

tas comerciales de los extranjeros. ¿No es de principio que el intérprete no puede crear excepciones, sino solamente el legislador? ¡Este es el motivo por qué los autores y los tribunales admiten una excepcion que no se halla escrita en parte alguna! Es cierto que se invoca el art. 420 del Código de procedimientos; pero la Corte de casacion nos dice «que despues de haber deliberado y examinado maduramente la cuestion, 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 excepcion sin texto? ¿En qué se funda? Marcadé responde «que por razon de la prontitud que exigen los negocios comerciales, *se presume legalmente* que ambos adversarios tuvieron la intencion de someterse, vencido el plazo de su obligacion, á los tribunales del país» (2). *Se presume legalmente*, cuando la Corte de casacion acaba de decirnos que en ninguna ley se ve excepcion! Así, tenemos *una presuncion legal sin ley*, lo mismo que un fundamento de una excepcion sin texto! En una sentencia de 24 de Abril de 1827, la Corte de casacion dice «que los actos de comercio son contratos del derecho de gentes; y como tales, sometidos en su ejecucion á las leyes y tribunales del país donde se verificaron» (3). Hé 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 de-

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

2 Marcadé, t. I, pág. 105 núm. 2.

3 Dalloz, *Repertorio*, en las palabras *Derechos civiles*, núm. 34 4.

ben ser competentes lo mismo que los de comercio. ¡Así la causa que funda la excepcion se convierte en regla! La causa es excelente y establece la verdadera regla que admite 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 disposicion se aplique á los extranjeros, y busca otro apoyo que encuentra en el art. 3 del Código civil. ¿No es esta una ley de policia, dice, que concierne á la prontitud y buena fé tan necesarias en los negocios comerciales? (1). ¡La competencia es una ley de policia! 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 limites de la excepcion 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 si mismos cuando se trata de una venta civil!

442. La doctrina y la jurisprudencia admiten tambien una excepcion en materia civil, y es la de que, si las partes se someten á la jurisdiccion francesa, los tribunales podrán decidir sus disputas (2). No preguntaremos ya cómo se concilia esta excepcion, con los motivos en que se funda la incompetencia de los tribunales franceses; porque la contradiccion es evidente. Si la jurisdiccion es esencialmente

1 Demolombe, *Curso del Código de Napoleon* t. I, pág. 422, número 261).

2 La jurisprudencia se ha dividido. Véase la nota en Dalloz, *Coleccion periódica*, 1858, 1, 313.

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. ¿Dónde está éste? Se 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 excepcion, son todavía más extrañas que la excepcion misma. M. Valette, despues de decir que hay excepcion de incompetencia, en el caso en que el convenio contenga una eleccion de domicilio, agrega que esta eleccion 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 ficcion, cuando ésta, por su naturaleza es de estricta interpretacion! ¿No está restringida la ficcion á los limites precisos de la ley? ¿Puede existir fuera de esos limites? ¿Y se quiere que una ficcion se presuma fácilmente? ¿Se presumirá, si el salario es módico; mas no, si es considerable! De esta manera, á medida que se aumente su interés, el obrero no gozará de la ejecucion forzosa de su derecho! Tendrá accion cuando esté medianamente interesado en tenerla, y no la tendrá, cuando su interés sea grande.

Tambien hay sumision de los extranjeros á la jurisdiccion francesa, cuando el demandante cita á la parte contraria ante un tribunal francés, y el demandado no opondrá la excepcion de incompetencia *in limine litis*. ¿Se quiere decir con esto, que sometiéndose los extranjeros á la jurisdiccion de un tribunal francés, éste debe sentenciar sus pleitos?

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

No, el tribunal puede declararse de oficio, incompetente. Es decir, que si el demandado opondrá 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 jurisdiccion belga, tratándose de obligaciones contraídas en país extranjero. Admitir la incompetencia 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 casacion, que la jurisdiccion 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 no competentes? Unas veces, se declaran incompetentes, cuando el actor y el demandado se sujetan á su jurisdiccion; y otras, competentes, á pesar de las protestas del demandado. ¿Dónde está el principio, dónde la razon 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, aun á pesar del demandado. La cuestion 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 menos, 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 lejos. 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 tri-

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

bunales 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 (1) que ningún texto prohíbe á los tribunales decidir sobre las 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?

1 *Pasicrisie*, núm. 1863, 2, 352.

En una sentencia de la corte de Bruselas leemos (1) «que ningun texto legal contiene el principio de que los tribunales belgas no puedan conocer de las disputas que se susciten entre extranjeros, aún 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 comun, exigida por el desarrollo de la civilizacion y las relaciones frecuentes de los pueblos entre sí, *que el poder judicial de una nacion se extiende á la persona y bienes del 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 (2). ¿Será Francia la única excepción? ¿Cómo puede la jurisprudencia sostener una exclusion, cuyo primer principio fué el odio al extranjero, en un país y en el seno de una nacion que fué la primera en abolir el derecho de *aubaine*, en nombre de la fraternidad universal?

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

444. La cuestion tiene poca importancia práctica, despues de la abolicion del derecho de *aubaine*. En teoria, 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 tambien los que de ella se deriven? Los autores se declaran gene-

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

2 Félix, *Tratado de derecho internacional privado*, p. 196 y siguientes.

ralmente por esta última opinion, y citan como ejemplo los arts. 3, 14 y 15 del Código de Napoleon, segun 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 transmite la propiedad, y se forman y extinguen las obligaciones; sin necesidad de que un texto de ley consagre esas concesiones, que son virtuales (1). Nos parece que la cuestion 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 derecho de gentes. ¿Es decir que por el solo hecho de que el extranjero puede ser propietario, tambien 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 el primer caso, no puede invocarlos el extranjero, si no es con las condiciones determinadas por los arts. 11 y 13. Falta saber qué derechos se pueden reputar civiles. Con anticipacion hemos dicho, que esto no tiene solucion, 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 distincion 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

1 Demolombe, *Curso del Código de Napoleon*, t. I, p. 383 y siguientes.

la naturaleza, pertenezca al de gentes. La decision será siempre más ó ménos 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. Geralmente, 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 opinion se funda en la doctrina tradicional que considera la tutela como una especie de cargo público que interesa á toda la sociedad (1). ¿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 proteccion. Nuestras antiguas costumbres decian: «Patria potestad no tiene lugar,» y el espíritu del Código civil es tambien el mismo. Con más razon debe decirse que no hay potestad tutelar. El tutor cuida de la persona del menor, y dirige su educacion. ¿Qué tiene eso de comun 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 con-

1 Demolombe, *Curso del Código de Napoleon*, t. I, p. 393, núm. 246, *ibid.* La jurisprudencia está en ese sentido. Una sentencia de la corte de París, de 21 de 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 Bastia decidieron lo mismo respecto de la tutela (*Dalloz, Coleccion periódica*, 1861, I, 73, y la nota, *ibid.*).

tiene 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 cuestion al título de la adopcion. En nuestro concepto, no es dudoso que el extranjero no puede adoptar ni ser adoptado, porque la adopcion es una creacion 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 casacion decidió que el extranjero no tenia este derecho, aun cuando poseyese un establecimiento industrial en Francia (1). Esta decision no la admiten todos los autores, y nosotros creemos que la corte falló bien desde el punto de vista 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 invencion de creacion que pueda constituir una propiedad industrial. Una figura geométrica no se hace por derecho de ocupacion 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 creacion de la ley, y por tanto del derecho civil (2). Creemos inútil insistir en esto, porque na-

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

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

da tiene de interes 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 cesion 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 de crédito que pesa sobre el extranjero. Debe oírse á Bacquet para formarse una idea de la aversion singular que en otro tiempo perseguia al aubano. «No se le admite, dice, que haga cesion 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 podria en provecho propio chupar la sangre y el tuétano de los franceses, pagándoles despues con bancarrotas* (1).» ¿Qué rigor de odio! Nuestro código dice que la cesion judicial es un beneficio 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 decidió que el ejercicio del apremio corporal constituye un derecho puramente civil; de donde se infiere que el extranjero no podia ejercerlo, sino en

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

virtud de tratados internacionales, conforme al art. 11 del Código de Napoleon (1). Ciertamente, el apremio corporal no es de derecho natural, sino que por el contrario es una violacion 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 caucion *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 obligacion de dar caucion no se deriva del derecho natural, y más bien podria 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 impelido para hacer valer sus justas pretensiones, porque no tiene posibilidad de dar caucion? Eso está ciertamente en oposicion con el derecho natural, y es por lo mismo un privilegio creado por la ley. ¿Lo habria establecido ella en favor del extranjero? En la discusion 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 obligacion de caucionar, se liga con el art. 15, que trata de las acciones del extranjero contra el francés, y en esta virtud el francés demandado es al que la ley quiso conceder una proteccion especial. No penso en el extranjero, porque ni aun se ocupa en los juicios entre

1 Sentencia de 29 de Enero de 1849 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 60). Sentencia de la misma corte en sentido contrario, de 27 de Mayo de 1854 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 330). La requisitoria de M. Donny, abogado general, es una refutacion 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. (*Pasicrisie*, 1866, 2, 252; 1865, 2, 281).