conforme á los principios generales sobre el estado del extranjero; ¿y cuáles son esos principios? No teniendo el extranjero derechos civiles, es por lo mismo, incapaz para suceder (1). Recordemos que Tronchet, como Presidente de la Corte de casación, había presidido la comisión encargada de presentar un proyecto de Código civil. Es, pues, por más de un título el órgano de la opinión general, y podemos inferir de sus palabras que la doctrina tradicional dominaba en el consejo de Estado. Rœderer mismo lo justifica en la memoria que leyó sobre la situación de Francia respecto de los demás Estados, relativamente al derecho de aubaine. Después de haber dicho que en la edad media los extranjeros eran equiparados con los esclavos, agrega: «Hacia el siglo XIV se dulcificaron esos rigores, y los extranjeros fueron declarados en Francia capaces para los actos de derecho de gentes, tales como adquirir y poseer; pero no para los de derecho civil, tales como heredar, y testar. Se estableció como principio que el extranjero vivía libre en Francia y moría esclavo» (2).

413. Con este espíritu escribió Boulay la primera exposición de los motivos del art. 11. Comienza por comprobar que los romanos excluían de los derechos civiles, lo mismo que de los políticos, á los extranjeros. La Asamblea constituyente admitió un sistema del todo opuesto. Esos son dos extremos, dijo el orador del gobierno, y ninguno de ellos nos conviene. El de la exclusión absoluta no es practicable en nuestros Estados modernos; con todo, si alguna vez fuera necesario elegir, Boulay preferiría al cosmopolitismo de la Asamblea constituyente, porque es más propio para alimentar en el corazón de los ciuda-

1 Sesión de 14 termidor, año IX. (Lochré, t. 1, pág. 229, núm. 20).

2 Lochré, Legislación civil, t. 1, pág. 382.

danos el amor de la patria. Hay otro sistema preferible, el de la reciprocidad. «Conceder nosotros á los extranjeros los mismos derechos civiles que nos concedieren ellos, ¿qué puede haber más razonable, más conforme á las sanas ideas de la política, del derecho de gentes y de la naturaleza? ¿Qué más propio para favorecer el desarrollo de las ideas filantrópicas y fraternales que deberían ligar á las diversas naciones?» (1)

El principio de reciprocidad fué consagrado por el Código, y por esto se vé cuál es su importancia. No se aplica á ciertos derechos civiles como se pretende; sino á todos. Allí donde no hay reciprocidad, el extranjero queda excluido de los derechos civiles; mas no por esto se le impedirá gozar de los privados, que es de uso referir al derecho de gentes ó al natural. Boulay hace la siguiente observación: «Admitimos, dice, que el extranjero puede poseer inmuebles en Francia; porque comprar y vender son contratos que por lo común, más pertenecen al *derecho de gentes* que al *civil*» (2). Hé aquí la doctrina tradicional.

414. La volvemos á encontrar en el informe que Siméon presentó al Tribunado. La mayoría de los tribunos estaba por los principios generales que se proclamaron en los hermosos días de 89. Diremos más adelante cuáles eran sus aspiraciones; por ahora nos limitamos á comprobar este hecho decisivo; á saber, que todos los Tribunos, tanto los que combatían el proyecto de Estado, como los que se burlaban de él, lo entendían en un sentido restrictivo, y como excluyendo á los extranjeros del participio en los derechos civiles. Siméon expone perfectamente ésta teoría: «Un Estado no es otra cosa que la unión de leyes y patria, á favor de la cual los *ciudadanos* unidos participan de los efectos *civiles* del derecho de la nación; y los que

1 Loaré. Legislación civil, t. I, págs. 524 y siguientes, núm. 9-12

2 Boulay, *Exposición de los motivos* (Loaré, t. I, pág. 426, núm. 17)

forman esta unidad son los *únicos* que pueden reclamar las *ventajas* que produce. Lo que esencialmente caracteriza al *derecho civil*, es el ser propio y particular de un pueblo, y no comunicarse á las demás naciones; y si no se comunica, es porque los hombres unidos á una tierra extranjera, ciudadanos ó súbditos en su patria, no pueden ser al mismo tiempo ciudadanos en otras partes. Sometidos á un dominio extranjero, están afectados por la *ley civil* de su país, es decir, por el *derecho propio y particular de la nación de que son miembros*, y no pueden por consiguiente, recibir las impresiones de otro *derecho civil propio y particular de otra nación*.»

Un jurisconsulto romano no habría usado otro lenguaje. Dicen que no se habló en los trabajos preparativos más que del derecho de *aubaine*. No, no es tal ó cual derecho civil el que lo produce, sino todos los derechos civiles; y cuando trata particularmente del derecho de herencia, es porque este ocupa el primer lugar entre los civiles; pero siempre es por aplicación de un principio general, por lo que el extranjero se ha declarado incapaz de tal derecho. «Siendo, dice el informante del Tribunado, de derecho civil las sucesiones puesto que la ley es la que las difiere ó permite que se disponga de ellas, *la capacidad para suceder es uno de los efectos principales del derecho civil propiamente dicho*.»

Hé aquí, pues, al extranjero, excluido del derecho civil; pero, continúa Siméon, gozará del derecho natural, porque sus efectos se comunican en todas partes, tanto al extranjero como al ciudadano. Para gozar de él, no es necesario ser miembro de cierta nación, mejor que de otra; basta ser hombre. El derecho natural es de donde se derivan casi todos los contratos. «Los extranjeros pueden, por lo mismo, *á menos que haya ley prohibitiva expresa*, adquirir ó poseer bienes, cambiarlos, venderlos y darlos entre vivos.» De esta manera dice Siméon, de los *derechos*

naturales lo que ciertos autores dicen de los *derechos civiles*: lo cual equivale á atribuir á los autores del código una doctrina enteramente contraria á la que profesan. Cuando el tribunado y el consejo de Estado declaran que el extranjero no goza de derechos civiles, se les hace decir que él goza; cuando el informante del Tribunado fija el principio de que el extranjero excluido de los derechos civiles goza únicamente de los naturales, salvo derogación expresa de la ley, se hace decir á los autores del código que el extranjero goza de los derechos civiles, salvo derogación expresa. ¿No es esto alterar la discusión, después de que se ha alterado el texto del código?

415. El art. 11 dió lugar á discusiones prolongadas en el seno del Tribunado. Se acaba de darlas á la luz (1). De ellos copiamos algunos rasgos relativos á nuestra cuestión. Tanto los enemigos como los partidarios del proyecto estaban de acuerdo en un punto, y es el del carácter exclusivo del proyecto, que subordinaba á los tratados de reciprocidad el goce de los derechos civiles en provecho de los extranjeros. «Si pasa el proyecto, dijo Saint-Aubin, no podrá ser admitido á los derechos un extranjero cualquiera, si la nación á que pertenece no los concede á los franceses residentes en ella» (2). Efectivamente, los tribunos que sostenían el proyecto del gobierno llevaban el principio de exclusión hasta las consecuencias más odiosas, y volvían á la preocupación de los antiguos. «El género humano, lo sé, no es más que una gran familia, dijo Carrion-Nisas. Todos los pueblos son hermanos, convengo en ello; pero son hermanos cuyas querellas estarán eternamente sometidas á la decisión de la espada y al arbitraje de las batallas. Si la paz, si la fraternidad universal, son ménos

1 *Archivos parlamentarios*, colección completa de los debates legislativos y políticos de las cámaras francesas de 1830 á 1860, publicado por Madival y Laurent, París, 1864 y siguientes.

2 Sesión del Tribunado de 9 nivoso, año X (*Archivos Parlamentarios*, t. III, p. 336).

imposibles de realizar, ¿por qué provocar una fusión indiscreta, una mezcla desenfadada de los pueblos, durante esos cortos intervalos de paz, que suspenden momentáneamente el estado de guerra, que es por desgracia el habitual del globo? Guardemos más bien ese carácter particular, esa actitud nacional, esos rasgos distintivos, cuya obscuridad es siempre uno de los signos de la decadencia de los imperios» (1).

De esta manera, el extranjero es un enemigo, como decían los romanos del tiempo de las Doce Tablas, y como tal, sin derecho. Esto era traspasar la mente del proyecto; pero es cierto que, en la convicción de los tribunales, estaba que él excluía á los extranjeros de todo derecho civil. «Habeis hablado mucho del derecho de *aubaine*, dijo el tribuno Curée; pero no se trata de eso, sino de la participación de nuestro derecho civil, que se quería atribuir á cualquier extranjero que pusiese un pié en Francia» (2). La cuestión era esta: ¿Gozará el extranjero ó no, de derechos civiles en Francia? Los legistas que eran miembros del tribunado se declararon contra el extranjero. Se les objeta que si la ley negaba á los extranjeros los derechos civiles, debía al menos definirlos y enumerarlos, para que se pudiera distinguirlos de los naturales que implícitamente les reconocía. Grenier respondió que más adelante lo haría en el código el legislador; que les daría derechos que, aunque arreglados por la ley francesa, se derivaran del derecho natural ó del de gentes; que en el título 1º, bastaba asentar el principio que los excluía de los derechos civiles (3). Desgraciadamente los autores del código no cumplieron esta promesa; y no se explican sino acerca de algunos derechos,

1 Sesión del Tribunado de 3 nivoso, año X (*Archivos parlamentarios*, t. III, p. 251).

2 Sesión del Tribunado de 8 nivoso, año X (*Archivos parlamentarios*, t. III, p. 322).

3 Sesión del Tribunado de 29 frimario, año X (*Archivos parlamentarios*, t. III, p. 188.)

guardando silencio sobre los demás. De allí proceden las interminables disputas.

416. Sabido es que la oposición de los tribunos paralizó por algún tiempo el trabajo de la codificación. Cuando el primer cónsul lo continuó, después de haber disuelto el tribunado, el art. 11 se votó tal como se había presentado, con una restricción más, y fué la de que la reciprocidad debía proceder de las convenciones internacionales. Se hizo una nueva exposición. Treilhard es tan explícito como Boulay, y con su talento lógico fija la cuestión perfectamente: «¿Tendrá el extranjero en Francia todos los derechos civiles, ó solamente alguno? ¿Se le admitirá sin restricción, *sin condición*; ó no se debe más bien, adoptando la regla de una justa reciprocidad, *restringir los derechos del extranjero* á sólo aquellos que el extranjero puede tener en el país de éste?» Esta última solución es la del art. 11, y por lo mismo restrictiva. Así lo ha dicho Treilhard de la manera más formal. «El proyecto, dice, no asegura en Francia al extranjero *más que* los mismos derechos civiles concedidos al francés por los tratados de la nación á que aquel pertenece (1). «El orador del Tribunado se expresa en el mismo sentido, y reproduce la distinción de los derechos, en civiles, naturales y políticos. Es cierto que los últimos no pertenecen al extranjero. ¿Deben dárseles los civiles? Tal cuestión, responde Gary, no puede decidirse sino por medio de tratados. Es decir, que los tratados son una condición esencial para que un extranjero goce de los derechos civiles (2).

417. ¿Nos engañaremos al afirmar que los trabajos preparatorios no dejan duda acerca del sentido restrictivo del art. 11? M. Valette lo confiesa también. «Es cierto, dice, que en algunas partes de los trabajos preparatorios, vemos reproducida la doctrina de Pothier y otros au-

1 Locré, *Legislación civil*, t. I, p. 466 y 468, n. 9.

2 Locré *Legislación civil*, t. I, p. 472 y 474. n. 1 y 7.

tores que distinguen entre el derecho natural, de gentes y civil.» En lugar de *algunas* partes, deben leerse *todas*. A la discusión real, M. Valette nada encontró que oponer, más que una discusión imaginaria. «No es necesario, agrega, dar importancia muy grande á esas opiniones doctrinales de *ciertos* miembros del consejo de Estado ó del Tribunal; porque *otros muchos* que trabajaron en el código ó que lo votaron, *podieron y debieron* entender que los derechos civiles rehusados á los extranjeros, serían únicamente aquellos que el texto de la ley presentara con tal carácter (1).»

418. Con semejante sistema de interpretación, se puede hacer decir al código todo lo que se quiera, porque á las declaraciones formales puede oponerse siempre lo que otros *podieron y debieron* pensar; pues también el derecho se convierte en una ciencia fantástica, y nosotros querríamos sostenerle el carácter que siempre ha tenido, el de una ciencia positiva. Hé aquí el motivo por qué insistimos tanto sobre el art. 11. Casi todos los autores participan de la opinión que sostenemos (2), y la jurisprudencia se declara en el mismo sentido. La cuestión se ha presentado ante la corte de casación de Francia, con motivo de uno de esos derechos que el código no define: ¿El derecho de adoptar ó de ser adoptado, es un derecho civil? El código enumera todas las condiciones que se requieren para la validez de la adopción y no menciona el goce de los derechos civiles. Esto no obstante, la corte de casación decidió, que un extranjero no podía ser adoptado, fundándose en el art. 11, que asienta como principio de orden público en Francia, «que un extranjero no tiene los derechos puramente civiles de los franceses, mientras no haya una ley expresa ó tratados formales que lo autoricen.» Este artículo, dijo la

1 Valette, *Explicación sumaria del libro I del Código de Napoleón*, p. 412.

2 Véanse los testimonios en Dallóz, *Repertorio*, en las palabras *Derechos civiles* n. 46.

Corte Suprema, no distingue entre los diferentes derechos civiles; por el contrario, está concebido de una manera general y absoluta que lo comprenden todos sin excepción. Así que, fuera de los casos previstos por los tratados, el extranjero no es ya capaz del goce de esos derechos, para ejercitarlos activa ni pasivamente. La corte de Dijón, ante la cual se llevó el negocio, adoptó el parecer de la corte de casación, invocó los artículos 8, 11 y 13, como lo hemos hecho también nosotros, y decidió que esas disposiciones arreglan de *la manera más clara* cuáles son las personas que gozan de los derechos civiles; resultando de ahí que el código concede este goce á los franceses, y lo niega á los extranjeros. Se instauró una nueva instancia, y la corte de casación mantuvo su jurisprudencia consagrándola después con nuevas sentencias (1). Esta es también la opinión que domina en la jurisprudencia de las cortes de Bélgica (2).

419. Vamos á decir todavía, porque nos es necesario, algunas palabras sobre las razones que se aducen en favor de la opinión contraria; pues precisamente con motivo de esas razones, desarrollamos la cuestión de los derechos de los extranjeros. La verdadera razón de que se desvíen de un texto tan claro y de una discusión más clara todavía, es la de que el sistema del código se encuentra en oposición con los sentimientos é ideas de los pueblos modernos. Es verocímil, dice M. Valette, que los redactores del Código civil, hubieran sido más rigurosos respecto de los extranjeros, que lo fueron en el derecho an-

1 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Adopción*, § 2. Sentencia del 30 de Noviembre de 1840. (Sirey, 1844, 1, 756), y las sentencias dadas en materia de propiedad industrial. (Sentencias de la corte de casación del 14 de Agosto de 1844, Dallóz, 1844, 1, 386-387; de 11 de Julio de 1848, tribunal pleno, Dallóz, 1848, 1, 140; de 12 de Agosto de 1854, Dallóz, 1854, 1, 206).

2 Sentencia de la corte de Gante de 29 de Enero de 1849. (*Passicrisie*, 1849, 2, 58); sentencia de la corte de Bruselas de 13 de Diciembre de 1856 (*Passicrisie*, 1857, 2, 149); sentencia de la corte de Gante de 27 de Mayo de 1854, y la requisitoria de M. Donny, abogado general (*Passicrisie*, 1855, 2, 330).

tigo (1). ¿Puede creerse, pregunta M. Demangeat, que el código coloque á los extranjeros en una condición más estrecha que la que existía en la edad media? (2). La tacha que se le pone al código es exagerada, pero admitámosla. ¿Es esta una razón para alterar un texto claro sin tener á su favor la voluntad del legislador? La ley es una vuelta á la barbarie antigua, es un eco de las Doce Tablas que rechazan al extranjero como á un enemigo. Concedido: ¿sería esta una razón para reemplazar una ley bárbara con otra nueva que hiciera el intérprete? Hay muchas disposiciones en el código que no están ya en armonía con nuestro estado social, ó que son contrarias á los principios. ¿Quiere decir esto, que el intérprete puede modificarlas, dando tortura á los textos para imponerles una doctrina que no es la del legislador? Esta tendencia se encuentra en más de un escritor, y si se la dejara extender se llegaría á formar un nuevo Código civil. Que lo haga el legislador; lo queremos, y mucho, pero disputamos al intérprete el derecho de hacerlo, porque sería un sistema deplorable, pues cada jurisconsulto se convertiría en legislador, y si los jueces hicieran otro tanto, tendríamos diariamente un nuevo código.

420. El sistema restrictivo, se dice, no puede ser el del código, porque conduce á consecuencias absurdas, que nadie admite; lo que prueba que el principio en sí mismo es falso.

Efectivamente, si es cierto, como dijo la corte de casación, que se necesita un tratado para que los extranjeros gocen de un derecho civil, será necesario decir que no pueden ser en Francia ni propietarios ni acreedores, que allí no pueden casarse con personas francesas, y que les está prohibida toda gestión judicial. En vano se invocarían

1 Valette, en Proudhon, *de las Personas*, t. 1, p. 176.

2 Demangeat, *Historia de la condición civil de los extranjeros en Francia*, p. 252.

los arts. 3, 12, 14, 15 y 19, que implícitamente reconocen esos derechos á los extranjeros; porque la cuestión que se disputa es precisamente la de saber si un extranjero puede gozar de un derecho civil faltando un tratado de reciprocidad. Si esa es una condición esencial, los textos del código no son suficientes, y por consecuencia, estamos en pleno absurdo (1). Merlin respondió anticipadamente á esta objeción. Hay derechos que están arreglados por el Código civil; y en ese sentido podría llamárselos derechos civiles; pero tienen su origen en la naturaleza, y no son ya derechos puramente civiles; pues, como en todas partes existen, se les refiere al derecho de gentes. Esos derechos no se encuentran comprendidos en el art. 11; y así se ha dicho y repetido en los trabajos preparatorios. Ahora bien, tal es evidentemente el derecho de propiedad, y de ella emana el de ser acreedor y de reclamar su derecho ante los tribunales. Lo mismo sucede en el matrimonio (2). En otros términos, desde que la ley reconoce un derecho al extranjero, ese derecho deja de ser por lo mismo civil; dado que es de esencia de estos que el legislador no los conceda más que á los ciudadanos.

421. Los artículos del código que niegan ciertos derechos civiles á los extranjeros se prestan igualmente á objeciones. Según los términos del art. 726, el extranjero no puede suceder en Francia sino conforme al art. 11. El 912 reproduce esta incapacidad para el derecho de disponer por título gratuito, y el 980 dice que los testigos llamados para presenciar los testamentos deben gozar de los derechos civiles. ¿Qué objeto tienen todas esas disposiciones si es cierto que el extranjero fué excluido de todo derecho civil? ¿No debe inferirse más bien que estas son

1 Moulton, *Repeticiones sobre el Código de Napoleón*, t. I, p. 81 y siguientes.

2 Merlin, *Cuestiones de derecho*, t. XII, p. 191, notas, en la palabra *Propiedad literaria*, § 2.

derogaciones, y que el derecho común concede á los extranjeros el goce de los civiles? Merlin confiesa que esas disposiciones son supererogatorias. Hay en el código muchos artículos que en rigor son inútiles, pues no se ocupan más que de aplicar un principio general; pero de que sean inútiles ¿se inferirá que establecen otro principio? La conclusión sería poco lógica. En rigor es enteramente inadmisibile; porque el legislador mismo tuvo cuidado de declarar en el texto del art. 726: Conforme á las *disposiciones del art. 11*. Así la incapacidad especial establecida por el art. 726 es una aplicación de la incapacidad general declarada por el art. 11; lo que excluye toda idea de una derogación. Debe entenderse en el mismo sentido el art. 912, aunque no repite las mismas palabras; porque los arts. 726 y 912, no contienen más que una sola y misma disposición que niega al extranjero el derecho de recibir y disponer por título gratuito.

422. Se dice, por último, que el principio del código tal como lo interpretan la doctrina y la jurisprudencia está lleno de vaguedad é incertidumbre. ¿Cómo sabrá el juez si tal derecho es civil ó natural? Para los derechos naturales se le remite al de la naturaleza ó al de gentes; ¿pero cuál es ese derecho natural ó de gentes? ¿Cómo podrá el juez distinguir lo que pertenece al derecho natural ó al civil? (1) Nada más arbitrario que la respuesta de la doctrina y la jurisprudencia, á esta pregunta. Zachariæ uno de nuestros mejores autores, dice: que deben colocarse en la categoría de *derechos civiles* «todos aquellos, que conforme á los principios del derecho filosófico, no existen para el hombre que viviera en un estado extra-social, y que no tienen su fundamento más que en la legislación positiva» (2). ¿Qué cosa es ese *estado extra-social*, en el que debe colocarse para comprender y determinar lo que es un derecho civil? Pura

1 Valette, *Explicación sumaria del libro 1º del Código de Napoleón*, p. 415.

2 Zachariæ, *Curso de derecho francés*, t. I, p. 163, § 76.

hipótesis, que jamás se ha realizado; el hombre, sér social por esencia, siempre ha vivido en el estado de sociedad y bajo el imperio de leyes ó costumbres positivas. Con este título, todos los derechos serían civiles: así es como lo entendían muy bien los antiguos, y siempre subsiste, que la definición de Zachariæ nada nuevo nos enseña.

No seremos más felices si nos dirigimos á la jurisprudencia. En una sentencia de la Corte de casación, de 31 de Enero de 1824, se lee: «las obligaciones que se derivan del derecho de gentes, son las que existirían por la necesidad de las cosas, aun cuando la ley no hubiera determinado la forma de ellas, y que por otra parte, se han admitido en todas las naciones civilizadas; como por ejemplo, el derecho de vender, comprar, cambiar, prestar, etc. Las que se derivan del derecho civil, son por el contrario, aquellas cuya existencia no puede concebirse sin que la ley civil haya concedido la facultad.» Estándose á esta definición, se tendría trabajo para encontrar un derecho civil. El Código de Napoleón coloca entre estos, el de recibir ó transmitir á título gratuito. Pues bien, ¿ese derecho no se encuentra en todas las naciones civilizadas? y si en todas partes se encuentran las sucesiones y los testamentos, ¿no es porque esos derechos están fundados en la necesidad de las cosas? ¡Luego este es un derecho que tiene su principio en la naturaleza, ó en lo que se llama derecho de gentes, y no derecho civil!

423. La crítica que se hace de la distinción tradicional en derechos naturales y civiles, es perfectamente justa, siendo necesario ir más allá y decir que la distinción es falsa. Portalis la funda en la división del género humano en naciones, y es imposible encontrarle otro fundamento. Esto supone que la diferencia de las naciones tiene una influencia necesaria en los derechos privados; es decir, que los hay que por su naturaleza no pertenecen más que á los

miembros de la sociedad para quienes se establecieron. Pues bien, esto es falso en teoría, y falso conforme á la teoría misma del código. Se concibe que la división del género humano en naciones, traiga por consecuencia, que nadie puede ser ciudadano de dos patrias, siendo imposible votar á la vez en París y en Lóndres, sentarse á la vez en el parlamento inglés y en el senado francés. ¿Pero la existencia de nacionalidades diversas influye también en los derechos privados? Aquí está el error de la doctrina tradicional.

¿Qué son los derechos privados? Las facultades legales que pertenecen al hombre y que le son necesarias para que pueda llenar su destino en este mundo. Por sólo el hecho de ser hombre, debe gozar de los derechos privados. Así lo admiten todos respecto de los derechos llamados naturales, y deben admitirlo también respecto de los llamados civiles. El Código de Napoleón considera el derecho de sucesión como civil, y sin embargo, existe en todos los pueblos civilizados, lo que prueba que «está fundado en la necesidad de las cosas,» tal como lo dijo la Corte de casación, ó que, sin ese derecho, el hombre sería un ser incompleto; en el sentido de que tiene su raíz en la naturaleza. Ahora le preguntamos: puesto que el derecho de sucesión está establecido en todas partes, ¿por qué los hombres no podrían ejercitarlo en todas partes? ¿Sería porque las leyes de los diversos Estados difieren? Pero sucede lo mismo con los derechos llamados naturales; ¿es necesario recordar la burla que Pascal hace de nuestras leyes, las cuales varían según que se está á la una ó la otra ribera de un río? Poco importa, siendo la única cuestión la de saber si es imposible ejercitar á la vez el derecho de herencia en Francia y en Inglaterra, como lo es el de ejercitar los de ciudadano en los dos países. Esta imposibilidad no existe, es decir, que la diferencia de nacionalidad

no debe tener influencia alguna sobre el defecto hereditario.

Decimos que la teoría misma del código prueba que la idea de los *derechos civiles* es falsa. Efectivamente, el mismo artículo que excluye á los extranjeros de los derechos civiles, se los concede bajo la condición de reciprocidad. Si los extranjeros pueden gozar de todos los derechos civiles en Francia con tal de que haya un tratado de reciprocidad, es que en la naturaleza de esos derechos nada hay que se oponga á que pertenezcan á los extranjeros lo mismo que á los ciudadanos, y desde luego, la distinción no tiene razón de ser. Definitivamente, la división del género humano en naciones formadas de Estados diversos trae consigo, por lo mismo, la distinción de ciudadanos de los diversos Estados; pero no ha creado hombres diversos, pues cualquiera que sea el Estado á que estén unidos por nacimiento, permanecen siendo hombres, y tienen todos una misma misión, debiendo tener los mismos derechos.

424. Lo que prueba todavía con más evidencia que la idea de los derechos civiles es falsa, es que tiende á desaparecer. El número de esos derechos va disminuyendo cada día, y muy pronto no quedará uno sólo. Cuando se remonta uno á las sociedades primitivas, encuentra que todos los derechos privados son civiles, lo que hace llegar á esta consecuencia: que el extranjero no tiene derechos. Así sucedía en los pueblos de la antigüedad, y la razón es muy sencilla. Los antiguos no conocían los derechos que llamamos naturales, porque pertenecen al hombre en virtud de su naturaleza; de ahí procede su desprecio á la personalidad humana, de ahí la esclavitud y de ahí también la miserable condición del extranjero.

Montesquieu dice, hablando de los derechos de *aubainne* y de naufragio: «Los hombres pensaron que no estando los extranjeros unidos á ellos por ningún género de rela-

ción civil, no les debían justicia ni compasión de ninguna especie.» El autor del *Espiritu de las leyes* calumnia á nuestros antepasados; la acusación que lanza contra los germanos debería dirigirla á los pueblos más civilizados de la antigüedad. ¿Quién inventó el nombre de bárbaros para designar á los extranjeros? Los Griegos. ¿Y qué pensaban de los bárbaros? ¿y cómo los trataban? «Todos los bárbaros, decían, son esclavos, y nacidos para ser esclavos.» Es el mismo desprecio que los blancos tienen desde hace largo tiempo para con los negros, y las consecuencias eran idénticas: los esclavos se reclutaban entre los bárbaros, y los griegos tenían en tan poco el sentimiento de la unidad humana, que de una á otra ciudad se trataban de extranjeros, y los extranjeros no tenían derechos, no podían poseer ni comparecer en juicio; carecían hasta de los derechos que llamamos naturales (1).

Lo mismo sucedía en Roma. Los jurisconsultos no se ocupan de los bárbaros, que son seres sin derechos. En la ley de las Doce Tablas, se les califica de enemigos, y el enemigo está fuera de la ley. Los extranjeros de quienes se trata en las leyes romanas, son los ciudadanos de los Estados aliados, y, ántes del edicto de Caracalla, los habitantes de casi todas las provincias; y no participaban del derecho civil de Roma, porque no eran ciudadanos romanos. Esto es lógico, pues si hay una exclusión que se derive de la diversidad de las leyes, debe ser absoluta. Sin embargo, no se podía tratar de los extranjeros aliados ó súbditos, como de seres sin derechos; la necesidad de las cosas produjo en su favor una de esas transacciones, tan frecuentes en Roma, entre el derecho estricto y la equidad. Se imaginó un derecho de gentes al lado del derecho civil, para hacer partícipes á los extranjeros de los benefi-

1 Véanse mis *Estudios sobre la historia de la humanidad*, t. I págs. 110 111 y 300

cios del derecho privado. Este fué el primer paso dado hácia la igualdad de los extranjeros y de los ciudadanos (1).

425. Los bárbaros á quienes Montesquieu acusa de haber introducido el *derecho insensato de aubaine*, dieron por el contrario, á la humanidad, la idea de los derechos del hombre, y de ellos es de quienes tenemos esa necesidad, esa pasión de personalidad que acabó con la esclavitud antigua y que se convirtió en el fundamento de la libertad moderna. No es cierto que los extranjeros fuesen esclavos, como tales; en la edad media los que eran libres lo seguían siendo (2). Mas la masa de la población era de esclavos, tanto indígenas como extranjeros. Habiendo, empero, desaparecido la esclavitud, ¿por qué no se aprovecharon los extranjeros de esta revolución? ¿y por qué hasta la víspera de 89 se consideraba que morían esclavos? Deben su esclavitud á los jurisconsultos educados en el derecho romano, que son quienes les aplicaron la distinción del derecho civil y del de gentes, sin reparar que esta doctrina no tenía ya cabida ni en nuestras costumbres ni en nuestra religión. No participando los extranjeros del derecho civil, eran excluidos por eso mismo de los derechos que, segun la creencia de los legistas, tenían su fuente en las leyes positivas. De ahí el derecho de aubaine. Los extranjeros estaban sujetos á dos clases de incapacidad. En primer lugar, no podían transmitir los bienes que dejaban á su fallecimiento, ni por testamento, ni por *ab intestato*; de modo que si no tenían hijos nacidos en Francia, el fisco se apoderaba de su herencia: este es el derecho de aubaine propiamente tal. Además, eran incapaces para heredar por testamento, ó por sucesión; así es que si se abría en Francia una he-

1 Véase el t. III de mis *Estudios sobre la historia de la humanidad*, pág. 297 y siguientes.

2 *Sobre la condición de los extranjeros, en la edad media*, véanse mis *Estudios* t. VII, pág. 307 y siguientes.

rencia en su provecho, eran excluidos de ella por los herederos franceses.

426. Tal era la teoría inventada por los legistas. No tenía ya el rigor que los jurisconsultos romanos le habían impreso. Ya no se consideraba el matrimonio como una institución de puro derecho civil, y se pregunta uno á sí mismo cómo pudo alguna vez considerársela como tal; si hay en ella un contrato formado por la naturaleza, es más bien aquél. Se admitía también á los extranjeros al goce de la propiedad, y por consiguiente, á todos los derechos que se derivan de ella. El número de derechos civiles iba, pues, en disminución. Ese hecho solo, prueba que la idea de los derechos civiles es falsa. Si hay derechos civiles y naturales por su esencia, deben serlo siempre y en todas partes; porque si los pretendidos derechos civiles se trasforman insensiblemente en naturales, es porque en realidad son naturales, y si unos lo son, lo son todos. Esto es lo que dicen los filósofos del siglo XVIII; Montesquieu no es, ni el único ni el primero que infamó el derecho de *aubaine* (1) La fraternidad, que era la religión de los filósofos, debía conducirlos á reivindicar los mismos derechos para todos los hombres. Citaremos las palabras de Rousseau: «¡Los pueblos, dice, deben ligarse, no por tratados de guerra, sino por el de beneficios! ¡Que los una, pues, el legislador, aboliendo esta odiosa distinción de regnícolas y extranjeros!»

La asamblea constituyente respondió á este género de llamamiento, y por la primera vez abolió por un decreto de 6 de Agosto de 1790, el derecho de *aubaine* propiamente dicho, sin discusión y por unanimidad. Era la explosión de los sentimientos que la filosofía había derramado en las

1 En un tratado de la heredad franca, que apareció en 1645 escrito por Casé-neuve, se lee: «No hay duda de que el derecho de aubaine es injusto, porque repugna á la hospitalidad, á que la naturaleza, la razón y la religión misma, obligan á los hombres. Aun cuando hayamos dividido el mundo en tantas provincias, él no es, hablando con propiedad, más que una ciudad, puesto que todos los hombres respiran el mismo aire, y están alumbrados por el mismo sol»

almas. «Considerando, dijo la ilustre Asamblea, que el derecho de *aubaine* es contrario á los principios de fraternidad que deben ligar á todos los hombres, cualesquiera que sean su país y su gobierno, que ese derecho, establecido en los tiempos bárbaros, debe ser proscrito en un pueblo que fundó su constitución en los *derechos del hombre* y del ciudadano, y que la Francia libre, debe abrir su seno á todos los pueblos de la tierra, invitándolos á gozar, bajo un gobierno libre, de los derechos sagrados é inviolables de la humanidad.» Vino después otro decreto, el de 8 de Abril de 1791, que concedió á los extranjeros el derecho de disponer de sus bienes por todos los medios que la ley autoriza, permitiéndoles recoger las sucesiones abandonadas en Francia por sus padres extranjeros ó franceses.

427. Se acusó de utopista á la Asamblea constituyente, pero encontró defensores en el seno del Tribunado, cuando el proyecto del código civil vino á restablecer indirectamente el derecho de *aubaine*. Boissy d'Anglas dijo que no fué por exceso de filantropía por lo que la Asamblea nacional abolió el derecho de *aubaine*, sino por la convicción que tenía de que éste era el medio de aumentar la prosperidad de Francia. Bajo el antiguo régimen, los reyes exceptuaron del derecho de *aubaine* á los extranjeros que venían á establecerse en Marsella y en Dunkerque, y si eso era ventajoso para dos ciudades, ¿por qué no hacerlo extensivo á todas? Esto es lo que notó un economista llamado á desempeñar un gran papel al comenzar la Revolución. «Si tal cosa, dijo Necker, es útil para este ó aquel objeto, lo es generalmente y en cualesquiera circunstancias para todo el reino» (1). Necker probó que el producto del derecho de *aubaine* era muy módico, pues apenas llegaba á cuarenta mil escudos anuales; mientras que la ventaja que debía resultar de suprimirlo sería inmensa. Ese derecho odioso

1 Sesión del Tribunado del 29 frimario, año X (*Archivos parlamentarios*, t. III, pág. 194 y siguientes).

separaba de Francia á los extranjeros, y una vez que estuvieran seguros de morir como vivían libres, vendrían á enriquecerla con sus capitales y trabajo. El célebre banquero razonaba no como filántropo, sino como economista. «Todo lo que puede desviar á los extranjeros, decía, de venir á gastar sus rentas en el reino y de cambiar así su dinero por las producciones de nuestra industria, parece una disposición tan irracional, como lo fuera una ley directamente opuesta á la exportación de esos mismos productos.» Necker infería de ahí, que el derecho de *aubaine* era todavía más perjudicial á las naciones que lo ejercitaban, que á los extranjeros cuya fortuna era así usurpada (1).

428. El pensamiento que inspiró á la Asamblea, y que por lo mismo era generoso y de provecho para la Francia, encontró eco en el Tribunal. Comenzaba la reacción contra las ideas de 89, y en las relaciones internacionales, se decía, debía consultarse, antes que todo, el interés de Francia. Indudablemente, contestó Boissy-d'Anglas; pero agregando que, «felizmente, este interés está siempre fundado en lo justo.» Ganilh reprodujo la demostración económica de Necker (2), y es tan evidente, que no se comprendê cómo no afectó á todos los entendimientos. No había más que una tacha que poner al legislador de 1790, y es la de que se detuvo en la mitad del camino. Los tribunales destruyeron el derecho de *aubaine* en su principio, atacando la distinción tradicional de los derechos en naturales y civiles, oponiendo á esta falsa doctrina la teoría verdadera de los derechos privados. Recogemos esos testimonios, porque todavía se dirigen á nosotros. Chazal proclamó que no era permitido al legislador privar á los extranjeros del goce de los derechos naturales y universales de la humanidad; y tales son, dice, todos los que llama-

1 Necker, *De la administración de hacienda*, t. III, cap. XXV, págs. 270 y siguientes.

2 Sesión del 1º nivoso año X (*Archivos parlamentarios*, t. III, págs. 209 y siguientes).

mos *derechos civiles*, porque, ¿qué son los *derechos civiles*, qué pueden ser, al ménos entre nosotros, sino los derechos naturales escritos? Los derechos naturales escritos y no escritos, pertenecen en todas partes á todos los hombres; ¿y los extranjeros no son hombres para nosotros? (1) ¡Cosa notable! Los tribunos, hombres de 89, libres del yugo de las tradiciones jurídicas, comprendían mejor los verdaderos principios del derecho que los legistas del Consejo de Estado. Sí, el hombre, como tal, debe gozar en todas partes los mismos derechos, porque ellos no son más que un medio de desarrollo intelectual y moral. En ese sentido los tribunados tenían razón para decir que la humanidad no debía formar más que una sola familia en todo lo concerniente al ejercicio de los derechos civiles (2). Los tribunos se remontaron al origen de la famosa teoría de los derechos civiles que los legistas aceptaban como la expresión de la verdad, y notaron que tendía al estado de hostilidad que permanentemente reinaba entre los pueblos. Se concibe que el extranjero no tuviese derechos cuando era un enemigo, cuando la guerra era á muerte y no se podía ver ya á un hombre en el que, sin cesar, amenazaba la existencia misma de la nación. Pero, ¿entre los pueblos modernos el extranjero es todavía un enemigo? El trabajo, el comercio, la industria, han reemplazado á la guerra; y cuando costumbres, ideas y sentimientos han cambiado, debe cambiar también el derecho. El trabajo hace de todos los pueblos una gran sociedad cuyos intereses son solidarios; y desde luego, los hombres de todos los países deben también estar unidos por los vínculos del derecho, mientras que las divisiones políticas no les pongan obstáculo. No podemos ser ciudadanos en todas partes, pero en todas partes somos miembros de la familia humana, y

1 Sesión del 3 nivoso, año X (*Archivos parlamentarios*, t. III, pág. 247).

2 Grenier, en la sesión del 29 frimario, año X (*Archivos parlamentarios*, t. III, pág. 187).

como hombres debemos gozar en todas partes de los derechos inherentes á él (1).

429. El Tribunado iba á votar la separación del título 1º, porque restablecía el derecho de *aubaine*, cuando Napoleón retiró los proyectos del Código civil, esperando que se destruyera la oposición importuna de los tribunos. Mejor hubiera sido dar la razón á sus justas críticas. Se ha dicho que no es cierto que el art. 11 restableciera el derecho de *aubaine* (2): peor fué lo que hizo al consagrar la falsa doctrina de los derechos civiles, conforme á la cual el derecho de *aubaine* no es más que la consecuencia. Sin duda, cuando el extranjero tiene parientes franceses, estos le suceden, y en ese sentido, el derecho de *aubaine* quedó abolido; pero por el contrario, si el extranjero no deja más que parientes extranjeros, siendo estos incapaces de suceder, la sucesión es de derechos caducos y el Estado se apodera de ella. Esto era restablecer indirectamente el derecho de *aubaine*, y la posteridad concedió la razón á los tribunos contra el primer cónsul. En Francia, una ley de 14 de Julio de 1819, abolió el derecho de *aubaine*. Los hombres de la Restauración vulneraron ese derecho con la energía que los tribunos del año X. El duque de Lévis lo calificó de expoliación digna de la barbarie de la Edad Media. Ciertamente, dijo, un particular se avergonzaría de aprovecharse del despojo de un extranjero. Ahora bien, no hay más que una moral, y lo que es inícuo para los individuos, lo es para las naciones. En apoyo de su proposición, que tendía á abolir definitivamente un derecho odioso, el duque de Lévis invocó las mismas consideraciones de economía política que los tribunos habían opuesto al proyecto de Código civil. En Bélgica, una ley, dada en 27 de Abril de 1865, declaró con

1 Ganiilh, en la sesión del 1º nivoso. año X (*Archivos parlamentarios*, t. III, p. 210).

2 Zachariæ, *Curso de derecho civil francés*, t. I, pág. 77.

igual motivo que los extranjeros eran capaces de suceder, de disponer y de recibir (art. 3) (1).

La utopía de la Asamblea constituyente se convirtió en realidad, pero siempre no se llenó el deseo del Tribunado. Subsiste el art. 11, y con él, la teoría falsa de los derechos civiles. Es dicha que tenga aplicación poco frecuente. No es ya más que un resto de otra edad, que los legisladores franceses y belgas han conservado, y que valía más que hubiera desaparecido, pues de él resultan siempre dificultades y disputas interminables. Nos falta, pues, ver cuál es la verdadera condición del extranjero, cuáles los llamados derechos naturales de que goza, cuáles los llamados civiles cuyo goce le reconocen las leyes ó la doctrina; cuáles son, en fin, los derechos que se le han negado.

NÚM. II. DE LOS DERECHOS NATURALES DEL EXTRANJERO.

430. Los derechos que hoy llamamos *naturales* estaban reservados en otro tiempo á los ciudadanos. Tal era el matrimonio. Es muy seguro, dice Merlin, que el contrato civil llamado matrimonio es enteramente del dominio de las leyes civiles. Por esta razón el art. 25 del Código de Napoleón declara al que civilmente ha muerto, incapaz de contraer un matrimonio que produzca efectos civiles, y por la misma razón el código declara disuelto, en cuanto á sus efectos civiles, el que aquel haya contraído ántes de su condenación. ¿Se dirá por esto, que el extranjero no puede contraer matrimonio civil? Está universalmente reconocido, responde Merlin, que en Francia los extranjeros son hábiles para casarse, ora entresí, ora con francesas (2). El mismo código sanciona el matrimonio de extranjera con francés y de francesa con extranjero (arts. 12 y 19), y re-

1 *Exposición de los motivos* de la ley de 27 de Abril de 1865 y dictamen de la sección central (*Documentos parlamentarios* de la sesión de 1864-1865, págs. 201 y 245).

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Extranjero*, § 1, núm. 8.

conoce el estado de los hijos nacidos de padres extranjeros en Francia, permitiéndoles reclamar la calidad de franceses (art. 9). ¡Qué tejido de contradicciones! ¿Si el matrimonio es un derecho civil para el civilmente muerto, por qué no lo es para el extranjero? Pero la naturaleza se subleva contra semejante doctrina, y la conciencia pública ha desechado la muerte civil, precisamente porque la ley declaraba disuelto el matrimonio del muerto civil. No, no es el legislador, sino la naturaleza, quien une al hombre y la mujer; la ley no hace más que sancionar un contrato, el más natural que existe.

431. El extranjero puede poseer bienes inmuebles en Francia: así lo dice implícitamente el art. 3 del Código de Napoleón. Hé aquí todavía un derecho, civil en otro tiempo y hoy natural; pero siempre la aplicación del principio presenta sus dificultades. Hay propiedades de naturaleza enteramente especial. ¿La propiedad literaria, no es creación de la ley? Puede sostenerse, colocándose desde el punto de vista de la doctrina tradicional. ¿No se controvierte hasta sobre el derecho? Y un derecho cuya existencia se niega, ¿puede ser derecho natural? Aun cuando el derecho está reconocido, se somete á condiciones y restricciones; ¿son esos los caracteres de la propiedad? Sin embargo, con la propiedad literaria pasa lo que con el matrimonio: que cuando los extranjeros gozan de aquel derecho, es porque la naturaleza misma se los ha dado. Merlin dice con razón, que se puede aplicar á la propiedad literaria lo que la ley de 30 de Diciembre dice de todo descubrimiento. «Toda idea nueva, cuya manifestación ó desarrollo puede ser útil á la sociedad, *pertenece* primitivamente al que la concibió; y sería atacar los *derechos del hombre*, en su esencia, el no considerar un descubrimiento industrial como *propiedad de su autor*.» Invocar los *derechos del hombre*, equivale á decir, ciertamente, que la propiedad de una *idea* cualquiera, pertenece al hombre como

tal, y no al ciudadano. Por lo mismo, en este sentido debe entenderse la ley de 19 de Julio de 1793, que en su art. 1º dice: «Los autores de escritos de todo género, gozarán por toda la vida, del derecho exclusivo de vender y mandar vender sus obras en el territorio de la República.» Los extranjeros no están excluidos, pues se trata de un *derecho del hombre* (1). Inútil es decir que deben sujetarse á las leyes del país donde quieren ejercitar su derecho. Tal es, por lo que hace á Bélgica, la ley de 25 de Enero de 1817.

La propiedad industrial da lugar á nuevas dificultades, en las que no queremos entrar. Basta para nuestro objeto que la ley de 1790 haya colocado todo descubrimiento, entre los derechos que pertenecen al hombre como tales; pues no entra en nuestro propósito examinar las condiciones á que está sometido el ejercicio del derecho. Agreguemos que existe un tratado entre Bélgica y Francia, para la recíproca garantía de las propiedades literaria, artística é industrial (2).

Por último, los extranjeros pueden, conforme á la ley de 21 de Abril de 1810 (art. 13), obtener concesiones de minas. He aquí un derecho que los legistas antiguos habrían declarado ciertamente civil, porque no existe sino en virtud de una concesión del Estado. El extranjero debería, pues, ser excluido, salvo el caso de reciprocidad, como quiere el art. 11. Mas la ley de 1810 deroga la doctrina tradicional, consagrada por el Código de Napoleón; y hace de la concesión de minas un derecho natural, dispensándolo, con gran razón, indistintamente á los franceses y á los extranjeros. ¿Qué es lo que tiene de común la

1 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Propiedad literaria*, § 2. La corte de casación decidió, que los extranjeros gozan lo mismo que los franceses, del derecho de perseguir á los falsificadores de las obras publicadas por ellos en Francia (Sentencia de 20 de Agosto de 1852, en Dallóz, *Colección periódica*, 1852, 1. 335).

2 Convención de 1º de Mayo de 1861 aprobada por la ley de 27 de Mayo de 1861.

concesión de minas, con la división de la humanidad en naciones?

432. Si los extranjeros son capaces del derecho de propiedad, lo son de todas sus ramificaciones. Esto es seguro respecto de las servidumbres reales; en cuanto á las personales, las leyes romanas deciden que el usufructo y el uso son de puro derecho civil: de donde se infiere que el extranjero no puede ni ser usufructuario, ni gozar como vecino de aprovechamientos y pastos comunales. En nuestro derecho moderno, no existe ya esta incapacidad. Bajo el punto de vista racional, no tiene razón de ser, porque el uso y el usufructo son desmembramientos de la propiedad; y si el extranjero puede ser propietario, ¿por qué no también usufructuario ó usuario? Mayor es la dificultad respecto de la hipoteca. Merlin dice que como la hipoteca es una ficción en virtud de la cual adquiere el acreedor derecho sobre un inmueble que no posee, esta ficción no puede ser obra más que de las leyes civiles. No obstante, agrega, jamás se ha pensado en disputar á los extranjeros el derecho de adquirir hipotecas, sobre bienes sitos en Francia (1). Esta es una nueva prueba de que la idea de los derechos civiles no es verdadera. Hay una razón decisiva para conceder al extranjero el derecho de hipoteca: que pues tiene derecho para contratar, y es necesario que también lo tenga para estipular las garantías accesorias á los contratos. Por otra parte, la hipoteca es, según nuestra ley relativa, un desmembramiento de la propiedad; y con este título, el extranjero debe gozar de ella, lo mismo que de la servidumbre. Sucede lo contrario con la hipoteca legal, y fué esta una cuestión muy contravertida bajo la vigilancia del Código civil (2). Conforme á la doctrina tradicional, debía decidirse, nos parece, y sin vacilar que la hipoteca legal es

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *extranjero*, § 1. núm. 3.

2 Merlin, *Repertorio* en la palabra *inversión*, § 2; Troplong, *De las hipotecas*, t. II. p. 429, núm. 513 ter; Dallóz, *Repertorio*, en la palabra *Hipoteca*, cap. II. sec. IV, art. 2, núm. 15.

un derecho civil (1). Efectivamente, la ley hace más que arreglar ese derecho, lo crea; y esto prueba que procede de la ley civil, porque las garantías de que gozan los menores y las mujeres casadas varían de una legislación á otra; pero ese derecho, civil en otro tiempo, dejó de serlo; y nuestra ley hipotecaria lo reconocía expresamente á los extranjeros. Hé ahí otro derecho civil, convertido en natural.

433. El extranjero puede ser propietario. ¿Se quiere decir con esto, que puede adquirir la propiedad por todos los medios legales? No, porque hay medios de adquisición de los que no goza, conforme al derecho civil; pues no puede recibir por sucesión, donación y testamento. En este punto, el Código ha excedido al derecho antiguo; porque la donación no se consideraba en otro tiempo, como un contrato de puro derecho civil, sino que se asemejaba á los actos entre vivos, para los que tenía capacidad el extranjero, mientras que se le declaraba incapaz, para los por causa de muerte. Distinción enteramente arbitraria; porque si algún derecho hay que esté universalmente reconocido, es el de suceder; por lo mismo, debería ser un derecho natural, conforme á la definición de la corte de casación, y todavía fué el principal de los derechos civiles, antes de las leyes que abolieron el de *aubaine* en Francia y en Bélgica.

¿Qué debe decirse de la prescripción? Pothier distinguía y estaba dispuesto á admitir, que los extranjeros pueden invocar toda especie de prescripción, para lo cual daba excelentes razones. La prescripción adquisitiva se introdujo para impedir que fuera incierto el dominio de las cosas; mas nunca se habría llegado á tal extremo, si la prescripción tuviese lugar en favor de extranjeros y de ciudada-

1 Esta es la opinión generalmente seguida en Francia (sentencia de la corte de casación del 20 de Mayo de 1862). Dallóz, *colección periódica*, 1862, 1, 201 y la nota). Compárese la sentencia de la corte de Grenoble del 23 de Abril de 1863, en Dallóz, 1863, 2, 187.

nos. Por otra parte, puede decirse, que la prescripción, ya adquisitiva, ya estintiva, se estableció por el interés general; importando poco la calidad de los que prescriben. Sin embargo, Pothier vacilaba en cuanto á la usucapión, porque, según las leyes romanas, ese derecho era sólo propio de ciudadanos romanos; desde luego los extranjeros no podían gozar de él (1). Hablando en verdad, el derecho romano no puede tener autoridad en esta materia, porque admite dos especies de propiedad, y es la propiedad quirítaria que no podía adquirir el extranjero por la usucapión. Esta distinción no existe ya en nuestro derecho; de manera que todos están acordes en que deben colocarse la usucapión, lo mismo que la prescripción entre los derechos naturales de que puede gozar aun el extranjero (2).

434. Se presentó una nueva cuestión ante la corte de casación. Los acuerdos sobre los gravámenes impuestos á las compañías de camino de fierro, les prohíben celebrar con los empresarios de trasportes arreglos que no serían permitidos en favor de todas las empresas que sirvieran mal las mismas vías de comunicación. Se pregunta si los extranjeros pueden invocar esas prohibiciones. Nos admira ver discutirse la cuestión. ¿No es un principio que los extranjeros gozan todas las facultades que se derivan del derecho de gentes? Y el comercio con todo lo que tiene, ¿no pertenece esencialmente al derecho de gentes? Sin embargo, la corte de Bordeaux decidió, por sentencia de 28 de Julio de 1863 (3), que el derecho que resulta de las prohibiciones puestas en los acuerdos sobre los gravámenes, es un derecho civil, porque la prohibición tiene por objeto proteger la industria nacional. La corte de casación falló, y muy bien, que no era tal el objeto de esas prohibiciones: que ellas por el contrario, tienen por única mira el interés general del co-

1 Pothier, *Tratado de las personas*, 1ª parte, tít. II, sec. III.

2 Demangeat, *Historia de la condición de los extranjeros en Francia*, p. 331 etc.

3 Dallóz, *Colección Periódica*, 1865, 2, 4.

mercio, asegurando la igualdad á todos los que hacen uso del camino de fierro. Desde luego los extranjeros deben aprovecharse de ella, lo mismo que los franceses, porque deben encontrar en Francia la protección de las leyes que aseguran el movimiento de los negocios comerciales (1). Por esta controversia se ve cuán vaga es la idea de los derechos civiles, puesto que una corte pudo considerar como derecho civil una facultad que ciertamente nada tiene de común con la nacionalidad, ni con la división del género humano en naciones.

NÚM. III. DEL DERECHO DE COMPARECER EN JUICIO.

435. En una sentencia de la corte de Bruselas se lee: «El derecho de comparecer en juicio no es uno de esos derechos civiles inherentes únicamente á la calidad de belga, sino ántes bien uno de aquellos, que como el de comprar ó de casarse, debe ser colocado en la categoría de los que pertenecen, como dijo Portalis, al derecho de gentes más que al civil, y cuyo ejercicio no podría interrumpirse sin atentar á las diversas relaciones que existen entre los pueblos» (2). Nada más cierto. El que es capaz para ejercitar un derecho, debe serlo también para perseguir su ejecución forzosa; porque ¿qué serían los derechos si no tuviesen sanción? Sin embargo, en otro tiempo, el extranjero no tenía derecho para comparecer en juicio, y hoy todavía se encuentra sometido á una legislación excepcional. Siendo esto materia, más de procedimiento que de derecho civil, nos limitaremos á exponer los principios elementales.

436. Conforme á los términos del art. 14, el extranjero puede ser citado ante los tribunales franceses, para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por él en Francia.

1 Sentencias de casación de 3 de Julio de 1865. (Dallóz, 1865, 1, 347), y del 5 de Julio de 1865. (*ibid.*, p. 349.)

2 Sentencia de 28 de Mayo de 1867 (*Passicrisie*, 2, 1867, 294.)

Esta disposición no es más que la aplicación del derecho común, en los casos en que el extranjero tiene su domicilio, ó su residencia en Francia; pero el código agrega: que lo mismo sucede si el extranjero no reside en Francia. Esto es una derogación del derecho común; porque la ley concede al francés un privilegio, permitiéndole gestionar contra su deudor en Francia, mientras que debería hacerlo ante el tribunal de su domicilio. El legislador pensó que el francés no encontraría ante los tribunales extranjeros la misma equidad é imparcialidad, que está seguro de obtener ante los de su país. Este temor no habla en favor de nuestro estado social, y esperamos que un día parecerá odioso ese privilegio, porque ya no tendrá razón de ser.

La aplicación del art. 14 dió lugar á una dificultad especial. Se pregunta ante qué tribunal debe ser llevado el extranjero no residente. El legislador olvidó decirlo, y las leyes del procedimiento no suministran principio alguno para decidir la cuestión. No decidiendo la ley ante qué tribunal *debe* ser demandado el extranjero, creemos, con la corte de Gand, que *puede* serlo ante el que elija el demandante; la corte dejó á la elección, una restricción dictada por la equidad y es la de que no sea vejatorio para el demandante, ni le ocasione gastos ilusorios (1). En este caso es de aplicarse la máxima profesada por los autores del código, de que, á falta de ley, el juez es un ministro de equidad.

437. El art. 14 agrega que el extranjero puede ser demandado también ante los tribunales de Francia, por las obligaciones contraídas en país extranjero á favor de franceses. Esta disposición es enteramente exorbitante del derecho común. El proyecto del Código civil decidía el caso á favor de la jurisdicción extranjera y se modificó

1 Sentencia de 1º de Febrero de 1849 (*Passicrisie*, 1849, 2. 61).

miéntras se discutía, en atención á que el francés, tiene medios de acción más eficaces sobre la persona y bienes de su deudor en virtud de un fallo francés, y puede apoderarse de los bienes y reducir á prisión al deudor. La razón verdadera de este nuevo privilegio, dice un autor francés, es la desconfianza en la imparcialidad de los jueces extranjeros (1).

438. Una ley de 10 de Septiembre de 1807 contiene (art. 1º): «Toda sentencia de condenación, pronunciada en beneficio de un francés contra un extranjero no domiciliado en Francia, llevará consigo el apremio corporal.» Este fué un nuevo privilegio, una nueva derogación del derecho común. El orador del gobierno dijo que esta disposición, aunque severa en apariencia, es sumamente justa. «Los extranjeros son acogidos favorablemente en esta tierra hospitalaria; y el francés, naturalmente confiado y sensible, se entrega con una facilidad que no siempre la prudencia aprueba; ¿es necesario que sea víctima de su beneficio?» Freilhard agrega que el interés verdadero de los extranjeros se coordina con una medida sin la cual quizá no encontrarían tan fácilmente los auxilios que necesitan en circunstancias urgentes (2). Nosotros exponemos las causas sin aprobarlas; y hasta creemos inútil discutir las, por la esperanza de que bien pronto la prisión por deudas no manchará nuestra legislación. Esta misma ley de 1807 permite al presidente del tribunal ordenar el arresto provisional del extranjero, ántes de la sentencia de condenación. El extranjero, dice Freilhard, puede desaparecer de un momento á otro sin dejar huella alguna, y es necesario que la ley dé una garantía al acreedor contra un deudor de mala fé. El orador del gobierno confiesa que este rigor presenta inconvenientes; pero, dice, está acompañado de todas las precauciones que pueden evitar el abuso. Debe

1 Dallóz, *Repertorio*, en las palabras *Derechos civiles*, núm. 257.

2 Locré, t. I, pág. 490, y siguientes.

decirse que el arresto provisional es arbitrario por su naturaleza; porque para que sea eficaz, el legislador se vió obligado á dejarlo á la discreción del presidente. ¡De esta manera un hombre se encuentra privado de su libertad sin sentencia, y por una simple sospecha de mala fé! La ley no pone más que una sola condición á esta prisión, y es la de que la deuda sea exigible. Agregamos que el arresto no tiene lugar, ó cesa, si el extranjero justifica que posee en el territorio francés un establecimiento de comercio ó bienes raíces de un valor suficiente para asegurar el pago de la deuda, ó si da fianza. El arresto provisorio desaparece con el apremio corporal.

439. El art. 15 dice que el extranjero puede llevar al francés ante un tribunal de Francia, por las obligaciones que éste haya contraído en país extranjero; y con mayor razón, cuando las haya contraído en Francia. Esta es una aplicación del derecho natural ó de gentes, derecho en que descansa la facultad de comparecer en juicio. Todavía el legislador concede nuevamente un privilegio al francés demandado: el extranjero demandante, tiene obligación de caucionar el pago de los gastos, perjuicios é intereses que resulten del proceso. Esta es la caución llamada *judicatum solvi*. El extranjero demandante puede ser vencido, y en tal caso, será condenado al pago de los gastos é indemnización de daños y perjuicios; pero si está insolvente, de nada serviría al francés la sentencia que hubiere obtenido el ganar el pleito. De ahí la necesidad de una caución; mas la ley no impone esta obligación al extranjero demandado, porque no ha querido poner obstáculo á la defensa. Este motivo no es muy fundado. ¿Acaso la demanda no es un derecho tan legítimo como la defensa? Debía, pues, exigirse la caución en todo caso, ó no exigirla absolutamente. La excepción que hace la ley en materia de comercio, prueba que la caución no es de rigurosa necesidad; desde luego, no debía admitirse. Es una disposición

tradicional esta, que tiene su origen en la poca estimación que pesa sobre el extranjero. Era más que poca estimación, era odio, pues el nombre de extranjero era siempre odioso, dice Bacquet: «Siempre hay para sospechar que algún veneno oculta el extranjero en el corazón, y no me atrevo á decir traición. Así es que se tiene por regla general que la nación extranjera destruye y mina el reino y la tierra donde viene á habitar» (1). Este espíritu de desconfianza y de aversión, no es ya el nuestro. Han cedido su lugar á la confianza, que es el alma del comercio y que debe serlo también de las relaciones civiles.

El Código de Napoleón admite una excepción á la obligación de caucionar, y es la de que el extranjero demandante posea bienes raíces en Francia de un valor suficiente para asegurar el pago de gastos, daños y perjuicios. Hay otra excepción en el art. 167 del código de procedimientos, respecto del extranjero que no tiene bienes raíces; pero que consigna la cantidad fijada por el tribunal. Marcadé propone aún la tercera para el caso de que los fallos franceses deban ser ejecutoriados en el extranjero (2). Parécenos admisible; porque las excepciones son de estricta interpretación, y en vano se alega que el motivo de la disposición cesa en ese caso: ningún motivo cesa, y aún cuando cesara, todavía debería decirse que únicamente el legislador puede establecer excepciones.

440. El Código civil no habla de los litigios que pudieran suscitarse entre los extranjeros. ¿Se debe interpretar ese silencio, en el sentido de que los tribunales franceses son incompetentes para dirimir las controversias entre extranjeros? Esta es la doctrina consagrada por la jurisprudencia francesa y preciso es confesar, que ella toca con mucha frecuencia á la falta, es decir, á la denegación de toda jus-

1 Bacquet, *Derecho de aubaine*, 1^a parte, cap. III, núms. 14, 18 y 19.

2 Marcadé, *Curso elemental del derecho civil francés*, t. 1, pág. III, núm. 3.

ticia (1). Si tal fuese la voluntad positiva del legislador, debería uno inclinarse, aunque protestando en nombre de la conciencia pública, delante de una ley que permite al deudor de mala fe burlarse de su acreedor; pero en vano buscamos en nuestras leyes una disposición que prohíba al juez conocer de los litigios entre los extranjeros. La corte de Bruselas dice que no hay texto que declare esta prohibición (2). Si ninguna ley prohíbe á los tribunales franceses decidir las disputas de los extranjeros, ¿por qué se declaran incompetentes? Vamos á exponer las razones en que se apoya la jurisprudencia, aunque nos parecen en extremo débiles.

En una sentencia de la corte de Colmar, se lee que, «si el derecho de administrar justicia es uno de los atributos de la soberanía, el de pedirla y obtenerla es una ventaja que el súbdito tiene derecho para exigir de su soberano; y que bajo esta doble relación, ningún monarca debe hacer justicia más que á sus súbditos, debiendo negarla á los extranjeros, á ménos de que haya un interés bien reconocido para hacer sentenciar el proceso en sus Estados (3)». Responderemos que la justicia no es ni derecho, ni *beneficio*, ni *interés*, sino ante todo un deber que la sociedad tiene obligación de cumplir (4). ¿No debe justicia más que á los indígenas? La justicia es universal por su naturaleza, como la idea divina, de la cual emana, y por esto, se debe al hombre, mas no al ciudadano. Los tribunales existen para vigilar el orden público, y éste exige la conclusión de cualquier pleito sin que tenga que indagarse, si las partes son francesas ó extranjeras, porque el or-

1 Demangeat, *Historia de la condición civil de los extranjeros en Francia*, pág. 389, y siguientes.

2 Sentencia de 2 de Diciembre de 1862 (*Passicrisie*, 1863, 2, 352) y de 13 de Junio de 1840, (*Ibid.*, 1840, 2)

3 Sentencia de 30 de Diciembre de 1815 (*Dallóz, Repertorio*, en las palabras *Derechos civiles*, núm. 324).

4 «Es una deuda que las naciones se deben mutuamente.» dice la Corte de Bruselas, sentencia de 20 de Julio de 1835 (*Jurisprudencia del Siglo XIX*, 1836, 2, pág. 372).

den público se perturba por quedar un pleito sin resolución, ora lo hayan seguido extranjeros, ora franceses, lo cual no implica, porque sería decir á los que lo promueven, que se hagan justicia por sí mismos; y esto conduce á la anarquía, á la disolución de la sociedad (1).

No, se dice; no es más que remitir al extranjero á los tribunales de su país, los únicos para él competentes y con misión de administrarle justicia. Es cierto que el demandante debe llevar al demandado ante el tribunal de su domicilio, y que el del extranjero está en su país, y no en Francia. Nos admira que se invoque contra el extranjero que pide justicia á un tribunal de Francia, una regla que no tiene más objeto que determinar cuál es, entre los diversos tribunales franceses, el que debe decidir un pleito, en materia personal. El axioma, *Actor sequitur forum rei*, determina cuál es el juez competente para los franceses; mientras que si se le aplica al extranjero, resultaría de ahí que todos los tribunales de Francia eran incompetentes. ¡De esta manera, una máxima que tiene por objeto asegurar la justicia llegaría á ser una denegación de ella! En vano se dice que no es denegar la justicia al extranjero el remitirlo á los tribunales de su país. En teoría no, pero sí en realidad; y así sucede en todos los casos en que la decisión depende de hechos que no pueden quedar establecidos sino por la deposición de testigos. Los tribunales franceses se declaran incompetentes para conocer de una demanda de separación de cuerpos (2), ¡se ha de remitir á la mujer maltratada por su marido á probar ante los tribunales de Moscow ó de New-York, los hechos que pasaron en Francia! ¿No es eso una verdadera denegación de justicia?

Se invoca la discusión que tuvo lugar en el consejo de

1 Véase la requisitoria del procurador general M. Leclercq ante la Corte de casación de Bélgica, (*Boletín* de 1840, págs. 296 y siguientes)

2 Véanse las numerosas sentencias citadas por Demolombe. t. 1, núm. 251, pág. 423.

Estado sobre el art. 14, y esto es un ejemplo nuevo del abuso que se hace de los trabajos preparatorios. El cónsul Cambacérès exigió, que se agregase una disposición para los extranjeros que, manteniendo pleito entre sí, consienten en litigar ante un tribunal francés. Defermon dijo que ese consentimiento establecía un arbitraje que debía producir su efecto, y preguntó si un extranjero podía llevar ante un tribunal francés á otro extranjero que contrajo con él una deuda pagadera en Francia. Tronchet respondió que por regla general, el demandante debía llevar su acción ante el tribunal del demandado; y que sin embargo, el tribunal tendría el derecho de decidir, si su competencia no era declinada. Habiendo manifestado Defermon el temor de que se alejaran los extranjeros de las ferias francesas negándoles el auxilio de los tribunales, declaró Real que los tribunales de comercio decidirían en ese caso; y Tronchet agregó que las obligaciones contraídas en feria quitaban al extranjero demandado el derecho de declinar la jurisdicción de los tribunales franceses; pero, dijo, el art. 14 nada prejuzga contra ese principio; todo en él es positivo, y no se puede deducir consecuencia alguna negativa; *él no determina sino sobre la manera de decidir las disputas entre un francés y un extranjero, y no se ocupa en los pleitos entre extranjeros.*

Merlin, después de haber referido esta discusión, dice que de ella resultan tres cosas: primera, que los extranjeros pueden, por deudas ordinarias que se obligaron á pagar en Francia á otros extranjeros, reconocer voluntariamente los tribunales franceses, los que entónces toman, respecto de ellos, el caracter de árbitros; segunda, que si uno de los dos extranjeros que contrajeron juntos, ya en Francia, ya fuera de ella, llegase á declinar los tribunales franceses, exigen los principios, que se le remita á su juez domiciliario; tercera, que esta regla tiene una excepción relativa á

las ventas hechas en las ferias (1). Como se vé, Merlin formula en otros tantos arts. de ley, las opiniones emitidas por Cambacérès, Defermon, Real y Tronchet, en el consejo de Estado, y sin embargo, Tronchet declaró que el art. 14 nada decide, absolutamente nada, acerca de los procesos entre extranjeros. ¿Qué importa, entónces, que tal consejo haya dicho esto, y que tal otro haya dicho aquello? La verdadera conclusión que debe deducirse de la discusión lo mismo que del art. 14, es la de decir con la Corte de Bruselas, que ninguna ley establece la regla de que los tribunales no pueden conocer de las disputas que se susciten entre extranjeros, habiendo sido contraídas las obligaciones en el extranjero ó en Francia, y que esta regla no puede inferirse del art. 14, que no hace más que establecer una excepción del adagio *Actor sequitur forum rei*, en favor de los franceses para con quienes un extranjero no residente en Francia hubiere contraído obligaciones (2).

No existe, por lo mismo, ley que prohíba á los tribunales franceses conocer de los litigios entre extranjeros. ¿Qué debe inferirse de ahí, la competencia ó la incompetencia? Nos parece que los principios admitidos por el Código de Napoleón sobre los derechos de los extranjeros, deben tener por consecuencia, que son competentes los tribunales para decidir sus disputas. Se les reconocen todos los derechos privados que se derivan del derecho de gentes, la propiedad y el derecho de contratar; luego los derechos nada son si no están sancionados. Luego, simplemente porque los extranjeros pueden ser propietarios y acreedores, se necesita que tengan el derecho de hacer valer sus créditos y propiedad ante los tribunales. Sería necesario un texto muy positivo para privarlos de un derecho que les pertenece en virtud de los principios más elementales. La incompetencia se con-

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Extranjero*, § 2.

2 Sentencia de 13 de Junio de 1840 (*Jurisprudencia del Siglo XIX*, 1840, 2, pág. 469.) Sentencia de 20 de Julio de 1835, (*Ibid.*) 1836, 2, pág. 372.)

cibe cuando el extranjero no tiene derecho, y no se concibe ya cuando tiene casi todos los privados de que gozan los franceses.

Si no se quiere que los tribunales franceses conozcan de los procesos entre extranjeros, es necesario ser consecuentes y declararse por la incompetencia absoluta. Efectivamente, las razones en que se apoya la jurisprudencia conducen lógicamente á esta doctrina. La Corte de casación dice «que los tribunales franceses están instituídos para administrar justicia á los franceses» (1). He aquí un principio que excluye toda idea de jurisdicción sobre los extranjeros. ¿Así es como lo entiende la jurisprudencia? Las cortes han retrocedido ante sus mismos principios, pues han admitido excepciones á la incompetencia, pero esas excepciones testifican contra la regla, ¡qué digo! si se las estrechara, llegarían á una regla enteramente contraria. Los autores rivalizan en inconsecuencia con los tribunales, y de ahí resulta una arbitrariedad sin nombre y sin fin.

441. Hay una primera excepción admitida por la doctrina y por la jurisprudencia. Los tribunales franceses, se dice, son competentes para decidir las disputas entre extranjeros cuando se trata de un acto de comercio (2). ¿En qué se funda esta excepción? Notemos en primer lugar, que no se halla escrita en nuestros textos, lo mismo que la regla que deroga. He aquí una cosa demasiado singular. Si, como dice la Corte de casación, la justicia francesa no se ha hecho sino para los franceses, y si las leyes francesas no conciernen más que á los indígenas, sería necesario un texto formal que permitiera á los tribunales decidir las disputas comerciales de los extranjeros.

1 Sentencia de 2 de Abril de 1833 (Dallóz, *Repertorio*, en las palabras *Derechos civiles*, núm. 314).

2 Véanse los autores y sentencias citados en Dallóz, *Repertorio*, en las palabras *Derechos civiles*, núms. 337 y siguientes. La jurisprudencia se ha dividido sobre la extensión de la excepción, y en vano se buscaría un principio.

¿No es de principio que el intérprete no pueda crear excepciones, sino solamente el legislador? ¡Este es el motivo por qué los autores y los tribunales admiten una excepción que no se halla escrita en parte alguna! Es cierto que se invoca el art. 420 del Código de procedimientos; pero la Corte de casación nos dice «que después de haber deliberado y examinado maduramente la cuestión, bajo todas sus fases, se ha convencido de que el art. 420 no se hizo más que para los nacionales.» ¡Y no hay otro texto! (1).

¿De esta manera existe una excepción sin texto? ¿En qué se funda? Marcadé responde «que por razón de la prontitud que exigen los negocios comerciales, *se presume legalmente* que ambos adversarios tuvieron la intención de someterse, vencido el plazo de su obligación, á los tribunales del país» (2). *¡Se presume legalmente*, cuando la Corte de casación acaba de decirnos que en ninguna ley se ve excepción! ¡Así, tenemos *una presunción legal sin ley*, lo mismo que un fundamento de una excepción sin texto! En una sentencia de 24 de Abril de 1827, la Corte de casación dice «que los actos de comercio son contratos del derecho de gentes, y como tales, sometidos en su ejecución á las leyes y tribunales del país donde se verificaron» (3). He aquí un poderoso principio de consecuencias. ¿Quiere decir esto que todos los derechos de que gozan los extranjeros, no se derivan de actos ó contratos que tienen su origen en el derecho de gentes? ¿La venta deja de pertenecer al derecho de gentes, cuando se celebra entre no comerciantes? Si vender y comprar son siempre actos del derecho de gentes, los tribunales civiles deben ser competentes lo mismo que los de comercio. ¡Así la causa que funda la excepción se convierte en regla! La causa es excelente y establece la verdadera regla que ad-

1 Véanse las sentencias citadas en Dallóz, *Repertorio*, en las palabras *Derechos civiles*, núm. 338.

2 Marcadé, t. I, pág. 105, núm. 2.

3 Dallóz, *Repertorio*, en las palabras *Derechos civiles*, núm. 144.

mite la competencia de los tribunales franceses como consecuencia del derecho de contratar.

M. Demolombe, al invocar el artículo 420, no parece estar muy seguro de que esta disposición se aplique á los extranjeros, y busca otro apoyo que encuentra en el art. 3 del Código civil. ¿No es esta una ley de policía, dice, que concierne á la prontitud y buena fé tan necesarias en los negocios comerciales? (1). ¡La competencia es una ley de policía! Puede decirse en cierto sentido, que la justicia es de orden público, puesto que mantiene la paz y la tranquilidad entre los hombres. Pero este motivo, una vez más traspasa con mucho los límites de la excepción y funda una regla enteramente contraria, la de la competencia general y universal de los tribunales franceses. ¿Se dirá que la paz pública se interesa ménos en un debate civil que en uno comercial? ¡Cómo! el orden público exige que los tribunales decidan una disputa entre extranjeros, nacida de una venta comercial! ¡El orden público permite que esos extranjeros se hagan justicia por sí mismos cuando se trata de una venta civil!

442. La doctrina y la jurisprudencia admiten también una excepción en materia civil, y es la de que, si las partes se someten á la jurisdicción francesa, los tribunales podrán decidir sus disputas (2). No preguntaremos ya cómo se concilia esta excepción, con los motivos en que se funda la incompetencia de los tribunales franceses, porque la contradicción es evidente. Si la jurisdicción es esencialmente nacional, si no se ha establecido sino para los franceses, si las leyes no se han hecho más que para ellos, ¿cómo la voluntad de los extranjeros, podrá dar competencia á los tribunales radicalmente incompetentes? Una anomalía semejante exigiría ciertamente un texto. ¿Donde está éste? Se

1 Demolombe, (*Curso del Código de Napoleón*, t. I, pág. 422, numero 261).

2 La jurisprudencia se ha dividido. Véase la nota en Dallóz, *Colección periódica*, 1858, t. 313.

cita el art. 111, que dá competencia al juez del domicilio electo; pero este artículo, lo mismo que el 420 del Código de procedimientos, no habla de los extranjeros.

Las aplicaciones que se hacen de esta excepción, son todavía más extrañas que la excepción misma. M. Valette, después de decir que hay excepción de incompetencia, en el caso en que el convenio contenga una elección de domicilio, agrega que esta elección se presumía fácilmente en ciertos convenios, y cita como ejemplo, el caso en que á un obrero se le ha prometido un salario módico, encargándole un trabajo (1). ¡Qué, se presume fácilmente una *ficción*, cuando ésta, por su naturaleza, es de extricta interpretación! ¿No está restringida la ficción á los límites precisos de la ley? ¿Puede existir fuera de esos límites? ¿Y se quiere que una ficción se presuma fácilmente? ¡Se presumirá, si el salario es *módico*; más no, si es considerable! ¡De esta manera, á medida que se aumente su interés, el obrero no gozará de la ejecución forzosa de su derecho! Tendrá acción cuando esté medianamente interesado en tenerla, y no la tendrá, cuando su interés sea grande.

También hay sumisión de los extranjeros á la jurisdicción francesa, cuando el demandante cita á la parte contraria ante un tribunal francés, y el demandado no opone la excepción de incompetencia *in limine litis*. ¿Se quiere decir con esto, que sometiéndose los extranjeros á la jurisdicción de un tribunal francés, éste debe sentenciar sus pleitos? No, el tribunal puede declararse de oficio, incompetente. Es decir, que si el demandado opone la incompetencia, ¿el tribunal no puede conocer del proceso? No, el tribunal puede declararse competente, á pesar del demandado. La corte de Bruselas se declaró competente, cuando el demandado declinaba la jurisdicción belga, tratándose de obligaciones contraídas en país extranjero. Admitir la in-

1 Valette en Proudhon (*Del estado de las personas*, t. I, p. 160, nota a).

competencia absoluta, dice la sentencia ya citada de 13 de Junio de 1840, sería dar muchas veces facultad á un extranjero para evitarse del cumplimiento de sus obligaciones, retirándose á Bélgica. Nada mejor; pero las consideraciones de hecho, ¿pueden fundar la incompetencia? Si es verdad, como dice la corte de casación, que la jurisdicción es nacional, los tribunales franceses son incompetentes, y no tienen por qué preocuparse de los inconvenientes que resulten de su incompetencia, pues eso le toca al legislador. Si la incompetencia no es radical, ¿conforme á qué principio se decidirá si son ó nó competentes? Unas veces, se declaran incompetentes, cuando el actor y el demandado se sujetan á su jurisdicción; y otras, competentes, á pesar de las protestas del demandado. ¿Dónde está el principio, dónde la razón para decidir?

443. En vano se buscan sobre este punto los principios y las razones en la jurisprudencia. No es este un reproche que hagamos á los tribunales; porque si hay un culpable, lo es el legislador. El hubiera debido fijar una regla, y, dado el silencio de la ley, los tribunales, dominados por una doctrina tradicional, se han declarado en favor de la incompetencia; pero esta doctrina producía iniquidades tan escandalosas, que los jueces se vieron arrastrados por un sentimiento invencible de equidad, á declararse incompetentes, aún á pesar del demandado. La cuestión de competencia se convirtió, por lo mismo, en una de hecho; y solamente se puede comprobar una tendencia que se nota sobre todo, en la jurisprudencia de las cortes de Bélgica: la de extender más y más la competencia, y esto habla también en contra del principio de donde nace.

El extranjero, se decía, debe ser llevado ante el tribunal de su domicilio, y no lo tiene en Francia. Sea, dijo la corte de Bruselas; pero hay por lo ménos, un domicilio de hecho, y este es el único muchas veces que existe; es necesario, pues, que se pueda demandarlo ante el tribunal de

ese domicilio, porque si no, en todas partes se escapará de la justicia. Por consiguiente, la corte falló que la mujer extranjera puede pedir la separación de cuerpo contra su marido, domiciliado de hecho en Bruselas, aunque lleve muchos años, de no vivir allí (1). Nada más equitativo, que esta decisión; pero va muy léjos. Si basta un domicilio de hecho para dar competencia á los tribunales franceses, ¿qué sucede con el principio de incompetencia? La cuestión fué objeto de una sabia requisitoria del procurador general, cerca de la corte de casación de Bélgica (2). M. Leclercq disputa el pretendido principio en que se funda la jurisprudencia francesa, y niega que los tribunales se hayan establecido únicamente para velar los intereses de los indígenas; porque la ley que los instituyó, tuvo un objeto más elevado, que fué la conservación del orden, digamos mejor, el mantenimiento de la justicia. Ahora bien, ¿no se perturbaría el orden, ni quedaría violada la justicia, si el juez pudiera negarse á decidir un pleito que le ha sido sometido? En vano se dice que el tribunal que se declara incompetente remite á los extranjeros á los tribunales de su país, es decir, ante sus jueces naturales. Indudablemente, el demandante debe llevar su acción, ante el tribunal del demandado. ¿Pero cuál es ese tribunal? ¿No es el del lugar donde habita el demandado? ¿no es ese juez, ante quien le interesa presentarse? ¿no es él ante quien debe tener el derecho de citarlo?

Esta doctrina se admitió por la corte de casación, y la han seguido las de apelación. En una sentencia de la corte de Bruselas, fecha 2 de Diciembre de 1862, se lee (3) que ningún texto prohíbe á los tribunales decidir sobre las

1 Sentencia de 28 de Mayo de 1867 (*Passicrisie*, 1867, 2, 294). La jurisprudencia francesa es contraria (Dallóz, *Repertorio*, en las palabras *Separación de cuerpos*, núm. 92); sentencias de la corte de casación de 10 de Mayo de 1858. (Dallóz, 1858, 1, 313). y de la Metz de 26 de Julio de 1865 (Dallóz, 1865, 2, 160).

2 *Jurisprudencia del siglo XIX*. Sentencias de las cortes de Bélgica, 1840, 1, ps. 296, 330 y 1848, 1, ps. 547 y siguientes.

3 *Passicrisie*, núm. 1863, 2, 352.

disputas entre los extranjeros; y la corte agrega que las consideraciones de *equidad y conveniencia* motivan su intervención; y sólo pone una condición, que es la de que el demandado tenga una *residencia cierta* ó domicilio de hecho, en Bélgica. ¿A cuáles extranjeros quedará, pues, reducida la incompetencia? Conforme á la jurisprudencia francesa, la incompetencia es la regla. Mientras que la corte de Bruselas dice en su sentencia de 13 de Junio de 1840, que ninguna ley establece como regla general la incompetencia de los tribunales belgas, debe limitársela á los extranjeros que se encuentran de paso en el país. M. Leclercq admite también esta excepción en la requisitoria que acabamos de citar. ¿Está bien fundada? Nos parece que el orden y la justicia exigen, que todo litigio se decida allí donde se suscitó. El orden exige que se termine todo proceso desde que tiene origen. La justicia no conoce extranjeros; M. Leclercq dice que las leyes que establecen los tribunales, interesan á la policía y á la seguridad; luego esas leyes, según los términos del art. 3 del Código civil, obligan, sin distinción alguna, á todos los que habitan el territorio. Si todo extranjero, aun pasajero, queda sometido á las leyes, ¿no es justo que pueda, por su parte, invocarlas?

En una sentencia de la corte de Bruselas leemos (1) «que ningún texto legal contiene el principio de que los tribunales belgas no puedan conocer de las disputas que se susciten entre extranjeros, aun cuando se trate de obligaciones contraídas en el extranjero; y que el principio contrario está consagrado por el derecho de gentes, que reconoce hoy en Europa, como una regla de derecho común, exigida por el desarrollo de la civilización y las relaciones frecuentes de los pueblos entre sí, *que el poder judicial de una nación se extiende á la persona y bienes del*

1 Sentencia de 28 de Abril de 1858 (*Passicrisis*, 1858, 2, 217).

extranjero, lo mismo que á la persona y bienes de los regnicolas.» Esta es, á nuestro juicio, la verdadera doctrina admitida en todos los países civilizados, como dice la corte de Bruselas (1). ¿Será Francia la única excepción? ¿Cómo puede la jurisprudencia sostener una exclusión, cuyo primer principio fué el odio al extranjero, en un país y en el seno de una nación que fué la primera en abolir el derecho de *aubaine*, en nombre de la fraternidad universal?

NÚM. IV. CUALES SEAN LOS DERECHOS CIVILES DE QUE NO
GOZA EL EXTRANJERO.

444. La cuestión tiene poca importancia práctica, después de la abolición del derecho de *aubaine*. En teoría, es disputada. ¿Se pregunta, si se necesita el texto formal de una ley ó de un tratado, para que el extranjero goce de uno de los derechos civiles, ó si bastará que la ley le reconozca un derecho, para que virtualmente, tenga también los que de ella se deriven? Los autores se declaran generalmente por esta última opinión, y citan como ejemplo los artículos 3, 14 y 15 del Código de Napoleón, según los cuales, los extranjeros pueden ser propietarios y acreedores. De ahí se infiere, dicen, que tienen todos los derechos civiles por cuyo medio se adquiere y trasmite la propiedad, y se forman y extinguen las obligaciones, sin necesidad de que un texto de ley consagre esas concesiones, que son virtuales (2). Nos parece que la cuestión está mal asentada, y lo prueba el ejemplo que se propone. Cuando la ley concede un derecho al extranjero, ese derecho deja de ser civil, porque derechos civiles son aquellos que la ley establece únicamente para los nacionales. El derecho de ser propietario ó acreedor no es civil, porque tiene su origen en la naturaleza ó en lo que se llama

1 Fœlix, *Tratado de derecho internacional privado*, p. 196 y siguientes.

2 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. I, p. 383 y siguientes.

derecho de gentes. ¿Es decir que por el sólo hecho de que el extranjero puede ser propietario, también puede adquirir y transmitir la propiedad por todos los medios que la ley establece? No, ciertamente. Es necesario ver si esos medios pertenecen al derecho civil, ó al de gentes: en en el primer caso, no puede invocarlos el extranjero, si no es con las condiciones determinadas por los art. 11 y 13. Falta saber qué derechos se pueden reputar civiles. Con anticipación hemos dicho, que esto no tiene solución, en el sentido de que no hay principio cierto que sirva para distinguir los derechos civiles de los naturales, y no puede haberlo, porque la distinción es falsa. Se necesita, pues, examinar cada uno de los derechos sobre que se duda, y resolver la dificultad colocándose en el punto de vista de la doctrina tradicional; es decir, examinar si el derecho de que se trata ha sido creado por el legislador: si lo ha sido, se reputa civil; si la ley no hace más que organizarlo, si tiene su origen en la naturaleza, pertenece al de gentes. La decisión será siempre más ó menos arbitraria; porque no se puede decir de una manera cierta que tal derecho se deriva ó no de la naturaleza.

445. Los extranjeros pueden casarse, el matrimonio es de derecho de gentes. ¿Debe inferirse de ahí que tendrá todos los derechos de familia el extranjero? Se le reconoce la autoridad marital, la patria potestad; pero se duda respecto de la tutela. Generalmente, se la considera como perteneciente al derecho civil, y se decide por consiguiente que un extranjero no puede ser tutor de un francés, ni éste de un extranjero, ni por consiguiente miembro de un consejo de familia. Esta opinión se funda en la doctrina tradicional que considera la tutela como una especie de cargo público que interesa á toda la sociedad (1).

1 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. I, p. 393, núm. 246 bis. La jurisprudencia está en ese sentido. Una sentencia de la corte de París, de 21 de

¿Pero, es tal la doctrina de nuestro código? ¿Un cargo público confiere alguna parte del poder público? ¿Cuál es el poder que ejerce el tutor? Sucede lo mismo con la tutela que con la patria potestad, y no es ya una potestad sino un deber de protección. Nuestras antiguas costumbres decían: «Patria potestad no tiene lugar,» y el espíritu del Código civil es también el mismo. Con más razón debe decirse que no hay potestad tutelar. El tutor cuida de la persona del menor, y dirige su educación. ¿Qué tiene eso de común con el poder público? El tutor administra los bienes de su púpilo; y en este punto es un mandatario legal, en favor de un incapaz. ¿Y acaso el mandato para administrar un patrimonio es potestad? Todo poder envuelve un derecho, y la tutela no contiene más que deberes. Esos deberes son los del padre, y si el extranjero puede ser padre, puede por ese mismo hecho ser tutor.

446. El extranjero puede ser padre. ¿Luego, puede adoptar á un francés? ¿Y un francés puede adoptar á un extranjero? Remitimos la cuestión al título de la adopción. En nuestro concepto, no es dudoso que el extranjero no puede adoptar ni ser adoptado, porque la adopción es una creación de la ley civil.

447. El extranjero puede ser propietario, y goza de la propiedad literaria é industrial. ¿Debe reconocérsele el derecho de poseer marcas de fábrica? La corte de casación decidió que el extranjero no tenía este derecho, aún cuando poseyese un establecimiento industrial en Francia (1). Esta decisión no la admiten todos los autores, y nosotros creemos que la corte falló bien desde el punto de vista

Marzo de 1861, decidió que el extranjero no puede formar parte de un consejo de familia, aun cuando sea pariente de menores franceses. Las sentencias de Colmar y de Bastía decidieron lo mismo respecto de la tutela (Dallóz, *Colección periódica* 1861, 1, 73, y la nota. *ibid*)

1 Sentencia de 14 de Agosto de 1844. (Dallóz 1844, 1, 386-387, y Dallóz, *Repertorio*, en la palabra *Industria*, núm. 271 y siguientes). Sentencia de 11 de Junio de 1848, Tribunal pleno (Dallóz, 1848, 1, 140).

de la doctrina tradicional. Las marcas de fábrica son signos frecuentemente arbitrarios, que un fabricante pone á sus productos para indicar el origen y la procedencia. Allí no hay invención de creación que pueda constituir una propiedad industrial. Una figura geométrica no se hace por derecho de ocupación de la propiedad del que primero se sirvió de ella para marcar sus productos, y permanece en el dominio público. Para que se convierta en propiedad, es necesario que intervenga la ley y determine las condiciones que el fabricante debe cumplir, á fin de impedir que su marca que tiene adoptada se emplee por otro fabricante, es entónces únicamente cuando nace la propiedad. Esto es una creación de la ley, y por tanto del derecho civil (1). Creemos inútil insistir en esto, porque nada tiene de interés práctico, después de arreglado, como lo está por los tratados.

448. El extranjero puede ser deudor, Según los términos del art. 1268, al deudor desgraciado y de buena fé, le es permitido hacer cesión de sus bienes judicialmente, para tener la libertad de su persona. ¿Goza el extranjero de ese beneficio? El Código de procedimientos se lo niega (art. 907). Esta es una disposición tradicional que tiene su origen en el descrédito que pesa sobre el extranjero. Debe oirse á Bacquet para formarse una idea de la aversión singular que en otro tiempo perseguía al aubano. «No se le admite, dice, que haga cesión de bienes, y esto por sentencia dada en el foro la tarde del 12 de Mayo de 1565, contra un extranjero oriundo de Lubec, cerca de Dinamarca; porque de otra manera *el extranjero podría en provecho propio chupar la sangre y el tuétano de los franceses, pagándoles después con bancarrotas*» (2). ¡Qué rigor de odio! Nuestro código dice que la cesión judicial es un beneficio

1 Esta es la opinión de Waelbroeck, *Curso de derecho industrial*, t. II, p. 11 y siguientes, 40 y siguientes.

2 Bacquet, *Del derecho de aubaine*, 2ª parte, cap. XVII, núm. 8.

que la ley concede al deudor desgraciado y de buena fé. ¿Por qué la ley no compadece la desgracia y buena fé de los extranjeros? ¿Dónde está el peligro de concederles un beneficio que los tribunales dan ó niegan, y que nunca darán si hay sospecha de mala fé? Hoy deben negarla á la desgracia y á la buena fé. Un rigor semejante, avergüenza al legislador.

449. No se admite al extranjero que haga entrega de sus bienes á sus acreedores, y puede ser apremiado corporalmente y hasta arrestado, mientras dure el proceso. Si es acreedor, ¿podrá ejercitar el apremio corporal contra su deudor? La corte de Gante dicitó que el ejercicio del apremio corporal constituye un derecho puramente civil; de donde se infiere que el extranjero no podía ejercerlo, sino en virtud de tratados internacionales, conforme al art. 11 del Código de Napoleón (1). Ciertamente, el apremio corporal no es de derecho natural, sino que por el contrario, es una violación de la libertad que la naturaleza dió á todo ser humano. Tenemos aquí, por lo mismo, un derecho verdaderamente civil, y esperamos que no manchará ya mucho tiempo nuestra legislación.

450. ¿El extranjero demandado puede exigir la caución *judicatum solvi* al extranjero demandante? Pocas cuestiones hay más controvertidas. Los autores y la jurisprudencia se han dividido, y existen sentencias en pro y en contra, emanadas de la misma corte (2). La obligación de dar caución no se deriva del derecho natural, y más bien podría sostenerse que viola un derecho que tenemos de la naturaleza: el de obrar en justicia para conservar nuestros derechos. ¿No puede ser que el extranjero se encuentre impedido para hacer valer sus justas pretensiones, porque

1 Sentencia de 29 de Enero de 1849 (*Passicrisie*, 1849, 2, 60). Sentencia de la misma corte en sentido contrario, de 27 de Mayo de 1854 (*Passicrisie*, 1854, 2, 330). La requisitoria de M. Donny, abogado general, es una refutación de la sentencia.

2 Sentencia de la corte de Bruselas de 10 de Julio de 1866 por la negativa, y del 8 de Junio de 1865, por la afirmativa. (*Passicrisie*, 1866, 2, 232; 1865, 2, 281).

no tiene posibilidad de dar caución? Eso está ciertamente en oposición con el derecho natural, y es por lo mismo un privilegio creado por la ley. ¿Lo habría establecido ella en favor del extranjero? En la discusión habida en el consejo de Estado, no se habló en los discursos oficiales, sino de los ciudadanos, de los franceses. El art. 16, que estableció la obligación de caucionar, se liga con el art. 15, que trata de las acciones del extranjero contra el francés, y en esta virtud al francés demandado es al que la ley quiso conceder una protección especial. No pensó en el extranjero, porque ni aún se ocupa en los juicios entre extranjeros. Esto nos parece decisivo, y nos apresuramos á agregar que si se cree necesaria esta garantía para el francés, ninguna razón hay para negarla al extranjero. El derecho antiguo era mucho más lógico, porque cuando el demandante y demandado eran extranjeros, cada uno podía exigir caución (1). Lo que preferiríamos sería que á nadie se le exigiese, porque es obstáculo y puede comprometer el ejercicio de un derecho natural.

451. ¿Pueden los extranjeros ser testigos en Francia? Pueden serlo judicialmente y, es inútil decirlo; pero conforme á la ley del 25 ventoso, año XI (art. 9), no pueden ser testigos de un acto pasado ante notario, y el Código civil reproduce esta incapacidad por lo que hace á los testamentos (art. 980). Sólo los ciudadanos franceses, súbditos del emperador, pueden ser testigos; pues los extranjeros no podrían serlo aún cuando gozacen de los derechos civiles. Esta es una de esas exclusiones raras que no tienen por fundamento un sentimiento de aversión, pues se concibe que el extranjero, pudiendo abandonar la Francia de un día á otro, no sea llamado para asistir á un acto auténtico, en el caso de que tuviera que declarar en juicio. El Código mismo hace, sin embargo, una excep-

1 Bacquet, *Tratado del derecho de aubaine*, 2ª parte, cap. XVII, núm. 2.

ción á ese principio, con no exigir la calidad de ciudadano á los que asisten como testigos á un acto del estado civil (art. 3) (1), y se explica: porque pudiendo los extranjeros ser partes en un acto del estado civil, los únicos testigos que más estén en el caso de presentarse serán con frecuencia los extranjeros. La ley, por lo tanto, no podía excluirlos.

§ 2. Cómo adquiere el extranjero el goce de los derechos civiles.

NÚM. I. TRATADOS DE RECIPROCIDAD.

452. El art. 11 dice que los extranjeros gozarán en Francia los mismos derechos civiles concedidos á los franceses por los tratados de la nación á que pertenezcan esos extranjeros. Dos condiciones se requieren, pues, para que el extranjero adquiera el goce de los derechos civiles, en virtud del art. 11: en primer lugar, la reciprocidad; en segundo, un tratado que garantice esta reciprocidad. La última condición se agregó á propuesta del primer cónsul; y se justifica por la consideración de que los tratados son contratos que ligan á los contrayentes, ofreciéndoles, por lo mismo, una garantía que las leyes no dan, porque las leyes pueden cambiar de un día á otro. Esta inestabilidad destruiría la seguridad que es el alma de las relaciones jurídicas. Las convenciones internacionales son más estables, porque siempre se hacen con ánimo de perpetuidad, y las naciones no las rompen sin graves causas.

En Bélgica, el art. 11 fué modificado en este punto por la ley de 20 de Mayo de 1837, que permitía al extranjero disponer y recibir á título gratuito, con la única condición de reciprocidad, aún cuando no hubiera tratados. Estos tienen el inconveniente de hacer más difícil para el extran-

1 Dalloz, *Repertorio*, en las palabras *Actas del estado civil*, núm. 295. Esta es la opinión general. M. Demolombe (núm. 281) hace una distinción inadmisible exigiendo el goce de derechos civiles, pero no la calidad de ciudadano.

jero la adquisición de los derechos civiles, puesto que las circunstancias políticas pueden impedir la conclusión de una convención internacional; pero la ley de 1837 está abrogada por la que abolió el derecho de *aubaine* (ley de 27 de Abril de 1865). El art. 11 subsiste, pues, íntegro absolutamente.

453. A primera vista parecía muy justa la condición de reciprocidad exigida por el art. 11. Es el mejor medio, dice Treilhard en su exposición de los motivos, de obligar á los gobiernos extranjeros á conceder derechos civiles á los franceses. La experiencia lo prueba. En el antiguo régimen, habíase abolido casi completamente por una serie de tratados, el derecho de *aubaine*. ¿Pero qué sucedió cuando la Asamblea constituyente, cediendo á una inconsiderada generosidad, declaró la abolición de este derecho, en nombre de la fraternidad universal? Esperaba que los demás Estados seguirían el ejemplo de Francia. ¡Ilusión! Después de 89 no se celebró ya un sólo tratado. Y nada más natural. Los pueblos, aún más que los individuos, obran por su interés; y hé aquí la base de las relaciones internacionales. Consintieron en tratar con Francia, en la antigua monarquía, porque no podían obtener el derecho de suceder, sino por tratados. Cuando la Asamblea nacional les dió todo lo que podían desear para sí mismos, no celebraron ya convenio para dar á los franceses el derecho de suceder, porque no tenían interés alguno. Si se quiere que los extranjeros tengan en todas partes el goce de los derechos civiles, es necesario restablecer el principio de reciprocidad (1).

El principio fué vigorosamente combatido en el seno del Tribunado, y uno de los más nobles representantes de las ideas de 89, Boissy-d'Anglas, sostuvo que era contrario al interés bien entendido de Francia. Lo que importa es atraer

1 Treilhard, *Exposición de los motivos* (Loché, t. I, pág. 468, núm. 9).

á nuestro seno á los extranjeros, que importarán sus capitales é industria. Para que consientan en establecerse entre nosotros, dijo, debe concedérseles el goce de los derechos privados, sin los cuales no tendrían la libertad civil. Siendo ventajosa para Francia la concesión de derechos civiles á los extranjeros, no es necesario subordinarla á la condición de reciprocidad. Esta condición no tiene sentido, y llega hasta á decir que debemos esperar, para hacer lo que es justo y útil, á que los pueblos extranjeros hagan lo mismo por su parte (1). Sí, dijo otro tribuno, nos trae ventaja conceder á los extranjeros el goce de los derechos civiles, y sería necesario dárselos, aún cuando ellos nos los negaran (2). En cuanto á la experiencia que se invoca en favor del sistema de reciprocidad, no es tan decisiva como se pretende. Si desde 89 no ha habido más que ese tratado para la abolición del derecho de *aubaine*, si las demás naciones no han seguido el ejemplo de la Francia, la razón es muy sencilla. ¿Es necesario recordar la coalición universal que se formó contra la Francia revolucionaria? ¿Y cuando todas las malas pasiones se habían desencadenado contra ella, podía entónces pensarse en tratar contra ella? La guerra siguió desde la Revolución, y no era ciertamente ese el momento de entrar en negociaciones con un gobierno al que se quería destruir. «¡Eh! ¿qué nos importa después de todo, que los reyes se nieguen á tratar con nosotros? Hacemos lo que es justo, lo que es inútil. Libres son ellos para obstinarse en sus añejas preocupaciones» (3).

¿Quién tiene razón? ¿la Asamblea constituyente y el Tribunado, ó el Código de Napoleón? Boissy d'Anglas pronunció una hermosa palabra en la discusión sobre el goce

1 Sesión del Tribunado de 29 febrero, año X (*Archivos parlamentarios*, t. III, pág. 195).

2 Discurso de Curée, en la sesión de 9 mayo, año X (*Archivos Parlamentarios*, t. III, p. 336).

3 Boissy-d'Anglas y Curée, (*Archivos parlamentarios*, t. III, pág. 96 y 340).

de los derechos civiles. Lo que es justo, dijo, es también útil. Que sea justo conceder á los extranjeros el goce de los derechos privados, nadie lo disputará: Bélgica y Francia lo han hecho respecto del más considerable de los derechos civiles, el hereditario. Desde luego la lógica exige que se admita el mismo principio para los demás derechos civiles. ¿Se concibe que los extranjeros puedan suceder en Francia y que no pueden celebrar el contrato de adopción? La experiencia que el gobierno consular invocaba en el año X, se declaró en su contra. Se esperaba, se predecía que el principio de reciprocidad traería la abolición del derecho de *aubaine*: esta predicción no se ha realizado. En Francia y en Bélgica, el legislador acabó por renunciar tal sistema; pero se detuvo en la mitad del camino. Lo que es justo y útil en cuanto al derecho hereditario, lo es en cuanto á todos los demás civiles. No deben existir ya derechos privados, de los que quede excluido el extranjero.

NÚM. II. DE LA AUTORIZACIÓN CONCEDIDA AL EXTRANJERO
PARA ESTABLECER SU DOMICILIO EN FRANCIA.

454. «El extranjero, dice el art. 13, que haya sido admitido por autorización del emperador para establecer su domicilio en Francia, gozará de todos los derechos civiles mientras continúe residiendo en ella.» Esta disposición se liga con la constitución del año VIII, según la cual el extranjero se hacía francés después de una residencia de diez años (art 3). Los autores del código civil quisieron facilitar al extranjero la adquisición de la calidad de francés, permitiéndole gozar de los derechos civiles por espacio de su residencia, sin más condición que la autorización del jefe de Estado y la residencia (1). Aunque ya la constitución

1 Valette, en Proudhon, *Treatado del estado de las personas*, t. I, p. 173, nota a.

del año VIII no está vigente en Bélgica, la disposición del art. 13 es siempre un beneficio para el extranjero que quiere adquirir la calidad de belga; y en efecto, la ley de 27 de Septiembre de 1835 dice (art. 5) que no se concederá la naturalización ordinaria, sino á los que hayan residido en Bélgica cinco años. Durante este tiempo, gozarán de los derechos civiles, si han obtenido la autorización prescrita por el art. 13. Es inútil decir, que esta disposición aprovecha también á los extranjeros que no quieren hacerse naturalizar. Sin embargo, el favor no deja de ser peligroso. Supongamos que un belga se establece en Francia con autorización del emperador: gozará de los derechos civiles; pero ¿no perderá la calidad de belga? ¿no se podrá decir que se ha establecido en Francia sin ánimo de volver, y que así lo prueba la autorización que ha pedido para fijar su residencia en el extranjero? El art. 13 no es, pues, tan favorable como lo parece. Por esta razón, sin duda poco se aprovechan de él los extranjeros, porque en realidad, no es ventajoso sino para los que se quieren naturalizar.

455. La primera condición que debe llenar el extranjero para gozar del beneficio del art. 13, es obtener del emperador la autorización para establecer su domicilio en Francia. Esta autorización es revocable; aunque la ley no lo dice, porque es inútil. Es una gracia que el jefe del Estado concede al extranjero; y no debe acordársela sino después de asegurarse de que el solicitante es digno de ella; mas si por su conducta se hace indigno, podrá ciertamente retirársela. Sigue siendo extranjero, y como tal, puede ser expulsado; con mayor razón puede el gobierno retirarle la autorización que le dió para establecer su domicilio en Francia. Por consecuencia, el extranjero no tiene la garantía que los ciudadanos, aún cuando está admitido á gozar de los derechos civiles. Los franceses no pierden el goce de estos, sino perdiendo su nacionalidad,

ó bien por condenación judicial, en virtud de la ley ó de una sentencia; mientras que un simple decreto del jefe del Estado es suficiente para quitar al extranjero un derecho que tiene en virtud de un decreto revocable por su naturaleza. No es cierto, por lo mismo, como se ha dicho (1), que el art. 13 corrige lo que la exclusión declarada por el art. 11 tiene de rigoroso. El goce de los derechos civiles no debiera ser una gracia concedida al extranjero y que se le retira á voluntad; es necesario que se convierta en un derecho de que goce todo hombre por el sólo hecho de serlo.

456. El goce de los derechos civiles concedido al extranjero en virtud del art. 13 es también precario, bajo otro aspecto. Cuando un francés sale de Francia para ir á establecerse en el extranjero, conserva no obstante, su calidad de francés, aún cuando permanezca allí toda la vida, con tal que tenga el ánimo de volver, y éste ánimo siempre se presume. No sucede lo mismo con el extranjero que estableció su domicilio en Francia con autorización del emperador, pues el art. 13 dice que gozará de los derechos civiles, *mientras siga residiendo allí*. La residencia es, pues, una condición que se requiere para que el extranjero goce de los derechos civiles. Indudablemente, y no se debe entender esta condición con un rigor que sería ridículo, y por consiguiente no puede suponerse en el legislador. El extranjero viaja por placer, por salud, ó por negocios; y nadie dirá que en el momento que abandona el suelo francés pierde el goce de los derechos civiles; pero ¿debe adelantarse hasta decir que el extranjero conservará ese goce de los derechos civiles, mientras no haya perdido su domicilio en Francia? Esta es la opinión de Maleville, quien dice que la palabra *residir* en el art. 13, se entiende por el *domicilio* (2). Creemos que

1 Discurso del tribuno Gary (Loaré t. I, p. 474 y siguientes) núms. 6, 7 y 10.

2 Maleville. *Análisis razonado*, t. I, p. 29. Marcadé es del mismo parecer (t. I, p. 100, núm. 4).

esto es traspasar el texto y el espíritu de la ley. La palabra *residir* indica una habitación de hecho, á diferencia del *domicilio*, que es de derecho. Es necesario, según esto, que le extranjero viva en Francia; porque si va á vivir en otra parte, aún cuando no adquiriera un nuevo domicilio, dejará de gozar los derechos civiles. Tal es también el espíritu de la ley. Por razón de la voluntad que manifestó de establecerse y vivir en Francia, el legislador le concedió el goce de los derechos civiles; luego debe perderlo tan pronto como vá á establecerse en otra parte (1).

457. ¿A quién aprovecha la autorización? ¿Gozarán de los derechos civiles la mujer y los hijos del extranjero? En rigor debe decirse, á lo que nos parece, que, siendo personal la autorización, los efectos consiguientes á ella deben limitarse también á la persona del que la obtuvo. Acabamos de decir que es una gracia no concedida sino á quien la merece, y bien puede suceder que la merezca el que la solicita, mas no los miembros de su familia. Si quiere que su mujer é hijos adquieran el goce de los derechos civiles, es necesario que los comprenda en la petición de la autorización, y el gobierno decidirá. Rigorosamente, sería necesario aplicar este principio aún á los hijos por nacer, puesto que ellos no pueden invocar una autorización que se concedió al padre cuando todavía no existían. Hay también otra razón para esto, y es que la autorización prescrita por el art. 13 puede hacer que el extranjero pierda su nacionalidad, pues el marido y padre no puede disponer de la nacionalidad de su mujer ni de la desus hijos (2). Así, pues, todo es personal en esta autorización, el favor y la caducidad. También creemos que el padre no podrá pedir la autorización en nombre de sus hijos menores, porque

1 Tal es la opinión de Mourlon, *Repeticiones sobre el Código civil*, t. 1. pág. 58 y siguientes.

2 Marcadé, *Curso elemental de derecho civil francés*, t. I. pág. 99, número 2. Mourlon *Repertorio*, t. I. pág. 85. Demante opina en contra (*Curso analítica de Código civil*, t. I. pág. 83).

nadie puede adquirir ni perder un derecho por el acto de un tercero.

Hay sin embargo, una ley belga que derogó el rigor de esos principios; el art. 8 de la ley de 18 de Febrero de 1845 dice que el extranjero á quien se permite establecer su domicilio en Bélgica, lo adquiere por lo que hace á la subsistencia suya, de su mujer y de sus hijos menores. Esta derogación se comprende: pues se trata de asegurar esa subsistencia á la mujer y á los hijos; y el derecho á la vida, debe sobreponerse á toda especie de consideraciones.

458. ¿Cuáles son los efectos de la autorización? El art. 13 responde que el extranjero gozará de *todos los derechos civiles*. Está, pues, en principio, equiparado con el francés; y de ahí se sigue que no está ya sometido á las disposiciones que establecen las leyes contra los extranjeros. La corte de Bruselas ha fallado muy bien que el extranjero domiciliado no debe ya la caución *judicatum solvi*, porque los indígenas no la deben, y el extranjero autorizado para establecer su domicilio en Bélgica, se considera como belga, en cuanto al goce de los derechos civiles (1). Por la misma razón, debe decidirse que el extranjero no es ya apremiable corporalmente, y que no puede ser arrestado provisionalmente. Esto se funda en el espíritu mismo de esas leyes de desgracia. Si tratan al extranjero con más rigor que al francés, es porque no ofrece ninguna garantía, y porque puede alejarse de Francia de un momento á otro, cuando ya no hay nada que le detenga. No pasa otro tanto con el extranjero domiciliado; porque precisamente la autorización que se le ha otorgado, supone que él ha establecido en Francia el asiento de sus negocios; y el legislador también supone que su intención fué la de adquirir la calidad francesa. No se le puede colocar ya en la misma línea que al extranjero, que so-

1 Sentencia de 1º de Julio de 1826 (Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Cautión judicatum solvi*, § 1, núm. 2.

lo reside en el país como transeunte; mas cuando ofrezca las mismas garantías que el francés, tendrá derecho á la misma protección que éste.

Se ha fallado también, que el extranjero domiciliado puede hacer que se proceda al arraigo provisional de su deudor extranjero (1). Esta decisión está fundada en los verdaderos principios. El art. 13 dice que el extranjero gozará de *todos los derechos civiles*; por donde se ve que se le equipara al indígena, y que tiene los mismos derechos, excepto únicamente aquellos cuyo ejercicio exige la calidad de francés, entre los cuales no está el de pedir arraigo de su deudor. Esta es una garantía que la ley concede al que tiene sus intereses y domicilio en Francia, contra los que no tienen ningún establecimiento. Hay, sin embargo, ejecutorias en sentido opuesto, y los autores están igualmente divididos (2).

¿Quiere decir esto que en todo lo concerniente a los derechos civiles, está asimilado el extranjero al francés? El texto del art. 13, parece decirlo, pero es muy absoluto; y es necesario combinarlo con otros principios que lo restringen, pues aunque goza de *todos los derechos civiles* el extranjero domiciliado, sigue siempre extranjero; luego la calidad de extranjero tiene en derecho privado, consecuencias que duran el mismo tiempo que la nacionalidad. Así es, que el estado y capacidad del extranjero, siempre se regirán por la ley de la nación á que sigue perteneciendo. (Véase el núm. 37). Conforme á este principio debe decidirse la cuestión de saber por qué ley se regirá la sucesión mueble del extranjero domiciliado. La corte de Pau falló que por la ley francesa, porque los muebles están sometidos á la del domicilio (3). Esto es hacer una

1 Sentencia de la corte de Bruselas de 20 de Abril de 1819. (Dallóz, *Repertorio*, en las palabras *Afremio corporal*, núm. 359); sentencias de la corte de París de 28 de Enero de 1858 (Dallóz, 1853, 2, 28 y la nota, *Ibid*) y de 9 de Mayo de 1865 (Dallóz, 1866, 2, 176).

2 Véase la nota de Dallóz, 1853, 2, 28.

3 Sentencia de 9 de Junio de 1857 (Dallóz, 1853, 2, 137).

falsa aplicación de esa máxima. Significa que para las sucesiones muebles, se sigue el estatuto personal y no el real; empero el estatuto personal, como hemos dicho, es el nacional, y no el del domicilio (1). Eso resuelve la dificultad. El extranjero, aunque domiciliado, conserva su nacionalidad, y por lo mismo, su estatuto nacional, que es el que arregla la sucesión mueble, lo mismo que su estado y capacidad.

El principio nos parece incontestable; pero ¿también es necesario aplicarlo, cuando el extranjero al establecerse en Francia con autorización del emperador, lo hizo sin ánimo de volver, y por consiguiente, perdió su nacionalidad de origen? Sobre este punto hay disputa. Merlin cree que eso no obstante, será regido por la ley de su país en todo lo concerniente á su estado y capacidad (2). Nosotros expusimos ya nuestra opinión en sentido contrario (núm. 55), é insistimos en ella. El extranjero que no tiene patria no puede ser regido por la ley de su patria ni la nacionalidad de origen puede ejercer influencia, cuando no existe. Por lo mismo, debe decidirse que en este caso el extranjero estará sometido en todo á la ley del país donde fijó su domicilio.

459. Existen derechos que por su naturaleza nunca pueden pertenecer al extranjero, aún cuando esté domiciliado en Francia con autorización del emperador, y aún cuando haya perdido su nacionalidad de origen: estos son los derechos para cuyo ejercicio la ley exige la calidad de francés. El extranjero domiciliado no podrá ser testigo de un acto ante notario, porque los testigos deben ser ciudadanos franceses, súbditos del emperador. Ninguna duda hay sobre el principio; pero no podemos admitir la aplicación que de él hace M. Demolombe, cuando dice que el extranjero no puede ser tutor, porque la tutela es una dependencia

1 Véanse los núms. 120 y 87.

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Extranjero*, § 2, núm. 10.

del estado político (1). Con anticipación respondimos á este argumento tradicional (núm. 445), y agregamos que no es del intérprete crear condiciones para el ejercicio de un derecho. Se concibe en rigor, que el intérprete decida que la tutela es un derecho civil, porque ninguna ley define los derechos civiles; pero para admitir que solamente los franceses pueden ser tutores, sería necesario un texto que estableciera esta condición ó que declarase al ménos que la tutela es un cargo público; y en vano buscaríamos ese texto. Lo cual decide la cuestión á favor del extranjero.

1 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. I, p. 439, núm. 267.

FIN DEL TOMO PRIMERO.