

Y

3510

1886

DE

A

UNIVERSIDAD  
**EAFIT**

Biblioteca  
Sala de Patrimonio Documental

UNIVERSIDAD  
**EAFIT**<sup>®</sup>

Biblioteca  
Sala de Patrimonio Documental

F  
3510  
1886

## PROGRAMA

del curso de derecho internacional privado, dictado en el colegio mayor de Nuestra Señora del Rosario por el profesor de la materia, señor doctor Carlos Martínez Silva (1886).

## PRELIMINARES

### I

#### OBJETO DE LA CIENCIA Y SU DEFINICIÓN

La diversidad de legislaciones positivas en los Estados es un hecho incontestable y necesario; lo que no impide que la base y fundamento de los diferentes códigos nacionales vayan siendo de día en día más conformes con los principios comunes de la ley natural.

Bajo un triple aspecto puede considerarse el individuo sometido a la ley: por razón de su persona, por razón de sus bienes, y por razón de sus actos.

Pudiendo el individuo ejercer su actividad fuera de los límites de su propia patria, fácil es que se encuentre sometido a diversas leyes por razón de aquellos diferentes aspectos.

La ciencia que establece los principios para resolver los conflictos de las legislaciones y para determinar las relaciones recíprocas de los súbditos de los diversos Estados, constituye un ramo especial de la ciencia del derecho, que se denomina *Derecho internacional privado*.

La importancia de este estudio se deduce del hecho de ser hoy muy frecuentes las relaciones entre extranjeros, por el desarrollo del comercio y por la facilidad, cada día mayor, de las comunicaciones internacionales.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca Sala de Patrimonio Documental

El derecho internacional privado tiene enlace íntimo con el derecho de gentes, porque es evidente que las leyes de un Estado no pueden aplicarse en otro sin que medie un pacto expreso o tácito entre dichos Estados.

El derecho internacional privado puede tener también aplicación entre individuos de un mismo Estado, como sucede en las confederaciones, cuando la nación se halla dividida en diversas secciones regidas por leyes propias y sometidas a distintas jurisdicciones. Pero en este caso no es ya la *nacionalidad* sino el *domicilio* lo que hay que determinar para resolver el conflicto entre las diversas legislaciones.

## II

### CONDICIÓN DE LOS EXTRANJEROS

Diferencia cardinal entre la condición de los extranjeros en la antigüedad pagana y en las naciones cristianas. Compruébase esto con el estudio de las leyes relativas a los extranjeros en Atenas, Esparta y Roma.

Modificaciones introducidas en Roma al principio de *Ad-versus hostem aeterna autoritas* por el patronato y la clientela, por las leyes dictadas sobre los naufragios, por la extensión del derecho de ciudadanía a los pueblos vencidos y por la Constitución de Caracala.

Triste condición de los extranjeros en la edad media. Derechos de *extranjería* o *albinagio*.

Las primeras tentativas para templar las disposiciones rigurosas contra los extranjeros fueron hechas por la Iglesia, dondequiera que tuvo influencia el derecho canónico.

El desarrollo del comercio obligó luego a varias naciones a celebrar tratados, basados en el sistema de la reciprocidad, para favorecer a sus nacionales residentes en país extranjero.

Por regla general, puede decirse que en todas las naciones civilizadas modernas los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que los nacionales.

### III

#### DEL VASALLAJE

La doctrina del eterno vasallaje arranca de la edad media, y se funda en dos elementos muy distintos: el juramento de fidelidad exigido por los francos a sus súbditos, y las dádivas y honores concedidos por los jefes de los pueblos conquistadores a sus vasallos más poderosos, adjudicándoles porciones de terrenos, llamados *feudos*, que ellos a su vez distribuían entre sus subordinados.

El título originario del feudalismo, de donde se deriva la *sujeción*, vino a ser, pues, la posesión de la tierra; y así se llamaban *súbditos* o *no súbditos* a los que habían nacido dentro o fuera del territorio del Estado.

Consecuencia de la doctrina del vasallaje es el principio de que *las leyes no tienen influencia fuera del territorio*.

UNIVERSIDAD  
EAFIT

PRINCIPIOS

IV Biblioteca

Salón de Patrimonio Documental

Los Estados deben coexistir armónica y jurídicamente en la gran sociedad que se llama el género humano.

Cada nación tiene el derecho de organizarse políticamente de la manera más conforme a sus necesidades, y determinar las condiciones exteriores conducentes a la seguridad.

Las leyes de un Estado no pueden aplicarse sino a los súbditos para quienes se hicieron especialmente.

Cada soberanía puede ejercer sus derechos fuera de los límites de su propio territorio, con tal que no lastime los derechos de los demás soberanos.

El ejercicio de los derechos de soberanía deja de ser inofensivo cuando quebranta los principios de orden público, o del interés económico, político, moral y religioso de otro Estado.

En los casos dudosos, sólo el poder judicial puede decidir si una ley extranjera es contraria a los principios de orden público del Estado.

V

EXAMEN CRÍTICO DE LOS SISTEMAS DE LOS AUTORES

Aplicando rigurosamente el principio de la limitación territorial de las leyes, se deduciría que las de cada soberano rigen de pleno derecho con exclusión de cualesquiera otras, respecto de todas las personas que se encuentran en el territorio, sean nacionales o extranjeras, y respecto de todos los bienes muebles o inmuebles, situados también en el mismo territorio.

Primer inconveniente de este sistema sería la inestabilidad del estado civil de las personas, sometido a tantos cambios cuantos territorios distintos pisara un individuo.

Siendo esto notoriamente inconveniente, adoptaron los autores la distinción de los estatutos, dividiéndolos en *personales* y *reales*, regidos los primeros por la ley nacional, y los segundos por la del lugar donde están situadas las cosas.

Esta teoría, sencilla en apariencia, no resuelve la dificultad, por no ser fácil determinar en cada caso particular si la ley es real o personal.

Según otro sistema, el derecho entre las partes es siempre el resultado de un convenio; y, por consiguiente, todas las relaciones jurídicas deben regirse por la ley que se presume aceptada por los contratantes. Esta teoría no resuelve nada.

Menos racional es todavía el sistema de la *reciprocidad*, sostenido por algunos jurisconsultos y adoptado por varias naciones.

Tampoco puede aceptarse como regla, para resolver los conflictos de las legislaciones, ni la *cortesía internacional*, ni la práctica de los tribunales.

Según Schæffner, toda relación jurídica debe juzgarse por las leyes del lugar en que ha nacido; debiendo distinguirse en los derechos sobre las cosas los pertenecientes al propietario sobre el todo de la propiedad, los cuales se rigen por la ley del lugar en que el propietario tiene su domicilio estable; y los derechos sobre las cosas consideradas como partes distintas, muebles o inmuebles, los cuales se rigen por la ley del lugar

en que aquéllas se hallan situadas. Este principio es inaceptable por lo vago e indeterminado.

Rechazadas las doctrinas que quedan expuestas, fuerza es admitir con Savigny la necesidad de una comunidad de derecho entre las naciones para juzgar los casos de conflicto según la naturaleza íntima de cada relación jurídica, sin tener en cuenta los límites jurisdiccionales de los diferentes Estados.

---

## PRIMERA PARTE

---

### DE LAS PERSONAS

#### I

#### DE LA LEY QUE DEBE DETERMINAR EL ESTADO O CAPACIDAD JURÍDICA DEL EXTRANJERO

Por las palabras *estado de la persona* se entienden las cualidades jurídicas del individuo, considerado en sí mismo. Los efectos que surgen de esas cualidades constituyen la capacidad de obrar en sentido jurídico.

Es necesario determinar el estado jurídico de las personas por una ley única, para evitar el inconveniente de las frecuentes mutaciones de estado.

Al tratar de determinar esa ley, la mayoría de los autores se decide por la del *domicilio actual*, partiendo del principio del vasallaje, en virtud del cual todos los que residen en un territorio se hacen súbditos del soberano territorial.

Esta doctrina tiene el inconveniente de hacer muy variable el estado de las personas, que puede empeorar o mejorar según la ley del lugar en donde adquieran domicilio; aparte de que puede ocurrir el caso de que un individuo tenga a la vez varios domicilios, o de que no tenga ninguno.

Por tanto, el principio más seguro es el de que el estado o condición jurídica de las personas se rija por la ley de la nación a que ellas pertenecen, con tal que dicha ley no esté en contradicción con los principios de orden público del Estado en que reside el individuo.

La distinción que introducen algunos autores entre las calificaciones jurídicas de la persona y su capacidad para ejecutar ciertos actos, aplicando a las primeras la ley nacional y a las segundas la ley del lugar donde se ejecutan tales actos, no es aceptable.

## II

### DE LA CIUDADANÍA

No basta para adquirir ciudadanía el hecho material del nacimiento en un territorio dado; ni tampoco la mera *extracción*.

Para adquirir, pues, la ciudadanía, es preciso combinar el hecho del nacimiento con la extracción (ciudadanía de pleno derecho); o el nacimiento con el domicilio libremente aceptado; o la extracción con el domicilio o residencia posterior en la patria del padre.

El hijo natural debe seguir la condición de la madre, a menos que sea reconocido por el padre.

La mujer que se casa adquiere la nacionalidad del marido. Este principio, que se funda en la indivisibilidad de los cónyuges, no es, sin embargo, aceptado por todas las legislaciones.

Corresponde a la Constitución de cada Estado el determinar los casos en que se pierde la nacionalidad, y las condiciones para readquirirla una vez perdida.

## III

### DE LA NATURALIZACIÓN

La naturalización es un acto que se verifica con la intervención de la autoridad pública y con arreglo a las formalidades establecidas por la ley del país, en virtud del cual el extranjero es admitido en la sociedad de los ciudadanos del Estado, con derecho a participar de las prerrogativas de éstos, y con la obligación de compartir con ellos las cargas públicas.

La naturalización de los extranjeros y la consiguiente desnaturalización de los ciudadanos están hoy admitidas por todas las legislaciones; pero hay diferencias en la forma de concederla y en las consecuencias jurídicas que ella produce.

Comparación, a este respecto, entre las legislaciones de Francia, Inglaterra y Estados Unidos.

La naturalización del marido en país extranjero no implica la de la mujer.

Si el padre se naturaliza en otra nación, no se hace extranjero, por el mismo hecho, al hijo menor de edad.

En caso de que una nación ceda a otra parte de su territorio, debe quedar a los ciudadanos del territorio cedido el derecho de opción entre la antigua y la nueva nacionalidad.

#### IV

##### DE LA AUSENCIA

La condición jurídica del ausente, es decir, del que ha desaparecido del lugar de su último domicilio, implica un notable cambio de estado, del cual se derivan importantes consecuencias jurídicas.

La declaración de ausencia debe hacerse en el lugar del último domicilio.

Opinión de Rocco y de los partidarios del sistema de los estatutos *personales y reales*, relativamente a la ley que debe regir los efectos jurídicos de la ausencia.

Esta opinión no es aceptable, porque el conjunto de disposiciones que se refieren a la ausencia forma un sistema único e indivisible, fundado en la presunción de la muerte del ausente.

El sistema de Rocco presenta, además, en la práctica, graves inconvenientes, puesto que las disposiciones del derecho positivo, respecto al comienzo del plazo para poder pedir la declaración de ausencia, y, por consiguiente, la posesión provisional de los bienes, y la presunción o declaración de muerte, que da derecho a la posesión definitiva, son muy diferentes en los diversos países.

Para evitar todos estos inconvenientes, es preferible que los efectos jurídicos de la ausencia se rijan por la ley personal del ausente, sin perjuicio de los derechos del soberano territorial sobre los bienes raíces situados en su territorio.

#### V

##### DEL MATRIMONIO CONTRAÍDO EN PAÍS EXTRANJERO

En la determinación de la ley que debe regir el matrimonio celebrado en país extranjero, y las relaciones de familia

que de él nacen, sostienen los autores tres opiniones diferentes: unos optan por la ley del domicilio del marido; otros por la ley del lugar del contrato, y otros por la ley nacional de los contrayentes.

La primera de estas opiniones es la más generalmente aceptada; pero presenta el inconveniente de exponer a cambios muy frecuentes la organización de la familia, peligro mucho mayor si se aceptara el principio de la ley del contrato.

Razonablemente no puede aceptarse sino la tercera opinión, porque cualquiera que sea el lugar donde se celebre el matrimonio o donde se haya domiciliado el marido al contraerlo, mientras éste sea miembro de una nación, a ella pertenece la nueva familia que se forma.

La validez del matrimonio y las relaciones de familia deben regirse, pues, por la ley nacional del marido, en cuanto ésta no sea contraria al derecho público del lugar en que están domiciliados los cónyuges o en que se quieren hacer valer sus derechos.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca VI Sala de Patrimonio Documental  
CONDICIONES DE EXISTENCIA Y VALIDEZ DE MATRIMONIO  
CONTRAÍDO EN PAÍS EXTRANJERO

Diferencia entre el matrimonio *nulo* por faltarle alguno de los requisitos esenciales, y el que, teniendo existencia jurídica, puede ser invalidado por haberse contravenido en su celebración a alguna prescripción de la ley.

En cuanto a la capacidad de los contratantes, casi todos los autores admiten que debe regirse por su ley personal, con la excepción de que esa ley no sea contraria a los principios de orden público del lugar donde se quiere contraer el matrimonio.

Por la misma razón, en casi todos los países civilizados se exige a los extranjeros que desean contraer matrimonio un certificado de autoridad competente en el cual conste que, según las leyes a que están sujetos, nada se opone al enlace proyectado.

Infiérese de lo dicho que el derecho de oponerse al matrimonio, tal y conforme está determinado por la ley nacional

de los contrayentes, debe reconocerse aun en territorio extranjero en favor de aquellas personas a quienes la misma ley lo concede.

Respecto a los impedimentos que dependen de las relaciones de consanguinidad o de afinidad entre los que desean contraer matrimonio, debe regir también su ley nacional, la cual se considera fundada en principios de orden público.

Por el contrario, cuando la ley del lugar donde quiere celebrarse el matrimonio no reconoce ciertos impedimentos fundados en el parentesco de afinidad, que harían nulo el matrimonio en el país de los contrayentes, la ley del lugar donde se celebra el matrimonio es la que debe aplicarse.

Para resolver sobre las cuestiones de disolución o nulidad de un matrimonio celebrado en país extranjero, deben observarse las siguientes reglas:

1.<sup>a</sup> La disolución y la nulidad del matrimonio no pueden resolverse sino conforme a la ley del lugar a que el matrimonio está sometido.

2.<sup>a</sup> Las únicas personas que pueden ejercitar la acción de disolución y nulidad son aquellas a quienes la concede la misma ley del matrimonio.

3.<sup>a</sup> Aunque el matrimonio sea disoluble en el lugar donde se celebró, la acción de disolución no puede entablarse en un país que no admite la disolubilidad del vínculo conyugal; y

4.<sup>a</sup> Aunque deba juzgarse de la validez o nulidad del matrimonio por la ley nacional de los contrayentes, esa ley no puede hacerse valer para anular en otro país un matrimonio que sería válido conforme a sus leyes.

En cuanto a la forma de la celebración del matrimonio, convienen jurisconsultos y canonistas en que debe regirse por la ley del lugar en donde se ha celebrado.

Para decidir si ha de considerarse válido el matrimonio cuando los contrayentes se han marchado a país extranjero para eludir su ley nacional, debe averiguarse si las formalidades pretermitidas son esenciales o meramente accidentales o extrínsecas. En el primer caso, el matrimonio no podría reconocerse en el país de los contratantes, y en el segundo sería válido

## VII

### DE LA LEY QUE DEBE REGIR LOS DERECHOS Y DEBERES RESPECTIVOS DE LOS CÓNYUGES Y DE SUS HIJOS

Los derechos y deberes de los cónyuges nacen del vínculo matrimonial, de la ley y de los convenios celebrados entre ellos.

Todas las legislaciones reconocen al marido como jefe de la familia; pero la organización del poder marital varía en las diversas legislaciones, según que la mujer conserve o pierda su propia personalidad o que se adopte un temperamento medio, como sucede en Francia.

Por regla general, la ley nacional de los cónyuges debe arreglar los efectos civiles del matrimonio, el ejercicio del poder marital y los derechos y deberes recíprocos de los cónyuges y de los hijos.

Sin embargo, las leyes de un Estado que miran a la conservación de la moralidad y disciplina de la familia son aplicables también a los cónyuges extranjeros domiciliados o residentes en él.

En cuanto al divorcio, considerado, no como rompimiento del vínculo matrimonial, sino como mera separación de los cónyuges, la ley que de ordinario se aplica es la del domicilio o residencia actual de los esposos.

En cuanto a los efectos civiles de la separación, ya se refieren a los derechos de los cónyuges sobre sus bienes, ya a la distribución de estos mismos bienes, según que estén casados bajo el régimen de comunidad o bajo el régimen dotal, deben regirse por la ley nacional de los esposos.

## VIII

### DEL DIVORCIO CONSIDERADO COMO ROMPIMIENTO DEL VÍNCULO MATRIMONIAL

Como hay leyes que permiten el divorcio y otras que lo rechazan, los conflictos de las legislaciones pueden ser frecuentes, tanto más cuanto las mismas leyes de los Estados que lo autorizan son notablemente distintas, ya por razón de las cau-

sas por las cuales puede solicitarse, ya por razón del magistrado competente para conocer en el asunto.

Resolución de las siguientes cuestiones en vista de las opiniones de los autores y de la práctica de las naciones:

1.<sup>a</sup> ¿Dos cónyuges, casados conforme a una ley que no permite el divorcio, pueden divorciarse en una nación en que aquél está autorizado?

2.<sup>a</sup> ¿Dos individuos, casados en una nación donde la ley autoriza el divorcio por motivos poco menos que fútiles, como sucede en Prusia, y que fijan luégo su domicilio en un país cuyas leyes autorizan también el divorcio, pero solamente por el adulterio de la mujer, podrían formular una demanda de divorcio por un motivo que sólo sería válido según la ley de su país?

3.<sup>a</sup> ¿Dos individuos casados conforme a una ley que autoriza el divorcio, pueden pedir la disolución del matrimonio en otro país donde está declarado indisoluble?

4.<sup>a</sup> ¿Qué efectos produce en la patria de los contrayentes una sentencia de disolución dictada por un tribunal extranjero?

5.<sup>a</sup> ¿El hombre y la mujer legalmente divorciados, según las leyes de su patria, pueden volver a casarse en una nación que no reconoce el divorcio?

6.<sup>a</sup> ¿El marido, al naturalizarse en una nación en que está permitido el divorcio, puede obtener una sentencia que lo autorice a romper el vínculo matrimonial, indisoluble en su primitiva patria?

7.<sup>a</sup> ¿En este caso podría fundarse la demanda sobre un hecho anterior a la naturalización?

8.<sup>a</sup> ¿Una sentencia de divorcio, dictada por un magistrado extranjero del orden judicial, será válida en un país que exige la intervención del poder legislativo para romper los lazos del matrimonio?

## IX

### DE LA FILIACIÓN

La misma ley que regula el matrimonio es sin duda la que debe resolver las cuestiones relativas a la paternidad, a la maternidad y a la filiación.

Con arreglo a la misma ley personal del padre debe determinarse cuándo es el hijo ilegítimo, incestuoso o adulterino, y cuál es la situación jurídica en que se hallan los hijos ilegítimos respecto de sus padres y de los parientes de éstos.

Según esto, la capacidad del padre para reconocer y la del hijo para ser reconocido, debe determinarse por la ley nacional de cada uno, con tal que ella no contraríe ningún principio de orden público del país donde intenta hacerse el reconocimiento.

La capacidad del extranjero para reconocer un hijo natural no se rige, sin embargo, por las mismas reglas que sirven para determinar la capacidad de verificar un acto civil cualquiera.

Acerca de la forma intrínseca del acto de reconocimiento, debe juzgarse con arreglo a la ley del país en donde aquél se verifica.

Sin embargo, cuando la ley del país en donde se verifica el acto, declara válido el reconocimiento hecho de un modo privado, y la ley del lugar en que aquél ha de producir sus efectos, exige forma auténtica, deben admitirse las demandas de nulidad fundadas en la falta de buena fe o de espontaneidad de parte del autor del reconocimiento.

El reconocimiento forzado, que puede ocurrir cuando la paternidad o maternidad respecto del hijo natural no están probadas por un documento auténtico de reconocimiento voluntario, puede ser también origen de conflictos entre las legislaciones, pues que unas permiten las indagaciones de la paternidad y de la maternidad, y otras sólo las de la maternidad, o las de la paternidad en ciertos casos y para determinados efectos.

Estando fundada en principios de orden público, de moralidad y de policía general, la ley que permite o prohíbe la indagación de paternidad, es la ley del lugar donde se intenta la indagación la que debe tenerse en cuenta para saber si ella es o no permitida.

Cuando el ciudadano de un Estado donde no se permite la indagación de paternidad, se ve obligado en otro país a reco-

nocer un hijo natural, ese reconocimiento debe producir efecto en la patria misma del padre natural.

Sin embargo, cuando en el país donde se ha dictado el fallo sobre reconocimiento del hijo natural, es muy fácil la prueba y muy difícil la impugnación de la paternidad, puede intentarse, por los que en ello tengan interés, la nulidad de aquel fallo en la patria del padre a quien se ha obligado a reconocer el hijo natural.

Casi todas las legislaciones modernas admiten la legitimación; sin embargo, algunas la rechazan en absoluto, otras sólo la aceptan por subsiguiente matrimonio, mientras que otras, finalmente, admiten también la legitimación por rescripto real, por sentencia judicial y por declaración del padre ante el juez.

Debe notarse también que en los países que admiten la legitimación, hay diferencias relativamente a los hijos que pueden ser legitimados.

Varían las opiniones de los autores sobre la ley que deba regir la legitimación, sosteniendo unos que esa ley ha de ser la nacional del padre, otros, que la del lugar del nacimiento del hijo, y otros, finalmente, que la del lugar donde se verifica el subsiguiente matrimonio. Análisis de cada una de estas opiniones y razones que sustentan la primera de ellas, que es la que parece más fundada.

Aplicación de esta regla a los siguientes casos:

1.º ¿El hijo nacido en la patria del padre, donde se ha verificado el subsiguiente matrimonio, puede hacer valer su condición de legitimado en la patria de la madre, donde la legitimación no es admitida?

2.º ¿El hijo nacido en el lugar del domicilio actual del padre, donde no se reconoce la legitimación, pero donde se ha verificado el subsiguiente matrimonio, podrá hacer valer su derecho de hijo legítimo en la patria del padre?

3.º ¿Debe considerarse como hijo legítimo el nacido en un lugar donde es permitida la legitimación, con la circunstancia de celebrarse el subsiguiente matrimonio en otro país donde ella no se reconoce?

3.º ¿La legitimación hecha por rescripto real o por sentencia judicial, debe considerarse válida en otros países donde la

legitimación sólo puede verificarse por subsiguiente matrimonio?

## X

### DE LA ADOPCIÓN

La adopción debe considerarse como un convenio cuya existencia procede del consentimiento de las partes interesadas, y del cual se deriva un cambio de estado.

Para todo lo que se refiere a la capacidad activa y pasiva de la adoptante y del adoptado, debe tenerse en cuenta exclusivamente la ley de la patria de cada uno de ellos, como que hay Estados que no permiten la adopción, mientras otros sólo la autorizan mediante ciertas condiciones.

Sin embargo, cuando la ley de un Estado prohíbe la adopción del hijo natural, esa ley rige aun para aquellos extranjeros en cuya patria no existe la prohibición.

Respecto de los derechos que proceden de la paternidad y de la filiación adoptiva, y en lo tocante a las relaciones jurídicas del adoptado con el adoptante y con la familia de éste, debe aplicarse la ley nacional del último, mientras que, para arreglar los derechos y obligaciones entre el adoptado y su familia natural, es la ley nacional de éste la que debe aplicarse.

El hijo adoptivo conserva su nacionalidad de origen, mientras no declare libremente que quiere adquirir la de su padre adoptante.

## XI

### DE LA PATRIA POTESTAD

Comprende la patria potestad el conjunto de derechos que pertenecen al padre y a la madre sobre la persona y bienes del hijo.

Como regla general, la patria potestad debe depender únicamente de la ley nacional de la familia.

Respecto de la duración de la patria potestad, sólo debe tenerse en cuenta la ley nacional del padre.

Los que combaten esta opinión, sosteniendo que debe aplicarse ya la ley del lugar de la celebración del matrimonio, ya la del lugar del nacimiento del hijo, no se cuidan ni del ca-

*Capuro*

rácter de la patria potestad ni de la grave confusión que se introduciría adoptando semejante principio.

En cuanto a los defectos que se derivan de la patria potestad, deben distinguirse los relativos a la persona y los relativos a los bienes. Los primeros pueden a su vez subdividirse en dos categorías: los que se derivan de la asistencia que debe prestar el padre como tutor legal de la persona del hijo, y los que nacen del derecho que tiene él para ser obedecido por el hijo, a fin de conservar la disciplina doméstica.

Estos últimos deben regirse por la ley del lugar en que el padre tiene su domicilio actual.

Respecto de los efectos de la patria potestad sobre los bienes del hijo, son varias las opiniones de los autores; pero la que parece más aceptable es la de que tales efectos se rijan por la ley que organiza la patria potestad.

UNIVERSIDAD  
EAFIT

XII

MAYOR EDAD Y TUTELA

Biblioteca  
Sala de Patrimonio Documental

Para decidir si un individuo es mayor o menor, púber o impúber, si puede o nó ser emancipado, y para determinar la condición jurídica del menor y del emancipado, se debe aplicar exclusivamente la ley nacional del individuo mismo, cualquiera que sea el lugar en que se suscite la cuestión o en que aquél se halle domiciliado.

Opiniones de Rocco y de Chassat a este respecto.

La ley nacional es la que debe determinar también la duración de la tutela y de la curatela, y las personas que están sometidas a estas guardas.

Massé y Rocco distinguen entre el tutor y el curador dado a la persona, y el nombrado principalmente para los bienes.

Los efectos jurídicos que se desprenden de la tutela, de la curatela y de la interdicción total o parcial, deben ser reconocidos en todas partes, salvo cuando la interdicción es resultado de una sentencia criminal.

En cuanto a los actos de que por razón de su cargo puede ser capaz el tutor o el curador, distinguen algunos autores

En cuanto al que puede tener el propietario para ceder la cosa en todo o en parte, por acto entre vivos o por testamento, no es la *lex rei citæ* la que debe aplicarse, sino más bien la ley que rige el título adquisitivo de dominio.

Las adquisiciones a título singular dependen exclusivamente de la *lex rei citæ*.

Considerando algunos la prescripción como una institución de derecho civil, sostienen que no debe concederse a los extranjeros el de adquirir por este medio; pero no puede justificarse semejante opinión.

La prescripción de los bienes inmuebles, de los derechos reales sobre estos bienes y de las acciones correspondientes, debe regirse en todo caso por la ley del lugar donde está situado el inmueble.

Con arreglo a la ley del país en donde está actualmente la cosa poseída, es como debe decidirse si la prescripción se ha verificado o nó, puesto que, al expirar el término fijado para prescribir, es cuando se realiza la traslación de la propiedad.

La misma solución debe darse cuando, durante el tiempo necesario para prescribir, ha pasado la cosa por diferentes países.

Para saber si la *tradición*, como medio de adquirir, es o nó necesaria para transferir la propiedad, debe estarse a lo dispuesto por la *lex rei sitæ*, cuando se trata de inmuebles o de muebles existentes en un lugar fijo, aunque se hallen allí accidentalmente en el momento de verificarse el contrato.

Si por el contrario, no tuviesen las cosas muebles situación cierta, debe aplicarse la ley del lugar donde el propietario se haya obligado, para decidir si ha habido o nó traslación de propiedad.

La *lex rei sitæ* es también la que debe aplicarse en cuanto a los efectos de la traslación de propiedad relativamente a un tercero.

### III

DE LOS DERECHOS REALES QUE PUEDEN MODIFICAR EL DE PROPIEDAD

Reglas sobre las servidumbres personales:

1.<sup>a</sup> No pueden reconocerse otras servidumbres personales sobre los bienes inmuebles o muebles existentes en el territo-

rio de un Estado, que aquéllas que no están prohibidas por la ley territorial.

2.<sup>a</sup> Cuando el propietario de la cosa y aquel a quien pertenece el derecho de servidumbre son de Estados diferentes, y el título de donde se deriva la servidumbre no determina suficientemente los derechos y obligaciones especiales recíprocos, debe aplicarse, para reemplazar la ley nacional, la del propietario, por la razón de que el derecho de propiedad es siempre el principal.

3.<sup>a</sup> Cuando el propietario y aquel a quien pertenece la servidumbre son ciudadanos de una misma patria, se aplicará su ley, y no la *lex rei sitæ*, no solamente para determinar cuándo puede decirse constituida dicha servidumbre, sino para determinar la extensión de los derechos y de las obligaciones recíprocos, siempre que el régimen de la propiedad territorial no sea con ello lesionada.

Por estos mismos principios puede determinarse la duración y extensión del usufructo, y los derechos y obligaciones recíprocos del propietario y del usufructuario.

Las servidumbres prediales se rigen exclusivamente por la *lex rei sitæ*, ya procedan directamente de la ley, ya de un hecho del hombre.

Independientemente de la validez o nulidad del contrato enfiteutico, y de todos los demás contratos consensuales que entrañan *jura in re aliena*, debe decidirse siempre acerca de su eficacia por la *lex rei sitæ*.

Cuando la *lex rei sitæ* reconoce el derecho de enfiteusis, y la constitución de este derecho se ha establecido bajo el imperio de una ley extranjera, en todas las cuestiones que puedan surgir entre el concesionario y el enfiteuta, se aplicará, ya la ley territorial, ya la del contrato, según que la causa del conflicto interese o nó al régimen de la propiedad.

#### IV

#### DE LA LEY QUE DEBE ARREGLAR EL DERECHO DE PRENDA Y DE HIPOTECA

Para determinar cuáles son las obligaciones que pueden garantizarse por medio de la prenda y de la hipoteca, debe

estarse a la ley que rige la obligación. Mas respecto de la aptitud de la cosa para ser hipotecada o pignorada, se aplicará exclusivamente la *lex rei sitæ*.

En cuanto a la constitución y validez del derecho de prenda, debe juzgarse de él con arreglo a la ley bajo cuyo imperio se constituyó. Sin embargo, el acreedor no puede hacer valer su derecho en el lugar en que se halla la cosa, sino cuando ha llenado todas las condiciones exigidas por la *lex rei sitæ*.

De cualquier modo que se haya constituido la prenda en un país cuya ley exige la tradición, si ésta llega a faltar y la cosa mueble afecta se transporta a otro país, el acreedor no podrá reclamar allí la cosa contra un tercer poseedor.

Este principio debe aplicarse lo mismo a la prenda civil que a la comercial.

Los créditos y pagarés a la orden, como los títulos nominales de cualquiera naturaleza que sean, pueden ser dados en prenda. Para saber si este acto es válido con relación a terceros, —cuando no se ha hecho al deudor la notificación de la prenda, —la ley que debe aplicarse es la del domicilio del mismo deudor.

Las acciones que se derivan de la esencia del contrato de prenda se determinan por la ley del mismo contrato; pero las acciones reales y posesorias sobre las cosas pignoradas deben regirse por la *lex rei sitæ*.

Todo lo que se refiere a la naturaleza del contrato de anticresis debe regirse por la ley del lugar en donde ha nacido el derecho; y sólo para el ejercicio de este derecho y de las acciones reales sobre la cosa dada en anticresis, se aplicará la *lex rei sitæ*.

Diferencia entre la naturaleza de los privilegios y de las hipotecas.

En cuanto a los privilegios y al derecho de preferencia, en caso de concurso de acreedores, debe estarse a lo dispuesto por la *lex rei sitæ*, ya se trate de cosas inmuebles, ya de bienes raíces.

En cuanto a la hipoteca, es preciso distinguir el derecho real que adquiere el acreedor sobre la cosa de otro, de los efectos que de ella se derivan y de la acción hipotecaria. El

primero es un accesorio de la obligación personal cuya ejecución garantiza, y debe regirse por la ley que regula la obligación principal, con tal que ella no perjudique al régimen de la propiedad territorial. La acción real hipotecaria se rige, sin embargo, por la *lex rei sitæ*.

La hipoteca *tácita legal*, que algunos consideran como esencialmente distinta de la convencional, no tiene por base ni el favor ni el privilegio, sino la convención tácita; y, por consiguiente, debe regirse por la ley incorporada en la obligación principal, produciendo su efecto en todas partes, salvo siempre, en cuanto a su eficacia, las excepciones hechas al tratar de la hipoteca convencional.

En cuanto a la hipoteca que puede derivarse de una sentencia judicial pronunciada por un tribunal extranjero, deben aplicarse los principios expuestos, contra la opinión de los jurisconsultos franceses, fundada en su legislación y jurisprudencia.

UNIVERSIDAD  
EAFIT

DE LAS OBLIGACIONES

Biblioteca

Sala de Patrimonio Documental

En las obligaciones convencionales puede decirse, por regla general, que todo debe depender de la ley del lugar a que, al obligarse, se someten las partes.

No obstante esto, los contratantes no pueden someterse a una ley extranjera para sustraerse a la que rige su estado personal, o para derogar las leyes a que está sometida la cosa objeto del contrato.

De los principios precedentes se deduce la siguiente regla: la ley del lugar en que se perfecciona la obligación es la que debe regir el *vinculum juris* que de ella se deriva, y todo lo que pertenezca a la esencia y a la naturaleza del contrato.

Cuando la obligación se perfecciona en un lugar y debe cumplirse en otro, la ley del primero regirá la naturaleza del contrato, y la del segundo, la manera de hacer efectiva la obligación.

Opiniones contrarias a esta regla.

Cuando el contrato se inicia y concluye por medio de cartas, estando en un país el proponente y en otro el aceptante,

puede ocurrir duda sobre cuál sea el lugar en donde se forma el *vinculum juris*.

Son varias las opiniones de los autores a este respecto; pero la que parece más fundada es la de que no hay contrato mientras el proponente no haya recibido la respuesta concorde del aceptante, y que, por consiguiente, la ley del lugar del primero es la del contrato.

Respecto de los contratos hechos por intermediarios, puede establecerse como principio que todo lo que una persona hace por medio de un corresponsal debidamente autorizado, vale como si lo hiciese por sí mismo en el lugar en que reside el corresponsal.

Cuando el comisionista reúne la doble cualidad de vendedor por cuenta propia y de comprador por cuenta ajena, la mercancía pasa a poder del comitente desde el momento en que se perfecciona la venta; pero en caso de quiebra, si la mercancía vendida no lo había sido a crédito, el comisionista puede pedir la rescisión de la venta, y, en ciertas circunstancias, hasta reclamar la mercancía vendida.

Los contratos hechos en un lugar y ratificados en otro, deben considerarse perfectos en el lugar donde se verificó el convenio y no en el que fue ratificado, porque la ratificación se retrotrae al tiempo y al lugar de la estipulación.

Sin embargo, cuando el contrato ha sido originariamente nulo, de modo que su valor intrínseco dependa sólo de la ratificación, debe considerarse perfecto en el lugar en que se ha ratificado.

Cuando las partes se han obligado con una condición suspensiva, y el lugar en donde ésta deba verificarse sea diverso del de la estipulación, realizada la condición, se considerará ultimado el contrato en el lugar de la estipulación, porque la realización del suceso se retrotrae al lugar y al tiempo en que las partes se obligaron.

Sin embargo, la ley del país en que el suceso ocurrió, es la que debe decidir si la condición puede decirse o no verificada.

Cuando el convenio resulta de hechos verificados en diversos lugares, si éstos pueden considerarse como preparatorios y

coordinados al negocio principal, se considerará ultimado éste en el lugar en que se verificó la estipulación.

Si por el contrario, los diferentes actos, aunque relativos a un sólo fin, pudieran considerarse como contratos parciales, debe considerarse ultimado cada uno de éstos en el lugar en que se realizó, como sucede con el endoso de la letra de cambio que pasa por diversas plazas.

Cuando el lugar del cumplimiento de la obligación no aparece determinado expresamente ni por la naturaleza del contrato ni por la intención presunta de las partes, se tendrá en cuenta, para su ejecución, el domicilio de la persona obligada, en el caso de una obligación personal; pero si de lo que se trata es de una gestión de negocios, se estará, en lo tocante a la ejecución, a la ley del lugar en donde se halla el asiento principal del gerente.

UNIVERSIDAD  
EAFIT

PARTE

TERCERA

Biblioteca

Sala de Patrimonio Documental

DE LA LEY QUE DEBE REGIR LA NATURALEZA Y LOS EFECTOS  
JURÍDICOS DE LA OBLIGACIÓN

Con arreglo a la ley del lugar donde se contrata es como debe decidirse si la obligación es civil o natural, pura y simple o condicional, si consiste en dar o en hacer, y si es una obligación de *cosa cierta* o de *género*.

En cuanto a la solidaridad de los deudores comprometidos, ya se derive inmediatamente de la ley, ya proceda de un convenio en que se haya estipulado expresamente, debe regirse por la ley del lugar en donde se ha realizado el contrato.

La misma ley se aplicará para saber si existe o nó el beneficio de la división entre los codeudores. Opinión contraria de Boullenois.

Para decidir si la obligación es o nó privilegiada, si es hipotecaria o quirografaria, ordinaria o ejecutoria, etc., se aplicará la ley en que aquélla debe cumplirse.

Cuando las partes no han declarado nada expresamente, la *lex loci contractus* es la que debe determinar todos los efectos

jurídicos inmediatos que del contrato se derivan, ya sea por disposición de la ley, ya por la costumbre.

Los efectos que provienen de acontecimientos accidentales ocurridos antes o después del contrato o durante su ejecución, y que no dependen de una causa inherente a la obligación primitiva, sino de hechos nuevos, deben regirse por la ley del lugar en que nace la nueva causa de que dependen.

Para determinar la ley que debe regir los intereses, es necesario examinar la causa por la cual se deben; y para decidir cuáles son las obligaciones que de pleno derecho llevan consigo intereses, se aplicará la ley bajo cuyo imperio se ultimaron aquéllas y adquirieron eficacia, porque los intereses legales son un efecto inmediato de la obligación.

Cuando en el contrato se ha hablado de pago de intereses por causa de demora, sin señalar sin embargo la rata, se presume que las partes se han referido a la ley o a la costumbre del lugar en donde debe hacerse el pago.

Cuando el interés se debe por una suma adelantada, deberá determinarse la rata con arreglo a la ley de la plaza en donde se verificó el adelanto, aunque el reembolso deba hacerse en otra.

El mismo principio es aplicable a la liquidación de intereses cuando dos negociantes residentes en diferentes plazas negocian el uno para el otro, y el interés y el tanto o quebranto del giro es distinto en ambas plazas.

Se aplicará la *lex loci contractus* para decidir si en el contrato de permuta hay lugar a pedir indemnización de los daños en caso de lesión, y si en el contrato de venta el vendedor está obligado a indemnizar al comprador en el caso en que la cosa fuese viciosa o pereciese por sus defectos o por caso fortuito.

Para fijar el valor pecuniario de la pérdida sufrida por el acreedor, se aplicará la ley del lugar señalado para la prestación, que es donde se verifican la mora y la pérdida consiguiente.

En las obligaciones que tienen por objeto una suma de dinero, los perjuicios procedentes de la demora se determinarán con arreglo a la *lex loci solutionis*, aunque se haya esta-

blecido en el contrato primitivo un pago convencional de intereses hasta el vencimiento.

Cuando hay duda acerca del tiempo y del lugar en que puede decirse que se ha verificado la mora, deberá tenerse en cuenta la ley del lugar destinado para el pago o para el cumplimiento de la obligación.

En cuanto al arresto personal a que puede ser reducido el deudor por falta de cumplimiento, se decidirá con arreglo a la ley de la ejecución; y respecto de la cláusula penal, que es un contrato accesorio, se juzgará con arreglo a los principios y distinciones expuestos en los números anteriores, porque el deudor sólo incurre en la pena cuando está en mora o en falta.

## II

### DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Además de las reglas generales de interpretación, deducidas de la necesidad de buscar la intención de los contratantes y la naturaleza de la obligación según la situación del objeto y las circunstancias, se hacen precisas algunas reglas particulares cuando el negocio se efectúa en un lugar y debe cumplirse en otro.

Cuando se vende un predio situado en país extranjero, cuyo precio se fija según cierta medida, si la extensión del terreno correspondiente a la medida indicada es diferente en el lugar del contrato y en el de la situación del predio, se determinará la extensión de la medida según la *lex rei sitæ*, salvo que el contrato de venta se haya concluído en el domicilio de las partes.

En cuanto a las cosas muebles, la medida debe ajustarse a la ley del lugar señalado para su entrega o consignación.

Cuando el contrato se ha verificado por cartas, debe tomarse en cuenta la ley y la costumbre del lugar en que habita el que escribe la primera carta, porque se presume que al escribir usó el lenguaje que le era familiar.

Cuando el valor real de una moneda es diferente en el lugar de la estipulación y en aquél en que debe verificarse el pago, se determinará el valor de dicha moneda por el que se

le reconoce en el lugar del contrato, siempre que en él no se haya designado el lugar del pago.

Las cláusulas de los testamentos que puedan tener una significación diferente en el lugar en que se ha verificado el acto y en el que se halla la cosa, se interpretarán con arreglo a la ley del testador.

### III

#### DE LA EFICACIA Y DE LA FUERZA EJECUTORIA DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS EN PAÍS EXTRANJERO

Todos los pueblos civilizados admiten hoy que la obligación que se deriva de un contrato debe tener valor extraterritorial.

Todo contrato válido según la ley del lugar en donde las partes se han obligado, puede hacerse eficaz en cualquier parte, siempre que dicho contrato no sea contrario a los principios de orden público ni a las leyes vigentes en el lugar donde se intenta la acción.

En lo que concierne a la eficacia de los contratos hechos en territorio extranjero para sustraerse a las leyes sobre impuestos, debe dejarse a la decisión de los jueces el determinar si la consecuencia del fraude deba ser la nulidad del acto o una pena de otra especie.

Los contratos cuyo objeto inmediato sea la violación de las leyes de aduanas o de los derechos del fisco, de cualquiera naturaleza que sean, deberán tenerse por nulos y sin eficacia alguna.

No están de acuerdo los jurisconsultos sobre la eficacia judicial de semejantes contratos cuando su objeto ha sido practicar el contrabando en el extranjero; pero la opinión más fundada en justicia es la de que los contratos de esa especie no deben ser declarados eficaces por la autoridad judicial.

Para decidir si un acto o contrato trae o nó aparejada ejecución, la ley del lugar donde se intenta la acción es la única aplicable.

La fuerza ejecutoria de los actos auténticos realizados en país extranjero sólo pueden darla los tribunales civiles del lugar en que se intenta la acción, previo un juicio de apro-

bación, que debe limitarse al examen de la autenticidad del acto, a la prueba de que se ha realizado en el lugar indicado y a la indagación sobre si el contrato es o nó contrario al orden público y a las leyes nacionales.

Las excepciones perentorias se apreciarán según la ley que rige la obligación misma, y las dilatorias, según la ley del lugar donde se sigue el juicio.

Las acciones fundadas en un vicio intrínseco del contrato se rigen por la misma ley bajo la cual se obligaron las partes; pero si dependen de una causa extrínseca y posterior al contrato, o de la incapacidad de los contratantes, deben apreciarse con arreglo a la ley del lugar en que el hecho se ha verificado, o a la que está sujeta la persona.

No están de acuerdo los expositores en cuanto a la ley que debe regir la prescripción de las acciones, considerándola algunos como un beneficio del acreedor, y otros como una excepción personal del deudor; pero la opinión que parece más razonable es la de que se rija por la ley de la obligación.

IV

#### EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Por regla general, la solución o pago, como medio de extinguir la obligación, se rige por la ley del lugar fijado para el cumplimiento de la obligación misma.

Cuando el deudor está obligado a pagar una suma, deberá verificar el pago en las especies metálicas o fiduciarias que tengan curso legal, cualquiera que sea su valor, en el día y en el lugar designado para el cumplimiento de la obligación.

Este principio no es aplicable cuando se ha convenido expresamente en que el pago deba hacerse en una especie determinada de monedas de oro o de plata.

Cuando en el intervalo que media entre el día de la obligación y el del pago, hubiere sustituido el papel moneda a la moneda metálica, o cuando el curso de los billetes de banco se hubiere declarado obligatorio, creen algunos que el acreedor extranjero no está obligado a recibir el valor de su acreencia sino conforme al valor intrínseco de la moneda en

la época del contrato. Esta opinión, sustentada por Pardessus y Massé, no es aceptable.

Los efectos del pago por subrogación deben determinarse por la ley que rige *ab initio* la obligación primitiva y su ejecución, porque el pago por subrogación no implica novación.

Sin embargo, para que la subrogación pueda ser judicialmente eficaz, deberá hacerse con arreglo a la ley del lugar en donde ha de producir sus efectos.

La subrogación legal deberá ser reconocida en todas partes, porque aunque se derive de la ley, no es una concesión, sino un derecho de la parte, garantizado y reconocido por la ley civil.

Para hacer o aceptar una renuncia debe ser la persona capaz de dar o recibir a título gratuito, y esto se determinará con arreglo a la ley a que la persona está sometida.

El *concurso* regularmente homologado, es un título que puede oponerse en todas partes a los acreedores que lo han concedido tácita o expresamente. Massé sostiene la opinión contraria, que ha sido consagrada en Francia por los tribunales.

El beneficio de la cesión de bienes no puede tener efecto en país extranjero cuando el *forum contractus* sea diferente del del domicilio del deudor. Únicamente puede ser eficaz en todas partes la cesión de bienes cuando ha sido voluntariamente aceptada por los acreedores; pero si se trata de una cesión judicial de bienes, no puede producir efectos en país extranjero, porque de hecho, el deudor no está enteramente libre.

Por cualquier causa que se realice la *novación*, se rige en cuanto a sus efectos, por la ley bajo cuyo dominio se verifica.

Con arreglo a la misma ley, bajo la cual se ha realizado el hecho de que se quiere hacer depender la novación, es, como debe decidirse si hay o nó novación, y si ésta, que nunca se presume, puede derivarse, sobre todo en materia comercial, de hechos o de documentos verificados entre las partes, no obstante la falta de términos sacramentales o equivalentes.

Cuando la obligación se extingue por ser física o legalmente imposible la prestación a que ella se refiere, deberá tenerse en cuenta la ley del lugar en donde ha tenido su origen la

obligación, para decidir si se resuelve o nó en indemnización de daños y perjuicios.

V

DE LA FORMA DE LOS CONTRATOS

La forma exterior, tanto de los actos jurídicos como de los instrumentales, se rige por la ley del lugar donde dichos actos se extienden.

En la redacción de un acto es necesario distinguir bien las expresiones esenciales que determinan su especie, de las particulares exigidas por cada ley, para que el acto tenga valor jurídico.

El contrato de matrimonio extendido en un acta privada, celebrado en país extranjero, será válido en la patria de los contrayentes, aunque en ella se exija instrumento público, siempre que la ley del país en donde se ha verificado el acto no exija la misma solemnidad.

Para determinar si el acto realizado en un país es o nó auténtico, y el grado de fe que deba dársele en juicio, es también necesario tener en cuenta la ley del país en que se ha verificado.

El principio *locus regit actum* es aplicable no solamente a los documentos extendidos en forma pública o privada, sino también a aquellos contratos verbales para cuya validez no exige la ley del lugar del contrato comprobante escrito.

Cuando el contrato debe ejecutarse en el lugar mismo en que se ha estipulado, no podrán las partes, ya sean del país, ya extranjeras, prescindir de las formalidades exigidas por la ley del lugar del contrato.

Tampoco podrán prescindir de dichas formalidades los ciudadanos que celebran en su patria un convenio que deba ejecutarse en país extranjero, salvo el caso en que la situación de la cosa materia del contrato imponga la necesidad de seguir formas particulares.

Cuando dos ciudadanos de la misma patria contratan en país extranjero, conformándose a las formalidades prescritas por su ley nacional, el contrato deberá tenerse también como

válido, en cuanto a su forma, por los tribunales del país donde se ha celebrado.

Cuando un contrato sinalagmático se ha celebrado en un país entre un ciudadano y un extranjero en la forma exigida por la ley del lugar donde debe ejecutarse, si es obligatorio para una de las partes, no puede dejar de serlo también para la otra.

Si el contrato es unilateral, el extranjero obligado, según las formas exigidas por su ley, debe cumplir la obligación en su propio país; pero si el nacional se ha obligado en su propio país en favor de un extranjero, conforme a la ley del lugar donde debe cumplirse la obligación, al ser apremiado en país extranjero para la ejecución de lo pactado, puede oponer la excepción de nulidad por falta de las formas exigidas por la ley de su patria.

Los principios establecidos son también aplicables a los contratos sobre bienes inmuebles; pero para la eficacia de tales contratos con relación a terceros, es necesario observar las formalidades prescritas por la *lex rei citæ*.

## VI

### DEL CONTRATO DEL MATRIMONIO

Diferencia entre el contrato de matrimonio y el matrimonio mismo.

El contrato del matrimonio, aunque tenga por objeto los bienes, no puede asimilarse a los demás contratos, por lo cual no debe regirse por otra ley que por la del matrimonio mismo.

El principio *locus regit actum* se aplica, sin embargo, a la forma externa del contrato de matrimonio.

A falta de convenciones expresamente estipuladas, debe determinarse el régimen de los bienes con arreglo a la ley nacional del marido.

Algunos autores, apoyándose en el contrato tácito, prefieren la ley del domicilio del marido, y tal es también la doctrina consagrada por la jurisprudencia francesa.

La jurisprudencia y los escritores ingleses no admiten que

una ley extranjera pueda tener efecto respecto de los bienes de la mujer, situados en la Gran Bretaña.

Esta doctrina, fundada en la distinción entre las leyes reales y las personales, no es aceptable sino en el caso de que la ley extranjera pugne con los intereses del Estado o los principios de orden público en el lugar en donde está situada la cosa.

## VII

### DE LA LEY QUE DEBE REGIR LA VENTA

Cuando las partes son capaces de obligarse, el contrato de venta se rige por la *lex loci contractus*, ya sea que las partes hayan comprado o vendido directamente, ya que lo hayan hecho por medio de intermediarios debidamente autorizados.

Cuestión propuesta por Story sobre una venta hecha por un mandatario después de la muerte del mandante, cuando, conforme a la ley de éste, cesa el mandato por la muerte del mandante.

Todos los derechos y obligaciones del comprador y del vendedor deben determinarse por la ley del lugar en donde se ha realizado la venta; pero la manera de cumplir las obligaciones recíprocas y los efectos que se derivan del modo de la ejecución, se regirán por la ley del lugar señalado para el cumplimiento del contrato.

Cuando para la transmisión de la propiedad de los bienes muebles sea necesaria la *tradición*, según la *lex rei citæ*, el comprador, a pesar de la disposición contraria de la ley del contrato, sólo tendrá una acción personal contra el vendedor y sus herederos, salvo el caso en que las mercancías vendidas no tengan locación conocida.

El mismo principio debe regir la traslación de la propiedad de las cosas inmuebles.

Para decidir si la cesión de un derecho o de una acción es o nó válida, se debe aplicar en general la ley personal del propietario de este mismo derecho, puesto que las cosas incorporales no pueden localizarse y son inseparables de la persona que las posee.

Cuando la ley personal no contiene disposiciones formales que autoricen o prohiban la cesión, es necesario, para decidir si la transmisión de un derecho determinado es o nó válida, sujetarse al carácter y a la naturaleza del derecho en cuestión, al fin para que se ha establecido, a las condiciones de su ejercicio, y a la analogía que puede presentar con otros derechos cuya cesión autoriza o prohíbe expresamente la ley.

Si se ha cedido un derecho real o personal sobre cosas inmuebles o sobre muebles individualmente determinadas, se resolverá sobre la eficacia de la cesión por la ley del lugar en que se hallan las cosas sobre que el concesionario quiere ejercer su derecho.

En la cesión de créditos no debe confundirse el traspaso del título y la validez del contrato con el modo de ejercitar la acción y todo lo necesario para que la cesión sea eficaz con respecto al deudor y a terceros. Lo primero se rige por la ley del domicilio del acreedor, que tiene el título en su poder, y lo segundo, por la del domicilio del deudor.

### VIII

#### DE LA LEY QUE DEBE REGIR EL CONTRATO Y LA LETRA DE CAMBIO

El contrato de cambio es un convenio mediante el cual los contratantes asumen la obligación de hacer pagar cierta suma en un lugar determinado, por un valor dado o prometido en otro lugar.

La forma del contrato de cambio, la obligación personal de las partes, los efectos jurídicos y las acciones, así como las excepciones que de ellos resultan, se regirán por la ley del lugar en donde se verifique el contrato.

En cuanto a la capacidad de las personas obligadas, se aplicará su ley nacional, y con arreglo a ella es como debe decidirse si el contrato de cambio hecho por una mujer no comerciante o por un menor que tampoco lo es, habrá de producir el efecto de una simple promesa.

Acerca de la capacidad especial para girar una letra de

cambio, debe juzgarse con arreglo a la ley del domicilio actual del girador.

El principio *locus regit actum* se aplicará para determinar las formas reconocidas por la ley como esenciales a la validez del acto.

Pero si las partes quieren seguir, en cuanto a la forma, la ley del lugar donde debe pagarse la letra de cambio, pueden hacerlo, porque el principio *locus regit actum* es potestativo y no imperativo.

Para determinar después la ley que debe regir las obligaciones y acciones que se derivan de una letra de cambio, será necesario distinguir los diversos contratos que surgen del cambio, el lugar donde cada uno de ellos se perfecciona y el señalado para la ejecución.

La traslación de la propiedad de la letra de cambio por medio de endoso, se regirá por la ley del lugar donde se verifica el acto.

La aceptación por intervención es un cuasi-contrato que se denomina gestión de negocios y que se perfecciona en el lugar donde la persona que, para honrar la firma del girador o de los endosantes, acepta o paga la letra de cambio. Las condiciones esenciales de este cuasi-contrato, así como los efectos que de él se derivan, se determinarán con arreglo a la ley del lugar donde se verifica la intervención.

El *aval*, firma que se pone al pie de una letra u otro documento de crédito, para responder de su pago en caso de no verificarlo la persona obligada principalmente a él, se regirá por la misma ley que determina las obligaciones de la persona a cuyo favor se ha concedido aquella garantía, pues la ley del lugar donde se firma el aval, sólo puede valer para las cuestiones de forma.

Cuando un pagaré ha sido suscrito en un país cuya ley permite su transmisión por medio de endoso, si es endosado luego en otro lugar donde el endoso no produce el mismo efecto, el segundo cesionario no podrá exigir el pago en el lugar donde celebró el contrato; pero podrá hacer valer sus derechos en el país donde se suscribió originariamente dicho pagaré.

Por el contrario, cuando un pagaré ha sido suscrito en un país donde no es transmisible por medio de endoso, y ha sido endosado luego en otro cuya ley permite la transmisión de su propiedad por este medio, se aplicarán los principios desarrollados al tratar de la cesión de créditos, para juzgar de la eficacia de la transmisión respecto de terceros.

Quando una letra de cambio girada sobre un lugar ha sido objeto de endosos sucesivos en diferentes países, si no se cubre a su vencimiento, se liquidarán los intereses de demora, no con arreglo a la ley del lugar del pago, sino conforme a la de cada uno de los países donde se han verificado los respectivos endosos.

Quando una letra de cambio se gira sobre una plaza y es aceptada en otra, se aplicará para todas las consecuencias jurídicas que se desprenden de la aceptación, la ley del lugar en donde la letra ha sido aceptada; mas todo lo que se refiere al pago y a la rata del interés en caso de demora, se determinará por la ley del lugar donde debe cubrirse la letra.

Para saber si el girador de una letra protestada por falta de pago está o no sometido a la acumulación de recambios, se tendrá en cuenta la ley bajo cuyo imperio se obligó.

Quando la letra de cambio no ha sido pagada a su vencimiento, el portador que la ha endosado o el que la ha pagado por intervención, tiene derecho de repetir contra todos aquellos que han suscrito la letra, los cuales están solidariamente obligados al pago, a menos que los efectos de esta solidaridad sean modificados por la incapacidad de los que la han suscrito, o por la ley bajo la cual se han obligado.

Si la letra ha sido aceptada, el tomador de ella deberá ejercitar su acción contra el pagador con arreglo a la ley del país en que se ha verificado la aceptación; pero si la letra no ha sido aceptada y el portador quiere proceder, ya directamente, ya como representante del girador, deberá entablar su acción con arreglo a la ley del país donde ha de verificarse la aceptación.

La acción del portador contra el girador y los endosantes es una acción subsidiaria, sometida al principio de que el endoso debe considerarse como un nuevo contrato.

Conforme al mismo principio se resolverá la cuestión de si el poseedor de una letra de cambio protestada por falta de pago puede ejercitar la acción colectivamente contra los endosantes y el librador, o si está obligado a obrar separadamente contra cada uno de ellos.

Los plazos durante los cuales puede ejercitarse el recurso individual contra el librador y los endosantes, deberán determinarse por la ley bajo cuyo imperio se han obligado, ora girando la letra, ora endosándola.

Si el tenedor quisiera ejercitar después el recurso colectivo contra el librador y los endosantes, deberá proceder contra cada uno de ellos dentro del plazo fijado por las leyes bajo las cuales se han obligado.

## IX

### DE LA QUIEBRA

OPINIONES DE LOS AUTORES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA  
DE LA QUIEBRA

Las consecuencias que se derivan de una sentencia de declaración de quiebra y la incapacidad que alcanza al quebrado respecto de sus bienes, deben ser eficaces en todas partes, porque la distribución justa y equitativa de los bienes del quebrado interesa al comercio su general.

Los síndicos nombrados por el tribunal que conoce del juicio de concurso tienen autoridad dondequiera que existan los bienes del quebrado, sin necesidad de que se declare ejecutorio el juicio de quiebra y el acto de su nombramiento por el tribunal del lugar en donde quieren obrar en interés de la masa de los acreedores.

Si el quebrado tenía dos establecimientos de comercio distintos, uno en el lugar en donde se ha declarado la quiebra, y otro en país extranjero, los síndicos no tendrán autoridad sino en el lugar donde han sido nombrados.

Pero si el quebrado posee bienes en el extranjero, en vez de una casa de comercio, la autoridad de los síndicos debe extenderse a dondequiera que se hallen los bienes, para hacerlos entrar en la masa del concurso.

23 Cuando los bienes pertenecientes a un quebrado, situados en un país distinto de aquel en que se sigue el juicio de concurso, han sido embargados por acreedores del país donde tales bienes se encuentran, sostienen muchos expositores, — y es práctica de la jurisprudencia francesa, — que los bienes embargados no pueden entrar en la masa del concurso. Conforme a la jurisprudencia inglesa, el embargo no sería válido; y es esta práctica, sin duda la que favorece más los intereses del comercio universal.

Al hacer la clasificación de los acreedores del quebrado, hay que distinguir lo que corresponde al orden del procedimiento de lo que, propiamente hablando, constituye el fondo del derecho. Para el orden y el procedimiento se aplicará la ley del lugar donde se ha declarado la quiebra; ley que regirá también para hacer la clasificación de los acreedores quirografarios.

Los acreedores hipotecarios se clasificarán, en cuanto a los bienes hipotecados, por el magistrado que conoce del juicio de concurso, con arreglo a la *lex rei citæ*, sin que haya así necesidad de seguir tantos juicios como sean los países donde están situados los bienes.

## X

### DE LA LEY QUE DEBE REGIR LA SUCESIÓN DE LOS EXTRANJEROS

El régimen de la sucesión presenta diversidades notables entre los Estados.

Respecto de los extranjeros, el sistema más antiguo, fundado en la exageración de los privilegios del soberano territorial, es el que les niega absolutamente todo derecho de sucesión activo y pasivo.

Derogada hoy esta doctrina por la abolición del régimen feudal, han creído algunos que el derecho de sucesión en los extranjeros debe depender únicamente de los tratados.

Fundándose algunos autores en la relación íntima que existe entre la sucesión y los principios políticos, económicos y sociales de cada Estado, sustentan la doctrina de que la sucesión de los extranjeros debe regirse por la *lex rei citæ*.

Esta doctrina no es aceptable, porque los derechos de propiedad y sucesión son inseparables uno de otro, derivados de la naturaleza misma del hombre y no de un beneficio de la ley civil.

En consecuencia, cualquiera que sea el lugar donde se hallen situados los bienes del difunto, la transmisión y atribución de estos mismos bienes, por causa de muerte, deben regirse por la ley nacional de aquél.

Esta doctrina, fundada en las relaciones íntimas del régimen de la sucesión con el de la familia, presenta también en la práctica muchas ventajas, como la de impedir que se abran tantas sucesiones particulares cuantos sean los territorios en que existen los bienes inmuebles pertenecientes al difunto, y la de facilitar la equitativa distribución de las deudas hereditarias cuando las personas llamadas a suceder son diferentes, según los diversos países, y cuando los inmuebles dados en garantía existen en lugares regidos por estatutos diferentes.

La ley por la cual se rige la sucesión de los extranjeros sólo puede ser eficaz en el lugar donde radican los bienes del difunto, en cuanto no ataque el régimen de la propiedad y el interés fiscal, económico o político del Estado.

La capacidad de los que aleguen derecho a suceder debe determinarse, en general, por su ley nacional.

Conforme a este principio debe resolverse la cuestión de la capacidad del heredero, que figura, ya como legitimado por subsiguiente matrimonio o por rescripto del príncipe, ya como hijo adoptivo o natural; salvo que en este último caso la indagación de paternidad no puede intentarse en los países donde no está permitida.

La aplicación de la *lex rei citæ* sólo puede admitirse para todo lo que se refiere al juicio de sucesión y a la adquisición e investidura de la herencia.

Conforme a la ley nacional del extranjero, es como debe decidirse si la sucesión está o nó vacante.

El fisco no sucede en ningún caso a título de heredero, sino por derecho de ocupación de las cosas que no tienen dueño.

En cuanto a los testamentos, es hoy opinión generalmente

aceptada que el instrumento válido, según la ley del lugar donde se ha extendido, debe reputarse tál en todas partes, ya disponga de los bienes muebles, ya de los inmuebles.

A pesar de que aún hay algunas divergencias, puede ya hoy considerarse como definitivamente aceptado que el principio *locus regit actum* se aplica a la forma del testamento. Mas cuando se ha concedido única y expresamente a los nacionales el testar de una manera especial, no pueden los extranjeros servirse de esta forma determinada.

Siendo potestativo y no imperativo el principio *locus regit actum*, se sigue que un ciudadano que testa en país extranjero, puede conformarse a las formalidades exigidas por su ley nacional; pero en este caso, su testamento sólo sería eficaz en su patria.

Para todo lo que se refiere al contenido del testamento y a su interpretación, se aplicará la ley nacional del difunto, y no la del lugar donde se hizo el testamento, ni la de aquel en donde existen los bienes.

Para que el testamento hecho en un lugar tenga eficacia en otro donde están situados los bienes, es preciso que se homologue el instrumento, providencia que puede rehuñarse cuando las disposiciones del testamento son contrarias al derecho público interno del Estado.

UNIVERSIDAD EAFIT Biblioteca del Estado Patrimonio Documental

## NOTAS E ILUSTRACIONES

### A LOS PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL POR ANDRES BELLO

#### PRIMERA PARTE - ESTADO DE PAZ (1)

##### *Nota A (página 42).*

PINHEIRO-Ferreira distingue entre la *igualdad de derechos* y la *igualdad de facultades individuales*. -Tan poco razonable, dice, es afirmar de una nación o de un individuo que es igual a cualquiera otro, en cuanto a la extensión de su capacidad y de sus recursos, como sería quimérico aspirar a no depender absolutamente de nadie. Pero es conforme al principio de justicia, es decir, al mayor bien de todos y de cada uno, que los derechos de cada nación o de cada individuo sean tan respetados como los de cualquiera otro; y eso es lo que debe entenderse por la *igualdad de derecho*.

##### *Nota B (página 47).*

No se considera incompatible con la soberanía de un Estado la obediencia transitoria que deba prestar a las órdenes de un gobierno extranjero, ni la influencia habitual a que se someta. La ciudad de Cracovia fue considerada como nación independiente desde 1815 hasta 1846, a pesar de la influencia directa que sobre ella ejercían sus poderosos protectores Rusia, Austria y Prusia.

---

(1) Para mayor claridad conservamos la clasificación de las notas del doctor Martínez Silva en concordancia con la edición de la obra del señor Bello, hecha en 1883, que forma parte de la colección de escritores castellanos, publicada en Madrid. Imprenta de A. Pérez Dubrull (2 v. s.). Las páginas anotadas corresponden a la obra de Bello citada.

Tampoco es incompatible la soberanía con el pago de un tributo o la dependencia feudal nominal, como sucedía con el reino de Nápoles, antes de 1818, respecto de la Santa Sede.

La unión personal de varios Estados no acarrea la extinción de la soberanía en ninguno de ellos. Al ejemplo citado por Bello de Inglaterra y Hannover puede agregarse el de la unión de España y Alemania en la persona de Carlos V.

Cuando la unión es real, es decir, en el caso de una verdadera fusión, la soberanía de los Estados refundidos desaparece para dar lugar a la de la nueva nacionalidad: el imperio austro húngaro nos suministra de esto un ejemplo. La unión de la Irlanda con la Gran Bretaña y de Polonia con Rusia, son casos de verdadera incorporación.

Cuando varios Estados se unen por medio de un pacto, vienen a formar, o una *federación*, o una *confederación*. En el primer caso, los Estados coligados renuncian a la soberanía *transeúnte*, que reside sólo en la nación, como sucedió con los Estados Unidos de América; en el segundo caso, conservan su carácter de soberanos, según se veía en la antigua Confederación Germánica. La Confederación de la Alemania del norte de 1867 y el imperio de Alemania de 1871, no pueden clasificarse en ninguna de las mencionadas categorías. Tienen un carácter propio, que puede designarse bajo el nombre de *imperio federal*, según la expresión empleada en los preliminares de la Constitución alemana. En tal virtud, la soberanía reside en el imperio, pero los Estados confederados pueden concluir tratados con las potencias extranjeras dentro de los límites de su Constitución, y bajo la supervigilancia del poder central.

Estados *semisoberanos* son los que carecen de algunos de los derechos esenciales de la soberanía. Muy comunes en la Edad Media, han desaparecido casi del todo, absorbidos por otros más fuertes, o constituyéndose en Estados independientes. Hoy quizá no pueden citarse en esta categoría sino el Egipto y el principado de Bulgaria, de reciente formación, tributarios y señoríos de la Puerta Otomana. Rumania y Servia, que se encontraban en la misma condición, fueron declaradas del todo independientes en el congreso de Berlín de 1878; y la república de las islas Jónicas, que era desde 1815

un Estado semisoberano bajo la protección de la Inglaterra, se incorporó a la Grecia en 1864.]

Los pueblos nómades no se consideran naciones; pero cuando gozan de una organización política que les permite expresar su voluntad común por medio de sus jefes, como los turcomanos, los beduinos y los cherkess, pueden celebrarse con ellos tratados públicos. Los Estados Unidos tratan también con las tribus de indios que viven en su territorio, pero haciéndoles reconocer siempre su soberanía; y lo mismo sucede en Chile con respecto a los araucanos.

La Iglesia católica tiene reconocido un carácter casi internacional, en virtud del cual los tratados o concordatos celebrados entre las naciones y la Santa Sede se consideran como verdaderos pactos internacionales; y por esta misma razón muchas potencias mantienen hoy agentes diplomáticos acreditados cerca de la Santa Sede, aun cuando el Papa no tenga al presente poder temporal de ninguna clase (Ref.),

Nota C (página 52).

A la correcta doctrina expuesta por Bello en este número, hay que agregar dos consideraciones importantes:

1.<sup>a</sup> El reconocimiento de un Estado cuya independencia no está asegurada todavía, es decir, que lucha por conseguirla, puede ser considerado justamente por la nación que pretende impedir la formación del nuevo Estado como acto de hostilidad contra ella, una vez que ese reconocimiento, no justificado por hechos consumados, revela la intención de apoyar, al menos moralmente, la causa del que trata de constituirse en Estado.

Por esta razón los Estados Unidos no quisieron reconocer la independencia de las colonias americanas hasta el año de 1822, y la Inglaterra hasta 1825, y la misma prudente conducta siguió el gobierno americano con respecto a Tejas; porque, como decía el presidente Jackson:

-El reconocimiento de la independencia de un nuevo Estado cuando se ha separado de otro por la fuerza ha sido siempre negocio delicado y de gran responsabilidad.-

2.<sup>a</sup> El Estado cuya existencia independiente está asegurada, tiene derecho perfecto a ser reconocido por las demás potencias, porque así como ninguna nación podría excluir arbitrariamente a otra del concierto de los Estados, tampoco podría rehusarse la admisión en él al que tuviera las condiciones propias de nación.

-Si la Francia, dice Bluntschli, no hubiera reconocido la Confederación de la Alemania del Norte después de 1866, esta negativa habría sido sin duda considerada como *casus belli* por la Prusia.-

*Nota D (página 63)*

La intervención para mantener el equilibrio entre las diferentes potencias que están entre sí íntimamente ligadas, parece justificada por las tradiciones históricas, no menos que por la razón de la propia defensa y seguridad. Tal fue la causa de las coaliciones formadas en otro tiempo contra Carlos V, Felipe II, Luis XIV y Napoleón I; y el mismo origen tuvieron la guerra de Crimea en 1854, sostenida por las potencias occidentales contra Rusia; la guerra de Italia en 1859; la intervención de la diplomacia europea en 1862 para arreglar los negocios interiores de Grecia; y la de Inglaterra, después de la última guerra entre Rusia y Turquía, para impedir el cumplimiento del tratado de San Estéfano, dictado por la primera a la segunda; intervención que dio por resultado el congreso de Berlín.

-La intervención francesa en Roma, dice Pradier-Fodéré, parece inspirada, tanto por la necesidad de defender en la persona del Papa, mantenido en su carácter de jefe temporal, los intereses del catolicismo, como por una razón de preponderancia y de equilibrio europeo.-

Gentz defiende así este principio del equilibrio, que constituye en cierto modo la base del derecho internacional europeo:

-El equilibrio es la organización en virtud de la cual entre Estados fronterizos, o más o menos relacionados entre sí, ninguno puede amenazar la independencia o los derechos esen-

ciales de otro, sin encontrar resistencia eficaz de parte de tercero, y por consiguiente sin peligro para sí mismo.-

Es de advertir que este principio del equilibrio no ha tenido hasta ahora aplicación en la América española, cuyos Estados, separados entre sí por vastos desiertos, con escasa población y reducidísimo tráfico, apenas ejercen influencia unos sobre otros. Bluntschli, sin embargo, dice que si la América no ha de ser toda absorbida por los Estados Unidos, y -si se cree necesario conservar en este continente, como en Europa, una *asociación de Estados independientes los unos de los otros*, el principio del equilibrio debería introducirse también en el derecho internacional americano.-

*Nota E (página 69).*

Bello trata solamente en este número de los efectos producidos por un cambio de gobierno en las relaciones internacionales de un pueblo con otro, siendo preciso, sin embargo, agregar algo también sobre los efectos que produce un cambio fundamental en la manera de ser de un Estado sobre los bienes públicos y la propiedad de los particulares, porque aun cuando es cierto que esta cuestión corresponde propiamente al derecho público de cada pueblo, también lo es que en los casos de guerra civil, tan comunes en América, tienen frecuente aplicación los principios del derecho internacional. Carlos Calvo dice sobre este punto lo siguiente:

-Algunos gobiernos, nacidos al impulso de una revolución, han decretado la confiscación de todos los bienes pertenecientes a los partidarios vencidos. En estos casos, dice Wheaton, es preciso dar al hecho el carácter de derecho, y lo único que se necesita es que la confiscación sea positiva y no equívoca.

-Pero si los gobiernos revolucionarios han llegado hasta la confiscación de la propiedad particular, los gobiernos restaurados han llegado hasta el restablecimiento del antiguo estado de cosas, hiriendo del mismo modo derechos adquiridos a la sombra de una situación política y garantidos por leyes expresas. No hay duda alguna que cuando se restablece en el poder el sistema antiguo de gobierno y de organización y

modo de ser del Estado, el dominio público que no haya sido enajenado, así como las propiedades particulares confiscadas que no hayan sido vendidas, vuelven lógicamente y necesariamente a sus anteriores poseedores y propietarios, aplicándose los principios del derecho de postliminio. Pero ¿y el dominio público que haya sido enajenado y las propiedades particulares que hayan sido vendidas? La misma regla no se puede aplicar aquí sin grandes dificultades. El hecho de la revolución ha creado en este punto una especie de derecho que es preciso tener en cuenta. Y por más que en la práctica se haya pasado en muchas ocasiones por encima de ese derecho, como ha sucedido en algunas restauraciones españolas en tiempo de Fernando VII, no es menos cierto que todos los publicistas, desde Grocio, han condenado la aplicación general de estas medidas extraordinarias y se han opuesto a ellas. Cuando el dominio público enajenado ha sido adquirido por extranjeros, o cuando lo han sido también los bienes confiscados y vendidos de los particulares, deben respetarse estos actos, aun cuando el gobierno que los haya autorizado se considere como usurpador por el soberano legítimo.

-Cuando el importe de los bienes confiscados y vendidos ha sido percibido por el Estado, pueden ser confirmadas estas enajenaciones, indemnizándose por el tesoro público a los antiguos propietarios. Tal aconteció con respecto a los bienes de los emigrados franceses, confiscados y vendidos durante la revolución. La enajenación de los bienes del Estado pertenecientes a las provincias de Bélgica y Alemania que se incorporaron a Francia en la época de la revolución, y que después fueron segregadas del territorio francés por las estipulaciones de 1814 y 1815, quedaron generalmente reconocidos por estos tratados y por las decisiones de la dieta germánica.

-Kluber dice, resumiendo esta materia, que los actos del gobierno intermediario deberán ser reconocidos por el que le suceda, o por el legítimo:

-1.º Si el soberano legítimo ha reconocido al gobierno intermediario por medio de una paz anterior o posterior, o si ha accedido a algún acto especial del conquistador, bien por una declaración explícita o implícita de su voluntad, o bien

por un tratado celebrado con el mismo gobierno conquistador, o con una tercera potencia. El hecho del reconocimiento del rey de Westfalia obligó a Prusia, en el caso antes citado, a sostener la validez de aquellas enajenaciones.

-2.º Si son conformes a los principios de la constitución y administración anteriores.

-3.º Si, aunque no sean conformes a estos principios, han sido necesarios o de indudable utilidad.

-4.º Si el conquistador ha usado de su poder para exigir a un individuo, súbdito o nó del Estado, el pago de una deuda a favor del mismo Estado, o el cumplimiento de una obligación cualquiera. En estos casos, el soberano legítimo no podrá anular lo hecho sin indemnizar completamente a los interesados.

-5.º Lo mismo sucederá cuando los actos del gobierno intermediario han tenido lugar en provecho del Estado.

-6.º Si el comprador ha hecho mejoras reales en la cosa de que se le va a despojar, puede y debe exigir la indemnización correspondiente.

Nota F (página 84).

-Siempre que se trata de saber si cierto territorio pertenece o nó a un pueblo, dice Pinheiro-Ferreira, la cuestión no versa sobre si este pueblo puede excluir a todos los demás sin pensar en aprovecharse él mismo, sino sobre si saca provecho de este territorio, si posee o puede poseer, y si se promete aplicar a él los medios necesarios a la producción. Si nada de eso ocurre, la cuestión está resuelta. Habría tanta ineficacia en respetar semejante pretensión, como sería absurdo querer sostenerla.

-Si se tomara a la letra la doctrina que Vattel establece en este artículo, ninguna nación tendría el derecho de repeler la invasión extranjera, porque no hay ninguna que no haya dejado inculta una gran parte del país que ocupa.

Esta explicación bastaría para justificar el señorío titular que todas las naciones americanas tienen sobre vastas porciones de territorio que en realidad no ocupan, puesto que nin-

guna de ellas cierra estos territorios eriales a la inmigración extranjera, ni pretende sustraerlos al cultivo. Las naciones americanas lo único que sostienen es que esos no son territorios *a despota*, y que, por consiguiente, no son ocupables por una nación extranjera, a título de colonización, aunque estén en la misma condición en que se encontraban cuando los europeos descubrieron la América. Las razones en que se apoyan las naciones americanas para sostener esto, son concluyentes; las expondremos compendiosamente para suplir en este punto la injustificable omisión de Bello.

En primer lugar, la regla de Vattel y de Martens quedó derogada de hecho en América por la conducta de las naciones europeas. Las más poderosas de ellas—España, Portugal, Francia, Inglaterra, Holanda—fundaron colonias en América, en el siglo XVI, y todas ellas se dijeron dueñas, no sólo de los territorios ocupados de hecho, sino de vastas porciones, sobre las cuales no ejercían ni llegaron a ejercer acto alguno de ocupación o de dominio efectivo. Como los títulos en que cada cual apoyaba sus pretensiones eran igualmente deficientes, por acuerdo tácito y por mutuo provecho, convinieron en respetarse en esas posesiones irregulares. La derogación de la regla, hecha así de un modo tácito, vino a hacerse expresamente después por varios tratados solemnes entre las potencias europeas, por los cuales se hicieron entre sí cesiones y permutas de extensos territorios que figuraban en sus respectivas cartas coloniales, pero sobre las cuales no habían ejercido ningún acto de ocupación efectiva por medio de la colonización. A más de los tratados entre Francia y la Gran Bretaña en 1713 y 1763, de los celebrados entre España y la Gran Bretaña, entre Francia y los Estados Unidos, entre la Gran Bretaña y España y los Estados Unidos, mencionados por Bello, pueden citarse el tratado de San Ildefonso entre España y Portugal, en 1777, para fijar el deslinde de sus respectivas colonias americanas; el celebrado en Utrech entre Francia y Portugal para determinar los límites de la Guayana francesa, y el artículo 107 del acta del congreso de Viena en 1815, por el cual se obligó el gobierno de Portugal a restituir a Francia la Guayana francesa, fijándole por lindero el río Oyapoc.

Ante estos hechos, las potencias europeas no pueden hoy alegar la regla de Martens y Vattel para fundar nuevas colonias en América; y en apoyo de esta conclusión está también la declaración del presidente Monroe, que se encuentra expuesta en lo relativo al asunto de que tratamos en las instrucciones dadas por Mr. Adams en 1821 a los representantes de los Estados Unidos en Londres y Petersburgo. En aquel célebre documento se dice que España había perdido, a consecuencia de los tratados y de las revoluciones, sus derechos sobre los territorios americanos, y que los Estados Unidos no podían admitir que el territorio americano fuese colonizado por los Estados de Europa en la parte que no les estuviese sometida al tiempo de aquella declaración. Esta misma doctrina, ratificada después por el presidente Polk, puede considerarse hoy aceptada por los gabinetes europeos.

Por lo que hace a las naciones americanas, el punto que elucidamos es todavía más claro, pues TODAS ellas han reconocido en sus constituciones, tratados y otros documentos solemnes, como base para la delimitación de sus territorios, el principio del *uti possidetis* de 1810, es decir, la demarcación territorial hecha por el antiguo soberano, apoyada en los títulos válidos vigentes al tiempo de la emancipación.

*Nota G (página 123).*

Bello sigue en esta materia la doctrina de Vattel, que puede considerarse como consecuencia, tanto del antiguo derecho feudal como del pacto social de Rousseau. En el régimen feudal se tenía como principio de derecho público que todas las propiedades eran una concesión del rey, de donde resultaba, según lo observa Pradier Fodéré, que el rey podía retirar esas concesiones cuando lo estimaba conveniente, y apoderarse de las propiedades particulares sin conceder indemnizaciones de ninguna clase. Según la doctrina del pacto social de Rousseau, cuando se organizó la sociedad, el gobierno reconoció a los individuos los derechos de propiedad, de libertad y todos los que hoy llamamos inmanentes, o naturales, con ciertas

restricciones, entre las cuales se contaba el derecho de expropiar y confiscar los bienes particulares por razones de utilidad pública, según el juicio del mismo soberano. La noción que hoy se tiene del derecho es muy diferente: no dimana éste de convención ni de pacto alguno, sino de la misma naturaleza del hombre, de acuerdo con los fines a que está destinado por su Creador. Por tal razón, no puede aceptarse hoy ese *dominio eminente* que implica el desconocimiento del sagrado derecho de propiedad; lo único que se acepta, más como una necesidad que como un derecho, es la expropiación por causas de utilidad pública, judicialmente declarada y previa indemnización. Por eso en todos los países regidos por instituciones representativas se tiene como inviolable la propiedad privada, y se prohíbe expresamente al soberano aun cobrar para los gastos públicos contribuciones que no hayan sido votadas por el cuerpo representante de la nación. La doctrina de Bello, trasladada del derecho internacional al derecho público interior, es por extremo peligrosa, como que se presta a autorizar, y ha autorizado en efecto, las mayores violencias contra las personas y sus bienes, violencias que nunca dejan de paliarse por los gobiernos arbitrarios invocando la utilidad general.

El dominio eminente es, sin embargo, *absoluto* con respecto a las naciones extranjeras; lo que quiere decir que cuando un soberano ha dispuesto, legal o ilegalmente, con justicia o sin ella, de los bienes de alguno de sus súbditos, las subsiguientes enajenaciones de tales bienes son legítimas a los ojos del extranjero, quien no puede calificar de justa o injusta la conducta del soberano, que decretó la expropiación o confiscación.

*Nota H (página 125)*

En América la libre navegación de los ríos no se ha alcanzado sin dificultades. El Plata, mientras gobernó la república Argentina el dictador Rosas, estuvo cerrado a la naves extranjeras; pero tan pronto como éste cayó, el general Urquiza reconoció el principio de la libre navegación. La república del Uruguay abrió también en 1853 sus ríos navegables al comercio de todas las naciones. La república del Paraguay concedió

en 1859, en virtud de un tratado con los Estados Unidos, a los buques mercantes de éstos la libre navegación dentro de su territorio jurisdiccional, y lo propio hizo también la república de Bolivia en 1858, extendiendo después esta franquicia a los pabellones de las demás naciones.

Respecto del Amazonas, se anduvo con bastante lentitud en el camino de la libertad. El tratado concluído entre el imperio del Brasil y el Perú en 1851 consagró los principios del congreso de Viena; pero a pesar de esta declaración, el Brasil negaba a los Estados ribereños situados sobre la parte superior del río el derecho de libre navegación, y cerraba esta vía fluvial al comercio europeo. Francia, Inglaterra y los Estados Unidos protestaron contra este proceder, y al fin el Brasil, comprendiendo sus propios intereses y los dictados de la justicia, decretó en 1867 la libre navegación del Amazonas, el San Francisco y el Tocantino. La república del Ecuador había concedido desde 1853 la navegación de todos sus ríos, con inclusión de los afluentes del Amazonas.

La actual república de Colombia fue probablemente la primera nación del mundo en abrir sus ríos interiores al comercio universal.

*Nota I (página 137).*

La regla *lex loci domicilii regit actum* se extiende también a todos los contratos sobre bienes muebles, en virtud de la máxima de que la propiedad personal no tiene domicilio, sino que sigue al poseedor: *Mobilia sequuntur personam*. Hay, sin embargo, dos excepciones a esta regla: primera, cuando la ley del lugar reconoce a la propiedad cierta localidad implícita; y segunda, en casos especiales determinados por los estatutos locales. Así los bienes muebles que se incorporan en las casas se consideran inmuebles por la ley inglesa y se rigen por las leyes de éstos; y, según la ley escocesa, se reputan inmuebles las rentas constituídas sobre tierras. El cumplimiento de los contratos relativos a fondos públicos, acciones de banco, compañías de seguros, canales, ferrocarriles y demás compañías regidas por leyes especiales locales, debe exigirse conforme a estas leyes. (Halleck, *International Law*).

Nota J (página 145).

La regla general sobre el matrimonio, observa Halleck, es que su validez se determine según la *lex loci*; si es válido en el lugar donde se celebró, lo es en todas partes; y si es inválido allí, lo es en todas las demás naciones. Story, después de un prolijo examen de todas las leyes, decisiones judiciales y opiniones de los expositores, traza las siguientes reglas generales:

1.<sup>a</sup> Cuando se celebra un matrimonio en país extranjero, acompañado de expresas capitulaciones matrimoniales relativas a bienes muebles, debe tenerse por valedero en todas partes, a menos que contravenga alguna ley especial; pero si las capitulaciones comprenden bienes raíces, se estará a la ley *lex loci rei sitae*.

2.<sup>a</sup> Si después de celebrado el matrimonio con capitulaciones matrimoniales sobre bienes muebles hubiese un cambio de domicilio, la ley del domicilio actual regirá las adquisiciones futuras.

3.<sup>a</sup> Si no hubiere capitulaciones matrimoniales, el domicilio de los contrayentes regirá la propiedad personal en todas partes, pero no la propiedad inmueble.

4.<sup>a</sup> El domicilio de los esposos rige todas las adquisiciones presentes y futuras, si no hubiere cambio de domicilio. Si lo hubiere, entonces la ley del domicilio actual regirá las adquisiciones futuras y la ley *rei sitae* la propiedad inmueble. (Story, *Conflict of laws*, §§ 108-109).

Nota K (página 162).

Este principio, universalmente reconocido hoy, tiene sus naturales excepciones. Una nación no podría reconocer fuerza alguna en un contrato celebrado en país extranjero que fuera contrario a sus leyes de policía, a sus derechos fiscales, y, en general, a su autoridad soberana. -Estas excepciones, dice Story, se desprenden del principio de que la autoridad de los actos y contratos hechos en país extranjero no tienen *proprio vigore* eficacia fuera de los límites del territorio de aquel Estado, de suerte que toda la que se les atribuya en cualquier otro caso es por cortesía y no por derecho estricto, y toda nación

independiente debe juzgar por sí misma hasta dónde se extiende aquella cortesía. La limitación razonable es que la cortesía no redunde en perjuicio propio.- El juez Best dice con mucha propiedad que en las cuestiones relacionadas con la cortesía (*comitas inter communitates*) es máxima que ella no prevalezca contra las leyes de nuestro país, contra la ley natural o contra la ley de Dios. Aquellos contratos, por consiguiente, que tiendan a evadir o torcer las leyes patrias, o que sean opuestos a la moral, a la religión, a los derechos públicos o a las instituciones nacionales, son nulos en todo país, aunque sean válidos por las leyes del lugar en que se celebraron.

Pero respecto de estas excepciones, observa Halleck -debe tenerse presente que la regla general está basada, no en la conformidad, sino en la discrepancia de las leyes de los diferentes Estados. Cuando se dice, pues, que los contratos opuestos a la legislación e instituciones de un Estado, o a la moral, están exceptuados de la regla general de la cortesía, no ha de entenderse que todos los contratos no autorizados por las leyes de un Estado, o contrarios a ellas, estén comprendidos en la excepción. La cortesía es la regla general, y las excepciones se limitan estrictamente en el sentido de que no afecten el principio establecido por la regla. Así, aquellos matrimonios que no son naturalmente ilegales, pero que están prohibidos por la ley de un Estado y no de otro, si se celebran donde no están prohibidos, deben tenerse por válidos en el Estado en que no son permitidos, como sucede en el matrimonio entre el viudo y la cuñada, que es ilegal en algunos Estados. Pero si en uno se autorizan matrimonios incestuosos por naturaleza, como entre padre e hija, tales matrimonios no tendrían validez fuera. Se ve así que estas excepciones, con respecto a la legislación nacional y a la moral, deben, en el primer caso, limitarse a aquellos contratos cuya ejecución repugne a los intereses y derechos de la soberanía, y en el segundo caso, a aquellos que tienen por fundamento una torpeza moral, ya sea en la creencia, ya en la estipulación.- Halleck, *International Law - Legislation and Jurisdiction*.

Nota L (página 172).

Como este asunto de la naturalización tiene singular importancia para las repúblicas americanas, le consagraremos mayor espacio en estas notas.

En primer lugar, es de advertir que la doctrina del eterno vasallaje, sostenida de un modo tan tenaz por Inglaterra, ha caído hoy generalmente en desuso; de modo que ya no puede invocarse la máxima *nemo potest exuere patriam*. Todas las naciones cristianas de Europa y América, con excepción de Italia y Rusia, han reconocido el principio de que el ciudadano puede dejar su patria nativa y naturalizarse en país extranjero, quedando, en consecuencia, libre del primitivo vasallaje. Inglaterra sostuvo siempre lo contrario; pero en el tratado Clarendon-Motley, celebrado con los Estados Unidos en 1870, y adicionado en 1871, confiere a sus súbditos el derecho de naturalizarse en los Estados Unidos. Prusia, tan tenaz como Inglaterra en sostener el antiguo principio, tiene un tratado semejante con la Unión Americana.

Los requisitos para obtener la naturalización varían según la legislación de cada país. En Inglaterra se adquiere la naturalización imperfecta por un decreto real en forma de carta patente; la simple, por un certificado expedido por el secretario de Estado después de la prestación del juramento, y la perfecta, por un estatuto particular aprobado por ambas cámaras. En Francia se exigen tres requisitos: tener veintiún años cumplidos, obtener autorización de domicilio conforme al derecho civil, y tres años de residencia después de la fecha de la autorización.

En los Estados Unidos se necesita declarar la intención bajo juramento ante la corte suprema o ante cualquier otro tribunal que tenga para ello jurisdicción, y residir cinco años continuos en los Estados Unidos, y uno en el Estado o territorio de la corte que conoce del asunto. (Leyes de 1802 a 1828). Este término se acorta en favor de los que han servido en el ejército y en la marina, privilegio que también existe en Francia.

Sin embargo, como en los Estados Unidos para probar la

residencia basta un testigo, y como por una ley posterior (1848) se declara que la ausencia accidental del extranjero del territorio de la Unión no interrumpe el término de los cinco años, resulta que muchos extranjeros, en especial de países débiles, que no pueden proteger eficazmente a sus nacionales dentro o fuera del territorio, acuden a los Estados Unidos, y ya por medio de un testigo falso que jura la residencia, ya pidiendo la naturalización, saliendo luego a título de ausencia accidental y volviendo al cabo de los cinco años, se hacen muy fácilmente con una carta de naturaleza, que les confiere la calidad de súbditos americanos, con todos los derechos anejos a esta condición.

Sobre este abuso se expresó así el presidente Grant, en su mensaje al congreso en 1879:

-El estado de perturbación de otros países menos felices que el nuestro ha inducido a veces a los ciudadanos de ellos a venir a los Estados Unidos con el único fin de naturalizarse. Alcanzado este objeto, regresan a su país, y residen allí sin anunciar el cambio de ciudadanía. Aceptan empleos de honor y de confianza que no pueden desempeñarse sino por ciudadanos; viajan con pasaportes que les reconocen esta calidad y sólo cuando las discordias civiles, tras largos años tal vez de quietud, amenazan sus personas o sus propiedades, viene a conocerse el hecho de su cambio de nacionalidad. Residen constantemente fuera de los Estados Unidos, y en nada contribuyen a las rentas del Estado; evitan los deberes de ciudadanos, y sólo se hacen reconocer como tales para pedir protección. He ordenado a los agentes diplomáticos y consulares de los Estados Unidos que examinen con cuidado tales solicitudes de protección. Un ciudadano de los Estados Unidos, natural o adoptivo, que llena sus deberes para con su país, tiene derecho a toda su protección. Pero mientras yo tenga parte en la dirección de los negocios, no consentiré en que se comprometa ese derecho sagrado, confiriéndolo a reclamantes ficticios o fraudulentos.-

En el mismo sentido pueden citarse otros muchos documentos emanados de la cancillería americana.

El mejor medio, sin embargo, de cortar estos abusos, de los cuales son víctimas en especial las repúblicas suramericanas, es celebrar con los Estados Unidos tratados de naturalización, según lo han hecho muchas naciones, en los cuales se estipula como requisito indispensable para reconocer la naturalización de un extranjero en la Unión Americana, la residencia *continua* de cinco años.

Surge sobre este punto otra cuestión: cuando el extranjero naturalizado en otro país vuelve a su patria, ¿pierde por este hecho su carácter de extranjero y queda sometido de nuevo al primitivo vasallaje? Las prácticas y doctrinas de los Estados Unidos en esta materia han sido varias, y aun contradictorias; pero pueden considerarse como reglas aceptadas hoy las siguientes, consignadas en varios tratados con Austria, Bélgica, Gran Bretaña, imperio de Alemania, Suecia y Noruega, Turquía, Méjico y el Ecuador:

1.<sup>a</sup> Los ciudadanos naturalizados que han residido cinco años en los Estados Unidos sin interrupción, serán considerados ciudadanos de los Estados Unidos y tratados como tales.

2.<sup>a</sup> Si el ciudadano naturalizado regresa al país de su nacimiento con intención de no volver a su patria adoptiva, reasume las obligaciones de la ciudadanía primitiva, considerándose de consiguiente renunciada la adquirida por la naturalización.

3.<sup>a</sup> La permanencia de más de dos años en el país del nacimiento manifiesta la intención de domiciliarse en él, salvo prueba en contrario.

4.<sup>a</sup> Los ciudadanos naturalizados, al volver del país del nacimiento, quedan sujetos a enjuiciamiento y castigo con arreglo a las leyes de dicho país, por delitos cometidos antes de la emigración, salvo las prescripciones legales.

5.<sup>a</sup> La simple declaración de la intención de hacerse ciudadano no surte los efectos de la naturalización.

Respecto de los Estados con quienes la Unión no tiene tratados, el gabinete de Washington ha declarado que no se ingerirá en la interpretación de leyes extrañas cuya aplicación corresponda a los tribunales locales. Así, cada Estado resuelve con arreglo a las suyas los diferentes casos de naturalización.

En lo tocante a los efectos de la naturalización, la práctica de las naciones no es uniforme. En la mayor parte de ellas, el nacionalizado se asimila en todo al natural, y tiene los mismos derechos civiles y políticos que éste. Tal es la regla en los Estados Unidos, donde el naturalizado, no sólo puede votar (con excepción del Estado de Rhode Island, que exige además tener una propiedad raíz), sino que puede ser elegido para todos los puestos públicos, menos el de presidente y vicepresidente de la república. Sin embargo, para ocupar un asiento en la cámara de representantes, se exigen siete años de residencia, y nueve para tomar asiento en el senado. En Inglaterra la naturalización imperfecta sólo confiere al extranjero los derechos civiles y el de votar para miembros de la cámara de los comunes; la simple le confiere todos los derechos civiles y políticos, menos el de tomar asiento en el parlamento y en el consejo privado, y la perfecta iguala en todo al extranjero con el ciudadano inglés.

En esta materia de desnaturalización, hemos seguido especialmente a Halleck, a Fiore y a don Antonio Flores, en su importante trabajo *La naturalización en los Estados Unidos*.

*Nota M (página 183).*

El fundamento jurídico de la extradición es un punto discutido entre los autores. Unos, como Pinheiro-Ferreira y Sapey, niegan en absoluto el título que tenga un gobierno para entregar a los reos prófugos que busquen asilo en su territorio, fundándose en que ese es un atentado contra el derecho que tiene todo hombre de habitar donde le agrade, siempre que no viole las leyes del país donde va a residir. Otros autores, entre ellos Fœlix, hacen proceder la extradición de la conveniencia y utilidad recíproca de las naciones que se la conceden. Una opinión muy general es también la de que los tratados son el único fundamento de la obligación de entregar a los criminales.

Los que niegan en absoluto la extradición, parten del principio, a todas luces inaceptable, de que no existe un derecho natural común a todas las gentes y de que entre las naciones no hay vínculo alguno moral que establezca entre ellas cierta

solidaridad para reprimir el mal. Es la doctrina del interés egoísta aplicada a las relaciones de los pueblos entre sí.

Aquellos autores que se apoyan únicamente en la conveniencia, tienen razón en cuanto el seguro ofrecido a los criminales sería un perjuicio positivo para la nación que adoptara semejante línea de conducta, porque, como dice Warton, -el país que ofreciera tales inmunidades a los fugitivos, sería el asilo predilecto de los malhechores, que pondrían en peligro, no sólo su moralidad, sino su integridad social.- Pero también es preciso convenir en que la sola utilidad no puede servir de fundamento, porque, correspondiendo a cada gobierno juzgar de la conveniencia de entregar o nó al delincuente en cada caso particular, vendría a quedar como única norma en esta materia el capricho o los intereses del momento; interpretados hoy en un sentido y mañana en otro.

Dando en la práctica importancia absoluta a los tratados, puede suceder que queden impunes delitos atroces, por falta de claridad en el texto del tratado, o por omisión en él de alguna circunstancia de poco momento. Fiore cita a este propósito el caso de un chino que, habiendo promovido en alta mar una sedición a bordo de un buque francés, asesinó al capitán y a una parte de la tripulación, robó la caja y echó luego a pique la nave. Perseguido por la justicia de su país, se refugió en Hong Kong; y aun cuando el gobierno chino lo reclamó, el inglés se denegó a la entrega, por cuanto el delito había sido cometido en alta mar, y el tratado de extradición sólo hablaba de los crímenes cometidos por un chino en China. A conclusiones de esta naturaleza puede llegarse, por no dar a la extradición otro fundamento que el tenor literal y riguroso del texto de un tratado. No puede negarse que en derecho estricto, un Estado no está obligado a entregar un reo prófugo sobre una simple demanda de un soberano extranjero, porque la jurisdicción criminal está limitada por el territorio; pero también se hace duro sostener que un Estado no tenga obligaciones morales ni esté sometido a las reglas de la equidad natural, sino en cuanto esas reglas estén consignadas en un pacto escrito.

Fundándose en estas y otras consideraciones, eminentes

tratadistas como Vattel, Kent, Burlamaqui, Blutschli, Calvo, Pradier-Fodéré, Fiore, Hélie, Clarke, sostienen, — y es opinión que tiende a prevalecer, — que la extradición tiene un fundamento jurídico independiente de los tratados y de la conveniencia recíproca: la moralidad política y los mismos principios que sirven de base al derecho de castigar. Los Estados, según esta doctrina, que es la más filosófica, tienen obligación moral de entregar los reos de delitos contra el derecho común que busquen asilo en su territorio y que sean reclamados por el respectivo soberano; pero como el cumplimiento de este deber en ciertos casos podría dar lugar a dificultades graves, conviene celebrar para ello tratados, en los cuales, no sólo se determinen los delitos que den derecho a la extradición, sino el procedimiento que deba seguirse para verificarla.

La lista de estos delitos se ha ensanchado considerablemente en los últimos años, porque, habiéndose facilitado mucho las comunicaciones, los vínculos que enlazan a los pueblos se han estrechado también, y ha crecido la necesidad de evitar la impunidad de los criminales.

Hé aquí la lista de los delitos que en casi todas las naciones de Europa dan derecho hoy a la extradición:

1. Homicidio, asesinato, parricidio, infanticidio, envenenamiento.
2. Incendio voluntario.
3. Aborto, bigamia, raptó y atentados contra el pudor.
4. Heridas o golpes que incapaciten para trabajar permanentemente, o que ocasionen mutilación o pérdida de algún miembro.
5. Robo con violencia y estafa.
6. Robo, ocultación y sustitución de un niño.
7. Falsificación, alteración o recorte de monedas y circulación de ellas falsificadas, alteradas o recortadas.
8. Falsificación de sellos del Estado, timbres, billetes de banco, documentos públicos.
9. Falsificación o alteración de documentos privados.
10. Falso testimonio, perjurio, soborno de testigos.
11. Corrupción de funcionarios públicos y ocultación o sustracción de caudales públicos por los recaudadores.

12. Pérdida, varada, destrucción o ruina ilegal y voluntaria de un barco.

13. Motín y rebelión de los pasajeros a bordo de un buque contra el capitán y la tripulación.

14. El acto de poner en peligro un tren en camino de hierro.

15. Abuso de una firma en blanco.

16. Ocultación o malversación de bienes ajenos confiados en depósito o en comisión de venta o administración.

17. Piratería.

18. Insurrección de la tripulación de un buque.

19. Bancarrota fraudulenta.

Fuera de estos delitos, figuran otros muchos menos graves en unos tratados, pero no en otros. Los atentados contra las personas de los soberanos y jefes de Estado se incluyeron en los tratados celebrados entre Francia y todas las naciones de Europa, con excepción de Suiza e Italia, después del atentado de Orsini contra Napoleón III; y en nuestros días, por haberse multiplicado tanto este género de delitos, se trabaja activamente por la adopción general de este principio.

Es hoy práctica universal que los delitos llamados políticos no dan derecho en ningún caso a la extradición, por la razón de que no es de derecho natural que exista tal o cual forma de gobierno, y porque, como observa Geyer, si se quisiera castigar o entregar al autor de un delito de ese género, sería necesario decidir antes la cuestión de si el gobierno extranjero y la Constitución atacados son legítimos, para lo cual es incompetente un tribunal extranjero.

Conviene por lo mismo definir qué son delitos políticos, para evitar que se califiquen con este nombre verdaderos delitos comunes. Fiore se explica así sobre este punto:

-Delitos políticos son los que turban el orden establecido por las leyes fundamentales del Estado, de la distribución de poderes, los límites de la autoridad de cada ciudadano, el orden social y los derechos y deberes que de él se derivan. Un acto cualquiera de esta naturaleza implica un atentado directo contra la existencia del Estado, y, en consecuencia, contra su existencia política. Los atentados contra el soberano y contra las

personas revestidas de dignidad política pueden ser delitos políticos, si se dirigen contra la entidad moral que ejerce el poder supremo, o, en otros términos, si son atentados dirigidos contra la soberanía. Pero si el delito se dirige contra la persona, y si del resultado que se busca, así como de las circunstancias de lugar y tiempo, resulta que no se pretendía atacar la soberanía y adueñarse del poder, no debe entonces darse al atentado el calificativo de delito político.-

Lord Derby se expresó así en la cámara de los comunes en 1866 sobre esta cuestión:

-Me parece que, si por una parte deseamos que el derecho que tienen los individuos culpables de delitos políticos de no ser arrestados permanezca inviolable, por otra parte es monstruoso que el individuo que, por ejemplo, ha cometido un asesinato en las calles de París y que en seguida se refugia en Inglaterra, pueda ser entregado; pero que si la persona asesinada se halla revestida de un carácter político, declaren las leyes inglesas que el autor no puede ser juzgado. Tal proposición no me parece sostenible.

Es digna también de tenerse presente la siguiente regla, formulada por una comisión neerlandesa, encargada por su gobierno de estudiar este punto:

-No se concederá la extradición por infracciones cometidas durante las turbaciones políticas, o en una lucha política, si estos mismos actos, ejecutados durante la guerra, se hubieran considerado excusables por el derecho de gentes.-

No existe, pues, un criterio seguro para determinar cuándo el delito es o no político: el examen de las circunstancias, del móvil y antecedentes del hecho, es lo único que pueda resolver la duda en un caso dado. El principio es, pues, que la extradición no se concede por delitos políticos, pero que debe quedar a los magistrados el cuidado de decidir, según las circunstancias, si el delito es o no político, para acordar o negar la extradición.

La prohibición de entregar a los nacionales está hoy consignada en casi todos los tratados, partiéndose del principio de que cada Estado debe cierta protección especial a sus propios

súbditos. Este argumento, sin embargo, carece de fuerza, una vez que se reconozca que la extradición no es asunto de mera cortesía internacional, sino el cumplimiento de un deber moral, consecuencia necesaria del derecho de castigar. En efecto: si uno de nuestros nacionales comete un delito en país extranjero, es indudable que los tribunales de ese país son competentes para juzgarlo y condenarlo; esto es un derecho esencial de la soberanía, que no puede renunciarse. Ahora bien: si ese criminal se fuga y busca asilo en su propia patria, ¿qué razón sólida puede alegarse para rehusar su entrega al juez natural que lo reclama? Consentir en que quede impune el delito es una cosa inaceptable, y precisamente para evitar este mal se celebran los tratados de extradición; castigar al reo conforme a las leyes de su patria sería una notoria injusticia, porque no habiendo quebrantado ninguna de esas leyes, no habría delito que diera jurisdicción a los tribunales nacionales; aplicarle las leyes del país donde se cometió el delito, sería contra el obvio principio de que la jurisdicción en materia criminal, como parte esencial de la soberanía, es indelegable.

Por estas razones muchos tratadistas distinguidos protestan hoy contra la excepción de la regla invocada en favor de los nacionales. Citemos las opiniones de algunos, en atención a la importancia del asunto:

Mangin dice:

-El castigo de los grandes criminales importa a todos los gobiernos, y los intereses de sus súbditos respectivos están subordinados a los intereses de la sociedad en general; si, como enseña Beccaria, el lugar de la pena debe ser el lugar del delito; si, como todos los autores reconocen, es más conforme a la naturaleza de las cosas que la instancia penal siga su curso en el lugar del delito, ¿puede verse en un Estado que presta su concurso para asegurar el respeto de las reglas de competencia internacional un auxiliar de la justicia extranjera?-

Julio Favre, campeón de la democracia en Francia, se expresaba así en la cámara francesa:

-Retirad ese reproche, porque si así no lo hacéis, podré volverlo contra los que quieren cubrir a los malhechores, con

yo no sé qué máxima de derecho público, para su uso particular, y que impediría, en nombre de la justicia eterna, apoderarse de los criminales cubiertos aún de sangre o con los despojos de las víctimas, y entregarlos a sus jueces naturales; es decir, a aquellos que mejor pueden conocer del crimen y pueden más fácilmente manifestar la inocencia, si el crimen ha sido injustamente imputado. A mi modo de ver, es una preocupación de nacionalidad estrecha y mezquina pretender que la extradición no pueda efectuarse en tales circunstancias. La extradición, estad bien seguros de ello, será la última palabra de esa lucha entre los principios contradictorios que por tanto tiempo se han combatido, y que concluirán por confundirse en un sentimiento general de justicia.-

Calvo dice:

-Muy difícil se nos hace no ver en semejante excepción el sentimiento exagerado de la soberanía nacional. Parece, pues, más equitativo el entregar el criminal a la acción judicial del país que ha ofendido, y que posee, a la par que el incontestable derecho de represión, todos los elementos necesarios para llegar a una seria e imparcial apreciación del grado de culpabilidad.-

Lerriz observa con mucha propiedad:

-Cuando dos países civilizados convienen en un sistema de extradición recíproca, cada uno de ellos cree que el código penal del otro está basado en los principios racionales del derecho, tales como generalmente los aceptan las naciones civilizadas, y que se aplican humana e imparcialmente por individuos idóneos y pertenecientes al orden judicial. Si no se admitiesen tales presunciones, sería injusto entregar aun a los ciudadanos de una tercera potencia. Si, por el contrario, se admiten esas suposiciones, no hay motivo para negar la extradición de los nacionales que se hagan culpables en territorio de otros Estados de los crímenes enumerados en el convenio.-

Contrarios son también a la excepción Kent, Bello, como lo vemos en el texto, Fiore (1), de quien tomamos estas citas, Wharton, y muchos más que sería largo enumerar.

(1) Fiore, *Derecho penal internacional*.

Algunas naciones han empezado ya también a renunciar a la excepción en favor de sus nacionales, y todo hace creer que, como dice Bracher, -los sentimientos de desconfianza recíproca desaparecerán a medida que haya más unidad entre el derecho, el procedimiento y las pruebas.-

Si el criminal reclamado no pertenece, ni a la nación que lo reclama, ni a aquella en que ha buscado asilo, se acostumbra por algunas naciones dar aviso de ello al gobierno de quien es súbdito el reo, y si su gobierno lo reclama también, atender de preferencia la petición de éste. También es práctica que si el reo reclamado está sufriendo una condena, no se le entrega hasta que haya acabado de satisfacerla.

Algunos han pretendido que, cuando el delito que motiva la extradición tiene mayor pena en el país en que se ha cometido que en aquel en que se ha refugiado el reo, no debe entregarse éste sino con la condición de que le apliquen la menor pena. Tal opinión no puede sustentarse sin echar por tierra todos los principios en que se funda la extradición, porque ella conduciría, o a negar en muchos casos graves la extradición, o a que la legislación penal de un país imperara sobre la de otros.

*Nota N (página 195).*

Un gobierno legítimo, ¿es responsable por los daños causados a los extranjeros a consecuencia de una guerra internacional, de una guerra civil o de simples motines o asonadas populares? Hé aquí una cuestión importantísima para todas las naciones, y en especial para las repúblicas hispanoamericanas. Sobre el primer término de ella, es decir, sobre la responsabilidad en el caso de guerra internacional, citaremos algunas autoridades para fijar la doctrina.

Lord Palmerston, jefe del gabinete inglés, se expresó así en una ocasión:

-Es un principio de derecho de gentes que cuando una potencia ejerce hostilidades contra otra, los súbditos de una tercera potencia, domiciliados en una plaza atacada, no tienen derecho de reclamar contra el gobierno que ejerce dichas hostilidades.-

Sir Richard Bethell sentó el mismo principio en 1857:

-Los extranjeros domiciliados en el teatro de la guerra no tienen derecho para pedir a ninguno de los beligerantes indemnizaciones de daños y perjuicios.-

Lord Granville, con ocasión de la guerra francoprusiana, dijo en un despacho de enero de 1871:

-Los extranjeros domiciliados en el teatro de la guerra están sujetos a las mismas requisiciones de parte de los beligerantes que los naturales.-

Y en otro de fecha posterior:

-Los súbditos de su majestad domiciliados en Francia, cuya propiedad haya sido destruída durante la guerra, no deben esperar, a título de tales súbditos británicos, indemnización de perjuicios recibidos, en unión de los franceses, por las necesidades de la guerra.-

El gobierno de los Estados Unidos, previo dictamen del procurador general, rechazó en estos términos la pretensión de varios ciudadanos americanos de que se les indemnizara por pérdidas sufridas en el bombardeo de Valparaíso en 1869:

-La regla bien establecida en la ley internacional es que un extranjero que reside en el país de un beligerante no puede reclamar indemnización por pérdidas que le hayan ocasionado los actos bélicos del otro beligerante.... Así, los comerciantes americanos establecidos en Valparaíso para asuntos comerciales, no pueden reclamar contra Chile ni contra España por el bombardeo de Valparaíso en 1869.-

La Alemania rehusó indemnizar a los suizos que sufrieron por el bombardeo de Estrasburgo en 1870; Francia indemnizó a las víctimas *necesitadas* de la guerra de 1870-71, *sin distinción de nacionalidades*, pero sólo a título de socorro.

Este punto es, pues, muy claro, y sobre él no hay dificultad alguna en la práctica. No sucede lo mismo, sin embargo, cuando se trata de guerras civiles o turbaciones internas, y por lo mismo conviene presentar el mayor número posible de autoridades para establecer la doctrina correcta.

Bluntschli dice:

-Los Estados no están obligados a conceder indemnizaciones por pérdidas o daños sufridos por los extranjeros, así como por los nacionales, por consecuencia de turbaciones interiores o de guerra civil.-

Pradier-Fodéré, comentando a Vattel, se expresa en estos términos:

-Puede, pues, considerarse como establecida en derecho de gentes la regla de que los gobiernos legítimos no están obligados a pagar a los extranjeros indemnizaciones por los daños y perjuicios que puedan causarles los rebeldes, puesto que el extranjero no debe gozar de mayores derechos que los nacionales; y que cuando un gobierno se muestre dispuesto a hacer todo lo que esté a su alcance para proteger las personas y bienes de los súbditos extranjeros, habría demasiado rigor en exigir en su favor una seguridad, que sería en realidad muy difícil de obtener.

Carlos Calvo emite así su opinión:

-Una de las cuestiones más importantes de derecho internacional discutida en los tiempos modernos, es la referente a la responsabilidad que incumbe a los gobiernos por los daños y perjuicios que causan las facciones a los extranjeros.

-Es tal la importancia de este asunto, que su desenlace puede afectar, no sólo a los derechos internacionales de los Estados, sino también a la legislación propia, exclusiva, particular de cada pueblo. Si se establece que lo son, se llegará bien pronto en la práctica a crear un privilegio absurdo y funestísimo a favor de los Estados más poderosos y en contra de los débiles, o que por circunstancias especiales no hayan podido consolidar su situación política; y no escucharían nunca las reclamaciones que bajo este respecto les hicieran los segundos, teniendo éstos en cambio que atender y cumplir las suyas, como ha sucedido en más de una ocasión con las indemnizaciones pedidas por algunos gobiernos de Europa a los Estados suramericanos.

-Mas no supondría solamente lo que acabamos de decir, sino que equivaldría a conceder un privilegio injustificable a

favor de los extranjeros y contrario a los naturales. Si éstos no tienen derecho alguno a exigir que se les resarza de los daños y perjuicios que hayan sufrido, ¿cómo han de tenerlo los demás?

-La consecuencia inmediata, ineludible, de reconocer semejante principio, sería el sostenimiento de dos grandes desigualdades y dos enormes privilegios: una interior, privilegio de los extranjeros, y otra exterior, que lo sería del Estado más fuerte.

-Todos los autores de derecho internacional han negado más o menos que deba ser así. Los textos de Vattel, que hemos citado en el artículo anterior, pueden aplicarse perfectamente a la cuestión que discutimos. Heffter reconoce que cuando una nación sostiene relaciones de amistad con otra, debe admitir a los súbditos de ésta en condiciones de igualdad con los suyos.-

En 1850, a consecuencia de las agitaciones revolucionarias en Toscana y Nápoles, sufrieron pérdidas algunos súbditos ingleses. Reclamó por ello indemnización pecuniaria la Gran Bretaña, pero desistió luego de sus pretensiones ante la actitud de los gobiernos de Austria y Rusia. Hé aquí algunos párrafos de la comunicación dirigida con este motivo por el gabinete de Viena:

-Por más dispuestos que se hallen los pueblos civilizados de Europa a ensanchar los límites del derecho de hospitalidad, jamás lo harán hasta el punto de acordar a los extranjeros un trato más favorable que el que aseguran a los nacionales las leyes del país. Poner en duda este principio del derecho público, que estamos resueltos a mantener firme e inmutable, y reclamar para los ingleses establecidos en país extranjero una posición excepcional, sería forzar, por decirlo así, a los demás Estados a ponerse en guardia contra las consecuencias de una pretensión tan contraria a la independencia, porque entonces ellos impondrían, aun por la fuerza, otras condiciones a los súbditos ingleses que quisieran residir. Nosotros seríamos, por cierto, los primeros en adoptar esa medida necesaria que, es preciso confesarlo, formaría un notable

contraste con la tendencia de nuestra época a multiplicar y cultivar las relaciones comerciales entre los pueblos y a acortar las distancias que los separan.

-Sea de ello lo que fuere, el primer derecho de todo Estado independiente es el de asegurar su propia conservación por todos los medios que estén en su poder. Cuando un soberano, usando de su derecho, se ve obligado a recurrir a las armas para debelar una insurrección, si en la guerra civil que resulte la propiedad de los extranjeros establecidos en el país se menoscaba, esa es, a mi modo de ver, una desgracia pública, que los extranjeros deben sufrir lo mismo que los nacionales, y que no les da derecho a una indemnización excepcional, así como no tendrían ese derecho si acaeciese cualquiera otra calamidad independiente de la voluntad de los hombres.-

El gabinete ruso se expresó en los términos siguientes:

-Cuando uno se instala en un país que no es el suyo propio, acepta la posibilidad de todos los peligros a que puede estar expuesto ese país. Liorna se insurreccionó, y fue preciso emplear las armas para reducirla. Algunos propietarios ingleses han podido participar de los daños experimentados por los propietarios del país; ¿por qué tendrían ellos solos el derecho de ser indemnizados de sus pérdidas, cuando el gobierno toscano no indemniza a sus propios súbditos?

-El gabinete de Londres debe reconocer que se trata de una de las más graves cuestiones para la independencia de los Estados del continente. En efecto: si lo que la Inglaterra pretende establecer en este momento con respecto a Nápoles y a Toscana llegase a admitirse como precedente, resultaría para los súbditos británicos en el exterior una posición excepcional, muy superior a las ventajas de que gozan los habitantes de los demás países, y una situación intolerable para los gobiernos que los reciban.

-En vez de ser, como hasta hoy, un beneficio para los países donde se establecen y a los cuales traen con sus riquezas y sus medios industriales los hábitos de moralidad y orden que distinguen tan honorablemente al pueblo inglés, su presencia llegaría a ser un inconveniente perpetuo, y en ciertos casos un verdadero azote; su presencia sería para los factores

de insurrecciones un estímulo a la revuelta, porque si tras de las barricadas debiera continuamente alzarse la eventualidad amenazante de futuras reclamaciones en favor de los súbditos ingleses que hubiesen recibido menoscabo en sus bienes por la represión, todo soberano a quien su posición y su respectiva debilidad expusieran a las medidas coercitivas de una flota inglesa, se hallaría impotente en presencia de la insurrección; no se atrevería a tomar medidas coercitivas, y si las tomaba, tendría que examinar antes los pormenores de la operación, apreciar la necesidad o inutilidad de tal o cual medio estratégico, que expondría a sufrir pérdidas a los ingleses: tendría, en fin, que reconocer al gobierno inglés como juez entre el soberano y sus súbditos en materia de guerra civil y de gobierno interior.-

Cuando se trató en las cámaras inglesas la cuestión de D. Pacífico, explicada en el texto, (1) Lord Palmerston, contestando a una interpelación, se expresó en estos términos:

-El honorable orador supone que el gobierno de la reina ha establecido el principio de que el gobierno inglés pedirá indemnización por todo daño o pérdida que un súbdito inglés experimente en Grecia, o en otra parte, de resultas de asonadas, trastornos o cosas semejantes. No es posible sostener que los extranjeros tengan derecho *en todo caso* a ser indemnizados por el gobierno del país en que han sufrido perjuicios o injurias.-

Lord Stanley explicó en esta ocasión su parecer en los términos siguientes:

-No veo por qué los gobiernos estén obligados a resarcir a extranjeros perjuicios causados sin culpa de dichos gobiernos. El gobierno no está obligado sino a proteger igualmente a nacionales y extranjeros.-

Algunos años después Lord Palmerston se expresó así con motivo de los daños causados a Mr. Watson Taylor por las bandas garibaldinas en Sicilia.

-En efecto: Mr. Taylor ha sufrido pérdidas considerables a

---

(1) Bello.

consecuencia de los actos incalificables de los libertadores de Sicilia; pero el jefe del ministerio piensa, con los abogados de la corona, que el gobierno italiano no es responsable de semejantes tropelías.-

Son también notables las siguientes palabras del mismo ministro pronunciadas en el parlamento:

-El principio de la ley internacional es que las personas domiciliadas en el país extranjero deben correr en paz o en guerra la suerte de los hijos de dicho país.-

El *Morning Post*, respetable diario inglés, y órgano del gabinete, decía en 1861:

-Cuando un gobierno, cuya autoridad está mal asegurada en el interior, se muestra dispuesto a hacer lo que está a su alcance para proteger la vida y los bienes de los súbditos ingleses, habría de nuestra parte demasiado rigor en exigir en bien de éstos una seguridad que en realidad sería bien difícil de obtener.

Y el *London News*, juzgando la intervención mejicana, se expresaba en estos términos:

-Los hombres que se dirigen a otras tierras por razón de empresas comerciales, deben prepararse a sufrir en común con los habitantes del país, y tan pacientemente como sea posible, los inconvenientes a que todos están expuestos por los trastornos políticos. Donde la vida no es segura y la propiedad se ve expuesta a los asaltos de los que se entregan al robo y al saqueo a despecho de los esfuerzos del gobierno para protegerlas, es muy difícil sostener que los negociantes extranjeros tengan derecho a ser amparados por sus gobiernos para evitar las consecuencias de su sed de ganancias y para indemnizarse de las pérdidas que su mismo arrojo puede provocar.-

En 1851 hubo en Nueva Orleans un motín popular, con motivo de la noticia de haber sido ejecutadas en La Habana muchas personas comprometidas en la intentona de López. El pueblo atacó la casa del consulado español, insultó la bandera, quemó el escudo y saqueó varios establecimientos comerciales de súbditos españoles. El gobierno español pidió por ello una in-

demnización y una satisfacción; pero el gobierno americano se rehusó a dar la indemnización, limitándose a una satisfacción a la bandera española por los insultos que había recibido en el consulado. En la nota dirigida con este motivo por el ministro de relaciones exteriores de los Estados Unidos, Mr. Daniel Webster, al ministro español, D. A. Calderón de la Barca, son notables estos conceptos:

-En todos los países se amotina la plebe; en todas partes estallan a veces violencias populares, ultrájense las leyes, huéllanse los derechos de los ciudadanos e individuos particulares, y a veces de los empleados públicos y agentes de los gobiernos extranjeros, que tienen derecho especial a la protección. En semejantes casos la fe pública y el honor nacional piden que no sólo se condenen estos ultrajes, sino también que sus autores sean castigados, *siempre que sea posible llevarlos ante la justicia*, y que además se dé plena satisfacción, siempre que el gobierno *esté obligado a ello*, según los principios generales del derecho, la fe pública y los tratados. Al manifestar al gobierno su buena voluntad y su determinación de hacer todo lo que una nación amiga tiene derecho de esperar de otra en casos de esta especie, ha dado por sentado que los derechos del cónsul español, empleado público residente aquí, bajo la protección de los Estados Unidos, son enteramente diferentes de los pertenecientes a los súbditos españoles, que han venido al país a confundirse con nuestros ciudadanos y a hacer en él sus negocios particulares. El primero puede reclamar una indemnización especial; los segundos sólo tienen derecho a la protección debida a nuestros ciudadanos.-

El gobierno español se declaró satisfecho con esta contestación, y desistió de pedir la indemnización.

-En 1836, dice Torres Caicedo, el representante de los Estados Unidos reclamó del gobierno venezolano el valor de las harinas que los revolucionarios, apellidados reformistas, habían robado en Puerto Cabello a M. Litchfield. El gobierno alegó el principio expuesto (el de su irresponsabilidad) para rechazar la reclamación, y el gabinete de Washington consideró el negocio como terminado.-

Los Estados Unidos rehusaron pagar indemnizaciones a los extranjeros que sufrieron en la guerra de secesión en 1864, por cuanto los Estados de quienes eran súbditos aquellos extranjeros habían rehusado comprometerse a indemnizar eventualmente a los ciudadanos americanos en circunstancias análogas.

El gobierno de Chile, fundándose en los principios expuestos, ha rechazado todas las exigencias de indemnizaciones que se le han hecho en diferentes ocasiones: en 1829, por el gobierno francés, a causa de un motivo semejante al de Nueva Orleans, y después por las pérdidas experimentadas por los extranjeros de diversas nacionalidades en las guerras civiles de 1851 y 1859. En la nota del ministro chileno, en que se ocupaba de la primera de dichas reclamaciones, se leen estas notables palabras:

-¿Cuánta no sería la facultad de inventar y exagerar las pérdidas, mayormente cuando se tratase de evaluarlas a tanta distancia? ¿Qué medio habría de calificar las pérdidas? ¿A cuántas nuevas e infundadas reclamaciones no abriría la puerta la probabilidad de semejante lucro? No sólo el fingir tropelías y engaños que jamás existieron, sino el excitarlos y provocarlos en las asonadas populares con el objeto de obtener indemnizaciones inmoderadas, serían medios frecuentes de especulación y granjería, agravándose con esta nueva calamidad el cúmulo de males que acarrearán las discordias civiles, y que la vigilancia y vigor, aun de los gobiernos más consolidados y poderosos, no son siempre capaces de precaver.-

En la nota del ministro don Antonio Varas sobre las reclamaciones inglesas en 1861 por los sucesos de Valparaíso, se trata extensamente esta cuestión. De dicha nota tenemos estos conceptos:

-Esta protección, en conformidad a las leyes del país, es precisamente la que en Chile se promete y asegura al extranjero y con la misma latitud que al chileno. El extranjero, por su parte, al residir en el país, acepta esa protección como las leyes la otorguen, y se sujeta a las mismas condiciones que el nacional. La protección y seguridad que a la persona y pro-

riedad del súbdito británico se concede en Chile, se ha de prestar y dispensar según las leyes de Chile y en igual extensión que al chileno.... Ni pierden su fuerza estas consideraciones, aun en el supuesto de que los autores de los hechos fuesen empleados al servicio del gobierno. La condición de empleado no despoja de la personalidad, ni menos convierte a un hombre en instrumento. Llamado a ejercer una parte más o menos importante de la autoridad pública, el empleado lo está también a aplicar su inteligencia y su voluntad al desempeño de sus funciones, quedándole el mérito de lo bueno que hiciere, así como la plena responsabilidad de las faltas o excesos que cometiere. Claro es que aquí no se habla de lo que el empleado hiciere cumpliendo una orden determinada que debe obedecer, ni de los actos que, ejecutados por él, son aprobados o aceptados por el gobierno de quien depende, porque entonces, a la responsabilidad del empleado, que siempre queda en pie, se agrega la del gobierno, que con su aceptación ha hecho suyos los actos de aquél.

Las citas hechas bastan para establecer la correcta doctrina en la materia de reclamaciones por daños padecidos por los extranjeros en las guerras internacionales, en las civiles y en los motines populares. ¡Ojalá que las repúblicas americanas hicieran esfuerzos para consignarla en sus tratados con las potencias extranjeras! Evitaríanse así aquellas continuas humillaciones y querellas, y éstas saldrían de la embarazosa situación en que las ponen a menudo sus nacionales domiciliados en país extraño, comprometiéndolas a proteger reclamaciones inicuas, y aun a adoptar contra naciones débiles medidas de rigor, siempre odiosas y perjudiciales para el desarrollo del comercio, que tanto interesa a todos los pueblos.

*Nota Ñ (página 240).*

Conviene hacer aquí una distinción importante, que establece Massé:

-Esta distinción, dice, entre las relaciones políticas, es decir, entre las relaciones del cónsul con el gobierno cerca del cual reside, y las relaciones civiles, es decir, las del cónsul, ya

con los individuos con los cuales se empeña como particular, ya con la autoridad pública a la cual debe cuenta de sus acciones privadas, explica la contradicción de que Vattel acusa a ciertos autores, quienes, después de sentar como principio que los cónsules no gozan del privilegio de extraterritorialidad, citan casos en los cuales la violencia hecha a la persona de un cónsul ha sido considerada como infracción del derecho de gentes. Los cónsules, inviolables, políticamente hablando, en el sentido de que el gobierno cerca del cual residen no puede tratarlos jamás como enemigos, faltar a las consideraciones que se deben a su carácter, arrestarlos por razones políticas, permanecen sometidos a las reglas del derecho común en todos los demás casos, y cuando no está de por medio su carácter de cónsules.

-Síguese de aquí, por una parte, que el ultraje hecho a un cónsul, o más bien, a la calidad de que se halla revestido, es una violación del derecho de gentes, y, por otra, que, salvo convenciones en contrario, establecidas por los tratados, los cónsules no están exentos de la jurisdicción civil o criminal del país en donde están establecidos, en razón de las obligaciones civiles que hayan contraído o de los crímenes o delitos que hayan cometido.-

Massé, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit de gens et le droit civil.*

---

PARTE SEGUNDA - ESTADO DE GUERRA (1)

*Nota O (página 10).*

La guerra, según la definición del autor, no debe hacerse sino para vindicar un derecho: mas no se deduce de aquí que la causa de la guerra determine únicamente su fin. Difiere mucho un litigio entre particulares de un litigio entre naciones. Aquéllos, cuando apelan a los tribunales para dirimir una cuestión, no pueden exigir sino el reconocimiento de su derecho: éstas, al apelar a las armas, lo hacen, también es cierto, para vindicar un derecho; pero no es éste el límite de su ac-

---

(1) Referencias al tomo 2.º de la obra del señor Bello.

ción, porque la victoria confiere nuevos derechos. -La guerra (dice Bluntschli) es un medio tan terrible de hacer respetar el derecho, que trae consigo una multitud de consecuencias y de efectos enteramente independientes del objeto primitivo de la contienda. Implica sacrificios de hombres y de dinero, que exceden en mucho al valor del derecho disputado. Ella sobreexcita las pasiones populares y despierta antiguos odios nacionales; afecta en todo la posición futura de los beligerantes. Se combate, no sólo por un derecho, sino también por intereses políticos. La guerra despierta fuerzas por largo tiempo contenidas y ocultas, de las cuales no puede prescindirse. Ella hace época en el desarrollo histórico de los pueblos, crea los Estados o los transforma.-

*Nota P (página 23).*

La práctica de una declaratoria formal de guerra ha caído hoy completamente en desuetud. Los beligerantes se limitan a una declaración unilateral por medio de un manifiesto del soberano, o de un acto del cuerpo legislativo en los países donde a esta rama del poder corresponde la declaración de la guerra. Un acto formal de esta especie es indispensable para fijar el principio de las hostilidades con relación a las naciones neutrales. (Véase Halleck, *International Law. Declaration of War*).

*Nota Q (página 28).*

La regla hoy en esta materia es que la guerra se empeña entre los Estados y no entre los particulares. A este propósito observa Bluntschli:

-Es sólo el Estado quien emprende la lucha con las armas en la mano contra el Estado enemigo, para obligarle a reconocer ciertos derechos o a renunciar a ciertas pretensiones. Los particulares no están como hombres directamente interesados en la lucha; no son partes beligerantes, y, por consiguiente, no son enemigos en el sentido verdadero y completo de la palabra. El principio que algunos publicistas, y el mismo Kent (*Comment.*, párrafos 6, 7 y 8), consideraban como universalmente admitido, a saber: que cuando dos Estados están

en guerra, todos los ciudadanos de estos Estados son enemigos, es evidentemente falso, y debe rechazarse. El Estado y el ciudadano son dos personas muy distintas. El Estado tiene una esfera de actividad especial y derechos propios, cuales son los derechos públicos; los particulares, por su parte, tienen una esfera jurídica independiente, y derechos que se refieren a su persona, a su familia, a sus bienes: estos derechos no se comprometen sino indirectamente por la lucha entre dos Estados, y no constituyen el objeto de ella. Los particulares no son, pues, enemigos en la verdadera acepción de esta palabra. Pueden, a pesar de la guerra, vivir en la mejor armonía, puesto que el parentesco y las relaciones científicas o comerciales son independientes de las contiendas internacionales. El célebre Portalis, ministro de la república francesa, dijo con mucha razón estas palabras en un discurso pronunciado el año VIII en la apertura del consejo de presas:

“Entre dos o más naciones beligerantes, los ciudadanos de ellas no son enemigos sino por accidente; no lo son siquiera como ciudadanos; lo son únicamente como soldados.” (Véase Heffter, § 119).

-En la proclama del rey Guillermo de Prusia, el 11 de agosto de 1870, se leen estas palabras:

-Hago la guerra contra los soldados franceses, pero no contra los ciudadanos franceses. Estos últimos continuarán por lo mismo gozando de seguridad en sus personas y bienes, mientras no me priven por actos de hostilidad contra las tropas alemanas del derecho de concederles mi protección.- Bluntschli. *Droit International*, 531).

Nota R (página 34).

-Si las leyes de la justicia y de la equidad se dejaran oír cuando la fuerza impera, no se concebiría que pudiese ser permitido confiscar los buques mercantes y las mercancías particulares que han venido a un puerto bajo la garantía de la fe pública, y antes de la guerra, para el pago de una deuda de la cual no son responsables, ni natural ni civilmente. Se concibe que a lo más sería permitido detener los buques llegados

al puerto una vez que se hubiera hecho notoria la diferencia entre las dos naciones, porque entonces era de presumirse que aquéllos conocían el peligro a que se exponían al dirigirse allí. En este punto, sin embargo, el olvido de los principios ha llegado hasta el punto de ser peligroso aun el fiarse de los tratados de comercio, que contenían estipulaciones sobre la materia, y que, en caso de guerra, señalaban un plazo para el retiro de los buques. En honor de nuestra época, debe decirse que en las últimas guerras de Crimea y de Italia no se hizo uso del derecho de embargo, gracias a la prudencia y moderación del que tenía la dirección suprema.- (Massé, obra citada).

*Nota S (página 37).*

Massé, autoridad muy respetable en estas materias, dice que si el comercio se suspende entre los ciudadanos de las naciones beligerantes, no es en virtud de un principio de derecho de gentes, sino porque de hecho viene a ser casi imposible su ejercicio por falta de garantías; pero preciso es también reconocer que no es esta la manera cómo las naciones y la mayor parte de los expositores entienden la cuestión. La doctrina de Bello es todavía la universalmente seguida. En lo relativo a las acciones judiciales se expresa así Massé:

-He dicho atrás que el acreedor podría demandar el pago al deudor, no obstante la confiscación, lo cual supone que la guerra no suspende las acciones judiciales de los particulares. Esto no puede dar lugar a dudas, por regla general, cuando se trata de las acciones que un acreedor intenta en su propio país contra su deudor extranjero, puesto que esta excepción no podría fundarse sino en el interés del deudor o de su nación, interés que los jueces del acreedor no tendrían por qué tomar en cuenta. La cuestión no presentaría tampoco dificultad en cuanto a las acciones que el acreedor extranjero intentara contra su deudor ante los jueces de la nación de éste, si hubiera que resolverse por la aplicación de los principios del derecho de gentes o del derecho natural. Para que por el solo efecto de la guerra el extranjero no pudiera demandar, sería necesario que su condición de súbdito de un Estado ene-

migo le acarrese incapacidad o inhabilidad para presentarse en juicio, lo que no puede admitirse, puesto que, siendo la guerra una relación de Estado a Estado, y no de individuo a individuo, no puede ella por sí misma modificar o alterar la capacidad natural de los individuos. Sin embargo, nuestro antiguo derecho público francés establecía una regla contraria:

“Durante la guerra, un súbdito de un soberano extranjero no puede proceder contra un súbdito del rey.”

-Tal era la máxima recordada en 1704 por el canciller Pontchatrain en el parlamento de Douai, y aplicada por una sentencia de este parlamento de fecha 20 de junio del mismo año. Pero esta máxima, que reposa evidentemente sobre una falsa idea del derecho público y de los efectos de la guerra, no podría seguirse hoy.-

El mismo autor dice después, que sólo por las necesidades de la guerra, y para impedir que los fondos de los nacionales salgan del país en tiempo de penuria, para pasar a manos del enemigo, puede decretarse la suspensión de las acciones judiciales, y cita a este respecto una resolución del gobierno francés, dictada el 19 de Messidor, año XI, con motivo de la guerra que acababa de estallar con Inglaterra. En las guerras que Francia ha sostenido después no ha habido suspensión de acciones. El pago de la deuda de un Estado en favor de los súbditos de la potencia enemiga, puede suspenderse durante la guerra; pero terminada ella, se deben reanudar los pagos. (Véase Bluntschli).

*Nota T (página 45).*

Para que los tiradores sueltos o empleados en la guerra de partidas puedan ser tratados como prisioneros de guerra, se necesita, según la declaración de la conferencia de Bruselas, que tengan un jefe responsable, que usen de uniforme, que lleven sus armas visibles, y que se acomoden en sus operaciones a las leyes de la guerra. Cuando los paisanos armados en cuerpos militares son en gran número, puede no ser necesario el uniforme, pues la masa sólo basta para darlos a conocer. Sin estos requisitos, los que emprenden por su cuenta y ries-

go operaciones sin sujeción a la disciplina militar, para ocultar luego su carácter de combatientes, pueden ser tratados como bandidos y pasados por las armas. Este rigor parece excesivo, pero en el fondo es dictado por un sentimiento de humanidad, pues para poder reducir los horrores de la guerra a la jurisdicción de los campamentos militares, es preciso que fuera de ellos no se ejecuten por los particulares actos de hostilidad, que ningún daño serio pueden hacer a los ejércitos regulares, y que sólo tienden a acarrear actos de rigor sobre las poblaciones inofensivas.

-A medida que el derecho internacional moderno (dice Bluntschli) exige procedimientos más humanos para con los habitantes pacíficos del territorio enemigo, se hace más necesario no tolerar tan peligrosos abusos, bajo el nombre de hostilidades contra el ejército.-

*Nota U (página 51).*

La *convención para mejorar la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña*, celebrada en Ginebra en 1864, y cuyas declaraciones están aceptadas hoy por todas las naciones civilizadas, acordó, entre otras, las siguientes muy importantes reglas:

-Las ambulancias y hospitales militares se reconocen como neutrales, y como tales son protegidos y respetados por los beligerantes mientras se encuentren en ellos enfermos o heridos. La neutralidad cesa si estas ambulancias u hospitales se custodian por una fuerza militar. La neutralidad se extiende a todo el personal de dichos establecimientos. Todo herido recogido y cuidado en una casa, servirá en ella de salvaguardia. El que recoja en su casa heridos queda libre de la carga de alojamientos y de parte de las contribuciones de guerra que se le hayan impuesto. En las ambulancias y hospitales no se hace distinción de nacionalidades para el cuidado de los heridos. Estos establecimientos deben señalarse por una bandera blanca con una cruz roja, junto a la bandera nacional.-

*Nota V (página 56).*

Recurrir al asesinato de un enemigo para conseguir la victoria está hoy absolutamente prohibido.

-La guerra (dice Bluntschli) no legitima jamás el asesinato, de cualquiera manera que se cometa. Se puede matar durante la batalla; fuera de ella es un acto contrario al honor, y el derecho internacional lo prohíbe en absoluto, aunque el asesinato del generalísimo o del soberano enemigo pueda contribuir a acelerar el restablecimiento de la paz.-

*Nota X (página 67).*

Hé aquí algunas reglas, tomadas de la declaración de Bruselas, que se siguen hoy en lo relativo a los bienes públicos y particulares en territorio enemigo. La caja militar, armas, municiones, almacenes de víveres, carros y demás transportes pertenecientes al ejército, pasan al vencedor. Pueden tomarse también el material de los caminos de hierro, buques de vapor, telégrafos, almacenes de armas y municiones pertenecientes a particulares, con la condición de devolverlos después de la guerra, o de pagar su valor. El vencedor dispone también de las rentas públicas en el territorio ocupado, con la condición de hacer los gastos precisos para la administración de justicia y las necesidades públicas. Está prohibido apoderarse de las bibliotecas, colecciones artísticas y científicas. Los bienes de los distritos gozan de las mismas inmunidades que los de las iglesias, hospitales y universidades. El ejército que ocupa el territorio enemigo tiene derecho de exigir que los naturales contribuyan a la manutención y transporte de las tropas y material de guerra; pero la mayor parte de estos servicios dan derecho a una equitativa remuneración. Si no puede pagarse ésta de contado, deben darse los recibos o certificados correspondientes. No pueden imponerse a los nacionales otras contribuciones que las absolutamente necesarias. El botín de guerra está en todo caso prohibido.

*Nota Y (página 73).*

A la doctrina desarrollada por Bello en este número, sobre el derecho de postliminio, agregaremos unas pocas reglas tomadas de Bluntschli:

1.<sup>a</sup> Cuando el enemigo es expulsado por una tercera potencia que no es ni soberana ni aliada de la comarca libertada,

el restablecimiento del gobierno y de la constitución anterior no será consecuencia necesaria de la expulsión del enemigo. La potencia libertadora adquiere, por el contrario, el derecho de tomar parte en las negociaciones que reglen la condición del país libertado.

2.<sup>a</sup> Cuando un pueblo rechaza al enemigo invasor, sin concurrencia de su gobierno o de los aliados de éste, el pueblo recobra su soberanía y puede constituirse con independencia del gobierno anterior.

3.<sup>a</sup> Los actos administrativos y judiciales de carácter privado, dictados por el enemigo en el territorio que había señoreado con carácter de soberano, deben ser respetados por el gobierno legítimo que recupera el territorio.

4.<sup>a</sup> Si la conquista se sanciona por el reconocimiento en tiempo de paz, la enajenación de los dominios del Estado, y los empréstitos contraídos en nombre del país conquistado, son válidos y deben ser respetados, aun en el caso de que el antiguo soberano, en una guerra posterior, recupere el territorio conquistado.

5.<sup>a</sup> El gobierno restaurado no tiene derecho para dar a las leyes o reglamentos que dicte efecto retroactivo, ni para declararlos aplicables a la época en que el territorio estuvo ocupado por el enemigo.

*Nota Z (página 156).*

Esta doctrina, que es la de Vattel, no se considera hoy correcta. Phillimore dice, hablando del empréstito griego en 1826:

-Es contrario al derecho internacional el que las personas domiciliadas en este país (Inglaterra) entren en negociaciones para organizar un empréstito destinado a apoyar a los súbditos rebelados contra un gobierno con el cual mantenemos relaciones de amistad. Deberá, en consecuencia, rechazarse la demanda para hacer efectiva la convención.-

-La emisión de un empréstito de guerra (dice Bluntschli), cuando se hace públicamente y con el fin de favorecer a uno

de los beligerantes, debe asimilarse al enganche de tropas. El Estado neutral está obligado a oponerse a él. Pero cuando los particulares sostienen con su fortuna privada uno de los Estados en guerra, este acto debe asimilarse al alistamiento de uno o muchos voluntarios en las banderas de uno de los ejércitos en campaña. Esas son manifestaciones individuales que el Estado no puede prohibir y de las cuales no es responsable.-

Según Halleck, los tribunales ingleses consideran los empréstitos públicos como violatorios de la neutralidad, y, en consecuencia, niegan su fuerza para hacer efectivas cualesquiera transacciones que procedan de tales empréstitos.

*Nota AA (página 157).*

Respecto de los enganches de voluntarios en territorio neutral, la regla más segura es la que formula Bluntschli:

- Los ciudadanos aislados no representan el Estado; si ellos toman parte en una guerra extranjera, de ahí no se deduce que su presencia implique la participación de la nación de la cual son súbditos. El Estado neutral debe limitarse a impedir que se organicen en su territorio cuerpos de voluntarios. Siendo la organización de cuerpos de tropas asunto privativo del soberano, si éste tolerase la formación de cuerpos francos en su territorio, otorgaría así evidentemente su apoyo a uno de los beligerantes, y el otro podría considerar este acto como hostilidad.

*Nota BB (página 163).*

Según la doctrina de Bello, que es también la de Vattel, el conceder o rehusar el paso a las tropas del beligerante es potestativo del neutral, único juez en la materia; de manera que si niega el permiso, el que lo solicita no tiene motivo de queja, y si le otorga, la otra parte sólo tiene derecho de pedir el mismo privilegio para sus tropas. Heffter, Hautefeuille y Manning no entienden así la cuestión: ellos opinan que el conceder el paso es siempre una violación de la neutralidad por parte del neutral. Bluntschil y Halleck son del mismo pa-

recer; y sin duda este modo de pensar es el más fundado, pues el permiso concedido a un ejército beligerante para atravesar el territorio neutral puede, acortando las distancias o permitiendo ocupar un punto estratégico, ser de tal importancia para él, que decida del éxito de una campaña. Y esta ventaja dada al uno, no podría compensarse ofreciendo después al otro el mismo derecho, porque, variando las circunstancias, como necesariamente tendrían que variar, de un caso a otro, desaparecería la igualdad. Siguiendo estos principios, el consejo federal suizo prohibió en 1870 el paso por su territorio de partidas de voluntarios alsacianos, aun desarmados y sin uniforme, que se trasladaban a incorporarse en el ejército francés.

*Nota CC (página 168).*

Los Estados Unidos seguían este principio desde el tiempo de Washington en 1794, y constantemente han permanecido fieles a él. Por eso se creyeron con derecho a exigir de Inglaterra una indemnización por los perjuicios causados a los federales en la guerra civil de 1864, por el célebre *Alabama* y otros buques corsarios, construidos en puertos ingleses. El gobierno de Washington denunció en oportunidad y de un modo especial, la construcción del *Alabama* como destinado a la guerra; pero el gobierno inglés, juzgándolo mercante, no lo embargó en tiempo, y cuando tomó medidas para ello, ya se había hecho a la vela. Para resolver esta cuestión, Inglaterra y los Estados Unidos firmaron el 8 de mayo de 1871, en Washington, un tratado para someter el punto a un tribunal de arbitramento, que debía tomar por base las tres reglas siguientes:

Un gobierno neutral está obligado:

a) A velar cuidadosamente para impedir que se equipe y arme en su territorio todo buque de guerra o corsario, que deba ser considerado con fundamento como destinado a la guerra contra una potencia amiga.

b) A no permitir o tolerar que una de las partes beligerantes use de los puertos o aguas del Estado neutral como base de sus operaciones marítimas contra el enemigo, para renovar o reforzar sus armamentos militares o enganchar soldados.

c) A proveer con cuidado a que en los puertos y aguas dependientes de su territorio, y por las personas residentes en él, se cumplan los deberes antedichos, y se impida toda violación de ellos.

El tribunal de arbitramento reunido en Ginebra condenó a la Inglaterra a pagar a los Estados Unidos una indemnización por descuido u omisión en el cumplimiento de estos deberes respecto al *Alabama*.

El vender carbón en puerto neutral, aun a los buques de guerra, no está prohibido, a menos que se sepa que la flota o buque lo solicita para determinada operación militar. Por este motivo se prohibió por el gobierno inglés suministrar carbón a la escuadra francesa que se proponía obrar sobre el mar del norte y el Báltico, en la guerra franco-alemana de 1870-1871.

El estado neutral no debe permitir a los buques de guerra beligerantes que entren a sus puertos sino con un objeto manifiestamente pacífico, como proveerse de carbón, renovar su aguada o hacer reparaciones urgentes. Veinticuatro horas es el plazo que se les señala de ordinario para esto, a menos que el estado del mar, la falta de víveres o las averías del buque le impidan salir.

*Nota DD (página 205).*

En esta materia de contrabando es imposible trazar una regla general, pues no podría deducirse ni de los expositores, ni de los tratados, ni de las sentencias de los tribunales de presas. Nos limitaremos, pues, en esta nota a consignar aquellos principios en que hay más uniformidad entre los publicistas, para completar así la doctrina del autor.

Respecto de los artículos de la primera clase en la división de Grocio, la cuestión es clara; todo aquello que sirve para la guerra o que tiene su principal aplicación en la guerra, y va con destino a uno de los beligerantes, es contrabando. Pertenecen a esta clase las armas y municiones de toda especie, los torpedos, la pólvora, el azufre, el salitre, la dinamita y el algodón fulminante; los vestuarios, monturas y equipo para los soldados de infantería y caballería; las máquinas o aparatos

para la fabricación de municiones; los buques de guerra, mástiles, berlingas, timones, ruedas, velas, lonas, cordajes, aparejos y áncoras, y, en general, todo lo que pueda servir para el equipo y construcción de un buque de guerra, ya sea de vela o de vapor. El almirantazgo británico no admite respecto de estos artículos otra excepción que la de tratados en contrario.

La pez, el alquitrán y el cáñamo son ordinariamente contrabando, a menos que se pruebe que no van destinados al servicio del enemigo. Las tablas no son contrabando *per se*; pero pueden serlo por razón del puerto a que se destinan. El hierro y el cobre no son contrabando; pero sí las láminas adaptables al blindaje de los buques. Las leyes francesas excluyen absolutamente de los artículos de contrabando el carbón, y Hautefeuille sostiene, con muy buenas razones, esta excepción; pero otros autores, entre ellos Bluntschli, creen que el carbón puede ser confiscado si se dirige a la escuadra enemiga, y que si esta intención no es manifiesta, pero hay motivos para sospecharla, se puede secuestrar temporalmente, indemnizando a los propietarios. Según Bluntschli, es contrario a los usos de la guerra tomar como contrabando los víveres y otros artículos alimenticios, aún cuando estén destinados al ejército enemigo. Massé sostiene la misma doctrina:

-Si se clasificaran, dice, los víveres entre las cosas necesarias a la guerra, no habría razón para no incluir también todos los objetos de primera necesidad, aun los que no satisfacen sino necesidades facticias. En este sistema no habría mercancías cuya prohibición no viniera a ser legítima.-

Hautefeuille, Martens y otras autoridades respetables siguen esta doctrina; sin embargo, la práctica constante del almirantazgo británico es la de no considerar los víveres como contrabando *per se*, aunque puedan tomar este carácter según el puerto de su destino.

Las caballerías se reputan, por lo general, artículo de contrabando; pero pueden citarse varios tratados en los cuales no figuran en la lista de artículos prohibidos. El dinero sólo lo es cuando se prueba que va como auxilio directo al enemigo

*Nota EE (página 258).*

Analizando Bluntschli los fundamentos alegados por Inglaterra para defender la regla de la guerra de 1756, concluye así:

-Estos motivos no resisten el examen. Siempre queda como verdad que el comercio es una obra de paz, y que no deben ponerse estorbos a los neutrales en las relaciones comerciales. La guerra no cambia en nada esta verdad.

-En consecuencia:

-a) No hay razón para distinguir entre las relaciones comerciales que existían antes de la guerra y las que surgen durante la guerra, ni para autorizar la continuación de las primeras, prohibiendo las segundas. El objeto del comercio, no es sólo conservar lo adquirido, sino, al contrario, buscar nuevos mercados y nuevas fuentes de lucro.

-b) Admitiendo que excepcionalmente la guerra suministre a los neutrales algunas ocasiones favorables, no hay motivo para privarlos de ellas, atendiendo a que por fuerza su comercio sufre por obra de la guerra perjuicios considerables.

-c) En el estado actual del mundo civilizado no es permitido tratar de perjudicar arbitrariamente a ciudadanos pacíficos, so pretexto de disminuir los recursos del enemigo. No se pueden causar otros daños que los exigidos por las operaciones militares.-

Massé sostiene esta misma doctrina, y observa oportunamente que la prohibición impuesta a los neutrales de ejercer el comercio colonial o de cabotaje equivale a hacer obligatorio para ellos un bloqueo ficticio.

Los tribunales británicos, según dice Halleck, han abandonado casi el antiguo principio, declarando sólo ilegal el comercio cuando su objeto inmediato y directo es socorrer a la colonia contra una presión hostil, tan estrecha e inminente, que, a no ser por el auxilio del neutral, tendría inevitablemente que rendirse.

*Nota FF (página 274).*

La declaración del congreso de París ha sido sin duda un gran paso en el sentido de restringir los males de la guerra

respecto de los neutrales; sin embargo, las leyes de la guerra marítima no estarán en armonía con la civilización actual del mundo mientras las hostilidades en el mar no se asimilen en un todo a las que se practican en tierra, es decir, mientras la propiedad privada inofensiva, aun en buques enemigos, no sea respetada como lo es hoy en el territorio enemigo. Este desarrollo en el derecho internacional no se hará esperar largo tiempo, pues las naciones están ya convencidas de que los beneficios del comercio son recíprocos, y de que no se puede perjudicar al enemigo sin lastimarnos a nosotros mismos. Y para probar que la abolición de las presas no es una mera aspiración generosa, sino un hecho que tiende a realizarse pronto, recordaremos aquí que Prusia, Italia y Austria, en la guerra de 1866, renunciaron al derecho de apresar los buques mercantes enemigos, y que al principio de la guerra franco-alemana el rey Guillermo declaró que los buques mercantes franceses no podían ser capturados por la marina federal. La Francia, sin embargo, confiada en la superioridad de su marina, no quiso aceptar esta regla humanitaria, y, hacia el fin de la guerra, el gobierno alemán la retiró por vía de represalias. Los Estados Unidos de América y el reino de Italia han concluido recientemente un tratado, por el cual se prometen respectivamente el respeto de la propiedad privada en tiempo de guerra. El instituto del derecho internacional, reunido en Zurich en 1879, proclamó también, con las firmas de eminentes publicistas de Europa, este mismo principio.

*Nota GG (página 306).*

Esta doctrina de Bello no puede aceptarse sin algunas restricciones. Cuando la guerra civil es de aquellas que Halleck apellida *de insurrección*, las cuales sólo tienen en mira un cambio de instituciones o de personal en el gobierno, sin afectar en nada a las naciones extranjeras, como las guerras de las Rosas en Inglaterra, la de los güelfos y gibelinos en Italia, y las de facciones en Méjico y Sur América, el reconocimiento que un gobierno extranjero hiciera de los contendientes como beligerantes, asumiendo respecto de ellos el carácter de neutral, implicaría un manifiesto agravio hecho al soberano

constituído, contra el cual se ha puesto en lucha una parte más o menos considerable de sus súbditos. Se supone que el gobierno cuya autoridad ha sido desconocida, cuenta con los elementos para sofocar una subversión del orden doméstico, que a sus ojos tiene que ser forzosamente injusta e inconstitucional. En tal situación, proclamar a los rebeldes como beligerantes, reconociéndoles los derechos que este carácter confiere, sería darles nuevo estímulo para continuar en la lucha, y, por consiguiente, inferir una ofensa al soberano con el cual se mantenían antes relaciones de amistad. En este caso, parece que lo que a las naciones extranjeras cumple, es seguir entendiéndose con el soberano legítimo como si ninguna novedad ocurriese dentro de su territorio, a reserva de reconocer después como soberano al mismo rebelde, si llega a triunfar y consolidar su dominación.

Sin embargo, si la guerra civil toma un carácter de desmembración o independencia, y si los rebeldes señorean de hecho una porción considerable del Estado, con gobierno propio y recursos bastantes para prolongar la lucha, entonces puede ser necesario, sobre todo si la guerra se hace también en el mar, que se les reconozca el carácter de beligerantes, para no llegar al extremo de tener que tratar en ciertos casos como piratas a los buques de aquellos que a los ojos de su soberano son rebeldes, pero que a los de las naciones extrañas son acreedores al mismo tratamiento que se dé a los sostenedores del gobierno cuya autoridad se disputa. Por eso decía con mucha propiedad lord Rusell en 1863, hablando de la guerra civil de los Estados Unidos:

-La cuestión de derechos de los beligerantes es una cuestión de hecho. Era imposible considerar el levantamiento de una sociedad de 7.000,000 de hombres libres, que se declara independiente, como una insurrección despreciable. Nuestros almirantes preguntaron si debían tratar o no como piratas a los buques que encontrasen con pabellón confederado. Si los hubiésemos tratado como piratas, eso habría sido tomar parte en la guerra.-

En resumen: cada Estado que no quiere intervenir en la

lucha civil de otro, debe resolver, según las circunstancias, si a un partido en rebelión se reconocen o nó los derechos de beligerante en sus relaciones internacionales. Punto es éste en el cual hay que obrar con mucha circunspección y prudencia.

Una vez reconocido el Estado o provincia rebelde, éste tiene, respecto del neutral y para los efectos de la guerra, los mismos derechos que se reconocen a las naciones beligerantes en las luchas internacionales. Sin embargo, el Estado neutral no puede recibir los agentes diplomáticos o consulares que le envíe la provincia rebelde, porque eso equivaldría a un reconocimiento de su independencia, según lo expuso Mr. Adams cuando la república de Bolivia, todavía no reconocida como independiente, solicitó en 1818 del gobierno de los Estados Unidos la admisión de un cónsul. Pero el Estado neutral sí puede enviar agentes consulares a la provincia insurgente para proteger allí los intereses de sus súbditos. Así lo hicieron Inglaterra y los Estados Unidos en las repúblicas americanas antes de reconocerlas como naciones independientes.

Nota HH (página 332).

El derecho de asilo, reconocido antiguamente en favor de la morada del agente diplomático, no se acepta hoy ni en Europa ni en América. Los expositores unánimemente lo condenan, y la costumbre está en este punto de acuerdo con lo que dicta la razón; porque, como dice M. Faustin Héli, -no habría soberanía si en el seno de cada Estado se encontrara un territorio independiente que pudiera servir de refugio a todos los criminales, de centro a todas las maquinaciones, y que pudiese oponer su justicia a la justicia de la tierra. La independencia de los embajadores absorbería completamente la independencia de los gobiernos.- Por esta razón los tratadistas de derecho internacional no aceptan en el día la ficción de la *exterritorialidad* para explicar la inmunidad de que disfruta la morada del agente diplomático; ella se justifica suficientemente por la necesidad de extender la inviolabilidad a todos los actos inherentes a las funciones de los ministros públicos, a fin de que puedan desempeñar su encargo con independencia.

Heffter ha trazado con notable precisión los límites de la inmunidad local diplomática en nuestros días:

-Ningún motivo (dice) puede autorizar a un ministro público para ofrecer su casa y sus carruajes a fin de sustraer a la jurisdicción competente del país individuos acusados de un crimen, o de favorecer su fuga. El respeto que se le debe a él mismo y al soberano que representa, exige solamente que en semejante caso la extracción del criminal se efectúe con muchos miramientos y de la manera menos lesiva a la dignidad del ministro. Así, cuando consta que un individuo acusado de un crimen se ha refugiado en la morada de un agente diplomático, las autoridades del país tienen, no solamente derecho de hacer rodear de guardias la casa del ministro, y de tomar por fuera las medidas necesarias para que al culpable no sea dado escaparse, sino que pueden también, cuando el ministro, debidamente solicitado por la autoridad competente, rehusare la entrega, hacer sacar al reo a mano armada de la casa. Sin embargo, al proceder a la visita, las autoridades deben evitar todo lo que pueda lastimar los derechos y consideraciones debidas a la persona del ministro y de su comitiva.

-Fuera de este caso, no es permitido a las autoridades locales penetrar en la casa de un ministro público y proceder a una pesquisa, aun cuando hubiere sospechas de que sirve de abrigo a un criminal o de que oculta las huellas de un crimen. El ministro interrogado a este respecto no puede rehusar las explicaciones que se le pidan. Si las rehusa o aparecen insuficientes, puede ordenarse el registro. Este derecho no podría disputarse al gobierno extranjero cuando hubiera motivo para sospechar que la casa de la legación sirve de asilo a una empresa criminal tramada contra él.-

No obstante lo sentado atrás, en las repúblicas de la América española se ha reconocido por costumbre el derecho de asilo en las casas de los ministros diplomáticos en favor de los perseguidos políticos, en épocas de revoluciones o de motines populares. No se trata entonces de sustraer un criminal a la jurisdicción de la justicia local, sino de salvar una víctima de los furores de un ciego vencedor, que en la embriaguez

del triunfo puede ejecutar punibles excesos, de los cuales tendría luégo que arrepentirse. En las repúblicas americanas, agitadas por constantes revoluciones, es muy frecuente que hombres distinguidos sean perseguidos de muerte por sus adversarios políticos vencedores; y si no hubiera sido por el asilo que, justo es reconocerlo, han dispensado siempre con generosa hospitalidad en tales casos las legaciones extranjeras, es seguro que se habrían cometido muchos crímenes que hoy nos avergonzarían a todos. Por otra parte, como se sabe que los vencedores del día pueden ser víctimas al siguiente, sin dificultad se ha reconocido ese derecho de asilo, que, en definitiva, a todos aprovecha y a nadie daña.

Algunas veces los gobiernos americanos han protestado contra el asilo diplomático en lo político; pero los ministros extranjeros lo han defendido con energía. Citaremos algunos antecedentes.

-El 5 de enero de 1855 (dice don Federico Elmore) presencié el Perú lo que tan frecuentemente se había visto ya en este país clásico de revoluciones, a saber: la caída de un gobierno y la elevación de otro. El cambio político trajo consigo su acompañamiento inseparable de persecuciones y ocultaciones. En su consecuencia, se llenaron las legaciones de los jefes vencidos, quienes acudieron presurosos a cubrirse bajo el invulnerable pabellón extranjero. Exasperado el vencedor, no pudo tolerar la presencia del vencido, y con el fin de hacerle saborear las amarguras del destierro, expidió el gobierno provisorio su decreto de 23 del mismo enero, cuyo artículo 1.º a la letra fue del tenor siguiente:

“Los ex-generales y todos los asilados en las legaciones o buques extranjeros, saldrán de la república con destino al istmo de Panamá o para atravesar por esa vía....”

-Este decreto fue comunicado por una circular del ministro de relaciones exteriores a los diferentes miembros del cuerpo diplomático *para su inteligencia y fines consiguientes.*-

A esta circular dio el representante de la Gran Bretaña la siguiente respuesta:

-Como un *acto de pura cortesía*, he tenido ya el honor de

informar a vuestra excelencia que el único refugiado en la legación de su majestad británica fue el general Echenique, que se ha ido en el vapor de ayer. Los generales Pezet, Morote y coronel Lopera, no han podido irse en el mismo vapor por motivo de indisposición grave. Al hacer a vuestra excelencia esta relación, no puedo menos de extrañar el *impropio tono de comando* que reina en todo aquel documento. Tengo el honor de decir a vuestra excelencia que *no admito en el gobierno provisorio del Perú el derecho de dar órdenes en materias que conciernen a la legación de su majestad británica, ni a los jefes de sus buques de guerra; y creo de mi deber decir a vuestra excelencia que si yo pretendiera ordenar a los peruanos refugiados que pasaran al istmo de Panamá, eso sería de mi parte arbitrario e imposible, porque un refugiado, una vez fuera del territorio peruano, tiene el derecho de irse donde quiera.*-

El ministro francés se expresó en estos términos:

-He recibido la nota que vuestra excelencia me ha hecho el honor de dirigirme con fecha 25 de este mes. *Como los términos en que está concebida parecen implicar una especie de autoridad del gobierno del Perú sobre los agentes extranjeros acreditados cerca de él, me veo en la obligación de protestar contra toda tendencia de esta naturaleza. Por lo que respecta al decreto que constituye el objeto de dicha nota, no tengo que juzgarlo: mas no me es permitido tomar parte en la responsabilidad moral que impone, obligando a los que han invocado el asilo de la legación francesa a dirigirse hacia un país cuyo clima es mortífero, y donde, privados de todo recurso, y sin relación alguna, parecen condenados de antemano a perecer miserablemente. Vuestra excelencia no ignora, además, que la mayor parte de los oficiales a que se refiere este decreto, no tienen ni los medios de pagar su pasaje, y rogaré a vuestra excelencia, en tiempo oportuno, se sirva conceder a mis asilados la cantidad necesaria para trasladarse al extranjero, y un pasaporte sin otra designación.*-

El ministro del Brasil contestó así:

-*Deplorando que en el Perú se haga sentir aún la necesi-*

dad de recurrir al ejercicio del derecho de asilo, establecido en tiempos en que la desgracia había menester de toda especie de garantías contra la barbarie de la Edad Media, no entraré en discusión sobre tal derecho, además *oficialmente reconocido y constantemente respetado* por todos los gobiernos que se han sucedido en este país desde la época de su independencia; y reduciré, por lo tanto, a muy estrechos límites la respuesta que debo dar a la citada comunicación de vuestra excelencia.

.....

-Si el gobierno, por motivos que no es de mi competencia examinar, *juzga conveniente adoptar, con respecto al derecho de asilo, principios diferentes* de los conocidamente liberales y humanitarios seguidos por sus predecesores, comunicaré a mi gobierno las alteraciones que se hubieren de hacer en la materia, a fin de que él me indique la conducta que deberé observar. Mas, entretanto, me es forzoso hacer presente a vuestra excelencia que, cualesquiera que sean esas variaciones, *no podrán llevarse a efecto sin previo acuerdo de todo el cuerpo diplomático que está en el goce de un derecho adquirido*; no pareciendo, por otra parte, conforme a las leyes de la equidad, que los actuales refugiados sean tratados con mayor severidad que sus antecesores en la desgracia.

-Finalmente, séame permitido manifestar a vuestra excelencia que, *no pudiendo ni debiendo constituírme ejecutor de las resoluciones que vuestra excelencia, con el extraño tono de que se sirve, parece que quiere intimarme*, me abstendré de hacer a los infelices que se hallan debajo de la protección del representante del gobierno del Brasil indicaciones que, siendo tal vez contrarias a lo que ellos consideran debido a la justicia y necesario a sus intereses, agravarían su triste situación y rebajarían el valor de mi hospitalidad.-

Posteriormente, en el año de 1865, tuvo lugar en Lima una nueva revolución, y los ministros del gobierno caído se refugiaron en la legación de Francia. El nuevo gobierno reclamó su entrega con insistencia, pero el agente diplomático francés la rehusó, apoyándose en el derecho consuetudinario y refi-

riéndose a su gobierno. Monsieur Drouyn de Lhuys, ministro entonces de negocios extranjeros del emperador Napoleón III, aprobó la conducta del agente francés en Lima, agregándole en su respuesta que el derecho de asilo estaba demasiado conforme con los sentimientos de humanidad para que la Francia renunciase a él.

A propuesta de M. de Lesseps, ministro francés en Lima, se reunió en 1867 una conferencia del cuerpo diplomático residente en aquella ciudad, con el objeto de reglamentar el derecho de asilo. El secretario de relaciones exteriores, señor Pacheco, que presidió la conferencia, rechazó decididamente el derecho de asilo, invocando el derecho común; pero los ministros de Francia, Inglaterra y Brasil lo sostuvieron con muy buenas razones. El de los Estados Unidos se adhirió a la doctrina del secretario de relaciones exteriores, y los de Chile y Bolivia se refirieron a sus respectivos gobiernos. Posteriormente el señor Pacheco pasó al cuerpo diplomático un *memorandum* que contenía las razones expuestas por él en las conferencias, y concluía con la declaración siguiente:

-1.º Mi gobierno no reconocerá en adelante el asilo diplomático tal como ha sido practicado hasta ahora en el Perú; no lo reconocerá sino dentro de los límites que le asigna el derecho de gentes, y que bastan para resolver las cuestiones que puedan suscitarse, en casos excepcionales, en materia de asilo.

-2.º Subsistiendo en los Estados de la América del Sur el asilo diplomático, y estando el Perú admitido al goce de él para sus legaciones en dichos Estados, el Perú renuncia, por lo que le concierne, a este privilegio, desde el momento en que lo rehusa a las legaciones de los otros Estados en su territorio.-

Esta larga discusión no terminó, sin embargo, en ningún resultado práctico, y dejó la cuestión sin resolverse; de suerte que podemos concluir que el asilo diplomático subsiste todavía en América, pero que desaparecerá el día en que venga a ser innecesario por consolidarse el orden político en este continente. Puede consultarse, para estudiar mejor esta cues-

ción, la obra de Pradier-Foderé titulada *Cours de Droit Diplomatique*.

(Nota II (página 337).

No existe entre los legados *a latere* y *de latere* la distinción que establece Bello: son unos mismos. Se les llama así porque, siendo siempre Cardenales, ocupan asiento al lado del Papa *ad latus*, y la misión los separa de su puesto ordinario, *de latere*. Los legados de esta especie ocupan el primer rango en la jerarquía diplomática pontificia; no se les envía sino en ocasiones solemnes y de especial importancia. Los Nuncios son los embajadores ordinarios del Papa. Los internuncios son ministros de segunda clase, que corresponden a los enviados extraordinarios y ministros plenipotenciarios.

Algunos autores italianos han pretendido negar hoy al Papa el derecho de embajada activo y pasivo, por haber perdido su carácter de soberano temporal. Ellos no pueden desconocer, sin embargo, que casi todas las potencias católicas, y aun algunas cismáticas e infieles, han continuado manteniendo agentes diplomáticos acreditados ante el Vaticano y recibiendo los enviados por la Santa Sede; como tampoco que la ley italiana de 1871, llamada de garantías, reconoce al Papa este derecho en su artículo 3.º, que dice así:

-Los representantes de los gobiernos extranjeros acreditados cerca de Su Santidad gozan en el reino de todas las prerrogativas e inmunidades que pertenecen a los agentes diplomáticos en virtud del derecho internacional. A las ofensas hechas a ellos se extenderán las sanciones penales para las ofensas contra los representantes de las potencias extranjeras cerca del gobierno italiano. Las prerrogativas e inmunidades de uso, según el derecho internacional, quedan aseguradas en el territorio del reino a los representantes de Su Santidad, cerca de los gobiernos extranjeros, cuando se trasladen al lugar de su misión o vuelvan a él.-

Los autores de quienes hemos hablado, dicen que estas garantías son una mera gracia del gobierno italiano, pero que ellas carecen de fundamento jurídico. Pradier-Foderé refuta así este concepto:

-La doctrina de los autores italianos reposa sobre una idea inexacta. Al reconocer al Papado una situación internacional, independientemente del territorio del antiguo Estado romano, la ley italiana del 13 de mayo de 1871 reconoció simplemente un estado de cosas cuyas consecuencias no dependía del solo gobierno italiano suprimir. M. Esperón se engaña, pues, en cuanto a la explicación que da de la ley de 1871: esta ley no ha sido un acto puramente gracioso de parte del gobierno italiano, sino una consecuencia del carácter especial que en el derecho internacional europeo y desde mucho antes de la supresión del poder temporal de los Papas, distinguía a éstos aun en el punto de vista puramente diplomático, de todas las demás soberanías. Y, en efecto, aun en el tiempo en que el Papa era príncipe temporal, los enviados pontificios tenían una misión eclesiástica más bien que política, y representaban ante todo al soberano Pontífice como jefe de la Iglesia católica romana. El poder temporal no era sino un accidente: la importancia y el rango de los representantes del Papa son, pues, independientes de la conservación de este poder.

-Recordemos a este propósito la argumentación de Heffter: ningún soberano que gobierna súbditos católicos puede disputar al Pontífice romano el carácter de representante de la unidad central de la Iglesia católica: querer excluir su autoridad sería hacer violencia a la conciencia de los súbditos católicos. Como poder espiritual, el Papa ejerce en los Estados donde se reconoce el culto católico todas las funciones que se desprenden de su carácter de jefe de la Iglesia, sin cuyo asentimiento nada puede hacerse. La unidad de la doctrina y de las instituciones canónicas, la dirección, la representación y la supervigilancia de los intereses generales de la Iglesia, las relaciones de los Estados con este poder espiritual que dirige, que representa y supervigila los intereses generales de la Iglesia, son de una naturaleza especial, que se conexas más aún quizá con la política que con la religión. Grandes intereses nacionales e internacionales están en ello comprometidos: se trata de las relaciones íntimas entre la Iglesia y el Estado;

son en cada país dos poderes coexistentes, y no podría negarse el carácter internacional de estas relaciones- (1).

El mismo autor recuerda, para probar que la cuestión está resuelta en el sentido de que la Santa Sede conserva el derecho de embajada, que monseñor Mario Monceni, arzobispo de Heliópolis, y nombrado delegado apostólico y ministro extraordinario cerca de algunas repúblicas americanas, fue reconocido en 1878 como decano por el cuerpo diplomático residente en Santiago, y que la misma conducta siguieron después los ministros extranjeros residentes en Lima.

---

(1) Pradier Foderé, obra citada.

**UNIVERSIDAD**  
**EAFIT**<sup>®</sup>

Biblioteca  
Sala de Patrimonio Documental

**UNIVERSIDAD  
EAFIT**

**Biblioteca**  
Sala de Patrimonio Documental

**BIBLIOTECA**

**Universidad EAFIT**



100066802

UNIVERSIDAD  
**EAFIT**<sup>®</sup>

Biblioteca  
Sala de Patrimonio Documental

UNIVERSIDAD  
BAFIA

Biblioteca  
Sala de Patrimonio Documental