

na especie.» El autor del *Espíritu de las leyes* calumnia á nuestros antepasados; la acusacion 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 exclusion 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. 1, 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 *morian esclavos*? Deben su esclavitud á los jurisconsultos educados en el derecho romano, que son quienes les aplicaron la distincion del derecho civil y del de gentes, sin reparar que esta doctrina no tenía ya cabida ni en nuestras costumbres ni en nuestra religion. 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 sucesion; así es que si se abría en Francia una herencia en su provecho, eran excluidos de ella por los herederos franceses.

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

2 *Sobre la condicion de los extranjeros, en la edad media*, véanse mis *Estudios* t. VII, págs. 307 y siguiente.

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 transforman 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

1 En un tratado de la heredad franca, que apareció en 1645, escritos por Caséneuve, 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.....»

de los sentimientos que la filosofía había derramado en las 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 Tribunalado, 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

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

mil escudos anuales; mientras que la ventaja que debía resultar de suprimirlo sería inmensa. Ese derecho odioso 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 Tribunado. Comenzaba la reacción contra las ideas de 89, y en las relaciones internacionales, se decía, debía consultarse, ántes 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 comprende 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 testi-

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

2 Sesión del 19 nivoso, año X (*Archivos parlamentarios*, t. III, págs. 209 y siguientes.

monios, 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 llamamos *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 legisladores del Consejo de Estado. Si, 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 tribunales 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 legisladores 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

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).

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

429. El Tribunado iba á votar la separacion del título 1^o, porque restablecía el derecho de *aubaine*, cuando Napoleon retiró los proyectos de Código civil, esperando que se destruyera la oposicion importuna de los tribunos. Mejor hubiera sido dar la razon á sus justas criticas. 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 sucesion es de derechos caducos y el Estado se apodera de ella. Esto era restablecer indirectamente el derecho de *aubaine*, y la posteridad concedió la razon 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 Restauracion vulneraron ese derecho con la energia que los tribunos del año X. El duque de Lévis lo calificó de expoliacion digna de la barbarie de la Edad Media. Ciertamente, dijo, un particular se avergonzaria de aprovecharse del despojo de un ex-

1 Ganilh, en la sesion del 1^o nivoso, año X (*Archivos parlamentarios*, t. III, p. 210).

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

tranjero. Ahora bien, no hay más que una moral, y lo que es inicuo para los individuos, lo es para las naciones. En apoyo de su proposicion, que tendia á abolir definitivamente un derecho odioso, el duque de Lévis invocó las mismas consideraciones de economía política que los tribunos habian opuesto al proyecto de Código civil. En Bélgica, una ley, dada en 27 de Abril de 1865, declaró con igual motivo que los extranjeros eran capaces de suceder, de disponer y de recibir (art. 3) (1).

La utopia 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 teoria falsa de los derechos civiles. Es dicha que tenga aplicacion poco frecuente. No es ya más que un resto de otra edad, que los legisladores franceses y belgas han conservado, y que valia más que hubiera desaparecido, pues de él resultan siempre dificultades y disputas interminables. Nos falta, pues, ver cuál es la verdadera condicion 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.

NUM. 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 razon el art. 25 del Código de Napoleon declara al que civilmente ha muerto,

1 *Exposicion de los motivos* de la ley de 27 de Abril de 1865 y dictámen de la seccion central (*Documentos parlamentarios* de la sesion de 1864-1865, págs. 201 y 245).

incapaz de contraer un matrimonio que produzca efectos civiles, y por la misma razon el código declara disuelto, en cuanto á sus efectos civiles, el que aquel haya contraído ántes de su condenacion. ¿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 entre sí, ora con francesas (1). El mismo código sanciona el matrimonio de extranjera con francés y de francesa con extranjero (arts. 12 y 19), y reconoce 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 Napoleon. Hé aquí todavía un derecho, civil en otro tiempo y hoy natural; pero siempre la aplicacion del principio presenta sus dificultades. Hay propiedades de naturaleza enteramente especial. ¿La propiedad literaria, no es creacion de la ley? Puede sostenerse, colocándose desde el punto de vista de la doctrina tradicional. ¿No se contrae 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 embar-

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

go, 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 razon, que se puede aplicar á la propiedad literaria lo que la ley de 30 de Diciembre dice de todo descubrimiento: «Toda idea nueva, cuya manifestacion ó desarrollo puede ser útil á la sociedad, pertenece primitivamente al que la concibió; y seria 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. Tales, 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).

1 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Propiedad literaria*, § 2. La corte de casacion 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 Dalloz, *Coleccion periódica*, 1852, 1. 335).

2 Convencion de 10 de Mayo de 1861 aprobada por la ley de 27 de Mayo de 1861.

Por último, los extranjeros pueden, conforme á la ley de 21 de Abril de 1810 (art. 13), obtener concesiones de minas. Hé aquí un derecho que los legistas antiguos habrían declarado ciertamente civil, porque no existe sino en virtud de una concesion del Estado. El extranjero deberia, 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 Napoleon; y hace de la concesion de minas un derecho natural, dispensándolo, con gran razon, indistintamente á los franceses y á los extranjeros. ¿Qué es lo que tiene de comun la concesion de minas, con la division 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 cuánto 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 razon de ser, porque el uso y el usufructo son desmembramientos de la propiedad; y si el extranjero puede ser propietario, ¿porqué no tambien usufructuario ó usuario? Mayor es la dificultad respecto de la hipoteca. Merlin dice que como la hipoteca es una ficcion en virtud de la cual adquiere el acreedor derecho sobre un inmueble que no posee, esta ficcion 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 ci-

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

viles no es verdadera. Hay una razon decisiva para conceder al extranjero el derecho de hipoteca: que pues tiene derecho para contratar, y es necesario que tambien lo tenga para estipular las garantías accesorias á los contratos. Por otra parte, la hipoteca es, segun nuestra ley relativa, un desmembramiento de la propiedad; y con este titulo, el extranjero debe gozar de ella, lo mismo que de la servidumbre. Sucede lo contrario con la hipoteca legal, y fué esta una cuestion muy contravertida bajo la vigencia del Código civil (1). Conforme á la doctrina tradicional, debia decidirse, nos parece, y sin vacilar que la hipoteca legal es un derecho civil (2). 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 varian de una legislacion á otra; pero ese derecho, civil en otro tiempo, dejó de serlo; y nuestra ley hipotecaria lo reconocia 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 adquisicion de los que no goza, conforme al derecho civil; pues no puede recibir por sucesion, donacion y testamento. En este punto, el Código ha excedido al derecho antiguo; porque la donacion 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 tenia capacidad del extran-

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

2 Esta es la opinion generalmente seguida en Francia (sentencia de la corte de casacion del 20 de Mayo de 1862). (Dalloz, *coleccion periodica*, 1862, 1, 201, y la nota). Compárese la sentencia de la corte de Grenoble del 23 de Abril de 1863, en Dalloz 1863, 2, 187.