

Por el Profesor de Derecho Internacianal Público y Privado\_\_\_\_\_

X Dr. Carlos Salazar Flor\_\_\_\_\_

# DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

GUÍA DE CURSO\_\_\_\_\_



ÁREA HISTÓRICA  
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

Continuación



## CAPÍTULO II

### LA CONDICIÓN DE LOS EXTRANJEROS

#### SUMARIO:

1. Objeto de este capítulo.—2. Derechos de los extranjeros en la teoría.—3. Condición de los extranjeros en el devenir histórico: India, Egipto, pueblo hebreo, Medos y Persas, Fenicios y Cartagineses, China, Grecia, Roma, la Edad Media.—4. Evolución posterior.—5. Clasificación de algunas legislaciones según los sistemas.—6. Restricciones prácticas al sistema de la Igualdad.—7. Los extranjeros en la Legislación Ecuatoriana: el derecho constitucional histórico.—8. El sistema de la Constitución vigente.—9. El Código Bustamante.—10. La Ley de Extranjería.—11. El Código Civil.

1. OBJETO DE ESTE CAPÍTULO.—Pillet ha puesto de relieve la importancia que supone para el Derecho Civil Internacional, el estudio de la condición de los extranjeros. Omitiendo tal investigación no se podría concretar el alcance de los derechos y de las obligaciones de los extranjeros en un país cualquiera. Sin conocer el grado de diferenciación que marca la ley entre nacionales y extraños, sería imposible sostener la amplitud de un ejercicio jurídico dado, porque se carecería, en lo absoluto de la certidumbre de si ese ejercicio es o no consentido. Habría el riesgo de gestionar inútilmente faltando la evidencia de la consolidación efectiva de los derechos.



Además, el desarrollo del Derecho Civil Internacional, ha supuesto necesariamente correlatividad. Donde hay legislación sólo para nacionales, con exclusión total de los extranjeros, se ha mutilado lamentablemente el concepto jurídico de la persona, o sea el eje o centro de la relación jurídica al cual quedan condicionados los bienes y los actos. Por tal causa, el derecho debe estar en función del espacio, debe tener siempre su garantía y su sanción, circunstancia a la que no podría llegarse jamás, si se legislara sólo para nacionales, porque, entonces, repetimos, se habría roto el concepto integral y amplio de la persona, en su sentido jurídico.

Pero el estudio y análisis de tan importante aspecto, puede hacerse desde dos puntos de vista diversos. El primero, atendiendo a la formación de una teoría internacional que pudiera significar, en un momento dado, el patrimonio jurídico completo de la extranjería. Se llegaría, según esto, a determinar lo que el extranjero pudiera exigir en todas partes y lo que ningún Estado podría negarle. El otro aspecto contemplaría solamente la situación de los extranjeros en las diversas legislaciones.

Creemos adecuado al método y plan de esta *Guía*, tratar, en lo posible, ambos de los aspectos anotados, poniendo de relieve, por anticipado, el primordial valor de una teoría internacional de la condición de los extranjeros, edificada sobre la normas de la razón, según las exigencias de la solidaridad y del intercambio, factores, ambos, que han impulsado e impulsan el progreso de la humanidad.

De otro lado, no se podría descuidar la peculiaridad de las legislaciones en esta materia, para agruparlas según el sistema en que se inspiren. Esto es, sobre todo, objeto del Derecho Comparado; y por ello, juzgamos conveniente no entrar por ahora en un análisis específico, sino meramente informativo, que nos permita trazar el esquema general de algunas legislaciones según los sistemas diversos en que se hayan fundado.

Debemos también observar que al referirnos a la condición de los extranjeros, éstos se engloban en la denominación genérica de *personas* y las personas pueden ser naturales o jurídicas. Deberíamos, por esta sencilla razón, concretar el extranjerismo de las personas jurídicas, de las compañías o empresas, extendiendo así el análisis, hasta poder fijar la situa-



ción de las personas jurídicas en la teoría y en el derecho positivo.

Nuestro intento es el de abordar preferentemente las personas naturales, dejando las jurídicas, para el capítulo siguiente dedicado a la nacionalidad, para tratar ahí sí se debe o no mantener como necesaria la nacionalidad de las personas jurídicas, de la misma manera que se la sostiene y justifica con respecto a las personas físicas.

De acuerdo con el plan establecido, después de considerar en la teoría la condición de los extranjeros, la investigaremos también en la historia, para arrancar de sus procesos las directivas o normas que han guiado la evolución humana desde un desconocimiento absoluto de la persona del extranjero hasta el principio civilizador de la igualdad, de acuerdo, en todo, con las necesidades del intercambio, condicionante de los tiempos actuales.

Como criterio correlativo de la condición de los extranjeros, estudiamos la nacionalidad en el capítulo siguiente, juntamente con las aplicaciones que ella puede tener en el campo del Derecho Civil Internacional; y creemos que está así servido el ordenamiento de ideas, requisito esencial en nuestra materia que se presta, de ordinario, a equivocadas apreciaciones, debido a la complejidad de los problemas que le son peculiares.

2. DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN LA TEORÍA.—Dependiendo, como depende, la condición de los extranjeros, de cada legislación particular, fácil es concluir que al inquirirse o preguntarse por esa condición, la respuesta sería mandando que se consulte los derechos de los extranjeros en la legislación del país de que se trate, porque en ese país, un determinado extranjero, quiere aclimatarse y necesita, por la misma razón, conocer en qué grado y medida estaría garantizada su actividad jurídica, entendiéndose por esa garantía, no solamente las facultades a desarrollarse dentro de un medio jurídico nuevo, sino, además, el reconocimiento que el Estado que le acoge, está dispuesto a prestarle, en orden a los derechos sancionados ya, por leyes anteriores; lo que supondría la apreciación de los derechos adquiridos que, según la doctrina, deben ser internacionalmente respetados.



Si a tal recurso nos atuviéramos, estaríamos simplemente resolviendo tal o cual caso concreto y nada más. Pero lo que fundamentalmente interesa a la ciencia no es el caso particular sino la generalización, o si se quiere, una construcción previa de orden racionalista, que haya discriminado según la justicia y la razón, los derechos que deben reconocerse a los extranjeros y aquéllos que, ordinariamente, no se les podría conceder, en atención al ordenamiento actual de las sociedades políticas.

Siguiendo al profesor Pillet, debería, en la doctrina, reconocerse a los extranjeros todos aquellos derechos que virtualizan el amplio contenido del *comercio internacional*. Para evitar que estos términos produzcan conceptos de carácter exclusivamente económico, hemos creído del caso sustituirlos por *intercambio humano*. Y así podemos concluir que se deberían conceder a los extranjeros todos los derechos que complementan integralmente la necesidad de ese intercambio que, en definitiva, es compenetración recíproca, común de los pueblos. Estos derechos son los siguientes: comunicación, circulación, residencia, del cual se desprende la protección de la persona y de los bienes, no efectivada sino en virtud de una garantía de seguridad plena. Igualmente, ciertos derechos llamados *públicos*, no pueden negarse a los extranjeros, como la libertad personal, la religiosa, la de pensamiento, la inviolabilidad de domicilio, la de correspondencia, etc., sin pretender hacer una enumeración completa.

Mas, todos estos derechos, no consisten solamente en la declaratoria que de su reconocimiento se haga a los extranjeros, porque entonces serían letra muerta en la realidad. El que se comunica, el que circula, el que reside en un país cualquiera, tendrá forzosamente que actuar en alguna forma jurídica, porque la requisitoria del derecho es universalista y general. Tendrá, por lo mismo, que celebrar contratos, acceder a los tribunales de justicia, arrendar, vender, permutar, donar, dar y recibir en prenda, etc.; y necesitará de seguridad y garantía para todo este ejercicio jurídico. Pero cuál deberá ser el límite? Aquí es donde surge verdaderamente el problema, y para obviarlo, siquiera en parte, podríamos anticipar la siguiente regla: *Deben concederse a los extranjeros, todos aquellos derechos que se desprenden natural y lógicamente del reconocimiento que el Estado haga a los extranjeros.*



*Y no deben concederse aquellos otros que no sean corolario fundamental del amparo o protección.*

Nuestra Constitución, como hemos de ver oportunamente, declara que los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que los ecuatorianos y de las garantías constitucionales; con excepción del sufragio y de las funciones y empleos públicos. No hace ninguna distinción entre el extranjero transeúnte y el domiciliado. Y entre las garantías, tenemos las del respeto a la honra, a la libertad y a la vida y la garantía del derecho de propiedad. Si hay el reconocimiento del derecho a la honra, no se podría negar al extranjero el ejercicio del derecho-corolario, como sería el de querellarse en juicio contra aquél que le ha atacado en su honor con la calumnia o la injuria, por ejemplo. Mas, siendo garantías constitucionales las ya indicadas, a ninguna de ellas puede corresponder, como derecho-corolario, el sufragio, que es garantía y derecho político, propios del nacional-ciudadano y que no se desprenden lógicamente y necesariamente del amparo o protección del Estado al extranjero. Tal es el alcance que damos a la regla enunciada.

Niboyet, en sus *Principios de Derecho Internacional Privado*, llega a las conclusiones siguientes: Es necesario clasificar los derechos en su acepción más lata. Existe una primera categoría integrada por los derechos políticos inherentes a la calidad de ciudadano. El extranjero no puede reclamar su goce, ni el Estado concederle; ni puede tampoco el extranjero quedar sujeto a las cargas correlativas, como sería el servicio militar.

Casi todas las legislaciones aceptan esta conclusión, a pesar de haberse propugnado en la República Argentina la *teoría de la ciudadanía automática*, que convertiría a un hombre, en nacional de un Estado y en ciudadano de varios, sucesiva, no simultáneamente, según el espíritu de la teoría a que nos referimos.

Un segundo grupo de derechos, comprende los denominados públicos. Pueden reducirse a los siguientes: reconocimiento de la personalidad, derecho de penetrar en el territorio, libertades públicas, que serían, la de pensamiento, en su amplio contenido y la de cultos. En principio estos derechos deben reconocerse irrestrictamente a los extranjeros, pero determinados Estados han creído conveniente, dejar algunos de ellos sólo a los nacionales. En algunos países, el derecho de



prensa, y la libre emisión del pensamiento, de palabra o por escrito, en materias políticas, no se conceden a los extranjeros.

La tercera categoría comprende los *derechos privados*. Estos se conceden a los extranjeros. Pueden, en consecuencia, contratar, suceder y disponer de sus bienes. Correlativo de esta concesión, es el acceso a los tribunales de justicia; pues, careciendo de este último, habría un contrasentido, en conceder, por un lado, un derecho cualquiera y en negar, por otro, el recurso judicial, para hacer valer el derecho de que se trate.

Con respecto a los derechos de esta última categoría, tiene plena aplicación el sistema de la igualdad jurídica que, como indicaremos más adelante, completa el proceso histórico de la evolución en lo que a derechos de los extranjeros se refiere.

3. CONDICIÓN DE LOS EXTRANJEROS EN EL DEVENIR HISTÓRICO: INDIA, EGIPTO, PUEBLO HEBREO, MEDOS Y PERSAS, FENICIOS Y CARTAGINESES, CHINA, GRECIA, ROMA, LA EDAD MEDIA.—*La India*.—La India corresponde al grupo de pueblos teocráticos que delinearon específicamente las culturas del antiguo Oriente. Ha poseído en el curso de la historia una directiva firme hacia el ensueño y hacia la especulación filosófica. Adentrada en los misterios del espíritu, ha aspirado conocer y dominar la vida para vencer la materia. Amó la independencia por la tranquilidad de su contemplación y por ello ha resistido a las influencias extrañas de griegos, mahometanos e ingleses. La figura de Gandhi no ha sido sino la personificación de una trayectoria de siglos.

Vivió dentro de la organización de castas, y entre ellas, la brahamánica, ocupó la cúspide de la estructura social. Y esa casta, conocedora de los altos misterios sagrados, llegando al fondo de las más oscuras teogonías, colocó su jerarquía, por encima de los reyes. La religión y el gobierno no eran del pueblo. Se formaron en la casta privilegiada y fueron para ella. El poder brahamánico obedeció esencialmente a la dominación sobre pueblos que no hicieron parte de la cuadratura social de los arios. Por esa dominación tuvo la India su período heroico, reflejado en el *Mahabharata*. Pasado este período, se reconcentró en las tierras sagradas del Gan-



ges, se aisló de los demás pueblos. Los extranjeros, en este comienzo, le produjeron profunda repugnancia. Fueron llamados *mletchas* y colocados en igual plano que los *tchandalas*, casta despreciable, colocada fuera de la comunidad religiosa brahamánica.

La India tuvo el criterio de que siendo una tierra sagrada, patrimonio de los arios, todos aquellos que no pertenecían a su seno, y que se encontrasen fuera de sus límites, debían ser considerados *impuros por las costumbres y por el lenguaje*.

La mayor parte de los autores conviene en que los extranjeros no tuvieron ninguna garantía; y más aún, en que fueron tratados como enemigos. Tal conclusión puede corresponder a los primeros tiempos de la formación del pueblo, que en lo que respecta a su evolución posterior, hay lugar para hacer ciertas excepciones, que se desprenden de los estudios realizados en los últimos tiempos por investigadores que han dedicado muchos años a las cuestiones de la India.

Es necesario distinguir, dicen, dos situaciones diferentes: una, directamente vinculada con el ejercicio de las prácticas religiosas; y otra, con la acogida civil que el pueblo hindú pudo otorgar a los extranjeros. En lo que se refiere a la religión, aparece, de un modo indudable, que el pueblo indio se mostró absolutamente excluyente. Y esto se explica, porque es carácter propio de las teocracias, el celo del culto, en el orden interno como en el externo; en el primero, para asegurar la dominación, en el segundo, como medio de defensa, o si se quiere, sistema de guerra que los pueblos antiguos lo ejercitaron mejor, mientras mayor fue el grado de la sugestión religiosa. De ordinario, son los dioses los que aconsejan pasar a cuchillo a poblaciones enteras; y las creencias, dentro de la imponderable fuerza que representaron al principio las ideas místicas, jugaron el papel de estimulantes poderosos para la conquista guerrera. Desde este aspecto, los extranjeros, en ningún caso, podían ser admitidos en los secretos de la religión. La casta sacerdotal, tuvo buen cuidado de rodear la práctica de los cultos de misterios y grandiosidad incomprendibles que dejaban en las multitudes antiguas la impresión de lo inexplicable y de lo sobrenatural. La noción de lo sobrenatural, hubo de captar incondicionalmente el espíritu emotivo y gregario del pueblo.

Tocante a la acogida civil, Estanislao Zeballos, afirma que los extranjeros tuvieron una situación independiente den-



tro de la legislación hindú. En su apoyo cita los artículos 14 y 16 de las *Insitutas de Narada* que disponen que si un viajero llegado de un país extraño, fallece, el Rey debe guardar sus bienes hasta que se presente heredero. De no presentarse heredero alguno, en línea directa o colateral, el Rey debía guardar los bienes por diez años más. Transcurrido este tiempo sin haberse presentado reclamantes, los bienes reputados ya sin dueño, pasaban a ser propiedad del Rey.

El mismo autor manifiesta que en la India, se había presentado ya el caso de coexistencia de varias legislaciones nacionales. Se funda en una disposición que podemos llamar ocasional del Código de Manú; y en la que se manda que, habiendo seguridad de las *buenas disposiciones* de todos los vencidos, un príncipe de la casa real, debe hacer respetar sus leyes en la forma en que fueron promulgadas.

Aún cuando las últimas investigaciones practicadas, pres-ten base para rectificar ciertos errores de apreciación, que se han venido manteniendo invariables en la opinión de ciertos autores, no se podría concluir de un modo dogmático que la India tuvo una legislación específica de extranjeros. Sabido es que los pueblos antiguos no tienen otra directiva que la de la religión. La religión es la política, es la ley y es la moral. Se confunden todos estos preceptos, de modo que sería aventurado tratar de encontrar un sistema claro de legislación, tanto más cuanto que en los libros sagrados aparece frecuentemente la contradicción en los mandatos, y se revela una obra emotiva, impresionista, variable y de ordinario oscura. Si las leyes modernas, fruto de la elaboración democrática —técnica— son objeto de inacabables interpretaciones, con mayor razón los preceptos religiosos antiguos, que no se prestan para deducir con certeza la esencia del pensamiento o del mandato. No negamos que los libros sagrados contengan disposiciones proteccionistas con respecto al derecho privado de los extranjeros en la India, pero nos resistimos a aceptar que este país hubiera confeccionado una legislación independiente para ellos.

Algunos escritores griegos se han inclinado a sostener que la India fue un país hospitalario, apoyándose para tal conclusión en varios textos del Bhaagavata Purana. Dichos textos se refieren, de un modo general al *huésped*, y no hay base para concluir que con este termino se hubiese querido designar a los extranjeros en su sentido más lato. Los libros



sagrados no emplean para nada la denominación de *mletchas*, cuando consagran sus disposiciones protectoras. La hospitalidad, más bien parece estar ordenada y reglamentada para las castas privilegiadas de sacerdotes y guerreros, y es obligatoria para las castas inferiores con respecto a las superiores, sin que se precise concretamente ningún texto que mande al brahamán practicar esa misma hospitalidad. Por otro aspecto, podemos asegurar que en la India antigua no hay un derecho privado que no estuviese constando en los libros sagrados; y como éstos fueron códigos accesibles sólo a los sacerdotes, quedó a su arbitrio el aplicar o no las disposiciones que tenían un carácter de protección general.

Un hecho podría prestarse para colegir la existencia de relaciones de derecho privado entre hindúes y extranjeros, si estuviera plenamente demostrado. Tal hecho es la posibilidad del intercambio con ciertos países del oriente y occidente. En los Vedas aparece la India como un pueblo de navegantes. Esta causa pudo condicionar algunas relaciones con determinados pueblos, y, por lo mismo, algo así como un comienzo de reglas de derecho privado internacional. Antes del predominio del brahamanismo, en los primeros de la constitución y establecimiento de la raza aria, la India, estableció contacto con el Asia Oriental, siendo el comercio, el único lazo de unión. Posteriormente el budhismo convirtió la Indo-China en dependencia de la India. Con el occidente es más problemático el establecimiento de relaciones; no hay otro indicio que la presencia de raíces sánscritas en pueblos que nada tienen que ver con la raza aria. Se ha creído también que la India influyó en Grecia, tomando en consideración ciertas semejanzas como serían, la de la filosofía griega con las doctrinas indias, particularmente en los sistemas de Pitágoras y Platón; la de la religión griega con el politeísmo hindú. Júpiter se parece a Indra; la simbolización de Yama es igual a la de Plutón. Apolo es análogo a Somya. Bahamani se asemeja a Venus. Pero ni aún esta posibilidad nos serviría para suponer la existencia de un derecho privado internacional, si nos atenemos a la opinión de escritores que han reivindicado la autoctonía de la cultura helena, como Ritter, para quien, la Grecia nada debe a la India. Dando, sin embargo, por posibles las relaciones de este pueblo con los de Oriente, no podemos determinar la forma del ejercicio de intercambio mediante el comercio. No podemos precisar si fue comercio de



piratería, o si fue comercio pacífico y normal. En consecuencia no podemos hacer otra cosa que reconocer que existieron determinados preceptos en favor de los extranjeros, pero por un principio de moral general y no por la necesidad de establecer una protección permanente, porque entonces, estaríamos en presencia de un proceso claro de desarrollo del Derecho Internacional Privado. Y a tal conclusión no podemos llegar, por las razones que hemos mencionado.

*Egipto.*—Los egipcios, al igual que el pueblo hindú, se consideraron raza selecta y escogida, y mientras estuvo en vigor la constitución teocrática, puede afirmarse que prevaleció en sus instituciones la idea de rechazo a los extranjeros. La costumbre de la consagración es un símbolo material de la separación religiosa que los egipcios mantuvieron con respecto a los demás pueblos. Cuando el Gran Pontifice consagraba a los reyes, les exigía juramento solemne de que jamás consentirían en la introducción de costumbres extrañas. El rechazo no solamente se extendió a las personas de los extranjeros, sino también a objetos corporales que se juzgaba pertenecerles o que podían proceder de ellos como utensilios, bebidas, alimentos, etc. El trato que los Faraones dieron a los pueblos cautivos, revela el grado de resistencia del pueblo egipcio hacia los extranjeros. Los hebreos que se establecieron en el país del Nilo se equipararon a los nómadas; se les gravó con los trabajos más humillantes y aún se llegó a condenar a muerte a los hijos varones para eliminar una raza considerada como maldita.

Hay, sin embargo, una circunstancia que contribuye a diferenciar el Egipto de la India y que permite ampliar las relaciones internacionales de un modo más eficaz que en el país brahamánico. Esa circunstancia es el diverso concepto que los egipcios tuvieron de las castas. Mientras la India consideraba que la casta sacerdotal era obra de dios y provenía de su voluntad, los egipcios la miraron como el resultado de una organización humana más que divina. No pueden explicarse de otro modo las luchas entre las castas de guerreros y sacerdotes por la supremacía en el mando político del Estado. Por la misma razón, los miembros de una u otra casta pudieron ejercer indistintamente funciones religiosas. De aquí que el Egipto fuese más generalizador o, si se quiere, más liberal que la India. El rechazo a que hemos hecho



referencia antes, probablemente se refirió a individuos que provenían de pueblos enemigos, que tocante a los propiamente extranjeros las leyes egipcias los protegían, habiendo llegado hasta a sancionar con pena de muerte al que mataba a un esclavo como al que mataba a un hombre libre.

Obedeciendo las castas a causas políticas antes que místicas, presentaron alguna flexibilidad, fueron aptas para disolverse, permitiendo la asimilación de elementos nuevos en la cultura egipcia, tanto por el acercamiento de los viajes como por la expansión natural de sus doctrinas filosóficas que fueron la materia prima sobre la que habría de operar con inmensa ventaja, el genio de la cultura griega. El prestigio de la ciencia egipcia, de antiquísimo abolengo, atrajo a los santuarios, a legisladores, filósofos y artistas. Las ideas acerca de la inmortalidad y de la transmigración de las almas, demuestran un contenido universalista, quizás una noción, aunque velada todavía, de que el progreso general de la humanidad no puede operarse dentro de un solo orden de vida. Los egipcios encontraron ventajoso el intercambio y la comunicación con otros agregados. Estos factores hicieron que el Egipto admitiese en su suelo a extranjeros de diversas razas con mayor decisión, mientras más se flexibilizaba el absolutismo de la teocracia. A esta constatación histórica obedece, seguramente, el que varios escritores contemporáneos juzguen al Egipto, en el periodo al que nos referimos, como país cosmopolita y civilizador, dotado de un sentido de justicia que le puso en condiciones, como observa Bossuet, de absorber al elemento invasor cuantas veces se presentó la invasión por parte de pueblos extranjeros. Griegos y fenicios, lidios y cananeos, etíopes, persas, asirios, chinos, etc., mantuvieron con el Egipto relaciones comerciales permanentes, ya por vía marítima, ya por vía terrestre, mediante las caravanas.

Corresponde al tiempo del máximo desarrollo comercial, el establecimiento de un sistema liberal en el derecho privado, que reconocía la libertad civil de los extranjeros y les otorgaba una protección no conocida por la legislación hindú. Se creó un magistrado especial encargado de velar por el derecho de los extranjeros garantizado en las leyes, al que se denominó *Agoránomo*, quien era, a la vez, magistrado de la justicia y perito en el conocimiento de las lenguas. Por esta razón intervenía en los contratos de los extranjeros entre sí o con nacionales y los redactaba en varios idiomas, según



convenía a la eficacia del acto jurídico que se trataba de realizar. Se usaron las lenguas demótica, griega y caldea. Esta costumbre altamente beneficiosa impidió que los extranjeros incurriesen en los errores que provienen del desconocimiento del idioma local, garantizándolos así contra los perjuicios que pudieran experimentar en el ejercicio de la actividad jurídica general.

Cuando el derecho no es clasista, sino que se orienta hacia la protección de todas las personas, sin distinciones egoístas, el efecto socializador se produce necesariamente. Tal ocurrió en el Egipto. La protección ampliamente dispensada a los extranjeros fue un estímulo para que ellos afluyeran en número considerable a su territorio, hasta el punto de tener que establecer barrios adecuados para residencia de extranjeros domiciliados o transeúntes, como en Menfis, ciudad en la cual los residentes que no eran egipcios pudieron elegir libremente sus magistrados judiciales locales. La ampliación de esos barrios constituyó una verdadera ciudad que, con relación a los griegos, se denominó *Naucratis*, sujeta en todo, a la concesión de la extraterritorialidad. Al principio esta ciudad fue un mero emporio comercial griego, reservado a los habitantes de Mileto. Dicho emporio comercial, según Weiss, tuvo facultad para elegir un magistrado propio llamado *Tumarco*, así como también funcionarios judiciales que llevaron el nombre de *próstatos*. Progresivamente, la significación de *Naucratis*, se amplió hasta producir la identificación de extranjeros y nacionales tocante a derechos privados, o sea, la primera concretación histórica del sistema de la igualdad propio de nuestros tiempos. La protección fué definida y cierta, como lo hace notar Eugenio Revillout.

*Pueblo Hebreo.*—Ha sido llamado el *pueblo de Dios*, porque se asignó el cumplimiento de un destino supremo en la humanidad. El convencimiento de este destino, fué en verdad, la preocupación primordial de la raza israelita, hasta el extremo de conducir a Moisés a evitar en lo posible el contacto con otros pueblos que hubieran podido contagiar de idolatría a la raza del Señor.

Por su posición geográfica, la Palestina fue lugar de paso para los conquistadores; y esta causa no pudo sustraer a los hebreos de una vinculación relativa con la mayor parte de los imperios de oriente. La religión hebrea aporta por pri-



mera vez, la idea de un dios único, circunstancia que ha movido a varios historiadores a sostener que en esta materia, fueron de ningún valor las influencias de los demás pueblos sobre la raza israelita, a pesar de algunas pruebas que pudieran corroborar la acción directa de Egipto. Durante el cautiverio, el pueblo hebreo asimiló, efectivamente algunas costumbres y usos de aquél, excepto en materia de religión, pese a la situación por la que atravesó el pueblo elegido, obligado a permanecer mezclado con quienes ejercitaban el rito idolátrico del sacerdocio faraónico. Sin negar el efecto de cualquiera influencia, el pueblo hebreo se distingue sustancialmente de los demás de la antigüedad por el dogma del dios único, simbolizado en Jehová. Dios celoso y sangriento, dotado de las mismas pasiones de los hombres, pero en definitiva uno sólo, constituye una noción centrísta, encaminada al reconocimiento de la unidad del género humano, y a la posibilidad de aceptar a todos los hombres como hermanos. Es el nacimiento de una nueva teocracia en que la idea madre es la unidad, desprovista de las complejidades de las viejas teogonías. La fe en el dios único hizo de los hebreos la raza elegida y fortificó el convencimiento del destino que tenía que cumplir.

La tendencia a evitar la idolatría, hace que, en un principio, se rechaze a los extranjeros, para evitar su contacto. Muy posteriormente, el pueblo hebreo los acogió suministrándoles cabida en las tribus y otorgándoles algunos derechos que hasta entonces se habían reservado a los nacionales. El extranjero fue asimilado al huérfano y a la viuda, en el sentido de que demandaba como éstos, benevolencia y caridad. El Deuteronomio garantizó la justicia a todos los hombres sin distinción; y tocante a los extranjeros, les concedió los derechos de espigar y vendimiar. Se castigó con la maldición de Dios a todo el que pervirtiese la justicia del extranjero, del huérfano y de la viuda. Se dividieron los extranjeros en dos categorías: extranjeros propiamente dichos que tenían su residencia ocasional en el territorio del pueblo israelita y *prosélitos*, que habían obtenido la naturalización en ese territorio. Las concesiones se limitaron a ciertas categorías de pueblos que gozaban de la simpatía de los hebreos, como los Idumeos; pero el reconocimiento no se hizo extensivo a los miembros de aquellas agrupaciones que habían resistido a Israel y que fueron denominados pueblos de *dura cerviz*. Algunos textos contenidos en el Exódo, permiten afirmar que se estableció



una relativa igualdad entre nacionales y extranjeros, bajo las limitaciones que se van a expresar.

Los extranjeros que cumpliendo el rito de la circuncisión se establecían en el territorio israelita, fueron considerados como sus naturales y quedaban en un mismo pie de igualdad con los originarios, sirviendo la ley para ambas categorías de personas. El extranjero naturalizado en la forma indicada pudo ejercer funciones administrativas y judiciales y pudo ser juez de los mismos extranjeros residentes u ocasionales. Para los casos de pleito entre hebreos y extranjeros, fue costumbre aplicar la ley del extranjero, como regla general, excepto los casos en que la ley territorial fuese más favorable al israelita, porque entonces, se aplicaba esta última. Este proceder, puede considerarse como un verdadero sistema de derecho internacional privado, aún para los casos de solución de conflictos de leyes. La adquisición de bienes raíces les fue permitida a los extranjeros; y cuando se procedía a la distribución periódica de las tierras, se ordenaba terminantemente que se diera su parte a los extranjeros naturalizados. Los extranjeros residentes gozaban de la protección de los magistrados judiciales. El inmigrante y el obrero, fueron considerados como extranjeros ocasionales y tuvieron el amparo de la justicia en todos los contratos y actos celebrados entre ellos o con israelitas. Naturalizado un extranjero, gozaba de los mismos derechos que los hebreos, menos de dos facultades demasiado importantes, que se confiaron siempre a los nacionales. Tales fueron, la facultad de conducir los ejércitos y la de integrar el tribunal del Sanhedrín.

Las relaciones civiles y comerciales entre extranjeros y hebreos, fueron ampliando cada vez más estas prácticas, por las cuales puede concluirse que el pueblo israelita mantuvo en sus instituciones una legislación sustantiva de protección de extranjeros y por lo mismo, un derecho internacional privado.

*Medos, Persas, Fenicios, Cartagineses.*—A nuestro modo de ver, los pueblos hasta aquí estudiados, representan mayor significación en lo que al reconocimiento de los derechos de los extranjeros se refiere. Otros pueblos como el asirio, medo, persa, fenicio, cartaginés, realizan, por medio de las conquistas la aproximación guerrera que estuvo muy lejos de transparentarse en un orden jurídico definido. Las conquistas emprendidas por los medos y persas, por ejemplo, se carac-



terizan por la crueldad del trato que se daba a los vencidos. La historia nos da a conocer con abundancia de detalles el grado de hostilidad entre esos pueblos que elevaron la venganza a ley de la guerra.

La idea religiosa ha variado en su coeficiente de potencialidad, según las razas y el medio ambiente en que éstas se han desarrollado. Acciona de diversa manera, según el grado de las preocupaciones y de los destinos que cada agregado humano ha creído realizar. Brahama, por ejemplo, no es el Jehová de los hebreos; y el mazdeísmo, no es una fuerza que paralice la expansión persa. El pueblo hebreo aporta la idea de un sólo dios, como hemos visto antes, y el contorno de las religiones, en general, motiva una diversa organización en las sociedades que se presenta con diversos caracteres en las teocracias y en los estados conquistadores. Estos, persiguen la victoria, el engrandecimiento y el poderío, destruyen todo lo que se opone a su paso y envilecen o matan a los vencidos. Como provienen de agregaciones nómadas, el nomadismo no se compadece con instituciones jurídicas fijas. Y a esto obedece que en ninguno de los países guerreros antiguos se pueda encontrar un sistema de legislación que se aproxime a la equidad y más aún, si nos referimos a los extranjeros. Los cartagineses, para hacer frente a Roma, tuvieron que fletar mercenarios de todas las razas conocidas: libios, baleares, lusitanos, númidas, etc. Estos fueron verdaderos extranjeros en el territorio de Cartago; servían a la República por precio, pero la República, les mantuvo fuera de su derecho y cuando no le eran necesarios, arbitraba las formas de eliminarlos.

La conquista ha puesto en contacto pueblos de diversa índole y distintas costumbres; la necesidad de la guerra, amontonaba los hombres sin selecciones étnicas; pero después de los hechos de armas, no quedaba sino el derecho del vencedor, para abatir y humillar a los vencidos, para esclavizarlos o para venderlos, pero en ningún caso para reconocerles el principio supremo regulador de la vida social: el derecho. Por ello, en los pueblos conquistadores no se esboza ni siquiera un comienzo de legislación protectora de los extranjeros.

*China.*—El pensamiento fundamental de la cultura china antigua, tan poco conocida, en lo que se refiere a los extranjeros, aparece de manifiesto en la literatura que se podría lla-



mar clásica, inspirada directamente por las enseñanzas de Confucio. Por esa literatura se colige que la China se consideró como un conjunto de comunidades, de familias y clanes, localizado en el centro del Universo y constituyendo el *País del medio* o *Tchong-Kouo*. Este conjunto vino a significar un concepto filosófico antes que político, como lo indica el profesor Juan Escarra; porque, efectivamente, no hace sino revelar la preocupación común de los pueblos de la antigüedad y de muchos de los contemporáneos, de asignarse un destino, de diferenciarse de las demás agrupaciones. En la misma forma, el *País del Medio*, entidad étnica específica, agrupó solamente a los elementos dotados de una semejanza, mental, religiosa, política, etc. En torno a este gran núcleo central privilegiado habitaban los *bárbaros de los cuatro mares*, denominación con que la China trataba a los demás pueblos y que aparece repetidas veces en la literatura a que nos hemos referido. Esos bárbaros, son, pues, todos los pueblos y todos los hombres que no participan de los rasgos comunes de la cultura del Imperio del Medio.

Este convencimiento tiene y ha tenido una larga persistencia, dentro de la evolución china, habiendo sido necesaria la intervención de factores y circunstancias especiales para modificar esa creencia que retardó considerablemente el otorgamiento de concesiones a los extranjeros.

¿Cuáles fueron esas circunstancias o factores? No han sido otros que los que se desprenden de las vicisitudes políticas. Así, por ejemplo, la dinastía mongola de los *Yuan*, fue célebre por su benevolencia para con los extranjeros. Se caracterizó por la decisión de aventuras que motivó grandes y extensos recorridos por todo el mundo, haciendo posible la comprensión del elemento ajeno a la civilización mongola. Pero la China en situaciones difíciles, desde el punto de vista político, interno e internacional, y en manos de gobiernos débiles, viose obligada a retornar a los antiguos prejuicios, aparte de que, las tendencias imperialistas de otros pueblos, le condujeron, repetidas ocasiones, a negar toda acogida a los extranjeros en su territorio. Las causas políticas, han determinado, pues, el mayor o menor grado de las concesiones extranjeras. Por lo mismo, es preciso, determinar algunos hechos que demuestran la protección que las leyes y tratados chinos otorgaron a los extranjeros. El primer hecho se pone de manifiesto, a raíz del establecimiento de los portugueses en el



Imperio. Sus relaciones con los puertos del sur de la China, quizás han datado de fecha muy antigua; pero la residencia de portugueses en Macao, probablemente parte de 1497. Residieron en ese territorio, previo el pago de una contribución y sus factorías comerciales, se asemejaron a las de la Liga hanseática y a las de las repúblicas italianas. La administración fue confiada primeramente, a un *Capitán de Navío*, el más antiguo, y luego, a un senado electivo. Gozaron de una organización municipal y judicial, autónoma, que se amplió posteriormente con las concesiones que China hizo a Portugal por el Tratado de Pekín de 1887.

Esto, en lo que se refiere a la China tropical que, en lo que dice relación con los desiertos del noroeste, nos encontramos con la penetración de los rusos, cuyo comercio queda garantizado por el tratado de Kiakhta de 1727, cuyas principales disposiciones, fueron las siguientes: el número de mercaderes extranjeros que pueden establecerse en Pekín no puede pasar de doscientos. Su llegada a la frontera debía ser anunciada por escrito. Debían tener un jefe o árbitro encargado de resolver sus diferendos. El comercio de caravanas debía seguir el camino directo, señalado por la autoridad; en caso contrario, la mercadería debía ser incautada en beneficio del Gobierno.

#### ÁREA HISTÓRICA

DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

Este tratado regularizó la condición de los extranjeros, cuya situación es casi desconocida en la antigüedad china. La regularización obedecía, desde luego, a razones comerciales, sin que pueda precisarse de manera concreta la condición de los extranjeros no comerciantes. Pero de todos modos, los tratados de comercio han servido de base para el sistema actual de las concesiones, acerca de las cuales daremos una idea explicativa, dada la importancia de aquéllas en el campo del derecho civil internacional.

Una *concesión*, es una zona de residencia reservada para los extranjeros, y puede ser de dos clases: en beneficio de los nacionales de un sólo Estado, en cuyo caso se llama *individual*, o en beneficio de los súbditos de varios Estados, formando así una comunidad de extranjeros, En este último caso, la concesión se llama *internacional*.

En lo que se refiere a la asignación de zonas, ella puede hacerse a los comerciantes extranjeros en el orden de sus peticiones, y a consecuencia de un arreglo con los pro-



pietarios chinos, bajo la intervención de las autoridades consulares y locales.

Este procedimiento ha dado lugar a la organización típica de concesiones denominadas por los autores ingleses el *Settlement*. El gobierno chino en cada caso que abre nuevos puertos al comercio extranjero, tiene el buen cuidado de declarar expresamente que los extranjeros admitidos en esos puertos han de estar sujetos a los reglamentos municipales y de policía, sin poder establecer organizaciones especiales, sino en virtud de autorización del gobierno.

El carácter esencial de una concesión es la autonomía administrativa de que goza, como regla general; y esto es lo que permite distinguir una concesión propiamente dicha de una mera acogida circunstancial dispensada por el gobierno a los extranjeros.

En virtud de este sistema, residen en la China súbditos del Japón, Inglaterra, Francia, Alemania, Rusia, Bélgica, Italia, Austria, etc. Pero las concesiones, es indispensable estudiarlas en cada caso, ya que varían según las estipulaciones de los tratados y según la extensión de los derechos que se conceden. La concesión internacional, por ejemplo, se encomienda a los funcionarios consulares. La autonomía administrativa se garantiza por la existencia de un comité internacional de doce miembros, seis chinos y seis extranjeros; sus funciones se relacionan con las obras públicas, la higiene y los impuestos municipales necesarios para esos servicios.

En las concesiones individuales, el cónsul como representante del Estado concesionario, tuvo, al principio una multiplicidad de atribuciones que se encaminaron siempre a mantener el respeto a los derechos privados reconocidos en su país. No tuvo facultad de administrar justicia sino en los casos de arbitraje.

Los extranjeros, sin embargo, no gozan del derecho de propiedad, pues, son considerados solamente como arrendatarios perpetuos de las tierras que ocupan y que han sido expropiadas por el Estado a los propietarios nacionales. La regla general, dentro de las concesiones es la de que el extranjero puede constituir y ceder todos los derechos reales derivados del arrendamiento perpetuo o compatibles con él.

Múltiples e importantes son los aspectos que se derivan de una concesión china, en lo que respecta a los derechos de los extranjeros. Nosotros apuntamos solamente los línea-



mientos generales; y esto, para demostrar cómo se ha operado en la China la evolución ascensional, quizá desde un desconocimiento de toda garantía y protección a quienes no pertenecían a la cultura mongólica, hasta la amplitud de las concesiones de que hemos hablado, y que hoy representan instituciones de valioso alcance para el derecho civil internacional.

*Grecia.*—Este país estuvo dividido en varios Estados, contenido cada uno en una ciudad. Los helenos de cada ciudad se consideraron recíprocamente como extranjeros. Así se explica la causa por la cual atenienses y espartanos constituyeron una aristocracia cerrada que conducía a la preocupación de conservar el privilegio de las instituciones y la nobleza de la raza. El poderoso factor de la nacionalidad helena fué la lengua. Este carácter común, permitió que las ciudades libres —tipos de ciudad-República— se reuniesen para celebrar sus fiestas. Esas uniones fueron siempre transitorias, de modo que, desaparecido el motivo, cada una volvía a su independencia habitual. La rivalidad tradicional, mantenía como norma de conducta la continuidad de las guerras civiles.

Nuevas fuerzas diferencian profundamente la cultura griega de la de los pueblos de Oriente. En Grecia no hay propiamente clases sociales privilegiadas. El sacerdocio y la guerra son funciones iguales. La teocracia ha cedido su lugar a la organización republicana. Aparece la libertad en el orden político. El Estado ya no está constituido ni por el despotismo ni por la omnipotencia divina.

La hospitalidad griega que es muy ensalzada por la literatura de la edad heroica, no fue suficiente para el mantenimiento de relaciones regulares entre griegos y extranjeros. Predominó, al comienzo, un criterio que obligó a considerar al extranjero como un ser inferior desde que no tenía el privilegio de la raza helénica. El progreso es muy posterior y se acentúa cuando se establecen instituciones que hacen de la hospitalidad una cuestión de derecho público.

A raíz de la invasión dórica, los vencedores consintieron en negociar con los vencidos. Aparecen entonces algunos tratados, muchos de los cuales no fueron respetados, debiéndose a esta causa, las largas luchas entre invasores e invadidos. Los dorios particularmente se establecieron en Esparta.



Los aqueos que conservaron la libertad personal se designaron lecedemoniós o *periecos*. El resto de la población, sujeta a servidumbre, se englobó en la denominación genérica de *ílotas*.

Los *periecos* cultivaron la tierra, ejercieron el comercio y pagaron a los vencedores un cánón como retribución de las garantías otorgadas. Los *ílotas* formaron casi las cinco sextas partes de la población de Laconia; llevaron un traje especial y su condición de servidumbre les equiparaba a la esclavitud.

Por razones de conquista se dividió la población en las dos clases mencionadas, y esta división que sancionaba el desconocimiento de los derechos de la persona, tuvo mucha influencia, primero sobre la libertad política, segundo, sobre el reconocimiento de la igualdad jurídica entre nacionales y extranjeros que es lo que principalmente nos interesa considerar.

Con la preocupación aristocrática que primaba entre espartanos y atenienses, no pudo admitirse, al principio, un reconocimiento de derechos a los extranjeros. Por ello, la Grecia, exigía como requisito para el ejercicio de los derechos políticos la ciudadanía griega en el padre y la madre; y en tiempo de Pericles, la inscripción fraudulenta de muchos extranjeros en las listas electorales fue motivo suficiente para que todos ellos fuesen vendidos como esclavos.

Con la naturalización permitida por la Grecia, los extranjeros pudieron adquirir la calidad de ciudadanos, siempre, mediante concesiones muy especiales, debiéndose a ello el que Esparta no la concediese casi nunca. En los raros casos de naturalización, el extranjero no pudo ejercer ciertos cargos como los de *arconte* y *sacerdote*, que quedaron reservados a los nacionales de origen.

En los tiempos en que aún no se iniciaba el apogeo de la cultura helena, los extranjeros no tuvieron posibilidad de gozar de los derechos civiles. La facultad de hacer testamento, la potestad marital, el derecho de adquirir bienes raíces, correspondieron a los verdaderos ciudadanos griegos.

En Esparta predominó la llamada *Xenelesía*, derecho del Estado para expulsar de su territorio a los extranjeros. Esta institución no se aplicó, desde luego, en un sentido absoluto, porque se refería especialmente a aquellos extranjeros que podían contribuir a aclimatar en el pueblo ciertas costumbres y usos prohibidos por las leyes, como el lujo, la afición a las



riquezas y a los placeres. Aparte de esta consideración, los extranjeros se congregaban en Esparta durante los juegos públicos, sujetos a una especial reglamentación que permitía, por medio de funcionarios especiales, el cuidado y respeto a los huéspedes y el establecimiento de relaciones de amistad entre ellos y los nacionales. La rigidez primitiva de la sociedad lacedemónica, hubo de eliminarse por el influjo de las guerras médicas que pusieron a la ciudad de Licurgo en contacto directo con los demás pueblos de la Grecia.

Atenas es, al contrario de Esparta, la ciudad cosmopolita. En tiempo de Pericles dá cabida a cuarenta y cinco mil extranjeros sobre una población de noventa y cinco mil habitantes. Los extranjeros gozaron en Atenas de una situación jurídica ordenada. La inmigración en nada debilitó la unidad del gobierno ateniense, como temieron los espartanos; y esto, a pesar de que Atenas tenía que defenderse no solamente de las mismas ciudades rivales de la Grecia sino también de los helenos del Mar Egeo, del Asia y del Africa.

Se distinguieron en Atenas, cuatro clases de extranjeros: *Isotelos*, *Metóikos* o *Metecos*, *Extranjeros no domiciliados* y *bárbaros*. Estudiemos la condición jurídica de cada una de estas clases.

Los *Isotelos*, fueron extranjeros que habían obtenido, por medio de un tratado o de un decreto popular, la concesión total o parcial de ciertos derechos no solamente de índole civil, en el suelo ateniense. Bajo el nombre genérico de *Asylía* se conocen aquellas convenciones de mucha importancia para el Derecho internacional privado, convenciones que podían variar en calidad y extensión, según los derechos que conferían a los extranjeros. *Asylía - Asfalea*, se denominaron a los tratados que consagraban el principio de la inviolabilidad personal del extranjero. La consagración del derecho de adquirir bienes raíces en territorio ateniense, se llamó *Enktesis*. La excención de los impuestos y prestaciones recibió el nombre de *Atelea*. El reconocimiento de la igualdad entre nacionales y extranjeros, tocante a dichos impuestos, fue objeto de una convención *isotelea*. La concesión del derecho de ciudadanía entre los miembros de los Estados contratantes se denominó *isopolitía*. Como frecuentemente las convenciones de *Asylía* consultaron la igualdad del extranjero y del ciudadano en lo referente a impuestos, los extranjeros regulados por esas concesiones, se llamaron de un modo genérico *isotelos*,



aunque prácticamente se les hubiese concedido otros derechos que los enumerados.

Los extranjeros *metoikos* o *metecos*, no estuvieron regulados ni por convenciones ni por tratados, sino por una mera autorización del Aréopago que les permitía fijar el domicilio en Atenas. No pudieron poseer inmuebles en la ciudad, ni transmitirlos por testamento. El matrimonio del *metoiko* con una mujer ateniense, no podía producir los efectos de una unión legítima. Los hijos procedentes de tales uniones se asimilaron a los bastardos. Además de estas diferencias, los *metoikos* dependieron de una jurisdicción especial encomendada al *polemarkas*. Para estar en juicio necesitaron de la asistencia de un tutor llamado *Proxene* y de la prestación de cauciones para intentar las acciones judiciales. Pagaron también al Estado un canon periódico para compensar el beneficio de la protección que les otorgaba la ciudad. Tuvieron sí plena libertad para ejercer actividades industriales y comerciales y para intervenir en las fiestas religiosas. Los *metecos* contribuyeron eficazmente al desarrollo del poderío militar de Atenas; sus servicios como *hoplitas* en las tropas de tierra y como marinos en las trirremes fueron destacados en las acciones de armas en que se comprometía la soberanía y la independencia de Atenas. ÁREA HISTÓRICA DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

Los *extranjeros no domiciliados*, residían en Atenas sin convenciones ni autorización de ninguna clase. Su condición estuvo al principio fuera de la protección jurídica, pero posteriormente, habiéndose ampliado las funciones de la *Proxene*, no se diferenciaron sustancialmente de los demás extranjeros, sino en la imposibilidad de aspirar al derecho de ciudad. Por lo demás, podían comparecer en juicio e intentar las mismas acciones concedidas a los otros extranjeros.

*Bárbaros*, fueron denominados todos los individuos dependientes de pueblos que no reconocieron la jurisdicción de las leyes de Atenas. No se les otorgó ningún derecho ni protección.

*Roma.*—La legislación romana dentro de su evolución histórica, a través de los diversos períodos que fueron eliminando el primitivo rigorismo del *Jus Sacrum*, ofrece instituciones que favorecen a los extranjeros, dentro de las posibles exigencias del derecho, de acuerdo con la peculiar organización social romana.



Durante los tres primeros siglos de la Fundación, el derecho público y el privado marcharon confundidos. Toda la vida jurídica general, en sus diversos aspectos, civil, penal, comercial, administrativo y procesal, constituyó un solo conjunto que obedecía, en su origen, a una sanción religiosa. A esto se debe el nombre de *Jus Sacrum* que tomaron las leyes porque ellas fueron promulgadas en el Monte Sacro, con motivo de la creación del *Tribunado*.

Hacia el año 300 de la Fundación, se dictaron las XII Tablas, ampliación del mismo *Jus Sacrum*. Todo el desarrollo del Derecho de las XII Tablas, constituyó en puridad el *Jus Civile*, y en éste, se emplea la palabra *hoste* para designar al extranjero. *Hoste* quiere decir enemigo de un modo general; mas si era un combatiente que tenía las armas en la mano contra Roma, el término más expresivo fue el de *perduellis*.

Según varios autores, Roma tenía declarada guerra a muerte contra los extranjeros. Para esta conclusión se han fundado en un texto literal de las XII Tablas: *adversus hostem aeterna suctoritas esto*. Dicha frase no puede referirse sino a los pueblos con los cuales luchaba Roma y que eran considerados como enemigos. Cualquiera otra interpretación sería demasiado exagerada, sobre todo, si se tiene en cuenta la existencia de dos instituciones fundamentales que parecen datar de fecha muy remota. Esas instituciones son el *Hospitium* y el *Patronato*, que podían producir una acogida más o menos favorable al extranjero en Roma, excepto al *perduellis*.

El *Hospitium* fue un verdadero contrato entre Roma y el extranjero de patria conocida, *certa civitate*. Roma estuvo representada, en este contrato, por el ciudadano o *quirite*, que se obligaba a recibir al extranjero en su casa, a defenderlo ante la justicia y a velar por sus intereses. El extranjero en tales condiciones fue reputado libre, pero sujeto a la potestad del protector. El *Hospitium* no tuvo la sanción del derecho civil, pero estuvo garantizado por la religión. Un homicidio contra la persona del huésped, provocaba la cólera de los dioses; y para el efecto de la sanción penal, se asimiló al parricidio. Las obligaciones del *Hospitium* fueron contractuales; se originaban prestaciones recíprocas que pasaban a los herederos y no se extinguían ni aún en el caso de guerra entre Roma y el país del extranjero.



El *Patronato* era igualmente un contrato por el cual, el extranjero que había renunciado a su país de origen, para acogerse a la jurisdicción romana, quedaba bajo la protección de un *patrono* y llegaba a ocupar la situación de hijo de familia. Las obligaciones del individuo sujeto a patronato fueron: la de contribuir al pago de las multas en que incurría el patrono, cooperar a la formación de la dote de sus hijas y prestarle ayuda en todos los casos en que podía intervenir con tal fin un hijo de familia. El patronato amplió la *clíentela*, en virtud del servicio que significaba para los extranjeros, quienes, de ordinario, prefirieron acogerse a esta forma de protección, a cambio de ciertas obligaciones correlativas por parte del patrono, entre las cuales la primordial fue la de instruir al extranjero en materias de derecho y representarle ante la justicia.

En todos los asuntos jurídicos en que por un modo u otro, intervenía un extranjero, sometido a las obligaciones del *patronato*, actuaba la jurisdicción de los *recuperatores*, magistrados judiciales, imitados probablemente de las leyes griegas.

Con posterioridad a esta fecha, el desenvolvimiento de las instituciones bancarias romanas y la celebración de tratados comerciales, motivaron la creación de nuevas instituciones de derecho privado internacional. El nombre de *hoste*, aplicado al extranjero, se sustituyó con el de *peregrino*, correspondiendo este término, en su exacta significación, al hombre libre sin goce de la ciudadanía romana. Se consideraron como peregrinos a los habitantes de las provincias conquistadas, a los dediticios, a los deportados y en general a todo hombre extraño que perteneciese a un pueblo al cual Roma no hubiese alcanzado con su radio de acción y que específicamente se llamó *bárbaro*.

Como el reconocimiento de los peregrinos obligara al establecimiento de órganos o instituciones que correspondieran a los actos jurídicos que de ellos provenían, se creó la *Pretura*. Este organismo judicial conoció de todos los aspectos de derecho ocasionados por la intervención de extranjeros en actos celebrados entre ellos o con ciudadanos. Por la ley de naturalización general de Caracalla las preturas, urbana y peregrina, formaron una sola jurisdicción, para conocer de todos los casos entre ciudadanos y extranjeros. Los Pretores, desempeñaron, pues, una importante misión dentro



de los primeros alcances que en Roma tuvo el derecho civil internacional. En muchas de sus resoluciones se reconoce el imperio de la ley extranjera y se establecen reglas para dirimir algunos casos de conflicto, por razón de la diferencia en la ley de las partes. Esos mismos magistrados crearon en beneficio de los extranjeros, la acción de responsabilidad civil en contra de los funcionarios que se excedían del rol normal de sus atribuciones.

Reviste particular importancia el estudio de tres categorías de extranjeros: *peregrino ordinario*, *latino* y *bárbaro*.

*Peregrino ordinario* fue aquel que residió en las zonas incorporadas a Roma; no tuvo el *jus latii* ni el *jus civile*, que llegó a incorporar ampliamente el conjunto de los derechos privados y políticos, pertinentes al ciudadano o *quiriti*. Pero el Derecho Romano concedió al peregrino ordinario determinadas facultades que no arrancaban del estricto derecho civil sino del *jus gentium*, de la equidad natural o de la razón justa.

Veamos qué clase de derechos eran propios del ciudadano, para concluir indicando los derechos que, por la misma causa, no se concedieron al peregrino ordinario:

El *jus civile* significa, hemos dicho ya, ejercicio jurídico de carácter político y de carácter privado o propiamente civil. Se descompuso en los siguientes derechos: *jus suffragii*, *jus honorum*, *jus connubii* y *jus commercii*. o sean, derechos de elegir y ser elegido, de matrimonio y de comercio. El goce de estos derechos no tuvo el peregrino ordinario. No pudo, en consecuencia, realizar justas nupcias y las uniones que contraía, no pudieron, en ningún caso surtir los efectos de un matrimonio de derecho civil. La mujer, según esta regla, no estuvo bajo la relación *in manus*, no hubo potestad romana ni agnación. Sin el parentesco civil, el extranjero al que nos venimos refiriendo, quedó incapaz de transmitir bienes o de recibirlos ab-intestato.

Desposeído del *jus commercii*, no tuvo acceso a la propiedad quiritaria, ni a sus modos de adquirir como la *mancipatio* y la *cesio in jure*. La usucapión, el testamento y las acciones *comuni dividundo*, *familiae erciscundae* y *finium regundorum*, correspondieron sólo al quirite romano. Tampoco pudo el peregrino comprometerse en derecho usando la fórmula *spondes spondeo*.



Pero hemos dicho que la legislación romana concedió a los peregrinos ciertas facultades para ampararles, según los principios de un supremo ideal de justicia, dispensada a todos los hombres sin distinción: el *jus gentium*. En virtud de una concesión semejante, el peregrino pudo contraer un matrimonio cuyos efectos no fueron precisamente los del derecho civil. Fue el matrimonio del derecho de gentes, bien diferenciado en la legislación romana. Así mismo tuvo acceso a la propiedad bonitaria que no puede, en ningún caso, confundirse con la quirítaria.

Hasta los tiempos del Emperador Adriano, pudo el peregrino recibir a título de fideicomiso.

En materia de contratos, como lo afirma Weiss, casi todos ellos se originaron del *jus gentium*. El peregrino, por tanto, pudo realizar ventas, arrendamientos, sociedades y mandatos, mutuos, comodatos, depósitos y prendas, disfrutando de las acciones correlativas. Pudo, por fin, ejercitar algunas acciones de carácter penal, reguladas por la ley civil, como la *actio furti* y la *actio injuriarum*.

La segunda categoría que debemos estudiar para ir completando el panorama general de la situación de los extranjeros en Roma, que interesa, tanto a la historia del derecho civil internacional, como a las formas y procesos que han motivado y motivan un mayor acercamiento entre los diversos pueblos, es la de los *peregrinos latinos*. Ocupan ante el derecho la posición media entre el peregrino ordinario y el quiríte romano.

Por razón de procedencia hubieron tres clases de latinos: *latini veteres*, *latini coloniari*, y *latini juniani*. Los primeros se los debe estudiar dentro de dos períodos: el uno comprende la alianza con los romanos; y el otro, la sujeción absoluta a Roma. Durante la alianza tuvieron el *jus sufragii*, el *jus connubium* y el *jus commercii*.

En el segundo período fueron privados de estos derechos y sólo posteriormente se les reintegró en el goce del *jus commercii* que caracteriza el *jus latii*, para los habitantes del Lacio.

*Latini coloniari* se llamaron los residentes en el territorio de las colonias romanas, ya por emigración voluntaria, ya por una condena o ya por designación del padre para los hijos de familia. Perdían estas personas la ciudadanía romana, adquirían el *jus latinitatis* y se convertían propiamente en ex-



tranjeros. La situación jurídica fue entonces igual a la de los latini veteres.

Los *latini juniani*, debieron su nombre a la Ley Junia Norbana; y podían ser ya esclavos libertos, sobre quienes el amo no tenía el dominio quiritarario, o manumitidos sin la observancia de las solemnidades determinadas por la *Ley Aelia Sentia*. No tuvieron el *jus sufragii* ni el *jus connubii*. Gozaron de un *jus commercii* limitado ya que no pudieron testar, a la inversa de los latini coloniari. Estos extranjeros tuvieron en el fideicomiso obligatorio una oportunidad para prescindir de las exigencias de la Ley Junia.

*Bárbaros* llamaron los romanos a los súbditos de pueblos extraños a la dominación imperialista y guerrera. Para ellos no se reconocía ni el *jus gentium*. Los vencidos de los pueblos rebeldes quedaron dentro de la misma denominación. Fueron los *dediticios*, reservados al capricho de los vencedores y fuera de todo amparo jurídico.

Tales han sido en Roma las circunstancias por las que ha atravesado el reconocimiento de derechos a los extranjeros; debiendo anotarse que a medida que se debilitaba el carácter y la disciplina del pueblo, la misma ciudadanía, como lo observa Estanislao Zeballos, que fue al principio objeto de concesiones especialísimas, se la dio generosamente más tarde, no por ideales políticos elevados, sino por mero capricho de los emperadores que colmaron su concupiscencia con la venta o el regalo de los derechos públicos. La concesión irrestricta de Caracalla, con el propósito de aumentar el patrimonio fiscal, en lo que a la ciudadanía se refiere, hizo que no quedasen más extranjeros que los propiamente bárbaros como los persas, los godos, los francos, etc.

*La Edad Media.*—Laurent en su *Derecho Civil Internacional*, refiriéndose a los extranjeros en el período que sigue a la invasión bárbarica, cree demasiado exagerada la opinión de Montesquieu cuando afirma que en estos tiempos se habían establecido derechos insensatos como el de aubana y el de naufragio.

Nos limitemos a seguir de cerca el pensamiento del autor primeramente mencionado, a fin de procurar esclarecer un asunto muy debatido en la doctrina como es el que se refiere a la condición de los extranjeros en la Edad Media, objeto de diversas apreciaciones y comentarios.



Laurent empieza por sentar el siguiente postulado: no es verdad que la feudalidad hubiese tornado injusta la situación de los extranjeros. Hay, al contrario, dice, en el régimen feudal un principio de cosmopolitismo desconocido en la antigüedad. Refuta luego la doctrina de Domat que fundándose en el Derecho Romano, sostiene que hay una sucesión específica que pertenece al Rey y que es precisamente la de los extranjeros. El derecho a estas sucesiones, dice Domat, se llama de *aubana* y está fundado no solamente en la legislación romana sino en el orden natural que obliga a distinguir la sociedad de los hombres en diversos Estados.

Laurent rebate tal tesis, haciendo notar que hay una diferencia sustancial entre el verdadero pensamiento de la Edad Media tocante al *aubana*, y la modificación que de él hicieron los legistas. El extranjero añade, no podía quedar fuera de la ley común, según la cual todo hombre debía entrar en los rangos de la jerarquía feudal. Y todo hombre, dice, debía ser forzosamente ingenuo o siervo. De esto concluye que los aubanos, verdaderos extranjeros, podían ser, en los territorios de la feudalidad, hombres libres o siervos. En apoyo de su tesis cita algunos textos de 1292 que declaraban que un extranjero que fuese a residir en Bruselas, gozaría en este territorio de todos los derechos de que podía gozar en su propio país, como si no hubiera salido de éste. Manifiesta el autor mencionado que propiamente no hubieron extranjeros en la Edad Media sino diferencias de clases. Fueron los legistas los que poniendo el derecho de *aubana* en manos de los reyes, lo hicieron cambiar de naturaleza, porque aquéllos y no el espíritu de la feudalidad, sostuvieron que los extranjeros tenían incapacidad para gozar de los derechos civiles.

Por lo mismo, si los señores tomaban para sí los bienes de los aubanos no era en virtud de ser éstas extranjeros sino en virtud de ser siervos. Tal es la diferencia que concreta el autor francés indicado.

No podríamos aceptar una generalización como la que acabamos de exponer porque de abundantes investigaciones realizadas, se desprende que la condición del aubana variaba hasta lo infinito, según Weiss en el régimen feudal, dependiendo de la diversidad de costumbres y del arbitrio de los señores. Mientras algunas costumbres colocaban en servidumbre al aubana, cualquiera que haya sido su condición anterior, otras, se limitaban a imponerle gravámenes, impuestos o cargas.



Esta diversidad de manifestaciones, más bien revela que en la extensión de la feudalidad fue distinta la naturaleza del derecho de aubana y que no se podría, por esta razón, encuadrarlo en un contorno definido o darle un contenido permanente e inmutable.

Aceptando esta última posibilidad, debemos limitar el estudio a la noción ordinaria del aubana y a las cargas que generalmente se le impusieron.

Todo individuo que por cualquiera causa se desprendía del suelo del señorío en que había nacido, para radicarse en otro lugar, era extranjero, esto es, *albana* u *aubana*. Por esta causa, varios autores han tomado la palabra *albinagio*, no para caracterizar el estudio de un derecho en particular, sino, preferentemente, para explicar un orden o un sistema jurídico comprensivo de la situación general de los extranjeros en la Edad Media.

Llegado el aubana al territorio de su nueva estada, estuvo obligado a rendir acto de vasallaje, homenaje a su señor, durante un año y un día, reconociendo en esta forma el predominio del hombre tenedor de la tierra a la que se vinculó el ejercicio del poder. Quedaba sujeto desde entonces a los siguientes gravámenes: pago del censo por el aprovechamiento de la tierra. Si el albana era jefe de familia hubo de pagar el *chevage* o *capitación* personal, cuya cuota varió en relación con las diversas costumbres. Si el albana contraía matrimonio con una mujer de diferente condición de la suya, debía pagar un impuesto llamado *formariage*, a título de licencia o autorización para celebrar el contrato matrimonial.

En un primer momento de la sociedad feudal, el albana no pudo transmitir bienes sucesoriamente y no tenía el derecho de testar. Todo su patrimonio pasaba al señor. Hacia el siglo XIII, la sucesión señorial no prevaleció sobre el derecho de los descendientes del albana, siempre que fuesen *legítimos*. *procreados de su cuerpo*. Pudo, en consecuencia, disponer por testamento de una suma limitada, de la que aprovechaba también la Iglesia.

4. EVOLUCIÓN POSTERIOR.—Hemos visto hasta aquí, cuál ha sido la condición de los extranjeros en diversos pueblos antiguos. Podemos, sin exageración, afirmar que tal condición es oscura e incierta en los primeros tiempos y que



va progresando sucesivamente, sin llegar a concretarse todavía en un orden jurídico fijo, que hubiese sido resultado de una elaboración verdaderamente racionalista. Apenas en ciertos pueblos se hicieron algunas concesiones. La misma Roma limitó el influjo de su derecho a ciertas agrupaciones que por causa de conquista se le relacionaron. Una noción o un concepto de extranjería, un análisis normativo de los derechos que debían corresponder a quienes por sangre o por nacimiento no pertenecen a una patria determinada, no se constituyen sino en los tiempos modernos. La edad media, pese a sus múltiples investigadores y apologistas, da la certidumbre de haberse orientado en este aspecto, según las ideas de las edades pretéritas.

La Revolución Francesa declaró la igualdad del hombre ante la ley y la Asamblea Constituyente, empezó por abolir el derecho de aubana, en consideración a la fraternidad de los pueblos. Napoleón, sin embargo, hubo de tornar a la clásica diferencia de los derechos, en naturales y civiles; lo que equivalía a mantener al extranjero fuera de un reconocimiento definitivo y categórico.

El Código de Napoleón, estableció el sistema de la reciprocidad diplomática, concediendo a los extranjeros los derechos asignados por los tratados celebrados entre Francia y el país del extranjero. De modo que a falta de tratados no había sistema de concesión aplicable.

Phillimore y Bar han sostenido sin razón, en nuestro concepto, que el Código de Napoleón estableció el sistema de la igualdad. Esta opinión no es exacta porque el mismo Código lo dijo expresamente que los extranjeros podían gozar de los derechos civiles pertinentes a los franceses, siempre que obtuvieran del emperador autorización para fijar el domicilio en Francia. Sin este requisito, claro es, no había goce de derechos civiles y se confirmaba plenamente el sistema de la reciprocidad. En consecuencia, elaborado el Código de Napoleón, los extranjeros gozaron de derechos civiles en Francia, mediante dos condiciones: 1ª. existencia de un tratado; 2ª. domicilio en Francia con autorización del emperador.

El extranjero cuyo país no tenía tratados con Francia o aquel que no había fijado su domicilio en este Estado, no tenía regulación jurídica conocida.

Pothier, informándose en la fuente de la tradición, distinguió los derechos privados en dos categorías: naturales, que



corresponden al Derecho de Gentes; y civiles, reservados a los ciudadanos de un Estado. Los extranjeros, se dijo entonces, gozan de los primeros, mas no de los segundos. La controversia hubo de agudizarse cuando se trató de especificar en la práctica qué derechos debían considerarse como naturales y qué otros como civiles. Las distinciones fueron arbitrarias y anticientíficas. Los actos entre vivos se reputaron de derecho de gentes. La facultad de disponer o de recibir por causa de muerte, fué de derecho civil y se estimó, por lo mismo, que los extranjeros no tenían acceso a ella.

Con sobra de razón, Laurent nos dice que a pesar de la Revolución, se había conservado una lamentable estrechez de ideas al respecto. La distinción tan ahondada entre franceses y extranjeros era francamente hostil en el proyecto del primer cónsul.

Portalís propuso el sistema de la igualdad jurídica promulgado por la Asamblea Constituyente, mas como el Consejo de Estado rechazó el principio, el mismo proponente tuvo que justificar el sistema de la reciprocidad que se concretó en el artículo 11 del Código y cuyo alcance era el de reconocer a los extranjeros el goce de los derechos naturales y no el de los civiles sino en virtud de un tratado.

Se quizo justificar esta posición, propia de viejas preocupaciones, partiendo de la base de la división del género humano en razas y nacionalidades, ignorándose, seguramente, que la existencia de nacionalidades diversas no puede jamás influir sobre los derechos privados, ya que éstos no son sino elementos esenciales condicionantes del fin que el hombre debe cumplir en el mundo y que le corresponden sin discusión por el hecho de ser hombre. Laurent dice: «la distinción del género humano en naciones no ha podido engendrar hombres distintos. Cualquiera que sea el país al que ellos pertenezcan por su nacimiento, ellos serán siempre hombres con una misma misión a cumplir y por lo tanto deben tener todos los mismos derechos» (Derecho Civil Internacional).

Por otro aspecto, la reciprocidad que depende de la existencia de un tratado, es un sistema de variabilidad, de oscilación y de incertidumbre. Los tratados, aún en nuestros tiempos que se precian de cultos, siguen la suerte de las relaciones internacionales entre los diversos Estados; unas veces cordiales, otras, violentas. Las guerras rompen el orden pacífico de las relaciones normales. Ante las pasiones desbor-



dadas no hay cómo hablar de derecho estable. Dependiendo el patrimonio jurídico privado de los tratados, se corre el riesgo inminente de sacrificar el derecho, que debe ser norma permanente de vida, a la circunstancialidad política de los pueblos, dentro del consorcio internacional.

Es esta la causa por la cual el sistema de la reciprocidad, no puede sostenerse científicamente, porque se opone a la permanencia jurídica y en una palabra, a la civilización.

Podríamos terminar diciendo que la evolución que venimos determinando se transparenta en tres sistemas, dentro de los cuales se encuadran todas las legislaciones: el de la reciprocidad diplomática, el de la reciprocidad legislativa y el de la igualdad jurídica, sostenido, desde un primer momento, por el Código Italiano.

5. CLASIFICACIÓN DE ALGUNAS LEGISLACIONES SEGÚN LOS SISTEMAS.—Siguiendo a Trías de Bes y Caicedo Castilla, agrupamos algunas legislaciones, según los sistemas en que ellas se informan, dando por admitido que en el estado actual del Derecho Civil Internacional, esos sistemas son los que hemos dejado ya anotados.

ÁREA HISTÓRICA  
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

El sistema de la reciprocidad diplomática, podría formularse así: los extranjeros gozan en un determinado país, de los mismos derechos que se concedan a los nacionales de este país en el lugar a que dichos extranjeros pertenezcan. Como es diplomática, supone la existencia de tratados reguladores y determinantes de los diferentes derechos que quieren concederse los países que actúan en la convención. Muchos autores opinan que el sistema de la reciprocidad es, en definitiva, el de la igualdad de trato; pero, observándolo detenidamente se puede concluir que, si bien puede haber igualdad de trato, ella debe estar condicionada por la existencia de una convención declarativa, cesando la cual, cesa, por el mismo hecho, todo sistema específico de concesión. En la práctica de algunos países, sobre todo, de Francia estos inconvenientes llegan a eliminarse principalmente por dos causas: 1ª. por la distinción clásica entre derechos naturales o de gentes y civiles y 2ª. por la diferencia entre el extranjero domiciliado y el transeúnte, porque el primero se iguala al nacional en cuanto a la condición civil.



Este sistema ha sido seguido, por Bélgica, Grecia y Francia, entre otros pueblos.

La reciprocidad legislativa, como su nombre lo indica, consiste en subordinar la condición civil del extranjero, a la que tenga el nacional, según la ley o las prácticas del Estado al que pertenece el extranjero.

Comentando este sistema Caicedo Castilla, observa que al acogerlo, pueden presentarse situaciones de incertidumbre que pudieran conducir a una negación total de amparo para los extranjeros. Efectivamente, si una legislación cualquiera ha establecido el precepto de que los extranjeros gozarán de los derechos que por la ley del extranjero se concedan a los nacionales, puede darse el caso de que consultada esta última ley, contenga la misma disposición; o sea, que la una ley se refiera a otra que, a su vez, se refiera a la primera. Por ejemplo: las legislaciones de Holanda y Alemania, han acogido el sistema de la reciprocidad legislativa. Se trata de saber de la situación, en cuanto a derechos civiles, de un alemán en Holanda o viceversa, de un holandés en Alemania. La ley holandesa dice que se le concederán al alemán los mismos derechos que Alemania concede por sus leyes a los holandeses; y revisada la ley alemana se observa que ella dice igualmente que el extranjero gozará de los mismos derechos civiles que la legislación del país del extranjero conceda a los alemanes. Si no hay otro antecedente que estas meras disposiciones en las leyes de los dos países, pongamos por caso, para aclarar la cuestión, cuál de los dos países deberá innovar un sistema de concesión de derechos para que sea reciprocado por el otro país?

No cabe admitir que en el ejemplo propuesto, de dos legislaciones que sigan el mismo sistema de la reciprocidad legislativa, se puede llegar a concluir como creen algunos autores que, en definitiva no hay sistema alguno específico y concreto. Admitir este corolario sería quitar todo fundamento al Derecho Civil Internacional; sería negar el hecho evidente de la interdependencia y de la compenetración de los pueblos. Sería, en una palabra, volver a las edades pasadas en que se rechazó al extranjero negándole los derechos que como a persona le corresponden.

No nos queda, pues, otro recurso que dar al sistema que comentamos una interpretación racional, ajustada a las necesidades de la convivencia internacional. No podría ser otra



que la de colegir que el país que ha legislado la reciprocidad que estudiamos, ha querido, como regla general, reconocer a los extranjeros el goce de los mismos derechos civiles que tienen los nacionales; pero en los casos en que el país de ese extranjero niegue al nacional del primero alguno o algunos de los derechos civiles, esa igualdad desaparece en el caso particular, para convertirse en reciprocidad, quizás fundada en la retorsión. No puede tener otra posibilidad de solución el ejemplo que hemos propuesto para precisar la extensión y las aplicaciones de los sistemas.

Pero puede también considerarse otra hipótesis diferente entre dos legislaciones de las cuales la una, establezca el sistema de la reciprocidad legislativa y la otra, el sistema de la igualdad jurídica. Pongamos por caso las legislaciones de Noruega y del Ecuador. Un noruego según las disposiciones de nuestras leyes, gozaría en el Ecuador (como cualquier otro extranjero) de los mismos derechos civiles que los ecuatorianos; y el ecuatoriano, por el mismo hecho de que la ley noruega ha acogido la reciprocidad legislativa, tendría que gozar en Noruega de los mismos derechos civiles que los noruegos. En este caso la reciprocidad se ha convertido prácticamente en igualdad.

Han seguido la reciprocidad legislativa: Alemania, Austria, Mónaco, Suecia, Noruega, Servia y Suiza, entre otros Estados.

El sistema de la igualdad jurídica coloca en un pie de analogía al extranjero y al nacional, en cuanto al goce de los derechos civiles.

No hay para qué ponderar la eficacia de este último sistema, si al terminar la revisión histórica hemos dicho ya que aquél corona la evolución encaminada al reconocimiento pleno de los derechos privados de los extranjeros. Está de acuerdo con las últimas tendencias científicas que pugnan por emancipar el derecho de las preocupaciones de nacionalidad, haciendo que él sea uno mismo para todos los hombres; o sea un principio universalista, firme ante las contingencias políticas o ante los egoísmos raciales.

Han seguido este sistema: Italia, Dinamarca, Inglaterra, Portugal, Rumania, Rusia, San Marino, etc. y la casi totalidad de los estados americanos.

Interesa citar aquí, la legislación rusa en materia de derechos de los extranjeros. Su sistema es especialísimo en este



aspecto, como en otros muchos que tendremos ocasión de anotar.

Todo extranjero que resida en el territorio de la Unión para trabajar allí y que tenga la calidad de obrero o de campesino que viva de su propio esfuerzo sin explotar el trabajo ajeno, goza del sistema de la igualdad plena. Respecto de los demás extranjeros, su situación se hace depender de los tratados; y a falta de ellos, prevalecen las siguientes reglas: libertad de circulación, libertad de profesión u oficio, libertad de comercio o industria, adquisición de derechos reales sobre construcciones. Por razones determinadas, y en cada caso concreto, alguna o algunas de estas libertades se restringen o amplían mediante resoluciones de los órganos centrales del gobierno soviético.

Respecto de las personas morales extranjeras, nos referiremos a ellas al tratar de la Nacionalidad en el capítulo siguiente, para explicar, de paso, la forma en que Rusia ha regulado las actividades de las compañías o empresas extranjeras dentro del territorio de la Unión y las personas morales rusas en el extranjero.

Entramos a continuación a estudiar las restricciones prácticas al sistema de la igualdad, restricciones concretadas por las legislaciones y por el alcance doctrinario de la extraterritorialidad del estatuto personal del extranjero, aspecto éste que lo ampliaremos al tratar del sistema seguido por la legislación ecuatoriana.

6. RESTRICCIONES PRÁCTICAS AL SISTEMA DE LA IGUALDAD.—Establecida en las leyes o en las constituciones de los diversos Estados la norma de la igualdad jurídica y concretado así un sistema preponderante de derecho civil internacional, es del caso manifestar que en la práctica de la vida jurídica, o sea, en la efectividad misma del derecho, la regla deja de ser absoluta porque cada Estado ha creído conveniente, ya a sus intereses morales, ya a sus intereses económicos o políticos, restringir el ejercicio de algunos derechos, por razones que dependen de la peculiaridad sociológica de cada pueblo y que actúan con mayor o menor fuerza en determinados momentos históricos.



Las más importantes limitaciones, son las siguientes:

1ª. Prohibición de adquirir inmuebles a adquisición sujeta a condiciones variables, como se observa en algunos Estados de Norte América, en Noruega, Rumania, Servia, Suecia, Méjico, Japón, etc.

2ª. Limitación a la propiedad de navíos, que se opera en dos formas: o negándola completamente a los extranjeros o permitiéndoles una participación mínima. La primera forma la han empleado: Alemania, Inglaterra, Noruega, Portugal, Estados Unidos, Turquía, Brasil, Perú, Méjico, etc. La segunda forma la han empleado, como regla general, el resto de Estados europeos y americanos.

3ª. Prohibición del comercio de cabotaje, o del comercio en general, como en Noruega y Dinamarca.

4ª. El dominio intelectual y el industrial, se han sujetado a reciprocidad que es, como hemos visto, restricción del sistema de la igualdad. Esto en una gran mayoría de Estados que sería ocioso citarlos.

5ª. Prohibición de ciertas actividades en las aguas territoriales del Estado, como la Pesca. Rectricción practicada, así mismo por un gran número de Estados.

6ª. Inhabilidad de los extranjeros para ciertos cargos públicos o para el ejercicio de ciertas funciones civiles como la Tutela y la Curatela. Cada una de las legislaciones mantiene diversas prescripciones al respecto.

7ª. Tocante a la legislación obrera, la tendencia actual es colocar a los extranjeros en la misma situación que los nacionales relativamente al amparo de las leyes de trabajo y al beneficio de las indemnizaciones por accidentes, al seguro de la vejez, a la participación de utilidades, etc. Pero esta tendencia moderna no ha logrado todavía incorporarse en las legislaciones de un modo general, presentándose una variedad de leyes, que dada la extensión de esta Guía no nos es posible estudiarlas en especie.

El acceso de los extranjeros a los tribunales de justicia, que es una verdadera garantía jurídica, corolario del reconocimiento mismo de los derechos, como hemos visto antes, no deja de sufrir restricciones concretadas en el derecho positivo.



Una de estas restricciones ha sido la llamada *cautio judicatum solvi*, o sea la fianza o depósito que se exigen al actor o demandado, por su calidad de extranjeros, para responder por los resultados del juicio.

En esta materia, las legislaciones pueden dividirse en grupos bien diferenciados:

1º. Legislaciones que han abolido completamente la *cautio judicatum solvi* como Italia, Portugal, Dinamarca, Noruega, Finlandia, Egipto, Congo.

2º. Legislaciones que la conservan habiendo alterado la naturaleza primitiva de la caución; o sea, exigiendo una fianza, por mera razón de extranjería como Bélgica, Grecia, Serbia, Bulgaria y Nicaragua; o exigiendo una fianza por razón de falta de domicilio como Suiza, Rumania, Inglaterra y Argentina; o estableciendo, en fin, la caución por reciprocidad legislativa, que viene a constituir un caso de retorsión. Se exigirá caución al extranjero, si el país de éste la establece (Alemania, Hungría, Méjico).

Finalmente debemos mencionar la circunstancia especial por la cual el sistema de la igualdad jurídica es más aparente que real. Esto sucede en virtud de tener forzosamente un país cualquiera, que considerará el estatuto personal del extranjero, sujeto siempre a extraterritorialidad. Por ejemplo, un individuo que ha adquirido su mayor edad a los 18 años, según su ley. Esa mayor edad ha de convalzer donde quiera que se encuentre el extranjero; no se alterará, por consiguiente, en un país cuyas leyes requieran 21 años para la mayor edad. Tenemos, entonces, en ese país, extranjeros y nacionales, unos, mayores de edad a los 25 años, otros, a los 21 y otros a los 18. ¿Qué significado tendrá en este caso la igualdad jurídica?

Simplemente dejamos anotado el problema para analizarlo, al referirnos a la disposición contenida en nuestra Constitución política.

7. LOS EXTRANJEROS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA: EL DERECHO CONSTITUCIONAL HISTÓRICO.—Las legislaciones de América, se han caracterizado por su amplitud en materia de concesión de derechos a los extranjeros. Las incertidumbres de la reciprocidad no han podido aclimatarse en los



pueblos del Nuevo Mundo. La causa está de manifiesto en los antecedentes sociológicos de estos pueblos, formados por la inmigración y que necesitaron desde el origen mostrarse acogedores de los extranjeros, prestándoles las facilidades necesarias, materiales y jurídicas, que demandaba el establecimiento y aclimatación. De aquí que el principio de la igualdad apareciese en América sin subterfugios ni condicionalidades; y sobre todo, sin las vacilaciones, dudas y contradicciones con que los sistemas de concesión de derechos se han presentado en Europa.

Además, los pueblos americanos han hecho su democracia, fundándose en las enseñanzas de la libertad pura, en la emoción de los derechos del hombre y en el valor sugestivo de su igualdad ante la ley. No podía, pues, admitirse otro sistema que el que más se compadeciera con la esencia de la virtualidad democrática; y éste era precisamente el que manda no reconocer diferencia entre nacionales y extranjeros.

Una sintética revisión de la historia de nuestro constitucionalismo nos servirá para demostrar tal postulado. Desde luego, los términos usados por las diversas constituciones, son diferentes, y pueden prestarse a múltiples interpretaciones; mas no por ello deja de aparecer persistente la idea de la igualdad. *Garantías, derechos, admisión, protección, amparo, goce, ejercicio*, etc. revelan, a la postre, igualdad de trato, derechos civiles análogos.

La Constitución colombiana de 1821 mantuvo el principio de la aceptación plena en Colombia a todos los extranjeros de cualquiera nación; y les reconoció el goce, en sus personas y propiedades, de la misma seguridad que corresponde a los ciudadanos, mediante la condición del respeto a las leyes de la República. Tal regla mantuvo el artículo 183 de la Carta indicada de 1821.

Reconocer a los extranjeros la misma seguridad que tienen los ciudadanos, en lo que a personas y bienes se refiere, es quizás concederles simplemente el beneficio de las leyes de policía. El principio de la igualdad no está claramente manifestado. No expresa categóricamente que los extranjeros han de tener el goce de los mismos derechos civiles que los ciudadanos. La garantía de seguridad no es concesión explícita de goce de derechos privados. Pero ya hemos dicho que no hemos de esperar que el texto legal ponga de manifiesto el sistema. Hay que atenerse más que a otras consideraciones,



a las causas reales que han animado el espíritu constitucionalista de América.

La Constitución de 1830, primera de la República ecuatoriana, así como la del mismo año que no llegó a ponerse en vigencia, prescinden en lo absoluto de hacer declaratoria alguna en relación con los extranjeros. No es un olvido, es una exclusión voluntaria, explicable por el celo republicano de los primeros tiempos, por el afán de conservar la obra de la libertad y de la democracia fuera de influencias extrañas que hubieran podido torcer la noción prístina de la soberanía del Estado. Por ese tiempo estuvo en boga la política externa de la Madre Patria que aspiraba a la reconquista de sus colonias con el apoyo de la actividad intervencionista de la Santa Alianza, primera expresión del Directorio europeo, cuyo lema fué el de condenar las revoluciones y sostener a los monarcas, defendiéndoles del grito airado de los pueblos. Una concesión irrestricta de derechos a los extranjeros, hubiera aparecido imprudente y peligrosa. Podía tratarse de extranjeros monarquistas, hábiles para el espionaje y la insidia, crucificadores de la patria naciente. Era preferible no decir nada al respecto y ambas Cartas silenciaron en materia de derechos de los extranjeros.

La Constitución de 1835, apartándose ya de semejantes preocupaciones, volvió a la declaratoria de 1821, en su artículo 107. El texto fue el siguiente: «Todos los extranjeros serán admitidos en el Ecuador y gozarán de la misma seguridad de los ecuatorianos, siempre que respeten las leyes de la República.» Teníamos de nuevo otra concesión imprecisa que se limitaba a reconocer la libertad de entrada y la seguridad.

El artículo 102 de la Carta Política de 1843, mantiene la misma regla sin ninguna variante y en igual forma procede la Constitución de 1845, añadiendo a la seguridad, la libertad, palabra ésta que no se había mencionado en las Cartas anteriores.

La Constitución de 1850, varía un tanto el texto acostumbrado y así el artículo 133 dice: «La Nación concede a todos los extranjeros que residan en el Ecuador o viajen en su territorio, la misma protección que las leyes conceden a los ecuatorianos con tal que no infrinjan éstas ni la Constitución.» Hay que notar que la *protección* se refiere tanto a los extranjeros domiciliados como a los transeúntes. El artículo no hizo ninguna diferencia al respecto; pero la palabra *protec-*



ción, como las palabras *seguridad y libertad*, tiene un significado impreciso en el campo del derecho. Se puede proteger al extranjero concediéndole los mismos derechos que a los nacionales, o tolerándole invocar su ley extranjera, para el ejercicio de derechos anteriormente adquiridos. La protección, sin más especificaciones es indeterminada; no demuestra claramente ningún sistema de derecho civil internacional, pero tampoco excluye ninguno.

El artículo 131 de la Constitución de 1852, es en todo igual a la disposición de la Carta de 1845.

El artículo 124 de la Constitución de 1861 y el 108 de la Carta de 1869, mantienen inalterable la prescripción consagrada de reconocer a los extranjeros el derecho de entrada, la seguridad y la libertad.

La Constitución del 78, en el artículo 18, concede a los extranjeros el derecho de entrada y el goce de las *garantías constitucionales*. Al referirnos a la clasificación de los derechos en general, para averiguar cuáles deben concederse a los extranjeros y cuáles negárseles, dijimos que podían comprenderse en tres categorías (Nº. 2 de este capítulo) que eran: políticos, cívicos (públicos o garantías) y civiles. La concesión de garantías no es concesión del goce de los derechos civiles. Entre las demás garantías consultadas en la Sección III del Título II de la Carta del 78, encontramos la siguiente: «7º.—La igualdad, en virtud de la cual *todos* deben ser juzgados por unas mismas leyes y sometidos por éstas a los mismos deberes, servicios y contribuciones.» El goce de los derechos que regula la ley civil es indudablemente distinto de la sujeción de *todos* a unas mismas leyes, para el efecto del procedimiento en los juicios. Es diverso decir: los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que los ecuatorianos; y decir: ecuatorianos y extranjeros deben ser juzgados por unas mismas leyes. El sistema está formulado imperfectamente.

La Carta de 1883, suprime la disposición específica de los derechos de los extranjeros. Las concesiones se extienden en general a *todos los habitantes*. Se puede apreciar esta amplitud con sólo recordar el modo en que están concebidas algunas disposiciones, como las siguientes: Art. 18.—A *nadie* se exigirán servicios no impuestos por la ley..... Art. 20.—*Todos* tienen el derecho de petición ante cualquiera autoridad..... Art. 22.—*Nadie* puede ser puesto fuera de la protec-



ción de las leyes..... Art. 25.—A *nadie* se le privará de sus bienes, etc.

Esta forma de redactar las garantías nos hace suponer que la Constitución de 1883, no quiso mantener ninguna diferencia entre ecuatorianos y extranjeros, colocándolos en un mismo plano de igualdad. Se comprueba tal afirmación con sólo indicar que, cuando la ley constitucional quiso excluir a los extranjeros de algunas garantías, lo hizo refiriéndose expresamente a los ecuatorianos, como se observa en el artículo 36, que dice: «Sólo los ecuatorianos en ejercicio de los derechos de ciudadanía pueden ser funcionarios públicos.»

La Constitución de 1897, conserva el mismo alcance que la anterior, pero especifica a los extranjeros en el artículo 37, concediéndoles la entrada libre en la república y el goce de las garantías constitucionales, en tanto que respeten la Constitución y las leyes. Exceptúa categóricamente la inmigración de comunidades religiosas, y prohíbe a todo eclesiástico extranjero el ejercicio de prelación en la Iglesia ecuatoriana, así como la administración de bienes de los institutos monásticos de la república. En el artículo 38, se lee: «Todo contrato que un extranjero celebre con el Gobierno o con un individuo particular, lleva implícitamente la condición de la renuncia a toda reclamación diplomática.» Se inspiró, probablemente, esta disposición, en la necesidad de coartar el abuso de las reclamaciones que varias veces se tradujeron en intervenciones prohibidas por el Derecho de Gentes. Pero como la regla hubo de ser consignada en un sentido amplísimo, la Ley Interpretativa del mismo año, en atención al caso particular del señor Archer Harman, explicó que el artículo 38, no comprendía el caso de denegación del cumplimiento de un fallo judicial o arbitral a favor de contratistas extranjeros, quienes, por lo tanto, podían apelar a la vía diplomática conforme a los principios del *Derecho Público*.

La Constitución de 1906 es la primera que cristaliza el sistema de la igualdad. Conservó en el artículo 23, la condición de renuncia a las reclamaciones diplomáticas en los contratos que extranjeros o compañías extranjeras celebraren con el gobierno o con particulares; y en el artículo 28, Título de las Garantías Individuales y Políticas, lo dijo claramente: «Los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que los ecuatorianos y de las garantías constitucionales, excepto las consignadas en los números 13 y 14 del artículo 21, en



tanto que respeten la Constitución y las Leyes de la República. Derechos civiles son todos aquellos que dicen relación a la familia y a la propiedad. Su goce se concede a los extranjeros, juntamente con las garantías, derechos orgánicos o públicos, fundamento de la democracia. Se exceptuaron, el sufragio y la admisión a funciones y empleos públicos, porque el legislador ha juzgado oportuno reservar estas garantías sólo para los ecuatorianos.

8. EL SISTEMA DE LA CONSTITUCIÓN VIGENTE.—La Carta política que actualmente rige en el Ecuador, correspondiente a los años de 1928-29 sostiene en el artículo 152, la misma declaratoria que la anterior, o sea la igualdad entre nacionales y extranjeros. Dicho artículo dice: «Los extranjeros están obligados a respetar la Constitución y las leyes. Gozan de los mismos derechos civiles que los ecuatorianos y de las garantías constitucionales, con excepción de las consignadas en los números 28 y 29 del artículo anterior (sufragio y admisión a las funciones y empleos públicos).—Sin embargo podrán desempeñar cargos consulares y, previo contrato, empleos técnicos conforme a la Ley.—No se considerarán empleos técnicos los que comporten ejercicio de jurisdicción.—Para la contratación de misiones extranjeras, será necesaria la autorización expresa del Congreso».

Al seguir de cerca el proceso constitucional ecuatoriano, en lo que respecta al sistema seguido para regular la condición de los extranjeros, conviene que analicemos con algún detenimiento, el sentido de la declaratoria de la igualdad, que es derecho positivo en nuestro sistema jurídico general, como lo veremos oportunamente.

¿Qué debe entenderse por *goce de los mismos derechos civiles que los ecuatorianos*? Nada más controvertido en la doctrina y en la jurisprudencia que estas palabras: *goce de los derechos*.

En un sentido general, se afirmaría que no se puede gozar de lo que no se tiene. ¿Cómo gozaría del derecho de propiedad, aquél que no la ha adquirido jamás? Según esta acepción, goce sería igual a ejercicio. Goza del derecho el que lo ha adquirido, el que lo ejerce o el que lo usa actualmente. Si tal fuera el sentido legal, el extranjero podría invocar como puede efectivamente hacerlo, en el Ecuador, su derecho adqui-



rído conforme a su ley (la del extranjero), para ejercitarlo en el Ecuador, de la misma manera que lo ejercitan, gozan o usan los ecuatorianos. Pero no siempre tendría este goce, especialmente cuando se opusiera de algún modo a las instituciones de orden público ecuatoriano. Para este caso, de nada le serviría al extranjero el haber adquirido válidamente su derecho conforme a su ley. No reconociendo el Ecuador ese derecho, estaría por demás hablar de goce del mismo. Invocar un matrimonio poligámico válido, conforme a la ley de la celebración, por ejemplo, sería inútil, porque las leyes ecuatorianas consideran al matrimonio monogámico, como institución de orden público.

Pero el extranjero puede en el Ecuador ejercitar derechos familiares en razón de un matrimonio monogámico, válidamente contraído en el Exterior. ¿Qué derechos puede ejercitar, dentro de esta hipótesis? ¿Se supondrá que tal extranjero debe gozar de los mismos derechos que el nacional en razón del matrimonio? Es decir de la sociedad conyugal, por ejemplo, aunque la ley de la celebración haya establecido la separación de bienes? Del derecho de ser alimentado por la esposa legítima, aunque la ley de la celebración no confiera al marido este derecho? De aceptarse la afirmativa, la ley ecuatoriana, atacaría el alcance jurídico del estatuto personal del extranjero, aunque aparentemente asome que el extranjero está gozando de los mismos derechos civiles que el nacional. De aceptarse la negativa, no sería verdadero el sistema de la igualdad de goce, porque prácticamente tendríamos, en la sociedad ecuatoriana, extranjeros casados, junto a nacionales casados; los primeros, con separación de bienes, los otros, con sociedad conyugal.

La consideración de este aspecto decidió probablemente al profesor Pillet, a formular la siguiente verdad que debemos procurar tenerla siempre presente: «.....el pretendido principio de igualdad entre el nacional y el extranjero, es más aparente que real. Preciso es contar en efecto, con la aplicación del estatuto personal del extranjero, cuya consecuencia probablemente será modificar, con relación a su persona, la fisonomía de la institución jurídica, cuyo acceso le está permitido..... Lo que subsiste es la facultad concedida al extranjero a beneficiarse a su manera de las diversas instituciones de derecho privado, organizadas en provecho del nacional..... ».



Aclaremos este postulado del profesor francés con un ejemplo ya mencionado.

Por el hecho del matrimonio en el Ecuador se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, dice nuestro Código Civil, artículo 129. En el segundo inciso añade: «Los que se hayan casado en nación extranjera y pasaren a domiciliarse en el Ecuador, se mirarán como separados de bienes, siempre que en conformidad a las leyes bajo cuyo imperio se casaron no haya habido entre ellos sociedad de bienes».

Este es un precioso ejemplo que demuestra el acierto del profesor Pillet. El Código ecuatoriano no ha hecho otra cosa que salvar el estatuto personal del extranjero, porque entendemos que la disposición referida comprende el caso de los extranjeros; sin que por esto, y oportunamente, dejemos de investigar si podría comprender también a los nacionales, regulados como están por la clara disposición contenida en el artículo 14 del Código Civil.

Por lo mismo, no podrá dejarse de apreciar que al tenerse en cuenta el estatuto personal del extranjero, el principio de la igualdad de derechos, es más aparente que real; o sea, que simplemente supone, para no darle mayores amplitudes, *facultad concedida al extranjero, para beneficiarse, según su parecer, de las diversas instituciones de derecho privado, organizadas en provecho del nacional.*

Por el aspecto anotado, creemos que la palabra *goce*, habría que tomarla como aptitud, posibilidad o potencialidad de acceder a una institución jurídica cualquiera. El extranjero puede ser propietario de inmuebles en el Ecuador; en general, puede adquirir el derecho de propiedad, como lo adquieren los ecuatorianos, es decir, por uno de los cinco modos consignados en el Código Civil: ocupación, accesión, tradición, sucesión por causa de muerte y prescripción. Pero no le sería lícito invocar la ley propia para adquirir por compra-venta, porque según la legislación local, la compra-venta no es modo sino título; y las leyes sobre el dominio, que regulan la organización jurídica de la propiedad son de orden público y no integran el estatuto personal. No así tratándose del estado y de la capacidad. Estos derechos ya consolidados según la ley del extranjero, tienen que ser respetados en todas partes, porque son del estatuto personal y tienen, por esta causa, efecto extraterritorial. Para estos derechos, no hay *goce* propiamente dicho, sino *ejercicio* válido y científicamente con-



sentido. Desde luego, necesariamente habrá que tenerse en cuenta el lugar en que va a surtir efecto el acto jurídico, condicionado por esa capacidad o por ese estado. Pero esto ya en el campo de la actividad jurídica práctica, que la consideraremos en el Capítulo pertinente.

Una vez que el extranjero ha accedido a cualquiera de las instituciones jurídicas de carácter privado, el corolario lógico ha de ser, el ejercicio del derecho, tal como lo tienen los nacionales, salvando las limitaciones establecidas en la ley, en atención a la calidad de extranjerismo de una persona. Una limitación semejante sería la consignada en nuestra Constitución, artículo 151, numeral 14. El extranjero goza en principio del derecho de propiedad, pero no puede adquirirla, sobre tierras, aguas o minas, en una extensión de 50 kilómetros distante de las fronteras; y si adquiere tal propiedad, en uso del goce consignado, no puede ejercerla, porque la pierde en beneficio del Estado.

9. EL CÓDIGO BUSTAMANTE.—Al tratar de la codificación del Derecho Civil Internacional, en el Capítulo I de esta *Guía*, dijimos que el Código Bustamante significaba una iniciativa trascendental para la América. Y en ese mismo capítulo, tuvimos oportunidad de manifestar que, en nuestro concepto, para que una codificación sea más o menos perfecta, debía hacerse por grados; o sea, intentando primeramente una codificación doctrinaria que debe preceder a la diplomática (concretada ya en tratados) y una codificación parcial que debe preceder a la total, por razón de las materias propias del Derecho Internacional Privado.

El Dr. Sánchez de Bustamante ha preferido empezar por una codificación general; y tal aspecto nos reservamos juzgarlo a continuación, una vez que recordemos, a manera de ilustración, muy necesaria para los estudiantes, ciertos antecedentes relacionados con la expedición de dicho Código. Terminaremos, por fin, analizando el sistema seguido por el Dr. Sánchez de Bustamante, en materia de concesión de derechos a los extranjeros de cada uno de los Estados contratantes.

En la Sexta Conferencia Internacional Americana de La Habana, correspondiente al mes de febrero de 1928, se firmó la Convención que adoptó el Código Bustamante. Dicha Convención se integró con las representaciones de los siguien-



tes Estados: Perú, Uruguay, Panamá, Ecuador, Méjico, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Bolivia, Venezuela, Colombia, Honduras, Costa Rica, Chile, Brasil, Argentina, Paraguay, Haití, República Dominicana, Estados Unidos de América y Cuba.

El artículo 3º. de la Convención, contiene la facultad reconocida a los contratantes, para declarar en el momento de la ratificación que se reservan aceptar uno o varios artículos del Código y que no les obligarán, en tal caso, las disposiciones a que la reserva se refiera.

El artículo 4º. señala el tiempo de la vigencia del Código, prescribiendo que entrará en vigor, para los Estados ratificadores, a los treinta días del depósito de la respectiva ratificación y siempre que, por lo menos, lo hayan ratificado dos.

El Senado Ecuatoriano, por Decreto de 11 de noviembre de 1932, ratificó la anterior Convención que aprobó el Código, declarando que lo hacía *en todo lo que no se oponga a la Constitución y Leyes de la República*.

El Jefe del Ejecutivo, de acuerdo con el numeral 7º. del artículo 83 de la Constitución, aprobó, ratificó y confirmó la Convención y el Código, declarándolos Ley de la República, con fecha 15 de abril de 1933.

Hicieron sus reservas los siguientes Estados: Argentina, manifestando que no aceptará principios que modifiquen la ley del domicilio y opinando porque la codificación debe ser obra gradual y progresiva, quizá como una advertencia, aunque tardía, al ilustre autor del Código; Estados Unidos de América, negando la aprobación, Paraguay, Brasil, Colombia, Costa Rica, El Salvador, República Dominicana, Nicaragua, Chile y Panamá, fundándose en varios aspectos de la codificación, que sería largo enumerarlos.

El contenido del Código abarca las siguientes materias: *Derecho Civil Internacional, Derecho Mercantil Internacional, Penal Internacional y Procesal Internacional*. Tiene, en total, 437 artículos.

Las disposiciones 1ª. y 2ª. del *Título Preliminar*, consideran la condición de los extranjeros, y están concebidas en la siguiente forma: «Art. 1º.—Los extranjeros que pertenezcan a cualquiera de los Estados contratantes gozan, en el territorio de los demás, de los mismos derechos civiles que se conceden a los nacionales.—Cada Estado contratante puede, por razones de orden público, rehusar o subordinar a condiciones



especiales el ejercicio de ciertos derechos civiles a los nacionales de los demás y cualquiera de esos Estados, puede, en tales casos, rehusar o subordinar a condiciones especiales el mismo ejercicio a los nacionales del primero.»

«Art. 2º.—Los extranjeros que pertenezcan a cualquiera de los Estados contratantes gozarán asimismo en el territorio de los demás de garantías individuales idénticas a las de los nacionales, salvo las limitaciones que en cada uno establezcan la Constitución y las leyes.—Las garantías individuales idénticas no se extienden, salvo disposición especial de la legislación interior, al desempeño de funciones públicas, al derecho de sufragio y a otros derechos políticos.»

Toda codificación del Derecho Internacional Privado, por tratarse de una rama jurídica de difícil elaboración, y que está lejos de consolidarse definitivamente, debe aspirar a la uniformidad de sistemas, esto es, a procurar atacar el lado flaco del Derecho Internacional Privado de nuestros días, que suele presentarse nacionalizado, respondiendo cada país, a sistemas diversos, fundados, claro es, en la peculiaridad de sus legislaciones, fruto directo de la soberanía estatal, en primer lugar y en segundo, reflejo de los caracteres sociológicos de cada pueblo. Esa diversidad de leyes es el principal aliciente de los conflictos, muchos de ellos insalvables, desde los orígenes de la rama jurídica que estudiamos. Sólo una posibilidad hay, que no se la debiera desaprovechar jamás, de eliminar la discrepancia de sistemas. Esa posibilidad es la codificación, pero llevada a cabo en una forma sistemática, capaz de rendir toda la efectividad deseada. Nótese bien que, en ningún caso, quisiéramos sostener el absurdo de aspirar a identidad de leyes. Esto es poco menos que imposible. Partimos de la base real de la diversidad de leyes, pero queremos que dentro de esa diversidad, haya, por lo menos, sistemas uniformes, que permitan, sin vacilaciones ni dudas, garantizar plenamente la proyección del derecho privado en el orden internacional.

¿Cómo conseguir este resultado, valiéndonos del medio de la codificación? No hay sino un recurso, que debiera ser apreciado en todo su valor cualitativo, por quienes quieran emprender en una obra tan trascendental como es una codificación y tanto más, si ella se refiere a nuestra ciencia. Ese recurso debiera consistir en una labor paciente encaminada a



descubrir la naturaleza específica de cada institución jurídica. Suponemos que todas las instituciones de derecho privado, como la familia, la propiedad, la sucesión, la donación, los contratos, responden en todas partes, a los mismos fines. Estos fines iguales corresponden a la naturaleza general de todas las instituciones, pero cada una de éstas tiene efectivamente una naturaleza específica que hay que descubrir. Por ejemplo la compra-venta, en algunas legislaciones, es modo de adquirir el dominio, en otras, es simplemente título traslativo. Nadie duda que la compra-venta responde, en todas partes a los mismos fines, pero el que en unas legislaciones sea título y en otras modo, está demostrando que cada institución tiene su naturaleza específica. Pues, bien, el codificador, previo el estudio de lo que hemos llamado naturaleza específica, debe ir deduciendo, para cada institución un sistema de derecho internacional que le sea compatible. Pongamos por caso que al estudiar el papel que la capacidad juega en el campo del derecho, el codificador, hubiera llegado a concluir que hay sólo un sistema compatible con la naturaleza específica de la capacidad, en atención a su necesidad de permanencia, a su imposibilidad de cambio y que tal sistema fuera el de la ley nacional. No quedaría más remedio, siguiendo este procedimiento que, elaborar, previamente una codificación doctrinaria, prediplomática, anterior a los tratados. Disponiendo del esquema de los sistemas compatibles con cada institución, no quedaría sino la aceptación de ellos por un gran número de Estados, por los que compongan una unidad continental, por ejemplo, para facilitar en mayor grado, la obra de la codificación.

Ahora bien, el codificador, puede descubrir los sistemas compatibles con todas las instituciones del derecho privado. En tal caso habrá realizado una codificación doctrinaria de carácter general. Pero es lo más aconsejable, empezar por las codificaciones graduales, limitadas a algunas instituciones, como la familia, o la sucesión. Así no se corre el riesgo de presentar un Código que sea aceptado en una parte y rechazado en otra; pues que si tal acontece, la codificación general se ha convertido en particular y el esfuerzo realizado se ha perdido. O puede también darse el caso que, por el sistema mismo seguido en un Código de carácter general, muchos Estados se vean en el caso de no aceptarlo en su totalidad.



Se ha restado entonces la generalidad de aplicación, y por lo mismo, el efecto conseguido es de escasa importancia.

Cuando los Estados concurren a una Convención, con el objeto de aceptar un Código de Derecho Internacional Privado, se supone o debe suponerse que estarán ya conformes en los sistemas aconsejados en la obra previa de la codificación doctrinaria. Sólo así se habrá conseguido la uniformidad tan necesaria para nuestro derecho. Pero si concurren y aprueban un Código, con todas las formalidades que se estipulan para actos internacionales de esta clase; y después, al ratificarlo, se reservan el todo o una parte, simplemente no ha habido la obra medular enérgica de la precisión doctrinaria de los sistemas. O aún suponiendo que los Estados contratantes lo ratifiquen sin reservas, cuál es el resultado, preguntamos, al dejar que cada Estado aplique como ley personal, por ejemplo, ya la de la nacionalidad, ya la del domicilio? Y esto, porque el Código, no se ha decidido por un sólo sistema, propugnado como compatible con la naturaleza específica de cada institución jurídica.

Reconocemos, el merecido prestigio del redactor del Código Bustamante, pero es nuestro deber señalar determinadas inconveniencias que, en un momento dado, pueden hacer nugatoria una obra de verdadero valor jurídico, en cuya elaboración ha intervenido un talento poco común en materias de derecho.

Ciertas lagunas que se presentan en el Código Bustamante las iremos anotando en el curso de esta obra, y en relación con cada uno de los aspectos que integran el programa general del curso universitario.

Por hoy, nos concretamos solamente a juzgar de modo muy somero el *modus operandi* de los códigos; entrando inmediatamente a considerar la Condición de los Extranjeros en el Código indicado, condición precisada por los artículos que hemos transcrito.

El inciso primero del artículo 1.º del Título preliminar, como podemos observar, consagra el sistema de la igualdad jurídica entre nacionales y extranjeros, principio que lo hemos visto actuar en toda la historia de nuestro constitucionalismo y en el de América, en general.

Pero el inciso segundo, no es sino la constatación de lo que sucede en la práctica y que el Código no tenía necesidad de decirlo, porque parece que permite o establece la retorsión



por reciprocidad. No es otra cosa el principio según el cual un Estado puede subordinar a condiciones especiales el ejercicio de un derecho, o rehusarlo, por motivos de orden público. El ejercicio de un derecho contrario a este orden es imposible de aceptar, porque se afectaría a las bases mismas del Estado. Por lo tanto, creemos, en ningún caso podría uno de los Estados contratantes, subordinar a condiciones especiales el ejercicio de un derecho civil de un nacional de otro Estado contratante, cuando ese ejercicio sea contrario al orden público del primero. La única condición especial que fluye es la de que el ejercicio no sea contrario a tal orden; si es contrario, queda desconocido el derecho mismo, pero no hay ejercicio subordinado a condición.

Por otro aspecto, el *orden público* no está definido ni por la doctrina ni por la ley. Es lo más controvertido en el campo del derecho internacional privado. Nadie ha dicho la última palabra. Y lo que es peor no se sabe a quién corresponde ponerlo de manifiesto. Quizás a los jueces en el campo práctico del derecho; pero esta es una apreciación muy relativa, como se puede constatar con sólo revisar algunas sentencias o decisiones de tribunales. La doctrina, hasta aquí, no ha puesto punto final a las discusiones encarnizadas acerca de los problemas del *orden público*. ¿No habría sido ventajoso, tratar de determinar este orden para uniformarlo en las legislaciones? La enumeración hecha en el artículo 3.º, nos deja indecisos; pues no podemos en un momento dado señalar cuales son las leyes que se aplican por igual a cuántos residan en el territorio, sean o no nacionales.

Además, refiriéndonos al inciso 2.º del artículo 1.º, hemos dicho que contiene un principio de reciprocidad; pues, cuando uno de los Estados contratantes, subordine a condiciones especiales el ejercicio de algún derecho civil que corresponda a un nacional de otro Estado, manda el Código que este Estado, subordine también a condiciones especiales el ejercicio del mismo derecho a los nacionales del primero. El Código emplea las palabras: *ciertos derechos civiles*. Esos *ciertos derechos*, pueden llegar a ser muchos; la facultad es plena para los Estados contratantes; no hay limitación de ninguna clase. Si son muchos los derechos cuyo ejercicio se subordina a condiciones, el Estado que ha tenido la iniciativa en condicionar ese ejercicio, claro es, ha de esperar la reciprocidad, facultada por el Código. Y puede fácilmente gene-



ralizarse la reciprocidad, opacándose el sistema de la igualdad sostenido por el inciso primero del artículo 1.º.

Todo esto aparte de dos términos diversos: *goce*, empleado en el inciso primero; *ejercicio*, empleado en el inciso segundo; términos a los cuales nos referimos al tratar del sistema establecido por nuestra Constitución política.

El artículo 2.º declara también la igualdad, en cuanto a las garantías individuales. No da lugar a ninguna dificultad, porque el inciso segundo, claramente lo dice, que las garantías individuales idénticas no se extienden a las funciones públicas ni a los derechos políticos, salvo disposición especial de la legislación interior.

Creemos oportuno, citar la siguiente opinión del Dr. Angel Modesto Paredes, en su informe acerca de la importancia de ratificar la Convención de Derecho Internacional, suscrita en La Habana, opinión que viene a fundamentar cuanto hemos expuesto acerca de la codificación. Dicho autor, después de considerar las condiciones requeridas para que un Código dé el resultado apetecido, dice: «A causa de las circunstancias señaladas sería conducido a error quien creyere que un Código de Derecho Internacional Privado, va a dejar intactos, en la amplitud sin reservas de sus sistemas, los principios legislativos de todos y cada uno de los pueblos que lo pretenden adoptar. Por esto, labor de análisis debe ser (y de minucioso y certero análisis) el de los legisladores que se resuelvan a introducir en su conjunto legislativo, los nuevos aportes del Código. ....» (obra citada pág. 17).

Habiendo precedido la codificación doctrinaria, a la que tanta importancia le atribuimos, los Estados contratantes, aceptándola por medio de un tratado, no pueden por menos que reformar sus legislaciones en lo que no correspondan con los sistemas admitidos en el Código. Si a esto no se llega, repetimos, la codificación es inútil. Y sobre todo hace falta, corregir y cristalizar el alcance del sistema de la igualdad jurídica entre nacionales y extranjeros, sistema que, confiado a una mera fórmula legislativa, no alcanza a transparentar su contenido exacto.

10. LA LEY DE EXTRANJERÍA.—La Ley de Extranjería, Extradición y Naturalización, correspondiente al año de 1921, es una ley especial. Ella regula todo lo relacionado con los



extranjeros, su determinación, sus clases, sus deberes y derechos y los requisitos para la admisión en territorio ecuatoriano. Señala, además, las causas de la expulsión, de la internación y de la extradición, y las formalidades a llenarse para obtener la nacionalidad por naturalización.

No nos corresponde ahora hacer un estudio analítico de dicha Ley; pues, en los capítulos que tratan de cada parte del contenido que, dentro del programa de curso, hemos asignado al Derecho Civil Internacional, tomamos los diversos aspectos, para juzgarlos según la doctrina, interpretando así, las disposiciones legales, desde un plano de preferencia científico o racionalista.

En consecuencia, lo que nos compete estudiar en esta parte de nuestra *Guía*, es el sistema general seguido por la Ley de Extranjería, en materia de concesión de derechos a quienes no corresponden al Ecuador por su nacionalidad extranjera.

En el Capítulo II, encontramos el artículo 7º., cuyo texto está concebido en los siguientes términos: «Los extranjeros gozan en el Ecuador, con arreglo a la Constitución y a las Leyes, de los mismos derechos civiles de los nacionales y de las Garantías de la Carta Fundamental, salvo aquellas que ésta acuerda exclusivamente a los ecuatorianos.—El Goce de los derechos civiles concedidos a los extranjeros por este artículo, no se extiende tampoco a los privilegios que las leyes ecuatorianas confieren exclusivamente a los nacionales y a las diferencias que, en cuanto al goce de los mismos derechos, se establece entre transeúntes y domiciliados.—Los extranjeros podrán desempeñar el cargo de Cónsules ad-honorem del Ecuador.»

Estos son los tres incisos del artículo 7º., de los cuales, el primero, no es sino la reproducción del sistema cuya presencia hemos venido constatando originariamente en nuestra legislación.

Pero el inciso 2º., ha hecho una aclaratoria antidemocrática, por decirlo así, ya que admite que el goce concedido a los extranjeros, no se extiende a los *privilegios* que las leyes ecuatorianas, tienen reservados sólo para los nacionales. La verdadera dificultad estriba en descubrir semejantes privilegios, para poder decir que de ellos, especificándolos, no gozan los extranjeros.



La Constitución de 1906, no hizo mención de *privilegios*, al determinar el sistema de concesión de derechos, pero sí lo hizo la Ley de Extranjería, a pesar de ser quince años posteriores a aquélla, tiempo suficiente para eliminar toda clase de diferencias que hubieran podido mantenerse como rezago de épocas menos democráticas y menos liberales. Y tanto más cuanto que, el postulado constitucional, lo estaba claramente diciendo que nadie puede ser de mejor o peor condición que otro, advirtiéndole que tal postulado constó en la Constitución de 1906 aunque empleando la palabra *ciudadanos*, sustituida en la Constitución vigente por la de *individuos*, término genérico que designa a nacionales y extranjeros.

Quizás la Ley de Extranjería, en el inciso que estudiamos, quiso referirse a los derechos que atañen exclusivamente al nacional-ciudadano, como el sufragio o las funciones públicas, reservados, desde nuestro tradicionalismo constitucional, a los nacionales. Mas, no es justificable, por ningún concepto que al sufragio y a las funciones públicas se las considere como *privilegios*. Ellos son verdaderos derechos; y un derecho ampliamente reconocido en la ley, es general, tomándose la generalidad, como extensión del principio, a los individuos que se encuentran, en un momento dado con la presencia de ciertos requisitos que no son comunes a todos y que, por lo mismo, limitan la regla de la generalidad de la ley. Por ejemplo, considerando el sufragio podemos decir que para ser elector, se requiere ser ciudadano, y ciudadano es todo ecuatoriano, hombre o mujer (la mujer, sólo desde nuestra última Constitución), mayor de 21 años y que sepa leer y escribir. Estos últimos requisitos (edad y conocimiento) están limitando la generalidad de la ley, porque no podrán ser electores ni los mismos ecuatorianos, hombres o mujeres, cuando no sepan leer ni escribir ni tengan 21 años. Estamos, entonces, en presencia de la nacionalidad sin ciudadanía, aspecto muy interesante de concretar, porque produce la presencia de extranjeros no electores que pueden ser capaces ante la ley civil, junto a nacionales no electores que pueden ser incapaces ante esa misma ley (impúberes, menores adultos y otros).

El nacional ciudadano que tiene el sufragio, frente a otro nacional ciudadano, que también lo tenga, son iguales ante la Ley de Elecciones. El uno, no puede ejercer el derecho mejor que el otro, ni puede invocar prerrogativas, ni puede ha-



cerse de mejor condición, votando, por ejemplo, dos veces, o ejerciendo el sufragio desde su propia casa. Esta es la igualdad ante la ley en el sentido más lógico. Pero si tomamos el caso de un nacional ciudadano frente a un extranjero, preguntamos si aquél, podrá considerarse privilegiado con respecto al segundo, porque ejerce el sufragio que este último no tiene. En este caso necesariamente hay que convenir en que no se trata de un privilegio en el estricto sentido que tiene este término. Privilegio solamente existe cuando entre dos o más personas que tienen la misma calidad (nacionales, por ejemplo) unos están en mejor condición que otros, tocante a determinados derechos o garantías (la esclavitud, por ejemplo). Pero entre personas de diferente calidad (extranjeros frente a nacionales, o, entre los mismos nacionales, capaces, frente a incapaces) no hay privilegio de ninguna clase. No hay en un momento dado la posibilidad de acceder a un derecho cualquiera, sea porque al extranjero le esté negado ese derecho (sufragio) o porque al nacional incapaz le esté vedado un actual goce jurídico. En ambos casos, no habiendo derecho mal puede hablarse de derecho privilegiado.

¿Habrá querido la Ley de Extranjería referirse, con la denominación de privilegios, a ciertas prescripciones que ella misma establece, como es la contenida en el artículo 41, que dice: «El Ecuador no está obligado a entregar a sus nacionales cuya extradición le es solicitada; pero la adquisición de la nacionalidad ecuatoriana, posterior a la comisión del delito, no da al inculpado derecho a alegar su calidad de ecuatoriano, para lograr que se niegue su entrega?»

Aquí tenemos una regla que se refiere sólo a los nacionales ecuatorianos y que no la podrían invocar los extranjeros, porque es una verdadera excepción a las enumeraciones contenidas en el artículo 37. ¿Será éste un privilegio? Nos encontramos, como en los casos anteriores, frente a desigualdad de calidades, y por lo mismo no hay privilegio. Además, en el artículo citado no tenemos sino el alcance natural, o si se quiere, la forma ordinaria de la reglamentación que suele darse, dentro de la cooperación internacional al servicio o función de la extradición. Pero si la ley o algún procedimiento oficial, permitieran la extradición de uno de dos nacionales que estuvieran en la misma condición, habría privilegio concedido al no extraditado, con respecto al extraditado. Todo privilegio, rompe, en consecuencia, el principio de la igualdad



ante la ley, para quienes, en razón de su calidad o condición iguales, deben sentir su alcance de aplicación, favorable o desfavorable. Por otro aspecto, toda excepción que permita a alguien, hacerse de mejor o peor condición que otro, es absolutamente incompatible en regímenes democráticos que han tratado o tratan de virtualizar el pensamiento de Montesquieu, para quien la ley debe ser como la muerte, porque no debe perdonar a nadie.

Por lo expuesto, no encontramos ninguna razón que permita, en una ley especial como la de Extranjería, referirse a privilegios, en ningún sentido.

Tenemos también, según la Ley que comentamos, diferencias que se establecen entre extranjeros transeúntes y domiciliados, en cuanto al goce de los mismos derechos.

Muy pocas son estas diferencias, si se atiende a las dos categorías de extranjeros señaladas. Aquí nos corresponde simplemente concretar alguna o algunas de ellas, sin entrar al análisis del domicilio, como sistema regulador de los derechos personales, sujetos a extraterritorialidad; porque tal investigación corresponde al capítulo destinado a tratar del alcance y de las aplicaciones que tiene en la doctrina y en la práctica, el llamado *estatuto personal*.

El artículo 600 de nuestro Código Civil, señala una diferencia, que es la siguiente: «Se podrá pescar libremente en los mares, pero en el mar territorial, sólo podrán pescar los ecuatorianos y los extranjeros domiciliados.» El extranjero transeúnte no tiene el goce de la pesca en el mar territorial ecuatoriano, que está determinado por el artículo 582 del mismo Código. Esto equivale a decir que el extranjero transeúnte no puede realizar un hecho que conduce, por medio de la ocupación al derecho de propiedad, ya que la ocupación es modo de adquirir el dominio.

Son extranjeros domiciliados aquellos que han cumplido con los requisitos determinados en el artículo 3º. de la Ley de Extranjería, ya por voluntad expresa o tácita, siendo la tácita, el ánimo de permanecer, acompañado de las circunstancias establecidas en el artículo 4º. Todos los demás se consideran como extranjeros transeúntes.

En el artículo 946 del mismo Código Civil, tenemos otra aplicación del domicilio, cuando se manda que la sucesión en los bienes de una persona, se abra al momento de su muerte, en su último domicilio, y que se regule por la ley del domi-



cilio en que se abre, salvando, desde luego, las excepciones legales.

Tenemos también la disposición contenida en el artículo 32 de la Ley de Matrimonio Civil que prescribe que los matrimonios extranjeros que fijen su domicilio en el Ecuador, se han de someter a las obligaciones que establece dicha ley y que han de gozar de los derechos que ella concede.

No queremos, como hemos dicho más arriba, juzgar todavía, la discrepancia que existe en nuestra legislación, al admitirse dos sistemas opuestos en materias que afectan a los derechos de la persona y que condicionan la regla de la extraterritorialidad. Nos limitamos exclusivamente, por ahora, a la Ley de Extranjería.

El artículo 8º. de esta Ley, contiene un mandato demasiado absolutista, cuando dice que los extranjeros, por el hecho de llegar al país, se han de sujetar a las leyes ecuatorianas, *sin excepción alguna*, quedando, por consiguiente, sometidos a la Constitución, Leyes, Jurisdicción y Policía de la República, *sin que en ningún caso, ni por ningún motivo*, puedan hacer valer contra las dichas Constitución, Leyes, Jurisdicción y Policía, su calidad de extranjeros.

Conforme hemos indicado anteriormente, la sujeción absoluta de un extranjero a las leyes ecuatorianas, sería nada menos que la territorialidad, también absoluta, de la ley, que fué atenuada por los mismos estatutarios que diferenciaron el estatuto personal del real, para reconocerle al primero efecto extraterritorial. Y esto, a pesar de representar los estatutarios una época muy rudimentaria en el proceso evolutivo del Derecho Civil Internacional.

No otra cosa hacen suponer las palabras empleadas por el artículo 8º.: *sin que en ningún caso, ni por ningún motivo, puedan hacer valer su calidad de extranjeros*.

La redacción es completamente hostil, porque echa a rodar, de una sola plumada, todo el equipo jurídico que, conforme a la doctrina, pudiera el extranjero traer al Ecuador; equipo garantizado por el mismo Código Civil en su artículo 14, aunque se refiera especialmente a los ecuatorianos que donde quiera que residan o se hallen domiciliados, deben estar sujetos a las leyes ecuatorianas, tocante al estado, a la capacidad y a las relaciones de familia. Según los fundamentos de nuestra ciencia, no hay inconveniente alguno para cambiar la palabra *ecuatorianos*, por *personas*. Admitiendo



el sistema de la ley nacional, extraterritorial, para el ecuatoriano, la correlativa se impone para el extranjero, tocante a los mismos elementos, condicionantes de la actividad jurídica, como el estado y la capacidad.

Hemos visto hasta aquí cómo la Ley de Extranjería, salvando los aspectos que dejamos anotados, establece el sistema de la igualdad, en cuanto al goce de los derechos civiles, entre nacionales y extranjeros.

Nada más tuviéramos que añadir, si el artículo 18 de la misma Ley, no estableciera un sistema diverso, como vamos a verlo:

Dicho artículo dice: «De acuerdo con el Derecho Internacional, en general, *en todo aquello que no estuviere previsto por las leyes*, los extranjeros gozarán en el Ecuador, de los mismos derechos que se conceden a los ecuatorianos por la ley de la Nación a que el extranjero pertenece, sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución, respecto al *idéntico tratamiento* de ecuatorianos y extranjeros ante la ley y la autoridad local.»

Hemos subrayado las palabras que deben tenerse en cuenta para el entendimiento de la regla transcrita.

¿Qué opinar acerca del sistema contenido en esta disposición? Podríamos asegurar que la Ley de Extranjería, ha establecido la reciprocidad legislativa; y el problema consiste en averiguar, cómo pueden compaginarse dos sistemas opuestos: el de la igualdad y el de la reciprocidad, cuyos lineamientos ya conocemos por las explicaciones anteriores.

Argumento fundamental sería, por lo pronto, el de que la Constitución es la ley suprema de la República y, a la vez, ley general, y que no tienen ningún valor, las leyes, decretos, acuerdos y resoluciones que en algún modo se opongan a su texto. La Ley de Extranjería es ley especial y como tal debería prevalecer sobre la general. Pero aquélla se opone a ésta, porque en materia de concesión de derechos a los extranjeros en territorio ecuatoriano, la primera establece el sistema de la reciprocidad legislativa y la segunda, el sistema de la igualdad. Este argumento, sólo podría ser decisivo, si en realidad demostráramos que la reciprocidad legislativa, tal como está concebida por el artículo 18, se opone al sistema de la igualdad declarado por la Constitución, o que es incompatible con dicho sistema.

No creemos, en ningún caso, que la reciprocidad de la



Ley de Extranjería, sea contraria e incompatible con el sistema de la igualdad, por las siguientes razones:

Un primer indicio facilita nuestra demostración. Ese indicio es la expresión literal de la Ley de Extranjería. Efectivamente, ella emplea las siguientes palabras: *en todo aquello que no estuviere previsto por las leyes*. ¿Qué significado pueden tener estas palabras? Intentemos averiguarlo.

Es indispensable aceptar que no todas las leyes han de declarar los mismos derechos. Aunque aceptemos la teoría de la comunidad de derecho entre las naciones, sostenida por Savigny, y concluyamos que en todos los países existen instituciones que responden a los fines esenciales de las leyes civiles, como la familia y la propiedad, necesario es, sin embargo, no perder de vista que unas leyes pueden declarar un derecho cualquiera y otras, prescindir de este último. O también, puede darse el caso, como efectivamente se dá, de que, reconociendo dos países, en sus leyes, un mismo derecho, una de ellas, le dé un alcance diverso del que le dá la otra.

Procuremos aclarar este importante aspecto de nuestra materia.

La legislación francesa admite la adopción; la ecuatoriana, no la establece. Algunos pueblos del sureste africano, practican la poligamia. Otros, la han legislado como organización familiar. Los pueblos de la cultura occidental, se han acogido al matrimonio monogámico. Dentro de estos ejemplos, podemos comprender fácilmente el objetivo de nuestra demostración.

Puede haber una relación de padres a hijos y viceversa, que no parta del vínculo de la consanguinidad, sino del vínculo de la adopción. En este caso, la adopción, reconocida en algunas legislaciones, no está reconocida en todas.

Por otro aspecto, la poligamia y la monogamia, son formas de organizar la familia. La primera, depende de las costumbres, de la tradición y de las creencias. La otra de igual modo. Pero los pueblos de la cultura occidental, consideran que la poligamia es contraria a la moral y al orden público, y no permiten ningún ejercicio jurídico que nazca de un matrimonio poligámico, aunque éste se haya contraído válidamente conforme a la ley que lo ha autorizado.

Aquí tenemos los dos casos que necesitamos investigar:

1º. Derecho declarado por una ley y desconocido por otra (adopción);



2º. Institución reconocida por todas las leyes, pero cuyos derechos derivados tienen, en una ley, con respecto a otra, distinta naturaleza o alcance. (La institución común de la organización familiar, puede regularse por las formas poligámica o monogámica y dichas formas hacen variar la naturaleza de la institución).

Consideremos el primer caso en relación con nuestra Ley de Extranjería:

La adopción no está prevista por las leyes ecuatorianas; y en todo lo que no esté previsto, se concederá al extranjero, en el Ecuador, el goce de los mismos derechos que el país del extranjero conceda al nacional ecuatoriano.

Vamos a suponer un país cualquiera que establezca el sistema de la igualdad jurídica. Esta igualdad se refiere forzosamente al goce de todos los derechos civiles que están previstos en la ley que establece el sistema; y suponemos también que entre esos derechos se encuentra la adopción. Un ecuatoriano, en el país de nuestro ejemplo, puede adoptar si así le place, porque a ello le autoriza el sistema de la igualdad. Este sólo antecedente haría que el Ecuador, por el sistema de la reciprocidad establecido en su ley, permita a ese extranjero realizar adopciones en territorio ecuatoriano, aunque la adopción no esté establecida en las leyes de este territorio.

Una adopción, realizada en el Ecuador, afectaría en algún modo a su orden público? No lo creemos, como tampoco podríamos sostener que el Ecuador debiera obstaculizar el ejercicio de los derechos correlativos derivados de la adopción, cuando ésta se haya realizado válidamente por un ecuatoriano en el extranjero o por un extranjero en su patria.

Pero en el segundo caso es completamente distinta la situación. El Ecuador, no reconocería, quizás en ninguna hipótesis, el ejercicio de la poligamia en su territorio, porque es contraria al orden público y a las buenas costumbres y porque su naturaleza es, en todo opuesta a la naturaleza y alcance de la monogamia, como forma de organización familiar; y aún más, porque ésta (la monogamia) sí está prevista en las leyes ecuatorianas.

El artículo que comentamos termina diciendo que todo esto se ha de entender, sin perjuicio del *idéntico tratamiento de ecuatorianos y extranjeros, ante la ley y la autoridad local*. Lo cual no es otra cosa que decir: «igualdad de goce, en cuan-



to a los derechos previstos; y en cuanto a los no previstos, reciprocidad legislativa».

Pero, el artículo en mención, debió completarse con las excepciones que lógicamente le pertenecen. Y éstas no arrancan de otra consideración que la del orden público. En efecto, cómo permitir en el Ecuador el goce de un derecho contrario a tal orden? Si en la patria del extranjero se ha concedido al ecuatoriano, el goce de un derecho semejante, se comprende que su ejercicio sería imposible en el Ecuador. De la misma manera, no fuera lícito al extranjero invocar la reciprocidad de la ley de Extranjería, para gozar o ejercer un derecho incompatible con la moral o las buenas costumbres; aunque el extranjero compruebe que ese mismo derecho, por las leyes de su país, se ha concedido al nacional ecuatoriano. Tal concesión no le serviría a dicho ecuatoriano, sino en el caso en que tratare de hacer valer todos los efectos de la adquisición del derecho mencionado, sólo en el territorio en que lo ha adquirido. En tales casos es imposible aplicar la regla de la reciprocidad.

Por lo demás, el *idéntico trato*, es la igualdad ordinaria, para todo lo que está previsto; y creemos que, según la interpretación que dejamos expuesta, el sistema de la reciprocidad legislativa, señalado por el artículo 18 de la Ley de Extranjería, no se opone al sistema de la igualdad declarado por la Constitución.

11. EL CÓDIGO CIVIL.—Terminamos el presente Capítulo, con el estudio de nuestro Código Civil, en lo que corresponde al sistema admitido en lo tocante a los derechos que se conceden a los extranjeros.

Dos disposiciones importantes tenemos en dicho cuerpo de leyes; y ellas son las contenidas en los artículos 13 y 53, que los analizaremos por su orden.

El artículo 13, dice: «La ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros; y su ignorancia no excusa a persona alguna».

¿Cómo deberemos interpretar la regla transcrita?. La palabra *habitantes*, por lo pronto, nos parece que hacía innecesaria la aclaratoria que consta a continuación, usando los términos: *con inclusión de los extranjeros*. Según hemos venido demostrando, hay expresiones que debieron ser muy



meditadas, al emplearlas en leyes de orden internacional. El legislador está obligado a tomarlas en su sentido natural. Esto acontece, entre otros términos, con los siguientes: *personas, individuos, habitantes, todos*, etc. Estas expresiones suponen conceptos genéricos que se refieren necesariamente a nacionales y a extranjeros.

¿Será verdad que la ley obligue a todos los habitantes de la República? El mandato nos parece decisivo y absoluto, según asoma de la redacción; pero los principios del derecho civil internacional están precisamente para contradecir, con fuerza irrecusable, la errónea aseveración de la regla.

Suponemos que se ha querido insistir en el posulado de la generalidad de la ley. Aparentemente esa generalidad no sería sino la obligatoriedad de la ley para todos. Pero esto no es exacto, como tuvimos ocasión de demostrarlo antes, viéndonos en la necesidad de insistir en este aspecto, dada la importancia de esclarecer el verdadero significado de la generalidad de la ley.

El profesor Pillet, estudiando los caracteres de la ley, nos dice que son dos: *permanencia* y *generalidad de aplicación*. Por el primer carácter, la ley rige desde que se promulga hasta que se deroga; por el segundo, es obligatoria sólo para aquellos que integran cierta categoría, en atención a determinadas exigencias que contiene la misma ley. En este sentido la generalidad no es absoluta, es simplemente subjetiva. Por ejemplo: no pueden ser testadores aquellos que la ley declara incapaces. Si estos incapaces están fuera de la posibilidad de hacer testamento, la generalidad de la ley que regula la testamentifacción se ha de entender como aplicable sólo a los capaces y no a los incapaces. Por ello, el principio de la generalidad no puede comprender sino a determinada categoría de personas y no a todas indistintamente. No es otro el concepto que se debe tener acerca del principio de la generalidad de la ley; y con este razonamiento, se pone de manifiesto con más claridad la intemperancia del artículo 13 del Código Civil que, en nuestra opinión, es igual al artículo 8º. de la Ley de Extranjería. Los argumentos que ya hemos expuesto en contra de esta disposición, son, por lo mismo, en todo aplicables al artículo 13 mencionado.

Sin embargo queremos dejar constancia de la doctrina que sienta al respecto el Dr. Luis Felipe Borja, en sus *Estudios sobre el Código Civil Chileno*.



Dicho comentador, en la página 208 del primer tomo, dice que si bien el artículo parece absoluto, deben distinguirse tres casos: 1.º La regla general de que la ley obliga a todos los habitantes de la República, comprendiéndose aún a los extranjeros.—2.º Las excepciones que tiene esta regla según el Derecho Internacional; y 3.º Las reglas concernientes a los límites locales de las leyes.

Después de haber sentado los postulados enunciados, el Dr. Borja dice, en la página 211: «Sorprende, pues, que el Código Civil, tan liberal para con los extranjeros, por cuanto les concede los mismos derechos civiles que a los nacionales, incurra en la clamorosa injusticia de sujetar al extranjero de una manera absoluta a todas las leyes chilenas. El artículo 14 (del Código Chileno y 13 del nuestro) obedece a los principios egoístas aceptados en Inglaterra y los Estados Unidos..... »

Esta es una verdad incontrovertible, porque está de acuerdo con los principios científicos y que la aceptamos plenamente porque ése es también nuestro modo de pensar.

Pero a continuación, en la página 212, parece que el doctor Borja cambiara de opinión, pues, se expresa en la siguiente forma:

«Pero aún cuando el artículo 14 (13 de nuestro Código) sea ajeno de la civilización moderna, y contravenga a los principios del derecho internacional privado, los jueces chilenos tienen de aplicarlo, porque tratándose de los actos ejecutados en el territorio de la República y de las convenciones que en él se hubieren ajustado, la disposición es clarísima y los jueces no pueden desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.—En cuanto a tales actos y contratos, la ley chilena es aplicable a sus solemnidades y a la capacidad de las personas. El extranjero que según las leyes de su patria es mayor a los veintiún años, hasta los veinticinco es en Chile incapaz; de lo cual se deduce que un mismo contrato puede ser nulo en Chile y válido en el Ecuador o en Francia».

Esta interpretación no nos parece fundada en los principios del derecho internacional, cuya misión, en concepto de una gran mayoría de tratadistas, es la de buscar la protección internacional de la persona en todos los países con resultado jurídico permanente. Podrá cumplirse esta protección quitándole a una persona su capacidad adquirida según su ley, pa-



ra convertirla en incapaz? ¿Donde estaría, con este proceder, la permanencia jurídica inatacable? ¿Se podrá mantener una comunidad jurídica internacional, cuando se desconoce a cada momento el derecho, a pretexto de sostener la intangibilidad de una regla legal absurda como es la de que el juez no puede desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu?

Estaríamos en presencia de la territorialidad feudalista ante la cual retrocedieron los mismos estatutarios; y seguramente no es ésta la solución que se debe dar al asunto, porque no hay mejor interpretación, en el campo de la ciencia jurídica que aquélla que dilata y extiende el espíritu de la ley hacia las nuevas necesidades sociales creadas por la civilización y por el progreso. Solamente así puede hacerse de la ley una fuerza viva, apta para incorporar los cambios condicionantes de la evolución.

Desde otro punto de vista, algunas palabras empleadas por el Dr. Luis Felipe Borja, en el párrafo que hemos transcrito, nos dan lugar a consideraciones de otro índole.

En efecto dice el Dr. Borja que el artículo debe aplicarse *a los actos ejecutados en el territorio de la República y a las convenciones que en él se hubieren ajustado.*

Hay dos términos que pueden tener diversa aplicación o producir conceptos e interpretaciones distintos. *Actos ejecutados y convenciones ajustadas en Chile.* Si tomamos la palabra *ajustar* como equivalente a *celebrar*, tenemos que no es lo mismo celebrar que ejecutar. Son dos momentos diversos en los actos y contratos. Se puede celebrar en Chile un contrato que se va a ejecutar en Francia. Estos dos momentos pueden estar internacionalmente divididos y entonces es del caso averiguar qué ley ha de regir la capacidad de un francés que celebra en Chile un contrato que debe ejecutarse en Francia. Siguiendo la doctrina del Dr. Borja que sujeta la capacidad del extranjero a la ley chilena, tocante a los actos o contratos que deben celebrarse y ejecutarse en Chile, ya no sería aplicable la ley chilena, sino la ley francesa, desde que ya no asoman las dos condiciones de celebración y ejecución en Chile, sino una sólo de ellas, la celebración. Pero en la realidad de los hechos la celebración de ese contrato, no podría estar regida sino por la ley chilena, porque conforme a ella se podría juzgar si el contrato es válido, por capacidad, por consentimiento, por objeto y causa lícitos. Aquí está de



manifiesto la capacidad, pero qué clase de capacidad? ¿Será la establecida por la ley chilena, o la establecida por la ley francesa? Como el acto no va a ejecutarse en Chile sino en Francia, será la ley francesa la que establezca la capacidad, mas que la convención se haya celebrado en Chile, porque el Dr. Borja afirma que será aplicable la ley chilena sólo cuando se trate de actos *ejecutados y ajustados* en Chile. Qué decir respecto de los actos celebrados en el extranjero y ejecutables en Chile? Dificil sería afirmar que la ley chilena invoque su capacidad para desconocer el convenio celebrado en el extranjero.

Todas estas complicaciones y otras más, pueden presentarse, si nos pusiéramos a analizar el contenido mismo de los conceptos, según los términos empleados. Tal cosa sucede cuando un afán de investigación detenida, obliga a desmenuzar el sentido de las palabras *ajustar, celebrar, perfeccionar, ejecutar, surtir efecto*, etc.

El artículo 13 que venimos analizando, se presta todavía a mayores comentarios, si se tiene en cuenta el artículo 14 que viene a ser el estatuto personal de los ecuatorianos.

Solamente tomaremos lo más esencial, para poner de relieve el cúmulo de situaciones que pueden producirse.

El artículo se refiere a los ecuatorianos en el extranjero; y en tal caso se manda que han de estar sujetos a las *leyes de su patria*, en todo lo relativo al estado de las personas y a la capacidad que tienen para *ejecutar ciertos actos*, con tal que éstos deban *verificarse en el Ecuador*.

Tenemos un nuevo término hasta aquí desconocido: verificarse.

¿Qué quiere decir verificarse un acto? No tiene otro sentido que el de hacerse un acto verdadero ante la ley. ¿Cuándo se hace verdadero? No puede dejarse de apreciar que el acto es verdadero cuando ha nacido, con los requisitos legales, cuando se ha celebrado. Esto es lo lógico. No hay otra posibilidad, porque no aceptaríamos que verificar sea lo mismo que ejecutar.

Si admitimos este punto de vista, la redacción del inciso del artículo 14 al que nos referimos, sería insostenible como pasamos a demostrarlo:

No vemos cómo podría darse el caso de un ecuatoriano que primero ejecute un acto en el extranjero que tenga que verificarse después en el Ecuador. La ejecución, de ordinario



es posterior a la verificación o celebración. En determinados casos los efectos pueden ser concomitantes, pero estaríamos equivocados si afirmáramos que tal cosa sucede siempre. Que un ecuatoriano ejecute en Alemania un reconocimiento de hijo natural, reconocimiento que debe verificarse en el Ecuador, no podemos entender, bajo ningún aspecto. Pero un ecuatoriano puede reconocer en Alemania a un hijo natural que se encuentra en el Ecuador. Esto hace pensar que el reconocimiento va a surtir efectos en el Ecuador; y para estos casos quiere la ley que el ecuatoriano esté sujeto a las leyes de su patria sobre capacidad. Que si el reconocimiento va a surtir efectos en Alemania, ya no es obligatoria la regla, porque el ecuatoriano puede acogerse a la ley alemana sobre capacidad.

Todo esto aparte de la aplicación que tiene el principio de la autonomía de la voluntad, en el campo de los contratos. Los individuos pueden libremente elegir la ley a la que quieren sujetar sus relaciones, en todo lo que no sea requisito esencial como la capacidad, el objeto y la causa. Esto corresponde al orden público, frente al cual desaparece toda autonomía. Como el artículo 14 se refiere a la capacidad, quizo la ley ecuatoriana, asegurar este requisito de orden público, para todos los casos de actos que deban surtir efecto en el Ecuador y que se hubieren celebrado en el extranjero.

No nos parece otra la intención del legislador del artículo 14; pero aún siendo este el sentido lógico de la disposición; nos encontramos con la contradicción al frente, dentro del sistema mismo de la ley, al comparar el artículo 13 con el 14. Este determina una categoría de leyes extraterritoriales porque le acompañan al ecuatoriano donde quiera que se encuentre; y el artículo trece señala una territorialidad absoluta cuando quiere que todos los habitantes de la República se sujeten a las leyes ecuatorianas, añadiendo todavía la prevención de que la ignorancia de la ley no excusa a nadie.

¿A qué equivale este modo de proceder? Simplemente, concluiríamos que el legislador ecuatoriano quizo decir: «A mis súbditos le seguirán mis leyes, donde quiera que estén, pero no admito ninguna ley extranjera en mi territorio y todos deberán sujetarse a mis leyes». Esto se deduce del sistema y no significa otra cosa que la territorialidad que parece quedar corroborada por el artículo 53 que dice: «La Ley no reconoce diferencia entre el ecuatoriano y el extranjero en cuanto a la



adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código».

Si la ley obliga a todos los habitantes, claro es que no ha de reconocer ningún derecho adquirido y ha de ordenar que toda adquisición de derechos se sujete a ley ecuatoriana. ¿No es ésta, otra confirmación de la territorialidad absoluta?

El Dr. Luis Felipe Borja, cuyos comentarios hemos recordado, varía un tanto la redacción en la página 273 del primer tomo. Textualmente dice:

«La disposición del artículo 14 (13 de nuestro Código) según la cual la ley obliga a todos los habitantes de la República con inclusión de los extranjeros no es aplicable sino cuando se trata de los actos o convenciones *ejecutados o celebrados* en territorio de Chile. El silencio del legislador en cuanto a los demás actos o convenciones significa, no que él desconozca su eficacia ni menos que deniegue la administración de justicia a los ciudadanos o extranjeros que reclamen ante los tribunales los derechos provenientes de tales actos o convenciones, sino que acepta implícitamente los principios y reglas del derecho internacional privado».

Hacemos notar simplemente que el ilustre comentador empleó en la página 212 las palabras: *actos ejecutados y convenciones ajustadas en Chile*; y en la página 274, utilizó los siguientes términos: *actos o convenciones ejecutados o celebradas*. Lo primero supone que ha de haber en Chile *celebración y ejecución*. Lo segundo basta una cosa u otra: *celebración o ejecución*.

Hemos tomado la disposición del artículo 14 de nuestro Código Civil, sólo en cuanto interesa a la conformidad que parece haber en lo que respecta al sistema mantenido por los artículos 13 y 54. Los demás aspectos que contempla la regla del citado artículo 14 se los determina en el capítulo que corresponde al análisis del estatuto personal.

No terminaremos esta parte sin antes haber manifestado que el artículo 13 del Código Civil, que declara no reconocer diferencia entre el ecuatoriano y el extranjero, en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles, puede, a primera vista, dar la idea de que se ha querido confirmar con énfasis el sistema de la igualdad de derechos. Pero bastaba, entonces, emplear la palabra *gocce*, sin mentar para nada la *adquisición*. Las razones son obvias; ya que hablándose de adquisición de derechos, se colige que hay una velada inten-



ción de desconocer los derechos de los extranjeros adquiridos conforme a su ley. Pero sería interpretación más favorable y de acuerdo con las normas del derecho internacional, aquella que entendiera que el mandato en cuestión, no quiere decir otra cosa que, los extranjeros en el Ecuador, han de adquirir sus derechos en la misma forma que los ecuatorianos, sin ninguna diferencia, cuando tal adquisición tenga que realizarse por las exigencias del comercio internacional, sin tocar para nada lo que el extranjero traiga al Ecuador, dentro de su patrimonio jurídico, en virtud de haber ejercitado actividad válida en el campo del derecho y conforme a leyes que no han de ser necesariamente las ecuatorianas; excepto, se entiende, en los casos en que la invocación de un derecho adquirido, fuere contraria al orden público del Ecuador.

De esta opinión participa también Estanislao Zevallos en sus Notas, puesta a la obra de Weiss, cuando dice que debe admitirse la más amplia extraterritorialidad del derecho, con las limitaciones de orden público estrictamente necesarias para la conservación y funcionamiento.

Hay que anotar que no solamente los Códigos chileno y ecuatoriano han sido los únicos que en América han redactado en forma absolutista la regla de la obediencia y de la sujeción a las leyes. Esto nada importaría, porque en definitiva, la buena interpretación es la médula de la ley; y por lo mismo, no hay malas leyes sino malos intérpretes.

Una facultad racional y mesurada, concedida a los jueces, elevaría el contenido ético del precepto legislativo. Y esto es lo que debemos desear en América y particularmente en el Ecuador, en nombre de la solidaridad humana.

Finalizamos así el presente capítulo, advirtiéndolo que el estudio quedaría completo si determináramos la condición de los extranjeros en las demás leyes nacionales. Pero hemos pensado que tal labor escapa de la extensión normal de un programa analítico de curso universitario. Por lo mismo, hemos querido únicamente precisar el sistema general de concesión de derechos a los extranjeros, dejando para estudios monográficos separados, las normas que al respecto establezcan las demás leyes ecuatorianas.

(Continuará)