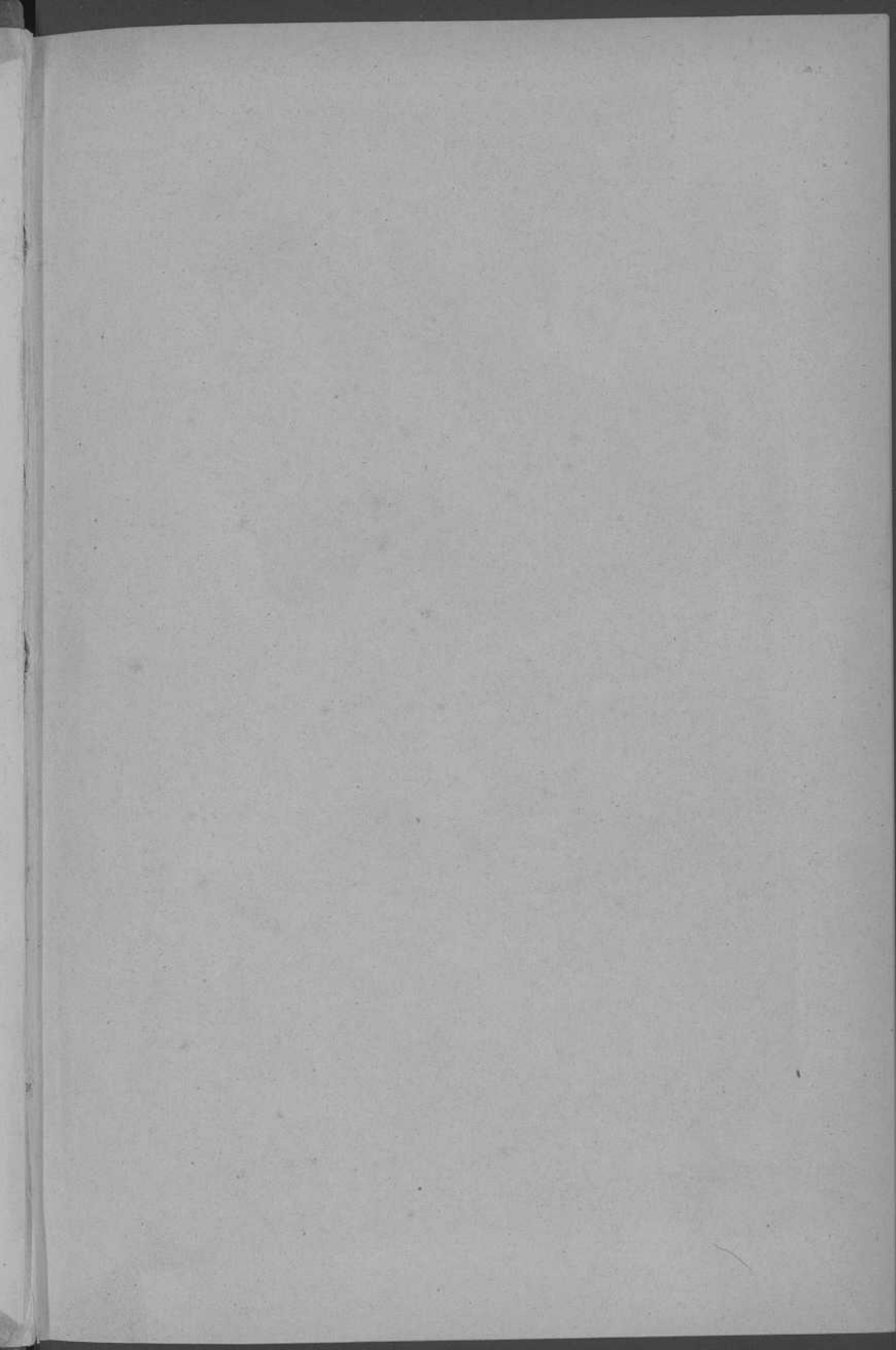
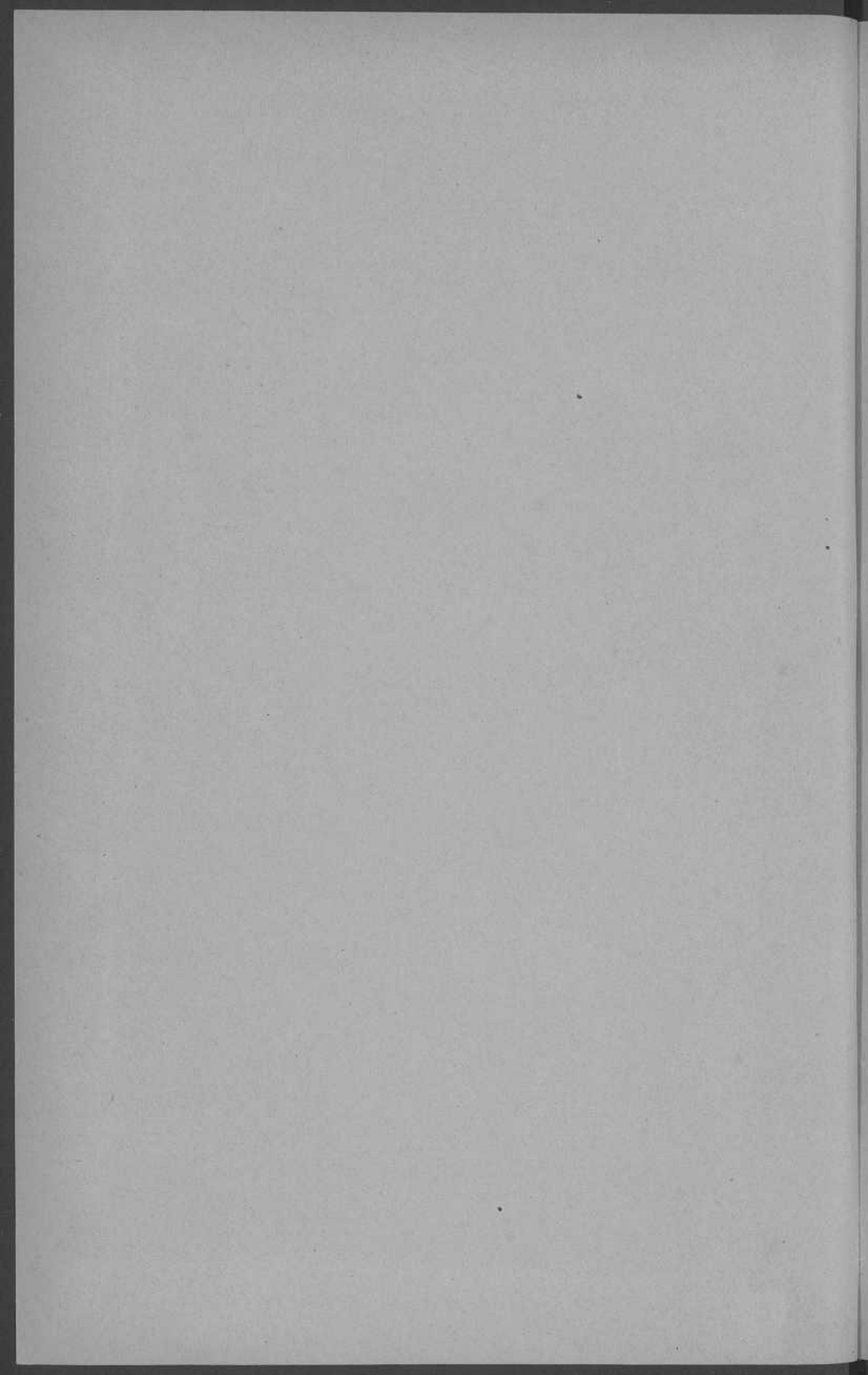




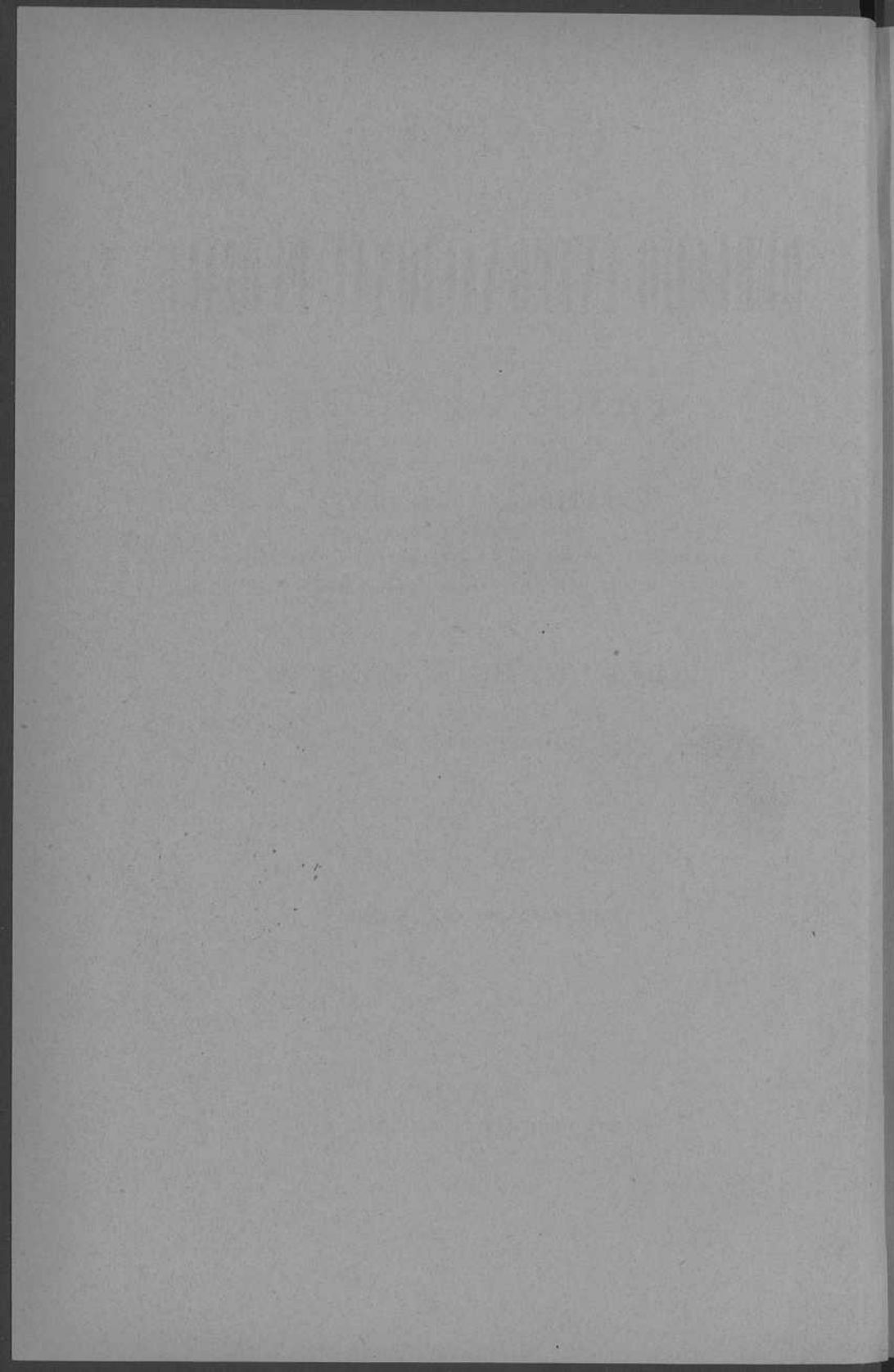
15203
~~15203~~

22
—
146





TRATADO
DE
DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO



TRATADO
DE
DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

POR
PASQUALE FIORE

PROFESOR ORDINARIO DE LA UNIVERSIDAD DE NÁPOLES, MIEMBRO DEL INSTITUTO
DE DERECHO INTERNACIONAL, ETC.

VERTIDO AL CASTELLANO

(de la tercera edición italiana)

**Y AUMENTADO CON NOTAS Y UN APÉNDICE CON LOS TRATADOS
ENTRE ESPAÑA Y LAS DEMAS NACIONES**

POR
ALEJO GARCÍA MOREÑO

SEGUNDA EDICIÓN

~~~~~  
**TOMO SEGUNDO**  
~~~~~



MADRID
CENTRO EDITORIAL DE GÓNGORA
CALLE DE SAN ROQUE, 1

1894

Reservados los derechos de traducción
al castellano y adquiridos por el Editor,
éste perseguirá á los que la publiquen
sin su licencia.

PARTE ESPECIAL

DIVISIÓN PRIMERA, LIBRO I

(Continuación).

SECCIÓN SEGUNDA

DE LOS DEBERES INTERNACIONALES DE LOS ESTADOS

551. Objeto de esta sección.—**552.** División de la misma.

551. Expuestos ya los derechos fundamentales de los Estados que viven en la sociedad internacional, me propongo exponer en la presente sección los deberes de los mismos.

He dicho repetidas veces que el deber es condición del derecho; de aquí que la doctrina de los derechos no podría ir separada de la de los deberes sin que esto produjera una confusión peligrosísima.

Sin el equilibrio de todas las fuerzas, no sería posible la sociedad de los individuos ni la de los Estados, y aquél no podría conseguirse sin mantener una cierta proporción entre las acciones y las abstenciones. En la vida social están intimamente ligadas todas las funciones. Cada cual tiene la facultad de exigir; pero á condición de dar á los demás lo que les es debido. Sin esto quedaría destruido el organismo que resulta de las relaciones entre las personas que viven en sociedad. Se ve, pues, claramente que es una regla inmutable de derecho la que admite que cada Estado puede ejercitar los que le corresponden, sin otra condición que la de no lesionar los que son idénticos ó análogos á los suyos. Por consiguiente, el ejercicio de los derechos no puede separarse del cumplimiento de los deberes (1).

(1) «Todo derecho, dice AHRENS, tiene sus límites en los derechos análogos de los demás miembros de una sociedad.» *Cours de droit naturel*, pág. 296 (edic. de 1844).

552. Resumiré la teoría de los deberes internacionales de los Estados en cuatro capítulos, á saber:

- 1.º Del deber de intervención y del de no intervención;
 - 2.º De la asistencia y mútua benevolencia;
 - 3.º De la protección de los ciudadanos residentes en territorio extranjero;
 - 4.º De la responsabilidad internacional de los Estados.
-

CAPITULO I

Del deber de no intervención y del de intervención.

553. El deber de no intervención da origen á muchas disputas.—**554.** Definición de la intervención según los publicistas italianos.—**555.** Nuestra opinión.—**556.** Es distinta de la mediación.—**557.** Algunos consideran como absoluto el deber de no intervención.—**558.** Otros hacen muchas excepciones.—**559.** Nuestras observaciones.—**560.** Estúdiense mejor los argumentos.—**561.** Máxima general.—**562.** Los actos arbitrarios no son derechos de soberanía interna.—**563.** Ejemplos.—**564.** Regla.—**565.** Aplicaciones. Excepciones al derecho de no intervención según Phillimore.—**566.** Heffter.—**567.** Rossi.—**568.** Chateaubriand.—**569.** Arntz.—**570.** Observaciones críticas.—**571.** Se confirma de nuevo que el asunto se ha estudiado mejor.—**572.** Se prueba con ejemplos la contradicción de la teoría contraria.—**573.** No era otro el pensamiento de las potencias aliadas.—**574.** Máximas generales.—**575.** Si el ser autorizada por el Estado puede hacer lícita la intervención.—**576.** Si los tratados concordados pueden legitimar la intervención.—**577.** Son contrarios los precedentes históricos.—**578.** Teoría inglesa del Ministerio Kanning.—**579.** Observaciones.—**580.** Si es lícito intervenir para apaciguar la guerra civil.—**581.** Conclusiones.—**582.** Cuando podrá ser lícita la intervención.—**583.** Máximas generales.—**584.** Se confirma la teoría con la autoridad de Cobden.—**585.** Teoría de Grocio sobre el derecho de castigar las infracciones del derecho natural.—**586.** Opinión de Vattel.—**587.** Nuestra opinión.—**588.** El derecho internacional debería estar bajo la garantía colectiva de los Estados civilizados.—**589.** Máximas generales para arreglar la intervención colectiva.—**590.** Aplicaciones.—**591.** Casos en que podría ser lícito intervenir por violación del derecho internacional en el interior del Estado.—**592.** Conclusiones.—**593.** De la intervención para poner á salvo los intereses católicos.—**594.** Sofismas de aquellos que querrían aplicar á estas cuestiones principios especiales.—**595.** Nuestras observaciones.

553. El complemento necesario del derecho de autonomía y de independencia de cada Estado es el deber que tienen todos los demás de no ingerirse directa ni indirectamente en los asuntos particulares del mismo.

Este deber es reconocido generalmente por todos; pero en la práctica surgen varias dudas:

1.^a Acerca del modo de entender el objeto inmediato de este deber.

2.^a Acerca de la extensión y limitación del mismo.

En cuanto al primero de ambos argumentos se discute sobre si el objeto del deber de no intervención consiste en no entrometerse en los asuntos interiores de un Estado, ó si comprende también el hecho de ingerirse en los exteriores.

554. Casi todos mis contemporáneos italianos quieren denotar con la denominación de *intervención* sólo el hecho de ingerirse en los asuntos interiores de un Estado. Tal es la opinión de Pierantoni, el cual se expresa en estos términos: «La intervención es el empleo de fuerza moral ó material para obligar á un pueblo ó Gobierno á variar de conducta política, á cambiar las instituciones propias, á desistir de una revolución; por último, á vincular toda tendencia natural al progreso: es, en resumen, el ataque á la autonomía nacional» (1).

Carnazza-Amari sigue este mismo criterio: «Intervenir, según el derecho internacional, es ingerirse en los asuntos políticos interiores de un Estado extranjero. La intervención implica el empleo de la fuerza para hacer que prevalezca una voluntad extraña á la de la nación. Por consecuencia de este acto sustituye la soberanía extraña á la del Estado indígena, y decide á su antojo de los destinos de la nación en donde la intervención se verifica» (2).

Conformes con esta opinión están Casanova, Sandoná y Ferrero-Gola (3).

555. Entiendo que el carácter jurídico de la intervención no puede depender del motivo ni del fin del mismo, como oportunamente hace notar Holzendorff (4).

El motivo de la ingerencia puede evaluarse bajo el punto de vista de su legitimidad y de su excusabilidad; pero el significado jurídico de la palabra *intervención* denota en derecho internacional la ingerencia de uno ó más Estados en los asuntos de otro ó de otros Estados (5).

(1) PIERANTONI, *Storia degli studii del diritto internazionale in Italia*, página 245 (quinta época).

(2) En la *Revue de droit international*, año 1873, pág. 353.

(3) Véanse sus obras: *Lezioni di diritto internazionale*, lec. V, y las notas de BRUSA;—*Trattato di diritto internazionale moderno*, tomo I, página 85; *Elementi di diritto internazionale*.

(4) *Revue de droit international*, año 1870, pág. 103.

(5) CONF. PHILLMORE, *International Law*, tomo I, § 39 y sigts.—HEFFTER, *Derecho internacional*, § 45.—BLUNTSCHLI, *Derecho internacional en forma de Código*, § 431 y siguientes.—CALVO, *Derecho internacional*, § 92 y si-

556. Sólo una cosa debe tenerse como cierta y establecida, á saber: que, en sentido jurídico, la palabra intervención expresa siempre la interposición armada, y que cualquiera que sea esta interposición es esencialmente diversa de la no coactiva y amistosa que se designa con el vocablo propio *mediación*, la cual en ningún caso es ilícita y casi siempre es deseada y aceptada, y es hasta un deber en ciertas ocasiones (1).

557. En cuanto al segundo extremo de la cuestión, son mayores las disidencias entre los publicistas y más apreciables las consecuencias que se derivan de la teoría de los unos ó de los otros.

Hay, por una parte, autorizados publicistas que afirman que el deber de no intervención es general y absoluto, sin que pueda ser justificado el hecho de faltar á él bajo pretexto alguno. En tal sentido llegan hasta considerar este deber como un artículo de fe internacional. Tal es el parecer de Pierantoni, de Carnazza-Amari y demás jurisconsultos que han seguido las huellas de Mamiani.

Después de haber éste examinado una por una las diversas excepciones que podrían hacerse al derecho de no intervención, concluye: «Al reunir todos los cabos del razonamiento esparcidos en este capítulo, creemos poder asentar que después de haber distinguido, dividido y enumerado con diligencia los motivos de intervención armada, en cuanto pueden examinarse con arreglo á la razón y á las probabilidades humanas, no nos ha parecido justo, normal ni verdaderamente legítimo, salvo el caso de oponerse á la indebida intervención de otro, ó de deshacer los efectos ciertos é inmediatos á que conduce. Es un caso en que se puede afirmar con exactitud que la excepción confirma la regla» (2).

También Tissot considera como regla general el principio de

guientes.—KLÜBER, *Derecho de gentes*, § 51 y notas.—HALLECK, *International Law*, cap. IV.—RIQUELME, *Derecho público internacional*, lib. I, tít. II, cap. XIV.—KENT, *On American Law*, tomo I, pág. 20.—WHEATON, *Elem. de dr. int. é Hist.*, y LAWRENCE, *Coment.*, tomo II, pág. 171 y siguientes.—GUIZOT, *Memoire pour servir á l'histoire de mon temps*, tomo IV, páginas 4 y 5.—FIELD, *Intern. Code*, § 12.—MAMIANI, *Di un nuovo diritto pubblico*, cap. IX y XIII.—CARNAZZA-AMARI, *Revue de droit. int.*, 1873, pág. 352.—TISSOT, *Introd. philos. á l'étude du dr. int.*, pág. 13.—WOOLSEY, *Intr. Law*, § 42-50.—MARTENS y la nota de VERGÉ, § 76.—MANNING, *Law of nation*, página 97 y siguientes, y PRADIER FODERÉ, *Principes generales de droit et de politique*, cap. XIV, pág. 524, y nota á VATTTEL.

(1) Se entiende de la verdadera y propia mediación diplomática que se limita á dar consejos, á exhortar é interponer sus buenos oficios, no aquella que hace uso de las presiones morales y que puede considerarse como una intervención moral.

(2) *Nuovo diritto pubblico*, cap. XII *in fine*.

no intervención, y después examina las excepciones que á ésta podrían hacerse, y concluye: «Si las leyes de la humanidad, de la moral y de los principios de religión son *completamente* desconocidos... es preferible para los derechos de los pueblos proclamar de una manera absoluta el principio de no intervención, el respeto escrupuloso de la autonomía de las naciones más bien que aplicar excepciones de una interpretación tan dudosa y de un abuso tan fácil» (1).

558. Forman la falange más numerosa aquellos que aceptan como regla general el principio de no intervención; pero hacen tales y tan diversas excepciones, que algunos, á fuerza de distinguir y enumerar los motivos que pueden justificar la intervención, llegan á convertir aquéllas en regla general; otros admiten un número de motivos más ó menos limitado, pero con miras completamente diversas y á veces opuestas y contradictorias.

559. En mi sentir, no se han establecido aún exactamente los términos de la cuestión de un modo científico, atendido que el juicio recto y sereno es turbado muchas veces por justas aprensiones, hasta el punto que, admitiendo algunas excepciones al axioma ó principio de no intervención, es difícil evitar el abuso y dejar de comprometer la completa independencia y autonomía de los Estados.

Es verdad que, si se atiende á la historia política de Europa, hay razón para decir que no ha ganado nada la humanidad con las intervenciones armadas; pero los publicistas contemporáneos, con la idea de asegurar el celoso respeto y la religiosa observancia de la libertad de los pueblos, han caído en el extremo opuesto, elevando á axioma científico la política egoísta, enseñando que los Estados deben vivir absolutamente indiferentes los unos respecto de los otros, y hacer el papel de espectadores que no se cuidan de lo que suceder pueda, sino cuando están seria y directamente amenazados sus intereses.

560. No puede negarse que, aunque extensamente discutida en cada caso particular, no ha llegado á concretarse aún la materia en los supremos cánones científicos aplicables con seguridad á todos los casos (2).

(1) *Principes de droit public*, segunda parte, pág. 14.

(2) Dice ROLIN-JAEQUEMYS: «La materia del derecho de intervención es una de las más graves, si es que no la más grave de todo el derecho internacional, porque toca á la vez á lo que podría llamar los polos de la sociedad de las naciones: por una parte á la independencia esencial de los

Reconozco también como exacto lo que dice Calvo después de haber expuesto las diversas opiniones de los escritores: «Hasta la divergencia de los autores, cuyas doctrinas acabamos de analizar, demuestra suficientemente las dificultades que ofrece el punto de vista puramente teórico del derecho de intervención» (1). Parece-me que podría darse á la teoría una base sólida y segura si se logra-se conciliar los derechos del Estado con los de la humanidad, partiendo del principio que la plena y escrupulosa observancia de la independencia de los Estados debe conciliarse con las condiciones necesarias á su coexistencia en la sociedad.

561. Nadie pone en duda que pertenezca al Estado el pleno goce de los derechos de soberanía, ni que sólo á él corresponda el proveer con libertad completa á su organización política, civil y religiosa. Debe admitirse además como máxima indiscutible, que es un deber que no sufre excepción alguna el de no entrometerse en los asuntos interiores de otro país, el de no discutir ni combatir sus instituciones políticas con ningún fin ni bajo pretexto alguno.

Puede, pues, considerarse como regla cierta la siguiente:

a) Cada Estado tiene el deber pleno y absoluto de no ingerirse en lo que concierne á los asuntos constitucionales de otro país ni al ejercicio de los derechos de soberanía interna.

562. Esta misma regla podría dar, sin embargo, lugar á equivocaciones si no se determina bien lo que debe entenderse por derecho de soberanía interna. Si se partiese del erróneo concepto de que todo lo que el príncipe haga en el interior del Estado con un poder arbitrario, se debe considerar como un derecho de la referida soberanía, y se quisiera elevar á máxima, que á todo aquello que un soberano haga en su propio país deben permanecer los demás indiferentes, se establecería un principio contrario á los derechos de humanidad y á las leyes supremas de la asociación de los Estados. Sin entrar aquí en argumentos de derecho constitucional, me limito á recordar que á la soberanía pertenece el poder supremo, no el poder absoluto, y que sobre la autoridad del príncipe se halla la autoridad de la ley natural.

563. Si se admitiese que en el caso de que las pasiones ó el furor de las contiendas civiles obcecase la mente y el ánimo del soberano, y lo condujese á cometer toda clase de maldades, como

Estados, por otra á su solidaridad.» *Revue de droit intern.*, 1876, pág. 776 y siguientes.

(1) *Droit intern.*, § 39, pág. 198 (2.^a edición).

autorizar los asesinatos, los robos, las devastaciones, los incendios de países enteros, el saqueo, el estupro y otras infamias análogas; si en semejante caso los Estados cíviles debían permanecer mudos espectadores para observar escrupulosamente el deber de no intervención, se llegaría á esta consecuencia: que toda violencia arbitraria, todo atentado directo é inmediato contra los derechos del hombre, debería considerarse como ejercicio de los derechos de la soberanía interior.

564. Para prevenir toda mala interpretación, propongo la siguiente regla como complemento de la primera:

b) El deber absoluto de no intervención en los asuntos interiores de otro país, debe entenderse limitado á todo aquello que puede considerarse como una cuestión de derecho constitucional y un ejercicio de los derechos de soberanía, con arreglo á los principios del derecho común y del derecho natural internacional.

Diré en seguida cómo se debía proceder para prevenir las aplicaciones de esta regla. Es fácil comprender que estando fundado en el derecho puede ponerse la limitación hecha por mí como base de un sistema jurídico, al paso que entiendo no podrá decirse lo mismo de las excepciones que algunos respetables publicistas querían hacer al deber absoluto de no intervención, porque en vez de evitar la mala inteligencia no hacen más que aumentarla.

565. Phillimore, por ejemplo, sostiene: «que puede ser lícito intervenir por razón de la propia defensa, cuando las instituciones interiores de un Estado sean *incompatibles* con la paz y la seguridad de los otros» (1).

¿Quién no comprende que esta máxima es de interpretación dudosa, y que prestándose al equívoco abre fácil acceso al abuso?

566. Aun más errónea es la regla que establece Heffter cuando dice: «Puede apelarse á las medidas de intervención cuando los cambios interiores ocurridos en un Estado sean de tal naturaleza que puedan *perjudicar* los legítimos derechos del Estado vecino. Cuando, por ejemplo, los cambios den por resultado despojar á un soberano extranjero de sus derechos de sucesión eventuales ó

(1) *International Law*, t. I, § 393. Es casi la misma regla que establece Guizot: «Ningún Estado tiene derecho á intervenir en la situación ni en el Gobierno interior de otro Estado, sino cuando el interés de su propia seguridad haga que esta intervención sea indispensable.—*Memoires pour servir á l'histoire de mon temps*, t. IV, págs. 4 y 5.

de los de señorío, ¿debería éste dejarse despojar de los mencionados derechos sin ninguna oposición ni resistencia?» (1).

567. Pellegrino Rossi, después de haber establecido como máxima la no intervención, admite como justa excepción el motivo de *prevenir* una agresión inminente y cierta que podría proceder de un Gobierno constituido con este objeto (2).

568. Defendiendo Chateaubriand ante la Cámara la intervención francesa en los asuntos de España, concluía después de largos razonamientos: «Ningún Gobierno tiene el derecho de ingerirse en los asuntos de otro, excepto el caso en que su *seguridad* y sus *intereses* inmediatos se vean comprometidos» (3).

569. Arntz, que ha discutido más recientemente estas cuestiones, se expresa en los términos siguientes: «Puede admitirse el derecho de intervención en los asuntos interiores de otro Estado, cuando las instituciones de éste violen los derechos de un tercero ó *amenacen* violarlos, ó cuando esta violación es la consecuencia necesaria de aquellas instituciones y resulta de ellas la imposibilidad de una coexistencia regular de ambos. En este caso es una necesidad absoluta la que obliga á los demás Estados á velar por su conservación» (4).

570. No continúo aduciendo citas por no ser más difuso, pero me parece que serán suficientes las ya expuestas para convenirse de que, siendo enunciada la excepción con fórmulas vagas é indeterminadas, es natural que sea difícil llegar á conclusiones jurídicas, ciertas y seguras. ¿Cómo esperar que se pueda conseguir nunca establecer una teoría aceptable si los más respetables publicistas contemporáneos no llegan á ponerse de acuerdo?

Para demostrar cuán exacto es lo que decimos y la diferencia que existe en esto entre la opinión de Phillimore, publicista que goza merecida autoridad en los consejos de la Corona, y la de otros hombres científicos contemporáneos, bastará saber que éste considera suficiente motivo de intervención la *defensa de nosotros mismos*, cuando las instituciones de un Estado sean incompatibles con la paz y la seguridad del nuestro: «La propia defensa es un justo motivo de intervención cuando las instituciones interiores de un

(1) *Derecho internacional*, § 45.

(2) MELANGES, *Droit des gens, Intervention*, pág. 442, t. I, y un artículo publicado en la *Revue française*, en Junio de 1838.

(3) *Moniteur*, 15 de Febrero de 1823. También Washington dejó escrito que ningún Gobierno debía ingerirse en los asuntos interiores de otro, á no ser para atender á la seguridad propia. *Sus obras*, t. XI, pág. 382.

(4) En la *Revue de droit international*, 1876, pág. 674.

Estado son incompatibles con la paz y la seguridad de otro Estado.»

Heffter considera á su vez suficiente que dichas instituciones causen un perjuicio á los derechos legítimos del Estado vecino. Chateaubriand sostiene que debe bastar que se comprometan la *seguridad y los intereses inmediatos* del Estado, y Arntz dice que es un justo motivo de intervención que las instituciones de un Estado violen nuestros derechos ó *amenacen* violarlos.

571. Insistimos, sin embargo, en la opinión, ó más bien, en la firme convicción de que el asunto de que se trata no se ha examinado diligentemente y bajo todos sus aspectos, y que incumbe á los publicistas contemporáneos estudiar con más detenimiento y extensión este argumento.

Una de las cosas que interesa establecer bien es la de que, refiriéndose á la ofensa, á la amenaza, á la violación por parte de un Estado que modifica sus instituciones políticas, se entendía antes que se trataba sobre el ataque directo ó inmediato á los derechos de un tercero á la paz, á la seguridad y á los intereses del vecino, ó bien á la acción indirecta y mediata que podía ser efecto de los hechos realizados en el interior de un Estado. No se hizo, sin embargo, esta distinción, que no es de poca importancia, en una cuestión tan grave.

572. Supongamos el caso en que un Estado, al variar sus instituciones interiores, viole los derechos de un tercero, y como esto no podría suceder sin acción externa, debe reconocerse entonces llegado el caso de la legítima defensa y de la guerra, y no debe denominarse intervención. Nótese bien que la diferencia no es cosa de poca monta; la intervención individual entre dos partidos de un pueblo, ó entre dos pueblos, es siempre, como demostraré inmediatamente, una ingerencia sin derecho legal, y puede dar origen por parte de los otros Estados, al derecho de oponerse ó de destruir los malos efectos ciertos é inmediatos que aquella hubiese causado, mientras que la guerra defensiva, siendo un derecho legítimo de los Estados, como en su lugar veremos, cuando llegue el caso de apelar á las armas para la propia defensa, deberán aplicarse á este hecho las reglas que estableceremos acerca del derecho de declarar la guerra y no las referentes al caso de intervención.

Si se concediese que debía ser suficiente motivo de intervención el ser incompatible con la paz y la seguridad de un Estado el orden social y las instituciones civiles de otro pueblo, debería ad-

mitirse, para ser consecuente, que, cuando de los hechos realizados en un Estado vecino se derive un daño mediano, un perjuicio al otro Estado, tendrá éste el derecho de intervenir para impedir aquel hecho. Mas al proponer este procedimiento se abre ancho campo á la arbitrariedad, siendo al mismo tiempo el Estado que interviniese juez y parte. Debería afirmarse que Francia tenía derecho á intervenir para impedir la constitución del imperio germánico, siendo así que las aspiraciones á la patria alemana, causaban un daño mediano, excitando en las provincias alemanas que aquella poseía, el sentimiento de unirse á dicho imperio; y aun Austria habría tenido un derecho legítimo á intervenir para impedir la constitución del reino de Italia, siendo así que no había de tener, como no ha tenido en efecto, paz ni seguridad hasta que las provincias italianas que poseía, se han unido al mencionado reino.

533. ¿Qué otra cosa querían las potencias aliadas el 20 de Noviembre de 1815, sino sentar como regla que se tenía derecho á intervenir para atender á la seguridad y á la paz, y para defender lo que ellos llamaban los legítimos derechos de las casas reinantes? (1).

Cuando en Troppau se decidió intervenir en Nápoles para echar abajo la Constitución del 6 de Julio de 1820, se dijo que esto era necesario para apaciguar la revolución triunfante, que había obligado por fuerza al rey á sancionar aquella Constitución que Austria consideraba como una amenaza á sus intereses. He aquí lo que en aquella ocasión escribía el conde de Nesselrode participando al rey de Nápoles las deliberaciones de las potencias aliadas: «La revolución de Nápoles tiene un carácter demasiado alarmante para no llamar la atención de los soberanos. Estos deben tomar sus medidas con arreglo á los males con que esta revolución amenaza los Estados vecinos» (2).

(1) Acerca de las particularidades históricas de las intervenciones armadas, véase CALVO, ob. cit., § 93, t. I, lib. III.—LAWRENCE, *Comment.*, t. II, pág. 191 á 471.—WHEATON, *Historia*.

(2) *Anuario de ambos mundos*, 1820, 652.

Es digno de mención el hecho de que la conferencia reunida en Troppau deliberase sobre la ocupación armada del territorio napolitano para reprimir aquella que ellos llamaban rebelión, y que impusiese sus decisiones al mismo rey de Nápoles. Su Ministro fué invitado por Metternich á la conferencia, pero con el único objeto de que comunicase al rey las decisiones de los soberanos aliados, no para discutir. Obrando de este modo osaban afirmar que «la ocupación armada no sería otra cosa más que una medida transitoria, ni podía en manera alguna inferir ataque alguno á la

También Francia justificó su intervención en España apoyándose en que la Constitución de 1820 era un impedimento para Luis XVIII, y amenazaba los intereses de los Borbones. El duque de Montmorency, rechazando la proposición de mediación hecha por el Gobierno inglés, escribía: «No existe entre Francia y España ninguna diferencia, ningún punto especial de discusión por cuyo arreglo podrían ser restablecidas sus relaciones al estado en que se hallaban. España, por la naturaleza de su revolución y por las circunstancias que la han acompañado, ha excitado los temores de muchas grandes potencias. Francia *está interesada* más que ninguna otra en los acontecimientos que pueden surgir de la situación actual de aquella monarquía» (1).

Basta esto para establecer como claro y cierto que, concediendo el derecho de intervención siempre que á consecuencia de las mudanzas que ocurran en el orden interior de un Estado puedan sobrevenir perjuicios más ó menos directos á los legítimos derechos del Estado vecino, ó una especie de amenaza á los intereses del mismo, se vendrá á parar á esta consecuencia: ó que la independencia ó la autonomía de los Estados no subsista, ó que pueda arbitrariamente ser limitada sin reglas ciertas ni bien definidas. Tenía razón, pues, Chateaubriand cuando, al hablar ante la Cámara francesa en 26 de Febrero de 1825, se expresaba en estos términos: «La intervención ó la no intervención es una penalidad absolutista ó liberal de la que no debe preocuparse una tercera potencia; en política no hay principios exclusivos. Se verifica ó no la intervención, *según las exigencias* de un país» (2).

574. Para evitar toda conclusión absurda creo serán oportunas las siguientes reglas:

a) No hay derecho á intervenir cuando un Estado, sin *violar el derecho* internacional, resuelva una cuestión de derecho constitucional, y provea como estime conveniente al arreglo de sus asuntos interiores;

b) Cuando la organización política de un Estado traiga consigo una lesión real del derecho de otro, la parte lesionada lo tiene á la defensa. Este es, por tanto, uno de los *casus belli* y debe apreciarse con arreglo á los principios que rigen el derecho de guerra;

independencia política del reino de las dos Sicilias.—Conviene decir que poco más de medio siglo después eran todavía muy diversos los criterios de la independencia de los Estados.

(1) *Anuario*, 1882, pág. 400.

(2) CHATEAUBRIAND, *Congr. de Verona*, t. I, pág. 364.

c) El daño mediato, el peligro, el perjuicio, la ofensa de los intereses y esperanzas que pueden ser una consecuencia indirecta del cambio interior, no dan derecho á la intervención.

575. Ahora debemos examinar si las máximas propuestas por nosotros pueden en ciertos casos particulares sufrir algunas excepciones.

La primera que algunos quieren hacer es la sugerida por Bluntschli, el cual establece como regla que es lícito intervenir «cuando un Estado pide á una potencia amiga la intervención ó acepta la oferta que en este sentido se le ha hecho» (1).

Esta es también la opinión de Heffter, el cual dice: «Una intervención propiamente dicha, por la que una potencia se mezcla como parte principal en los asuntos interiores de constitución ó de gobierno de un Estado independiente, no puede justificarse sino en el caso siguiente:

Cuando la intervención se verifica con el consentimiento formal de dicho Estado» (2).

Esta excepción entiendo que no debe admitirse.

Cuando en el interior de un Estado se agita una lucha entre un partido y el poder constituido, si éste, cuando fuese ya impotente para dominar la revolución tuviese derecho á invocar el apoyo de las armas extranjeras, ¿á qué quedaria reducida la autonomía interior de las asociaciones políticas? ¿Podría decirse que, si el partido de los separatistas en América, hubiese tomado mayores proporciones, habrían podido los Estados Unidos aumentar sus fuerzas para sujetarlo pidiendo una intervención por parte de las naciones extranjeras, ó que Inglaterra habria tenido derecho á llamar en su auxilio los ejércitos extranjeros para cambiar el éxito de la guerra contra sus colonias americanas, cuando éstas luchaban para conquistar su independencia?

Debo hacer aquí la advertencia de que Bluntschli completa la regla 475 con la del § 476 (3). Pero si se considera que el poder constituido es aquel que representa al Estado durante la guerra civil ó la anarquía; si se confrontan las reglas fijadas por el eminente publicista en los artículos 19, 24 y 63 de su Código, se verá

(1) *Dr. int. Codif.*, § 475.

(2) *Dr. int.*, § 45, pág. 96.

(3) Cuando un Gobierno amenazado pide á una potencia extranjera que intervenga, depende la validez de ese llamamiento de saber si el Gobierno en cuestión debe ser considerado como el órgano y representante del Estado.

claramente cómo se deduce de aquella teoría que puede ser lícito convertirse en campeón de un monarca cuando éste invocase el apoyo de las armas extranjeras, cosa que no podía entrar en la intención ni en el propósito de este escritor ilustre.

Solo debe admitirse que cuando dos partes luchan en una guerra civil sin conseguir ninguna de ellas llegar á establecer un gobierno sólido, pueda ser invitada una tercera potencia y acceder á la invitación, pero no para auxiliar con las armas á una ni á otra, sino solo para interponer sus buenos oficios, aplacar la guerra fratricida, y dar lugar á la mayoría para manifestar su opinión. Esta es una mediación pacífica, y como tal puede ser lícita; pero si se adoptase la fuerza y se llevase la presión moral fuera de sus justos límites, se daría el verdadero caso de intervención que yo creo injustificado, solo porque una parte la autorice contra la otra (1).

526. La otra excepción propuesta anteriormente por respetables escritores, es la de haberse establecido por medio de un tratado el derecho de intervenir ó de garantizar el orden político de un Estado.

Heffter, escribe: «Una intervención propiamente dicha, puede ser justificada cuando se verifica en virtud de una cláusula expresa de un tratado público que tiene por objeto la garantía de su constitución ó de ciertos derechos, desde el momento que esta cláusula ha sido invocada por una de las partes contratantes» (2).

Esto mismo defiende Phillimore, cuando dice: «La segunda excepción al principio de no intervención, surge en el caso de garantía dada por un Estado extranjero..., especialmente para sostener una constitución particular ó una forma de Gobierno establecida

(1) Considero además como una intervención moral que los poderes del Estado manifiesten solemnemente su simpatía por uno ó por otro de los combatientes. Así, pues, está juzgada la deliberación de la Cámara de representantes de Washington votada en 5 de Abril de 1869 para manifestar las simpatías del pueblo de los Estados Unidos hacia los patrióticos esfuerzos de los insurrectos cubanos. Aceptando aquella Asamblea la moción de Enrique Clay, la votó en los términos siguientes: «El pueblo de los Estados Unidos simpatiza con el pueblo cubano en los patrióticos esfuerzos que hace para asegurar su independencia y establecer la forma de gobierno republicano que garantice la libertad individual y la igualdad política de todos los ciudadanos, y el Congreso concederá su concurso constitucional al Presidente de los Estados Unidos cuando éste juzgue oportuno reconocer la independencia y la soberanía de dicho Gobierno republicano.» Tales actos deben considerarse como una verdadera intervención moral y son censurables.

(2) *Dr. int.*, § 45, pág. 96.

en otro país, ó asegurar otro cualquier derecho ú objeto particular perteneciente al mismo» (1).

No me parece sostenible esta doctrina con arreglo á los verdaderos principios del derecho (2). El haber garantizado un Estado á otro una constitución política, no es razón para fundar en esto un título jurídico para arrancar al pueblo la facultad plena y completa de administrarse y gobernarse de la manera más independiente respecto de las naciones extranjeras. Sería necesario demostrar, ante todo, que el soberano tenía el poder legítimo de enajenar, mediante un tratado, los derechos que al pueblo corresponden, lo cual es indemostrable, porque la autonomía de un pueblo es inalienable é imprescriptible, y no puede ser objeto de convenios internacionales, como después demostraremos (3).

537. Bien sé que si apelamos á la historia no faltan ejemplos de ello, y no es necesario remontarnos más allá de este siglo para encontrarlos. Austria fundaba su derecho de ingerirse en los asuntos de Nápoles, y obligaba al mismo rey á no hacer innovaciones constitucionales inconciliables con los principios adoptados por su majestad imperial para el gobierno de las provincias italianas sujetas á éste, aduciendo en apoyo de sus pretensiones un tratado hecho con el rey de Nápoles en 18 de Julio de 1815, para garantizarse reciprocamente la integridad de sus Estados respectivos (4).

538. Mas, en honor de la verdad, se encuentran precedentes en sentido contrario en la historia del gobierno inglés, y es lamentable que el eminente publicista Phillimore haya querido establecer después una teoría contraria á las tradiciones liberales de su país. Cuando Portugal hizo repetidas instancias al Gobierno inglés para que se le garantizase su constitución política á fines de 1822, y quiso concluir un tratado de garantía con este objeto, Mr. Canning, que era entonces Ministro, respondió á nombre del Gobierno: «Si Inglaterra hubiese tenido empeño en garantizar las insti-

(1) *Int. Law*, § 399, tomo I, pág. 474.

(2) Conf. FIELD, *Int. Cod.*, § 961.

(3) Véase el tomo II, libro V, *De las obligaciones internacionales*.

(4) Este tratado no llegó á publicarse, pero el Ministro de Estado de Nápoles, De Circello, comunicó al Ministro de la Gran Bretaña en Nápoles, el vizconde de Castlerhage, aquel tratado, y el Ministro inglés escribió á su Gobierno en una nota la comunicación recibida. Después, en una nota del Ministro de Estado de Nápoles, en 1.º de Octubre de 1820, dirigía á toda la corte de Europa el mencionado artículo secreto. Cussy, *Proc. hist.*, pág. 196. En el mismo día 12 de Junio de 1815, suscribió Austria un tratado muy semejante con Francia.

tuciones políticas de Portugal habría cometido una infracción directa del principio de no intervención en los asuntos interiores del país, principio que el Gobierno portugués no podía menos de querer que se respetase y se salvase. Inglaterra puede, en virtud de los tratados, estar obligada á vigilar por la seguridad exterior de Portugal, pero no á examinar y á aprobar ó desaprobar sus instituciones interiores ni á convertirse en campeón de las mismas» (1).

529. Esta es la teoría que yo admito. Debo advertir, sin embargo, que si dos Estados se obligasen por medio de tratados á defender su seguridad exterior, y se diese el caso de que una potencia extranjera atacase los derechos de uno de ellos ó quisiera obligarlo con la fuerza á modificar su constitución política, tendría el otro derecho y aun deber de defenderlo; pero, en tal hipótesis, se habría estipulado una alianza defensiva, y el auxilio sería un *casus foederis*, no una intervención.

530. Hay también quien, en general, admite que se debe intervenir para evitar los horrores de la guerra civil y los deplorables efectos de una lucha fratricida; pero conviene notar que, sofocando las libertades públicas se comete un atentado contra los derechos de la autonomía, y que no basta para justificar tan grave ofensa disfrazar la cosa con los sentimientos de humanidad.

Mientras la lucha continúe en el interior del Estado y los unos combatan contra los otros respetando las leyes de la guerra, sea más ó menos larga la lucha, ningún Estado tiene derecho á interponerse con las armas para sostener á uno ú otro partido, ni lo tendrían tampoco aquellos Estados que se creyeran perjudicados por hallarse interrumpido el comercio y ser poco seguro el tráfico. Tal estado de cosas había de sugerir necesariamente á uno ó más Estados la idea de emplear toda clase de medios y de buenos oficios para aplacar las sanguinarias iras é interponer pacíficos mediadores entre los hijos de la misma patria; pero el interponerse como árbitros armados y traerlos al orden con la fuerza de las armas, no es seguramente lícito, si se quiere respetar la libertad y la independencia de los pueblos (2).

(1) *An. Register*, 1821, pág. 210; 1822, pág. 266.—STAPLETON, *Political life of M. CANNING*, tomo I, pág. 435.—LAVELLE, *Canning, su vida y su doctrina*.

(2) Con motivo de la insurrección de Grecia adoptó el Senado americano la siguiente declaración propuesta por Sumner en Julio de 1868: «La religión, la civilización y la humanidad, exigen que la lucha que actualmente sostiene Grecia termine, y que para obtener este resultado debe unirse el mundo civilizado para influir amistosamente sobre el Gobierno turco.» No

581. De donde se sigue que las excepciones que se ha querido hacer respecto del deber de no entrometerse en los asuntos interiores de un Estado carecen de sólido fundamento, y que el modo de obrar de un pueblo dentro de los límites de su territorio y sin perjudicar los intereses de otro, no da motivo á la legítima intervención, con tal que se hayan arreglado los asuntos interiores sin violar los preceptos del derecho internacional.

582. Falta decir cuándo la intervención puede reputarse lícita y hasta un deber.

No sería posible la sociedad de los individuos si no fuesen respetados y observados la ley y el derecho, reparadas las ofensas y restablecida la autoridad de las leyes. Así se justifica el poder coercitivo que pertenece á la soberanía: todo se resume en la tutela del derecho.

Ni aun la sociedad de los Estados podría existir sin la observancia de la ley y del derecho internacional. Entiendo que la tutela jurídica de éste sólo podrá realizarse colocándolo bajo la garantía colectiva de todos los Estados que viven en sociedad. Estos tienen interés en que el derecho internacional no sea violado, y deben tener, por tanto, el poder de restaurar su autoridad, caso de que fuese desconocida.

La intervención sólo puede ser legítima cuando tenga por fundamento la *tutela jurídica*. Entiendo que, así como sin la escrupulosa observancia del deber de no intervención en los asuntos interiores de los Estados, según antes hemos establecido, no podría concebirse la autonomía, así sin el deber moral de la *intervención colectiva* para reprimir las violaciones del derecho de gentes, faltaría la *tutela jurídica* en la sociedad internacional, y así estaría menos seguro el orden y la sociedad misma.

583. Reconozco que para organizar un sistema que quitase todo pretexto á la arbitrariedad y que pudiera conseguir asegurar el respeto á la ley, convendría estudiar el argumento propuesto con mucha más extensión. Me limitaré, pues, á establecer algunas reglas á las que me parece menos difícil acomodarse.

a) La violación de un principio aceptado por el común consentimiento como regla positiva del derecho internacional, puede legitimar la intervención colectiva de todos los Estados que convinieron en establecer dicha regla.

serán nunca bastante alabadas las humanitarias iniciativas como esta, que debería ser imitada y practicada.

Tal es el caso de las reglas de derecho marítimo establecidas por el convenio de París de 1856. Los Estados que se adhirieron á aquel tratado, pueden reprimir las violaciones que se cometiesen por parte de uno de los Estados signatarios.

Lo mismo podría decirse de ciertas leyes relativas á la guerra establecidas por varios Estados, si fuesen violadas por uno de ellos con motivo de una guerra.

b) Cuando se establezca por medio de un tratado un estado de cosas, debe mantenerse éste bajo la garantía colectiva de todas las potencias signatarias, y podrá legitimar la intervención si no se cumple todo lo prometido.

Esta regla podrá aplicarse para legitimar la intervención en Turquía, si habiendo contraído aquel Gobierno la obligación de realizar ciertas reformas y mejorar el sistema general de administración y de gobierno, no cumple sus compromisos (1). Lo mismo sucedería si no fuese respetada la neutralidad de Luxemburgo, establecida por el tratado de Londres el 11 de Mayo de 1867, y en otros casos semejantes.

584. Los principios establecidos en las dos reglas anteriores, se hallan confirmados por la autoridad de Ricardo Cobden, el cual ha llegado á la misma consecuencia, esto es, que para obtener una sanción seria del derecho internacional, deberá establecerse en lo sucesivo como regla que un Estado que violase una ley atraería contra sí el poder coaligado de todos los Gobiernos asociados. He aquí cómo se expresaba defendiendo las reglas establecidas en la declaración de París de 1856, relativas á los principios del libre cambio:

«Nosotros tenemos la garantía de que serán respetadas las reglas de derecho público que defendemos: no se consideran éstas como un tratado entre dos potencias, sino como *leyes fundamentales* que regulan las relaciones de los pueblos y que tienen ya el asentimiento de la mayoría, si es que no de todas las potencias marítimas del mundo.

(1) Conf. MARTENS, *Rev. de Dr. int.*, 1877, pág. 63 y ROLIN-JAEQUEMYS, *ibid.*, 1876, pág. 327. El derecho recíproco de intervención por parte de los signatarios de un tratado, á fin de obligar á las otras partes á observar lo estipulado, fué defendido por Inglaterra y por Francia en las negociaciones relativas á los tratados de Viena. Austria, Prusia y Rusia no quisieron reconocerlo cuando se trató de los asuntos de Cracovia, y esta última se negó á reconocer la máxima cuando se trató de la cuestión de Polonia. En nuestros días está ya consagrado el principio con la declaración de la conferencia de Londres en 1871.

«Un Estado que ha aceptado como parte un sistema general de derecho de gentes, se convierte en un proscrito si viola sus compromisos con todos. No cuento con el honor individual de cada Estado, pero sí con el interés que tienen todos en hacer respetar los compromisos contraidos, porque si estuviese en guerra con nosotros, por ejemplo, y violase las leyes, no recaería todo el perjuicio sobre nosotros, sino sobre todo el mundo» (1).

555. Lo que me parece más difícil, es decidir si la violación del derecho natural de los Estados puede legitimar la intervención para defender el derecho mismo.

Grocio decía que debía considerarse, no sólo como lícito, sino como un deber, el castigar las violaciones del derecho natural: *sciendum quoque est reges, et qui regibus jus obtinent, jus habere poenas poscendi, non tantum ob injurias in se aut subditos suos commisas, sed et ob eas quae ipsos peculiariter non tangunt, sed in quibusvis personis jus naturae aut gentium immaniter violant* (2), y además admite que es un justo motivo para hacer la guerra, el de castigar las ofensas inferidas á la ley natural: *bellum punitivum* (3).

556. Vattel establece con más claridad este principio fundamental: «Todas las naciones tienen derecho de emplear la fuerza contra aquellos que violen abiertamente las leyes de la sociedad que la naturaleza ha establecido entre ellas, ó que ataquen directamente el bien y la salud de la sociedad misma (4). De estas máximas deduce después: «Si hubiere, pues, en cualquier parte una nación inquieta y malvada, siempre dispuesta á perjudicar á las otras, á suscitarles obstáculos y trastornos interiores, no hay duda que todos tienen derecho á unirse para castigarla y aun para reducirla á la impotencia para causar perjuicios» (5). Aplica en seguida la misma máxima para fundar sobre ella el derecho que tienen todas las naciones contra aquella que abiertamente ofende la justicia: «Apliquemos á las injusticias todo lo que hemos dicho anteriormente de una nación malhechora. Si hubiese una que hiciese abiertamente profesión de hollar los principios de la justicia, despreciando y violando los derechos de los demás siempre que tuviese ocasión para ello, el interés de la sociedad humana autorizaría á los demás á unirse para reprimirla y castigarla» (6).

(1) *Discursos de Cobden*, t. II, pág. 300.

(2) *De jure pacis et belli*, lib. II, cap. XX, § 40.

(3) *Ibid.*, cap. XXV, § 40.

(4) *Prelim.*, § 22, *Dr. de gent.*

(5) *Ibid.*, lib. II, cap. IV, § 53.

(6) *Idem id.*, cap. V, § 70.

587. Muchos han combatido el pensamiento de Grocio y de Vattel, atendiendo á la consideración de que el derecho de castigar llevaria consigo jurisdicción, juicio y poder coercitivo, cosas todas que no pueden suponerse de Estado á Estado sin ofender la igualdad jurídica de los mismos, pero en el fondo de aquella teoría hallo una gran verdad, y toda la dificultad consiste, en mi opinión, en establecer con certeza y precisión las reglas para la tutela jurídica del derecho internacional. Es, en efecto, indudable, que no pudiendo suponerse sociedad sin ley, la observancia de las leyes naturales de la sociedad de los Estados es cosa de tanto interés para la tranquilidad de todos, que si fuese lícito por una parte violarlas impunemente, y hubiese por otra la obligación de permanecer indiferentes sin derecho á impedirlo, no podría subsistir la sociedad de los Estados.

588. Es indispensable una sanción seria y eficaz del derecho internacional, si se quiere que la ley ocupe el puesto de la arbitrariedad, y que la mejor razón no sea la del más fuerte; pero no hallo, en verdad, una sanción más segura ni más sólida que la de la intervención *colectiva* de todos los Estados que viven en sociedad de hecho, á condición de que la intervención no tenga otro fin que el de impedir las violaciones del derecho internacional, que es la base de la seguridad y de la tranquilidad de todos.

Lo que conviene establecer es que, así como el supuesto motivo legítimo de intervención se deriva del deber que incumbe á las asociaciones de los Estados de observar y hacer respetar el derecho internacional, no podrá uno de ellos juzgar y sentenciar por sí sólo, y justificar después la intervención, pretextando que se había cometido una ofensa real contra el derecho internacional. Sólo á los Estados asociados puede competir este derecho, y debe considerarse como cierto que la única garantía sólida y exenta de peligros, será la *garantía colectiva* de los Estados que viven en sociedad de hecho.

Nada obsta, sin embargo, que, cuando los Estados asociados hayan reconocido en ciertos hechos el carácter general de atentado al derecho de gentes, y adoptado primeramente todos los medios para restablecer el orden, pudiese uno ú otro obtener y ejecutar el mandato de vengar la ofensa dentro de los límites previamente establecidos y salvo el derecho de los mismos de regularizar las condiciones de hecho que pudieran resultar de la intervención.

589. Podrá también decirse que por no ser cierta y segura la ley natural de los Estados podría dar lugar á equivocaciones y ar-

bitriedades. Pero debe tenerse presente, ante todo, que esto se refiere á la aplicación del principio, más bien que á la verdad del mismo, y considerarse después que, respecto de ciertas reglas, es casi unánime la opinión de todos los pueblos civilizados; y respecto de los otros, no será difícil llegar á un acuerdo si continúa extendiéndose el imperio de la justicia y de la razón en las relaciones internacionales.

En mi opinión, sería conveniente establecer las siguientes reglas:

a) El derecho internacional está bajo la protección de todos los Estados asociados. El deber de la *tutela jurídica* lleva consigo, respecto de los mismos, la obligación de intervenir para restablecer la autoridad del derecho, si fuese violada por parte de uno ó varios Estados.

b) La intervención puede ser lícita cuando la violación del derecho de gentes sea real y reconocida como tal por los Estados que viven en sociedad de hecho, y cuando la intervención sea autorizada por los mismos, como una forma de la garantía colectiva.

590. Aplicando dichas reglas debemos advertir ante todo que es lícita la intervención colectiva, si un Estado atacase directamente los derechos de los otros, como, por ejemplo, si aspirase á la monarquía universal, ó emprendiese una guerra de conquista para concentrar en sus manos el máximun de fuerza con la extensión desmedida de sus posesiones territoriales. Lo mismo se dirá si al proveer á su constitución interior, se propusiese un Estado propagar sus principios políticos incitando á los demás á la revolución. Supongamos, por ejemplo, que se reprodujese hoy lo ocurrido en tiempo de la revolución francesa, cuando la Constituyente dió aquella famosa proclama excitando á todos los pueblos á recobrar su libertad, prometiendo á los mismos la ayuda y el auxilio de sus ejércitos; tal procedimiento sería indudablemente un atentado directo á la libertad interior de todos los Estados que legitimaría la intervención colectiva de los mismos.

591. La violación del derecho internacional puede ser también la consecuencia de hechos que se realicen en el interior de un Estado y que violen directamente el mencionado derecho. Supongamos, por ejemplo, que un príncipe, para vencer la revolución, violase todas las leyes de la guerra por todos reconocidas, y que mandase matar á los prisioneros, autorizase el despojo, la rapiña, los incendios, y alentase á sus partidarios á cometer estas y

otras fechorías; aun cuando esto lo hiciese el partido vencedor (1), el permitirlo permaneciendo indiferentes, sería una política egoísta y contraria al derecho de todos, puesto que el que ataca el derecho internacional contra uno, no lo viola sólo en perjuicio del mismo, sino en perjuicio de todos.

Examinemos otro caso. Cuando dos Estados se hacen la guerra, no se tiene ciertamente el derecho de mezclarse en ella, y si un Estado prestase auxilio ó tomase parte activa en la lucha se convertiría en beligerante y aliado, ya lo hubiese hecho porque á ello le obligase un tratado, ya porque los antiguos vínculos que le ligaban á uno de los beligerantes lo indujera á ello, como sucedería si Grecia ayudase á las provincias greco-turcas en la guerra por su independencia.

En todo esto no hay nada que pueda imponer á los demás pueblos la obligación de intervenir para que cese la guerra. Pero si concluida ésta quisiera el vencedor conculcar los derechos del vencido con evidente violación del derecho internacional, como sucedería en el caso de sujetarlo á obligaciones tan gravosas que equivaliesen á un despojo injustificable, entiendo que el dejar al débil en poder del fuerte y sin defensa ni protección; el abrir el campo al despojo y á la rapiña, obligando á aceptar las condiciones que se le imponen á quien no está en el caso de discutir las, es contrario al derecho de los pueblos civilizados.

Cuando se traspasan ciertos límites, la obligación de la tutela jurídica que incumbe á todos los Estados que forman sociedad, impone á los mismos el deber de intervenir é impedir hasta con la fuerza que la guerra se convierta en un despojo legalizado entre los pueblos civilizados.

592. Concluyo, por no ser más difuso, estableciendo que de cualquier modo que sea atacado el derecho internacional, que es la base de la sociedad jurídica de los Estados, con tal de que la violación sea reconocida por estos asociados, con la suficiente importancia para comprometer la seguridad común y el bienestar ge-

(1) Para reprimir la insurrección de Cuba, apelaron las autoridades españolas á medios contrarios á los derechos del hombre y á la justicia internacional. Según una proclama del general, conde de Balmaseda, todo individuo mayor de quince años que fuese hallado fuera de la casa, podía ser fusilado; toda casa sobre que no flotase la bandera blanca, podía ser quemada. ¿Quién puede dudar que en estos y otros casos semejantes tienen derecho los gobiernos de los pueblos civilizados á oponerse con la fuerza á que se ultrajen de este modo los derechos de la humanidad?

neral, hay derecho á la intervención colectiva, fundada en la necesidad de la *tutela jurídica*.

593. Los principios expuestos respecto de la intervención, tendrían la misma aplicación si se tratase de discutirlos en relación con los pretendidos derechos del Pontífice, como ex rey del Estado romano.

No podría admitirse que las reglas supremas del derecho público interior y del derecho internacional debieran aplicarse al romano de un modo distinto que á los demás pueblos. Los derechos del Papa rey no podían ser en este punto sino los de cualquier otro soberano: de donde se deduce, que el Papa no puede pretender hallarse en distintas condiciones que cualquier otro príncipe desposeído por un plebiscito. Sin embargo, la cuestión se ha presentado bajo un punto de vista singular y excepcional. Se ha dicho, en efecto, que, teniendo el Pontífice necesidad de la más completa independencia para el ejercicio de sus más elevadas funciones como Jefe de la Iglesia, y por no poderse (y aquí está el sofisma) obtener esta independencia sino asegurándole el poder temporal y la soberanía política, seguía de aquí que todos los Estados que debían proveer á la tutela de los intereses católicos, podían intervenir para garantir dicho poder temporal y para reintegrar al Pontífice en sus perdidos dominios, á fin de proveer de este modo á que conserve la necesaria y completa independencia (1).

594. Para dar á este sofisma una base jurídica, sería necesario admitir que en las provincias romanas debían considerarse los derechos del hombre confiscados á favor de la cristiandad; que el pueblo romano no debe tener libertad ni derecho á formar su constitución política como cualquier otro pueblo, sino que debía estar siempre, necesaria y totalmente, sometido al dominio del Papa, y que todos los Estados podían apelar á la fuerza para tenerlo sometido á dicho dominio, si los ejércitos del Papa reinante no fuesen suficientes para sujetarlo.

(1) Uno de los documentos más interesantes del partido católico, que habría querido impeler á los Gobiernos á intervenir en Roma para restablecer al Papa en la posesión de su soberanía temporal, es la petición presentada por los Obispos franceses á la Asamblea sobre la necesidad de llevar un pronto remedio á la posición en que se encontraba el Pontífice por causa del Gobierno italiano. Otras peticiones referentes al mismo objeto se presentaron en nombre de varios pueblos de Francia. Respecto de esta petición, se mantuvo una larga y acalorada discusión, y conviene leer sobre todo el discurso de Thiers y de Dupanloup en el *Diario oficial de la República francesa*, domingo 23 de Julio de 1871.

Reducida la cuestión á estos términos, cualquiera ve claro que, para sostener las pretensiones de los Papas y de sus prosélitos, sería necesario crear un derecho especial, aplicable únicamente en las provincias romanas.

Es indudable que todos los Estados han tenido, y tienen todavía, derecho á proteger los de la Iglesia y su Jefe, y el derecho que éste tiene á ser independiente. Pero, como todo depende de determinar cuáles han de ser los derechos correspondientes á la Iglesia según el derecho internacional, y cuál la independendencia que debe tener el Pontífice como Jefe de aquélla, es indispensable aplazar esta cuestión para el capítulo en que tratemos de los derechos de la Iglesia, teniendo siempre como cierto é indudable que la cuestión de la soberanía política del Papa debe resolverse con arreglo á los principios expuestos en capítulos anteriores.

CAPÍTULO II

Del deber de mútua asistencia.

595. Diversas formas del deber de asistencia internacional.—**596.** Los Estados tienen deberes morales.—**597.** Opinión de Montesquieu.—**598.** La ley moral obliga á los Estados.—**599.** Máximas generales.—**600.** Todos los deberes internacionales de los Estados se resumen en el *honeste vivere*.—**601.** Obligación de impedir la propagación de las enfermedades contagiosas.—**602.** Los Estados deben favorecer el estudio de las epidemias.—**603.** Máximas generales.—**604.** Deben favorecerse las comisiones científicas.—**605.** Protección á los buques extranjeros que se hallen en peligro.—**606.** Asistencia en caso de naufragio.—**607.** Protección debida á las cosas salvadas del naufragio.—**608.** Asistencia para la administración de justicia.—**609.** Supplicatorios.—**610.** Reglas generales.—**611.** Asistencia para la instrucción de un proceso penal por delito político, ó contra un ciudadano.—**612.** Obligación de entregar los malhechores independientemente de los tratados.—**613.** Regla.—**614.** No debe perjudicarse al Estado vecino.—**615.** Protección á los acusados por delitos políticos.—**616.** Asistencia para impedir el contrabando.—**617.** Opinión de Pardessus.—**618.** Opinión de Massé.—**619.** Opinión de Kent.—**620.** Nuestra opinión.—**621.** El derecho de visitar los buques en tiempo de paz para impedir la trata de negros.—**622.** Opinión de Hautefeuille.—**623.** Nuestra opinión.—**624.** Reglas.—**625.** Asistencia para aumentar la utilidad recíproca.—**626.** Asistencia á los navegantes.—**627.** Utilidad de un Código internacional.—**628.** De la uniformidad de las medidas.—**629.** Los Estados deben practicar lo que traiga comunes ventajas.

595. Los Estados que propenden por tendencia natural y por necesidades recíprocas á vivir en sociedad, están obligados á practicar, unos respecto de otros, todo lo que puede ser necesario para la salvación de la sociedad y las comunes ventajas.

Este deber toma en sus manifestaciones formas muy variadas, las cuales pueden ser clasificadas bajo ciertas categorías generales. La mútua asistencia es, en efecto, un deber.

1.º En cumplimiento de las obligaciones morales ó de los deberes de humanidad (mútuo socorro, salubridad pública, asisten-

cia á los enfermos pobres, ayuda en caso de peligro de naufragar, salvamento en caso de naufragio);

2.º Como exigida para la protección de los intereses comunes y la conservación de la sociedad internacional (asistencia judicial, suplicatorios, represión del contrabando en el exterior y del comercio de esclavos);

3.º Para aumentar la utilidad reciproca y el interés que tienen todos los Estados de aumentar las ventajas de la vida social. Sobre este concepto se fundan los convenios internacionales para establecer la unidad monetaria, de pesos, medidas y patentes, protección en el exterior de las marcas de fábrica, Código uniforme para las señales marítimas, etc.

Examinemos por partes cada uno de estos deberes.

596. El deber jurídico no expresa todo lo que los Estados se hallan obligados á hacer, sino solamente aquello que pueden estar obligados á dar ó prestar, y que corresponde á lo que otros tienen derecho de exigir y obtener.

Además del derecho y del deber jurídico, existen la ley natural y el deber moral, los cuales son en realidad la base fundamental de la sociedad de los Estados, tanto, que el derecho de cada uno es una parte, una forma, una derivación de los mismos. En ellos se encuentra el principio de la justicia y de las obligaciones naturales, las cuales difieren del derecho y de las obligaciones jurídicas, como se reconoció por los jurisconsultos romanos en las relaciones de derecho privado: *Naturalis obligatio a civili in eo solummodo differt, quod actionem non perit, in reliquis eandem vim et potestatem habet, quam et civiles obligationes habent* (1).

De donde se sigue que el fundamento del deber de reciproca asistencia, de mútuo socorro y de benevolencia se halla en la ley misma que impulsa á los hombres á vivir en sociedad.

597. Montesquieu establece con mucha precisión esta regla: «El derecho de gentes se halla naturalmente fundado sobre este principio: que las diversas naciones deben hacerse en la paz el mayor bien y en la guerra el menor mal posible, sin perjudicar sus verdaderos intereses» (2).

Con esta regla reconocía aquel profundo pensador que existen entre los Estados los deberes de mútua benevolencia, los cuales están fundados en la misma ley natural.

(1) *Instituciones*.

(2) *Espíritu de las leyes*, libro I, pág. 3

598. No debe, pues, admitirse que un Estado esté obligado á dar á otro lo suyo, solo porque este posea la facultad de exigirlo y tenerlo, por más que haya que reconocer que la obligación de dar puede derivarse de la ley de la justicia natural, ó de la ley natural de la convivencia que impone á cada cual la obligación del auxilio, del socorro, de la benevolencia, de la asistencia, de la disminución de los daños.

Por lo demás, si se reconoce sin excepción que el deber moral es un atributo de la naturaleza humana, no deberá suponerse que el hombre pueda perder este atributo en sociedad. Debe considerarse como un ser moral en la sociedad civil, en una sociedad comercial é industrial, y lo debe ser igualmente si se le considera asociado por grupos políticamente organizados, en relación con otros que viven en la sociedad internacional. De aquí se deduce que el Estado debe hallarse también sometido á la ley moral (1).

Los Estados deberían, pues, no tenderse asechanzas, no modelar su conducta en una política egoísta é interesada; sino inclinarse á la mútua benevolencia, teniendo en cuenta el fin último de la sociedad, la incesante necesidad de vivir dentro de ésta, y de la obligación constante de respetar la ley natural en sus continuas é inevitables relaciones: *quæ animi affectio*, escribía Cicerón, *hanc, quam dico societatem conjunctionis humanæ munificet et æque tuens, justitia dicitur* (2).

599. Parécenme, pues, oportunas las siguientes reglas:

a) Todo Estado debe abstenerse de hacer aquello que pueda ser contrario al bienestar y á la prosperidad de los demás, aun cuan-

(1) No se nos oculta que la teoría que exponemos parecerá á muchos inspirada únicamente en ideas humanitarias pero poco práctica. Al que se fije en la situación de Europa y en las cuestiones que la conmueven, parecerá que se halla muy lejana la época en que los Gobiernos se ajustarán en sus actos á los preceptos de la justicia natural. Y sin embargo, un grande hombre de Estado, WASHINGTON, expresa aunque en otra forma el mismo concepto. Al tomar posesión de la Presidencia del Senado americano, en 30 de Abril de 1789, decía en el discurso pronunciado con tal motivo: «Hay una verdad sólidamente establecida, y es la de que existe un lazo indisoluble entre las puras máximas de una política honrada y magnánima, y las sólidas recompensas de la prosperidad y del bienestar de los pueblos.»

En otra ocasión se expresa en estos términos: «Es digno de un pueblo culto y libre, y por consiguiente de un pueblo grande, el dar un ejemplo tan sublime como nuevo, esto es, el de tomar por guía la justicia y la benevolencia. ¿Quién podrá dudar que seréis recompensados centuplicadamente por los sacrificios que hagáis obrando de esa manera?»

(2) *De finibus*, V, 23. Conf. ROMAGNOLI, *De los intereses morales*, Obras, tomo III, part. 1.^a

do no esté obligado á ello en virtud de una obligación jurídica perfecta y debe cooperar á la utilidad general siempre que pueda hacerlo sin traer consigo algún perjuicio directo ó indirecto á la prosperidad y al bienestar del pueblo.

b) Todo Gobierno debe abstenerse de ordenar y autorizar en el propio territorio hechos de cualquier naturaleza que puedan directa ó indirectamente perjudicar á los demás Estados, aun cuando no esté á ello obligado expresamente por leyes ni por tratados.

600. Estas dos reglas son la consecuencia de la idea de justicia y de moral universal; son una aplicación de aquella ley que, sin haber sido promulgada por ningún legislador, ha mandado y manda, en todos los tiempos y lugares, obrar honestamente, hacer el bien y evitar el mal, dar á cada uno lo suyo, no hacer á otro lo que no se quiera que nos hagan á nosotros mismos.

Todos estos deberes fueron admirablemente reunidos en una fórmula por el sabio jurisconsulto Ulpiano: *honeste vivere*. Precepto fundamental de toda la moral social, y cuya verdad y extensión se comprende y se siente por los hombres honrados sin necesidad de demostración, y que ningún poder dialéctico podrá aumentar su claridad y su fuerza.

Sobre tales principios están fundados todos aquellos deberes internacionales que se llaman deberes de humanidad. Tal es, por ejemplo, la obligación que incumbe á todos los Estados civilizados de socorrer á un pueblo desolado por calamidades públicas, como la carestía, las epidemias, la indigencia.

601. De los mismos principios procede que los Estados estén obligados en interés común á cooperar para impedir que se extiendan las epidemias, á favorecer las investigaciones científicas que se hagan con intención de conocer las causas de ciertas enfermedades contagiosas, y las influencias que las condiciones climatológicas pueden ejercer sobre la aparición y la propagación de las mismas. Derivase además el que los Gobiernos deben autorizar los oportunos medios para prevenir el mal ó limitarlo cuando se haya presentado, é incumbe á los mismos dar inmediato aviso de las enfermedades contagiosas que hayan aparecido en ciertas localidades, y cooperar con la mayor solicitud y diligencia para que se observen escrupulosamente las leyes sobre las cuarentenas (1).

(1) En la temporada en que la peste infestó en 1879 ciertas localidades, se verificó el deplorable inconveniente notado por los periódicos, que un cargo de mercancías, sujeto á cuarentena en Venecia, ha sido admitido á libre plática el mismo día en Trieste, de modo que las mercancías han

Para todo esto sería muy oportuno que los Estados se pusiesen de acuerdo acerca de las enfermedades por las que se debe imponer cuarentena, y que se obliguen solidariamente á hacer cuanto ocurra para evitar sus violaciones (1).

602. Con esta misma aspiración deben los Estados promover las conferencias sanitarias internacionales, suministrar á los científicos, reunidos con tal objeto, los informes, el auxilio, los medios oportunos para las investigaciones que puedan ocurrir para el estudio de las localidades infestadas por la enfermedad y de las causas de donde ésta proceda.

Cuando fuese necesario establecer con tal objeto una estación sanitaria de observación ú organizar una comisión, deben los Estados conceder á la misma todos los medios que sean compatibles con las leyes locales. Si algún Estado no lo verificase, podría declararse que faltaba á los deberes de humanidad, no obstante que no se hubiese obligado á ello por ningún tratado y que no tuviese un deber jurídico perfecto.

603. Las reglas generales que, á mi modo de ver, podrían aplicarse, son:

a) Un Estado no puede obligar á otro á observar los deberes de humanidad, ni el uno puede considerar la negativa por parte del otro, como hostil ó injuriosa;

b) La obligación que cada Estado tiene de obrar con arreglo á lo que la equidad y á la humanidad aconsejan, es una obligación moral;

c) Cuando la negativa á observar un deber de humanidad pareciese perjudicial á los demás Estados y no se justificase, podrá motivar una demostración colectiva para proteger los intereses comunes.

604. Esta regla tendría una justa aplicación en caso de que un Estado se negase arbitrariamente á recibir una Comisión científica que se propusiese estudiar sobre el lugar una enfermedad con-

podido penetrar en Italia por el ferrocarril á las veinticuatro horas. Estos inconvenientes gravísimos debían obviarse lo antes posible.

(1) FIELD, propone las siguientes reglas: «Toda nación, para la tutela de la salud pública, puede imponer cuarentenas en cualquier punto de su territorio sobre los buques del Estado y los particulares que lleguen de otros puertos, y sobre las personas y las propiedades de á bordo, é imponer en cualquier punto de la frontera cuarentenas sobre personas y propiedades antes de entrar. La cuarentena sólo puede ser impuesta por los siguientes motivos: fiebre amarilla, cólera, tífus ó fiebre de á bordo, viruelas ó cualquier enfermedad nueva aun no conocida y de naturaleza contagiosa y pestilencial.» Artículos 417 y 418, *International code*.

tagiosa para investigar la causa de su aparición y de su propagación y contagio. El impedir arbitrariamente que se hagan las investigaciones oportunas para disminuir ciertas calamidades internacionales, podría dar justo motivo á reclamaciones por parte de los otros Estados.

605. Debe considerarse, además, como un deber de humanidad, independiente de los tratados, el de recibir y proteger los buques extranjeros de guerra ó particulares, que busquen refugio, para reparar los daños sufridos por siniestros marítimos, ó para proveerse de cuanto puedan necesitar para continuar su navegación.

La protección concedida en tales circunstancias no debería hacerse onerosa, como lo sería, si á los buques que se ven obligados por siniestros á entrar en un puerto, se los equiparase con los que entran voluntariamente para hacer operaciones de comercio. Deben, pues, abstenerse los Estados civilizados, principalmente, de sacar provecho de la desgracia, y sujetar al rigor de las leyes al que á duras penas pudo escapar del rigor de los elementos.

Los actos que podría ser obligado á practicar un buque extranjero que entrase en el puerto de un Estado por averías ú otra fuerza mayor, no deberán ser considerados como actos de comercio, ni estar el buque sujeto á pagar tasas marítimas.

606. Cuando un buque extranjero ó enemigo corra peligro de naufragar, de encallar, ó de sufrir otra calamidad cualquiera en las aguas territoriales de un Estado, y fuese posible socorrerlo, incumbe á la autoridad local proveer á esto, y faltaría á los deberes de humanidad el Estado cuyas leyes no proveyesen á que los marinos que puedan socorrer á un buque en peligro, dejen de hacerlo con solicitud (1).

(1) En la legislación italiana hallamos, respecto de esto, tradiciones gloriosas y liberales, á contar desde los tiempos en que florecían las ciudades marítimas en nuestra patria.

En el Estado de Pisa, *Constituta usus*, 1160, se establecía como una verdadera obligación jurídica el deber moral de la asistencia. *Homines loci ubi naufragium e venerit teneantur eis qui naufragium vel stracium passi fuerint prestare pro eorum succursu auxilium et favores.*—PARDESSUS, *Lois maritimes*, tomo IV, pág. 583.

En el estatuto de Rimini de 1303, se disponía: *Statutum et ordinamentum est quod quaelibet persona terrigena vel forensis quae reperiretur esse in portu Arimini cum aliquo ligno, sive barca armata, si lignum ante portum praedictum esset in periculo et periclitaretur in mari in tali loco quod posset humane sine periculo personarum illarum qui eam vellet juvare, quod ille vel illi, qui dicta ligna habent in portu, et quilibet alius qui est de arte maris debeat ire ad dictum portum et omni*

Cuando no se pueda evitar el peligro y sobrevenga el naufragio ó se encalle, corresponde á las autoridades locales, independientemente de los tratados, procurar salvar la propiedad y los restos del naufragio, y dar aviso al cónsul del Estado cuya bandera enarbole el buque, ó á quien haga sus veces, y entre tanto dar las disposiciones más urgentes para recoger dichos restos, y cuando se presente el cónsul, favorecer las operaciones de salvamento.

607. Cuando ocurra que los propietarios de los objetos que han naufragado no sean conocidos y que los restos del naufragio hayan sido arrojados á la costa ó se hallen en las aguas territoriales, incumbe al Estado proteger dicha propiedad, y no apropiársela como cosa sin dueño, sino conservarla y custodiarla para dar al legítimo propietario tiempo para poder reclamarla, dando aviso por medio de ciertos órganos de publicidad y fijando un tiempo conveniente á quien tenga razón para hacer valer sus derechos (1).

modo quo poterint debeant dictam navem periclitantem traere a periculo..... et qui contra fecerit non faciendo dicta puniatur arbitrio Potestatis habito respectu ad negligentiam et culpam delinquentis. (PARDESSUS, *Lois maritimes*, tomo V, pág. 113).

La ley italiana en vigor, cuyo texto damos en el Apéndice, establece también la obligación jurídica, imponiendo el deber del auxilio y de la asistencia á los buques nacionales que encuentren una nave extranjera en peligro de perderse (art. 120, Cód. mar. merc.), é impone una pena á los capitanes ó patronos de los buques nacionales que no hubiesen prestado el socorro debido á los buques en peligro, en la forma siguiente: Art. 385: «El capitán ó patrón de una nave nacional, que pudiendo, no haya prestado auxilio á una nave en peligro, será castigado con la multa de 200 á 1.000 liras; podrá, además, suspendersele en el ejercicio de sus funciones por espacio de seis meses á un año.»

En lo que se refiere á las disposiciones de los Estados Unidos, véase FIELD, *Inter. Cod.*, notas á los §§ 345 á 54.

(1) Desde la más remota antigüedad se ha considerado como un deber de justicia y de humanidad respetar los restos del naufragio. Entre los romanos era condenado á devolver el cuádruplo de su valor todo el que se apropiaba un objeto cualquiera de un buque en peligro de naufragar ó que había naufragado (libro I, Dig., *De incendio, ruina, naufragio*, 47, 9). Aún más graves fueron los agregados por ANTONINO contra los que despojaban á los náufragos. (Conf. libro III, § 8.º, Dig., *De incendio*.) Estos sabios preceptos fueron violados después por los emperadores.

En la Edad Media fueron considerados los restos del naufragio como *res nullius*, y el señor de la costa disfrutó el derecho de apropiarse dichos restos; así es que la codicia de enriquecerse corrompió de tal modo los ánimos, que los señores de la costa encendían cerca de los escollos hogueras para engañar á los navegantes y hacer naufragar los buques durante la tempestad, ó sobornaban á los pilotos, excitándoles á que hiciesen naufragar la nave, repartiendo luego con ellos los restos.

Las leyes de Oleron contienen penas contra este delito execrable. Véase *Rooles de Oleron*, art. 41.—PARDESSUS, *Lois maritimes*, tomo I, pá-

Cualquier derecho que alegue el Estado á título de derecho de regalía ó de derechos fiscales sobre las cosas arrojadas por el mar á la costa, ó que se hayan ido á fondo en las aguas territoriales, debe considerarse como legalmente infundado, y como una violación de los deberes de humanidad. La única recompensa justificada es la proporcionada al trabajo prestado para el salvamento y para la conservación de los objetos (1).

El derecho de apropiarse los restos del naufragio sólo puede existir cuando haya transcurrido el término fijado para reclamar dichos restos y no se hayan reclamado. Los Estados bien organizados deben proveer con sus propias leyes á reprimir la apropiación indebida, por parte de los particulares, de los objetos arrojados por el agua á la costa y de los de procedencia desconocida hallados en la superficie ó en el fondo del mar.

608. Debe considerarse como un deber de mútua asistencia el que incumbe á los Estados para hacer reciprocamente cuanto puedan para facilitar la administración de justicia en materia civil ó penal (2).

609. Cuando llegaba el caso de proceder al examen de los testigos, pruebas periciales, interrogatorios ó á otros actos de instrucción de cualquier naturaleza, se acostumbraba en los tiempos antiguos á dirigir á los magistrados extranjeros por medio de la

gina 349. La Iglesia condenó con el anatema á todos aquellos que se apropiaban los restos del naufragio. (Concilio de Roma, 1078; Lateranense, 1179). Federico de Alemania, 1175 á 77, y Federico II, 1220 á 31, publicaron leyes rigurosas para reprimir los abusos; pero no consiguieron su objeto.

Los primeros indicios de equidad los hallamos en los Estatutos italianos, algunos de los cuales, como el de Trani, establecieron que los restos del naufragio no podrían considerarse como cosas abandonadas hasta haber pasado el término fijado por la ley. Otros Estatutos, como el de Pisa y el de Rimini, hicieron de la obligación de la asistencia una verdadera obligación jurídica. Pero antes de haber desaparecido todo abuso fué necesario esperar á que el Estado moderno se constituyese sobre las ruinas del feudalismo, y que á las leyes, inspiradas por los intereses de los señores, sucediesen los hechos en interés de los pueblos y de la humanidad.

(1) Véase á este propósito la ley italiana inserta en el Apéndice.

(2) El uso de los suplicatorios es antiquísimo y se deriva del Derecho romano. (Nov. 17, cap. XIV; Nov. 134, cap. V), y del derecho canónico (*Nuevo Denizart*, v.^o *Comisión*). Hoy todos los Estados mandan evacuar los suplicatorios extranjeros, muchos de ellos se obligan á esto por tratados, otros obligan por leyes á los magistrados del propio país á dar curso á los suplicatorios extranjeros. (Para los Estados Unidos de América, véase la ley de 2 de Marzo de 1851, 3 de Marzo de 1863).—En Inglaterra, en Grecia, en Méjico y en otros Estados, tal materia está arreglada por las leyes.

autoridad competente una requisitoria, llamada carta suplicatoria, ó *litterae requisitoriales*, para obtener de ellos que ejecutasen el acto de instrucción que se les interesaba.

Si quiere tenerse en cuenta el principio general de que cada Estado es independiente y que los poderes del mismo no pueden ser excitados á funcionar por una soberanía extranjera, deberá decirse que los Tribunales del Estado no están obligados á dar curso á los suplicatorios extranjeros, excepto el caso en que exista un convenio entre dos Estados que le obliguen á ello, y que en todo caso debería hacerse la requisitoria por la vía diplomática. En efecto, los Tribunales del Estado pueden verse obligados á proceder á los actos instructorios solo en nombre de la soberanía de su país. Mas si se considera que es una suprema necesidad para todos los Estados que se hallan en sociedad, que la justicia civil y penal sea rectamente administrada, debe reconocerse la obligación de dar cumplimiento á los suplicatorios como un deber de asistencia internacional independiente de los tratados (1).

610. Será, pues, oportuno establecer las reglas siguientes:

a) Los Tribunales de cada Estado deben proceder á los actos de instrucción para que sean requeridos por los Tribunales extranjeros, con tal que se halle establecida como regla la reciprocidad, y no se oponga el derecho público del Estado en el que debe ejecutarse el suplicatorio;

b) La obligación de dar curso á los suplicatorios no puede ser considerada como una obligación jurídica, cuando falte un convenio especial entre los dos Estados, sino como un deber recíproco de asistencia internacional;

c) El magistrado que dirige el suplicatorio no puede imponer las formas procesales de su país á los magistrados extranjeros. Cada magistrado, acepta, pues, con la tácita condición de dar cumplimiento de conformidad con la ley de su país.

(1) En Italia se ha provisto en materia civil por el art. 945 del Código de procedimientos, el cual dispone que las sentencias y proveídos de las autoridades judiciales extranjeras que necesiten testimonios, pruebas periciales, juramento, interrogatorios y otros actos de instrucción que deban evacuarse en el reino, son ejecutivos con el simple decreto del Tribunal de apelación del lugar en que deba procederse á estos actos.

Si la ejecución es directamente demandada por las partes interesadas, se propone la instancia con recurso al Tribunal superior y se une copia auténtica de la sentencia y del auto que ordenó lo que se pide. Si la ejecución es exigida por la misma autoridad judicial extranjera, debe tramitarse por la vía diplomática sin necesidad de unir á ella la copia de la sentencia ó el auto.

Cuando en el suplicatorio se designe una forma especial de procedimiento (1), puede practicarse ésta si no es contraria al derecho público del Estado, y si la parte interesada no se opone á ella (2), ó el magistrado no la considera inconveniente;

d) Para hacer más expedita la administración de justicia, será oportuno admitir la correspondencia directa entre la magistratura de los diversos Estados (3), y determinar con arreglo á las leyes anteriores cómo deben proceder los magistrados.

611. Cuando el acto instructorio fuese exigido para la instrucción de un proceso penal, podrá surgir la duda de si el deber de la cooperación y de la mútua asistencia de los Tribunales extranjeros debe sufrir excepciones en ciertos casos.

Uno de los que da lugar á dudas es cuando sea exigido el auxilio judicial en un delito político. La naturaleza especial de esta clase de delitos parece que hace á los autores de los mismos merecedores de alguna protección, por lo que ha prevalecido el uso de excluir de los convenios relativos á la extradición los delitos políticos, y en la actualidad se considera contrario al deber de los Estados civilizados entregar á un procesado por esta clase de delito. Es, pues, natural que deba considerarse como odioso prestarse directa ó indirectamente á suministrar pruebas contra un acusado por delito político; y entendemos que, cuando los suplica-

(1) Por las leyes de algunos Estados se ha dispuesto, en efecto, que los actos instructorios no hacen fe en juicio si las pruebas dadas no se confirman por medio del juramento. Por esto es por lo que en Inglaterra no son consideradas como decisivas las pruebas testimoniales y periciales no juradas.

El legislador italiano, para obviar el inconveniente que en los procedimientos penales no fuesen eficaces en el exterior las disposiciones testimoniales, dispone que los testimonios puedan darse con juramento, cuando esto es necesario, con arreglo á la ley del país de donde viene la requisitoria. Art. 854 del Código penal. Para los juicios penales instruidos ante los Tribunales italianos no están obligados los testigos á declarar por juramento en el período de la instrucción escrita (Art. 172, *Cod. proc. pen.*); pero deben prestar juramento en la declaración en el juicio público. Artículo 297.

(2) Esta regla puede tener aplicación cuando el juramento deba prestarse, según la requisitoria, en una forma no prescrita por la ley local, pero practicable. Conf. Cas. franc., 16 de Junio de 1868, *Journ. du Pal.*, 69, 932. — MASSÉ, *Dr. comm.*, n. 785. — LARONVIERE, *Preuves*, t. I, núm. 422, contra Bioche, *Dic. de prov.*, v.º *Serm.* — FIORE, *Efectos internacionales de las sentencias civiles*, cap. IX. *Derecho penal internacional*, parte 2.ª, c. XI.

(3) En los convenios entre Italia y los Gobiernos extranjeros se ha dado la preferencia á la correspondencia diplomática. Hay, sin embargo, Estados en los que está permitida la correspondencia directa; tales son, Suiza y Austria respecto de los Estados representados por el Reichsrath, Baviera en los casos de urgencia, y Francia para la notificación de los actos.

torios de las autoridades judiciales extranjeras se refieren á delitos políticos no hay ningún deber de cumplimentarlos, y debe considerarse como regla el negar toda asistencia para la instrucción de procesos por delitos políticos ó puramente militares.

Puede surgir otra duda cuando el acto instructorio se exija para procesar á un ciudadano del Estado á quien se pide. Esta excepción es generalmente admitida por los escritores y expresada en los tratados; pero, en mi sentir, no puede justificarse con los principios generales de la mútua asistencia internacional, ni aun con los tratados. Admitido que la mútua asistencia para la instrucción de los procesos penales, debe considerarse como una obligación recíproca fundada en que los Estados se hallan solidariamente interesados en la represión de los delitos, síguese que la protección que el Estado debe á los ciudadanos, no ha de servir de obstáculo al cumplimiento de semejante deber. El Estado debe proteger, en efecto, al ciudadano, pero no al malhechor, hasta el punto de impedir que se haga justicia, y negarse á suministrar las pruebas á quien tiene derecho á juzgarlo y castigarlo (1).

612. Debe considerarse como fundada en el mismo deber moral de mútua asistencia, la obligación que incumbe á los Estados de entregar los malhechores á su juez natural á fin de que sean juzgados y castigados.

En otro tiempo, por la falsa idea de que los Estados podían vivir indiferentes los unos á los otros y seguir sin peligro la política del aislamiento y del egoísmo, la entrega de los malhechores fugitivos no fué considerada como obligatoria, excepto el caso de que el Estado se hubiese obligado á ello por medio de un tratado. En la actualidad prevalece la doctrina más verdadera, cual es la de que un Estado no puede exigir que otro le entregue el malhechor fugitivo que se ha refugiado en su territorio, sino cuando exista un tratado *ad hoc*, y que el Estado en cuyo territorio se halle el reo, tiene el deber moral de no poner obstáculo al castigo del malhechor y está obligado á entregarlo ó á castigarlo (2).

(1) Véase respecto de este argumento FIORE, *Efectos internacionales de las sentencias y de los actos*, cap. IX, y *Derecho penal internacional*, segunda edición, parte segunda, cap. XI.

(2) Conf. KLARKE, *The Law of extradition*.—GROTIUS y PRADIER-FODERÉ, *el Derecho de la paz y de la guerra*, libro II, cap. XXI, § 2.º y 4.º—COVARRUBIAS, *Practicarum quaestionum*, cap. XI.—VATTEL, *Derecho de gentes*, libro II, § 76.—KENT, *Comment.*, I, pág. 37.—BURLAMAQUI, *Derecho de gentes*, parte IV, cap. III, § 9.º—BLUNTSCHLI, *Derecho internacional codificado*, § 395 y siguientes.—CALVO, obra citada, lib. IX.—BONAFOS, *De la extrad.*, pá-

613. Deberá, pues, establecerse la siguiente regla:

a) Todo Estado tiene el deber de unir, dentro de los justos límites, su acción á la de la autoridad competente extranjera, y prestar á la misma auxilio y asistencia para que pueda ser castigado el malhechor que viola las leyes del país que lo reclama, el cual comprometería el orden y la seguridad general si quedase impune (1).

614. Es, pues, un deber moral internacional no realizar ningún acto, que pudiendo convenirnos á nosotros pueda dañar á los demás, por lo que sostengo que debe condenarse la práctica que prevalece en ciertos Estados de librarse de los malhechores condenándolos al destierro, á la deportación ó haciéndolos acompañar hasta las fronteras del Estado vecino. La pena de destierro del reino, con la que ciertos Estados se libran de los malhechores, con grave perjuicio de los pueblos limítrofes, es un acto contrario á las relaciones de buena vecindad y de mútua benevolencia, y se debe considerar por regla general como contrario al derecho internacional, y aunque la pena de destierro se limitase á los delitos políticos, no podría considerarse aceptable y benévola la conducta de un Estado que quisiera librarse de los perturbadores enviándolos á un Estado limítrofe (2).

En tiempos no muy lejanos mandaban los Estados de Europa trasladar á América á los malhechores, y según refiere Blackstone (3), los jueces ingleses estaban autorizados, con arreglo á un decreto de Carlos II, á condenar á los ladrones á ser deportados á América. Hasta en Francia estaba admitida la deportación como medio de librarse de los facinerosos, cuya pena fué abolida por la Constituyente y por el Código penal de 1791.

Por nuestra parte consideramos tales procedimientos como una grave ofensa á los deberes morales internacionales que deben impulsar á los Estados á la mútua benevolencia y á la sólida cooperación para la recta administración de justicia.

gína 32.—PRADIER-FODERÉ, *Princ. gen. de dr.*, pág. 548.—MAILFER, *De la democr. en sus relaciones con el dr. intern.*, pág. 258.—FIORE, *Dr. pen. internacional*, parte segunda, cap. IV.

(1) Véase FIORE, obra citada.

(2) La comisión llamada á discutir el proyecto del Código penal italiano excluye del número de las penas el destierro, porque se notó que si esta máxima se adoptaba en general, se daría el caso que un Estado vendría á ser el receptáculo de todos los malhechores y perturbadores del orden del Estado vecino.

(3) *Comment.*, I, pág. 137.

615. Debe, por otra parte, decirse lo mismo de la conducta de un Estado que proteja á los acusados de delitos políticos hasta el punto de permitirles organizar en el propio territorio conspiraciones y sediciones contra el Estado limítrofe. Habría violado ciertamente el deber internacional de mútua asistencia, si Suiza hubiese permitido que Mazzini continuase viviendo en Lugano, donde organizaba complots republicanos. El Presidente de la confederación tuvo, pues, razón para responder á la interpelación que le dirigieron el 24 de Julio de 1869, once miembros del Consejo helvético, que si había impedido á Mazzini continuar residiendo en una localidad tan inmediata á la frontera italiana, se había visto obligado á hacerlo, porque no podía permitir que desde el territorio suizo se turbase la paz de un Estado vecino y amigo con movimientos revolucionarios (1).

616. Deben, pues, los Gobiernos vigilar recíprocamente para impedir que ciertos derechos y ciertos intereses de los Gobiernos extranjeros se ataquen impunemente por sus propios ciudadanos. El interés egoísta ha negado, por ejemplo, toda protección para impedir que en el propio país se organice el contrabando en perjuicio del extranjero, antes bien, no sólo los Gobiernos han considerado como cosa lícita no impedir la violación de las leyes aduaneras de otro Estado, sino que los mismos Tribunales han considerado jurídicamente eficaces los contratos hechos para hacer el contrabando en el extranjero (2).

617. Hé aquí cómo justifica Pardessus esta costumbre: «El contrabando no es un delito, sino por parte de los súbditos en cuanto ataca los derechos del fisco. Los Gobiernos viven bajo este aspecto en una especie de *hostilidad permanente*, y sin favorecer abiertamente empresas que tienen por objeto el contrabando extranjero, no las proscriben sin embargo» (3).

618. Massé intenta demostrar que el Estado debe favorecer el contrabando en el exterior, porque debe facilitar las exportaciones y proteger los intereses nacionales: «En definitiva, dice, el contrabando restablece el equilibrio en las relaciones comerciales, el cual sería continuamente roto si una nación demasiado es-

(1) También el Gobierno francés mandó detener á D. Carlos en Lyon el 23 de Febrero de 1869, y le hizo acompañar hasta la frontera.

(2) V. Cas. franc., 25 Marzo y 25 Agosto de 1835, la cual decide que el contrato para hacer el convenio de contrabando en el exterior, no es lícito. Sirey, 1835, I, 675. Aix., 30 Agosto 1833. HEFFTER, nota al § 32 de la ob. cit.

(3) *Dr. Commerc.*, § 1.487.

crupulosa se abstuviere de un comercio que se permiten las naciones vecinas» (1).

619. Más fundada nos parece la opinión de Pothier, la de Pfeifer y la de Kent, los cuales sostienen que ningún Estado debería favorecer el contrabando en el exterior. «Sorprende verdaderamente, dice Kent, que en países civilizados como Francia, Inglaterra y los Estados Unidos, que se distinguen por la exacta é irreprochable administración de justicia, el comercio de contrabando hecho con propósito de eludir las leyes y reglamentos de un Gobierno extranjero, sea favorecido y hasta estimulado» (2).

620. Concluyo, pues, fundándome en la autoridad de mister Chitty, que el contrabando es contrario á la buena fe, y que los Estados que prefieran seguir una conducta honrada más bien que la del mezquino interés, deben cooperar recíprocamente para impedir que se violen las leyes aduaneras de los otros Estados, declarando ilícito cualquier contrato para ejercer el contrabando en el exterior (3).

621. Hay quien opina que la necesidad de la mutua asistencia puede justificar el concederse por reciprocidad, mediante convenios especiales, el derecho de visitar los buques en tiempo de paz para reprimir la trata de negros (4).

Háse dicho, en efecto, que la bandera es *prima facie*, el signo de la nacionalidad del buque, pero que esta presunción puede ser destruida por el abuso de la bandera por parte de los que naveguen en ciertos mares y se propongan hacer un comercio ilícito como el de los esclavos. De donde se deduce que dicha presunción no puede impedir que en ciertos mares haya que verificar la nacionalidad efectiva del buque, y que se conceda la reciprocidad, mediante convenios especiales, para poder visitar con los buques de guerra los mercantes que se hallen en mares determinados (5).

(1) *Dr. Commenc.*, § 568.

(2) *Comment.*, lec. 48.

(3) Conf. POTHIER, *Asur.*, núm. 58.—DELANGLE, *Soc. com.*, t. I, número 104.—STORY, *Conf. of Law.*, § 245.—KAMES, *On equity princ.*, 3, l. VIII § 1.º—SCHAEFNER, *Der. priv.*, núm. 89.—CHITTY, *Comm. and manuf.*, t. I, pág. 883.—MARSHAL, *Insur.*, t. I, 59 á 610.—FIORE, *Derecho internacional privado*, § 286 y siguientes.—LAWRENCE, *Com.*, t. III, pág. 400.

(4) Conf. PHILLIMORE, *Int. Law*, § 224 y sig.—CALVO, *Dr. intern.*, tomo II, § 1.227.

(5) En nuestro siglo se han concluido varios tratados con este mismo objeto, y mencionaremos el concluido entre Inglaterra y Portugal en 22 de Enero de 1815; entre Inglaterra y España 13 de Septiembre de 1817, 1836; entre Inglaterra y Holanda 4 de Mayo de 1818, 31 de Diciembre de

622. Esta opinión ha sido impugnada por varios autores, y muy calurosamente por Hautefeuille, el cual ha sostenido que el conceder mediante tratados que los buques de guerra de otro Estado puedan visitar los mercantes nacionales, conduce á sacrificar la independencia del Estado, y que tal sacrificio no puede justificarse, aun cuando se haga con el fin humanitario de reprimir el inhumano comercio de los negros (1).

623. Dejando aparte la cuestión de si la visita y la indagación de la nacionalidad pueden ó no ser un expediente eficaz para reprimir la trata de negros, entiendo yo que, si se estableciese por un tratado el principio de reciprocidad y se determinase sobre qué buques podía ejercerse el derecho de visita, y cómo debían cerciorarse de la nacionalidad los cruceros de una y otra parte, no podría decirse que se sacrificaba la independencia de los Estados.

Ciertamente que era exorbitante la pretensión de Inglaterra, que exigía que sus buques de guerra sometiesen á la visita todos los buques mercantes extranjeros que encontrasen, aun cuando fuesen cubiertos con el pabellón de un Estado con el que Inglaterra no tuviese tratado que la autorizase á ejercitar por reciprocidad el derecho de visita en tiempo de paz (2).

Tal pretensión ha dado origen á varias complicaciones, sobre todo por parte de los Estados Unidos de América, que protestaron contra el pretendido derecho del Gobierno inglés, y obligaron á Inglaterra á renunciar al derecho de someter á la visita á los buques americanos. Hasta los mismos abogados de la corona, consultados en 1858 por el Gobierno, á consecuencia de un conflicto con los Estados Unidos, motivado por la pretensión de Inglaterra á ejercer nuevamente el derecho de visita, contestaron que este

1822 y 5 de Enero de 1823; entre Inglaterra y Suiza 2 de Noviembre de 1824; entre Inglaterra y Francia 30 de Noviembre de 1831, 22 de Marzo de 1833, 29 de Mayo de 1845; entre Austria é Inglaterra, Prusia y Rusia 25 de Diciembre de 1845.

(1) HAUTEFEUILLE, *Dr. des neutr.*, t. III, lib. XI, sec. III. Tanto exagera su teoría el escritor citado, que se expresa en estos términos: «Cualquiera que sea la reprobación moral que á mis ojos lleve consigo la trata de negros..... si desgraciadamente este sacrificio fuese necesario para conseguirlo, no vacilaríamos en declarar que era más favorable á toda la especie humana faltar á su fin que consentir los tratados de visita en tiempo de paz.» T. III, pág. 96.

(2) Inglaterra sujetó á la visita los buques brasileños sin estar autorizada por los tratados, y el 8 de Agosto de 1845 condujo ante el Tribunal del Almirantazgo inglés dos buques brasileños acusados de haber hecho el comercio de negros, no obstante las vivas protestas del Brasil por un procedimiento contrario á todo principio de derecho internacional.

derecho no estaba fundado en ningún principio del derecho internacional, y dieron la razón al Gobierno americano (1).

624. Podrán, pues, adoptarse las siguientes regias:

a) Cualquiera buque de guerra que quiera verificar la visita y la pesquisa sobre un buque mercante extranjero sospechoso de dedicarse al comercio negrero, si no está aquel autorizado para ello por un tratado especial, cometerá un abuso de fuerza y estará obligado á responder de sus actos;

b) Debe considerarse como uno de los medios útiles de mutua asistencia internacional el establecer, mediante tratados, un procedimiento sobre la base de la estricta reciprocidad para cerciorarse de la nacionalidad real de los buques que naveguen en los mares de Africa y en los inmediatos á los países en donde se tolera la esclavitud, y de si hacen el comercio de esclavos ó cualquier otro comercio ilícito (2).

625. La mutua asistencia entre los Estados puede parecer oportuna para aumentar las utilidades reciprocas y las ventajas de la convivencia. Del mismo modo que los individuos reunidos sienten en sí mismos la necesidad de ayudarse y sostenerse mutuamente para desarrollar sus fuerzas y aumentar el bienestar social, así también los Estados, que no pudiendo vivir aislados, son impulsados á vivir en sociedad, no deben seguir una política egoísta, sobre todo hoy que el vapor y la electricidad, fundiendo, por decirlo así, los intereses civiles y comerciales, han creado tantos intereses internacionales.

626. Deben, pues, los Estados sentir la obligación de la reciproca asistencia, no sólo cuando dependa de los tratados, sino como una de tantas exigencias para la convivencia. Esto debe decirse, por ejemplo, de la asistencia que deben prestar reciprocamente las autoridades territoriales á los navegantes extranjeros en todo lo que concierne á las necesidades de la navegación, y del auxilio á los cónsules ó á quien haga sus veces y hacer ejecutar

(1) Conf. WHEATON, *Historia*.—CALVO, ob. cit., § 1.227, pág. 644, 1.231, pág. 656, t. II.—PHILLIMORE, *Int. law*, § 325, t. III, pág. 524, y el tratado de Washington de 8 de Agosto de 1842, que fué concluido para poner fin á las complicaciones entre Inglaterra y los Estados Unidos.

(2) Conf. BLUNTSCHLI, obra citada, § 352.—GESNER, *Dr. de los neut.*, segunda edición, pág. 305 y siguiente, y el tratado de 7 de Abril de 1862 entre Inglaterra y los Estados Unidos, en el que se estipuló que los cruceros de ambas naciones, provistos de poderes especiales, pudiesen visitar, dadas ciertas condiciones, los buques sospechosos de hacer el comercio de los negros en las costas de Africa y en los mares de Cuba.

las medidas de policía dictadas por ellos para proteger los derechos de los capitanes ó patrones de los buques respecto á las personas de la tripulación y viceversa.

Es verdad que cuando exista un convenio especial entre dos soberanos, la asistencia es un deber de una parte, y la otra tiene el derecho de exigirla en los casos especificados en el tratado; pero conviene tener presente en todo evento que los casos especificados en el tratado son considerados, más bien como una confirmación del deber de mutua asistencia, que como una indicación taxativa de los límites, dentro de los cuales puede exigirse aquella.

627. Convendría mucho para recíproca utilidad de los navegantes un Código uniforme de señales marítimas, é incumbe á los Estados promover la reunión de personas competentes para compilar dicho Código y obligar después á los buques nacionales á proveerse de cuanto pueda exigirse como signos marítimos, según las prescripciones del Código.

628. La uniformidad de la medida de las longitudes sería también de gran utilidad práctica, puesto que el navegar con diversas longitudes es una cosa deplorable que compromete los resultados obtenidos por los científicos para mejorar la navegación y velar por la seguridad de los navegantes.

629. Los Estados deben cooperar, además, á promover la uniformidad en todo lo que sirva para las necesidades comunes de la vida. El tener medidas uniformes para indicar el calor, las presiones, las distancias, etc., etc., facilitaría el que pudieran comprenderse mejor las personas de los diversos países, y serviría para favorecer las relaciones entre los pueblos y estrechar los vínculos de amistad entre los mismos (1).

Lo mismo debe decirse de cuanto pueda ocurrir para aumentar y facilitar los medios de comunicación, poniéndolos todos en disposición de utilizar, sin hacer diferencia entre ciudadanos y extranjeros, las ventajas correspondientes que surgirían de tal incremento de relaciones entre los diversos pueblos; y convendría no hacer tan dispendiosos estos servicios públicos y bajar de un modo

(1) La propuesta de arreglar mediante tratados los transportes por ferrocarril, fué muy bien acogida por los publicistas, que aplaudieron la iniciativa tomada por el Gobierno suizo cerca de los otros Estados para promover un acuerdo entre éstos. Véase el interesante artículo de BULMERINCQ, en la *Rev. de Dr. int.*, 1878, pág. 83, y la conferencia de Berna para el reglamento internacional de los transportes del ferrocarril.

razonable las tarifas, regularizar y simplificar la administración, etcétera, etc. En una palabra, todo lo que puede aumentar la utilidad pública, deberá hacerse con reciprocidad por parte de los Estados, independientemente de los tratados, y podrá considerarse como actos de mutua asistencia, á la que los Estados deben reconocerse obligados.

CAPÍTULO III

Del deber de proteger á los propios ciudadanos.

630. Obligación de proteger á los ciudadanos.—**631.** Corresponde al Gobierno apreciar las circunstancias.—**632.** Criticase una opinión de Vattel.—**633.** La protección contra las leyes locales no sería justificable.—**634.** Máxima general y sus aplicaciones.—**635.** Cuándo es lícita la protección.—**636.** Ejemplos.—**637.** No será lícita la protección si el ciudadano puede proceder en juicio.—**638.** Reglas.—**639.** Principios adoptados en la conferencia de París de 1869.—**640.** Las mismas reglas se aplican á los naturalizados.—**641.** Del naturalizado que vuelve á su patria.—**642.** Medios legales de protección.—**643.** Opinión de Rocco sobre la represalia jurídica.—**644.** Opinión del autor.

630. La soberanía debe proteger á los ciudadanos que habitan en el extranjero por todos los medios permitidos por el derecho internacional. El individuo que se aleja temporalmente de su patria, lleva consigo el carácter nacional, y así como está obligado á observar ciertos deberes hacia su patria, así también puede pedir á la soberanía de su país que le defienda, si, siendo arbitrariamente perjudicado ú ofendido, no son atendidas sus reclamaciones por el Gobierno extranjero, ó si se le priva injustamente del pleno goce de los derechos garantidos por el derecho internacional.

631. Corresponde, además, al Gobierno de cada Estado apreciar los hechos y las circunstancias, y decidir si se está ó no en el caso de proteger al ciudadano y los medios más oportunos para conseguir su intento. De ningún modo podrá exigirse que los intereses privados sean protegidos comprometiendo los del Estado, y romper las relaciones amistosas con el Gobierno extranjero. Sin embargo, si la ofensa hecha á un ciudadano puede recaer indirectamente sobre el Estado á que aquel pertenezca, la protección será un deber, no sólo para mirar por el ciudadano, sino también para defender la dignidad y el honor del Estado.

632. Por lo demás, estamos muy lejos de seguir la opinión de Vattel cuando dice: «Todo el que maltrata á un ciudadano ofende directamente al Estado que debe protegerle. El soberano de éste debe vengar su injuria y obligar, si puede, al agresor á una completa reparación ó castigarle, puesto que de otro modo el ciudadano no obtendría el fin de la asociación civil, que es la seguridad» (1). Entiendo además que es contrario á la buena política y á la prudencia gubernamental, hacer de la causa de un particular la causa del Gobierno, exponiéndose de este modo al peligro de convertir una cuestión particular en una cuestión nacional, excepto los casos en que el hecho sea tal que implique la seguridad y el honor del Estado (2).

633. Hay que establecer una diferencia importantísima entre los ciudadanos domiciliados en país extranjero ó residentes en él de un modo estable por razones comerciales, y los ciudadanos transeúntes. Respecto á los primeros, la posición de súbditos temporales está mejor determinada por el simple hecho de la elección del domicilio ó del establecimiento comercial, y si hallando que son onerosas las leyes del país extranjero en que se establecieron, demandasen la protección del Gobierno del propio país, y éste la concediese para conseguir que aquellos fuesen exceptuados de la obligación de observar las leyes, sería esta una protección indebida é injustificada. Lo mismo debe decirse de la protección concedida por el Gobierno francés á sus súbditos residentes en la provincia del Plata, los cuales, mientras tenían allí sus establecimientos comerciales y ejercían sus industrias, no querían sujetarse á las leyes vigentes, que obligaban al servicio militar á todos los extranjeros allí residentes por espacio de tres años. Francia llevó su protección hasta el punto de bloquear á Buenos Aires, en Marzo de 1838, pero no podrá demostrar que tuviera derecho á hacerlo (3).

El Gobierno inglés, por el contrario, se ha mostrado siempre inclinado á reconocer que los ciudadanos ingleses residentes en el extranjero no deben sustraerse á la autoridad de las leyes del lugar de su residencia, y si los ha protegido contra alguna injusticia, no lo ha hecho por eximirlos de la observancia de las leyes. Recordamos entre otras las instrucciones dadas en 28 de Mayo de 1862

(1) VATTEL, *Derecho de gentes*, lib. II, pág. 71.

(2) CONF. PHILLIMORE, parte quinta, cap. II, tomo II, y HEFFTER, obra citada, § 59.

(3) CALVO, obra citada, tomo I, § 109.

á Mr. Thorn-Ton, Ministro de Inglaterra en Buenos Aires, en los que se decía que según los principios del derecho internacional, faltando una estipulación expresa en el tratado, podían los extranjeros ser obligados á prestar el servicio militar en el país de su domicilio. Durante la guerra civil de 1861 á 1865 en los Estados Unidos de América, el Congreso federal obligó á diversas clases de extranjeros allí domiciliados, á prestar ciertos servicios militares. Las instrucciones dadas en aquella ocasión por el Gobierno inglés á sus agentes diplomáticos, se inspiraron siempre en la idea de no proteger á los ciudadanos ingleses para que dejasen de observar la ley; y Lord Russel escribía á Lord Lyons en 4 de Abril de 1861: «No existe regla ni principio alguno de derecho internacional que prohíba al Gobierno de un país exigir á los extranjeros domiciliados en su territorio la obligación de prestar servicio en la milicia ó en la policía, ú obligarlos á contribuir al sostenimiento de estas instituciones.» También en las instrucciones de 7 de Octubre de 1861, dirigidas al mismo Lord Lyons, admitía el Gobierno inglés que el ciudadano domiciliado voluntariamente en un país extranjero podía ser obligado no solo á prestar servicio en el Ejército ó en la guardia nacional, ó en la policía local para el mantenimiento de la paz y del orden, sino también dentro de ciertos límites, para defender el país contra la invasión extranjera. Lo mismo se observa por último en las dirigidas al citado diplomático el 5 de Agosto de 1864, en las que se decía que el Gobierno británico no podía ingerirse para favorecer á los súbditos ingleses residentes en el extranjero, en lo concerniente á la aplicación que se les hacía de la ley marcial (1).

Las instrucciones dadas por el Gobierno de los Estados Unidos, se hallan conformes con las ideas antes expuestas, bastando recordar que cuando fué suspendida la ley del *Habeas corpus*, en Irlanda, escribía M. Seward á M. Adams en 10 de Marzo de 1866: «Los americanos, sean naturales ó naturalizados, deben estar sometidos á las leyes en la Gran Bretaña lo mismo que los ciudadanos británicos durante el tiempo de su residencia, pues para ello gozan de la protección del Gobierno de ese país.

Nosotros hemos aplicado, durante la última guerra, la misma regla á los ciudadanos ingleses que habitaban en los Estados Unidos» (2).

(1) *Report of the Royal Commissioners for inquiring into the laws of naturalisation and allegiance*, 1869.

(2) *Report* citado.

Teniendo en cuenta estos precedentes, debe sostenerse que la acción diplomática que se proponga proteger á los ciudadanos residentes en el extranjero debe ejercitarse con mucha reserva, y sobre todo en lo que se refiere á los nacionales que tengan establecimientos de comercio ó domicilio legal en país extranjero. Debiendo considerarse éstos como súbditos voluntarios deben observar todas las leyes, puesto que pueden con toda libertad abandonar el país cuando las consideren onerosas ó perjudiciales.

634. La primera regla que debería tenerse presente es la que sigue:

a) No es lícita ni justificable la protección aun cuando sea ordenada con el fin de obtener para los ciudadanos residentes en el extranjero una posición privilegiada.

Aplicando esta regla, debería decirse que, si por las graves necesidades de un Estado, obligasen los poderes constituidos á todos aquellos que poseen capitales á cualquier especie de sacrificio, ó si bajo la forma de retención disminuyese los intereses de la deuda pública, sería ilícita é injustificable la conducta de aquellos Gobiernos que, con el pretexto de proteger los intereses de sus nacionales, pretendiesen que los ciudadanos propios, poseedores de capitales y de la renta de la deuda pública, no debían someterse al pago de los impuestos ó á la disminución de los intereses. Si la medida hubiera sido decretada por el Poder ejecutivo, y sin la intervención del legislativo, podría decirse, con razón, que era arbitraria; pero cuando aquélla hubiese sido decretada y promulgada por el poder competente, sería injustificable toda protección para colocar á los propios ciudadanos en posición de no respetarla.

Estos principios valdrian también en la hipótesis de que por graves razones de interés general se suspendiese temporalmente el pago de los intereses de la deuda pública, siempre que esta decisión la hubiese tomado el poder legislativo, funcionando con arreglo á las bases establecidas por la Constitución. En todo caso debe valer la regla de que los ciudadanos que residen y negocian en país extranjero, y que por esta razón están sometidos á otra soberanía, no pueden sustraerse á la observancia de las leyes y reglamentos relativos á los mismos hechos (1).

(1) En 1838, y casi en la misma época del bloqueo de Buenos Aires, bloqueaba también Francia el puerto de Veracruz en Méjico y se apoderaba del fuerte de San Juan de Ulúa para proteger á los franceses residentes en Méjico, los cuales dijeron que habían sido perjudicados por la ley de expulsión que se les había aplicado. Cuando después, con muy di-

635. Solo en la hipótesis de que un Gobierno extranjero obrase arbitrariamente respecto de nuestros conciudadanos, violando cualquier principio de derecho, estaría justificada la protección de los intereses de los particulares. Esto mismo debe decirse en la hipótesis de que un soberano privase á los extranjeros del goce de los derechos civiles, ó si después de haberles concedido que se estableciesen en el territorio del Estado los expulsase en masa, ó si habiendo abierto al comercio una ciudad y concedido que los extranjeros fundasen en ella establecimientos comerciales, declarase después cerrado al comercio aquel país, sin graves razones de interés público. La violación de los derechos privados garantidos por el derecho internacional, legitimaría la acción diplomática de los Gobiernos para proteger á las personas perjudicadas.

En 1868 se quiso prohibir á los israelitas, por medio de una ley, en los Principados de Rumanía y Valaquia, comprar tierras ó tomarlas en arrendamiento, y se quería quitar á los mismos el derecho de asociarse como los cristianos. Cuando este proyecto de ley fué presentado á la Cámara de Bucharest, fueron legítimas las demostraciones diplomáticas, porque tenían por objeto proteger á los israelitas contra una persecución injusta.

Lo mismo puede decirse en la hipótesis de que un Gobierno se mostrase poco solícito para castigar á los autores de malos tratamientos y de daños causados á nuestros conciudadanos, y si no diera garantías serias para impedir que se reprodujesen tales hechos en lo sucesivo, incumbiría á nuestro Gobierno pedir una reparación y proteger eficazmente los intereses nacionales.

636. El 4 de Febrero de 1868 atravesaban algunos franceses, residentes en el Japón, el camino, á tiempo que pasaba el cortejo de un príncipe de aquel país, y fueron acuchillados por orden del oficial que mandaba la escolta. En aquella circunstancia, estaba

terentes miras, organizó Francia la expedición á Méjico, quiso justificar su conducta proclamando solemnemente que cumplía con el deber de proteger á los ciudadanos franceses. En el preámbulo del convenio firmado en Londres el 31 de Octubre de 1861 entre España, Francia é Inglaterra, se decía: «SS. MM., colocadas por la arbitraria conducta de las autoridades mejicanas en la necesidad de exigir de éstas una protección más eficaz para las personas y las propiedades de sus súbditos.....» (MARTENS, *Nueva rec.*, t. XVIII, 2.^a parte, pág. 143.)

El *London News* escribía muy oportunamente en 15 de Febrero de 1862: «Las personas que atraídas por los intereses mercantiles se establecen en otro país, deben estar dispuestas á afrontar como los nacionales, los peligros á que todos están expuestos por los desmanes y las disensiones intestinas.»

llamado el Gobierno francés á proteger los intereses de sus ciudadanos, y consiguió que dicho oficial fuese ajusticiado. También tuvo razón el Gobierno francés para proteger á los perjudicados con motivo de la matanza hecha en el buque francés *Dupleix*, aquel mismo año en el Japón, y obtuvo que se pagasen 150.000 francos á las familias de las víctimas, y que fuesen ajusticiados once de los asesinos. La guerra de Inglaterra contra Abisinia, en 1868, fué motivada asimismo por haber sido reducidos á prisión injustamente algunos ciudadanos ingleses; también las guerras de Siria y del Afghanistan fueron motivadas por el deber de proteger los intereses nacionales.

637. Empero si el ciudadano lesionado tuviese medios legales para hacer valer sus derechos y obtener la reparación del daño mediante una acción judicial, no tendría razón de ser la protección del Gobierno. Esto mismo debe decirse, por ejemplo, si un ciudadano, que hubiese contratado con un Gobierno extranjero y se creyese lesionado en sus derechos, quisiera invocar la protección del Gobierno de su país, y éste tratara de sustituir la acción diplomática á la judicial. Es cierto que no habría inconveniente en interponer los buenos oficios mientras el asunto se discutiese por la vía administrativa; pero, si por ventura se hiciese contencioso, debería reputarse altamente censurable que un Gobierno se entrometiese para obtener por la vía diplomática lo que el interesado podía conseguir por la acción de la justicia.

638. Proponemos, pues, las siguientes reglas:

a) El Gobierno que, con el fin de proteger los intereses nacionales, quiera sustituir la acción diplomática á la de las jurisdicciones territoriales, comete un atentado contra los derechos de la soberanía interior (1);

(1) Entre los numerosos casos de protección indebida que podría citar, referiré sólo el de M. Mac Donald, narrado por CALVO, ob. cit., § 291. Mac Donald, capitán de la guardia de Corps de la reina de Inglaterra, fué arrestado en Prusia por un delito cometido en un vagón del ferrocarril. Primeramente opuso una fuerte resistencia á los agentes de la fuerza pública, y después apeló al propio Gobierno. Lord Russel hizo enérgicas reclamaciones á Berlín para que Mac Donald fuera puesto en libertad por consideración á la alta posición que ocupaba en la Corte de S. M. Británica, y habiéndose negado á ello el Gobierno prusiano, llegó el Ministro inglés hasta decir que la conducta de los Tribunales prusianos había sido inconveniente. Animóse tanto la cuestión, que hubo que tratar el asunto por la vía diplomática, y se presentaron documentos al Parlamento inglés. Pero no era legal el terreno en que el Gabinete de la Gran Bretaña había colocado la cuestión.

En el fondo pretendía que el Gobierno prusiano debía influir sobre el

b) Los Gobiernos fuertes y poderosos, no deben abusar de su superioridad, ni, exagerando el deber de protección, ejercer presión sobre los Gobiernos débiles para obligarles á favorecer á sus ciudadanos, ó exceptuarlos de ciertas obligaciones, ó conceder á los mismos cualquier clase de privilegios.

Siempre que la parte lesionada pueda recurrir á los Tribunales, la regla general de la conducta de los Gobiernos deberá ser la más escrupulosa abstención en todo lo que concierna al curso regular de la justicia. Podrán únicamente proteger á sus ciudadanos para impedir que se suspendan las formas ordinarias de procedimiento por la sola razón de tratarse de extranjeros.

639. En la conferencia de París de 1869, reunida para resolver las cuestiones entre Turquía y Grecia, una de las reglas más importantes establecidas en la declaración del 15 de Febrero, fué que los súbditos otomanos estaban obligados á pedir ante los Tribunales griegos los perjuicios particulares sufridos durante la guerra.

Sin embargo, en la misma declaración se estableció que: «El Gobierno de Atenas debe agotar todas las vías legales para que la obra de la justicia siga su curso regular.» Esta máxima, aceptada por los plenipotenciarios de las grandes potencias, tiene una gran importancia, si se considera que uno de los principales errores en el modo de ejercer la protección sobre los propios ciudadanos, consistía precisamente en mezclarse en la administración de justicia de los países extranjeros y obrar inmediatamente por la vía diplomática en favor de los propios ciudadanos, y esto después de haber procurado que se les hiciese justicia por las vías ordinarias, lo cual era contrario á la equidad y al derecho (1).

Tribunal para impedir que éste aplicase las leyes locales respecto á M. Mac Donald, por consideraciones á la alta posición del acusado, y consideró la negativa del Tribunal como poco cortés, y la inacción del Gobierno prusiano como poco amistosa. He aquí una parte del despacho de Lord John Russel al ministro inglés en Berlín, y por el que se revela el espíritu de la discusión entre ambos Gobiernos: «La negativa nada cortés del Tribunal, después de haberse informado de la posición que ocupa el capitán Mac Donald, el cual forma parte de la guardia de Corps de Su Majestad, está en oposición con la cortesía que acostumbra á observarse respecto de los extranjeros, y debe ser tanto más notada cuanto que no ha sido reprobada por el Gobierno del rey de Prusia. Este no ha procurado dulcificar ni justificar los hechos consumados, y el Gobierno de Su Majestad no puede menos de condenar semejante conducta, como una prueba evidente del poco aprecio en que tiene Prusia la conservación de la buena inteligencia entre ambos Estados.»

(1) Véase el texto de la declaración en los documentos relativos á la

640. Las reglas establecidas hasta aquí sirven también si hubiera que discutir respecto de la protección debida á un naturalizado que se hallase en país extranjero. El Gobierno de la patria adoptiva tiene la obligación de proteger al naturalizado, como consecuencia de las relaciones establecidas por el hecho de la naturalización.

641. La única duda que sobre esto podría originarse, será, si el naturalizado invocase la protección contra su país primitivo, en el supuesto de que fuese obligado á cumplir, respecto del mismo, ciertas obligaciones no satisfechas antes de la emigración. Se ha presentado el caso,—á propósito de los naturalizados en América, que no habían cumplido con la ley del servicio militar en su patria, ó no habían obtenido autorización para emigrar,—que habiendo vuelto á su país natal y queriendo obligarles á cumplir dicha ley, han invocado muchas veces la protección de los Estados Unidos; pero aquel Gobierno ha rehusado siempre, con razón, intervenir con su protección en favor de aquellos que, sin haber perdido sus cualidades de ciudadanos del Estado de origen, del cual emigraron, han vuelto al mismo (1).

642. Respecto de los medios que un Estado puede emplear para proteger á sus ciudadanos, debe ser la regla suprema, que, si puede ser, se adopten sólo los medios reconocidos y sancionados

cuestión greco-turca y á la conferencia de París en los *Archiv. diplom.*, en la *Nueva Rec.* de MARTENS y en los documentos diplomáticos franceses.

(1) A este propósito se han sostenido largas discusiones entre los Estados Unidos y los Gobiernos de Europa. Con relación á un tal Meyer, naturalizado en América, y que habiendo vuelto á Prusia fué obligado á entrar en el servicio militar, escribía el barón de Manteuffeld en 22 de Octubre de 1852 á M. Fay, ministro americano: «Cuando una persona obtiene la naturalización en un país extranjero, no puede el Gobierno de éste admitir que con semejante acto quede aquél libre de las obligaciones que tenía antes de su naturalización. En todos los casos análogos al de Meyer, no se trata por el Gobierno prusiano de coger un individuo para incorporarlo al ejército, sino de mantener el respeto debido á la ley y asegurar su ejecución; y si el Gobierno de Su Majestad se propone ejecutar la ley contra un súbdito prusiano en su territorio, creo que el Gobierno de los Estados Unidos respeta demasiado su dignidad para tratar de oponerse á esto.» *Congress docum.*, 1852, núm. 38.

En mi opinión, la teoría más exacta respecto á este asunto, fué la establecida por Coss, ministro de Estado, durante la presidencia de Buchanan, que en su despacho de 8 de Julio de 1859 decía á M. Wight, en Berlín: «Yo limito la jurisdicción extranjera, respecto de nuestros ciudadanos naturalizados, á aquellos que se habían incorporado ya al ejército, ó que estaban llamados á prestar servicio en el momento en que abandonaron á Prusia, esto es, al caso de desertión real ó de negarse á entrar en las filas por parte de aquellos legalmente llamados por el Gobierno á que estaban sometidos en aquella época.» *Cong.*, núm. 36.

por el Derecho internacional. En otra ocasión sostuvieron los publicistas que, para proteger los intereses de los nacionales, se podía negar á los extranjeros el goce de los derechos que en su país se hayan negado á nuestros ciudadanos. Así pensaba Vattel, que sostenía como lícita la represalia: «Nadie puede quejarse de que se le trate como él trata á los demás. Por esto el rey de Polonia, elector de Sajonia, hace valer el derecho de *albinagio* solamente contra los súbditos de príncipes que sujetan al mismo á los sajones.» Hasta nuestros días han subordinado muchos Códigos de los pueblos civilizados el goce de los derechos de los extranjeros á la condición de la reciprocidad, cuya condición, que se halla por cierto sancionada en el Código civil francés, art. 11, se ha querido justificar con la consideración de proteger los intereses de los ciudadanos.

643. Todos los Códigos vigentes en Italia antes de la unificación, sancionaban la misma máxima, y Rocco opinaba que era lícito elevar á sistema la represalia jurídica para proteger los intereses nacionales.

«Por más que nuestras leyes deban ser benignas para los extranjeros, no debe creerse que cuando el Estado á que pertenecen niegue á nuestros conciudadanos el ejercicio de alguna de las facultades que la misma naturaleza conceda, no sea lícito practicar en el reino lo mismo por derecho de represalia. ¿Cómo pensar que puedan los extranjeros mandar en nuestro reino y disponer de sus bienes, si no se nos conceden á nosotros en su país las mismas facultades?» (1).

644. No podemos aceptar esta teoría por más que sea defendida por escritores respetables. La represalia ó el pretendido derecho de retorsión en perjuicio de los particulares no puede legitimarse en modo alguno. Todos los que querían admitirlo dicen que es un expediente político el hacer sufrir cualquier cosa á los ciudadanos de un Estado para impedir que éste perjudique á nuestros conciudadanos; pero el derecho de hacer lo que no es justo sólo porque otros lo hacen con nosotros, no es admisible. Si el mismo legislador no puede disponer de los derechos ni de la propiedad de los ciudadanos, ¿cómo podría legitimarse la ofensa hecha al particular para reprimir la mala conducta del otro Estado? ¿Son acaso los ciudadanos responsables *uti singuli* de las obligacio-

(1) Vattel, *Derecho de gentes*, libro II, cap. VIII, § 341.— Véase la nota de PINHEIRO-FERREIRA y de PRADIER-FODERÉ.

nes del Estado? *Quod debet universitas*--dice Ulpiano--*singuli non debent*; y Godofredo, comentando esta máxima, dice con mucha razón: *Represalias in singulo scives alicujus civitatis non dari ob spon-sionem et debitum ipsius civitatis*.

Concluyo, pues, de aquí que la protección debida á los ciudadanos no puede legitimar la *retorsión* contra los extranjeros, ó lo que es lo mismo, no puede autorizar un soberano la violación de los derechos de los ciudadanos de un Estado que viole injustamente los derechos de nuestros conciudadanos.

CAPÍTULO IV

Responsabilidad de los Estados por los daños ocasionados á los extranjeros.

645. El Estado está obligado á responder de los daños ocasionados por actos de guerra.—**646.** Está obligado por los perjuicios que causen sus funcionarios.—**647.** Naturaleza de la responsabilidad del Estado.—**648.** ¿Cuándo puede procederse contra el Estado?—**649.** Ejemplo.—**650.** El Estado en cuanto ejerce los poderes públicos.—**651.** Relaciones de los funcionarios públicos con el Estado.—**652.** Casos excepcionales en que el Estado está obligado á responder de los hechos de sus funcionarios.—**653.** Condiciones á que debería estar subordinada la responsabilidad del Estado.—**654.** Responsabilidad de un Gobierno que obra con poca diligencia.—**655.** Responsabilidad internacional por los hechos de los particulares que habitan en el Estado.—**656.** Culpa imputable á éste.—**657.** Reglas para determinar cuándo la falta de diligencia puede ser imputable.—**658.** La cuestión de la responsabilidad de un Estado es una cuestión compleja.—**659.** Máximas generales.—**660.** De la obligación del Estado de reparar los males de la guerra.—**661.** Responsabilidad en caso de guerra civil.—**662.** Del Estado que emplea ciertos procedimientos contrarios al derecho internacional.—**663.** Conducta del Gobierno inglés á consecuencia del bombardeo de Cap.—**664.** Responsabilidad del Estado si perjudica los derechos de los particulares, salvo el caso de fuerza mayor.—**665.** Reglas.—**666.** Ejemplos de casos de fuerza mayor.

645. Considerado como una persona moral, tiene el Estado, dentro de ciertos límites, capacidad y libertad, del mismo modo que los ciudadanos que lo forman (1), y está, por tanto, obligado á responder de sus hechos si ha causado daño á otros Estados ó á particulares extranjeros. «El derecho internacional, dice Heffter, considera como hechos ilícitos ó como lesiones, los ataques inmotivados contra los derechos fundamentales de las personas que es-

(1) *Quia civitates semel institutae induunt proprietates hominum personales.* HOBBS, *De civ.*, cap. XIV, § 4. *Enimvero cum gentes sint personae morales ac ideo nonnisi subjecta certorum juris obligationum.* WOLF, Prefacio.

tán bajo su tutela, principalmente contra su libertad, contra su honor y contra su propiedad. Toda lesión de esta naturaleza obliga al autor á repararla, porque las leyes eternas de la justicia exigen que el orden social sea restablecido siempre que sea violado por una iniquidad cualquiera» (1).

646. El Estado puede estar igualmente obligado al resarcimiento de los daños causados por las personas, de las cuales es él responsable (2). Si la naturaleza de las cosas impide que la soberanía pueda incurrir en responsabilidad penal, nada se opone á que esté obligada á reparar el daño ocasionado por sus funcionarios, cuando concurren las circunstancias que enseguida expon-dremos.

Puede, finalmente, el Estado ser declarado responsable del hecho de los particulares ocurrido en su territorio, si ha ocasionado daño á otro Estado ó á particulares extranjeros (3).

647. Pero, ¿cuál es la naturaleza de la responsabilidad del Estado? ¿Cuáles las reglas, según las que debe ser exigida dicha responsabilidad? ¿Cómo debe determinarse la cuantía y la extensión de la misma? Estas cuestiones son en extremo delicadas y de solución difícil.

(1) *Derecho internacional*, § 101.

(2) Los escritores están de acuerdo en reconocer la responsabilidad del Estado respecto de aquellos que sufren daño por hecho culpable cometido por sus funcionarios. Véase SOURDAT, *Tratado de la resp.*, tomo II, números 1.030 y siguientes.—DALLOZ, véase *Respons.*, núms. 225 y siguientes.—COTELLE, *Cours de dr. administr.*, tomo II, pág. 395.—BONASI, *De la respons. de los func. públicos*, cap. XII, pág. 445. La jurisprudencia ha confirmado después esta máxima en muchas decisiones. Véase Tribunal del Sena, 20 Junio 1833, 1834, 2, 495. (París, 13 Marzo de 1834. Sirey, 34, 2, 85.) Cas. 22 Febrero 1836. Sirey, 36, 1, 283.—Cas. 23 de Abril 1844. (Sirey, 44, 1, 712.) Cons. de Est., 30 de Marzo de 1867. Respecto de Bélgica, véase la famosa causa de Pitteurs, decidida dos veces en casación en distintos sentidos, por el Tribunal de Lieja y de Gante, 8 de Marzo 1849 y 30 de Mayo de 1851, y Cas. á Consejo pleno, 27 de Mayo de 1852. *Pasicris belg.* Respecto de Italia, véase Tribunal de casación de Palermo, 7 Enero de 1868. (Bettini), y 30 de Agosto de 1872. *Annal de jurispr.*, 1872, 1.359.—Cas. de Náp., 15 de Mayo de 1869. (Bettini), tomo 801.—Cas. de Turín, 20 Junio de 1871.

Los principios no podrán ser distintos si el perjudicado fuese un extranjero. Éste podría dirigirse siempre á su Gobierno y pedir su protección si no se le hiciese justicia ó se le negase una legítima indemnización.

(3) «Los Estados, dice BLUNTSCHLI, son responsables unos respecto de otros, no sólo de los actos realizados en su nombre ó por orden suya, sino por no haber impedido á los particulares violar en el territorio, ó desde el suyo, los de otra potencia. (Nota al § 778.)

CALVO, en su *Examen de las tres reglas de derecho internacional propues-*

En lo que se refiere á la naturaleza de la responsabilidad del Estado, es necesario tener presente que éste tiene una doble personalidad: la civil, en cuanto se considera como poseedor de un patrimonio y con capacidad jurídica para administrarlo, enajenar, vender, contraer deudas y verificar todos los actos de la vida civil compatibles con la naturaleza especial de la personalidad jurídica del Estado *uti universitas*.

Distinta de ésta es la personalidad jurídica del Estado como entidad política, autónoma, independiente, con la misión pública de proveer al orden y á la tutela de los ciudadanos (1).

648. Considerado el Estado bajo el primer aspecto, está sujeto á las reglas comunes á las personas, y por consiguiente, si sus funcionarios encargados de la gestión de sus intereses particulares perjudicasen á los extranjeros, podrán éstos ejercitar su acción contra el autor del hecho ó contra el Gobierno, ó contra ambos colectivamente, entablando la acción correspondiente por la vía judicial ó por la Administración para obtener el resarcimiento del daño, de conformidad con las leyes interiores (2). Sólo en el caso que el Gobierno suspendiese el procedimiento legal ordinario por ser el actor extranjero, podría convertirse la responsabilidad de dicho Gobierno de civil en internacional, suponiendo que la parte lesionada invocase la protección del Gobierno nacional y que la cuestión se ventilara entre los Gobiernos por la vía diplomática (3).

649. Supongamos, por ejemplo, que un Estado es propietario de una vía férrea, y que la administra por sí mismo, y debe admitirse que, si un extranjero sufre un daño por un incidente ocurrido por culpa de los empleados de la línea, podrá citar al Es-

tas por el tratado de Washington, hace una exposición concienzuda de las opiniones de los publicistas acerca de la responsabilidad del Estado por los hechos realizados por las personas residentes en el territorio que hubiesen violado los deberes de la neutralidad.

(1) Confróntese sobre esta cuestión la Memoria de NARICI, en la *Gazzetta dei trib. di Nap.* del 31 de Agosto de 1878; la de MENCI, en el *Archiv. giurid.*, tomo XXI, pág. 341; la de MONTELLINI, en el *Monit. dei trib. de Mil.*, 20, pág. 311.

La instancia del Tribunal de casación de Roma 22 de Febrero de 1879, y la del de Turín de 8 de Noviembre de 1878.

(2) No es necesaria para esto una ley especial, pudiendo invocarse las aplicaciones de las reglas de derecho que tratan de la obligación de reparar el daño causado con un hecho propio, y además los arts. 1.382 y siguientes del Código civil francés y los arts. 1.151 y siguientes del Código civil italiano si son aplicables á los hechos del Estado.

(3) Véase el capítulo precedente.

tado á responder civilmente por las culpas de los funcionarios de dicha vía, hallándose por consecuencia el Estado sujeto á las reglas aplicables á las relaciones entre particulares (1).

650. Respecto de los actos que el Estado realice en el ejercicio del poder público, no puede admitirse ninguna responsabilidad civil, puesto que, como ya hemos dicho repetidas veces, la división de los poderes se opone á que se ejerza ninguna comprobación en lo que se refiere al ejercicio de los derechos de soberanía; mas no puede deducirse siempre de aquí la responsabilidad internacional, y toda la dificultad consiste en establecer las reglas respecto de la misma.

651. Conviene, ante todo, observar que los funcionarios públicos, en cuanto ejercitan el poder que les está confiado, no pueden considerarse como empleados en comisión, de modo que el Gobierno contraiga toda la responsabilidad imputable á aquéllos, conforme á la regla que se aplica respecto á los que se hallan empleados en asuntos particulares y para los actos de la vida civil (2).

Tampoco sería equitativo admitir que se pueda proceder siempre por la vía administrativa. Pretender que un Gobierno con sus múltiples y variadas atribuciones funcione en todo tiempo y en

(1) El Tribunal de Gante ha hecho una distinción muy importante acerca de la responsabilidad del Estado que administra un ferrocarril por las culpas de sus empleados. Un Gobierno que provee con leyes y reglamentos á la administración de una línea férrea llena una misión política, porque regula el ejercicio de los transportes en interés del público y para asegurar la policía del servicio; pero pierde tal cualidad cuando toma á su cargo el cuidado de los transportes, etc. Esta inmisión constituye por su parte un acto ordinario de la vida civil, sujeta á las reglas generales del derecho privado. *Gaceta* 30 de Mayo de 1851.

(2) Las relaciones que se derivan de la comisión y que hacen al comitente responsable de los hechos, nacen de las comisiones dadas al interés privado y por actos de la vida civil; mas no por las funciones públicas creadas por la ley para el interés general. Aplicando esta máxima se ha decidido que no pueda obligarse al Gobierno á responder de las culpas de las personas agregadas al servicio militar, porque aquél no es su comitente. Trib del Sen., 16 de Agosto de 1845 (Vellet). Idénticas máximas admitieron el Tribunal y la Audiencia de Bruselas con motivo de la demanda de un tal Delbronck, de Limburgo, el cual, manifestando que el 8 de Agosto de 1831 los soldados pertenecientes á varios cuerpos del ejército del Mossa le habían causado daños, citó al Estado á que le pagase 6.000 francos á título de indemnización. La dación de resarcimiento por un daño causado por una acción criminal—dijo el Tribunal—debe ejercitarse contra el autor del daño y contra los que son civilmente responsables de los hechos criminales de los militares en su servicio. Trib. de Brux., 24 de Diciembre de 1842.—Idem 23 de Noviembre de 1843.

cualquier circunstancia con precisión mecánica, y que cuando no hubiere recurso por la vía judicial deba ser lícito obrar por la vía diplomática para obligarle á indemnizar los daños causados por sus funcionarios, sería una pretensión irracional y excesiva.

Debe, sin embargo, observarse que pueden darse casos y circunstancias en que, librando al Estado de toda responsabilidad internacional, y dejando abierta á los perjudicados solamente la vía de la acción civil ó penal contra el funcionario público extranjero que fué el autor del daño, sería una garantía débil é ilusoria de los intereses internacionales.

652. Supongamos que examinadas las circunstancias resultase que los funcionarios públicos, que con sus hechos perjudicaren los intereses extranjeros, hayan obrado de tal modo que pueda suponerse que lo hacían obedeciendo á instrucciones superiores; supongamos, además, que el Gobierno haya dejado transcurrir el tiempo útil sin tomar las medidas oportunas para obviar estos inconvenientes, ó que haya directa ó indirectamente aprobado lo hecho por sus subalternos; en estos ó semejantes casos exigen la justicia y la equidad que el Estado esté obligado á reparar el daño.

653. Parece, por otra parte, que la responsabilidad internacional de un Gobierno por los daños ocasionados por los funcionarios públicos debe estar subordinada á las cuatro condiciones siguientes:

- 1.^a Que tenga conocimiento en tiempo hábil para poder impedirlo, del hecho ilícito que se quiere cometer por un funcionario, y no lo haya impedido;
- 2.^a Que estando á tiempo de revocar dicho acto no lo haya verificado inmediatamente;
- 3.^a Que la ignorancia del hecho proyectado por el funcionario pueda calificarse de maliciosa ó culpable; y
- 4.^a Que teniendo noticia del hecho realizado por su agente, no lo haya censurado ni tomado las oportunas providencias para impedir que en lo sucesivo se repitan estos inconvenientes.

La inacción á que se refiere el núm. 4 podrá ser considerada también como culpable por parte del Gobierno, cuando los procedimientos ó posteriores informaciones del hecho se hicieren por vía extraoficial, pero que, por la calidad de las personas que las han dado, puede suponerse que eran sinceras. Si en tal hipótesis no hubiese hecho el Gobierno lo necesario para adquirir noti-

cias oficiales del hecho, y averiguado éste, no se hubiera procurado impedirlo ó revocarlo si aun era tiempo, no podrá alegarse después la excusa de ignorancia, puesto que ésta sería culpable.

654. También sería responsable un Gobierno, que teniendo noticia de que iba á ocurrir un hecho no hubiese acudido á tiempo para impedir que se realizara. En todo caso un Gobierno que se niegue á amonestar á un funcionario en aquello que haya perjudicado los intereses de un extranjero, se apropia sus actos, y no puede eximirse de soportar todas las consecuencias, habiéndolos ratificado tácitamente. Por otra parte, si pudiendo hacer que cese el daño ocasionado por un funcionario, deja transecurrir el tiempo sin hacerlo, equivale esto á perpetuar y renovar voluntariamente los efectos perjudiciales ocasionados á los extranjeros, y nace una responsabilidad directa por parte del Gobierno.

655. Pasemos ahora á examinar cuándo un Gobierno puede ser responsable respecto de los Gobiernos extranjeros por los hechos ejecutados por los particulares.

La cuestión puede surgir cuando en un Estado ocurran hechos que comprometan el orden y la seguridad de sus vecinos, ó también cuando los particulares hayan perjudicado con sus hechos á un Estado extranjero ó á los ciudadanos del mismo, y el Gobierno del país en donde han tenido lugar los acontecimientos, no haya hecho cuanto estaba en su mano para impedirlos.

La responsabilidad del Estado podrá depender en este caso de que no se hayan aplicado debidamente las leyes. En esta hipótesis, el daño habría sido ocasionado por culpa de los funcionarios del Estado, y sería necesario aplicar las reglas antes expuestas. El caso más complicado sería si las leyes se hubiesen aplicado rectamente, pero no se pudieran evitar los inconvenientes, porque los funcionarios públicos no tengan suficientes medios legales para impedir á los particulares perjudicar con sus actos á un Estado extranjero. En esta segunda hipótesis dependería la responsabilidad del Gobierno de falta de diligencia para calcular las consecuencias posibles y fáciles de prever de su sistema legislativo y de sus procedimientos legales para hacer respetar los deberes internacionales.

656. En efecto, todo Estado que vive en sociedad con otros, asume la obligación de hacer de buena fe cuanto sea necesario para organizar un sistema de leyes y de procedimientos penales propios para reprimir las violencias y ofensas inferidas á los Es-

tados extranjeros, y debe tener un Gobierno capaz de funcionar con los mismos medios y de la misma manera que funcionan los Gobiernos de los países civilizados. En el supuesto de que un Estado tenga un sistema de leyes tan imperfecto que sea evidentemente ineficaz para funcionar bien, su responsabilidad procedería en este caso de no haber previsto, mientras era posible, las consecuencias de sus hechos. Esto constituirá la culpa imputable, que será grave, leve ó levisima, según que, para prever los inconvenientes de que el daño se deriva, se exigiera una diligencia común y ordinaria, una diligencia poco común ó una diligencia extraordinaria.

657. No es fácil establecer reglas abstractas para determinar cuándo la falta de diligencia por parte de un Gobierno para calcular las consecuencias posibles y fáciles de prever de su sistema de leyes y de procedimientos, pueda constituir una omisión voluntaria y tal que pueda hacer responsable al Estado. Todo depende de la relación entre el deber abstracto de éste y las circunstancias del hecho, entre el peligro del daño y la previsión.

La diligencia con que un Gobierno debe proveer á que se respeten los deberes internacionales, será ciertamente mayor cuando por la fuerza de los acontecimientos se hallen puestos en juego muchos intereses, cuando la sociedad internacional esté agitada, cuando el peligro de que ocurran hechos que perjudiquen á un Estado amigo sea grande. De suerte que la fuerza con que debe estar obligado un Gobierno, se halla en razón directa de las circunstancias que hacen más ó menos inminente el peligro y del daño que puede preverse que sufra un tercero; su responsabilidad efectiva está, pues, en razón directa del deber de estar enterada de los medios de que podía disponer, y de los que se ha servido para alejar el peligro.

658. De estos principios se deduce claramente que la cuestión de responsabilidad del Estado es una cuestión compleja, y que no bastan para resolverla los principios del derecho, sino que son necesarias investigaciones de hecho y apreciación de las circunstancias.

No basta que un Estado tenga un sistema de leyes y lo haya observado para concluir de aquí que está exento de toda responsabilidad. Aun cuando dicho sistema no fuera muy imperfecto, podrá ser, en su aplicación, incompleto, é incumbe al Gobierno proveer con tanta mayor solicitud cuanto sea más fácil de prever el peligro del daño.

Como por otra parte, si un Gobierno hubiese adoptado con perfecta lealtad y buena fe todos los medios de que pueda disponer para obviar un inconveniente: si hubiera empleado todos los procedimientos legales para prevenir y castigar á quien causare daño á un Estado amigo, no sería equitativo ni justo declararlo responsable, si no hubiese empleado medios incompatibles con el espíritu de las instituciones políticas, ó no hubiese podido modificar eficazmente el sistema de leyes reconocido como imperfecto (1).

659. Considerando, pues, que esta es una materia que debería ser sometida al juicio de un Tribunal arbitral, el cual es el único competente para decidir las cuestiones internacionales complejas por su naturaleza, me limito sólo á proponer sobre esto algunas máximas.

a) Corresponde á los poderes constituidos organizar un sistema de procedimientos legales, propios para colocar á un Gobierno en situación de llenar los deberes internacionales y reprimir y castigar á los particulares que ofendan ó perjudiquen á los Estados amigos;

b) Cuando los defectos que se notan en un sistema de leyes y de procedimientos penales de un Estado sean tan graves y patentes, que fuera fácil prever que no podrían ser eficaces para reprimir y castigar las ofensas hechas á un Estado amigo, estará aquel obligado á responder de los hechos de los particulares que hubiesen perjudicado á los extranjeros;

c) La aplicación de las leyes hecha lealmente y de buena fe, es una presunción válida en favor del Estado, pero podrá ser destruida con la prueba contraria;

d) Cuando el Gobierno haya tenido conocimiento del hecho de que procede el daño, y no haya desplegado una diligencia proporcionada al peligro del daño para prevenir y reprimir dicho peligro, y con los medios de que podía disponer ó con los que debía invocar solicitadamente del poder legislativo, será responsable el Estado por su voluntaria falta de diligencia;

e) La mayor ó menor extensión de la responsabilidad del Estado deberá calcularse en este caso por la facilidad de la previsión

(1) Respecto á este asunto tuvo lugar una importante discusión entre el Gobierno de los Estados Unidos y el Gobierno inglés, que fué llamado del *Alabama*, decidida al cabo de mucho tiempo por el Tribunal arbitral establecido en Ginebra, 14 de Septiembre de 1872. Conf. CALVO, ob. cit., respecto á las particularidades del hecho y CREASY, ob. cit., § 168 y sig.

del hecho, y será mayor ó menor según que se pudiera prever más ó menos fácilmente que aquel conjunto de circunstancias había de causar daño, y según hubiera que proceder para impedirlo más ó menos solícitamente;

f) El Estado no puede ser obligado á responder por no haber empleado una diligencia extraordinaria;

g) No basta que un Estado pruebe haber experimentado un daño por el hecho de un particular residente en otro Estado, para declarar á éste responsable del mismo y obligarle á su reparación, sino que es necesario que pruebe que el hecho es moralmente imputable al Estado, ó que este debió y pudo impedirlo, y que ha dejado voluntariamente de hacerlo.

660. Pasemos ahora á examinar cómo las reglas expuestas son aplicables á ciertos casos particulares y principalmente á la obligación que el Estado tiene de reparar los daños sufridos por los particulares por los actos de la guerra.

La regla general que parece debe establecerse para resolver toda controversia relativa á este punto, es que la responsabilidad de los Gobiernos, respecto de los extranjeros, no puede ser mayor que la que tienen hacia sus propios ciudadanos. No podrá, en efecto, pretenderse que los deberes de hospitalidad puedan limitar el pleno derecho que corresponde á la soberanía de utilizar todos los medios legales para proveer á la conservación del Estado, ó que los extranjeros puedan obtener una posición privilegiada, quedando libres de sufrir las consecuencias de las calamidades públicas y garantidos contra todo daño causado por fuerza mayor, y contra la necesidad imperiosa de proveer á la salvación de la cosa pública.

661. Supongamos, en efecto, que un país se halle agitado por la revolución ó la guerra civil, y que para reprimir el desorden adopte el Gobierno todos los medios de represión exigidos para proteger los intereses del Estado y que no estén absolutamente prohibidos por el derecho internacional. Si al hacer esto perjudicase á los extranjeros, no se le podría declarar responsable, ni de aquí podría nacer el derecho á la indemnización del perjuicio sufrido. Si un Gobierno dejase de hacer cuanto corresponde para proteger la propiedad y los bienes de los extranjeros; si no se cuidase de reprimir las ofensas y las violencias por parte de los ciudadanos contra aquellos, estaría obligado á responder de las consecuencias de su culpable negligencia; pero si el daño hubiese sido efecto de fuerza mayor, no tendrá ninguna responsabilidad legal. La acción

de un Gobierno no puede paralizarse por evitar el peligro de que sean perjudicados los extranjeros (1).

662. Pero, ¿qué debería decirse respecto de un Gobierno que hubiese empleado ciertos medios de represión no consentidos por el derecho de gentes? Supongamos, por ejemplo, que para obligar un Estado á una población á rendirse, haya ordenado el bombardeo de un puerto comercial. A mí me parece que, en esta y otras hipótesis análogas, es un verdadero deber de equidad el indemnizar á los que sin causa han sufrido perjuicios.

En otro lugar demostraré que la guerra es una relación entre las dos partes beligerantes, y que la una puede emplear la fuerza contra la otra, aun cuando ocasione perjuicios á los particulares; pero que no es lícito perjudicar directamente á éstos para verificarlo indirectamente al Estado (2).

Ahora bien; si los comerciantes extranjeros se estableciesen en un puerto comercial bajo la tutela del derecho de gentes, no debería tolerarse que sus establecimientos comerciales sean destruidos por un impremeditado abuso de la fuerza por parte del beligerante. Con más razón deberá admitirse la obligación de reparar el daño si fué causado sin autorización ó por mala inteligencia, ó por excesivo celo de quien se hallaba investido del poder público.

663. En 1868, según refiere Calvo (3), mientras las luchas intestinas dividían la isla de Haití, los insurrectos acantonados en la ciudad de Cap cometieron una serie de rapiñas y tropelías que ocasionaron muchos perjuicios á los comerciantes extranjeros. Un buque de guerra inglés se estacionó inmediatamente frente al lugar del suceso para pedir una satisfacción, y habiéndole sido negada ésta, su comandante, sin órdenes ni instrucciones de sus superiores jerárquicos, bombardeó la ciudad. El Gabinete de Londres desaprobó la conducta de dicho Comandante y aceptó la responsabilidad pecuniaria de los actos del mismo, indemnizando á los co-

(1) Véase CALVO, obra citada, § 284 y siguiente. Véase la nota del Conde de Nesselrode, 12 de Mayo de 1850: «Según las reglas del derecho público, decía en nombre del Gobierno ruso, tal como se las entiende por la política rusa, no puede admitirse que un soberano, forzado á apoderarse de una ciudad ocupada por los insurrectos, esté obligado á indemnizar á los súbditos extranjeros que hayan sufrido perjuicios al verificar el asalto de la ciudad. Cuando el individuo se establece en país extranjero, acepta las contingencias de todos los peligros á que éste se halle expuesto.»

(2) «*Quod debet universitas*, dice Ulpiano, *singuli non debent*»; sobre esta máxima escribía Godofredo: «*Repraesalias in singulos cives alicujus civitatis non dari ob sponsonem et debitum ipsius civitatis*».

(3) Ob. cit., § 284, tomo I, pág. 401.

merciantes ingleses de las propiedades y mercancías destruidas á consecuencia del bombardeo. Un negociante francés había sufrido también perjuicio por el mismo hecho, y el Gobierno británico, en cuanto tuvo conocimiento de ello, no vaciló en conceder la indemnización reclamada, generalizando así el principio de la responsabilidad y colocando en la misma situación á los ciudadanos propios y á los extranjeros. El mismo escritor refiere que en otros dos casos análogos los Gobiernos inglés y anglo-americano han hecho justicia, atendiendo las reclamaciones fundadas en principios generalmente reconocidos (1).

664. Otro caso en que no podría evitarse la responsabilidad del Estado y la obligación de reparar los daños, es aquel en que un Gobierno hubiese violado los derechos de los particulares sin ser obligado á ello por fuerza mayor, ó cuando la violación traspasase los límites de lo necesario para atender á la salvación del Estado.

Supongamos que un Estado, para transportar los ejércitos y las municiones ó para cualquier otro servicio público, se apodere de los buques extranjeros que se encuentran en sus puertos, obligándoles á realizar este servicio por la fuerza. En este caso no bastaría que el Gobierno pagase el precio del transporte, sino que debería sufrir todas las consecuencias del retraso que la nave experimentase en su viaje. No puede, en efecto, negarse á un Gobierno el derecho de obligar á los buques mercantes extranjeros á salir de los puertos del Estado cuando esta medida se tome como cuestión de policía con la intención de impedir que se divulguen los preparativos militares ó las operaciones de la guerra; pero el paralizar el libre movimiento de los buques extranjeros y obligarles á un servicio público, el causarles con esta resolución un daño material, por las graves complicaciones que son consecuencia de la interrupción del viaje, todo da origen, por parte del Gobierno, á la obligación de reparar todos los daños que fueron ocasionados directa ó indirectamente por el hecho de quien se valió del poder público para atentar á la libertad comercial de los extranjeros.

665. Propongo, pues, las reglas siguientes:

a) Un Gobierno que en el ejercicio legal del poder público realice un hecho que cause un perjuicio á los extranjeros, tiene derecho á hacerlo, y no está obligado á indemnizar á los particulares perjudicados;

(1) Obra citada, pág. 402.

b) Un Gobierno que ha autorizado un hecho contrario al derecho de gentes ó que fuera de la circunstancia de fuerza mayor ha realizado un hecho que ha ocasionado un daño á los particulares, está obligado á indemnizar á todos aquellos que han sido perjudicados;

c) Ninguna diferencia debe establecerse entre extranjeros y súbditos cuando se trate de reparar daños ocasionados por una disposición del Gobierno, ya sea que el resarcimiento de aquellos deba ser regulado por los principios de la equidad, ya aplicando leyes interiores y especiales promulgadas con tal objeto (1).

Teniendo en cuenta estas máximas, se comprende fácilmente cuán poco fundadas eran las reclamaciones del Gobierno inglés al pretender que se indemnizase á sus propios ciudadanos por los perjuicios sufridos por los mismos durante la insurrección política de que fué teatro Italia en 1849 (2), y cuán equitativo era el decreto de Garibaldi, dictador de Palermo, cuando declaró que el Estado debía indemnizar á todos aquellos que habían sufrido perjuicios á consecuencia del bombardeo de la ciudad mencionada.

666. Juzgo oportuno advertir que deben considerarse como hechos de fuerza mayor aquellos que se verifican durante y por causa de la guerra, y que deben mirarse como tales, no solamente las operaciones estratégicas verificadas durante el combate, sino también aquellos que pueden realizarse en previsión de una batalla inminente (3). No podrán, pues, ser reputados como de fuerza

(1) Hallamos, en efecto, algunas leyes especiales, con las cuales se ha atendido á la reparación de los daños en caso de calamidad pública. Véase la ley francesa, 10 Vendim. año IV, sobre la policía interior de los comunes ó Ayuntamientos, y la de 30 de Agosto de 1830, así como el decreto del Presidente de la República, 24 de Diciembre de 1851.

(2) Véase la correspondencia diplomática entre el Gobierno inglés y el de las Dos Sicilias y Toscana, para obtener una indemnización por los daños sufridos por los comerciantes ingleses á consecuencia del bombardeo de Mesina y por la toma de Liborno, y las notas del Gabinete austriaco y el de Rusia, invitados á interceder para arreglar aquellas desavenencias. — LESUR, *Anuario*, 1850. — LAWRENCE, *Comment.*, tomo III, pág. 128.

(3) Véase la sentencia del Tribunal de apelación de Turín, en la cuestión entre la provincia de Bohesa y la administración de la guerra á consecuencia del puente de Mezzana Corti perteneciente á la provincia, y destruido por razones estratégicas en la guerra de 1848 á 49. El Consejo de Estado francés ha rechazado muchas veces las reclamaciones de indemnización por daños causados por las operaciones hechas en presencia del enemigo, 26 de Mayo de 1823, 22 de Enero de 1824, 15 de Mayo de 1826 y más recientemente en los causados para la defensa de París, 23 de Mayo de 1873, 11 de Julio de 1873, 13 de Febrero de 1874, 11 de Diciembre de 1874, y Trib. de los confl., 15 de Mayo de 1872, 21 de Enero y 28 de Junio de 1873.

mayor ó como hechos de guerra, todos los que se verificasen para atender á la defensa del Estado, cuando aun no se haya declarado aquella; pero si todas las operaciones verificadas después de dicha declaración cuando se ordenen con objeto de aprestarse al ataque ó á la defensa. Por esto los Tribunales franceses han rechazado con razón las reclamaciones hechas por aquellos que querían ser indemnizados de los daños sufridos por las operaciones llevadas á cabo para la defensa de París cuando se preveía el sitio, porque dichas operaciones no podían considerarse como una medida preventiva de defensa, sino como un hecho de guerra.

SECCIÓN TERCERA

DE LOS DERECHOS Y DE LOS DEBERES INTERNACIONALES DEL HOMBRE

667. Noción jurídica del derecho internacional.—**668.** La individualidad existente por sí é independientemente del derecho territorial, es el requisito principal de la personalidad internacional.—**669.** El hombre debe reputarse persona ante el derecho internacional.—**670.** No es exacto que solamente los Estados sean los sujetos del derecho.—**671.** Se aclara el concepto de persona internacional.—**672.** El hombre tiene como tal derechos y deberes internacionales.

667. Hemos dicho en la parte general que objetivamente considerado es el derecho internacional la regla del ser y del obrar de todas las personas que coexisten en la humanidad, esto es, la ley de su coexistencia y del desarrollo de su actividad, y lo hemos considerado por tanto como cierta norma de proporción de todas las actividades que se desarrollan y se desenvuelven en la *Magna civitas*; tiene su fundamento en la naturaleza misma de los seres y de las cosas (1), y debe considerarse necesaria para que la sociedad de los seres se conserve inalterable y no se disgregue.

Partiendo de este concepto hemos podido admitir que el derecho internacional no es el derecho exclusivo de los Estados, sino también el derecho del género humano, en el sentido de que aquel tiene su aplicación posible á todas las relaciones jurídicas que nacen y se desenvuelven en las personas que coexisten en la *Magna civitas*, con tal que estas relaciones entre las personas mismas no deban estar subordinadas á las condiciones territoriales hasta el punto de que se las deba considerar única y exclusivamente sujetas al derecho territorial.

668. Lo que nos ha parecido indispensable para admitir la sumisión de las personas al derecho internacional, además del re-

(1) Este es el concepto del derecho en general según las expresiones de Dante á que nos hemos referido en la página 129 y siguientes, y escritos por él en su libro *De Monarchia*.

quisito de la capacidad jurídica, sin la que sería inútil hablar de derechos y de deberes jurídicos, ha sido también el requisito de la individualidad propia y una esfera jurídica independiente del derecho territorial.

Decimos independiente del derecho territorial para excluir todas aquellas individualidades y entidades jurídicas creadas por el poder público, y que en el derecho moderno se las denomina *personas jurídicas*. De éstas no puede decirse que tengan individualidad independiente de las relaciones territoriales, porque aunque no pueda sostenerse lo que muchos enseñan, esto es, que son una creación arbitraria de la ley (1), es sin embargo indiscutible que el atribuir la personalidad jurídica á ciertas entidades, es una de las facultades que corresponden á la soberanía de todo Estado. Corresponde al soberano de cada país decidir lo relativo á los fines sociales y á la oportunidad de promover ciertas asociaciones, si llega el caso de reconocer ciertas personas morales y de determinar la esfera jurídica del desarrollo y de la actividad de las mismas. Por consiguiente, cuando considere que debe conceder la capacidad civil á ciertas entidades, puede hacerlo, pero dentro de los límites del territorio en que impera. Ahora bien; como estas entidades tienen también los caracteres y los atributos de la individualidad, aunque ésta debe considerarse subordinada al reconocimiento del soberano territorial y á los límites del territorio sujeto á su autoridad, no puede decirse que puedan ostentar una individualidad independiente de las relaciones territoriales, y que pueda por consiguiente corresponder *de jure* á los mismos la individualidad ante el derecho internacional.

669. Decimos que la individualidad corresponde al individuo natural, al hombre, no solo como perteneciente á una determinada agrupación política, esto es, como ciudadano de un Estado, sino también como hombre, y por consiguiente, independientemente de las relaciones territoriales (2). El hombre tiene una individualidad propia, perfectamente distinta de la del Estado y de la que á él mismo corresponde como ciudadano de éste. Tiene, pues, derecho á la vida y á la conservación, ya como miembro de la comunidad política de que forma parte, ya como miembro de la humanidad. Tiene, por consiguiente, ciertas facultades que le corresponden como ciudadano y otras que le corresponden como

(1) Véase SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano*, § 88.

(2) Véase el núm. 147.

hombre, y cuyo respeto puede reclamar por do quiera, así como también tiene donde quiera deberes jurídicos. Estos derechos y deberes son independientes de las relaciones territoriales, y deben considerarse tales en todas partes. El fundamento de la tutela jurídica de éstos, se encuentra en el derecho internacional, al que debe reputarse sujeto el hombre como miembro de la humanidad.

650. Es inexacta, á juicio nuestro, la afirmación de que el derecho internacional no tiene otra aplicación posible que la que se hace entre los Estados, sosteniendo que sólo estos son los sujetos del derecho internacional, ó las personas á las que puede aplicarse este derecho. Esta doctrina se ha abierto camino y encontrado el apoyo de la mayoría, porque todos la han aceptado sin discutirla, hasta el punto de haberse convertido en un aforismo confirmado por la opinión común que el derecho internacional es el derecho exclusivo de los Estados, y sólo éstos y sus legítimos representantes (incluyendo entre éstos á los ministros públicos y á los embajadores investidos del carácter representativo) son las personas sujetas al mismo.

Esta doctrina se ha extendido sin discusión, porque hasta los tiempos inmediatos á nuestro siglo se admitía generalmente que no había más derecho internacional que el consagrado en los tratados, y como no se podía ni se puede poner en duda que solo á los Estados compete la facultad de estipular tratados, siendo esta una prerrogativa exclusiva de la soberanía política, era natural que se admitiese que solo los Estados podían ser considerados como sujetos al derecho internacional, porque solo éstos tienen la facultad de adquirir derechos y asumir obligaciones internacionales mediante tratados.

651. Por el contrario, en el sistema desarrollado por nosotros no existe el derecho internacional solo mediante el *consensus gentium*, sino que tiene un fundamento objetivo (1). Considerado como tal, debe ser la regla de la coexistencia y del desarrollo de todas las actividades en la *Magna civitas*, y lo resultante de los derechos y de los deberes jurídicos. Por consiguiente, dada la individualidad que existe por sí é independientemente de las relaciones territoriales y que puede desplegar y desarrollar su actividad fuera de los límites territoriales de un Estado determinado, conviene reconocer la entidad á que esta individualidad corresponde, como

1) Véase el § 172.

sujeto al derecho internacional, y por consiguiente, como una persona que tiene por sí una posición jurídica internacional.

Partiendo de este concepto, hemos visto ante todo que el Estado es un organismo al que corresponde de pleno derecho la individualidad y la personalidad; hemos demostrado que es una institución natural; el resultado necesario del sentimiento de la unidad moral individualizada en la conciencia del pueblo; una persona *jure suo*, que tiene en sí misma el principio de la actividad y del desarrollo en la *Magna civitas*, y hemos procurado determinar de qué modo se aplica á los Estados el derecho internacional, y cómo este es respecto de los mismos la resultante de ciertos derechos y de ciertos deberes.

El Estado tiene derechos y deberes internacionales como entidad moral y política. Siendo un agregado de individuos, participa á su vez el individuo de ciertos derechos que le corresponden como parte del Estado, y es protegido y garantido por éste en el desarrollo de su actividad en la *Magna civitas*, sufriendo también ciertas limitaciones en su cualidad de ciudadano, porque no sólo debe subordinar la actividad misma á los altos fines del Estado y á los intereses sociales, sino también á las exigencias que son la consecuencia de las relaciones naturales y convencionales del Estado con los demás. Estos derechos y deberes que corresponden al individuo como ciudadano del Estado, son regidos, protegidos y garantidos por el Estado mismo, sin que por consiguiente, los pueda hacer valer nadie por sí mismo en las relaciones internacionales, sino de un modo subordinado á la acción del Estado de que forma parte como ciudadano.

672. Pertenecen además al individuo ciertos derechos en su cualidad de hombre, los cuales hallan su resultante en lo que se denomina derecho natural; pero como pueden ejercitarse, no sólo respecto del Estado propio, sino también respecto de los demás Estados, y atribuyen al individuo una especie de acción extraterritorial en su cualidad de hombre, deben considerarse regidos como tales por el derecho internacional que debe regular todos los hechos jurídicos que se realizan en la humanidad. Pudiendo el hombre por consecuencia considerarse bajo este aspecto como sujeto por sí mismo al derecho internacional, debemos determinar cuáles son los derechos y los deberes internacionales.



CAPÍTULO ÚNICO

De los derechos y de los deberes del hombre ante el derecho internacional.

673. Concepto general de los derechos internacionales del hombre.—**674.** Estos le pertenecen independientemente de su cualidad de ciudadano.—**675.** De la tutela jurídica y de los derechos internacionales del hombre.—**676.** El derecho de libertad es uno de los principales derechos de la personalidad humana.—**677.** La relación de ciudadanía debe ser libre.—**678.** Regla.—**679.** Derechos de cada soberanía para regular la adquisición y la pérdida de la ciudadanía.—**680.** Reglas para conciliar el derecho interior con el derecho internacional.—**681.** El pertenecer á un Estado ó el separarse libremente de él es un derecho de gentes.—**682.** Este derecho no puede limitarse con el principio de las nacionalidades.—**683.** La nacionalidad es el factor principal de la agregación y separación libre y espontánea de las gentes, pero no es única.—**684.** De la libre actividad humana y de la libertad del comercio internacional.—**685.** De la facultad de residir en territorio extranjero.—**686.** Derechos de la soberanía territorial.—**687.** Reglas establecidas por el derecho moderno.—**688.** Principios relativos á la inmigración y á la emigración.—**689.** Del goce de los derechos civiles correspondientes á los extranjeros.—**690.** El derecho de propiedad es también un derecho internacional del hombre.—**691.** Reglas relativas al derecho de propiedad.—**692.** Estas son aplicables á todas las formas de propiedad, y por consiguiente, á la propiedad literaria y artística.—**693.** Derechos de religión.—**694.** De los deberes internacionales del hombre.

673. Los derechos del hombre ante el derecho internacional son aquellos que se le deben atribuir como persona frente á los demás hombres y á las demás personas que existen en el mundo, y cuando decimos persona, comprendemos bajo tal concepto á los Estados, que, como hemos demostrado, son también personas. El hombre, ya se le considere en relación con los demás hombres y con los Estados constituidos en la humanidad, ya en relación con la sociedad política ó con el Estado de que forma parte, ya en fin con otro hombre individualmente considerado, es siempre una persona. Es *jure subjectus*, porque sabe, quiere y debe estar sometido al derecho objetivo, esto es, á la regla del ser y del obrar. El

hombre debe, pues, reputarse persona, no sólo ante el derecho público y el derecho privado, sino también ante el derecho internacional, que en sentido objetivo es la regla universal de todas las relaciones jurídicas que nacen y se desarrollan en el género humano.

674. No sería un concepto verdadero el que admitiese que el derecho internacional no es aplicable al hombre sino cuando éste es ciudadano de un Estado determinado, pues tal concepto conduciría á suponer que debían considerarse fuera del derecho común de la humanidad los que no fuesen ciudadanos de un Estado ó no perteneciesen á una asociación política organizada. ¿Podría acaso sostenerse que á aquellos que viven en regiones inexploradas y á su manera, sin estar organizados en forma de Estado, no les es aplicable el Derecho internacional, ó que pueden ser tratados como bestias y distraídos impunemente para apoderarse de sus tierras? ¿Podría acaso sostenerse que la libertad de navegar en alta mar pueda negarse á los que no sean ciudadanos de un Estado determinado? Si teniendo uno de los Estados europeos interés en impedir á los habitantes de ciertas regiones inexploradas que viven como nómadas ponerse en comunicación con los pueblos civilizados, adoptase el procedimiento de la fuerza y la arbitrariedad entre ellos y echase á pique las naves con que sin perjudicar á nadie atravesasen el Océano, ¿se diría que no hay en tal atentado contra los derechos de la personalidad humana violación alguna del derecho internacional? Sin embargo, si sólo los Estados tuviesen capacidad jurídica ante el derecho internacional y éste no fuese aplicable á las personas individuales sino en cuanto fuesen ciudadanos de un Estado determinado; si el hombre no fuese por sí mismo una persona ante el derecho internacional, y no tuviese, por consiguiente, la capacidad jurídica, ó lo que es lo mismo, derechos ni deberes internacionales, ¿debería admitirse que no podría existir violación del derecho internacional cuando se tratase de gentes que no perteneciesen á un Estado determinado?

Cualquiera ve, por el absurdo á que se viene á parar, que es necesario considerar al hombre como sujeto por sí mismo al derecho internacional y atribuirle la capacidad jurídica, y por consiguiente, ciertos derechos y ciertos deberes internacionales (1).

(1) La cuestión planteada en general «¿Quién puede ser sujeto de una relación jurídica?» se refiere siempre á la posibilidad de tener derechos, ó sea á la capacidad jurídica, y no á la posibilidad de hacerlos valer.

625. Por otra parte, surge la dificultad de costumbre, esto es, la de que el hombre no puede proteger por sí sus derechos frente á los Estados, no pudiendo hacerlo sino como ciudadano de uno de ellos, pues sólo en tal concepto puede invocar la protección del Estado de que forme parte, siendo á su vez permitido á éste disponer de todos los medios que estén en su poder y que sean consentidos por las reglas del derecho internacional para proteger los derechos de los ciudadanos. Por consiguiente, es una abstracción la idea del hombre individual frente al derecho internacional.

Comprendemos la dificultad, y reconocemos que tendría un valor decisivo si el derecho y la capacidad jurídica equivaliese á la fuerza para hacerlos respetar; pero una cosa es el derecho y otra la sanción del mismo según en otro lugar hemos dicho.

Si la única sanción del derecho internacional debe ser en último término la guerra, debe reconocerse que no puede considerarse aquel eficaz ni efectivo sino respecto de los Estados que pueden protegerla con sus ejércitos y con sus escuadras. Conviene además recordar que en el sistema seguido por nosotros debe considerarse eficaz y efectivo el derecho objetivo independientemente de la sanción.

En lo que concierne al respeto de los derechos considerados en las personas á que pertenecen, conviene tener en cuenta lo que hemos dicho anteriormente, esto es, que los derechos internacionales pertenecientes á las personas que no están en situación de defenderlos por sí mismas deben considerarse colocados bajo la garantía colectiva de los Estados civilizados.

Reconocemos que los Estados civilizados no se conmovieran porque uno de ellos violase los derechos internacionales de uno ó más hombres. Ni aun en el interior del Estado se conmueven los Poderes constituidos si con las formas del Gobierno representativo mejor organizada se conculca arbitrariamente el derecho de alguna.

La opinión pública declara sin embargo ilícitas las violaciones de los derechos individuales en nombre de la ley y de los principios de justicia que las protegen, y si no hay en realidad un modo de impedir las por completo, no por esto se convierte el acto perjudicial en lícito y pierde su naturaleza de arbitrario. Lo mismo deberá decirse de las violaciones de los derechos internacionales del hombre. Aun cuando no haya modo de impedir las ó de exigir su reparación con la fuerza de las armas, se podrá sin embargo estigmatizarlas en nombre de los principios del derecho y de la justi-

cia, con la esperanza de que cuando los Gobiernos de los pueblos civilizados sientan el deber de respetar los principios de la justicia, no se atreverán impunemente á conculcar aquellos derechos que merecen respeto y protección según los principios del derecho internacional.

676. Pasemos ahora á exponer los que á juicio nuestro deben reputarse derechos internacionales del hombre.

Los principales derechos de la personalidad humana, que resumen en sí los demás derechos que son su manifestación, reducen á dos: el derecho de libertad y el de propiedad.

Consiste el primero en el poder jurídico de obrar sin obstáculos en la esfera del derecho, siendo una de sus principales aplicaciones en relación con el derecho internacional la facultad que corresponde á cada persona de pertenecer libremente á éste ó aquél cuerpo político. Ningún soberano puede pretender imponer la ciudadanía á un hombre contra la manifiesta ó presunta voluntad del mismo, ni impedirle que renuncie libremente la ya adquirida y elija otra.

677. En otro tiempo prevalecía el falso concepto de que la ciudadanía podía imponerse contra su voluntad á los individuos nacidos en el territorio del Estado (1), y que una vez adquirida unía la persona de un modo permanente á un soberano territorial, de tal manera que no podía elegir otra patria sin haber obtenido antes la autorización del Gobierno (2).

(1) Según las leyes de algunas repúblicas americanas, se impone la ciudadanía á todos aquellos que nacen en el país. Así, por ejemplo, lo establece la Constitución de Chile, que atribuye la ciudadanía chilena á los hijos de extranjeros nacidos en Chile; según otras leyes se atribuye la ciudadanía á todos los extranjeros que permanezcan en el territorio. Esto sucede con arreglo á la ley de Venezuela.

La ley de 10 de Septiembre de 1860 ha atendido en el Brasil al inconveniente que se notaba según la Constitución antigua, disponiendo que los menores extranjeros nacidos en el país conserven la ciudadanía de su padre durante la menor edad, y que al llegar á la mayoría de edad sean considerados brasileños si no hacen ninguna declaración contraria.

(2) Así sucedía según la ley austríaca de 24 de Marzo de 1882 y según la ley de 1829 vigente en Turquía.

Merece especial mención la ley de 3 de Julio de 1876, vigente en el Cantón de Ginebra, anterior á la ley federal sobre la adquisición y pérdida de la ciudadanía. El Tribunal civil de Ginebra, en sentencia de 28 de Diciembre de 1879, decía: «Era un principio de derecho público ginebrino que la cualidad de ciudadano del Cantón adquirida por el niño en el momento de su nacimiento era indudable; que no podía perderse ni por la adquisición de la nacionalidad extranjera, ni aun por la renuncia que á ella hubiera hecho el ciudadano... hasta estaba absolutamente prohibido al Go-

Este concepto nació de las ideas que prevalecieron en la Edad Media en los dominios constituidos en feudo, las cuales condujeron á considerar el vasallaje como una relación geográfica y territorial, de tal modo, que se reputaba ó no súbdito á uno según vivía dentro ó fuera de las tierras sujetas al dominio del señor. En los tiempos modernos ha habido quien ha procurado justificar esta anomalía, que conducía á negar al hombre el pleno ejercicio de sus derechos personales ó individuales, considerando el derecho de atribuir la ciudadanía á los extranjeros, sin el beneplácito de los mismos, comprendida en el *summum jus*, que corresponde á cada soberano sobre el territorio sujeto á su imperio, y así lo estimó el Tribunal de Riom, cuando dijo: «Sería desconocer el derecho de soberanía que corresponde á cada Estado, el pretender que uno de éstos no pudiese diferir á un extranjero la cualidad de regnicola sin el consentimiento á la voluntad de aquél á quien semejante cualidad se impone» (1).

Es contraria á esta teoría la que se deduce claramente del principio por nosotros establecido, esto es, que el derecho que al hombre corresponde de disponer de su persona, es un derecho personalísimo y del que cada cual puede disponer libremente cuando tenga capacidad jurídica para ello; que este derecho pertenece al hombre frente á todos los Estados del universo, y que como tal, debe considerársele como un derecho internacional del hombre, y, por consiguiente, que el imponer al individuo una ciudadanía contra sus naturales tendencias y su voluntad presunta, debe considerarse como opuesta á los principios del derecho internacional moderno.

678. Proponemos, pues, la siguiente regla:

a) Todo individuo que tenga capacidad jurídica para ejercitar los derechos civiles, puede elegir libremente el Estado á que quiere pertenecer, y puede declarar que quiere cambiar la ciudadanía ya adquirida y adquirir otra distinta, con tal que dicha declaración se haga de buena fe, sea efectiva y manifestada con las formalidades y condiciones establecidas por la ley del Estado cuya ciudadanía se pretenda adquirir.

Las reservas enunciadas en la regla propuesta, son indispensa-

bierno y á las autoridades de Ginebra admitir tal renuncia. LEH, *Revue de droit inter.*, tomo XII, pág. 312.

(1) Trib. de Riom, 7 de Abril de 1835, *Journal du Palais*, 1835.

bles para poner el derecho internacional en armonía con el derecho público interior.

679. Debe reconocerse, ante todo, que cada soberanía puede establecer, del modo más independiente, las condiciones para la adquisición, conservación y pérdida de la ciudadanía.

Es también indudable que, así como ningún derecho de la soberanía puede considerarse ilimitado y absoluto, debiendo cada poder soberano ejercer libremente sus derechos en armonía con las exigencias que se derivan de la coexistencia de los demás Estados y con el derecho internacional que regula sus relaciones, así también se sigue de aquí que, aun al establecer las reglas para la adquisición y pérdida de la ciudadanía, debe cada poder soberano poner en armonía el derecho interior con el derecho internacional.

Exigiéndose, según éste, que todo individuo tenga una patria, sea la natural ó la de su elección, incumbe á todos los Estados el derecho de proceder, al establecer las reglas relativas á la adquisición de la ciudadanía, de modo tal, que impida que la misma persona pueda tener al mismo tiempo ciudadanías diversas, puesto que si esto ocurriera, perjudicaría, ante todo, al orden político del Estado y al interés que hay en conocer quién es ciudadano y quién extranjero; y perjudica también al individuo, porque, dependiendo de la ciudadanía la determinación de la ley que ha de regular su estado civil, las relaciones de familia y los derechos que le corresponden en el campo de las relaciones particulares, es indispensable poder determinar si una persona pertenece como ciudadano á éste ó aquél Estado (1).

Por lo demás, esto conduce á comprender que es de sumo interés que los Estados se pongan de acuerdo para establecer reglas uniformes para la adquisición y la pérdida de la ciudadanía, y reconocer que el adoptar éstas ó aquéllas reglas, puede reputarse como cuestión de derecho público interior, siempre que se respete la voluntad de las personas y no se viole la facultad que corresponde á cada una de ellas para elegir libremente la comunión política á que quiera pertenecer.

680. Queriendo, pues, conciliar el derecho nacional con el derecho internacional, convendrá tener presente las siguientes reglas:

(1) Conf. BROCHER, *Droit intern. privé.*, cap. III, pág. 165 y *Revue de droit intern.*, año 1873, pág. 402; WESTLAKE, *Ibid.*, 1869, pág. 102; BLUNTSCHLI, *Ibid.*, 1870, pág. 197; CATELLANI, *Il diritto intern. privé.*, tomo II, parte 2.^a, cap. V.

a) Nadie debe ser declarado ciudadano de un Estado contra su voluntad expresa ó presunta (1);

b) Cada soberanía puede determinar las condiciones para la adquisición de la ciudadanía, para la conservación y para la readquisición de la misma;

c) El renunciar á la ciudadanía de origen y á la adquisición de otra distinta debe considerarse como un derecho del hombre, pero no podrá ser eficaz el rompimiento de los lazos que unen la persona al Estado, cuando de los hechos y de las circunstancias pueda deducirse que ha sido de mala fe la adquisición de la nueva ciudadanía.

Esta podrá presumirse con razón cuando de los hechos y de las circunstancias resulte que el ciudadano ha abandonado su patria para sustraerse á los cargos civiles ó eximirse del servicio militar.

Podrá también presumirse la mala fe en aquellos que hayan declarado que renuncian á la ciudadanía de origen, pero que hayan continuado conservando el domicilio ó la residencia en el Estado de que antes eran ciudadanos (2), siendo esta circunstancia una prueba patente de la intención poco laudable de gozar los beneficios reservados á los ciudadanos del Estado, sin someterse á soportar sus cargas.

d) No viola el derecho internacional el Estado que provee con

(1) A primera vista parecerá que están en oposición con esta regla la mayor parte de las leyes modernas que atribuyen al hijo la ciudadanía del padre, pero esto sucede porque, teniendo en cuenta las tendencias naturales y las relaciones de consanguinidad, se presume con razón que el hijo quiera seguir la condición del padre y tener la misma patria que éste. Cuando el individuo es mayor de edad y no utiliza la facultad que tiene para elegir una patria distinta, hay por su parte una verdadera elección tácita de patria.

(2) Por la ley federal de Suiza de 3 de Julio de 1876 sobre ciudadanía, se consideraba el derecho de ciudadanía como un asunto cantonal, y era grande la facilidad con que los cantones conferían este derecho á los extranjeros. En el cantón de Schaffhouse, por ejemplo, se podía ser ciudadano en menos de una semana; en otros se obtenía este derecho pagando una suma determinada. La confederación estaba después obligada á proteger á los ciudadanos de cada cantón, y es fácil comprender cuántos inconvenientes surgirían en las relaciones internacionales. La ley Federal citada sobre la adquisición de la ciudadanía suiza ha obviado en parte estos inconvenientes.

En Alemania había quien utilizaba la gran facilidad para naturalizarse en Suiza y lo efectuaba continuando viviendo en su propio país. Para obviar estos inconvenientes podría la ley interior de un Estado establecer, por ejemplo, que la ciudadanía de origen, una vez perdida por la adquisición de la extranjera, debía tenerse por readquirida por el hecho de residir en el Estado de origen por dos años sin interrupción ó por cuatro si se interrumpía la residencia.

sus leyes interiores á impedir la expatriación hecha de mala fe (1).

e) El individuo que reclame la ciudadanía de un Estado debe suministrar prueba de su derecho, y ésta deberá apreciarse con arreglo á la ley del Estado á que el individuo pretende demostrar que pertenece. Hasta que la adquisición de la nueva ciudadanía se haya probado, debe presumirse que el individuo conserva la ciudadanía de origen (2).

681. El derecho de elegir libremente la patria y el de expatriarse, debe considerarse como un derecho personal del hombre,

(1) Todas las leyes procuran impedir que la naturalización en el extranjero pueda tener por objeto sustraerse al servicio militar. Conviene, sin embargo, no aplicar con exagerado rigor la regla de no poder adquirir la ciudadanía extranjera sin haber antes cumplido la obligación del servicio militar, pues de otro modo se llegaría de hecho á la violación de los derechos del hombre, imponiéndole una ciudadanía.

En Italia se ha presentado el caso de un tal Vicentini, el cual nació el 22 de Agosto de 1856 en la República de Venezuela, de Cristiano Vicentini, emigrado en 1840 de las provincias italianas entonces sujetas á Austria; fué llamado á cumplir la obligación del servicio militar por la consideración de que su padre, natural de las provincias lombardo-vénetas, continuó siendo ciudadano austriaco por haber emigrado sin la autorización del Gobierno, que era necesaria según el Decreto de 24 de Marzo de 1832 para perder la ciudadanía austriaca, y que en consecuencia había venido á ser ciudadano italiano lo mismo que sus hijos y su mujer, cuando las provincias lombardo-vénetas fueron anexionadas á Italia en 1866. El Tribunal de Venecia sostuvo que Vicentini debía estar obligado á prestar el servicio militar con arreglo al art. 12 de nuestro Código civil, no obstante haber nacido de pleno derecho ciudadano de Venezuela, con arreglo á la ley Constitucional de aquel Estado. Véase la sentencia del Tribunal de apelación de Venecia en 31 de Mayo de 1878, en el *Foro italiano*, 1878, pág. 750, y mi nota á dicha sentencia, en la que sostengo la teoría contraria á la sancionada por el citado Tribunal. Conf. la sentencia del Tribunal de casación de Turín, 28 de Diciembre de 1878, inserta en el citado periódico, año 1879, pág. 107, y las conclusiones del S. Proc. Gen. Simondetti, y la nota en la *Revista del Instituto jurídico*, t. I, página 82.

La ley rusa para el servicio militar de 1.º de Junio de 1874, dispone en su art. 3.º que la limitación impuesta á los ciudadanos de no poder adquirir una ciudadanía extranjera sin haber cumplido antes la obligación del servicio militar, es aplicable á los ciudadanos rusos que excedan de quince años.

(2) Esta regla tiende á evitar el inconveniente de que cualquier individuo pueda no tener una ciudadanía determinada. Cuando la expatriación no sea eficaz en cuanto á la pérdida de la ciudadanía de origen sino mediante la adquisición de otra nueva, no podrá darse dicho caso. En el sistema de leyes vigentes en los diversos países de Europa y de América no se evita este inconveniente, y basta citar nuestra misma ley que priva de la ciudadanía al italiano que, sin permiso del Gobierno, se aliste en un ejército extranjero. Si el italiano declarado en estas circunstancias privado de su ciudadanía no la ha adquirido en el extranjero, se hallará seguramente sin una ciudadanía determinada. Conf. CLUXET, *Journal de droit intern. privé*, en el caso de los esposos Branden, año 1883, pág. 398.

no solamente en relación á todo individuo, sino también respecto de un determinado número de personas que, unidas en un grupo, quisieran unirse á un Estado al que se sientan atraídas por sus naturales tendencias ó por afinidades de raza, por intereses económicos ó por otras razones sociales y civiles.

Entendemos que es contrario al derecho internacional del hombre, no sólo la máxima consagrada en ciertas leyes (*nemo potest exuere patriam*), sino también la que sirvió de base al derecho internacional del pasado siglo y del primer período del presente, que admitía el vasallaje hereditario de ciertas gentes á las dinastías que se entendía que habían tenido, no se sabe cómo, el privilegio de ejercer en su exclusivo provecho los derechos de soberanía sobre un determinado territorio y sobre los habitantes del mismo, y que podían impedir hasta por la fuerza que se disminuyesen sus llamados dominios territoriales.

Esta era la más evidente violación de la teoría por nosotros expuesta, la que consagró la servidumbre política y legalizó el sistema de los Estados patrimoniales.

682. Consideramos también opuesta á nuestra teoría la doctrina de aquellos que entre los modernos pretenden que debería organizarse la Europa con arreglo al principio de las nacionalidades, sin ponerse previamente de acuerdo para determinar y definir el concepto jurídico de dicho principio. A juicio nuestro se violaría la libertad del hombre, aun en la hipótesis de que manifestándose ésta en la expresión del sentimiento común de cierto número de personas que desearan pertenecer con preferencia á éste ó aquel organismo político, se impidiese en nombre de las leyes de las nacionalidades y se quisiese en nombre de éstas obligar por la fuerza á aquellas gentes á pertenecer necesariamente á determinada agrupación política.

Debemos repetir lo que anteriormente hemos dicho, esto es, que para constituir de una manera sólida y estable las agrupaciones políticas, deben las gentes estar unidas y agrupadas por el sentimiento de su unidad moral y de las tendencias naturales y espontáneas, y que la libertad de los pueblos debe ser en ésta sagrada é inviolable, lo mismo que la de los individuos, que impulsados por un interés común y por la necesidad ética, civil y económica de realizar un común fin, dan vida á las personas morales que son el resultado de la libre asociación (1).

(1) Con esta regla no vaya á creerse que yo admita un principio de

683. Reconocemos, y ya lo hemos dicho y repetido, que el factor natural y más poderoso de esta tendencia, es el sentimiento nacional, que puede ser el resultado de varias causas; y tanto es así, que unas veces procede de la identidad de raza, otras contribuyen á formarla la comunidad de lenguas, de costumbres, de religión y de cultura; pero, ninguna de estas causas es indispensable y bastante por sí sola, ni se podría, sin violar el sagrado derecho de libertad, determinar con criterios preconcebidos en atención á estas causas, que ciertas gentes debieran pertenecer, con preferencia y necesariamente, á ésta más bien que á aquella agrupación política, legitimando así los artificios de la diplomacia, que con su astucia ó con la fuerza quisiera violar el derecho natural de ciertas gentes ó unirse á un Estado limitrofe, ó de separarse de aquél á que pertenecían para formar uno nuevo.

Si un determinado y considerable número de hombres se hallase reunido por comunes simpatías é intereses, que no existen entre éstas y otras gentes, y manifestase el constante deseo de obrar en común y de vivir bajo el mismo Gobierno ejercido por algunos de ellos, no se podría en tal circunstancia, en nombre de las pretendidas leyes de las nacionalidades, romper y fraccionar aquel organismo sin violar el sagrado derecho de libertad de las personas asociadas.

Por otra parte, en el caso de que la comunidad de ciertos antecedentes políticos y de ciertas tradiciones comunes, los antece-

disolución social, sino la libertad de cada cual para fijar ó variar su domicilio, para asociarse libremente con quien le plazca; pues, en el ejercicio de esta libertad, cada cual busca lo mejor y procura evitar lo peor, según las circunstancias determinadas del tiempo y del lugar en que se halla. Las tendencias naturales, las afinidades alimentadas por la homogeneidad de los intereses y de la cultura, ejercen una influencia bastante decisiva sobre las libres asociaciones de los individuos en el exterior de cada Estado, por lo que se ve cómo se forman libremente asociaciones de agricultores, de industriales, de artistas, de científicos, y no puede decirse con verdad que estaban fatalmente predestinados á unirse los unos con los otros. Lo mismo sucede con las asociaciones de las gentes en la formación de los pueblos. La afinidad de raza, de costumbres, de tradiciones y sobre todo la homogeneidad de intereses intelectuales, morales y económicos, cimentan la unión de las gentes y forman un pueblo. El amor al goce y la repugnancia al sufrimiento son dos fuerzas, decía ROMAGNOSI (*Obras*, tomo III, parte primera), que mueven á los hombres. El instinto de la felicidad es uno de los primeros que regulan el uso de la libertad é impiden que los individuos la empleen contra sí mismos y contra su bienestar y su felicidad civil. El instinto natural de conseguir con la sociedad el mayor bien, atrae á los individuos hacia unos y los aleja de otros que tienen costumbres, tradiciones, cultura é intereses morales y económicos diferentes.

dentes del pasado, la comunidad de aspiraciones, de ciertas alegrías y de ciertos dolores colectivos, impulsasen á un determinado número de personas á separarse del Estado á que pertenecían y unirse á otro, este espontáneo movimiento no podría sofocarse en nombre del respeto debido á las leyes fatales de las nacionalidades sin violar la libertad.

Este concepto nuestro no debe falsearse considerándole una mera abstracción para poder deducir que establecemos un principio de disgregación más bien que de organización de la humanidad, porque, mirando los principios en su aplicación á los hechos humanos, debe también reconocerse, según el alto concepto de Platón, que el Estado no es un producto de la arbitrariedad sino de las necesidades humanas (1), y que éstas no nacen y se desarrollan á la manera que las abstracciones, sino en el mundo real, y no pueden por menos de estar subordinados á las necesidades sociales y á las circunstancias creadas por el tiempo, por la tradición y por la historia (2).

684. Otra manifestación del derecho de libertad es la facultad que corresponde á cada cual de ampliar la esfera de su actividad á todo el Universo y atender al libre desenvolvimiento jurídico de la personalidad.

De esta se derivan la facultad de servirse de las vías de comunicación y de entrar y permanecer en cualquier país á condición de observar y respetar las leyes territoriales; la facultad de comerciar, de gozar y de ejercer todos aquellos derechos llamados generalmente derechos civiles, pero que son en realidad derechos pertenecientes al hombre según la ley natural, regidos y garantidos por la ley civil.

En cuanto al derecho de servirse de las vías de comunicación que están fuera del dominio de cualquier soberanía (como son la

(1) PLATÓN, *De República*, 369.

(2) Véase el concepto del Estado, según PLATÓN, en la monografía de FILOMUSI, *La doctrina del Estado en la antigüedad griega*, etc.

Todos los fenómenos morales y libres de los hombres, sufren la influencia de los medios exteriores de la naturaleza. Estas influencias, recogidas hoy por la estadística, y puestas en relación con las teorías de las probabilidades, sirven para construir las fórmulas constantes de la vida de la humanidad, que los partidarios del método experimental denominan *física social*. QUETELLET, en su obra *Del sistema social y de las leyes por que se rige*, expone la teoría de aquélla que él llamó mecánica de la humanidad. Sin exagerar demasiado ni poner todo el hombre bajo el yugo de la naturaleza, es un hecho innegable que en los acontecimientos humanos es grande y principalísima la influencia de las circunstancias de tiempo y de lugar y de la historia.

alta mar y los ríos navegables), no se puede poner en duda que, según el derecho internacional, la libertad de navegación debe garantizarse indistintamente á todos los hombres que están en situación de gozar de ella y que gocen de conformidad con las reglas establecidas por el derecho internacional. Aun aquellos que viven todavía la vida nómada y que no forman parte de ningún Estado, tienen derecho á navegar libremente en el Océano bajo la protección del derecho internacional, con la obligación de observar sus preceptos.

Establecemos, pues, la siguiente regla:

a) Todo individuo tiene derecho á navegar libremente en alta mar y en las aguas no comprendidas en el dominio territorial de una soberanía y de invocar la protección del derecho internacional con tal que observe sus leyes.

685. El derecho de entrar en las aguas territoriales de un Estado y en el territorio sujeto al imperio de la soberanía, debe considerarse también como un verdadero derecho del hombre, pero bajo la condición de que el que quiera ejercerlo debe someterse á todas las leyes que allí imperen; tal derecho no debe considerarse como fundado en los tratados, y perteneciente sólo á los ciudadanos del Estado que los hayan estipulado, sino que debe apreciarse como un derecho que compete al extranjero indistintamente, en el sentido de que ninguna soberanía que quiera inculcar los principios del derecho internacional puede negar arbitrariamente á los extranjeros el uso inofensivo de las vías de comunicación, y la facultad de entrar en el territorio.

686. No puede negarse á la soberanía el derecho de determinar y fijar las condiciones que estime necesarias para admitir los extranjeros en el territorio propio y tomar las oportunas precauciones para impedir que se turbe la tranquilidad pública. Sin embargo, mientras en los tiempos pasados se consideraba al extranjero, primero como enemigo y después como *auvain*, y se justificaba cualquier medida arbitraria tomada respecto del mismo, se considera en la actualidad como uno de los deberes de los Estados civilizados el de respetar al hombre como ciudadano del mundo, no negar sin razón al extranjero la entrada en el territorio, y no admitir que los que en él se hallan puedan ser expulsados arbitrariamente y sin un motivo plausible.

Las leyes modernas tienden á proteger la libertad individual del hombre, sin distinción ni preferencia respecto del país á que pertenezca, y para obviar los inconvenientes que surgen en un

principio cuando se concedía al Poder ejecutivo el derecho de expulsar á los extranjeros, sin dar razón ni cuenta de sus actos, las leyes más recientes procuran poner la libertad individual del extranjero bajo la tutela del Poder judicial.

Citaremos entre otras la ley holandesa de 13 de Agosto de 1849 relativa á los extranjeros, la cual, admitiendo también que el acto de expulsión se hallaba en las atribuciones del Poder ejecutivo, concede al extranjero la facultad de apelar ante el Tribunal Supremo para que éste decida después de oído el Procurador general, si la ley sobre los extranjeros es ó no aplicable al caso de que se trata. Es esta una seria garantía que enlaza la libertad del extranjero, á semejanza de la de los ciudadanos, bajo la tutela del Poder judicial, la que falta en la ley italiana relativa á la materia, lo mismo que en las leyes de Francia, Bélgica, España y otros países (1).

Debe considerarse además como una ofensa al derecho de libertad internacional, el no conceder al extranjero la facultad de habitar en un país, cuando respete sus leyes, hacerle pagar á subido precio esta concesión, ó someterlo á vejaciones para permitirle habitar en él (2).

687. Para obviar estos inconvenientes, proponemos las siguientes reglas:

a) Deben considerarse contrarias al derecho internacional de libertad las exageradas medidas preventivas impuestas á los extranjeros por los Gobiernos, y el impedir á los mismos sin un motivo racional de orden público, circular libremente por el territorio del Estado;

(1) Según la ley danesa de 15 de Mayo de 1875, sobre la vigilancia de los extranjeros, el derecho de expulsión por el decreto ministerial está limitado cuando se trata de extranjero que no ha obtenido autorización para establecerse en Dinamarca ó que no lleve dos años de residencia.

(2) Mientras rigió la ordenanza de 19 de Marzo de 1811, los viajeros extranjeros que querían establecerse en Suecia habían de ser autorizados por el rey. Cuando el viajero llegaba á la frontera, el Comandante militar, la municipalidad, ó si no la había, el oficial de la Aduana mandaba escoltado al extranjero al Gobernador de la provincia, que debía revisar el pasaporte é interrogar al extranjero acerca del objeto de su viaje. El proceso verbal de este interrogatorio era después remitido al Ministro de Estado, que debía consultar al rey para decidir si el individuo debía continuar su viaje ó se le había de arrojar del Estado. Durante este tiempo no podía el extranjero salir de la capital de la provincia bajo la pena de tres meses de cárcel, y una multa.

Esta legislación rigurosa ha sido modificada por la ordenanza de 21 de Septiembre de 1860.

b) Los extranjeros podrán permanecer libremente en cualquier punto del territorio del Estado abierto al comercio, salvo el derecho del Gobierno á someterlos á las contribuciones personales; se deberá, sin embargo, considerar como perjudicial á la libertad internacional de aquellos el elevar las contribuciones personales más de lo justo (1).

688. Estas reglas pueden también aplicarse á la entrada de extranjeros en grupos. No se debería prohibir la inmigración voluntaria, á no ser que se tratase de inmigración en masa que pudiese turbar la tranquilidad de un país, atentando á la libertad del trabajo con perjuicio de la clase obrera. Debe, por tanto, admitirse, que los Gobiernos tienen derecho á vigilar por medio de sus agentes consulares las inmigraciones que se organicen en el extranjero y prohibir las que puedan comprometer la tranquilidad ó el orden interior (2).

También debe garantizarse la emigración en masa, pero no puede privarse á los Gobiernos del derecho de vigilarla, de moderarla y de impedir que en el propio país se constituyan sociedades protectoras de la emigración, que por mera especulación procuren por todos los medios impulsar á los inexpertos á emigrar, haciéndoles concebir la esperanza de prontas y fáciles ganancias (3).

Proponemos, pues, la siguiente regla:

(1) En otros tiempos se sujetaban los extranjeros que querían permanecer en un país á tasas muy gravosas. Así, por un edicto del mes de Septiembre de 1587, ordenó Enrique III que todos los extranjeros que quisieran permanecer en Francia, debían proveerse de una carta, pagando una cuota muy subida, y hasta los tiempos de Luis XIV fué aquella considerada como un ingreso extraordinario: hoy se ha admitido generalmente en los países civilizados, que los extranjeros transeúntes no estén sujetos á contribuciones personales. La ley de 30 de Noviembre de 1874, relativa á las contribuciones personales en Sajonia, obliga á pagar el impuesto á los extranjeros residentes por espacio de un año y á los que hayan permanecido á temporadas por espacio de tres años (art. 3.º, § 2.º).

(2) La inmigración de chinos en América y los progresos de algunas razas en el Occidente del Continente americano, han dado origen á interesantes cuestiones de economía política y de legislación.

(3) La esperanza de enriquecerse no es el único móvil de las emigraciones. Estas son resultado de muchas causas, siendo una de ellas el peligro de ser llamados á servir en el ejército mientras se teme que estalle una guerra, y todos los Estados están bajo el pie de una paz armada. Para moderar las emigraciones, conviene estudiar este hecho complejo en relación con la vida económica y política de cada Estado. Una de las cosas dignas de estudio, es ciertamente la organización de la propiedad y de la condición de los propietarios en unión de la reducción de los ejércitos permanentes y la del equilibrio económico, que ejercen una influencia decisiva en las emigraciones é inmigraciones.

a) Debe garantizarse por el derecho internacional la libertad de emigración y de inmigración, salvo la facultad del Estado de proteger á los emigrantes contra la especulación y de regular las inmigraciones para prevenir los daños que pudieran ocasionar las inmigraciones en masa (1).

689. En lo que concierne al goce de los derechos civiles, conviene notar que, como éstos no pueden considerarse, por regla general, como efecto de la concesión de ley, no puede admitirse tampoco que un soberano pueda conceder ó negar á su antojo el goce de los mismos á los extranjeros. Los que son en realidad derechos naturales del hombre, regulados y regidos por la ley civil, pueden someterse á ésta ó aquella ley respecto de su ejercicio, pero no pueden ser negados por completo al extranjero. En otros tiempos se admitió que podía negarse á título de represalia el goce de tales derechos á los extranjeros, pero en la actualidad no sólo tiende á desaparecer tan exagerada arbitrariedad, sino que hay tendencias á equiparar el extranjero al ciudadano en cuanto al goce de los mencionados derechos (2).

Proponemos, pues, las siguientes reglas:

a) El extranjero tendrá derecho á disfrutar en todas partes los derechos civiles, sometiéndose, en cuanto á su ejercicio, á la ley territorial;

b) También tendrá derecho á invocar, lo mismo que los ciudadanos del Estado, la aplicación de las leyes que protegen á las personas y la propiedad;

c) Se considerará contrario á los derechos internacionales del hombre el establecer diversidad de trato en este punto, sin más razón que la de la extranjería.

690. Pasemos ahora á tratar de otro derecho que, á juicio nuestro, debe considerarse como un derecho internacional del hombre, á saber, del derecho de propiedad.

(1) A esto tienden muchas leyes interiores. Véase la ley portuguesa de 16 de Junio de 1876, la belga de 14 de Diciembre del mismo año, y la portuguesa de 28 de Marzo de 1877.

(2) Cicerón pone el origen y fundamento del derecho en la naturaleza humana, y no hace ninguna diferencia entre los ciudadanos y los extranjeros, anticipándose en esto á la ciencia civil moderna.

Una continemur omnes et eadem lege naturae uni qui autem civium rationem dicunt habendam, externorum negant hi dirimunt communem humani generis societatem: qua sublata beneficentia, liberalitas bonitas, justitia, funditus tollitur. De off., III, pág. 116.

La soberanía sólo puede reservar á los ciudadanos el ejercicio de ciertas profesiones que tienen cierta relación con el orden público.

Consiste éste en la facultad que el hombre tiene para extender su actividad sobre las cosas exteriores al mismo (cuando las haya podido hacer suyas sin violar la ley ni el derecho), de conservarlas en plena posesión, usar y gozar de ellas á su placer, y exigir que le sean garantidas por el derecho positivo.

Teniendo en cuenta que este derecho pertenece al hombre, no sólo frente al Estado de que es ciudadano, sino ante todos los demás, y que le corresponde como individuo humano, es claro que debe considerarse éste como uno de los derechos internacionales del hombre.

No puede sostenerse que, según el derecho internacional moderno, sea el de propiedad un derecho sagrado é inviolable, sólo para los que forman parte de una comunidad política organizada en Estado. No; la propiedad individual es inviolable en la esfera del derecho, aun respecto de aquéllos que hacen una vida nómada, de los salvajes y de los pueblos bárbaros, y no es lícito despojarlos arbitrariamente de aquello que les corresponde y apoderarse de sus tierras, de sus casas y de cuanto poseen y defienden como cosa propia.

Si no tienen fuerza suficiente para imponer á los Estados poderosos el deber de respetar su propiedad, se deduce de aquí que ésta deba reputarse menos inviolable que la de los hombres que pertenecen á un Estado civilizado.

Siempre que la propiedad pueda considerarse como resultado del desarrollo jurídico de la actividad humana, constituye una relación y un vínculo personal, que reclama la garantía del derecho, y la ofensa de éste es una ofensa inferida á la personalidad humana.

691. De conformidad con los principios expuestos pueden establecerse las siguientes reglas:

a) Todo hombre puede extender su actividad sobre las cosas exteriores, donde quieran que estén situadas, á condición de observar las leyes establecidas en el territorio en donde dichas cosas se encuentren (1);

(1) Ningún derecho humano puede ser absoluto, y por consiguiente, ni aun el de propiedad correspondiente al individuo. El Estado puede y debe limitar la absoluta arbitrariedad del individuo respecto de la propiedad según las exigencias racionales de éste, considerada en sí misma, y de las que nacen del organismo social. La acción del Estado tiene siempre su límite en el hecho de no poder negar el derecho de propiedad, que no puede considerarse como creación de la ley. Es natural que en su ejercicio debe estar subordinado el derecho individual al derecho social.

b) Según los principios del derecho internacional moderno, no es lícito prohibir al extranjero la adquisición de la propiedad mueble ó inmueble y el goce de los derechos comprendidos en el de propiedad, salvo el goce de ciertos derechos anejos á la propiedad inmueble que, por su naturaleza y conexión con ciertas funciones públicas, deben considerarse reservados sólo á los ciudadanos (1);

c) La propiedad privada, tanto terrestre como marítima, es inviolable, pertenezca á quien quiera, excepto en los casos y circunstancias determinados por la ley del país en que la propiedad se halle, y en los admitidos, según el derecho internacional, respecto á la propiedad privada en alta mar.

692. Las reglas anteriormente propuestas son aplicables á la propiedad en todas las formas de ésta, y por consiguiente, á la que sea producto de la transferencia de los usos para aumentar la uti-

(1) En otro tiempo, las limitaciones impuestas á la libertad de los extranjeros para adquirir y transmitir su propiedad, eran muchas. Negábaseles, generalmente, la facultad de disponer y de recibir por testamento y de suceder abintestato.

Cuando comenzaron á templarse estos rigores, se admitió la sucesión legítima y testamentaria del extranjero bajo la base de la reciprocidad. Hoy, sin embargo, se consideran las limitaciones al derecho de propiedad del extranjero como una ofensa á los derechos internacionales del hombre. Únicamente se admite que corresponde á la soberanía el derecho de impedir á los extranjeros la adquisición de ciertos y determinados bienes, cuando la limitación esté motivada en el interés público. Esto sucede con la prohibición impuesta de convertirse en propietarios de todo un buque nacional, y de ciertos latifundios, á los que van unidos derechos señoriales.

Véase la ley inglesa del 12 de Mayo de 1870. *An act to amend the law relating to the legal condition of aliens and British subjects* (33, Vict. 14.)

Con arreglo á la legislación precedente, no podía el extranjero poseer á título alguno, ningún derecho inmobiliario en el Reino Unido. El acta de 1844 (7 y 8 Vict., c. 66), autorizaba al extranjero para poseer, arrendar ó adquirir los inmuebles necesarios para el mantenimiento de una familia, pero solamente por veintidós años; el acta de 1870 ha modificado en sentido más liberal las leyes anteriores.

Podemos decir, con verdadera complacencia, que en Italia fué donde se publicó la primera ley liberal que garantizó á los extranjeros el derecho de disponer libremente de su propiedad independientemente de los tratados y de la regla de reciprocidad. El art. 1.º del *Motu proprio* del 11 de Diciembre de 1835, promulgado en Toscana, dice así: «Art. 1.º Los extranjeros, cualquiera que sea la nación á que pertenezcan, serán admitidos en el porvenir á suceder, en toda la extensión del territorio de nuestros Estados, en la herencia testamentaria ó intestada, á adquirir por cualquier título á la par y del mismo modo que nuestros súbditos, y con los mismos efectos, sin que pueda oponerse á ninguno de ellos la existencia de leyes que inhabiliten á los toscanos á suceder y á adquirir en el Estado á que aquéllos pertenecen.»

lidad de las mismas, esto es, á la propiedad industrial, y á aquella que es producto del supremo esfuerzo del espíritu y del pensamiento humano, esto es, á la propiedad literaria y artística y la que se denomina propiedad comercial.

Convendría, pues, admitir las siguientes reglas:

a) La propiedad individual debe reputarse inviolable, según el derecho internacional, bajo todas las formas que aquella pueda presentarse;

b) Salvo el derecho del Estado á subordinar la protección de la propiedad literaria, artística é industrial á ciertas condiciones legales, debe, sin embargo, admitirse la igualdad de tratos entre los ciudadanos y los extranjeros (1);

c) La protección y la garantía jurídica de los productos de la inteligencia, cualesquiera que éstos sean, pertenecientes al autor, se deben considerar como fundados en el respeto debido á la personalidad en la más noble de sus actividades y no como una concesión graciosa del legislador;

d) Reconociendo todos los Estados civilizados que el respeto debido á los derechos del autor de una producción intelectual, cualquiera que sea, es un verdadero derecho internacional del hombre y que le corresponde independientemente de los tratados, están obligados á proveer á la garantía jurídica de este derecho (2).

(1) Véase sobre este argumento la Memoria de M. W. Loyd Wise, *Asimilation of the laws and practice of various nations*, etc., y CLUNET, *Dr. int. priv.*, 1878.

Hallamos además que, en todos los Congresos reunidos con el fin de asegurar la protección legal de todas las producciones del ingenio, han hecho votos en este sentido.

Especialmente los Congresos celebrados en Viena con motivo de la Exposición de 1873, el de la Asociación inglesa celebrado en El Haya en 1875, el de Bremen en 1876 y el de París en 1878, han reconocido uniformemente la necesidad de una ley general que haga desaparecer las diferencias en las diversas legislaciones en materia de derechos correspondientes á los autores de obras literarias, artísticas é industriales.

(2) No encontramos aceptado el principio en leyes muy recientes.

Las leyes del Imperio germánico de 11 de Junio de 1870 relativas á los derechos del autor, 9 de Enero de 1876, para las obras figurativas, y 11 del mismo mes y año, para los diseños y modelos industriales, concediendo protección á las obras de los extranjeros publicadas por editores alemanes, á los diseños industriales de los extranjeros establecidos en el Imperio germánico que han hecho fabricar dichos diseños en Alemania, y para la protección debida á los extranjeros, las antedichas leyes se refieren á los tratados internacionales vigentes.—Véanse los artículos 61, 20 y 16.

La ley de 12 de Mayo de 1877 sobre la protección de la propiedad ar-

693. Vamos á ocuparnos ahora del derecho de religión, que, considerado como derecho individual, es también uno de los derechos internacionales del hombre.

La religión de cada hombre es la opinión que éste tiene de sus relaciones con lo sobrenatural. Siendo libres el pensamiento y la opinión, claro es que todo individuo tiene derecho á reclamar la más completa libertad para sus creencias, y que ningún poder humano puede penetrar en el fondo de su conciencia ni pretender conocer las creencias religiosas, la fe y las aspiraciones del mismo.

Deben, pues, establecerse las siguientes reglas:

a) El derecho individual de religión es uno de los derechos internacionales del hombre;

b) Cada cual puede aceptar, conservar ó variar libremente de confesión religiosa, sin estar obligado á dar á nadie cuenta de ello;

c) Debe considerarse contrario al derecho internacional el someter á los extranjeros á interrogatorios para conocer sus creencias religiosas, y como una violación de los derechos internacionales el obligarles á cambiar de confesión religiosa y perseguirlos y vejarnos si se niegan á ello;

d) El culto de la religión propia es sagrado é inviolable, siempre que en el ejercicio de ésta no exista nada prohibido por la ley territorial ó que pueda considerarse contrario á las leyes de policía del Estado ó al orden público.

694. Habiendo expuesto cuáles son á juicio nuestro los derechos correspondientes al hombre como persona sometida al derecho internacional, no nos detendremos demasiado al exponer cuáles son sus deberes internacionales. Estos no pueden ser tan extensos como los de los Estados, á los que se permite establecer las reglas de su conducta recíproca y asumir obligaciones internacionales.

Incumbe al individuo el deber jurídico general de observar los preceptos del derecho internacional, que limitan la libertad indi-

tística, publicada en Noruega, se reserva aplicar á los extranjeros dicha ley bajo condición de reciprocidad.

La ley de 30 de Noviembre de 1874 sobre la protección de las marcas de fábrica en el Imperio alemán, admite en parte la máxima del art. 20, pero la subordina á la condición de reciprocidad.—La misma máxima se ha sancionado por el Imperio del Brasil por la ley de 23 de Octubre de 1875.

vidual según las exigencias del género humano y las relaciones internacionales.

No puede ejercitar sus derechos internacionales sino dentro de la esfera establecida por la ley y por el derecho, y por consiguiente, tiene el deber de respetar los preceptos del derecho internacional.

Así, pues, el derecho de libre navegación debe considerarse subordinado á la obligación jurídica internacional de observar las reglas internacionales de la navegación: el derecho de comerciar libremente debe estar subordinado al de no transportar contrabando de guerra; el derecho de propiedad debe estarlo al de la expropiación forzosa en los casos y con las condiciones previstas por el derecho internacional, como sucedería, por ejemplo, con las cosas tomadas para necesidades militares con la obligación de pagar su precio.

En una palabra: todas las aplicaciones que el derecho internacional puede tener para limitar la libertad individual, haciendo uso de los principios generales del mismo derecho é independientemente de los tratados particulares estipulados entre los Estados, se deben considerar como deberes jurídicos internacionales del hombre.

Aun aquellos que no sean ciudadanos de un Estado determinado y formen parte de una tribu nómada, deberán observar los preceptos del derecho internacional y las obligaciones jurídicas que del mismo se deriven. Tales son, por ejemplo, la prohibición de transportar lo que puede calificarse como contrabando de guerra según el derecho primitivo, y la prohibición de forzar el bloqueo, etcétera, etc.

Es, pues, evidente que habrán de estar sujetos también á la ley penal internacional, en el caso de cometer algún delito de piratería, ó de causar daños á los cables submarinos, etc.

SECCIÓN CUARTA

DE LOS DERECHOS Y DEBERES INTERNACIONALES DE LA IGLESIA

695. Concepto general de la Iglesia.—**696.** Relaciones de la Iglesia con el Estado.—**697.** El consorcio religioso es un hecho natural.—**698.** Cómo puede la Iglesia católica-romana considerarse *persona* ante el derecho internacional.—**699.** Posición jurídica internacional de la Iglesia católica romana.—**700.** Consecuencias de la condición jurídica de la Iglesia ante el derecho internacional.—**701.** Cómo sirven estos conceptos para simplificar la solución de las cuestiones relativas a la Santa Sede.—**702.** En el estado actual de cosas no pueden aplicarse a la Iglesia romana los mismos principios que a las demás Iglesias.—**703.** Conclusión de los principios expuestos y orden del tratado.

695. El sentimiento religioso de que nos hemos ocupado en el anterior capítulo, no es una relación vaga é indeterminada entre Dios y el hombre, sino que se funda en una doctrina ordenada y que puede resolver los más graves problemas de la vida; en los preceptos que sancionan la ley moral con la promesa de la futura recompensa ó del castigo, en la disciplina, en los ritos, en el culto.

Cuando el sentimiento religioso es común á un número de hombres más ó menos considerable, y asociados éstos por la fe común se reúnen en derredor de un centro y reconocen espontáneamente un jefe supremo, que ejerce sobre todos los creyentes una autoridad moral de dirección y de gobierno, reviste la comunión ó sociedad religiosa la forma de una institución que se denomina Iglesia.

La Iglesia no es un producto del acaso, sino el resultado forzoso de ciertas necesidades éticas, que impulsan naturalmente al hombre al consorcio religioso, como el Estado es resultado ineludible de las múltiples necesidades que impulsan á los hombres á la convivencia para unir sus propias fuerzas y facilitar la consecución del mayor bien posible (1).

(1) Véase el concepto del Estado según Platón, en la monografía de

696. La Iglesia y el Estado son esencial y absolutamente distintos, tanto como institución cuanto por su constitución misma, pero entre ambos hay algo común, á saber: que cada cual de ellos representa una forma necesaria y natural de la sociabilidad humana. Donde quiera que se hallan hombres civilizados, allí se encuentra una forma cualquiera de organización política para conseguir el mayor bien, y un consorcio religioso para resolver los graves problemas de la vida (1) mediante la fe, el dogma y la misteriosa creencia en lo sobrenatural, exteriorizado en los ritos, en las ceremonias y en el culto regulado por un sacerdocio.

697. Aunque todas estas cosas hayan sufrido y continúen sufriendo la influencia de los tiempos, de los lugares, de la ciencia y de la historia, debemos sin embargo reconocer, que en tan diversas formas de creencias y de ritos, se halla siempre la expresión de la necesidad de admitir lo sobrenatural, y de que siendo tal necesidad ingénita en el hombre, hace que nazca por propia virtud el consorcio religioso, y que deba reputarse este hecho necesario y natural, como el de la formación de un Estado.

Todo consorcio religioso considerado en abstracto y en sí mismo, es una institución jurídica pública universal, en el sentido de que no puede considerarse existente en el territorio de este ó de aquel Estado, ni aun en la humanidad, pudiendo siempre ampliar la esfera de su actividad á donde quiera que se hallen personas que espontáneamente acepten la doctrina promulgada con la simple enseñanza y sin apelar á medios y coacciones brutales.

698. Creemos oportuno recordar lo dicho anteriormente, esto es, que toda individualidad que existe *jure suo*, y que tiene una esfera jurídica propia independiente del derecho territorial, debe considerarse como persona de la sociedad internacional, la cual, en todo lo que despliega, extiende ó puede extender su actividad por todo el mundo, se halla naturalmente sujeta al derecho internacional que es el llamado á regularizar todas las relaciones jurídicas que nacen y se desarrollan entre las personas que conviven

FILOMUSI GUELFI, *La Dottrina dello stato nella società greca*, pág. 43 y siguientes.

(1) Uno de los fines principales de toda religión, es el de presentar á los que la aceptan, una doctrina adecuada para resolver ciertos problemas tremendos que preocupan constantemente al espíritu humano, y á tranquilizar y confortar en cierto modo el ánimo, adormeciendo ciertas dudas y temores, que sólo á una religión es dado desterrar, asegurando el imperio de la ley moral, y hallando su sanción fuera de los medios humanos de corrección.

en la *Magna civitas*, siempre que dichas relaciones no deban considerarse subordinadas al derecho territorial, por deber considerarse como relaciones territoriales y sujetas como tales única y exclusivamente á la soberanía territorial.

Considerando que la Iglesia es una institución que existe por sí independientemente del derecho territorial; que la esfera jurídica de su actividad nos es enteramente creada por el soberano territorial, y que su desarrollo puede ampliarse indefinidamente por todo el mundo, debemos admitir que toda Iglesia considerada en sí misma tiene capacidad jurídica ante el derecho internacional, ó sea la posibilidad de tener derechos respecto de aquellas personas con las cuales se halla en relación en el consorcio humano y puede exigir que se la considere como persona sujeta al derecho internacional.

Pero así como el carácter distintivo de la persona es la individualidad, y el requisito característico de la personalidad internacional es el de la individualidad independiente de las relaciones territoriales, y el consorcio religioso solo la adquiere aquélla reuniéndose y organizándose en derredor de un centro ó gobierno y reconociendo un jefe supremo, y ésta extendiendo efectivamente su autoridad sobre todos los fieles esparcidos por las diversas partes del mundo, los cuales reconozcan la suprema autoridad eclesiástica y una jerarquía con unidad de doctrina y de culto, así también en el actual estado de cosas solo puede considerarse como persona en la sociedad internacional la Iglesia católica romana (1).

Solo ella reúne, en efecto, todos los requisitos inherentes á la persona (2), esto es, la individualidad y la propia esfera de acción jurídica determinada por su misión y por su fin; su organización

(1) Las Iglesias católicas se distinguen de la católica romana en que aquellas no reconocen al Papa como su jefe espiritual. Las Iglesias protestantes se distinguen de ésta en que no admiten la jerarquía, sino que, como dice claramente PORTALIS, «Todas las comuniones protestantes, convienen en ciertos principios. No admiten jerarquía alguna entre los pastores.» PORTALIS, *Discurso sobre el Concordato de 1801*. La cual debe entenderse en el sentido de que no admiten un jefe que tenga la suprema autoridad para dictar reglas á todos los fieles y que éstos deban obedecerlas ciegamente.

(2) En lo que se refiere á la persona y á los derechos de la personalidad, véase FILOMURI GUELF, *Enciclopedia giurídica*, § 27 y siguientes.—BUONAMICI, *Introduzione allo studio del diritto*, lib. II, cap. VIII.—AHRENS, *Filosofía del derecho*, tomo II.—TRENDELEMBURG, *Derecho natural*, § 86.

El Código austriaco hace consistir el concepto de *persona* en la individualidad que posee algunos derechos que por el de naturaleza le corresponden. Por esto atribuye la personalidad al hombre (cap. I, art. 16 y el artículo 2.º)

que resulta de estar todos los católicos en relación íntima con un centro y de reconocer un jefe que gobierna, que dicta las reglas oportunas para conducir al fin determinado á todos los fieles, y que preside á toda la jerarquía, que permanece siempre sometida á él, y que extiende además indefinidamente el imperio de su autoridad y de la disciplina sobre todos los fieles que se dejan guiar á pesar de hallarse esparcidos por las diversas partes del mundo.

699. Es necesario reconocer que, aun no pudiendo aceptar el concepto de la Iglesia romana y de su Jefe, como lo predicán y sostienen los partidarios del Pontificado y los mismos Papas (1), y

(1) Realmente parece imposible el conciliar las pretensiones del Pontificado con el derecho moderno. No es, en efecto, tan sólo el poder temporal lo que ha constituido siempre el objetivo principal de aquéllas, aun cuando en los tiempos modernos se dirijan á conseguir el restablecimiento de éste los esfuerzos de los Papas y de sus partidarios. Las pretensiones del Papado germinaron ya en la época en que el Emperador Constantino aseguró á la Sede Romana la posesión de los bienes concedidos por liberalidad imperial, por donaciones de los particulares y por la herencia de las antiguas familias romanas; éstos creían indubitadamente que se hallaba menoscabado el poder imperial, y produjeron como primer resultado el atribuir derechos y facultades de gobierno al Obispo de Roma sobre sus Estados, sus dominios, y sentar de este modo, por así decirlo, las bases del poder temporal de los Papas sobre la ciudad de Roma y territorio anejo. A consecuencia, pues, de las donaciones de Pipino y de Carlomagno vino á constituirse lo que anteriormente fué denominado Estado de la Iglesia.

La índole de este libro nos impide tratar siquiera de resumir aquí la historia de los acontecimientos que, después de la caída de Carlomagno, dieron por resultado el alentar las pretensiones, siempre crecientes, del Pontificado, que habiendo estado sujeto en los primeros tiempos de la Iglesia á los Césares romanos, llegó en los siglos XI y XII de nuestra era á declararse superior á los Reyes de la tierra.—(Véase la verdaderamente interesante obra de BONCOMPAGNI, *La Chiesa e lo Stato*, páginas 194 y siguientes).

La doctrina de la Iglesia católica romana, tal como ha sido promulgada por los Papas, hállase contenida en las Decretales, y especialmente en las conocidas con los títulos de *Venerabilem, Solitæ ad Apostolicæ, Quod olim, Unam Sanctam, Romani principis, De consuetudine*, etc.

En el capítulo LX, título XXXIII del Libro primero, *De majoritate et obedientia*, se establece de una manera clara y rotunda la subordinación al Papa de todos los Reyes de la tierra. *Deus fecit duo magna luminaria id est, duos instituit dignitates, quæ sunt Pontificalis auctoritas et regalis potestas, Sed illa quæ preest diebus, id est spiritualibus, major est: quæ vero carnalibus minor, ut quanta est inter solem et lunam, tanta inter Pontifices et Reges differentia cognoscatur.*

Por efecto de esta pretendida preeminencia, Gregorio VII obligó á que Hungría, Rusia, Dalmacia, España y Córcega reconocieran la superioridad de la dignidad del Pontificado satisfaciendo un tributo anual; citó á Enrique IV para que compareciera ante él y le diera cuenta de una acusación formulada por sus súbditos y lo declaró depuesto por no haber obedecido, afirmando al propio tiempo su Potestad suprema en el Concilio reunido

admitiendo tan sólo la organización de dicha Iglesia tal cual ella es, y como Dios mismo, ó como los tiempos, la tradición y la historia la han hecho, no puede negársele la condición jurídica que le corresponde, es decir, la de ser por sí misma una personalidad sometida al derecho internacional, debiendo además reconocerse que tal situación ó posición jurídica compete hoy de hecho única y exclusivamente á la Iglesia católica romana, por

en Roma, en presencia del cual formuló del siguiente modo la doctrina sobre la Iglesia: *Agite nunc quaeso Patres et Principes sanctissimi ut omnis mundus intelligat, quia si potestis in coelo ligare el solvere, potestis et in terra imperia, regna, principatos, ducatus, marchias, comitatus et omnium hominum possessiones pro meritis tollere miscuique et concedere.*

Estas pretensiones de los Pontífices romanos hubieron de moderarse un tanto en la época en que los Papas se vieron obligados por la fuerza de las circunstancias á aceptar transacciones propuestas por los Emperadores y Reyes, evitando de este modo, también, el perder del todo el poder temporal que habían logrado conquistar durante la Edad Media. Esta fué la época que puede designarse con el nombre de época de los concordatos. Pero no se crea por esto que las aspiraciones de la Santa Sede á constituirse en cabeza del progreso y de la civilización y de sujetar bajo su dirección el mundo entero, no sólo en el orden de las cosas espirituales, sino también en el de las corporales, han sido abandonadas por los sucesores de San Pedro. Nada más lejos de la realidad: dichas aspiraciones se mantienen siempre vivas, no perdonándose ocasión de reproducirlas y confirmarlas, bastando para justificar nuestro aserto el recordarla Encíclica publicada por el Papa Pío IX en Diciembre de 1864, *Quanta cura*, la cual tiene por complemento el *Syllabus* y la proclamación de la infalibilidad del Papa en el Concilio Vaticano celebrado en el año de 1879.

Pío IX califica de delirios en la Encíclica *Quanta cura* la libertad de conciencia y la libertad de cultos, y declara que no se puede ser buen católico sino con la condición de rechazar la separación de la Iglesia y del Estado, la *independencia* del Poder civil, la libertad de enseñanza, la libertad de imprenta y la libertad de asociación, y proclama, por último, que «la Iglesia tiene el derecho de dirigir la conciencia de los fieles en todo lo referente á las cosas temporales y de reprimir con penas de carácter temporal también á los que infrinjan sus leyes.»

En cuanto al *Syllabus*, bien puede decirse francamente que constituye la más radical negación de las conquistas realizadas por la civilización y el progreso modernos.

En los artículos 16, 17 y 18 condena su autor todos los cultos no católicos. En el art. 24 asigna á la Iglesia la potestad de dirigir las cosas temporales, y en el art. 33 niega solemnemente que el derecho propio y originario de la jurisdicción eclesiástica se limite á dirigir la doctrina de las cosas teológicas. En los artículos 39 y siguientes afirma la superioridad de la potestad del Papa sobre la de los Reyes, y agrega que en caso de conflicto entre ambas potestades, debe prevalecer la eclesiástica. (Art. 42).

Creemos, después de lo indicado, que nadie, á menos en consentir en desconocer las conquistas de la ciencia, de la civilización y del derecho moderno, podrá aceptar la doctrina del Papado. En cuanto á nosotros mismos, nos es ciertamente imposible aceptarla.

cuanto solamente ésta, además de ser una institución nacida de las naturales tendencias del hombre, es la que tiene una personalidad que existe y se conserva por virtud propia é independiente de las relaciones territoriales, y porque, con preferencia á cualquiera otra Iglesia, presenta á nuestra consideración el aspecto de una institución admirable por la construcción de su organismo, cimentado lentamente y durante el transcurso de dieciocho siglos y conservado por la jerarquía más compacta y más potente que jamás vió el mundo.

No diremos que en el campo del derecho abstracto no pudiera sujetarse al derecho internacional alguna otra Iglesia. Si un día acaeciese que una Iglesia cualquiera alcanzare la posición que hoy tiene la Iglesia católica romana, debería ser considerada tal institución como persona en la *Magna civitas* y sujeta, por tanto, al derecho internacional, con el poder y con la facultad de ejercitar los derechos que más adelante se enumeran como correspondientes á la Iglesia romana y á su cabeza el Sumo Pontífice. Pero como hasta el presente las condiciones que hemos dicho, son indispensables para merecer la consideración de persona en la sociedad internacional, no puede afirmarse que concurren más que en la Iglesia católica romana; no podemos por menos de reconocer á ésta lo mismo que al individuo y al Estado, el carácter y consideración de persona dentro de la sociedad mencionada, y reputarla como tal sujeta á las prescripciones del derecho internacional.

300. La condición jurídica internacional de la Iglesia católica romana lleva consigo, como consecuencia ineludible, la del Papa, que es el Jefe ó cabeza de la misma.

Tanto á la Iglesia romana como á su jefe, competen ciertos derechos y determinados deberes con relación á todos los Estados, y enseguida indicaremos los que deben comprenderse entre unos y otros, según nuestro particular modo de ver en la cuestión.

Debemos notar, sin embargo, que los derechos y deberes internacionales de la Iglesia católica romana, son aquéllos que corresponden á la misma con relación á todos los demás Estados, por la condición especial que disfruta, por tener una esfera de actividad que se extiende por todas las regiones del mundo. Estos derechos y deberes han de ser, por otra parte, y son, en efecto, distintos de aquéllos que pueden corresponder á la misma Iglesia con respecto á cada uno de los Estados, en virtud de la ley territorial. Cada soberanía puede ampliar y restringir el libre desenvolvimiento de las asociaciones religiosas y de las Iglesias, según las exigen-

cias sociales y las contingencias temporales, por lo cual corresponde al derecho público interno fijar, con la más completa autonomía, los límites de la libertad eclesiástica (1). La Iglesia cató-

(1) La determinación de las relaciones entre la Iglesia y el Estado, es una de las más graves y complicadas cuestiones que el derecho público interno debe resolver, lo cual no puede conseguirse, á menos de reconocer que ésta, de igual modo que cualquiera otra cuestión de derecho interno, debe entenderse subordinada á las contingencias de lugar y tiempo, así como á las exigencias sociales emergentes de un determinado período histórico. A nuestro entender, háse tratado de generalizar, quizá demasiado, acerca de tal argumento, y lo cual ha producido el lamentable resultado de agitarse vanamente en la esfera de lo vago y de lo indeterminado. Esta fórmula podría sin dificultad adaptarse á todo lo que concierne á la organización interior de las Iglesias y á su constitución, consideradas como forma del consorcio religioso, pero en ningún caso aplicarse, á nuestro juicio, á lo referente á la evolución exterior de las mismas y á su modo de funcionar con relación á las personas que pertenezcan á cada una.

La notable fórmula «La Iglesia libre en el Estado libre» (fórmula que estimamos exacta con respecto á cuanto concierne á la organización interior de la Iglesia romana y de las demás Iglesias reconocidas en el Estado), esto parece un verdadero contrasentido jurídico, aun cuando se limite su aplicación á la evolución exterior de la Iglesia romana, á su funcionamiento dentro del Estado. El admitir que el Estado deba declararse impotente para someter la Iglesia á sus leyes, aun cuando ésta, saliéndose de su propia esfera, quiere ocuparse de las cosas humanas; y cuando ataca directa ó indirectamente el derecho del Estado, y en general, siempre que se trate de asuntos del dogma ó creencias que, aunque parezcan referirse á la forma del gobierno exterior de la Iglesia, estén en manifiesta contradicción con los postulados primordiales de la ciencia jurídica, y con aquéllos que establecen, como principal misión del Estado, la de la tutela del derecho social. De desear sería que la misma Iglesia comenzase por reconocer de nuevo la libertad del Estado en la esfera propia de sus atribuciones, y que recordase, sancionando nuevamente la precisa teoría de aquellos Santos Padres, que decían, dirigiéndose á los Emperadores: «Dios nos ha concedido el dominio de las cosas sagradas; á vos el de las otras.» Después de los dos acontecimientos deplorables, la proclamación del *Syllabus* por el Papa Pío IX, el uno, y el *pseudo Concilio* de 1870, que proclamó la infalibilidad del Pontífice, el otro, la fórmula «La Iglesia libre en el Estado libre», aplicada á la acción externa de la Iglesia, que reniega del progreso moderno, y que el art. 80 del *Syllabus* fulmina anatemas contra el que desee la reconciliación del Papa con la civilización, constituye, á no dudarlo, un verdadero contrasentido jurídico.

Acerca de las relaciones entre la Iglesia y el Estado, pueden consultarse: BONCOMPAGNI, *La Chiesa e lo Stato*; BOGGIO, *La questione romana*; BOGGIO, *La Chiesa e lo Stato*; CARTAGNOLA, *Delle relazioni giuridiche tra Stato e Chiesa*; MINGHETTI, *Chiesa e Stato*; PIOLA, *La libertà della Chiesa*; PIERANTONI, *La Chiesa cattolica e il diritto comune*; ARCOLEO, *Rapporti giuridici fra Stato e Chiesa*; MAMIANI, *Teoria delle religioni e dello Stato*; CANADA BORTOLI, *Lo Stato e la proprietà ecclesiastica*; BONGHI, *Papi, frati e Re; le Associazioni religiose e lo Stato*.—(Nuova Antologia, 1872); *I Tribunali Vaticani* (1883); SCADUTO, *Stato e Chiesa e guarentigie pontificie*; PALMA, *Questioni costituzionali*; DE RINOLDIS, *La libera Chiesa in libero Stato*. Véase también la discusión de la ley de garantías en el Senado italiano, y especialmente, el discurso pronunciado por el Senador Musio.

lica romana no puede, por tanto, ante el derecho público, pretender privilegios ni prerrogativas superiores á las que disfrute cualquiera otra Iglesia reconocida, por referirse esta cuestión á materias que son de la especial competencia de las leyes internas de los Estados.

No es necesario insistir aquí de nuevo acerca de lo expuesto en otro lugar de la presente obra (1), esto es, de que en el ejercicio de los poderes soberanos cada soberanía es autónoma solo en la esfera establecida del derecho; por lo cual incumbe á éstas el ejercitar dichos poderes en armonía con las necesidades de la convivencia y respetando los derechos de las personas que tengan esta consideración según el derecho internacional. Ahora bien: dado que á la Iglesia católica romana asisten ciertos derechos en su consideración de persona dentro de la sociedad internacional, si-guese de aquí que no pueda ser lícito á un poder constituido violar cualquiera de los derechos inherentes á la Iglesia, pero que no figuren en la categoría de internacionales.

En otros términos, cada soberanía tiene el derecho autónomo de regular el ejercicio de la libertad eclesiástica respecto á la Iglesia romana, así como lo tiene con respecto á las Iglesias toleradas y reconocidas, si bien es menester, á fin de que la autonomía se mantenga dentro de los límites establecidos por el derecho, que cada soberanía con sus leyes internas no viole los que demostraremos ser derechos internacionales de la Iglesia católica romana, los cuales deben respetarse siempre, ejerciendo sobre ellos una acción jurídica tutelar conveniente.

201. Tal vez nos engañemos, pero estamos plenamente convencidos de que nuestro modo de ver puede servir para simplificar en gran manera la solución de la complicada cuestión de la situación jurídica del Papa y de la Iglesia católica romana ante el Estado.

Del hecho de haber patrocinado los publicistas, por regla general, la teoría de que el derecho internacional es aplicable á los Estados únicamente en sus relaciones recíprocas y ser estos por consecuencia lógica las personas sujetas al derecho internacional, ha nacido, en gran parte, la confusión de las ideas, cuando se ha querido, después del importante acontecimiento de 1870, que modificó sustancialmente la posición política del Pontificado, discurrir

(1) Véanse los §§ 378 y 393, letras a y b.

acerca de la verdadera condición jurídica del Papa y de la Iglesia romana.

Supuesto que efectivamente según esta teoría no podía existir relación jurídica internacional si no se trataba de Estados, era lógico que los partidarios de las pretensiones del Papa vinieran obligados á demostrar la verdadera condición jurídica de la Iglesia romana y sostener que el jefe de ella tenía derecho perfecto á que se le adjudicara un territorio cualquiera que fuese, y que debía atribuírsele además la soberanía política á fin de colocarlo en condiciones de alternar con los demás Estados (con los que no hubiera otro remedio y tuviera el derecho de tratar) como de potencia á potencia. De este modo resulta justificable el sofisma de Odilon Barrot, el cual, dirigiéndose á la Cámara francesa el año 1849, y tratándose del Poder temporal del Papa, decía: «Es necesario que ambos poderes coexistan confundidos en el Estado romano si se quiere que aparezcan separados en el resto del mundo»; y análogo concepto expresaba Guizot, cuando decía que era de todo punto indispensable que las dos potestades estuvieren reunidas y conjuntas en un país cualquiera de la tierra.

Los partidarios de este sistema que no quieren oír hablar, y con razón (1), del poder temporal del Papa, encuéntranse en los

(1) El poder temporal del Pontificado, más bien para contribuir á su independencia, ha servido para esclavizar á la Iglesia. He aquí lo que escribe GEFKEN: «No puede negarse ciertamente que con respecto al dominio temporal el oficio supremo espiritual de la cristiandad, ha servido en más de una ocasión á los variables intereses mundanos. En efecto, los espíritus más religiosos de la Edad Media, no pudieron por menos de reconocer en dicho maridaje la causa de la degeneración de la Iglesia.» Este autor cita á DANTE, (*Inferno*, XIX, v. 115) y SAN BERNARDO (*De consideratione*, II, 6, a Eugenio III).

Teniendo éstos la más recta idea de la posición espiritual del Papa, se pronuncian del más acerbo modo contra lo mundano de su imperio. GEFKEN, *La condizione del Sommo Pontifice nel diritto internazionale*.

Si los partidarios de las pretensiones del Papado leyesen y estudiasen en la historia, la cual enseña cómo la independencia del poder espiritual del jefe de la Iglesia ha estado manumitida á fin de conservar los limitados dominios territoriales; cómo la debilidad misma del poder temporal del Papa le ha obligado más de una vez, no sólo á soportar la violencia de los potentados más fuertes que la Sede romana, sino hasta servir de instrumento á los visibles intereses políticos y á sacrificar todo su poder espiritual, allí donde encontraba el apoyo de cualquier soberano; cómo hasta la misma falta de una fuerza militar propia hizo indispensable para el Papado en las luchas sostenidas para conservar sus dominios y sus poco seguras conquistas, la adopción de todo el arte de una diplomacia exenta de escrúpulos, y el empleo de toda clase de medios considerados conducentes á dicho fin, sin excluir los verdaderamente deplorables; deponer su potestad espiritual al servicio de sus intereses temporales, usando y abusando

más graves apuros. La parte más seria, la que quiere firmemente á la Iglesia y al Pontificado grandes y respetados, no puede por menos de reconocer que al Papa, aun en las condiciones en que se encuentra después del año 1870, no puede negársele la condición jurídica internacional; pero como mantiene con firmeza y convicción la idea de que al Pontífice no debe atribuirse ninguna soberanía política ni temporal, y por otra parte, para atribuirle ciertos derechos internacionales, se considera indispensable reconocerle cierta soberanía; no saben ellos mismos qué concepto conviene formar que sea el más á propósito para conciliar la condición jurídica efectiva del Pontificado con el estado de cosas creado por el plebiscito de los romanos y la pérdida del poder temporal. De aquí resulta que incurren en frecuentes contradicciones, complican las fórmulas, y llegan á hacer del Papa un ser singular, un ser *sui juris*, un ser fuera del derecho aplicable á la humanidad.

Hay quien cree simplificarlo todo afirmando que el Papa ejerce aún los derechos internacionales, en el supuesto de que está en posesión y disfrute de los derechos de soberanía; que si no ejercita tales derechos respecto á lo que en un principio constituía el territorio romano, los ejerce, no obstante, en un círculo más restringido, es decir, en el Vaticano; pero que en su residencia, si bien ésta sea por demás restringida, es soberano de igual modo que cualquiera otro, y puede, por tanto, ejercitar las prerrogativas inherentes á la verdadera soberanía, aun aquellas de carácter jurisdiccional, que presuponen el *imperium*, la *jurisdictio* y el poder coercitivo; que puede también instituir Tribunales, y hasta ha llegado á afirmarse y sostenerse, que el Vaticano debía considerarse como un Estado extranjero cualquiera, por lo que dice relación al reino de Italia (1).

Hay algunos que querrian dirimir toda contienda acerca de este punto aplicando el conocido apotegma de nuestro compatriota «la Iglesia libre en el Estado libre», que otros desean verlo modificado por el de «la Iglesia libre y el Estado libre», y otros que sin considerar la situación jurídica excepcional del Pontificado, creen que á todo podría atenderse merced á la más completa se-

de la excomunión y del entredicho, no podrían menos de comprender que no puede conseguirse mediante el restablecimiento del poder temporal del Pontificado, la grandeza, el respeto y la independencia que desean para el jefe de la Iglesia.

(1) CORSI, *La situazione attuale della Santa Sede nel diritto internazionale*.

paración de la Iglesia y del Estado y á su mútua independencia. Que en lo que respecta á la Iglesia romana y á su jefe el Sumo Pontífice, debiera conferírseles ilimitada libertad bajo la tutela del derecho común, ó sea que el Estado, sin conceder derechos ni privilegios al Papa ni á la Iglesia, debiera conceder á ésta, como á cualquiera otra confesión, libertad plena, renunciando por completo á aquel *jus in sacris* que todos los Gobiernos, en mayor ó menor escala, se han arrogado y se arrogan, bajo las más variadas formas, declarando no solo la fe, sino el culto, cosas extrañas al derecho público interno, y aplicar en una palabra al Papa y á la Iglesia el derecho común (1).

Si hemos de confesar la verdad, se necesitaría escribir muchas páginas para demostrar cuánta inexactitud de conceptos existe en los razonamientos indicados; pero esto nos apartaría de nuestro objeto principal.

302. No dejaremos, sin embargo, de manifestar, que el error principal de esta clase de razonamientos consiste en querer aplicar al Pontificado y á la Iglesia romana los mismos principios que podrían ser aplicables á las demás Iglesias, sin considerar que la Iglesia católica romana es hoy por sí, y *jure suo*, una persona jurídica internacional, mientras las demás Iglesias reconocidas hallanse lejos de ostentar este carácter. De este error se deriva la confusión que existe entre la condición jurídica de la Iglesia católica romana y del romano Pontífice en el orden internacional, y la condición jurídica, en el orden del derecho público, de las Iglesias reconocidas en cada uno de los diversos Estados.

Allí donde, además de la Iglesia católica romana, han aparecido y subsisten diez ó veinte confesiones religiosas, cristianas y no cristianas, es donde encuentra su debida aplicación el apotegma «la Iglesia libre en el Estado libre», y equivale á expresar la libertad de confesiones y del consorcio religioso bajo el imperio del derecho común de los Estados aplicable á las asociaciones religiosas. En estos países es natural que la Iglesia romana deba hallarse, al igual que las demás reconocidas, bajo el imperio del derecho común territorial, que regula la libertad de confesiones y asociaciones religiosas.

No debe olvidarse, sin embargo, que teniendo la Iglesia católica romana una personalidad internacional, goza necesariamente

(1) Véase la nota al § 690.

de ciertos derechos que á ella y á su Jefe, el Romano Pontífice, corresponden en virtud de tal carácter.

Teniendo esto presente, compréndese fácilmente que la condición jurídica de la Iglesia romana, con respecto al derecho público interno, puede y debe ser la misma que la de las demás Iglesias; pero resultando que esta Iglesia tiene una personalidad jurídica internacional y ningún Estado puede, con sus leyes internas, modificar la condición jurídica de las personas sujetas al derecho internacional, ni mucho menos negarles los derechos que como tales puedan corresponderles, si un Estado quisiera admitir la más amplia libertad respecto á todas las Iglesias, incluso la católica, bajo la tutela del derecho común, no por esto se habrían evitado los peligros de estas cuestiones, siendo así que por el hecho de ser la Iglesia católica romana una persona en el orden internacional y por el de gozar de derechos que á dicha Iglesia y á su Jefe el Pontífice corresponden, no según el derecho público del Estado, sino con arreglo al derecho internacional, el poder soberano del Estado debería reputarse incompetente en materia de los derechos internacionales de la Iglesia católica romana y del Papa, porque estas cuestiones deben considerarse siempre bajo la tutela del derecho internacional.

303. Resumiendo brevemente lo expuesto acerca de la materia, creemos deben deducirse las conclusiones siguientes:

1.^a Dado el actual orden de cosas, la capacidad jurídica internacional solamente corresponde á la Iglesia católica romana;

2.^a Como esta capacidad compete á dicha Iglesia *jure suo*, por ser una institución nacida y que vive en virtud de las naturales tendencias de los hombres y con completa independencia del Estado, debe por lo mismo considerársela como una persona de la sociedad internacional;

3.^a Siendo la Iglesia católica romana una persona de derecho dentro de la sociedad internacional, es necesario conceder, no solo á ella sino también á su jefe, ciertos derechos internacionales, los cuales corresponden á éste como tal jefe de la Iglesia é independientemente de la soberanía política y del dominio territorial, por más que en todo caso deban ejercitarse bajo la tutela del derecho internacional;

4.^a La Iglesia católica romana, en concurrencia con las demás Iglesias reconocidas, puede y debe encontrarse en la misma situación jurídica dentro del orden del derecho público interno de cada uno de los diferentes Estados;

5.^a La cuestión de la mayor ó menor libertad de la misma Iglesia por no poderse extender hasta el punto de arrebatar al Estado el derecho de la tutela ó de la defensa con relación á la libertad de las asociaciones religiosas, es una cuestión de derecho público interno; pero en cualquier forma que un Estado trate de resolverla deberá evitar el violar los derechos internacionales de la Iglesia católica romana;

6.^a Los derechos de la Iglesia católica romana, deben considerarse de igual modo que todos los derechos inherentes á las personas que gozan de capacidad jurídica dentro de la sociedad internacional, bajo la garantía colectiva de todos los Estados que viven en sociedad de hecho.

Partiendo de tales premisas, pasemos ahora á discurrir acerca de los derechos y deberes internacionales de la Iglesia católica romana y del Papa.

CAPÍTULO ÚNICO

De los derechos internacionales de la Iglesia y del Papa.

704. Concepto de la Iglesia.—**705.** Libertad de que disfruta en cuanto á su organización y gobierno interior.—**706.** Verdaderos límites entre los que debe hallarse restringida su libertad.—**707.** Independencia é inviolabilidad del Sumo Pontífice.—**708.** Condición jurídica de la Iglesia según las leyes internas.—**709.** La Iglesia no puede pretender el ejercicio de una libertad absoluta.—**710.** Aplicación de los principios á la publicación de los actos de la Iglesia.—**711.** El derecho de comunicación libre con el clero y con los fieles corresponde al Romano Pontífice.—**712.** De la libre comunicación con los Gobiernos de los países extranjeros.—**713.** Las relaciones de la Santa Sede con los Gobiernos de los países extranjeros pueden regularse por medio de Concordatos de legaciones permanentes.—**714.** El derecho de legación corresponde al Papa *jure suo*, pero no constituye un derecho inherente á la soberanía política.—**715.** El derecho de legación y la ley de garantías.—**716.** Italia no puede impugnar á la Santa Sede el derecho de legación.—**717.** El Romano Pontífice no goza actualmente de ningún derecho de soberanía territorial.—**718.** Observaciones críticas acerca de la capitulación por la plaza de Roma.—**719.** Demuéstrase cómo en virtud de ella el Papa no puede ejercer ningún género de soberanía territorial sobre la ciudad Leonina.—**720.** Al Papa no asiste derecho alguno de soberanía política ni aun dentro de los límites del Vaticano.—**721.** Al Papa no corresponde la jurisdicción y el *imperium* inherentes á los poderes soberanos.—**722.** Al Papa no corresponde el Poder judicial ni el derecho de instituir Tribunales en el Vaticano.—**723.** Cómo la soberanía temporal del Papa ha tratado de deducirse erróneamente de la ley de garantías.—**724.** Italia no podría reconocer al Papa el ejercicio del Poder temporal sin grave desconocimiento de los principios del derecho moderno.—**725.** Al Papa no le corresponden por tanto las prerrogativas inherentes á los soberanos.—**726.** Cómo la uniformidad de condiciones jurídicas entre el Jefe del Estado y el Jefe de la Iglesia no implica uniformidad alguna entre la soberanía respectiva de cada uno.—**727.** Justo concepto de la inviolabilidad del Sumo Pontífice.—**728.** Cómo deben proveer las legislaciones internas á la tutela de las prerrogativas del Papa.—**729.** No puede justificarse la irresponsabilidad absoluta en aquello que concierne al orden político.—**730.** Resumen de la teoría.—**731.** De la situación jurídica del Papa según la ley italiana de 1871.—**732.** La soberanía según el concepto del derecho público no puede en manera alguna deducirse de la ley indicada.—**733.** La ley de garantías responde á otros principios de justicia y de libertad.—**734.** La extraterritorialidad del Papa no equivale á con-

cederle la inmunidad absoluta.—**735.** Se aclara el verdadero concepto de la condición jurídica del Romano Pontífice frente al Estado.—**736.** De la situación jurídica del Papa en cuanto preside la administración de la Iglesia.—**737.** Los actos de administración de los que se derivan relaciones de derecho privado deben regirse por el derecho común.—**738.** Si la dificultad que puede surgir en la ejecución de sentencias deben modificar los principios referentes á la jurisdicción.—**739.** Concepto jurídico que motivó la ley de garantías.—**740.** De cómo esta ley no revistió caracteres de ley internacional; naturaleza de la misma.—**741.** De cómo la ley indicada forma parte del derecho público interno.—**742.** De cómo el Parlamento tenía facultades para introducir modificaciones en ella.—**743.** De cómo los Gobiernos extranjeros carecen en la actualidad de todo derecho á ingerirse en la cuestión romana.—**744.** En el actual estado de cosas no existe obligación jurídica alguna positiva de derecho internacional entre Italia y los demás Estados.—**745.** Cómo podrían los Gobiernos ponerse de acuerdo en la determinación de los derechos de la Iglesia católica y en los de su jefe.

704. Expuesto queda cuál es á juicio nuestro la verdadera base de la condición jurídica internacional de la Iglesia católica romana, y por consecuencia la de los derechos internacionales que á la misma y á su jefe, el Romano Pontífice, corresponden.

No debíamos, por tanto, repetir que la entidad *Iglesia*, tal como nosotros la entendemos, es la *congregación universal de creyentes que resulta de la comunión espiritual, actual y continua de las almas unidas en la misma fe, y en el cumplimiento de la misma ley religiosa, bajo la suprema autoridad de un jefe, que preside el clero y se hace obedecer por éste, y al cual le está asignada la misión de mantener en todo el mundo la unidad del dogma y de las creencias, la pureza de la moral, y de dar la norma á las conciencias de los fieles, ilustrando y predicando la ley promulgada por el Fundador; regulando los ritos, las ceremonias y las preces; administrando los sacramentos; difundiendo los cánones y la doctrina con el ejemplo y con la persuasión.*

705. El primero de los derechos que, según la naturaleza propia de la institución, corresponden á la Iglesia, es el derecho de libertad; este derecho debe asistir á la Iglesia, tanto en lo que concierne á su formación, cuanto en lo que respecta al desenvolvimiento de su actividad y á su gobierno.

La libertad de la Iglesia, bajo el primero de los dos aspectos citados, puede compararse á la libertad de los individuos en cuanto á la religión, que como hemos demostrado en el capítulo anterior, debe considerarse como un derecho internacional del hombre; por esta razón, tal derecho no puede nunca perder su propia naturaleza, aun cuando se le considere como derecho de la comunión espiritual de hecho, y de la agrupación de los hombres unidos en una misma fe.

La libertad del gobierno de la Iglesia puede resumirse en el libre ejercicio de todas las funciones de la suprema potestad eclesiástica, que debe tender principalmente á mantener la unidad del dogma y la pureza de la moral, y en la libertad de las relaciones del jefe de la Iglesia (á quien corresponde la autoridad y el poder en lo referente á la disciplina y al culto religioso) con el clero. Resulta, pues, evidente, que sin esta libertad de funciones y de relaciones, ó en una palabra, sin la libertad de gobierno, hallaríase menoscabada la libertad de la Iglesia.

306. Conviene, sin embargo, poner la mayor y más exquisita atención para no incurrir en errores acerca de la libertad, que hemos dicho corresponde á la Iglesia católica romana, en cuanto al desenvolvimiento de su actividad secular y de su gobierno, que se extiende y propaga por todas las regiones del universo.

Es menester, á este efecto, no perder un momento de vista que la libertad jurídica de toda persona consiste en el libre ejercicio de sus facultades naturales, dentro de la esfera del derecho correspondiente. Ahora bien; la esfera del derecho propio de la Iglesia y la de sus facultades privativas se deduce de la naturaleza misma de la institución que nos ocupa, la cual, ateniéndonos al concepto de su divino fundador, es una institución organizada para obrar sobre las almas, merced al empleo de medios meramente espirituales, como la difusión de la ley religiosa, de la fe, de las creencias mediante la predicación y la enseñanza, pero sin coacciones directas ni indirectas, que concluirían por privar á las creencias religiosas del carácter que deben revestir, ó sea el de venir á constituir el resultado de la persuasión libre y espontánea.

El derecho de libertad internacional, que hemos dicho corresponde á la Iglesia católica, creemos debe sin inconveniente atribuirse á la Iglesia romana, siempre que permanezca en la esfera de su propio derecho, y opinamos que dicha Iglesia puede exigir el respeto de tal derecho por parte de los diversos Estados.

Un Estado que quisiera cohibir la libertad de la Iglesia en lo referente á la doctrina, al dogma, á los sacramentos y á cuanto concierne á las creencias religiosas y á la fe; que quisiera ingerirse en el gobierno de la misma con derecho de criticar la autoridad más ó menos omnímoda correspondiente al jefe de la Iglesia con relación al clero, ó al modo y forma de ejercitarse tal autoridad; inmiscuirse en las relaciones de la jerarquía sacerdotal, ó procurase convertir éstas en tirantes y malévolas, violaría un dere-

cho natural inherente á la Iglesia, que es el derecho de libertad que le corresponde como persona, que existe por sí misma y con independencia del reconocimiento del Estado, y que teniendo una esfera de actividad extendida por todas las regiones del universo, tiene el derecho de exigir que el libre ejercicio de sus facultades y funciones se respete y acate por todos y cada uno de los Estados.

202. De estos mismos principios se deriva que al Papa, como cabeza de la Iglesia, le corresponde gozar de una independencia é inviolabilidad personal absoluta en cuanto se refiere y concierne al ejercicio de la autoridad suprema de que se halla investido como Jefe de la Iglesia y término de la jerarquía eclesiástica.

No es posible, en manera alguna, negar al Sumo Pontífice el derecho de promulgar (ateniéndose á las fórmulas prescritas por la constitución de la Iglesia, en la que nunca puede ingerirse el Estado) las leyes canónicas relativas al dogma y á la disciplina; el derecho de convocar, celebrar y presidir los Concilios; el de promulgar las reglas de las buenas costumbres y el de la conducta interna de los fieles; el de corregir á los malos conminándoles con las censuras y penas eclesiásticas correspondientes, ó bien declarando expulsados del seno de la Iglesia á los pecadores incorregibles. Ya sean estos actos del Papa contrarios ó favorables á los fines ó á los intereses de los Estados, ya sean del agrado ó desagrado de uno ó varios de éstos, ninguno de ellos podría declarar al Sumo Pontífice responsable, ni censurar siquiera el uso que éste hubiese hecho de su poder espiritual, sin ofender gravemente la libertad misma de la Iglesia y la consiguiente independencia é inviolabilidad de su jefe.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, así como la independencia puede corresponder, según el derecho internacional, á la autoridad suprema que gobierna y dirige la Iglesia, á fin de que ésta permanezca siempre en la esfera de su actividad propia, así es necesario admitir que la independencia é inviolabilidad personales deben reconocerse como prerrogativas internacionales del Sumo Pontífice, con el objeto de que pueda obrar siempre dentro de los límites de su competencia jurídica, que consiste en emplear su autoridad dirigiéndose á los espíritus y obtener la observancia de sus preceptos merced á la persuasión y no al empleo de medios externos, coercitivos ó indirectos.

203. Aclarado, en la forma que precede, el concepto de la

libertad internacional que estimamos debe asistir á la Iglesia romana y á su cabeza el Sumo Pontífice, ha de sernos fácil determinar la condición jurídica de una y otro, así como también la del clero, con relación á las leyes internas de cada uno de los Estados.

Ningún Gobierno puede impedir á la suprema potestad eclesiástica que promulgue libremente el dogma, la doctrina y las reglas que considere deban constituir la norma de las ideas y de los sentimientos de los creyentes, ni que declare responsables á los que en el santuario de su conciencia las acepten y admitan para observarlas. Pero, cuando tal doctrina sea el móvil de actos externos, que puedan con algún fundamento reputarse contrarios á los intereses del Estado y al derecho público que los rijan, entonces incumbe al mismo el derecho de proveer y el de resolver, con la más completa autonomía, acerca de la materia, qué es lo que puede tolerarse, y qué lo que debe considerarse perjudicial para el orden público y los intereses sociales, de igual modo que en la hipótesis contraria podría y debería intervenir con su acción tutelar en el derecho social frente á las evoluciones exteriores del sentimiento religioso y demás actos externos que sean consecuencia del mismo.

309. Extraña idea, y por cierto no muy correcta, es la de los que sostienen que la Iglesia puede pretender la libertad absoluta, aun con respecto á la evolución exterior de su Gobierno, y que el Estado puede muy bien concedérsela sin comprometer en nada el derecho propio, ni los intereses sociales. Esta teoría conduce, en efecto, á admitir que, aun cuando la potestad eclesiástica y el clero se extralimiten, obrando fuera de la esfera de lo sagrado y de lo espiritual y entrando en el dominio de las cosas humanas, sobre las que debe ejercer su soberanía el Jefe del Estado de modo exclusivo, este último poder hubiera de permanecer indiferente é inactivo. La libertad, como derecho internacional de la Iglesia, la admitimos y la sostenemos, pero siempre dentro de los límites correspondientes á la esfera jurídica de dicha institución, la cual, en nuestra opinión, se compendia en el preciso concepto de los Santos Padres, que decían á los Emperadores: «Dios nos ha dado el dominio de las cosas sagradas, y á vosotros el de las demás»; concepto en un todo conforme con el del Divino Fundador: «Dad á Dios lo que es de Dios, y al César lo que es del César.»

Ningún poder humano podría impedir al Papa el interpretar de igual manera su divina misión y promulgar el *Syllabus*. Trátase

de una de las materias del dominio de la Iglesia y del santuario de la conciencia de los creyentes, á los cuales corresponde la facultad de decidir internamente si el *Syllabus* debe reputarse ó no como ley eclesiástica, y si han ó no de considerarlo como regla de conducta. Pero, cuando aquéllos que se encuentran prepuestos en el gobierno de la Iglesia y que reclaman la libertad de enseñar, pretenden publicar en los libros, destinados á ponerse en manos de la juventud inexperta, el *Syllabus* ú otras proposiciones semejantes, con las que se ataca el derecho público del Estado, entonces tiene éste el derecho y á la vez el deber de intervenir, procurando, merced á su acción tutelar, el restablecimiento de dicho derecho, pudiendo á este efecto resolver, con la más completa autonomía, qué actos deben tolerarse y qué otros deben prohibirse, y en su caso castigarse, declarándolos sujetos á las prescripciones del derecho común.

210. Este principio no lo consideramos, sin embargo, aplicable á la publicación de los actos de la Iglesia en general. Dado el libre ejercicio internacional del poder espiritual, no se podría, ciertamente, impedir que se pusieran en conocimiento de los fieles los actos de la Iglesia, representada por un Concilio ó por su cabeza el Romano Pontífice. Téngase además presente que el Estado está obligado á declararse absolutamente neutral é incompetente en lo que dice relación á la publicación de los actos que se refieran al dogma, que conciernan á las creencias ó á la fe, y que no hayan de tener aplicación fuera de la conciencia de los creyentes, si bien no puede decirse esto mismo cuando se trate de actos referentes á la disciplina. En efecto, la potestad eclesiástica puede, al dictar las normas ó reglas de disciplina, excitar á los fieles á que se opongan al derecho público del Estado ó á sus leyes civiles ó políticas. Sin embargo, dado nuestro modo de pensar acerca de este punto, no deducimos de aquí la necesidad de admitir que los Gobiernos puedan con verdadera y completa autonomía decidir si se ha de permitir ó prohibir la publicación formal de los actos de la segunda categoría. El mejor partido que entendemos podría adoptarse sería el de consentir libremente la publicación y juzgar después con arreglo á las prescripciones del derecho común á los fieles que, en ejecución de tales reglas dictadas por la Suprema autoridad eclesiástica, obraren en oposición ó menosprecio del derecho territorial; puesto que si un Gobierno adoptase el sistema de prohibir, en general, la publicación formal de tales actos, no se le podría conceder derecho para ello, aun cuando ale-

gare en favor de su causa que con esto no violaba la libertad de la Iglesia.

Pongamos el ejemplo de que el Sumo Pontífice, con el fin de vencer el obstáculo de la publicación formal, modificase la ley canónica con relación á la fuerza obligatoria de los actos disciplinarios. Según el derecho eclesiástico vigente, estos actos no adquieren fuerza de obligar á los creyentes, sino mediante el requisito previo de la publicación ó promulgación (1). Supongamos ahora que el Papa declarase obligatorios los actos de disciplina, cualquiera que fuera el medio ó manera por el que llegaran á conocimiento de los fieles y que ordenase á este efecto al clero su propagación, no ya desde el púlpito, sino en el tribunal de la penitencia ó en otra forma. Esto supuesto, sería menester también suponer dentro de nuestro orden de ideas, que ningún Gobierno, sin violar la libertad de la Iglesia, podría impedir que fuese promulgado el acto modificativo de la ley canónica ni mucho menos castigar al sacerdote que al administrar los sacramentos hubiere encontrado manera hábil de poner en conocimiento de los fieles las nuevas normas de disciplina cuya publicación formal se hubiere prohibido.

¶11. De lo anteriormente expuesto deducimos lógicamente la conclusión de que debe considerarse como un derecho internacional inherente al Sumo Pontífice el de la libre comunicación con el clero y con los fieles esparcidos en las diferentes partes del mundo y recíprocamente.

El Papa, consiguientemente, debe gozar de libertad é independencia y hallarse por cima de cualquier intervención ó fiscalización por parte del poder público, y el clero, que en la administración de los sacramentos y en el cumplimiento de las obligaciones de su ministerio participa en el gobierno espiritual de la Iglesia, debe hallarse exento, en cuanto diga relación á estos actos, de toda intervención ó ingerencia de la Autoridad pública.

¶12. Toca ahora examinar la materia referente al derecho correspondiente al Sumo Pontífice de comunicarse libremente con todos los Gobiernos que tratasen de entablar relaciones con él en su calidad de Jefe de la Iglesia católica.

Partiendo siempre del concepto, á nuestro entender erróneo,

(1) Debido á esto, las disposiciones del Concilio de Trento acerca de las formas de celebración del matrimonio, no se consideran obligatorias en los países en que no han sido debidamente publicadas.

de que los Estados ejercitan los derechos internacionales solamente y en cuanto son personas sujetas á las prescripciones del derecho internacional, han deducido algunos autores que al Papa no puede competir el derecho de sostener relaciones diplomáticas con los Gobiernos extranjeros. «Constituyendo, escribe Esperson, el derecho de legación, tanto activo, como pasivo, un derecho esencial de todos los Estados independientes, ¿cómo podría tal derecho considerarse comprendido entre las prerrogativas del Papa, después de haber perdido éste la soberanía política por efecto de la extinción jurídica del Estado ex pontificio, el cual, renunciando á la propia autonomía con el solemne plebiscito de sus habitantes, queda convertido en una provincia aneja al reino de Italia?»

De esta premisa deduce el citado escritor, que los ministros acreditados cerca del Romano Pontífice por los Gobiernos extranjeros, tienen derecho á ser considerados como revestidos del carácter de Ministros públicos extranjeros, solamente en cuanto el Gobierno italiano ha concedido al Papa el derecho de legación con la ley de garantías de la Santa Sede de 1871, y que es también potestativo en esta nación el considerar, si lo tuviere por conveniente, como personas privadas á estos ministros, y sujetarlos, por tanto, á las prescripciones del derecho común (1).

Por el contrario, el Cardenal Jacobini, en la nota publicada en el año 1882 á propósito de la sentencia del Tribunal de segunda instancia de Roma, en la causa Theodoli-Martinucci, sostiene que el Papa no ha estado jamás privado de la soberanía *de jure et de facto*; *de jure*, á causa de no haber renunciado nunca á la soberanía de Roma ni de la Provincia pontificia, y *de facto*, por cuanto viene ejercitando y actualmente ejercita el derecho de legación, el cual, así como no puede ejercitarse si no existe un soberano y realmente se ejercita por el Papa, que recibe y envía ministros, presupone el hecho de hallarse el Sumo Pontífice en el ejercicio efectivo de los derechos de soberanía; viniendo, además, á reconocerse con el envío de ministros por parte de los Estados extranjeros, que el Papa disfruta actualmente del ejercicio de los derechos de soberanía (2).

(1) ESPERSON, *Diritto diplomatico*, §§ 51 y 52. Véase además PRADIER-FODERÉ, *Cours de Droit diplomatique*, tomo I, pág. 195, y nuestra monografía publicada en el *Digesto italiano: «Agenti diplomatici»*, § 22.

(2) El periódico *La Rassegna* reprodujo en su número del 6 de Diciembre de 1882 un extracto de la nota del Cardenal Jacobini publicada en un periódico alemán.

Nosotros no podemos aceptar ninguna de las dos teorías expuestas, y consideramos oportuno hacer notar que los argumentos aducidos por los sostenedores de una y otra, no descansan en otra base que en la confusión que se deriva de admitir que únicamente los Estados se encuentran sujetos al derecho internacional, y que nadie más que ellos puedan ejercitar derechos extraterritoriales.

213. Admitiendo aquello que nos parece incontestable, esto es, que la Iglesia sea una persona del consorcio humano, y que por tanto, el Papa, que la representa, disfruta por sí mismo y *de jure* de una condición jurídica internacional especial, debe admitirse lógicamente el que pueda comunicarse con entera libertad con todos los Gobiernos que se hallen dispuestos á sostener con él relaciones, al efecto de regular de común acuerdo lo concerniente al gobierno exterior de la Iglesia y cualquiera otra materia, respecto á la cual la potestad eclesiástica se relacione con el derecho público interno y con cada una de las leyes territoriales. No se llegará á establecer y conservar esta comunicación, si no se consigue el beneplácito de Italia y si únicamente el de los Gobiernos que quieran mantener relaciones con el Jefe de la Iglesia.

Hemos dicho repetidas veces que el Pontificado tiene *jure suo* personalidad jurídica internacional, por cuanto representa la suprema autoridad de la Iglesia, y que en este concepto tiene derecho á extender, como extiende, el imperio de su autoridad espiritual por todos los ámbitos de la tierra en que se encuentren fieles que libre y voluntariamente la acepten y reconozcan. Hemos sentido también, que existe un aspecto desde el cual el ejercicio de dicha suprema autoridad internacional excluye toda intervención ó fiscalización procedente del poder público, y que este aspecto es el concerniente al gobierno de la Iglesia con relación á la conciencia de los fieles; que, por el contrario, existe también otro aspecto que cae bajo la acción del sumo poder de la soberanía territorial, que es el concerniente á la evolución externa del ministerio eclesiástico y al culto, en cuanto puede considerársele como manifestación externa del sentimiento religioso de los creyentes, y hemos deducido como consecuencia racional de esto, que cuando la potestad eclesiástica se ingiere en la esfera de las cosas humanas, sujetas á la suprema autoridad del Estado, debe hallarse sometida al derecho común, de igual modo que las demás Iglesias reconocidas é instituciones que se desenvuelvan en el interior del Estado.

Sentadas estas premisas, es fácil concebir la posibilidad de la existencia de dos sistemas en el interior de cada uno de los diversos Estados: uno es el del antagonismo permanente, que consiste en relegar á la esfera de lo indeterminado y de lo indefinido las cuestiones relacionadas con las cosas sagradas, espirituales é interiores y las cuestiones referentes á las cosas temporales que caen dentro de los límites de la competencia y funciones externas del Estado. Este sistema es verdaderamente el menos científico y el menos práctico, por cuanto conduce necesariamente á hacer permanente un estado de recíproca resistencia entre la suprema potestad eclesiástica, al impedir la invasión en lo que corresponde al libre ejercicio de su poder espiritual y la soberanía territorial, al impedir que la autoridad eclesiástica penetre en la esfera de las cosas temporales.

El otro sistema es el de los acuerdos, de las negociaciones, de las buenas inteligencias coordinadas á preestablecer y predeterminar cuál sea la verdadera esfera de las cosas sagradas (respecto de las cuales debe el Estado reconocer su propia incompetencia), y cuál la de las cosas no sagradas sobre las que puede y debe ejercer su imperio el Estado.

Estos acuerdos, estas negociaciones, estas buenas inteligencias, si llegaren á concretarse en los convenios ó tratados, bajo la forma de Concordatos, celebrados á este efecto, determinarían la situación de la Iglesia en cada uno de los diversos Estados, respecto al derecho público territorial, y que por el objeto y fin á que deberían hallarse encaminados, constituirían parte del derecho público territorial, siendo, en una palabra, cosas temporales y mudables, como lo son todas las materias que se refieren al derecho territorial.

Pero como quiera que esto podría ser insuficiente alguna vez y siempre será útil el hacer menos frecuentes los casos de resistencia y facilitar las negociaciones, de aquí que cada uno de los Gobiernos pudiera, en interés de los asuntos públicos, entrar en negociaciones directas con el jefe de la Iglesia, merced al establecimiento de legaciones permanentes ó el envío de Ministros acreditados.

214. Ahora bien; no podemos, en verdad, comprender cómo tal derecho pueda negarse á los Gobiernos y á la Iglesia, ni mucho menos el que para ejercitarlo haya de ser necesario el beneplácito del Gobierno italiano; ó, como dado el ejercicio actual de tal derecho, pueda hallarse en esto algo que implique el ejercicio del

poder temporal que en otro tiempo correspondía al Sumo Pontífice, cuando además de ser jefe de la Iglesia, era Rey de Roma.

Supongamos que la ley italiana conocida por la de las garantías de la Santa Sede, no hubiere sido promulgada, ó que habiéndolo sido se hubiere derogado por el Parlamento italiano, aun cuando, como demostraremos más adelante, carece de derecho para ello. ¿Podría, en este supuesto, dudarse de que si Francia, Alemania ó España, quisieran mantener relaciones y comunicaciones con el Papa, tendrían derecho para hacerlo? Y dado que estos Gobiernos hubiesen designado una persona encargada de mantener tales relaciones cerca del Romano Pontífice, invistiéndola del alto cargo de representar el Estado, cumpliendo con todos los requisitos y solemnidades exigidas por el derecho internacional, con el fin de que siempre y en toda ocasión la persona de que se tratase debiera considerársela como legalmente investida de la pública facultad de representar al Estado respectivo, ¿podría sostenerse que esta persona no debiera ser reputada como investida de todas las prerrogativas que corresponden al que representa un Estado, en su calidad de tal? Si las prerrogativas inherentes, según el derecho internacional, á una persona revestida del carácter público de representante de un Estado fuesen menoscabadas, como ocurriría, por ejemplo, en el caso de haber inspeccionado sin derecho la autoridad política las credenciales expedidas por el Estado respectivo, ó de haber perseguido ó arrestado la persona enviada impidiendo su llegada al lugar de su destino, preguntamos asimismo: ¿podría sostenerse en este caso que la ofensa inferida al representante de Francia, de Alemania ó de España, acreditado como tal cerca de la Santa Sede, no debieran calificarse como ofensas dirigidas á un Ministro público y considerarse en este concepto sujetas á la sanción, y en general á las reglas establecidas por el derecho internacional, con respecto á la persona investida de esta cualidad?

215. Entendemos que no es posible sostener la afirmación de que el derecho de legación activo y pasivo haya sido conferido al Romano Pontífice en virtud de la ley de garantías, ni la de que Italia habría podido con pleno derecho conceder ó negar tal facultad decidiendo si á los representantes de los Gobiernos extranjeros acreditados cerca de la Santa Sede, debiera aplicárseles el derecho internacional ó el común aplicable á cualquier individuo, según sostiene Esperson. No; el derecho de mantener relaciones con los Gobiernos extranjeros corresponde al Papa en virtud de su

condición jurídica internacional; la facultad de ejercitar este derecho activamente con respecto á los Estados que deseen entrar en relaciones con la Santa Sede, con los fines enumerados anteriormente, es un verdadero derecho reciproco que asiste por igual al Papa y á cada uno de los Gobiernos y que constituye un derecho actual y concreto merced al mutuo consentimiento; la consiguiente necesidad, pues, de considerar á las personas debida y legalmente revestidas del carácter de Ministros públicos del Estado que las envía y como tales protegidas por el derecho internacional y sujetas al propio tiempo á las prescripciones de éste con respecto á los representantes de Estados extranjeros, se deriva de que las relaciones entre Italia y estos Estados deben hallarse regidas por el derecho internacional, el cual debe naturalmente regir de igual modo las relaciones entre el Estado italiano y los representantes de los Estados extranjeros.

Es cierto que si el Papa quisiera enviar representantes cerca de los Gobiernos extranjeros, en su calidad de soberano de Roma, ó que si los Estados extranjeros tratasen de acreditar ministros cerca del Sumo Pontífice en su calidad de Rey de Roma, no podrían legitimarse tales pretensiones á los ojos del derecho internacional moderno, siendo así que de la situación jurídica del Papa, como ex rey de Roma, no se puede discurrir de otro modo que del que podría tratándose de cualquier príncipe legítimamente desposeído en virtud de un plebiscito. Nadie puede ejercitar los derechos de soberanía política en las relaciones internacionales sino es *de jure* y *de facto* soberano efectivo de un Estado; y de igual modo que se violaría el derecho internacional por el hecho de acreditar un Estado un representante cerca del ex rey de Nápoles Francisco de Borbón ó recibiendo un ministro enviado por éste, violado quedaría por el hecho de acreditar ó recibir un enviado del Papa como ex rey de Roma, con el carácter de tal, ó por el de recibir el Papa, como ministro público, á un enviado de un príncipe desposeído de su soberanía.

Por el contrario, reconociendo, como realmente sucede, que las relaciones internacionales entre el Jefe de la Iglesia y los Gobiernos extranjeros resultan de la misma naturaleza de las cosas; que la facultad de proveer y mantener dichas relaciones es un verdadero derecho de la Iglesia y de cada uno de los diferentes soberanos constituidos; que tal derecho puede llegar á tener efectividad práctica merced al reciproco acuerdo de las partes; que en caso de hacerse efectivo, en virtud de lo manifestado, no puede consi-

derársele más que como el ejercicio de un derecho correspondiente á personas que viven dentro de la sociedad internacional y debe, por tanto, regirse por las prescripciones del derecho internacional, no se deduce, sin embargo, que el derecho de legación corresponda al Papa como Jefe de la Iglesia y con independencia de la ley italiana, ni que el ejercicio del mismo no pueda considerarse de otro modo que como el de uno de los derechos internacionales del Sumo Pontífice y sin que sea posible hallar en él elemento alguno que permita considerarle como ejercicio de soberanía política, dando margen á las infundadas pretensiones del Pontificado, que afirma tratarse del actual ejercicio de los derechos inherentes á la soberanía temporal.

Todo lo que el Estado italiano tenía derecho á hacer é hizo en virtud de la ley de garantías, consiste en asumir el formal empeño de garantizar en el territorio del reino á los enviados de los Gobiernos extranjeros cerca del Papa las prerrogativas é inmunidades correspondientes á los agentes diplomáticos en general y con arreglo á lo que establece el derecho internacional, garantizando también á los enviados de Su Santidad cerca de los Gobiernos extranjeros las prerrogativas é inmunidades usuales, que según el derecho internacional corresponden á los Ministros públicos que se dirigen al punto de su destino.

No puede decirse que esta formal obligación constituya una obligación vana y de ningún efecto en el orden de ideas por nosotros expuestas. En efecto; á los Ministros públicos que atraviesan el territorio de un tercer Estado para dirigirse al punto de su destino, no les asisten, según la opinión de la mayoría de los publicistas, los mismos derechos y prerrogativas que les correspondería ejercitar en el lugar de su destino respectivo (1). Además, según los principios más comunmente admitidos, así como el carácter público de los Ministros extranjeros, del cual se derivan todos los derechos y prerrogativas, no se entiende adquirido sino por el hecho de la presentación de credenciales (y adviértase que solamente con respecto al Estado á quien se hace la presentación), de aquí se deduce que el Ministro de que se trate no puede pretender el ejercicio de aquellos derechos y prerrogativas fuera del territorio del Estado á que haya sido enviado. El tercer Estado no se en-

(1) Vattel, §§ 84 y 85; Pradier Fodéré, nota á Vattel y *Cours de droit diplomatique*, tomo II, pág. 33; Heffter, *Droit international*, § 207; Calvo, *Droit international*, § 601. Véase también nuestra monografía acerca de los «*Agenti diplomatici*», §§ 318 y siguientes del *Digesto italiano*.

cuentra obligado á otra cosa que á observar con relación á tales Ministros aquellas reglas que, según los usos y cortesía internacionales, deben observarse con las personas investidas de dicho carácter. Ningún publicista ha pretendido formular á tal regla la única excepción de que los Gobiernos deban preventivamente consentir á los Ministros extranjeros el atravesar su territorio con los honores correspondientes á la pública dignidad de que se encuentran investidos.

216. Esto supuesto, es fácil comprender cómo Italia no podía regatear al Papa el derecho de legación, ni decidir si á los enviados de los Gobiernos extranjeros cerca de la Santa Sede había de aplicárseles ó no las prescripciones del derecho internacional, aplicables á los Ministros que atraviesan el territorio de un tercer Estado. Lejos de esto, estaba facultado para conceder á los enviados extranjeros acreditados cerca del Sumo Pontífice el derecho de establecer libremente su residencia en territorio italiano, y considerarlos, no como Ministros que atraviesan el territorio de un tercer Estado, sino como investidos de todas las prerrogativas inherentes á los Ministros extranjeros acreditados cerca del soberano de Italia. Con tales concesiones, los Ministros extranjeros acreditados cerca de la Santa Sede han podido establecer fácil y libremente la residencia de la legación en Roma y disfrutar de todos los honores, derechos y prerrogativas de los Ministros acreditados cerca del Gobierno de S. M. el Rey de Italia, en vez de disfrutar las únicas prerrogativas que con arreglo al derecho internacional les corresponderían, dada su condición de enviados extranjeros que atraviesan ó residen accidentalmente en el territorio de un Estado cerca de cuyo Gobierno no están acreditados.

De este modo y sin obligar á los enviados del Papa á obtener el previo consentimiento del Gobierno italiano para poder atravesar el territorio del Estado bajo la tutela del derecho internacional aplicable á los agentes diplomáticos, la citada ley les ha procurado las ventajas enumeradas concediéndoles todas las consideraciones, derechos y prerrogativas inherentes á su alto cargo de enviados del Sumo Pontífice cerca de un Gobierno extranjero.

217. Pasemos ahora á ocuparnos en los pretendidos derechos de soberanía del Papa.

Ninguno de los derechos de soberanía temporal puede hoy día reconocerse al Pontífice, y opinamos que constituye un verdadero contrasentido jurídico el admitir que el Papa, después de la situación en que se halla por efecto de la fuerza de los acontecimientos,

que han producido la anexión legal de Roma y de su provincia al Reino de Italia, pueda ejercitar los derechos de soberanía temporal ni aun siquiera con relación al Vaticano en donde ha establecido su residencia.

718. Con el fin de alejar toda sombra de error respecto de la pretendida soberanía territorial del Papa, consideramos oportuno hacer notar, que en la solución de esta controversia no puede dejar de tenerse en cuenta la capitulación firmada en 20 de Septiembre de 1870 por los jefes del Ejército italiano y de las tropas pontificias, en que se pactaron las condiciones relativas á la rendición de la plaza de Roma. Según resulta del texto de la capitulación, los generales de una y otra parte excluyeron de la rendición el terreno limitado al Sur por los muros de S. Spirito, que comprendía el Monte Vaticano y el castillo de S. Angelo y constituía la ciudad Leonina. Soderini (1) invoca este documento para deducir que habiéndose dejado en poder del Papa la ciudad Leonina, fué reconocida la soberanía territorial de ésta, si bien limitada á tan poco espacio; y que habiendo sido pactada en la capitulación, se debe considerar como una condición de la anexión del territorio romano al Reino de Italia, anexión que en manera alguna pudo comprender la parte del territorio asignada totalmente al dominio del Pontífice, y sobre la cual debe reconocerse consiguientemente la soberanía territorial del mismo.

El error sustancial de tales razonamientos consiste en el desconocimiento de la naturaleza jurídica y del objeto de la capitulación.

Cuando una fortaleza ó un cuerpo de Ejército, suspendiendo la resistencia, desea rendirse al enemigo, el jefe respectivo está facultado para estipular las condiciones de la rendición. Dejando á un lado toda discusión acerca de la facultad de pactar capitulaciones y acerca de cuanto concierne al modo y forma de celebrarlas, así como á sus efectos con relación á las operaciones de guerra (de todo lo cual hemos de ocuparnos en el lugar correspondiente de este libro), observemos tan solo, que así como la capitulación es una convención militar estipulada para regular las operaciones de guerra, los intereses militares y las cuestiones que puedan referirse á las relaciones de los ejércitos beligerantes, así por su naturaleza y por su objeto no puede tener otro fin que el de determinar los dere-

(1) *La sovranità del Papa presa ad esame nella vertenza*. THEODOLIMARTINUCCI, *Rassegna italiana*, Dic. 1882, pág. 556.

chos y deberes de los ejércitos beligerantes y establecer los pactos y condiciones relativas á las operaciones militares, al tratamiento de los vencidos, á la forma con que haya de hacerse la entrega de las armas y material de guerra, al modo en que haya de procederse á la ocupación de una fortaleza y sus dependencias, á la situación de las tropas vencedoras y á las obligaciones de éstas con relación á las personas y bienes de los paisanos. Todo esto puede ser objeto de capitulación y, por tanto, entrar dentro de la competencia del jefe del ejército, por cuanto á éste corresponde la facultad de tratar y convenir acerca de todo lo que se refiera á la posición de los ejércitos beligerantes, á las operaciones militares y á las necesidades originadas por los hechos de armas.

Todos los publicistas hallanse conformes en admitir que, con arreglo á los preceptos del derecho internacional y del honor militar, los pactos celebrados, mediante capitulación, deben observarse fielmente y cumplirse de buena fe (1); pero ninguno ha opinado jamás que los pactos y condiciones estipulados en una capitulación en que se regularen intereses militares eventuales ó temporales pudieran ser interpretados como pactos relativos á la constitución política y al estado y condición jurídica de los habitantes del territorio capitulante. Hallaríase verdaderamente fuera de la competencia de la autoridad militar beligerante el pactar en una capitulación pormenores referentes á la condición política y administrativa de los habitantes de dicho territorio. Esto puede ser objeto de un tratado de paz ó de un tratado de cesión celebrado entre dos soberanos; y sería un verdadero absurdo el confundir una capitulación, que se reduce pura y simplemente á una convención de derecho internacional, con un tratado internacional verdadero y propio (2).

Los principios relativos á esta materia han sido fijados convenientemente y determinados de una manera concluyente por el legislador en el reglamento para el servicio del ejército italiano en

(1) Véase BLUNTSCHLI, *Droit international*, § 697.—PHILLMORE, *International Law*, volumen III, § 122.—CALVO, *Dictionnaire de Droit international*, tomo I, pág. 122.—Véase también *Istruzioni per le armate de gli Stati Uniti*, § 145; *Regolamento di servizio in guerra per le truppe italiane*, art. 1.158; *Le leggi della guerra, dichiarazione de Bruxelles*, § 46.

(2) He aquí lo que escribe CALVO: «El jefe de las tropas que amenazan ó sitian una plaza está facultado para incluir en la capitulación condiciones referentes á las operaciones militares, á las personas y bienes de los soldados de la guarnición ó de los habitantes; pero no para pactar estipulación de ninguna clase relativa á la constitución política ni á la administración de la plaza que capitula.» Obra citada, pág. 123.

tiempo de guerra, en el cual hállese bien definida la competencia de la autoridad militar en lo relativo á la estipulación de capitulaciones y enumeradas las materias que pueden ser objeto de tales convenciones, cuando dice:

No se entenderán facultados los contratantes para establecer cláusulas que tengan relación con la situación y condición política ó administrativa de la fortaleza que capitula ó del territorio de que se trate (1).

219. De lo enunciado se deduce que, si en la capitulación firmada en la quinta Albani por el general Cadorna se hubiera estipulado cualquier pacto relativo á la soberanía territorial del Papa y á la condición política y civil de los habitantes de la ciudad Leonina, debería considerarse tal pacto como no puesto, por cuanto no siendo de la competencia de la autoridad militar estipular pactos que se refirieran á la condición política de los habitantes, el de que tratamos no podía haber sido objeto de una convención militar válida. Por lo demás, resulta que, de hecho, no se encuentra en la capitulación del 20 de Septiembre nada que se relacione con la condición política de los ciudadanos romanos ni con la soberanía temporal del Papa, sino que trata únicamente de lo referente á la posición que debía adoptar el ejército italiano vencedor y al material de guerra y demás efectos que las tropas pontificias quedaban obligadas á entregar. De todo esto deducimos que la capitulación de 20 de Septiembre no pudo en manera alguna influir en la solución de la cuestión de los derechos de soberanía territorial correspondientes en la actualidad al Papa. Para discurrir con probabilidades de acierto acerca del asunto es menester referirse á los sucesos que dieron por resultado la anexión de Roma al reino de Italia y á la condición jurídica de lo que ha sido la consecuencia legítima de la anexión en virtud del plebiscito de todos los habitantes de la provincia de Roma. Debemos repetir, además, en este lugar, que el Papa, dada la posición en que se encuentra por efecto de la fuerza de los acontecimientos, no puede ejercitar los derechos de soberanía política por la razón de que no posee ni la más mínima parte de soberanía territorial.

220. Los derechos de soberanía política se resumen en el poder supremo de ejercitar el *imperium*, la pública *auctoritas* y la *iurisdictio*, que no es posible suponer existentes sino con relación á un territorio sujeto á la suprema potestad del imperante y con relación á las personas sometidas á la autoridad de la ley promulga-

(1) Art. 1.155, § 2.º

da por el soberano, respecto á las cuales no sólo tiene el poder de declarar el derecho, *quod proprium est jus dicere*—según dice Vico— sino el de asegurar su respeto y observancia, empleando la coacción contra los que no quisieren reconocer la autoridad de la ley y de sus preceptos imperativos. Esto es indispensable para dar actualidad y efectividad á la autoridad del soberano político, *jurisdictio sine aliqua coercitione nulla est*, ó como dice Voet: *Vana et illusoria erit jurisdictio nisi nervos habet imperii*. Ahora bien: así como á la suprema potestad de la Iglesia no puede competer el *imperium*, la pública *auctoritas* y la *jurisdictio* en el sentido mencionado, así aparece evidente que no pueden corresponderle en manera alguna los derechos de soberanía temporal.

221. No vale aducir en contra que á la Iglesia compete también la jurisdicción y el *imperium*. No pretendemos negar ni una cosa ni otra en cuanto se limite la afirmación indicada á la esfera espiritual. Pero es menester reconocer (como declaran los mismos escritores de derecho eclesiástico) (1), que la jurisdicción correspondiente á la Iglesia es la que se llama jurisdicción impropia, la cual consiste en la facultad de establecer los cánones, decidir las controversias relativas á la doctrina y á la fe, instituir y gobernar el clero, y conminar con las penas eclesiásticas, todo lo cual no supone en la potestad eclesiástica la menor parte del poder coercitivo ni por acción directa ni por acción indirecta, como ocurriría con la que recibiere el apoyo del brazo secular con el fin de asegurar el respeto de sus decretos ó con el de ejercer una acción tutelar sobre el ejercicio de sus derechos espirituales.

El Sumo Pontífice puede conminar con penas; pero no puede ejercer la facultad coactiva necesaria para exigir su cumplimiento. Puede anatematizar al que no observe y cumpla sus mandatos; pero no puede, en último término, adoptar más expediente que el de declarar á los fieles incorregibles fuera del seno de la Iglesia. Ahora bien: si los requisitos indispensables para el ejercicio de los derechos de soberanía temporal ó política faltan absolutamente en el Sumo poder de la Iglesia, ¿cómo podría sostenerse que deba atribuirse á éste tal soberanía?

Como consecuencia de tales premisas, aun considerando la suma potestad correspondiente al Sumo Pontífice con relación al Vaticano en que actualmente reside y á las personas que en el mismo moran, no es posible en manera alguna admitir que tal

(1) FLEURY, *Institutions du droit ecclésiastique*. Parte 3.^a, cap. I.

suprema potestad pueda ejercitarse por Su Santidad de modo que implique el ejercicio de los derechos propios de la soberanía temporal.

El Sumo Pontifice no puede, en efecto, dictar leyes ni regular el estado civil de las personas ni el goce ó ejercicio de los derechos civiles, puesto que todo esto se encuentra evidentemente fuera de la esfera de su competencia como Jefe de la Iglesia.

Mucho menos podría admitirse el derecho de castigar á las personas adscritas á su servicio y administración, con penas propiamente dichas, puesto que éstas no podrían aplicarse sino en la hipótesis de que existiere una ley penal imperante en un territorio sujeto á la autoridad del legislador y que mediare una violación de la ley, cometida por las personas obligadas á respetarla. Se requeriría, además, que existiesen Tribunales ya instituidos con autoridad y jurisdicción necesarias para juzgar de las violaciones de la ley y competentes para imponer penas á los autores de la violación. Resulta, pues, evidente que tal derecho no puede atribuirse al Jefe de la Iglesia católica, el cual debe seguir y continuar la obra divina de dominar los espíritus por medio de la persuasión, pero sin emplear recursos coercitivos.

322. Ni aun para dirimir las contiendas de orden civil podría el Sumo Pontifice instituir Tribunales en el Vaticano. Es cierto que nadie podría privar, ni siquiera á un particular que estuviese al frente de una gran administración, del derecho de declarar sujetos á los que dependieren de ella y entre los cuales surgiesen diferencias por razón de asuntos comunes, á una persona comisionada para dirimir la contienda, juzgando la cuestión. Pero esto no sería bastante para suponer el ejercicio del poder judicial á quien tal cosa hubiere dispuesto y establecido, ni aun cuando todos los interesados reconocieren la autoridad del encargado de dirimir las controversias y se encontraren dispuestos á cumplir el fallo.

No es propio de este lugar el señalar cuál sea el verdadero concepto del poder judicial, que es uno de los correspondientes á la soberanía política, ni tampoco razonar la afirmación de que las personas comisionadas para decidir las controversias indicadas no tienen el carácter de Tribunales, ni sus decisiones el de sentencias. Son cosas tan elementales y evidentes, que no creemos oportuno insistir en ellas. El poder judicial propiamente dicho es uno de los poderes públicos, el cual no puede competir sino cuando un organismo político ofrece aquella forma que según el derecho cons-

tituye el *Estado*, y que no puede ejercitarse sino por el soberano al que se le ha confiado el ejercicio del poder público. Por tanto, si el derecho de instituir Tribunales implica el poder judicial, es decir, uno de los poderes de la soberanía política, y la soberanía política no puede, según el derecho constitucional y según el derecho internacional, atribuirse sino á un pueblo políticamente organizado y reconocido como Estado, no alcanzamos ciertamente á comprender cómo ha podido discurrirse tan largamente acerca de los derechos correspondientes al Papa para instituir Tribunales en el Vaticano, mientras la absoluta falta de todo derecho acerca del particular está implícitamente supuesta por la absoluta falta de soberanía política (1).

523. La cuestión, complicada de suyo, por cuanto tal soberanía no puede negarse al Sumo Pontífice, ha venido á complicarse más y más por efecto del reconocimiento de la misma por parte de Italia con la promulgación de la ley de garantías.

En efecto, dicha ley dispone:

Artículo 1.º La persona del Sumo Pontífice es sagrada é inviolable.

(1) La cuestión de los Tribunales Vaticanos viene discutiéndose largamente desde 1882, á consecuencia de la acción incoada por un cierto Martinucci contra el Mayordomo ó Prefecto de los Palacios Apostólicos y el Administrador de los bienes de la Santa Sede, en solicitud del pago de una cantidad de la cual decía ser acreedor por efecto de trabajos y obras realizadas en el Vaticano. Cierta que León XIII, por su *motu proprio* de 25 de Mayo 1882, había instituido en el Vaticano dos comisiones compuestas cada una de tres prelados nombrados por él con facultad de decidir, una en primera y otra en segunda instancia, las acciones interpuestas contra la Administración Pontificia. Además instituyó el Tribunal Supremo, compuesto de las dos comisiones reunidas y presidido por el Auditor general de la Cámara Apostólica, con atribuciones para conocer en tercera instancia.

Habiendo el citado Martinucci entablado su acción ante los Tribunales italianos, el Prefecto de los Palacios apostólicos excepcionó la incompetencia. El Tribunal de Roma, en sentencia de 16 de Agosto, desestimó la excepción de incompetencia, y el de segunda instancia de Roma, en una docta y meditada resolución de 9 de Noviembre del mismo año, confirmó en todas sus partes la sentencia del inferior. Consúltense para el texto de la sentencia, el *Foro italiano*, año 1882, y la nota de GABBA.—ORLANDO, *I Tribunali Vaticani*, conferencia leída en el Círculo Jurídico de Palermo el 21 de Mayo de 1883. —ВОХНІ, *I tribunali Vaticani*, en la *Nuova antologia*, de 1.º de Enero de 1883.—BRUSA, *La jurisdiction du Vatican*, en la *Revue de Droit international et de législation comparée* de 1883, páginas 113 y siguientes.—MIRAGLIA, *I tribunali Vaticani e la legge delle guarentigie* en las Actas de la Academia de ciencias morales y políticas de Nápoles, Febrero de 1884; además, en el periódico *La Rassegna* se discutió largamente la cuestión en los meses de Diciembre de 1882 y Enero de 1883.

Art. 2.º El atentado contra la persona del Sumo Pontífice y la provocación á cometerlo se castigarán con las mismas penas que el atentado y su provocación contra la persona del rey.

Art. 3.º El Gobierno italiano rendirá al Sumo Pontífice en el territorio del reino los honores soberanos y le conservará la preeminencia de honor reconocida á los soberanos católicos.

En el espíritu de las disposiciones sancionadas en los artículos transcritos, ha querido encontrarse la base de la soberanía, según el derecho público, que pretende el Papa, á fin de poder deducir que al Sumo Pontífice compete ingénitamente el ejercicio de los derechos de soberanía política, entre los que se incluye el de instituir tribunales con facultades para juzgar las contiendas en que estuviere interesada la Administración del Vaticano (1), y no ha faltado quien haya intentado sacar aun más partido de las prerrogativas garantidas al Papa por la ley de 1871, manifestando que con arreglo á los artículos 7.º y 8.º de la misma, los derechos territoriales y jurisdiccionales de la soberanía italiana fueron limitados al Vaticano y á los palacios asignados al Papa para su residencia habitual; debe deducirse que, habiéndose reconocido de este modo que el Papa es soberano en la limitada esfera de su residencia, debe admitirse lógicamente, que en dicha residencia, aunque limitada, conserva la soberanía que corresponde al Rey con todos los atributos inherentes á la misma.

324. Antes de examinar cuál sea el concepto jurídico de las soberanas prerrogativas atribuidas al Papa, según la citada ley, consideramos oportuno consignar, que cualquiera que hubiere podido ser el pensamiento del legislador italiano, no habría jamás podido alterar los principios del derecho internacional con respecto á la soberanía política y territorial y á los derechos inherentes á la misma.

(1) BONGHI sostiene, en el artículo citado en la nota anterior, que la ley de garantías había otorgado al Papa, no sólo la jurisdicción disciplinaria sin limitación de ninguna clase, sino también la jurisdicción administrativa, y agrega que no discute al Papa León XIII el derecho de instituir en el Vaticano tribunales administrativos. La opinión de BONGHI podría sostenerse á lo más en el sentido de que debiendo el Papa proveer al gobierno y administración del patrimonio de la Iglesia con una autonomía completa, está facultado para ejercitar el derecho de crear comisiones encargadas de resolver, en el interior del Vaticano, las controversias relativas á los actos de mera administración; pero esto no puede en ningún caso equivaler á conceder al Papa el poder judicial como una de las funciones de la soberanía política, siendo esto, á nuestro modo de ver, el verdadero punto en que debe colocarse la cuestión.

Es imposible, en efecto, admitir que el Papa pudiese hallarse en posesión de dicha soberanía, especialmente con relación á Italia. En cualquier tiempo que se hubiere podido ó pudiese admitirse semejante hipótesis, habría podido hallarse dentro de la esfera de competencia del legislador italiano el conceder ó negar al Papa la indicada soberanía; y si el Papa estuviere, en cuanto al presente, en la posesión efectiva de los derechos de soberanía, lo estaría no sólo con relación á Italia, sino con relación á todos los Estados, y así como la soberanía no puede diezmarse, y cuando existe, debe conservarse y permanecer íntegra y con todos los derechos y requisitos que le son inherentes, así habría necesidad de admitir que al Papa correspondería el derecho de legislar tanto en materia civil como en materia penal, y por consecuencia el de nombrar jueces, y la facultad de exigir el cumplimiento de las sentencias y el de celebrar tratados.

Habría que ser lógicos y decir que es cierta la existencia de un Estado Pontificio, restringido cuanto se quiera imaginar en angostos confines, pero siempre Estado Pontificio, porque no podría concebirse soberanía política sin Estado, siendo así que no podría suponerse un público poder político que no encarnare en un organismo adecuado.

Ahora bien: según el derecho y según los hechos, el Estado Pontificio no existe aun cuando después del plebiscito de los romanos, el Papa se encuentre, con respecto á su dominio temporal, en la misma situación jurídica que el ex duque de Módena y que el ex rey de Nápoles. De donde resulta, en nuestra opinión, evidente, que la ley de garantías, sin destruir el derecho moderno y desconocer los hechos, no podría, en el caso de que el Parlamento italiano hubiere tenido tal intención, conceder al Romano Pontífice la soberanía política; y decimos que no podría porque ningún legislador está facultado para alterar en sus leyes internas los principios del derecho internacional, y sería alterarlos y desconocerlos absolutamente, si se pudiese en el consorcio humano crear una soberanía política sin el correspondiente organismo político, una potestad que tuviere el *imperium* y la *jurisdictio*, sin territorio y sin ciudadanos.

Hemos querido sentar como premisas estas declaraciones para quitar importancia y concluir con todo lo que se dijo por unos y otros autores y publicistas, cuando se discutió la ley de garantías.

725. Examinemos ahora si las prerrogativas personales inherentes á los soberanos deben corresponder al Papa.

No puede desconocerse que, queriendo respetar la libertad más sagrada, más íntima, más preciosa, cual es la libertad de conciencia, hay necesidad de declarar inviolable é irresponsable al que promulga la doctrina y al que debe guiar los espíritus y el interior de la conciencia.

La inviolabilidad é irresponsabilidad del Jefe de la Iglesia, debe, por tanto, admitirse como un derecho internacional de aquél, así como lo es la libertad de ésta.

Se comprende, pues, cómo la inviolabilidad é irreponsabilidad llevan á la consecuencia necesaria de que, el que ejercita la Suprema potestad de la Iglesia, no debe hallarse sujeto á la jurisdicción ordinaria en lo que se refiera al ejercicio de su poder espiritual. Así como la persona revestida de tan alta dignidad, por ser hombre también y deber convivir en este mundo, está obligado á residir en una localidad cualquiera, del mismo modo al dar efectividad y realidad á las prerrogativas de la inviolabilidad y de la independencia, es necesario declarar la residencia habitual del Sumo Pontífice y de las personas encargadas del alto gobierno de la Iglesia, exentas de la jurisdicción ordinaria. Lo mismo que la libertad de conciencia hallaríase cohibida si la soberanía pudiese en alguna ocasión penetrar en el lugar en que el ministro de la Iglesia administra el sacramento é investigar, conocer y declarar responsables á los ministros del culto ó á los fieles, es indispensable, por el respeto debido al alto concepto de libertad y de justicia en que descansa la libertad de la Iglesia, que la autoridad política no pueda penetrar en donde residan los que tienen el depósito del alto gobierno de la Iglesia, donde resida el Sumo Pontífice con todo el personal adscrito al ejercicio de los altos oficios espirituales, donde resida y se celebre el Concilio ó el Sínodo.

Aquél á quien corresponde la dirección de las conciencias, tiene derecho á defender la incompetencia del poder político con relación á lo que pertenezca á las cosas sagradas, por ser lo uno elemento esencial de lo otro, y por poderse resumir todo en el alto concepto de la *libertad de la Iglesia*.

226. De lo anteriormente expuesto se desprende que la inviolabilidad, la irresponsabilidad y la exención de la jurisdicción ordinaria, que competen á la persona que representa al Estado y que le corresponden en cuanto ejercita el sumo Poder público, deben concederse igualmente al Papa, por cuanto representa, como Jefe de la Iglesia, la Suprema Potestad eclesiástica; pero que tal uniformidad de condición jurídica entre el Jefe del Estado y el Jefe

de la Iglesia, lo cual se deriva del hecho de representar uno y otro el sumo Poder, que es el elemento esencial del organismo político y del organismo religioso, no implica uniformidad alguna de condición jurídica entre la soberanía que corresponde á cada uno de ellos, puesto que la una es tan diversa de la otra, como el consorcio político es distinto del consorcio religioso, y que el sumo Poder político, que consiste en mandar, gobernar y constreñir, es distinto del sumo Poder eclesiástico, que consiste solo en dictar los preceptos, sin emplear la fuerza para conseguir su cumplimiento.

En suma: así como no puede desconocerse que el Estado y la Iglesia son dos grandes instituciones sociales, tampoco puede ponerse en duda que existen dos Sumas Potestades, la política y la eclesiástica, y dos sumas autoridades, una de las cuales se ejerce respecto á las cosas temporales y la otra con relación á las espirituales. Lo que es menester tener muy presente es que la libertad de la Iglesia es la consecuencia necesaria de la libertad de religiones, uno de los innatos derechos del hombre; y que una de las condiciones indispensables para darle efectividad, es la de la independencia del Jefe de la Iglesia, y, por tanto, de su inviolabilidad en el ejercicio de su ministerio espiritual.

223. Es evidente que cualquiera acción de parte del poder político del Estado con relación á las personas ó á los lugares por quienes ó en que se ejercitare dicho ministerio, aun cuando fuere dirigida á garantizar, bajo cualquier forma, el principio de la fe, la doctrina ó las creencias, lesionaría el derecho quizá más intangible del hombre, el de la libertad de conciencia. Si tanto el principio de la fe cuanto el de la doctrina y el de las creencias se personifican en la Suprema Potestad eclesiástica, es indispensable el reconocimiento de la inviolabilidad de ésta en el ejercicio de su ministerio espiritual, al efecto de hacer inviolable el sentimiento religioso, el principio mismo de la fe y el de las creencias.

De todo esto no se deduce que la inviolabilidad de la Suprema Potestad eclesiástica, en cuanto ésta ejercita su ministerio espiritual, sea un derecho inherente á ella, que tenga su fundamento en los principios de libertad y de justicia sobre que se basa la más inviolable y preciada de las libertades humanas, la libertad de religión; ni que este derecho de inviolabilidad haya de ser guardado y garantido, de la misma manera que debe serlo el que igualmente corresponde al soberano que representa el principio político y la majestad misma del Estado.

Por tanto, así como en el orden de nuestras ideas se admite que la inviolabilidad sea un derecho de la suprema potestad eclesiástica, sobre todo con respecto á lo que concierne al ejercicio de sus funciones espirituales, así, desde tal punto de vista, sostenemos que debe aquella reconocerse en todos los países en que esté consagrado el derecho de libertad de religión y en el mismo modo y forma en que debe serlo la inviolabilidad del soberano del Estado. De donde resulta que es necesario conceder que, con relación á tales prerrogativas, el Papa que representa la suprema potestad eclesiástica (1), debía ser equiparado al rey, que representa la suprema potestad política, exceptuando, sin embargo, como firme y estable, que de conceder nosotros al jefe de la Iglesia la inviolabilidad, que es una prerrogativa soberana, no entendemos que sea posible bajo ningún aspecto justificar la pretensión del mismo y de sus partidarios, de que tenía derecho á ser considerado por esto en posesión de su anterior cualidad de soberano, y como si conservase ésta en todo tiempo cual si formare parte de la antigua soberanía; pero que á causa de ser la inviolabilidad un derecho y una prerrogativa inherente á la suprema potestad eclesiástica en cuanto aquella ejercita la soberana autoridad *in rebus spiritualibus*, deducimos que no implica nada de lo que compete á la soberanía política.

728. Es indispensable advertir que á ejercer una acción tutelar sobre esta prerrogativa deben proveer cada una de las leyes internas; por lo cual corresponde al soberano de cada país deter-

(1) No es este el lugar más apropiado para discutir si la suprema potestad eclesiástica debe atribuirse al Papa ó al Concilio. Antes de la celebración del Concilio Vaticano de 1870, que declaró al Pontífice infalible é irresponsable eclesiásticamente en materia de fe y de moral, sujetando á su autoridad hasta al mismo Concilio, se admitía en la Iglesia católica romana, que el Concilio ecuménico poseía la suprema potestad eclesiástica y que á él debía encontrarse sometido hasta el mismo Papa. En la actualidad, pues, las Iglesias cristiana, protestante y griega no reconocen la autoridad suprema del Papa. Necesario es por tanto admitir que el Pontífice, en su calidad de jefe de la Iglesia católica romana, representa de hecho la suma autoridad eclesiástica; que su alta dignidad es verdaderamente secular, y que siendo indispensable reconocer las prerrogativas de las personas soberanas en quien posee y representa la suprema autoridad eclesiástica, no podrán por menos los Gobiernos de conceder al Papa tales prerrogativas, y por ende respetar el principio representado por éste y su suprema dignidad como jefe de la Iglesia católica; y sin prejuzgar la solución de la cuestión eclesiástica propiamente dicha, es decir, si reside en éste el supremo poder eclesiástico, cuestión que debe resolverse con arreglo á la ley eclesiástica y á la constitución de la Iglesia.

minar hasta qué punto y dentro de qué límites debe y puede admitirse la inviolabilidad de la Suprema autoridad eclesiástica. Puede, en efecto, concederse que el Papa deba ser personalmente inviolable, irresponsable y hallarse exento de la jurisdicción ordinaria con relación á todo aquello que practique dentro de su esfera de acción propia, es decir, en el ejercicio de su ministerio religioso; pero no se puede admitir que el romano Pontífice sea absolutamente y bajo todos conceptos irresponsable.

229. En el orden de los principios generales podría sostenerse que no había inconveniente en admitir que no debiera aplicarse excepción alguna á la irresponsabilidad por la consideración de que en cualquier tiempo que el Sumo Pontífice pudiese ser obligado á responder personalmente ante la jurisdicción ordinaria de sus propios actos, ejecutados fuera del ejercicio de su ministerio espiritual, resultaría su independencia dudosa y efímera. Podría, en efecto, el poder público encontrar razones ó pretextos para someter al jefe de la Iglesia á la jurisdicción territorial y, ejerciendo presión sobre él, cohibir el libre ejercicio de su poder espiritual. Podría sostenerse además que, según el orden natural de las cosas, no es presumible que el Sumo Pontífice resultare culpable de delitos comunes, y que para evitar mayores inconvenientes y no comprometer su independencia, sería más conveniente admitir su inviolabilidad con el carácter de absoluta bajo todos conceptos.

Podría añadirse á esto, que si el Sumo Pontífice, sin cometer delitos propiamente dichos, se extralimitase de su esfera jurídica de acción y empleare su autoridad suprema espiritual en atentar al régimen interno de un Estado, éste tendría medios suficientes de atender á su propia conservación y seguridad sin necesidad de combatir personalmente al Papa. El poder político encontraría seguramente manera de impedir la publicación de las disposiciones canónicas susceptibles de producir perturbación en el orden interno, y en todo caso podría ir contra las personas que por efecto de tales excitaciones hubieren atentado á la seguridad del Estado y comprometido el orden público. Podría sostenerse, por último, que la inviolabilidad concedida á los Soberanos es amplia y completa, por la suprema necesidad de conservar las instituciones políticas y el derecho social, y que así debería ser también la inviolabilidad del Jefe de la Iglesia.

Argumentos son éstos de gran peso ciertamente, pero á los que pueden oponerse los siguientes: si la irresponsabilidad del Jefe de la Iglesia debe reconocerse en cuanto el Papa personifica la supre-

ma autoridad eclesiástica, la irresponsabilidad personal del mismo no puede de ninguna manera admitirse en aquello que se refiera al orden político; según el derecho moderno, el soberano es irresponsable, pero sólo con relación á aquello en que ejerce el poder público; el que la acción penal se detenga respetuosamente ante la persona del soberano, no implica que se admita su irresponsabilidad absoluta ni su inmunidad ante la ley penal, y no se admitiría ciertamente en el caso de que quisiera abusar de sus prerrogativas para cometer delitos graves.

La irresponsabilidad del Jefe del Estado respecto á los Gobiernos extranjeros puede admitirse sin inconveniente, porque, en cualquier momento que tratase de prevalerse de su poder para atentar al régimen político ó á la seguridad de un Estado, podría éste precaverse declarando responsable al Estado que representare de lo obrado por su Jefe, en el caso de que le faltaren absolutamente los medios adecuados para dejar á salvo sus propios derechos é intereses, y en último término, valiéndose de todos los recursos admitidos por el derecho internacional, incluso recurriendo al expediente definitivo, es decir, á la guerra.

Tales procedimientos no podrían seguramente adoptarse contra el Papa, en la hipótesis de que éste se prevaliese de su influencia sobre los fieles, que son también ciudadanos del Estado, para excitarlos á la rebelión contra su soberano, ó á la desobediencia de las leyes; y mucho menos todavía en el caso de que obrare con el propósito de atentar al régimen político. No pudiendo encontrar al Papa en los campos de batalla para obligarle por la fuerza de las armas á someterse, no hay medio hábil de reconocerle una irresponsabilidad absoluta é ilimitada, no sólo cuando con su doctrina, con sus preceptos, con sus instrucciones perjudique los intereses de los Estados, sino cuando directamente y por la vía de hecho atente á sus legítimos derechos.

Supongamos, á modo de ejemplo, que el Papa no se limitase á estigmatizar el progreso moderno publicando ciertas encíclicas como el *Syllabus*; que no se limitare á pronunciar y promulgar una de las acostumbradas alocuciones llenas de protestas y de recriminaciones, sino que desmintiendo el precepto de *Aquel* que le confirió el supremo poder y que se resume diciendo: *dad al César lo que es del César*, se pusiese al frente de sus prosélitos, á fin de organizar una nueva cruzada y reconquistar Roma y sus pretendidos dominios; ¿podría en este caso sostenerse que el poder constituido, contra el que fuere dirigido el atentado, debiera reputarse des-

armado y desautorizado ante las prerrogativas de la inviolabilidad correspondiente al Sumo Pontífice?

Nosotros no podríamos admitirlo en manera alguna. Hemos sostenido que el Papa debe ser inviolable personalmente, en cuanto representa el principio religioso y se encuentra revestido de la suprema dignidad eclesiástica; pero no podemos admitir que se considere como Sumo Pontífice á la persona que en lugar de enseñar, predicar y persuadir, tratare de emplear la fuerza y los medios coactivos para asegurar el triunfo de sus principios. La inviolabilidad es una prerrogativa del Pontificado mientras éste permanezca en su esfera jurídica de acción; pero no se podría sostener que correspondiera tal prerrogativa á aquel que en vez de obrar sobre los espíritus y sobre las conciencias, empleare cualquier medio directo ó indirecto de fuerza coactiva. El Papa, pues, que se extralimitase de la esfera de su propio derecho dejaría de ser inviolable y legitimaría la resistencia por parte del Estado.

730. Resumiendo lo expuesto anteriormente, consideramos oportuno declarar:

1.º Que la prerrogativa de la inviolabilidad inherente á los soberanos debe corresponder igualmente al Romano Pontífice;

2.º Que del hecho de poseer el Papa tal prerrogativa al igual de los soberanos, no puede deducirse que le pertenezca parte alguna de la soberanía correspondiente al Rey, ó de la que correspondiera á los mismos Pontífices cuando eran Reyes de Roma;

3.º Que esta prerrogativa corresponde al Papa en cuanto ejerce su ministerio espiritual y permanece de este modo dentro de su propia esfera jurídica de acción;

4.º Que es de la competencia de cada una de las legislaciones internas el ejercer una acción tutelar sobre dicha prerrogativa, el darle efectividad y restringirla en su caso;

5.º Que el Papa puede exigir, por tanto, que dicha prerrogativa, limitada á su propia esfera jurídica de acción, sea protegida sobre todo en los Estados en que parte de la población pertenezca al catolicismo y se admita el principio de libertad religiosa.

731. Pasemos ahora á considerar la condición jurídica del Sumo Pontífice según la ley italiana de 1871, la cual al propio tiempo que declara y reconoce sus prerrogativas, provee á su conservación y garantía.

Italia no podía por menos de reconocer y de velar eficazmente por la independencia y libertad del romano Pontífice, como

Jefe de la Iglesia (1); no podía, tampoco, sin violar el respeto debido á los principios de justicia y á la libertad de conciencia, desconocer su inviolabilidad, y á esto proveyó el legislador en el artículo 1.º, que dice: «La persona del Sumo Pontífice es sagrada (2) é inviolable.» Con esta disposición ha proclamado el legislador aquello que, como hemos demostrado, se deriva de los principios de justicia; esto es, que la inviolabilidad corresponde al Jefe de la Iglesia, de igual modo que al Jefe del Estado. Error funesto ha sido, pues, el de los que, del hecho de haber reconocido el legislador los que no estaba en su mano conceder ni negar, que la prerrogativa correspondiente á las personas reales por un título, debe pertenecer también al Jefe de la Iglesia por otro distinto, han querido deducir que el legislador italiano había entendido reintegrar al Sumo Pontífice en la cualidad de soberano que anteriormente venía disfrutando, ó considerarle como si conservase todavía y de cualquier forma, una parte de su antigua soberanía. El legislador no ha entendido, ni podía entender de esta manera la condición jurídica del romano Pontífice; y decimos que no podía, porque no

(1) A este alto concepto hallábase subordinado constantemente el objetivo político del Gobierno italiano, que ha preparado la solución de la cuestión romana. El Conde de Cavour formulaba del siguiente modo su programa ante la Cámara de Diputados en la sesión del 25 de Marzo de 1861: «Debemos ir á Roma, sin que la reunión de esta ciudad al resto de Italia pueda interpretarse por la gran masa de católicos italianos y extranjeros como señal de la servidumbre de la Iglesia; debemos ir á Roma, sin que por ello la independencia del Pontífice se menoscabe en lo más mínimo. Debemos ir á Roma, sin que el poder de la autoridad civil se extienda al orden espiritual.»

El mismo concepto fué posteriormente confirmado por el rey Víctor Manuel ante el Parlamento italiano, reunido en Roma: «Continuamos manteniendo las solemnes promesas hechas á nosotros mismos: libertad de la Iglesia é independencia de la Sede Pontificia en el ejercicio de su ministerio religioso en las relaciones con la cristiandad.»

(2) El epíteto *sagrado* encuéntrase adoptado en la constitución política del Reino de Italia y en las de otros países con respecto á la persona del rey, y viene á recordar la costumbre tradicional vigente en aquellas épocas en que los reyes eran consagrados, y por ende considerados como sagrados, de igual modo que todas las personas consagradas con las ceremonias religiosas y puestas bajo la protección divina.

Actualmente, se dice todavía que es sagrado el orden sacerdotal, porque se administra con el sacramento, y no puede privar de él, una vez concedido en forma, ningún poder humano; dicese igualmente sagrado todo lo que es *intangible*, todo lo que se encuentra fuera del poder humano, porque se deriva de los principios de justicia. Así se dice que es sagrado el derecho de libertad, que son sagrados los derechos de la personalidad humana.

En este sentido debe entenderse la palabra empleada en la ley de 1871.

se encontraba entre sus facultades la de alterar el concepto jurídico de la soberanía tal cual el derecho público lo establece.

Anteriormente hemos dicho, y debemos repetir ahora, que, según el concepto jurídico de la soberanía con arreglo al derecho público interno, el señorío territorial, por restringido que pueda ser, es condición indispensable para la existencia de la soberanía. Constituye un verdadero absurdo jurídico, á nuestro modo de ver, el pensar que el Sumo Pontífice haya sido ó podido ser considerado, en virtud de la ley del año 1871, como si conservare en todo tiempo una parte, siquiera fuere pequeña, de su antigua condición de soberano, cuando, además de ser Papa, era también rey de Roma, siendo así que esta cualidad vino á faltarle completamente por efecto del Plebiscito, de igual modo que ocurrió al Duque de Módena y al rey de Nápoles. Al Papa le quedó, sin embargo, su calidad de Jefe de la Iglesia católica, y como tal, revestido de su carácter de personificar la Suprema Autoridad eclesiástica, le corresponden ciertos derechos, que son inherentes á los soberanos. Ahora bien: de que tales derechos se hayan afirmado y garantido por la ley del año 1871, no se deriva el infausto error, que algunos han pretendido deducir, de que la ley italiana haya conservado al Papa una determinada parte de soberanía.

532. La soberanía, según el concepto que se tiene de ella en derecho público é internacional, no se puede efectivamente deducir del citado art. 1.º, porque éste no contiene otra cosa más que la afirmación de una prerrogativa inherente á quien personifica en sí la Suprema Potestad eclesiástica, que no podría desconocerse sin atentar gravemente á la libertad de la Iglesia y á la independencia de su Jefe.

La soberanía no puede deducirse de lo que dispone el art. 2.º, el cual sanciona para el atentado contra la persona del Pontífice y para la excitación á cometerlo las mismas reglas establecidas para el atentado contra la persona del Rey y para la proposición á cometerlo, porque como ya hemos dicho, á la tutela de los derechos y de las prerrogativas del Papa debe proveer cada una de las legislaciones internas según las exigencias y los intereses sociales. De modo que no puede por menos de reconocerse que, así como con ocasión de la alta dignidad tradicional y secular del Papa y de su situación especial en Italia, en que la mayoría de la población pertenece á la religión católica, un atentado contra la persona del Papa ocasionaría una grave y excepcional perturbación, así el legislador ha reconocido la necesidad de castigar semejantes atenta-

dos con penas iguales á las imponibles al que los cometiere contra la persona del Rey, convencido, como lo estamos nosotros también, de que no se perturbaría menos, en estos casos, la tranquilidad pública.

La soberanía no puede tampoco derivarse de lo dispuesto en el artículo 3.º de la citada ley, el cual establece que el Gobierno italiano rinde al Sumo Pontífice en el territorio del Reino los honores de soberanía, y le reconoce la preeminencia de los reconocidos á los soberanos católicos, por cuanto con tal disposición el legislador no ha tenido intención de hacer otra cosa que garantir la alta dignidad del Pontificado y regular los honores debidos al Jefe de la Iglesia católica.

No hay manera hábil de sostener que, con motivo de haber perdido el Sumo Pontífice sus dominios temporales, haya disminuido su alta dignidad como Jefe de la Iglesia católica. Creemos, por el contrario, que esta alta dignidad se ha acrecentado verdaderamente (1), y que sin duda permanece ileśa é íntegra, en aquello que se refiere al poder espiritual del Papa, que se ejercita de hecho en todas las regiones del mundo y que por todo esto reviste el carácter de secular y de internacional. La asimilación de la dignidad del Santo Padre á la de un soberano puede decirse que es dudosa aun en los Estados no católicos (2); con relación á Italia, no podría efectuarse, á causa de ser la mayoría de la población católica, á menos de rendir al Sumo Pontífice los mismos honores debidos á los soberanos, respetando los sentimientos tradicionales y convicciones religiosas del pueblo italiano.

(1) El poder temporal no ha contribuído ciertamente á realzar la dignidad del Sumo Pontífice:

¡Oh, buen Constantino! tan grande fué el mal
evan grande tu talento, no tu conversión;
que mucho es loable tu santa intención,
mas tu obra magnífica no salió tal,
que aquel rico padre principio dió al mal.

DANTE, *Infierno*, XIX, 115 (traducción de
FERNÁNDEZ DE VILLEGAS.)

GEFFKEN, en su opúsculo *Sulla condizione del Sommo Pontefice nel diritto internazionale*, se expresa de este modo: «No puede ciertamente negarse que por el dominio temporal, el oficio supremo espiritual de la cristiandad ha estado al servicio de los variables intereses humanos.»

(2) El conde de Bismarck escribía desde Versalles en 3 de Octubre de 1870 á su Ministro, en Florencia, lo que sigue: «S. M. créese obligado para con sus propios súbditos católicos á cooperar á la obra de garantir la dignidad y la independencia del Jefe de la Iglesia católica.»

La soberanía propiamente dicha no puede deducirse del hecho de haberse concedido al Papa, en virtud del artículo 3.º, el derecho de sostener una guardia, aun cuando, en último término, ésta no constituye ni puede realmente constituir un ejército. El Papa goza, en efecto, de la facultad de tener un determinado número de guardias adscritos á su persona y á la custodia de sus palacios. Su número no se ha señalado con precisión, pero resulta de la naturaleza de las cosas y de la clara expresión de la ley, que el Papa no puede tener un ejército en el Vaticano, sino únicamente un número de servidores armados proporcionado al fin á que se destinan, es decir, á la guarda del Papa y á la custodia de sus palacios; siendo conveniente agregar que tal disposición constituye un homenaje á la alta dignidad del sumo Pontífice y que las personas adscritas á su servicio no se sustraen á las prescripciones del derecho común ni á las obligaciones impuestas á los ciudadanos.

Por último, la verdadera soberanía no puede derivarse de lo consignado en los artículos 7.º y 8.º de la ley de garantías, ó sea la exención de la jurisdicción ordinaria de los palacios y lugares de habitual residencia del Sumo Pontífice, los de residencia temporal, y aquellos en que se encontrare reunido un Concilio Ecuménico ó un Cónclave y la prohibición de proceder á registros ni secuestros de papeles ó documentos en las oficinas y congregaciones pontificias revestidas de atribuciones *meramente* espirituales.

Es evidente que si para garantizar la completa independencia de los ministros públicos extranjeros se admite generalmente la extraterritorialidad de la casa ó edificio en que radica la legación, tratándose de garantizar la inviolabilidad del Sumo Pontífice en el ejercicio de su poder espiritual, no se podía hacer menos que declarar inaccesibles á las autoridades del Estado los lugares que el Papa tenga por conveniente ocupar.

Si se hubiere introducido una excepción á esta regla; si el poder político hubiese podido, bajo un pretexto cualquiera, penetrar en los lugares en que la autoridad eclesiástica, asistida de las personas afectas á la administración, provee al gobierno de la Iglesia, la independencia del Jefe de ésta resultaría evidentemente desconocida é impedido el libre ejercicio del poder espiritual que le corresponde.

233. Dejando aparte el modo con que el legislador ha previsto, y el discutir si la ley, tal como se halla redactada, responde al fin á que se destinaba y si con ella se encuentran garantidos en la actualidad los intereses del Estado, aun cuando esta discusión

pertenezca al campo del derecho público interno (1), observemos únicamente que siendo la independencia del Papa en el libre ejercicio de su poder espiritual un verdadero derecho correspondiente al mismo como Jefe de la Iglesia católica, y debiendo tal derecho garantizarse por la legislación interna, no podría por menos de asegurársele el libre ejercicio de su poder espiritual en contra de cualquier ingerencia de parte del poder político y declarar al mismo tiempo exentos de cualquier molestia á todos aquellos que participaren en el gobierno de la Iglesia por los actos realizados para cooperar al ejercicio del poder espiritual correspondiente á su Jefe.

Resulta evidente que el legislador italiano al disponer, como lo ha creído conveniente efectuar, lo consignado en la ley de garantías, lo hizo por el respeto debido á los altos principios de justicia y de libertad y no para atribuir al Sumo Pontífice el ejercicio de los derechos de soberanía territorial, ni aun sobre aquellos lugares que, para asegurar el libre ejercicio del poder espiritual, ha declarado exentos de la jurisdicción ordinaria. Estos lugares hallanse, en efecto, exentos de tal jurisdicción con relación á todo aquello que concierne al libre ejercicio del Poder espiritual del Papa, y con el fin de garantir eficaz y lealmente su independencia en caso de cualquiera ingerencia intentada por el poder político. Es, sin embargo, indudable que el Papa no ejerce dentro de sus palacios ningún derecho soberano. El mismo no dispensa en realidad de verdad, ni puede dispensar á las personas que habitualmente residen en el Vaticano de la obligación de observar y cumplir las leyes italianas en cuanto éstas regulan las relaciones del estado civil y de familia de los italianos, por lo cual sucede que los italianos, residentes en el Vaticano, que tratan de unirse en matrimonio no lo celebran como si fueran italianos que residen en el extranjero, sino observando todas las formalidades que prescribe la ley italiana que regula el estado civil de los cónyuges y sus hijos, como sucede también que los nacimientos y defunciones de dichas personas se ponen en conocimiento del Registro del estado civil del Municipio de Roma.

734. Si examinamos la condición jurídica de las cosas respecto de la ley de orden público y de la ley penal, es menester reconocer que el concedido privilegio de la extraterritorial-

(1) Véase SCABUTO, *Guarentigie pontificie*, en cuya obra, además de las observaciones críticas del autor, se encuentran consignadas las más importantes observaciones presentadas en el Parlamento durante la discusión de la ley.

lidad vendría de hecho y de derecho á faltar caso de que faltare absolutamente el objeto á que se dirige, que es el de asegurar el libre ejercicio del poder espiritual del Papa.

Hagamos una extraña hipótesis.

Supóngase, no ya que el Papa quisiera dar asilo en el Vaticano á un malhechor y que rehusare entregarlo á la justicia, porque sería verdaderamente injurioso imaginar semejante proceder de parte del Santo Padre, que autorizaría necesariamente al Gobierno italiano á adoptar las medidas convenientes, sino que el Papa, prevaleándose del derecho que le asiste de tener una guardia pontificia, aumentase de hecho el número de sus individuos con el objeto de organizar un ejército regular; que de esta circunstancia resultare la fundada sospecha de que destinaba tal fuerza armada no ya á la custodia de sus palacios y á su servicio personal, sino á intentar un golpe de mano y apoderarse de la capital del Reino; ¿podría sostenerse en esta hipótesis que el Gobierno italiano debiera permanecer inactivo, ó debería más bien, proveyendo á la defensa del Estado y á la seguridad pública, ejercitar sus legítimos derechos?

Debe ser independiente la suprema autoridad eclesiástica; debe existir el privilegio de la extraterritorialidad sobre los lugares en que el Papa y las personas adscritas al gobierno de la Iglesia residan; pero sólo en cuanto sea necesario para asegurar el libre ejercicio del poder espiritual del Jefe de la Iglesia, porque se presume que éste se halla dentro de su propia esfera jurídica de acción (1).

Sin embargo, si sucediere que el Jefe de la Iglesia se extralimitase de su esfera jurídica de acción, y que en el lugar ó paraje declarado exento de la jurisdicción territorial se hubieren cometido hechos graves contra la seguridad interior del Estado ó delitos punibles según el derecho común, no se podría en verdad sostener que la soberanía territorial debiera retenerse privada de todo derecho de garantizar el orden público. Sería menester admitir que la ley territorial debiera recobrar su imperio para sujetar á sus preceptos estos casos imprevistos, y que querríamos que recobrare aunque no puedan suceder.

(1) Durante la discusión de la ley el Ministro, en la sesión de 11 de Febrero, se expresó en los siguientes términos ante la Cámara de Diputados: «Cuando por una hipótesis, inadmisibles á mi entender, ocurriesen casos extraordinarios, si se rehusare la entrega de los reos ó de los acusados refugiados en dichos palacios, se violaría evidentemente la ley, y el Gobierno y el Parlamento estarían obligados á adoptar las medidas convenientes para hacerla respetar.»

Es insostenible que, en la hipótesis formulada por nosotros, el Estado italiano debiera conceptuarse con relación al Vaticano en la situación en que se encontraría frente a un Estado extranjero que realizara armamentos excesivos con la intención de atacarlo, sino que se encontraría, por el contrario, en situación de ejercitar todos sus derechos para resolver una cuestión de orden interno. El Estado italiano debería considerarse obligado a respetar la inviolabilidad personal del Sumo Pontífice; pero podría, sin embargo, sujeta a la jurisdicción ordinaria todos aquellos que en el Vaticano hubieren atentado a la seguridad interior del Estado. En una palabra, nosotros nos encontraríamos, pues, en condiciones de resolver la cuestión, no con arreglo a los principios del derecho internacional, sino de conformidad a los del derecho público interno.

Séanos permitido formular otra hipótesis:

Consideramos, en verdad, como tal el suponer que los cardenales, reunidos en cónclave, estuvieren de tal modo excitados por el espíritu de partido, que en vez de discutir con calma, promovieren un altercado y pasaren a las vías de hecho, de tal modo, que en el lugar en que se encontraren reunidos, resultase una contienda.

Supongamos también, que se hubieren elegido al mismo tiempo dos Pontífices, y que con ocasión de considerarse uno y otro investidos de la suprema autoridad eclesiástica, pretendiere uno de ellos expulsar al otro de los palacios apostólicos ó del Vaticano.

¿Podría sostenerse que, en cualquiera de ambas extrañas hipótesis ú otra semejante, el derecho territorial debiera considerarse sin ninguna autoridad sobre el local que, según la ley de garantías de la Santa Sede, se encuentra exento de la jurisdicción ordinaria?

Esto parece verdaderamente insostenible con arreglo a derecho. No es posible, en efecto, imaginar una parte de territorio, que se encuentre absolutamente y bajo todos conceptos sustraída al imperio de la soberanía territorial.

Hemos demostrado que el dominio territorial de los Romanos Pontífices ha cesado completamente, y que no puede concedérsele parte alguna por pequeña que sea, siendo así que corresponde en la actualidad íntegramente al soberano italiano; y así como se ejerce sobre todas y cada una de las regiones del territorio que se encuentran comprendidas dentro de fronteras italianas, así ninguna de estas regiones puede considerarse en manera alguna ni bajo ningún concepto sustraída al imperio de la legislación italiana. Esta legislación ha prohibido que el ejercicio de los pode-

res ordinarios de la soberanía territorial se lleve á efecto en los lugares ocupados por el Papa, por el respeto debido á los altos principios de justicia, y con el fin de asegurar el libre ejercicio del poder espiritual y la independencia del Jefe de la Iglesia.

235. El legislador italiano no tuvo ni podía haber tenido la intención de crear un Estado dentro de otro, sino únicamente la de garantizar con la inmunidad establecida en la ley la completa libertad de la Iglesia y la independencia de la suprema autoridad eclesiástica, y existen razones para presumir que los lugares á que se extiende el privilegio de la extraterritorialidad, si han de asegurar el libre ejercicio del poder espiritual del Papa, no deben destinarse á fines diversos. Habiendo, pues, provisto los casos ordinarios, según la naturaleza de las cosas y la institución de la Iglesia y del supremo poder eclesiástico, no pueden reputarse las disposiciones de la ley de garantías aplicables á los hechos imprevistos é imposibles de prever. De donde resulta que, en cualquier momento que tales hechos acaecieren en los lugares mencionados, que, por razón de encontrarse en el espacio limitado por las fronteras italianas, hallanse sujetos al imperio de la soberanía territorial, debieran estarlo también al derecho territorial, del mismo modo que ocurre con los hechos imprevistos por la ley vigente en el territorio del reino.

De todo lo expuesto y demostrado anteriormente, resulta evidente, á nuestro entender, el verdadero concepto de la condición jurídica del Papa en frente del Estado, y el de la extraterritorialidad de los lugares en que el Papa reside. No puede admitirse que el Pontífice posea una mera soberanía honorífica, ni que la inviolabilidad de su persona sea un mero derecho honorífico, sino una prerrogativa positiva y sustancial que corresponde al Papa, de igual modo que al Rey. Necesario es no olvidar que esta prerrogativa no ignora, sin embargo, al Pontífice con los soberanos de los Estados extranjeros, porque aun cuando uno y otros la posean de idéntica manera y exista analogía de derecho, es, sin embargo, esencial y sustancialmente diverso el título de que se deriva.

La extraterritorialidad, pues, de la residencia del Papa no puede considerarse de otro modo que como aquella que, por diversos títulos, se concede á determinadas localidades que, sin embargo de hallarse dentro de las fronteras italianas, encuéntrase sustraídas á la acción del poder ordinario de la soberanía, como ocurre, por ejemplo, con los buques de guerra extranjeros anclados en puertos italianos. Tal extraterritorialidad debe reputarse siempre como

absoluta e ilimitada en cuanto concierne al instituto y al fin por razón de los cuales se encuentra establecido el privilegio. Pero así como para el embajador extranjero el privilegio de la extraterritorialidad cesa con relación á todo lo que se halla fuera de la esfera jurídica de su carácter público y de los fines á que debe hallarse destinada la casa en que radica la legación, y cesa igualmente con relación al buque de guerra, como hemos demostrado anteriormente (1), de igual modo vendría á faltar la extraterritorialidad de los palacios pontificios en los casos excepcionales arriba supuestos.

Equivaldría á desnaturalizar el concepto jurídico sobre que descansa la extraterritorialidad de los lugares destinados á residencia del romano Pontífice, si éstos pudieran sustraerse de modo absoluto al imperio de la ley en los casos supuestos anteriormente. Y no queremos dejar de observar que así como los fines á que debe dirigirse la extraterritorialidad del Vaticano y de los palacios pontificios son de un orden mucho más elevado que aquellos á que obedece la extraterritorialidad del buque de guerra extranjero, así la sustracción de dichas localidades al ejercicio de los poderes ordinarios del Estado debe asegurarse y garantizarse de modo más amplio y general. Es decir, que sin la certeza moral y la necesidad evidente y urgente de reconocer que tales lugares se destinaban á la consumación y perpetración de hechos atentatorios á la seguridad interior del Estado y que estaban de suyo en contradicción con la misión propia del Pontificado y con el ejercicio de su poder espiritual, no podría jamás surgir el caso imprevisto en que debieren entenderse improcedentes las limitaciones impuestas al ejercicio de los poderes ordinarios del Estado.

736. Ofrécese á nuestro examen una última cuestión, que es la concerniente á la condición jurídica del Papa en cuanto le corresponde la vasta y complicada administración de la Iglesia.

La función administrativa ofrece, desde cierto punto de vista, alguna conexión con la organización misma de la Iglesia y con el alto gobierno de ésta, y desde otros aspectos puede explicarse en el campo en que se desarrollan las relaciones de derecho privado. Sin duda alguna puede admitirse que el Pontífice debe encontrarse libre de toda sumisión á los poderes ordinarios del Estado, en cuanto ejercita la función administrativa bajo el primer aspecto. Resulta, en efecto, evidente que el someter á la decisión de los Tribunales ordinarios las cuestiones de la naturaleza indicada,

(1) Véanse los §§ 525 á 529.

equivaldría á someter la suprema autoridad eclesiástica á la soberanía política.

Al alto gobierno de la Iglesia provee el Sumo Pontífice, mediante las congregaciones y los institutos adscritos á ejercitar oficios espirituales. Estos necesitan también poder disponer de medios patrimoniales, si han de realizar su misión dentro del orden del poder espiritual de la Santa Sede. Es, pues, evidente, que la ingerencia en lo relativo á la administración y organización del gobierno de la Iglesia, equivaldría á atentar gravemente á la independencia del gobierno eclesiástico. Es necesario, pues, admitir, que el Pontífice debe constituirse en juez supremo de la administración interna, incluso para aquello que concierne á las diferencias patrimoniales entre las congregaciones y los organismos encargados del ejercicio del poder espiritual.

No puede decirse lo mismo de los actos administrativos de los citados organismos, cuando entran efectivamente en el campo de las relaciones del derecho privado y contraen ó asumen obligaciones ejecutando actos de gestión en los que sean parte los particulares. Estos actos, así como por su naturaleza no constituyen nada de lo que respecta á la organización de la Iglesia ni á la necesaria independencia del gobierno eclesiástico, no pueden tampoco regirse por los mismos principios.

237. Las razones por las que los actos de administración concernientes al gobierno de la Iglesia deben encontrarse exentos de la fiscalización de la autoridad judicial, no existen con respecto á aquellos que no es posible considerar bajo ningún concepto como actos propios del Gobierno eclesiástico. No podrían considerarse, en efecto, como tales los actos de una congregación que teniendo necesidad de efectuar ciertas reparaciones en el palacio en que se encontrare establecida, diere comisión á un contratista ó ajustare con un comerciante los muebles ú objetos indispensables, ó bien celebrare con un tercero un contrato de arrendamiento de servicios. Supuesto que con ocasión de tales relaciones de derecho privado surgiera una controversia, no habría manera hábil de sostener que su decisión estuviere fuera de la competencia de la jurisdicción ordinaria.

No es ciertamente incompatible con la independencia garantida al Gobierno eclesiástico el que las relaciones de derecho privado se encuentren sujetas al derecho común, ni puede afirmarse que en todos aquellos casos en que la administración de la Santa Sede aparezca como parte en un contrato se encuentre comprome-

tida la Santa Sede misma ó su independencia. Las relaciones de derecho privado y de derecho civil no pueden confundirse con las relativas al gobierno de la Iglesia, ni un contrato puede perder su esencia jurídica solamente por el hecho de que la Administración de la Santa Sede figure como parte en el mismo. De donde resulta que si la incompetencia de los Tribunales ordinarios debe considerarse subsistente en cuanto á los actos de administración relacionados con la organización y gobierno de la Iglesia, no puede sostenerse lo mismo con respecto á los actos que por su naturaleza pertenezcan al campo del derecho privado, y por consiguiente, es lógico reconocer y admitir que los Tribunales ordinarios son competentes para conocer y juzgar de las controversias surgidas con ocasión de los actos de la segunda categoría.

338. No quisiéramos dejar de observar que resultaría siempre, con el sistema por nosotros impugnado, la dificultad de la ejecución de la sentencia, dificultad patentizada en el citado caso de Martinucci (1).

Uno de los argumentos expuestos anteriormente con ocasión de este proceso para desconocer la competencia de los Tribunales ordinarios, fué precisamente el de que era absolutamente imposible exigir el cumplimiento de la sentencia sin violar la disposición contenida en el art. 7.º de la ley de garantías de la Santa Sede de 1871; que no se trataba de impedimento de hecho sino de impedimento verdaderamente jurídico puesto que, con arreglo á dicha ley, ningún funcionario público podría penetrar en la residencia del Pontífice sin consentimiento de éste, lo cual lleva consigo la imposibilidad jurídica de la ejecución de cualquier sentencia dictada contra persona ó cosa residente dentro del Vaticano.

Gabba, que fué uno de los que más se opusieron, sostiene que es un error capital la separación ó distinción entre la sentencia y su ejecución, puesto que las dos potestades de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado son inseparables en su origen y en su fin, po-

(1) El obstáculo de la ejecución de la sentencia ha sido aducido también como argumento para excluir la competencia de los Tribunales del Estado con relación á los Gobiernos extranjeros que hubieren celebrado actos sujetos al imperio del derecho privado. En otro lugar hemos demostrado cómo los principios que deben regular la jurisdicción y la competencia no pueden desconocerse por efecto de los obstáculos que la ejecución de la sentencia ofrezca. Véase anteriormente los §§ 375 y siguientes, y la monografía *Agenti diplomatici*, § 219, en el *Digesto italiano*, así como la sentencia del Tribunal de casación de Nápoles de 16 de Marzo de 1886, en el *Diritto e giurisprudenza*, y la de 25 de Julio de 1886 del Tribunal de casación de Florencia en los *Annali della giurisprudenza italiana*.

seyendo ambas la autoridad pública ó no poseyendo ninguna. De donde deducía el citado escritor que de existir plausibles motivos contra la competencia para hacer ejecutar lo juzgado, era menester excluir igualmente la de pronunciar la sentencia, y que la que no puede ejecutarse no merece siquiera el nombre de tal (1).

Nosotros creemos más bien que, una cosa es la competencia y la jurisdicción para sentenciar acerca de derecho controvertido, y otra la ejecución forzosa de la sentencia. El magistrado competente para juzgar del derecho controvertido, no debe preocuparse de las dificultades que puedan surgir en la ejecución de la sentencia que dicte. Toda sentencia condenatoria lleva consigo la coacción para su cumplimiento, salvo el procedimiento que haya de observarse para conseguir este fin. Puede muy bien ocurrir que se presenten obstáculos de hecho y de derecho que impidan la ejecución de lo juzgado; pero esto no es suficiente para desvirtuar el principio de que se deriva la jurisdicción. Aparte de que la coacción presupone un deudor que se niegue á someterse voluntariamente á la autoridad de la ley, debiendo hacerlo, lo que no es presumible respecto á la administración de la Santa Sede que por controversias de derecho privado fuese condenada al pago, no puede tampoco decirse que se deba considerar inaplicable contra la administración de la Santa Sede cualquier medio de coacción.

Podría, efectivamente, admitirse que, no habiendo términos hábiles para emplear contra ésta los recursos ejecutivos ordinarios por ser incompatibles con la ley que regula y garantiza la independencia de la Santa Sede, se pudiese proceder por la vía administrativa, dirigiendo los procedimientos contra los que se encontraren al frente de la administración de la Santa Sede para obtener el pago de lo debido. Podría también, si se quiere, admitirse el secuestro de los bienes pertenecientes á la administración citada no destinados al culto ó al ejercicio del poder espiritual que se encontraren fuera de los lugares de residencia del Sumo Pontífice ó de las Congregaciones pontificias. De todos modos, y aunque debieran considerarse persistentes los impedimentos para la ejecución de la sentencia, no debería nunca deducirse de aquí que no exista una jurisdicción competente para pronunciarla. Demostrado queda que no es posible conceder al Papa el poder judicial en las relaciones de derecho privado, porque este Poder, como uno de los pertenecientes á la soberanía política, no puede competerle,

(1) *I tribunali italiani ed il Sommo Pontifice; Considerazioni*. Fano, 1883.

por no hallarse él en posesión de dicha soberanía, y consiguiénte-mente exige la lógica que sea el magistrado competente el que decida, en los supuestos indicados, con arreglo á los principios del derecho común (1).

239. Con nuestras ideas sobre el asunto, es fácil determinar cuál ha sido el verdadero concepto jurídico que motivó la ley de garantías y prerrogativas del Sumo Pontífice y de la Santa Sede, promulgada en 13 de Mayo de 1871.

No es de nuestra incumbencia el extendernos en la exposición del orden y estado de cosas que motivaron la publicación de esta ley. La ocupación de Roma y la cesación del poder temporal de los Papas, cuéntanse entre los acontecimientos más notables de la época presente. Para dar estabilidad y duración á estos hechos era menester alejar toda sospecha de que Italia quiso con ellos atentar á la libertad de la Iglesia y á la autoridad suprema de su jefe.

Italia no podía ciertamente discutir la constitución y organización de la Iglesia católica romana, tal cual se hallaba establecida, y como los tiempos, la tradición y la historia la habían consolidado, ni podía tampoco desconocer la autoridad del Sumo Pontífice que ofrecía el único ejemplo de un jefe de una religión, que extendiendo indefinidamente el imperio de su autoridad por todas las regiones del Universo y sobre los millones de creyentes esparcidos por éste, gozaba consiguiénte-mente de una posición jurídico-internacional.

Ninguno de los Estados civiles que creían respetar los principios del derecho público moderno, que excluye todo derecho de los Gobiernos á ingerirse en aquello que tiende á la organización y régimen constitucional de otro país y al ejercicio de los derechos de soberanía interna, podía inmiscuirse, con el objeto de juzgarlo, en si los romanos tenían el derecho de usar como usaron el de su natural libertad para anexionarse al Reino de Italia. Pero todos los Estados, tanto católicos como protestantes, no podían por menos de considerarse obligados para con sus súbditos católicos á garantizar la independencia del jefe de la Iglesia católica.

Italia por su parte aceptó el plebiscito del pueblo romano, con la firme idea de mantener los propósitos, tantas veces proclamados solemnemente, de ocupar la ciudad de Roma sin poner el menor

(1) Véanse los principios expuestos anteriormente en los §§ 503 y siguientes, acerca *Del derecho de jurisdicción con relación á las personas, y en especial, á los soberanos extranjeros.*

obstáculo al libre ejercicio del poder espiritual del Papa, ni á la independencia de éste en lo referente al supremo gobierno de la Iglesia católica (1). Italia no podía tampoco desconocer la institución del Pontificado ni disminuir la completa y perfecta autonomía en el ejercicio de la suprema autoridad eclesiástica correspondiente al mismo, ni podía por menos de garantizar eficazmente los derechos del Sumo Pontífice y su alta dignidad. Pues á todo esto se proveyó mediante la ley de garantías de 1871.

240. Esta ley, que ha declarado garantido y regulado todo lo concerniente á la condición jurídica internacional del Papa, no tiene por esto, sin embargo, el carácter de ley internacional, como algunos creen, ni ha constituido para Italia una especie de servidumbre internacional (2).

No puede afirmarse, en efecto, que pierda la naturaleza propia y el carácter de ley interna, aquélla en que el legislador proclama la norma correspondiente á ciertas relaciones que tienen, desde determinado punto de vista, carácter internacional. No pueden considerarse verdaderamente como leyes internacionales las contenidas en las diversas partes de la legislación italiana en que se han establecido, proclamado y sancionado ciertos principios de derecho internacional; como no puede decirse tampoco que revisitan tal carácter las disposiciones del Código de la marina mercante, que proclaman y sancionan los principios de neutralidad, obligatorios para los italianos.

No es por lo tanto cierto que, cuando un Estado con actos unilaterales proclama principios de derecho internacional, sancionándolos por leyes fundamentales ó especiales, adquiera el compromiso de observar y garantizar los principios por él sancionados y de darles carácter obligatorio, mientras no se deroguen ó modifiquen tales leyes. En otros términos, la ley que sanciona principios de derecho, referentes á relaciones internacionales, no puede considerarse de otra manera que como perteneciente á la legislación interior del Estado que la promulga; mientras tanto que la ley se halla vigente, la observancia de los principios sancionados por ella debe reputarse obligatoria para el Estado y para los ciudadanos del mismo, aun en aquello que pueda referirse á sus deberes jurídicos en las relaciones exteriores.

Aplicando lo anteriormente expuesto á la ley de garantías de

(1) Véase SCADUTO, *Guarentigie pontificie*, y PALMA, *Questioni costituzionali; la sovranità personale del Papa*.

(2) Véase el citado artículo de BONGHI en la *Nueva Antología*.

la Santa Sede, debemos observar que, teniendo el Jefe de la Iglesia católica romana una posición jurídica internacional, y debiendo reconocérsele, por tanto, ciertos derechos en cuanto representa la suprema autoridad eclesiástica, la declaración y garantía de los derechos y prerrogativas inherentes al mismo habrían podido ser objeto de una convención internacional entre todos los Estados interesados (ó en consideración á los justos respetos debidos á los propios súbditos católicos ó con el objeto de asegurar el respeto de la libertad de religión), para cooperar á la garantía de la independencia de la Iglesia católica.

Si se hubiere procedido en esta forma y las Potencias se hubieren puesto de acuerdo en lo referente á la determinación de los derechos y prerrogativas de la Iglesia católica y de su jefe, y de las condiciones consideradas indispensables para asegurar el libre ejercicio del poder espiritual del Papa en sus respectivos territorios, tales convenciones habrían revestido el carácter verdadero y propio de leyes internacionales y habrían dado origen, con respecto á todos los Estados contratantes, á una obligación internacional de respetar los derechos y prerrogativas del Papa y de la Iglesia católica concordadas en el tratado, de este modo puestos bajo la tutela de los Estados signatarios.

El Gobierno italiano no quiso apelar á un expediente tan difícil é impracticable en aquellas circunstancias, sino que considerando que las Potencias interesadas observaban una actitud pasiva, trató de proveer por sí mismo y á su manera á esta necesidad con la publicación de la ley de garantías.

Las consideraciones políticas prevalecieron evidentemente en la iniciativa del Gobierno al presentar esta ley y solicitar su aprobación del Parlamento (1). El Gobierno tenía, en efecto, motivos para presumir que una vez que se hubiere asegurado leal y ampliamente el libre ejercicio de las funciones espirituales de la Santa Sede y la independencia del Sumo Pontífice, no podría alegarse ningún pretexto por parte de las Potencias extranjeras para ingerirse en los asuntos interiores de Italia ni en la anexión de Roma y de la provincia romana á consecuencia del plebiscito.

341. Resulta evidente que el hecho de haber provisto el le-

(1) Las razones políticas, no sólo obligaron al Gobierno á presentar el proyecto de ley, sino que aparecieron evidentes al discutirse éste en el Parlamento. «Son ciertamente las consideraciones políticas» decía el Presidente del Gabinete en la sesión de 2 de Febrero de 1871—las que deben prevalecer en el examen de la presente ley.»

gislador con la ley de garantías á la resolución de una cuestión en que figuraban intereses internacionales, no pudo jamás influir para desnaturalizarla en el carácter de la misma ley. Esta es ciertamente una ley de derecho público interno y, como tal, sujeta á los mismos principios á que lo están las leyes de esta naturaleza.

Es inaceptable la opinión de Bonghi expuesta anteriormente, de que la ley de garantías de la Santa Sede creó para Italia una servidumbre de carácter internacional. Italia no ha abdicado ni en la más mínima parte sus derechos de soberanía interna, para que pueda legitimarse el aserto de que se ha impuesto voluntariamente una servidumbre de derecho internacional. Lo que debe entenderse por servidumbre de derecho internacional y las condiciones que deben concurrir para que pueda considerarse legal y válidamente constituida, ya queda expuesto anteriormente (1). Ahora bien; no podemos conceder que haya manera de reputar como una especie de servidumbre internacional el haber anunciado Italia á todos los Gobiernos extranjeros su firme propósito de garantizar á la Santa Sede y al Romano Pontífice con la promulgación de la ley de 1871. El Gobierno hizo en verdad una promesa pública y solemne que mantiene lealmente hasta ahora, pero no podía tomar ni tomó sobre sí el formal empeño de no modificar *jamás* su derecho público interno y la ley de garantías tal como fué aprobada por el Parlamento; ni reputamos oportuno demostrar que la renuncia por parte de un Estado á su autonomía y libertad propias para modificar la legislación constitucional y el derecho público interno, no puede en ningún caso ser válida ni producir verdaderos efectos jurídicos.

342. No se podría tampoco sostener, que el hecho de haber el Gobierno declarado solemnemente su firme propósito de observar fielmente la ley de garantías de la Santa Sede, y el de haberlo practicado así, pudiera constituir un argumento para deducir que debiera reputarse menoscabada la completa autonomía del poder legislativo en lo referente á la revisión ó modificación de la ley de garantías. Esto llevaría verdaderamente al absurdo de que el Gobierno y el Parlamento habían abdicado en parte los derechos de soberanía nacional, si pudiese admitirse que hubieren tenido facultad para efectuarlo válidamente.

En el sistema legislativo italiano, que es el de la omnipotencia parlamentaria, y que hace posible la modificación de la misma

(1) Véanse los §§ 379 y siguientes.

Constitución política por efecto de atribuir la función constituyente al Parlamento, es un verdadero contrasentido jurídico el sostener que éste carecería de facultades para modificar la ley de 1871.

743. Lo que el Gobierno está obligado á hacer, es observar (como viene haciendo hasta ahora) leal y rigurosamente la ley citada, interin se encuentre vigente, y proveer eficazmente á todos los casos que puedan presentarse. El interés que tienen todos los Estados católicos y protestantes en garantizar la independencia del Jefe de la Iglesia católica y el derecho de intervención para asegurar las condiciones eventuales de la inviolabilidad del Sumo Pontífice, deben reputarse duraderas y persistentes, interin continúe el actual estado de creencias religiosas (1).

En las condiciones presentes, la cuestión romana debe considerarse terminada. Tanto los Estados católicos como los que no lo son, no podrían aducir pretexto plausible alguno para justificar su ingerencia.

No podrían, si tuvieran alguna vez el desacertado propósito de apoyar á los partidarios del Pontificado, que consideran todavía y siempre el dominio temporal del Papa como medio indispensable para asegurar la dignidad é independencia del Jefe de la Iglesia, porque el Papa, como Príncipe, no pueda hallarse en condición distinta de los demás príncipes desposeídos de su soberanía, y el socorro ó intervención moral encaminados á restablecer el dominio temporal del Pontificado, sería injusto y desleal.

No podrían tampoco, si quisieren emplear el pretexto de asegurar la independencia del Pontificado, porque á ésta se ha atendido suficientemente con la promulgación de la ley de garantías de la Santa Sede, y porque aceptada por todas las potencias sin reserva de ninguna clase esta ley, debe tenerse hoy por inconcuso que se ha proveído ampliamente á la libertad internacional de la Iglesia y á la independencia de su Jefe.

Solamente en la eventual hipótesis de que Italia, como tie-

(1) Véase MAMIANI, *La religione dell'avenire*.

PALMA, concluye sus razonamientos acerca de la soberanía personal del Papa con sabias y atinadas observaciones sobre la duración del actual estado de cosas: «A una tan violenta tensión del vaticanismo, debía suceder, escribe, una reacción, como á la diosa Razón y al dios Petróleo han sucedido en Francia el terror blanco y las peregrinaciones. Pero, por otra parte, la historia enseña que las creencias religiosas, por absurdas que sean, no han estado nunca expuestas á la luz de la razón, sino cuando más á la comparación con otras». *Questioni costituzionali*, páginas 420 y 421.

ne derecho para ello, modifícase la ley de garantías de la Santa Sede, surgirían nuevamente los intereses de todos los Estados, que se creerían en la obligación, para con sus propios súbditos católicos, de garantizar la libertad de la Iglesia católica y la independencia de su Jefe. Como ya hemos dicho, no hay medio de desconocer el derecho correspondiente á Italia para modificar la ley de garantías de la Santa Sede; pero no se puede admitir igualmente que esto pueda hacerlo á su antojo y transformar la ley actual en arma para atentar á la libertad de la Iglesia católica y á la necesaria independencia de su Jefe en el ejercicio de su poder espiritual. Y no podría, porque aquéllos que hemos demostrado ser los derechos de la Iglesia católica, corresponden á la misma *jure suo*, y no pudiendo considerárseles como una concesión generosa y voluntaria del Estado, no pueden arrebatarse ó desconocerse á una ni á otro sin causar grave ofensa á los altos principios de justicia que deben regular la organización y las condiciones necesarias de existencia y de desarrollo de la institución del consorcio religioso.

244. En el actual estado de cosas no puede decirse que exista ninguna obligación jurídica positiva de derecho internacional entre Italia y los demás Estados en cuanto al reconocimiento y garantía de los derechos de la Iglesia y la inviolabilidad de su jefe dentro de tales ó cuales límites, porque una obligación jurídica positiva entre los Estados no puede nacer sino en virtud de un tratado estipulado entre los mismos, que debiéndose reputar jurídicamente obligatorio respecto á los signatarios, daría origen, con relación también á los mismos, á una verdadera y propia obligación jurídica positiva de derecho internacional. Existe por lo demás, de parte de todos los Estados extranjeros, un interés internacional en garantizar la libertad de la Iglesia católica y la independencia de su jefe el romano Pontífice.

Los derechos de la Iglesia y del Pontificado deben, por tanto, en el actual estado de cosas reputarse como bajo la protección colectiva de todos los Estados civiles, como lo están igualmente los derechos internacionales del hombre y los de los Estados que no han sido reconocidos mediante el *consensus gentium*, y convertidos en derechos garantidos por la ley positiva internacional.

245. A fin de alejar toda controversia y de definir los derechos correspondientes á la Iglesia católica (los cuales deberán en lo sucesivo atribuirse igualmente á todas las confesiones religiosas

que reunan ó puedan reunir la organización que actualmente posee la Iglesia católica romana, y que adquieran por tanto este carácter de catolicidad) sería de desear que todos los Estados cristianos y los demás que experimentaren la necesidad de respetar la más sagrada de las libertades humanas, la libertad de conciencia, se pusieren de acuerdo acerca de la determinación de los derechos de la Iglesia católica y de su jefe el romano Pontífice con relación al derecho internacional, los cuales según resulta de todo lo anteriormente expuesto, debieran á nuestro entender ser los siguientes:

1.º La Iglesia católica romana, por su actual constitución y organización, se reputa persona dentro de la sociedad internacional.

Esta cualidad debe conferirse igualmente á toda confesión religiosa que por su constitución y organización tenga de hecho el carácter de confesión universal é internacional;

2.º El derecho de libre existencia y de libre gobierno de la Iglesia en la esfera determinada por el concepto jurídico de la institución, se garantiza por el derecho internacional. El desenvolvimiento exterior de las funciones de la Iglesia se regirá por el derecho público interno;

3.º Los derechos correspondientes á la Iglesia romana católica, son:

a) Libre ejercicio del poder legislativo y del poder disciplinario en todo lo referente al dogma, á la promulgación de la doctrina y de la norma de las conciencias y á la difusión de la misma, merced al empleo de medios espirituales sin recurrir á los coercitivos;

b) La libre comunicación del Sumo Pontífice con el clero y con los fieles;

c) La libre convocatoria y celebración de los Concilios y Sínodos;

d) La facultad de entablar y sostener relaciones con los Gobiernos de los diferentes Estados que previamente las hayan consentido mediante legaciones permanentes y agentes revestidos de la cualidad de Ministros públicos;

4.º El Sumo Pontífice es independiente é inviolable en el ejercicio de su poder espiritual y de la suprema potestad que le compete con relación á los fieles;

5.º Son igualmente independientes los que participan en los actos de poder espiritual ó de alto gobierno de la Iglesia, siendo únicamente responsables con relación al ejercicio de este poder espiritual, para con el Jefe de la Iglesia católica;

6.º Incumbe á cada uno de los Gobiernos el proveer á la obser-

vancia de las atenciones debidas al Sumo Pontífice y á la garantía de la dignidad del mismo como Jefe de la Iglesia católica;

7.º Los lugares destinados á residencia habitual y temporal del Papa y aquellos en que se encuentre reunido un Cónclave ó un Concilio ecuménico, estarán exentos de la jurisdicción ordinaria y del imperio de la soberanía territorial, á fin de asegurar á la Santa Sede la más completa libertad en el ejercicio de todas sus funciones espirituales.

LIBRO SEGUNDO

DE LOS BIENES EN SUS RELACIONES CON EL DERECHO INTERNACIONAL

746. El Estado necesita ciertas cosas exteriores.—**747.** Concepto jurídico del patrimonio y de los derechos patrimoniales del Estado.—**748.** Esta cuestión interesa al Derecho internacional.—**749.** Razón de este título.—**750.** División de la materia que comprende.

746. Con la palabra *bienes* denotamos todo lo que es exterior al sujeto del derecho, y puede contribuir á su bienestar material y moral. *Bona ex eo dicuntur quod beant: beare est prodesse* (1).

Así como el individuo necesita apropiarse ciertos objetos exteriores para satisfacer las propias necesidades, así también el Estado, en cuanto es y se le considera como un ser moral y una persona jurídica, debe tener el goce exclusivo de todo aquello que pueda contribuir á su bienestar material y moral y á su desenvolvimiento progresivo.

747. En esto se funda el concepto jurídico del *patrimonio* del individuo y del *patrimonio* del Estado. Tanto uno como otro denotan algo que es exterior al individuo y al Estado, pero que pertenece á ellos, ó de un modo directo, plenamente y bajo todas sus relaciones,—como sucede con las cosas corporales que tienen en propiedad uno ú otro, ó sólo bajo cierto respecto,—como sucede con las prestaciones ó los servicios estimables en valor pecuniario que otro está obligado á prestar en provecho del individuo ó del Estado, y que forman, por tanto, parte del patrimonio de aquéllos.

(1) *Bonorum appellatio, dice ULPIANO, aut naturalis aut civilis est: naturaliter bona ex eo dicuntur quod beant, hoc est beatos faciunt: beare est prodesse. In BONIS autem nostris computari sciendum est non solum quae domini nostri sunt sed et si bona fide a nobis possideantur: vel superficiaria sint. Aequè bonis adnumerabitur, etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus: nam haec omnia in bonis esse videntur.*—L. 49, Dig., libro XVI.

Los derechos que el individuo y el Estado tienen sobre los objetos exteriores corporales ó incorporales que les pertenecen, se denominan *derechos patrimoniales*. No incumbe en realidad al Derecho internacional definir la naturaleza de estos derechos ni los títulos legítimos para adquirirlos, de cuyas cuestiones se ocupa el derecho civil ó privado que estudia la manera cómo la propiedad debe estar organizada, enumera y clasifica las cosas que pueden ser poseídas y apropiadas, distingue las que pueden constituir el patrimonio de los particulares, y que cada cual puede gozar como individuo, de las que se destinan á satisfacer las necesidades de la comunidad, y de las cuales todos pueden gozar como miembros de la misma, y así sucesivamente.

248. El ejercicio de los derechos patrimoniales puede, sin embargo, interesar bajo cierto aspecto al Derecho internacional.

En efecto; así como cada Estado de aquellos á quienes tales derechos pertenecen, coexiste con los demás en la *Magna civitas*, y debe hacer valer tales derechos y ejercitarlos en concurrencia con ellos, así también ocurre investigar cuándo deberá sostenerse que los mencionados derechos son jurídicamente adquiridos por un Estado en concurrencia con los demás; cómo deben ejercitarse tales derechos de conformidad con las reglas del Derecho internacional; qué limitaciones equitativas podrán oponerse al pleno goce de los derechos patrimoniales del Estado y del individuo, en interés general de la *Magna civitas*.

249. Para verificar, bajo su verdadero punto de vista, las investigaciones que nos proponemos hacer en este Libro, hemos preferido reunir las bajo el título con que encabezamos estas líneas, más bien que exponer las cuestiones relativas al ejercicio y á la adquisición de los derechos patrimoniales del Estado, mezcladas y confundidas con las relativas al dominio y á la jurisdicción, ó bajo el título—preferido por algunos—de *Dominio y propiedad internacional*; pues entendemos que interesa mucho al orden sistemático de un tratado clasificar bien las cuestiones; si no lo hemos conseguido, sirvanos de descargo el haber hecho todos los esfuerzos posibles para ello.

250. La materia que este epígrafe comprende la dividiremos en la forma siguiente:

1.º Trataremos de las cosas comunes, según el Derecho natural, esto es, de aquellas que están fuera de los límites de todo Estado, y que constituyen el patrimonio común de la humanidad: tales son el Océano ó alta mar, el aire, la luz.

2.º Hablaremos de las cosas que por su naturaleza están destinadas á servir para satisfacer las necesidades de todos los pueblos que tienen derecho á gozar de ellas, y que no pueden, por lo mismo, ser del dominio absoluto y exclusivo de ninguno de ellos. Tales son los estrechos y los ríos navegables que comunican con el mar.

3.º Trataremos de las cosas que, si bien se hallan dentro de los límites territoriales de un Estado, y, por tanto, en el dominio de la soberanía territorial, no se debe, con arreglo á los principios del derecho internacional, privar de su uso ordinario á los demás pueblos. Tales son los mares territoriales, los golfos, los puertos abiertos al comercio, las vías públicas, los istmos, ferrocarriles, túneles, puentes y telégrafos.

4.º De las cosas que el Estado debe gozar de un modo exclusivo, y que sirven para atender á sus necesidades, debiendo, sin embargo, usar de ellas el Estado sin atacar los principios del derecho internacional. Tales son los impuestos, las colonias, las islas, las cosas sin dueño y los bienes que el Estado posee á título particular en el extranjero.

5.º Expondremos cuáles son los medios legítimos para que un Estado pueda adquirir los derechos sobre las cosas exteriores, en concurrencia con los demás Estados, y cuándo los derechos adquiridos pueden considerarse perdidos.

6.º Examinaremos, por último, los derechos patrimoniales del individuo en sus relaciones con el derecho internacional, y procuraremos fijar las justas limitaciones que pueden imponerse al pleno goce de ciertos derechos en interés común de todos los pueblos, y qué garantías debe dar el derecho internacional para el goce de ciertos derechos en interés común. Nos ocuparemos también de los derechos pertenecientes al extranjero sobre sus bienes; de la propiedad de los buques y de los esclavos, y de la propiedad artística, literaria é industrial.

CAPÍTULO PRIMERO

De las cosas comunes

(OCÉANO, ALTA MAR)

751. La libertad del mar según el derecho romano.—**752.** Discusiones en los tiempos modernos.—**753.** Grocio defiende la libertad del mar.—**754.** Combata Selden.—**755.** Política de Inglaterra.—**756.** Doctrina de los escritores del siglo pasado.—**757.** Estado de la cuestión en nuestro tiempo.—**758.** Opinión de Calvo.—**759.** Aspiración de Rusia.—**760.** Regla.—**761.** Libertad de la pesca.—**762.** Regla.—**763.** Prohibición de ejercer la jurisdicción en alta mar.—**764.** Necesidad de prevenir los desórdenes y los peligros.—**765.** Misión de los buques de guerra.—**766.** Indagación de la nacionalidad de los buques.—**767.** Principios que rigen acerca de este punto, según el derecho estricto.—**768.** Reglas.—**769.** La indagación de la nacionalidad no es un verdadero derecho.—**770.** Derecho de aproximarse a un barco.—**771.** Doctrina del Tribunal americano; observaciones.—**772.** Procedimiento en caso de sospecha de piratería.—**773.** Medios de impedir los peligros de la navegación.—**774.** Regla general.—**775.** Reglas especiales.—**776.** No puede abusarse de la libertad del mar.—**777.** La libertad del mar durante la guerra. Referencia.

751. Queriendo distinguir los romanos las cosas bajo el punto de vista de su condición jurídica, lo verificaron en la forma siguiente: *quaedam enim naturali jure communia sunt omnium; quaedam publica, quaedam sunt universitatis, quaedam nullius pleraque singulorum* (1). Incluyeron entre las cosas comunes: el aire, el agua corriente y el mar. *Naturali jure communia sunt omnium haec: aer, aqua profluens et mare* (2). Resulta que los romanos, á pesar de considerarse como los dominadores del universo, no negaron á los demás

(1) Instituta, *De rerum divis. princ. (a)*.

(2) Idem, libro II, cap. I, lección primera.

(a) Para facilitar su inteligencia y que predomine un orden fijo, respecto de las citas textuales transcritas por el autor en diversos idiomas, las hemos traducido todas al castellano, excepto las latinas; y respecto de las notas hemos hecho lo mismo, á excepción de los títulos de algunas obras escritas en latín, inglés ó alemán que no han sido traducidas á otros idiomas.

pueblos el uso del mar; y Ulpiano elevó este principio á la categoría de un axioma: *equidem mare commune omnium est et litora sicut aer.*

752. Sólo después del descubrimiento de América fué cuando surgió la cuestión de la libertad del mar, acentuándose más aún después que se descubrió el camino para el comercio marítimo con las Indias Orientales.

En este tiempo, como cada potencia marítima buscaba en el monopolio del comercio la fuente principal de su riqueza, fué cuando se puso en tela de juicio la libertad del mar, sobre todo por los españoles y portugueses, que pretendieron tener derecho exclusivo de hacer el comercio con sus posesiones de América y de la India.

Estas pretensiones, fundadas en el hecho de haber descubierto sus atrevidos navegantes por primera vez las nuevas rutas del tráfico (1), aumentaron después y se sostuvieron por diversas razones. Influyeron en ello también los Papas, que confirmando y legitimando las audaces pretensiones del rey de Portugal y de Castilla, dividieron entre ambos el Nuevo Mundo, dándoles con esto motivo para que creyeran hallar en las Bulas de los Pontífices (2) un justo título para convertir sus pretensiones en verdaderos derechos (3). La Bula de Alejandro—dice Robertson—fué como la *Carta Magna* en que España fundó sus derechos (4).

No pudiendo seguir aquí la Historia paso á paso, diremos solamente que hasta el siglo XVIII fué muy discutida la libertad marítima como derecho de servirse de este elemento durante la paz

(1) Los navegantes portugueses emplearon más de treinta años (de 1412 á 1444) para recorrer el espacio que media entre el Cabo Verde y el cabo Nao. Cuarenta y tres años después Bartolomé Díaz descubrió el cabo de Las Tormentas (1486). En 1497 halló Vasco de Gama el paso para las Indias, llegando á la costa de Malabar por el cabo de Buena Esperanza.

Cinco años antes el gran genovés llevó á cabo su viaje y descubrió la América, donde fundó la primera colonia en la isla llamada la Española (1492). Discurriendo Turgot acerca de este hombre de genio, dice: «Lo que admiro en Colón no es el haber descubierto el Nuevo Mundo, sino el haber partido, para buscarlo, de su fe en una idea.»—Görzör, *Introd. á la Vie de Washington*.

(2) Portugal obtuvo la Bula de Eugenio IV en 1438; España, de Alejandro VI, en 1493.

(3) Todo nacional ó extranjero que navegase por el mar de Guinea, incurria en la pena de muerte y en la confiscación de los bienes. (Ordenanzas del rey de Portugal, libro V, tít. CXII).

(4) ROBERTSON, tomo III, pág. 116.

para las necesidades del comercio, dando lugar á sangrientas guerras.

253. El libro escrito por Grocio y las discusiones sostenidas por diversos publicistas, tuvieron por objeto reivindicar para los buques mercantes de todos los Estados el derecho de navegar libremente por el Océano. Grocio fué el primero que se propuso examinar detenidamente si los portugueses podían impedir á los holandeses el comercio con la India, y combatir la legitimidad de los títulos en que los primeros fundaban sus pretensiones, demostrando la insuficiencia de aquéllos; y elevándose después á la esfera de los principios generales y permanentes, probó que el mar, según el derecho natural, no podía ser objeto de propiedad (1) y que tampoco podía estar sujeto al dominio de ningún príncipe.

254. Las conclusiones á que Grocio llegó estaban en oposición con las pretensiones del Gobierno inglés que, bajo Carlos I y más aún bajo Cromwell y Carlos II, aspiraba al dominio de todos los mares que bañaban las costas de la Gran Bretaña, sosteniendo que sus derechos de soberanía sobre dichos mares se extendían hasta las costas de los Estados vecinos, y que debían ser reconocidos y respetados por todos los demás Estados (2).

Para secundar las miras del Gobierno inglés escribió Selden su famoso libro *Mare clausum*, publicado en 1635 y traducido al inglés por orden de Cromwell. Este libro es notable, sobre todo por la gran erudición y la doctrina establecida para sostener una tesis tan errónea. El autor se propuso demostrar: 1.º Que según el derecho natural y moral y con arreglo al derecho de gentes, el mar, lo mismo que la tierra, es susceptible de propiedad privada; 2.º Que los reyes de la Gran Bretaña son los dueños de los mares que circundan su imperio.

Para probar su aserto buscó Selden sus argumentos en la Historia, y pretendió demostrar que el mar había sido poseído por diversos pueblos: para ello enumeró *diecisiete* de éstos que en la an-

(1) CALVO, *Der. int.*, tomo I, § 253; Conf. CAUCHY, *Droit marit.*, tomo II, página 92 á 124; ORTOLÁN, *Diplom. de la mer*, tomo I, cap. VII; GROTIUS, *Mare liberum*; PUFFENDORF, *De jure naturae*, libro 4.º, cap. V, § 5.º LA GUÉRONNIERE, *Le Droit. public de l'Europe.*—*Droit international*, tomo I, páginas 446 y siguientes; WHEATON, tomo I, cap. IV, § 10. En ORTOLÁN, (libro citado, pág. 124), en CAUCHY (pág. 92) y en CALVO, hay una exposición sucinta del libro de Grocio.

(2) Inglaterra no permitía á los extranjeros ejercer la pesca en el mar del Norte sin licencia, y obligó á pagarle 30.000 libras esterlinas á los dinamarqueses que faltaron á esta especie de ley.

tigüedad fueron, según él, dueños de los mares que circundaban su territorio; y viniendo después á discutir la cuestión de principios, refutó con mucho ingenio los argumentos de Grocio, llegando á concluir que la naturaleza del mar no se opone á que sea objeto del derecho de propiedad. No pudiendo luego negar el derecho de los demás pueblos á usar de este elemento, admitió el paso inofensivo de los comerciantes y navegantes, considerándolo como mera servidumbre, análoga á las que pesan sobre algunas fincas, pero que no destruyen el derecho de propiedad sobre las mismas.

Se dice que Selden empleó veinte años en escribir su libro. Lo cierto es que transcribe muchos documentos, cartas y diplomas sacados de los archivos de Londres, y que defiende su mala causa con gran sutileza y con erudición inmensa (1).

255. Las teorías de Selden fueron aceptadas por el Gobierno inglés, que se sirvió de la autoridad de este escritor para demostrar que se fundaba sobre buen derecho su política, que tenía por objeto consolidar su dominación marítima universal. Resumiendo Carlos I las conclusiones de Selden, notificólas á los Estados generales, y fué como el preludio de la política que dictó el *Acta de navegación* de Cromwell y la declaración de guerra á Holanda en 1652 (2). Bajo la dinastía de los Hannover, Guillermo III, que seguía el mismo programa y pretendía elevar las teorías de Selden á la categoría de un Código obligatorio para todos los pueblos, echaba en cara á Luis XIV, en su manifiesto de 27 de Mayo de 1689, el haber permitido que sus súbditos violasen los derechos de soberanía de la corona de Inglaterra sobre los mares británicos (3).

256. Las discusiones sobre la libertad del mar están hoy relegadas al dominio de la historia, no habiendo escritor que pre-

(1) Véase en ORTOLÁN, CAUCHY y CALVO una exposición más detenida del *Mare clausum*, de SELDEN.

(2) Holanda fué obligada á reconocer la soberanía de Inglaterra en lo que ésta llamaba mares británicos, en el tratado de Westminster del 1654, en el de Breda, y en el de Westminster de 1674. Decíase en éste que debía considerarse como perteneciente al rey de Inglaterra el mar comprendido entre el Cabo de Finisterre y la región van Staten, en Noruega. (DUMONT, tomo VII, pág. 253.)

(3) Francia se ha negado siempre á reconocer la soberanía de Inglaterra sobre el mar. Enrique IV negó, después de la paz de Vervins, en 1598, á la reina Isabel de Inglaterra el derecho de visitar los buques franceses que se dirigían á España, y Luis XIV no consintió que el de la Mancha se llamase Canal británico. La República francesa mandó inscribir en las banderas de sus naves y en todas las de su *Armée d'Angleterre* estas notables palabras: «Libertad de los mares, paz al mundo, igualdad de derechos para todas las naciones.» AZUNI, *Diritto marittimo*, tomo I, §. 33.

tenda debatir en serio semejantes cuestiones, como no hay tampoco ningún Gobierno que pretenda renovar en nuestra época las absurdas aspiraciones de otros tiempos. Hasta el siglo pasado, sin embargo, hallamos aun algunas vacilaciones para admitir el principio de la libertad, y el mismo Binkershoek, que examinó la cuestión con esa claridad y vigor que se admira en todas sus obras, si bien negó las pretensiones absolutas de los reyes de Inglaterra, admitió, en cambio, que ciertas partes del mar podían estar sometidas á la soberanía exclusiva de un Estado (1). Puffendorf rechaza con indignación la teoría de que la alta mar pueda llegar á ser nunca propiedad de un solo Estado, pero admite que un mar pequeño puede pertenecer al Soberano del país á que correspondan las costas, ó dividirse la propiedad entre todos aquellos á quienes pertenezcan las de dicho mar (2). Vattel, que fué el más explícito de todos y que admite que el derecho de pesca y de navegación en alta mar es un derecho común á todos los hombres, sostiene, sin embargo, que un Estado puede adquirir este derecho de un modo exclusivo mediante un tratado, obteniendo que los demás renuncien en su favor á su derecho natural, admitiendo asimismo que no es necesario para ello un pacto expreso, sino que es bastante un pacto tácito, y que el no uso puede ser un título suficiente á favor de un Estado. «Puede suceder, dice, que una nación que se halle en posesión de la navegación y de la pesca en ciertos parajes aspire á un derecho exclusivo, y prohíba á otras tomar parte en ella. Si éstas obedecen á la prohibición con evidentes señales de asentimiento, renuncian tácitamente á su derecho en favor de aquella, y fundan uno que puede hacerse valer legítimamente contra ellas sobre todo cuando está confirmado por un prolongado uso» (3).

555. El camino recorrido en nuestro siglo respecto de los principios del derecho ha sido tanto que no hay en la actualidad nadie que ose sostener en la práctica, no ya la teoría de aquellos que admiten cierto derecho de propiedad sobre algunas partes del mar, pero ni siquiera la teoría de Vattel, que concluye destruyendo con un razonamiento mal fundado lo que tan explícitamente asienta él mismo como principio.

Consideráase hoy como regla apenas discutible de derecho internacional, que la alta mar es libre, y que el de servirse de es-

(1) *De dominio maris*, obra publicada en 1702.

(2) *De jure naturae et gentium*, libro IV, cap. V, § 7.º.

(3) Lib. I, cap. XXIII, § 286.

te medio para las necesidades de la navegación y del comercio, es un derecho natural de todos los hombres, contra el que no pueden alegarse la prescripción, los tratados, ni el no uso, siquiera sea inmemorial (1). Faltan, en efecto, á la alta mar caracteres que la hagan susceptible de apropiación; no puede ser objeto de posesión, porque no hay medio de retenerlo, ni puede imprimirse en él la más insignificante huella de posesión continuada y estable. Para poder poseer una cosa, dice Savigny, es necesario poder ejercer sobre ella una acción física y permanente de modo que se pueda tener la cosa como nuestra y privar á los demás de su disfrute. No pudiendo practicarse esto sobre la alta mar, no es, pues, susceptible de posesión y no puede convertirse tampoco en propiedad de nadie.

Es inútil agregar en favor de este principio, reconocido ya por todos, otros argumentos tomados del orden moral para demostrar que el mar está destinado á satisfacer las necesidades de todos los pueblos del mundo, los cuales tienen derecho á servirse de él para sus comunicaciones y para disfrutar de los tesoros que abriga en su seno.

Consideramos también inútil detenernos á demostrar que el derecho de servirse libremente de la alta mar no puede renunciarse por un tratado, puesto que, según diremos más extensamente en el Libro siguiente, no puede ser materia de convención lícita la renuncia de los derechos naturales (2). En resumen, el principio de la libertad del mar puede decirse que está hoy generalmente aceptado.

358. «Apenas han transcurrido, dice Calvo, dos siglos desde » la publicación de la obra de Selden, y el principio de la libertad » de los mares, tan combatido por Inglaterra, ha salido de la es- » fera de las discusiones teóricas para entrar triunfalmente en el

(1) Confr. HALLECK, *Intern. Law*, §§ 16 y 21. — BLUNTSCHLI, *Droit intern. codifié*, §§ 304 y 307. — PHILLIMORE, *Intern. Law*, t. I, § 172. — DUDLEY FIELD, regla 53. — HALL, *Intern. Law*, pág. 2, cap. XI, § 40. — WOOLSEY, *Intern. Law*, § 55. — CREASY, *Firs platform. of international Law*, § 236. — TRAVERS TWIS, *The Law of nations*, t. I, pág. 241, § 166. — Véase además los autores antes citados y á PRADIER FODERÉ, notas á su traducción de GROCIO, *Droit de la guerre*, edit. GUILLAUMIN, t. I, págs. 437, 441, 450 y 456.

(2) DUDLEY FIELD, en la regla 54 a de su Código, prueba que el derecho de navegar por alta mar puede ser limitado ó renunciado por el libre consentimiento. A juicio nuestro, no es aceptable su opinión, porque siendo el de navegar libremente por alta mar un derecho natural del hombre, no puede ser cedido ni enajenado en todo ó en parte por el Soberano, y un tratado *ad hoc* no podría ser obligatorio.

» dominio de la práctica en todas las naciones. En la actualidad,
» el derecho público exterior de Europa, lo mismo que el de Amé-
» rica, reconocen que ningún pueblo posee el derecho de propie-
» dad exclusivo sobre la alta mar; que los pabellones de todos los
» Estados soberanos gozan de los mismos derechos y de la misma
» libertad, á condición de respetar los principios generales del de-
» recho de gentes; que la superioridad relativa de las fuerzas na-
» vales no da á un Estado título alguno de preeminencia con re-
» lación á los demás; que la violación de estas reglas, proceda de
» donde quiera, es siempre ilegítima y censurable; por último, que
» las medidas excepcionales de vigilancia ó de policía consagra-
» das por tratados especiales respecto de los buques de dos ó más
» naciones, sólo son obligatorias para las partes contratantes» (1).

259. Debe advertirse, sin embargo, que al comenzar nuestro siglo se manifestaron ciertas pretensiones á la soberanía de algunas porciones del Océano. Rusia, por ejemplo, reclamaba la del mar que baña la costa Noroeste de América, desde el estrecho de Bering hasta el 51° de latitud, fundando dichas pretensiones en el hecho de haber ejercitado sola por largo tiempo el derecho de navegar por aquella parte del mar que servía para arribar á las costas que se hallaban bajo su jurisdicción exclusiva. Un ukase del mes de Septiembre de 1821 proclamaba que aquella parte del Océano Pacífico debía considerarse como cerrada al comercio de todos los pueblos, declarando que todo buque extranjero que por allí navegase ó ejerciese la pesca en aquella zona, que comprendía más de 4.000 millas, sería confiscado con su cargamento, salvo los tratados ó convenios que pudiesen mediar entre el Czar y los Gobiernos de otros Estados.

Este ukase dió lugar al poco tiempo á largas discusiones entre el Gobierno de San Petersburgo, el de los Estados Unidos y la Gran Bretaña, que terminaron con un tratado entre los Estados Unidos y Rusia, firmado en 17 de Abril de 1824, y ratificado el 11 de Enero de 1825, regularizando la navegación del Pacífico y el derecho de fundar nuevos establecimientos en la costa Noroeste de América, reconociéndose la libertad de navegación y de colonizar las costas no ocupadas y entrar en relaciones comerciales con los indígenas, siendo limitado solamente el derecho de fundar nuevos establecimientos en la citada costa Noroeste é islas adyacentes, al Norte del 54° y 40' de latitud septentrional, respecto de los ciu-

(1) L. c., § 255.

ciudadanos de los Estados Unidos, y al *Sur* del mismo paralelo, respecto de los súbditos rusos.

También con Inglaterra se concluyó un convenio análogo en el mismo año 1825. Ambos tratados reconocieron la libertad de navegación por el Océano Pacífico; y en lo que se refiere á las limitaciones impuestas respecto de la fundación de nuevos establecimientos en las costas de dichos mares, es natural que solo sean obligatorias entre las partes contratantes.

360. De lo dicho se deduce la siguiente regla:

a) El Océano y todas las porciones de mar que se hallan fuera de los límites territoriales de un Estado son comunes á todos los pueblos, y cualquiera puede libremente navegar por ellos según los principios del derecho internacional, á condición de observar los reglamentos internacionales relativos á la navegación.

361. La libertad del mar lleva consigo, además de la libertad de navegación, la de la pesca; pues siendo ésta en el Océano inagotable y suficiente para todos, sería contrario al derecho natural que un Estado pretendiese reivindicar en su provecho exclusivo el derecho de la pesca en alta mar.

En otro tiempo pretendieron los Estados marítimos más fuertes defender contra todos los demás el monopolio de pescar en ciertos mares. Dinamarca, por ejemplo, se arrogó, hasta el siglo XVIII, el derecho exclusivo de pesca en el mar de Irlanda y de Groenlandia, entablándose una larga polémica entre dicha nación, Holanda é Inglaterra, que fué más viva después de la revolución de los Estados Generales de 17 de Abril de 1741, los cuales rechazaron decididamente las pretensiones del Gobierno dinamarqués (1).

En la actualidad, con el principio de la libertad del mar, se ha reconocido el de la libertad de la pesca; pero no por esto han concluido todas las cuestiones, siendo aun muy vivas las disputas por el ejercicio de la pesca en los mares de América (2).

362. Nos limitaremos aquí, por tanto, á establecer la regla siguiente:

a) El ejercicio de la pesca en alta mar debe ser libre para todos los pueblos, é incumbe á cada Estado garantizar á sus propios ciudadanos el derecho de practicarla en las aguas que se hallen fuera de los límites territoriales de los demás Estados.

(1) MARTENS, *Causes célèbres*, tomo I, pág. 359, 392.

(2) Véase en la *Revue des deux mondes*: *Las pesquerías de Terranova y los tratados*, tomo XVI, Noviembre de 1874.

Examinaremos después si el derecho de pescar en el mar territorial, reservado exclusivamente á los habitantes de la costa, puede ejercitarse fuera de los límites comunmente aceptados para la extensión de dicho mar.

263. La libertad del mar excluye, por tanto, cualquier acto de jurisdicción en alta mar y en las aguas navegables fuera de los límites jurisdiccionales del territorio, y en tal concepto debe establecerse la regla siguiente:

a) Ningún buque de guerra ó mercante tiene derecho á ejercer actos jurisdiccionales sobre los barcos extranjeros que encuentre en alta mar. Tampoco puede, según el derecho estricto, obligarle á ponerse al habla ó acercarse para conocer su nacionalidad, y mucho menos someterle á la visita en tiempo de paz, ú obligarle á saludar, ó exigir de cualquier modo un acto de sumisión, excepto cuando dichos buques sean cogidos en flagrante violación de los reglamentos internacionales relativos á la navegación, ó que den fundados motivos para sospechar que pretenden violar tales reglamentos, en cuyo caso convendrá observar las reglas expuestas relativas á la jurisdicción extraterritorial, y las que se refieren á la navegación por alta mar (1).

264. Las reglas ya expuestas, y que son necesaria consecuencia de la libertad del mar y de la navegación según el derecho estricto, sufren algunas modificaciones en la práctica y por los usos marítimos.

Conviene, en efecto, á los intereses de todos los pueblos que trafican por el mar, que el Océano no se convierta en teatro de desórdenes y depredaciones. En nuestros días, hay menos peligro de piratería, sobre todo en aquellos mares que sirven como vía de comunicación entre todos los pueblos civilizados y que surcan varios y numerosos buques; pero en ciertas regiones remotas en las que existe siempre el peligro, deben admitirse, en interés común de los navegantes de cualquier Estado, las medidas oportunas para prevenirlo.

265. Los buques de guerra están hoy principalmente destinados á proteger el comercio marítimo y los buques mercantes de su propio Estado; pero deben prestar siempre auxilio, ayuda y protección á los de cualquier otro país cuando lo pidan. La civilización ha hecho que la misión protectora de los buques de guerra

(1) Véase ORTOLAN, *Diplomatie de la mer*, cap. XII, Del derecho de reconocimiento de pabellón en alta mar.

no se limite á su nacionalidad, sino que, en alta mar, cuyo uso es común á todos los pueblos, afecte el verdadero carácter de protección del comercio internacional.

El orden y la seguridad de aquél se deben sobre todo á la vigilancia ejercida por los buques de guerra en todos los parajes. Debe admitirse además que el comandante de un barco de guerra esté revestido de cierto poder discrecional que le permita en ciertos casos tomar las medidas oportunas para ejercer eficazmente su misión.

266. Una de estas medidas deberá ser la de poder averiguar la condición y la nacionalidad del buque que encuentre, cuando esto parezca necesario por legítimas sospechas de que dicho buque pueda ser pirata.

No puede sostenerse que esto sea un derecho propiamente dicho, sino más bien una necesidad de la vida del mar, una precaución de policía, por lo cual no pueden establecerse reglas precisas para determinar en qué casos y de qué modo pueda ejercitarse, pues todo dependerá del hecho y de las circunstancias (1).

267. Con arreglo al derecho estricto, hay dos principios generalmente reconocidos. Es el uno, que cuando se trate de un buque que ejerza la piratería propiamente dicha, estando comprobado este hecho, sea cualquiera la bandera que enarbole, pueda ser detenido y capturado aun por la fuerza. Cuando se trate de una presunción fundada de que dicho buque es pirata, puede forzársele también á dejar que se reconozca su verdadero carácter, pudiendo emplearse todos los medios para obligarle á ello.

El otro principio, no menos cierto, es que siendo independientes todos los Estados y no pudiendo los barcos de guerra ejercer jurisdicción alguna sobre los buques mercantes extranjeros, excepto el caso de piratería, debe considerarse como un verdadero atentado contra dicha independencia el obligar á una nave extranjera que se encuentra en alta mar, á detenerse ó á moderar su marcha para cerciorarse de su verdadero carácter. No hay duda que puede haber circunstancias en que un buque pueda ser obligado á justificar su nacionalidad; pero la cuestión está en saber dónde, cuándo y por qué motivos puede hacerse esto. En efecto, siendo la libertad marítima un derecho perfecto é íntegro para todos y

(1) Puede suceder, sin embargo, que los Estados estipulen la inspección de las cartas de á bordo y la naturaleza del cargamento, con objeto de reprimir la trata de negros en aquellos parajes en que se practica.

cada uno, tendrá siempre la nave de que se trate el de no atender más que á su interés y no acceder á la invitación que se le dirija.

268. Para facilitar la solución de una cuestión tan difícil, convendrá tener presente las siguientes reglas:

a) La extensión de las atribuciones que deben reconocerse al comandante de un buque de guerra para averiguar el verdadero carácter de otro barco, cuando sólo haya respecto de éste la presunción de piratería, depende por completo del mayor ó menor fundamento de la presunción misma;

b) Aparte de su responsabilidad personal, si fuese evidente el abuso de las facultades de que se halla investido, podrá obligarse al Gobierno de la nación á que el buque de guerra pertenezca, á la indemnización de daños y perjuicios respecto del buque sospechoso de piratería y reconocido inocente, en la medida de la mayor ó menor culpa de dicha nave que hizo nacer las sospechas, lo cual se determinará por árbitros;

c) En todo caso, deberá el comandante que quiera proceder á la investigación, hacerlo con la mayor deferencia y circunspección, teniendo en cuenta que obra siempre bajo su responsabilidad y á riesgo suyo;

d) El derecho de indagar el verdadero carácter de un buque en tiempo de paz, debe mantenerse en los más estrechos límites, teniendo presente que no puede comprometerse en lo más mínimo la independencia de los Estados, ni favorecer ciertas pretensiones que pudieran justificar una jurisprudencia arbitraria, y legitimar, según la fuerza y la conveniencia de los Estados, un verdadero atentado contra la inmunidad de la bandera.

269. Aplicando esta regla, puede deducirse que sería injustificable cualquier medida para averiguar la nacionalidad de un buque en aquellos puntos en que no haya sospecha alguna de piratería.

Creemos oportuno hacer notar aquí que, según los usos de la navegación, hay costumbre de que los buques que se encuentran en alta mar, enarbolan su bandera, para dar á conocer su nacionalidad, y se admite además en la práctica que, cuando un buque de guerra quiera conocer la nacionalidad de otro barco que no haya enarbolado su bandera, pueda invitarlo á que lo haga enarbolando la propia y disparando al mismo tiempo un cañonazo con pólvora sola. Pero como en tiempo de paz no hay verdadero derecho de investigación de la nacionalidad de un buque en alta

mar, si éste rehusa acceder á la invitación á que antes nos referimos, este simple hecho no será en modo alguno razón suficiente para que el comandante le obligue á ello.

220. Cuando hay necesidad de socorro ó de un servicio cualquiera, acostúmbrase aproximarse al buque que se encuentra hasta donde alcanza la voz, y pueden verificarse las maniobras oportunas para alcanzarlo é invitarle á parlamento. Mas esto que llaman los franceses *droit de donner la chasse*, y los ingleses *right to approach*, no es tampoco un verdadero derecho, á pesar de que sostengamos que la obligación á la asistencia recíproca entre dos buques de cualquier país, es en alta mar una verdadera obligación internacional fundada en la necesidad del tráfico. El buque seguido y alcanzado puede no atender la invitación y continuar su camino; y si bien podrá decirse que ha faltado á los deberes morales, no podrá nunca hacerse responsable por su falta de auxilio.

Por otra parte, tampoco le hay para impedir al barco que pretenda dar alcance, que lo verifique, ni el buque alcanzado podrá sostener que haya una línea ficticia de demarcación en la que no pueda penetrar el otro buque, y sólo podrá exigir que no se le perjudique por las maniobras que el otro practique para acercarse.

221. Estos principios fueron ya discutidos por los Tribunales americanos en la causa de la *Mariana Flora*, cuyo asunto se decidió del modo siguiente: «Háse pretendido establecer que ningún buque tiene derecho á aproximarse á otro en alta mar, y que todo barco le tiene para trazar en derredor suyo una línea de jurisdicción, dentro de la cual no pueda penetrar ningún buque; de manera que puede apropiarse tanta parte del Océano cuanta le sea necesaria para su protección y para prevenir una aproximación que pudiera perjudicarle. Esta doctrina es nueva, y no está fundada en ninguna autoridad. Tiende á establecer en el Océano una jurisdicción territorial análoga á la reclamada por todas las naciones, hasta el alcance de un tiro de cañón disparado desde sus costas, en virtud de su soberanía territorial. Este último derecho está fundado, sin embargo, en el principio de la apropiación soberana y permanente, pero jamás se le ha dado otra aplicación. Cada nave tiene derecho á la parte del Océano que ocupe y á la que le sea necesaria para sus movimientos y maniobras. Fuera de éste, no se ha reconocido ningún otro derecho exclusivo, ni hallamos razón alguna para admitir su existencia» (1).

(1) WHEATON, *Rep. the Marianna Flora*.—PHILLIMORE, *Int. Law*, tomo

Concluimos, pues, que todos los usos introducidos por la costumbre entre las naves que se encuentran en alta mar, deben fundarse en la *comitas gentium*. Y volviendo ahora al solo caso en que suelen ser legitimadas ciertas medidas, esto es, á aquel en que existan fundadas sospechas de piratería, debemos hacer notar que ni aun en este caso podría legitimarse la indagación de la nacionalidad del buque por simple sospecha, aunque fuera fundada en apariencia, sino que conviene proceder con mucha circunspección y miramiento.

222. Cuando se crea que existe un buque pirata en algún punto, y uno de guerra encuentre en dicho paraje otro barco que practique una maniobra falsa, será éste ya un hecho suficiente para que nazca la sospecha, y sin entrar en detalles minuciosos, que los marinos experimentados conocen perfectamente, se podrá decidir en todo caso, según las circunstancias, si es ó no necesario ir á bordo de la embarcación, para proceder á la inspección de los documentos y á cerciorarse de la verdadera condición jurídica del buque.

223. Vamos á hacer ahora algunas indicaciones acerca de las reglas adoptadas para evitar los peligros de la navegación, esto es, de las colisiones entre los diversos buques que surcan el Océano. Refiérense á ello las reglas concernientes á los choques, luces, señales, etc., las cuales se consideran, mediante el *consensus gentium*, como leyes internacionales relativas á la navegación (1).

Son, en efecto, de muchísima importancia y ejercen una influencia decisiva para determinar quién es el culpable en caso de choque ó de *abordaje*. Debemos hacer notar, sin embargo, que no siendo la observancia de las leyes de la navegación igualmente fácil en todos los casos, á causa de encontrarse la nave en un elemento tan inestable cual es el mar en donde deba maniobrarse, es también necesario tener en cuenta los principios que la equidad aconseja. Supongamos, por ejemplo, que un buque haya podido

III, pág. 423; y KENT, que expuso su opinión ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos y al cual cita PHILLIMORE.

(1) El Acta británica de navegación de 1862 es considerada hoy como ley de la navegación internacional, pues ha sido aceptada y declarada obligatoria, á condición de reciprocidad, por los siguientes Estados: Austria, Hamburgo, Hannover, República Argentina, Bélgica, Brasil, Chile, Ecuador, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Hawai (islas), Haití, Italia, Lübeck, Mecklemburgo, Persia, Portugal, Prusia, Rusia, Estados Unidos, Turquía y Uruguay.

llevar á cabo con facilidad un movimiento que no hubiera debido hacer observando las reglas, pero que ha sido necesario por la gran dificultad que encontraba la otra nave para verificar el que le correspondía; en este caso no deberá atribuirse la culpa del choque á quien no observó la regla, por ser tan difícil su observancia.

374. De aquí que nosotros establezcamos como regla general la siguiente:

a) Todo buque está obligado á observar en alta mar las reglas de navegación, considerándolas como leyes de la ruta marítima, salvo el caso en que, por circunstancias especiales, no se hayan podido observar dichas reglas para prevenir ó impedir un peligro próximo, ó por adoptar las precauciones necesarias para proveer inmediatamente á la salvación propia. En tal caso no hay que atenerse á las reglas, sino á lo que aconseje la práctica á los marinos experimentados, dadas las especiales circunstancias del caso.

375. Una de las reglas observadas comunmente es la de que los buques que se encuentren de frente ó casi de frente, de modo que pueda haber peligro de choque, deben maniobrar de manera que el uno pueda pasar respectivamente por el lado izquierdo del otro.

Los buques de vapor deben dejar siempre libre el paso á los de vela, y los que caminan viento en popa á los que no le llevan.

Siendo muchas las reglas relativas á las luces que deben llevar los barcos y á su distribución, no podríamos exponerlas aquí sin entrar en muchos detalles, por lo cual remitimos al lector al *Acta británica de navegación* de 1862, que ha sido aceptada por todos los Estados como ley en esta materia.

376. Debemos advertir, sin embargo, que conviene considerar como regla de derecho común la de que ningún buque pueda usar de la libertad del mar contra los principios del derecho internacional (1); y por esto es por lo que, habiéndose declarado poco

(1) Sobre estas cuestiones véanse las reglas indicadas en el tomo I, §§ 461 y siguientes, 498, y 499 y siguientes. Inglaterra ha conservado hasta principios de este siglo sus extrañas pretensiones. En el Reglamento del Almirantazgo de 1805 se lee la siguiente regla: «Cuando un buque de S. M. se encuentre con otro extranjero en los mares de S. M. (que se extienden hasta el cabo Finisterre) (a), esperará á que dicho buque extranjero amaine la bandera en reconocimiento de la soberanía de S. M. en dichos mares, y si alguno se resistiese, hará el comandante todos los esfuerzos posibles para obligarle á ello, etc.» HALL, ob. citada, pág. 121.

(a) Situado en el Noroeste de Francia, departamento de su mismo nombre (Finisterre), en la Bretaña.

há que la esclavitud es contraria á los derechos de la humanidad, no es lícito servirse de la libertad del mar para transportar esclavos (1).

***. El principio de la libertad del mar conduciría además á deducir otras consecuencias que se refieren á la libertad de ejercer el comercio en tiempo de guerra, y bajo este aspecto falta mucho que hacer para vencer la lucha, todavía tenaz, y reivindicar la libertad de la navegación y del comercio pacífico é inofensivo durante la guerra.

Los cuatro artículos contenidos en la declaración hecha en París en 16 de Abril de 1856, establecieron principios para promover el progreso del derecho marítimo en tiempo de guerra; pero la causa de la libertad del mar sólo habrá triunfado por completo cuando pueda ejercerse el comercio inofensivo tan libremente en tiempo de guerra como en tiempo de paz. Mas no siendo este el lugar oportuno para dilucidar tales cuestiones, nos reservamos tratarlas á su debido tiempo.

(1) Gran número de tratados y leyes asimilan la trata de negros á la piratería, y amenazan á los buques negreros con las mismas penas que á los piratas.

CAPÍTULO II

Cosas pertenecientes al Estado, de las cuales tienen derecho á gozar todos los pueblos.

778. Los estrechos y los ríos no pueden ser objeto de propiedad.—**779.** Doctrina de Vattel acerca de los estrechos.—**780.** Nuestra opinión. Regla.—**781.** Estrechos de los Dardanelos y del Bósforo.—**782.** Proyecto de neutralización del canal de Suez.—**783.** Tasa del peaje.—**784.** Opinión de Hautefeuille.—**785.** Grocio.—**786.** Nuestra opinión.—**787.** Discusiones entre los Estados Unidos y Dinamarca, respecto de los estrechos del Sund y Belt.—**788.** Cuestiones relativas á la navegación fluvial.—**789.** Utilidad de explanar el desenvolvimiento histórico de la doctrina.—**790.** Principios relativos según el Derecho romano.—**791.** En la Edad Media.—**792.** Después de la paz de Westfalia.—**793.** Después de la Revolución francesa.—**794.** Máximas establecidas en el Congreso de Viena.—**795.** Controversias surgidas al aplicarlas.—**796.** Conviene ponerse de acuerdo.—**797.** Discordancias entre los publicistas.—**798.** Teorías de Grocio, Vattel, Puffendorf y Wheaton.—**799.** Opinión de Woolsey.—**800.** Doctrina de Travers-Twis.—**801.** Opinión de Calvo.—**802.** Idem de Heffter.—**803.** Idem de Klüber.—**804.** Idem de Bluntschli.—**805.** Idem de Phillimore.—**806.** Observaciones. Nuestra opinión.—**807.** Reglas.—**808.** Normas generales para los reglamentos de navegación.—**809.** Reglas.—**810.** Cabotaje fluvial.—**811.** Empleo de los barcos fluviales.—**812.** Extensión, autoridad y sanción de las reglas de navegación fluvial.—**813.** Fronteras de dos Estados separados por un río.—**814.** Islas que se formen en dicho río.—**815.** Ríos que corren por un solo Estado: opinión de Bluntschli.—**816.** Nuestra opinión.—**817.** Derecho relativo á la navegación del Rhin hasta el tratado de París de 1814.—**818.** Disposiciones de los tratados de París y Viena.—**819.** Discusión y soluciones definitivas.—**820.** Navegación por el Elba.—**821.** Cuestiones acerca de la navegación del Escalda hasta 1814.—**822.** Máximas y reglamentos posteriores.—**823.** Navegación del Danubio hasta el tratado de París de 1814.—**824.** Comisiones del Danubio.—**825.** Actas de navegación compiladas por estas comisiones.—**826.** Providencias tomadas en el tratado de Londres de 1871.—**827.** Idem en el de Berlín de 1878.—**828.** Navegación por el Vístula.—**829.** Idem por el Pó.—**830.** Otros ríos. Referencias.

778. Hay ciertas cosas que, aunque se hallen dentro de los límites territoriales de un Estado, no pueden ser propiedad del

mismo por estar dispuestas por la naturaleza para servicio de todos los pueblos, los cuales están por tanto interesados en servirse de ellas. Tales son los estrechos que ponen en comunicación los mares unidos al Océano, y los ríos navegables que comunican con el mar.

La libertad de navegar y de comerciar implica la de tránsito por los estrechos y ríos navegables; mas cuando la entrada y el tránsito no puedan verificarse sin penetrar en los límites jurisdiccionales del Estado, deberá armonizarse la facultad concedida á todos los pueblos para disfrutar de tales cosas con los derechos de la soberanía territorial.

I

DE LOS ESTRECHOS

229. Hay estrechos que sirven como paso á un mar interior, y otros que ponen en comunicación dos mares libres. Los primeros pueden estar bajo el dominio del Estado á que dicho mar pertenece; los segundos se hallan en la categoría de las cosas que, como decían los romanos, *naturalí jure communia sunt omnium*.

«Respecto de los estrechos, dice Vattel, hay que notar que, » cuando sirven para la comunicación de dos mares cuya navega- » ción es común á todas las naciones, ó á muchas, la que posee el » estrecho no puede negar el paso á las otras, con tal que este paso » sea inofensivo y no encierre para ella peligro alguno. Negando, » sin justa razón, dicho paso, privaría á las otras naciones de una » ventaja concedida por la naturaleza; pues el derecho al paso es » un resto de la comunidad primitiva. Sólo el cuidado de su pro- » pia seguridad puede autorizar al dueño del estrecho á tomar al- » gunas precauciones y á exigir ciertas formalidades establecidas » ordinariamente por la costumbre entre las naciones. Puede, ade- » más, imponer un derecho módico á los buques que pasen por el » estrecho, como compensación, ora de las molestias que le causan » obligándole á vigilar constantemente, ora de los gastos que trae » consigo la seguridad que les proporciona contra sus enemigos y » contra los piratas, el sostenimiento de faros, y otras cosas nece- » sarias para la tranquilidad y aun para la salvación de los nave- » gantes. Por eso el rey de Dinamarca exige un peaje por el paso » del Sund. Estos derechos deben estar fundados en las mismas

razones y sometidos á las mismas reglas que los peajes establecidos en tierra firme ó en los ríos» (1).

280. Vattel establece aquí la verdadera teoría, y nosotros nos asociamos, al reconocerlo, á la mayor parte de los escritores que sostienen como regla justa la libertad de los estrechos, sin que falte más que determinar la manera de armonizar esta libertad con los derechos correspondientes á la soberanía territorial á que los estrechos pertenecen.

En lo que se refiere al derecho de proveer á la propia seguridad, proponemos las reglas siguientes:

a) No debe considerarse como contrario al derecho internacional el mero hecho de prohibir á los buques de guerra penetrar en los límites de las aguas territoriales de un Estado, ó de determinar las condiciones con que puede concederse este derecho ó el de permanecer dentro de dichos límites (2);

b) En interés general de la seguridad y de la defensa debe admitirse que todo Estado puede declarar cerrado un estrecho á todos los buques de guerra.

281. Háse hecho una aplicación de esta regla respecto de los estrechos de los Dardanelos y del Bósforo, que se hallan bajo la soberanía de Turquía, y que no pueden ser atravesados libremente por los buques de guerra, sino bajo las condiciones establecidas en los tratados vigentes. Esta prohibición se ha considerado siempre como regla invariable del Imperio Otomano, y fué solemnemente proclamada en el tratado de Londres de 13 de Julio de 1841, en el que el Sultán se obligó á prohibir á los buques de guerra extranjeros la entrada en los Dardanelos y en el Bósforo, reservándose solamente el derecho de conceder alguna autorización especial á los barcos pequeños empleados en el servicio de las legaciones de las Potencias amigas (3).

Esta disposición fué confirmada después por el tratado de París de 1856 (4), y ratificada de nuevo en la declaración hecha por la Puerta en 28 de Septiembre de 1868, en la que el Sultán declaró que, continuando vigente la prohibición, se exceptuarían solo los

(1) Vattel, *Le droit des gens*, lib. I, cap. XXII, § 292, y la nota de PRADIER-FODERÉ.

(2) Conf. FIELD, *Intern. Cod.*, § 57, BLUNTSCHLI, *Droit int. codif.*, 308.

(3) V. dicho tratado en ORTOLAN, *Dipl. de la mer*, Apénd. al libro II; y en MARTENS, *Nueva Rec.*, t. XV, pág. 775 y 782.

(4) V. el anexo y el tratado de París de 1856 en el Apénd. de HEFFTER, *Droit int.* (Hay una edición española publicada por SUÁREZ.)

buques que llevasen á bordo un Soberano ó Jefe de un Estado (1). Estas disposiciones fueron revisadas después en la conferencia de Londres en 1871, suscribiéndose el convenio de 13 de Marzo de dicho año, en el que, manteniendo el principio de la clausura de los estrechos, se reservó á la Puerta el derecho de abrirlos en tiempo de paz á los buques de guerra de las potencias amigas ó aliadas, cuando lo juzgase oportuno (2), disposiciones confirmadas en el tratado de Berlín de 13 de Julio de 1878.

782. Trátase ahora de hacer una nueva aplicación de ambas reglas al canal de Suez, que se intenta declararlo cerrado á los buques de guerra, proclamando la neutralización de dicho canal para las necesidades del comercio internacional (3).

(1) V. CALVO, *Droit int.*, t. I, § 236.—TRAVERS TWIS, *The Law of nations*, t. I, § 180.—PHILLIMORE, *Int. Law*, t. I, § 189.

(2) MARTENS, *Nouv. Rec. gen.*, t. XVIII, pág. 303.

(3) La neutralización de una parte del mar ó de un estrecho, significa la exclusión del uso de las aguas neutralizadas para toda operación de guerra. Considérase como una regla de derecho público que un Estado pueda prohibir todo acto de hostilidad en las aguas sujetas á su jurisdicción; pero debería exigirse que se garantizase la neutralidad por un tratado que quitase á todos los Estados, aun en la hipótesis de que estuviesen en guerra con Turquía, la facultad de ejercitar los derechos de guerra respecto al canal de Suez.

TRAVERS TWIS ha sostenido calurosamente la *neutralización del canal* en un importante artículo publicado bajo este mismo título en la *Rev. de droit international*, Annar., 1875, t. VII, pág. 682. En dicho artículo, demuestra TWIS el gran interés que tienen los Estados de Europa en limitar cuanto sea dable el campo de las hostilidades, y en tener abiertas, aun en tiempo de guerra, ciertas vías de comunicación en extremo interesantes para el comercio. Hace notar que, si en el caso de una guerra con la Puerta Otomana, en cuyo territorio está el canal situado, lo bloquease un beligerante sirviéndose del derecho de guerra, y prohibiese el paso á todos los pueblos que hoy lo utilizan para el tráfico indo-europeo, resultaría gravemente perturbado el comercio. Cita dicho escritor un precedente importante, un convenio firmado en Washington el 19 de Abril de 1850, para la neutralización del canal de Panamá, cuando se proyectaba construirlo, y llama la atención de los publicistas y de los Gobiernos para trabajar por la realización de un proyecto de neutralización sobre bases análogas. Y en efecto, si se consideran los grandes intereses unidos hoy al sostenimiento del tráfico por el canal de Suez, y el desorden que traería consigo la interrupción del comercio por aquella vía, debe reconocerse que la proposición del insigne publicista inglés merece seria atención. El Instituto de Derecho internacional nombró una Comisión para que estudiase esta cuestión, y después de largas y animadas discusiones, adoptó dicha comisión las siguientes conclusiones, que fueron sometidas al Instituto en la reunión del 4 de Septiembre de 1879, en Bruselas:

« 1.^a Es de interés general para todas las naciones que el uso del canal de Suez se conserve y proteja, hasta donde sea posible, por el derecho de gentes convencional;

» 2.^a Con este objeto, sería de desear que los Estados se concertasen

783. En lo que se refiere á la utilidad que el soberano territorial puede sacar del paso por los estrechos, observaremos que, si al conceder el paso quisiera convertir la tasa impuesta á los que utilizan la concesión en una verdadera y propia servidumbre, esto destruiría la libertad de la navegación.

784. «Siendo el mar libre y común á todos los pueblos, dice » Hautefeuille, debe serlo también el estrecho. El derecho de pa- » so no es una servidumbre, porque la ley internacional no reco- » noce esta intervención de la ley civil; jamás ha desmembrado la » propiedad. El pueblo ribereño del estrecho no puede, por tanto, » examinar si el paso es ó no inofensivo, como se ha sostenido; no » puede visitar los buques que pasen; no puede, en una palabra, » hacer nada que tienda á restringir ó menoscabar la libre circu- » lación, sin violar el derecho primitivo, á no estar autorizado pa- » ra ello por tratados especiales» (1).

785. Grocio, que había defendido calurosamente la libertad del mar, reconocía, sin embargo, que no es contrario al derecho natural ni al de gentes que un Estado, que para facilitar y proteger la navegación sostiene faros y señales para indicar el rumbo y los escollos, imponga á los navegantes una tasa equitativa: *Vectigal aequum imposuerit navigantibus* (2).

786. A nuestro modo de ver, cuando para que el estrecho sea navegable fuese necesario hacer obras continuas y permanentes, será lícito y conforme á los principios de derecho exigir una retribución proporcionada á los servicios prestados. Toda la dificultad estriba en contener las exigencias dentro de los justos límites, y arreglar la retribución de modo que no afecte el carácter de una tasa impuesta al tránsito, pues haciendo otra cosa carece-

» á fin de evitar, en lo posible, toda medida por la que el canal y sus de- » pendencias pudieran sufrir perjuicios aun en caso de guerra (a);

» 3.^a Si una potencia perjudicase los trabajos de la Compañía universal » del canal de Suez, estará obligada de pleno derecho á reparar lo antes » posible el perjuicio causado y á restablecer la completa libertad de na- » vegación por el canal.» (V. el *Annuaire de l'Institut. de Droit internatio- » nal* de 1879 á 1880, pág. 349.)

(1) *Droit des nations neutres*, t. I, pág. 99.

(2) *De jure belli*, lib. II, cap. XI, § 14. Véase la traducción hecha por PRADIER FODERÉ, pág. 461, nota (edición GUILLAUMIN).

(a) Aunque por poco tiempo, el Gobierno de la nación de TRAVERS TWIS, ha sido el primero que ha violado, y por cierto de un modo muy arbitrario, en la reciente guerra con Egipto, la neutralidad del canal, desconociendo con sus procedimientos violentos y poco respetuosos, los derechos de la Compañía propietaria. (N. del T.)

ria del que puede hacerla lícita, esto es, de el de una mera indemnización.

237. Con razón se negaron los Estados Unidos de América á pagar la tasa que Dinamarca quiso imponer á los buques que atravesaban los estrechos del Sund y del Belt para penetrar en el mar Báltico. En realidad, lo que exigía Dinamarca era muy superior á los gastos que le ocasionaba el hacer navegables los mencionados estrechos, y los Estados Unidos observaron que, si fuese lícito exigir una tasa desproporcionada á los servicios por pasar aquellos estrechos, se establecería un precedente peligroso que violaría la libertad general de todos ellos, y, legitimado el abuso, no se podría en adelante impedir que se impusiese la misma tasa por atravesar los Dardanelos ó los estrechos de Gibraltar y de Mesina.

Todas las razones con que el Gobierno dinamarqués intentó defender su pretendido derecho, como eran el haberlo venido ejercitando desde tiempo inmemorial, el haberlo hecho reconocer en los tratados concluidos con diversos Estados, etc., no pudieron justificar el abuso; y habiéndose asociado los demás Gobiernos para sostener las justas reclamaciones del de los Estados Unidos, hizo necesario llegar á un acuerdo, conviniéndose en que los Estados contratantes pagarían de una vez una suma determinada á título de indemnización por los gastos que el Gobierno dinamarqués debía hacer para cumplir la obligación que se imponía de mantener los faros, los puertos, las señales y vigilar los servicios accesorios para las necesidades de la navegación (1). Este tratado fué concluido el 14 de Marzo de 1857 entre Dinamarca y la mayor parte de los Estados marítimos; y los que no lo suscribieron, han hecho después tratados especiales con el mismo objeto, tanto que en la actualidad, los estrechos del Sund y del Belt están abiertos al comercio, libres de todo impuesto para los buques que los atraviesan (2).

(1) Confr. CALVO, *Droit intern.*, t. I, § 235.

(2) El tratado de Copenhague concluido entre Dinamarca de una parte, y Austria, Bélgica, Francia, la Gran Bretaña, Hannover, Mecklemburgo Schwerin, Oldemburgo, los Países Bajos, Prusia, Rusia, Suecia y Noruega, las ciudades hanseáticas de Lubeck, Brema y Hamburgo de la otra, fijó la indemnización, pagada y repartida entre las partes, en la suma total de 91.434.975 francos. Los Estados Unidos hicieron un tratado aparte y pagaron 2.400.000 francos. El texto de dichos tratados hallase en MARTENS, tomos III y IV, y en HEFFTER, obra citada, Apéndice (tercera edición, página 496). Los demás Estados hicieron después tratados análogos.

II

DE LOS RÍOS NAVEGABLES

788. Los ríos, considerados en sus relaciones con el Derecho internacional son, entre las cosas que se hallan en los límites territoriales del Estado, lo que se presta á mayores controversias (1). La cuestión principal es si debe ó no aplicarse la libertad marítima á los ríos navegables que desembocan en los mares. Discútese después, si admitiendo en principio la libre navegación de los ríos puede generalizarse este derecho, tanto á los que atraviesan los límites territoriales de varios Estados como á los que corren por el territorio de un solo pueblo. Surgen además muchas controversias al regularizar el ejercicio de los derechos de los Estados fronterizos, y otras que se van presentando al aplicar y ejecutar los tratados relativos á este punto.

789. No podemos por menos de exponer, siquiera sea sumariamente, la historia de la discusión relativa á la navegación fluvial, facilitando así la inteligencia y explicación del estado actual de la cuestión, y la solución dada á la misma, con arreglo á los principios proclamados en el Congreso de Viena.

790. Entre los romanos considerábanse las aguas corrientes como *res nullius, juris gentium: res publicae*. Era la razón de esto la de que el agua corriente se clasificaba, á semejanza del mar, entre las cosas comunes por derecho natural. *Et quidem naturali jure communia sunt haec omnia, aër, aqua profluens et mare, et per hoc litora maris* (2).

(1) Véase sobre esta cuestión las dos importantes monografías de KATHEDOR, *Du Droit int. concernant les grands cours d'eau* (1861).—ENGELHARDT, *Du régime conventionnel des fleuves internationaux*.—VATTEL, *Droit des gens*, libro I, cap. X, § 266 y siguientes y la nota de PRADIER FODERÉ.—HEFFTER, *Droit int.*, § 77.—FIELD, *Inter. code.*, § 55.—TRAVERS TWIS, *The law of nations*, § 141 y siguientes.—WHEATON, *Droit international*, § 1119, y su *Histoire du Droit des gens*, y sobre todo las discusiones relativas á la navegación del Misisipi y del San Lorenzo.—KLÜBER, *Droit des gens*, § 135.—CALVO, *Droit int.*, § 259 y siguientes, el cual refiere las diversas discusiones relativas á los varios ríos de Europa y América.—PIERANTONI, *Il fiume e la convenzione internazionale del Manheim*.—BLUNTSCHLI, *Droit int. codifié*, § 311-315, y WURM, *Cinq lettres sur la liberté fluviale*.—HALLEK, *Int. Law*, tomo I, § 23.—PHILLIMORE, *Int. Law*, tomo I, § 155.—WOOLSEY, *Int. Law*, § 58.—CREASY, *First platform of int. Law*, § 229.—HALL, *Int. Law*, § 39 y siguientes.

(2) Instituta, libro XI, tit. I, § 1.º

Distinguían en el río tres elementos: el agua corriente (*flumen*), el lecho ó cauce (*alveus*) y las orillas (*ripae*); y como el principal de todos era el agua, los otros dos elementos seguían la condición jurídica del principal. Aplicando este mismo principio, clasificaron entre las *res publicae*, tanto los ríos navegables como los no navegables, *flumina perennia* y *flumina torrentia*, y sostuvieron que tanto los unos como los otros no eran susceptibles de convertirse en propiedad privada. Atribuyeron al Estado el supremo dominio de los mismos; pero sólo para que pudiese garantizar su uso á todos y ejercer la alta policía.

Sentados estos principios, dedujeron de ellos los romanos que la navegación y la pesca en los ríos debían ser públicas, y como para ejercitar una y otra eran necesarias las riberas, admitieron también como público su uso: *riparum quoque usus publicus est juris gentium sicut ipsius fluminis* (1). Concedieron á los propietarios fronterizos sacar algún provecho de su posición, pero les prohibieron emprender cualquier obra que pudiese perjudicar la navegación (2).

291. En la Edad Media fué violado poco á poco el principio romano, y los ríos pasaron del dominio público al del soberano. Este cambio tan notable fué consecuencia de haber exagerado los derechos llamados de regalía y haber abusado los soberanos del derecho que tenían para imponer tasas á los navegantes, acostumbrándose poco á poco á considerar los ríos como cosas de su propiedad, siendo los impuestos sobre el paso tan gravosos que desde el siglo IX al XVII se vieron obligados los comerciantes á dejarse despojar de una gran parte de las mercancías para poder navegar por los ríos, y creció tanto el abuso, que llegaron á ser menos dispendiosos los portes y la comunicación por tierra. Tantos obstáculos puso la fiscalización á la navegación, sobre todo en los grandes ríos como el Rhin, el Elba y el Escalda, que hizo casi inútiles tan fáciles é importantes vías naturales de comunicación.

292. Hízose la primera tentativa de protesta en el Congreso de Westfalia (Octubre de 1648), en el cual se emitió un voto en favor de la libertad de la navegación fluvial; pero no se llevó á

(1) Instituta, libro XI, tit. I, § 4.º

(2) La distinción entre las *res publicae naturali jure*, y las *res publicae jure civitatis* consistía en que las primeras estaban destinadas al uso común por la naturaleza y no podía cambiar su destino el Estado, mientras que las otras eran excluidas del dominio privado y destinadas al uso común por las leyes del Estado.

efecto en la práctica. Basta recordar que en el tratado de Münster, hecho en el mismo año (30 de Enero), España y los Países Bajos celebraron un tratado en el que convinieron que el Escalda quedaría cerrado al comercio de las provincias católicas que permanecían bajo la dominación española (1).

El haber impedido á aquellas provincias, cuyo territorio bañaba el río, aprovecharse de las ventajas que Dios y la naturaleza les habían concedido, fué la más exagerada aplicación del falso principio de la soberanía en los ríos. Para hacer respetar esta prohibición, construyeron los holandeses dos fuertes en el curso del río, obligándose medio siglo después Inglaterra y Austria á respetar tales prohibiciones. También se negó la libertad de navegar por el Rhin y por el Elba aun á los mismos pueblos que habitaban en sus riberas, tanto que un escritor de aquella época protestaba contra estas prohibiciones que arruinaban al comercio (2).

293. Una de las grandes reformas de la Revolución francesa, fué la de exigir que se pusiese en vigor la doctrina de los romanos sobre la libertad de la navegación fluvial, y declarar contrario al derecho natural el poner obstáculos á la navegación por el Escalda y por el Mosa (3).

El primer paso dado en el camino de la libertad tuvo por resultado declarar que los Estados fronterizos debían considerarse como condóminos, y que debía abolirse toda tasa de tránsito para los ciudadanos de dichos Estados. Estas máximas fueron proclamadas en el Congreso de Rastadt, de 12 de Marzo de 1798, y confirmadas en Ratisbona en 1802, y en el tratado de París de 15 de Agosto de 1804, en el cual se echaron las primeras bases de la legislación internacional relativa á la navegación de los ríos.

De este modo fué declarada libre la navegación del Escalda, del Mosa y del Rhin. Estos principios fueron violados en 1810 por Napoleón I respecto de este último río; pero en el tratado de París de 1814 volvió á declararse en vigor el sistema de la Revolución, proclamando libre la navegación del Rhin desde el punto en que

(1) Véase lo dicho respecto al derecho histórico relativo á la navegación del Escalda.

(2) «Véanse bellísimos ríos casi inutilizados para la navegación por la tiranía de los peajes, como sucede con el Rhin, el Mosa, el Elba y otros.... Sus orillas están llenas de insolentes corsarios que bajo el nombre de *commis* están encargados, en nombre de los príncipes cuyos dominios cultivan, de saquear á los desgraciados mercaderes que se exponen á estas ruinosas excursiones.» *Annales*, de LINGUET, XI, pág. 492.

(3) Decreto de 6 de Octubre de 1791. Véase *Deliberation du Conseil exécutif provisoire*, 20 de Noviembre de 1792.

dicho río es navegable hasta el mar (1), y se indicó como máxima el deseo de aplicar el principio de la libertad de navegación por los demás ríos, pero reservándose estudiar la cuestión.

294. El Congreso de Viena de 1815, dando mayor desarrollo á las máximas indicadas en el Congreso de París, formuló el derecho público internacional relativo á la navegación fluvial, que puede resumirse en los siguientes principios (2):

1.º No puede prohibirse á nadie la navegación para el comercio de todos aquellos ríos navegables que atraviesan el territorio de varios Estados, siempre que los buques cumplan los reglamentos relativos á la policía de dicha navegación;

2.º Las tarifas deben ser uniformes é invariables, y arregladas de modo que no impidan el comercio;

3.º Los derechos de pasaje, de flete, etc., deberán abolirse;

4.º Cada Estado hará los trabajos necesarios para facilitar la navegación;

5.º Los impuestos deberán limitarse á lo estrictamente necesario para cubrir los gastos;

6.º Las Aduanas de los Estados fronterizos no tendrán nada que ver con los derechos de navegación, y las funciones aduaneras no deberán crear obstáculos al libre tránsito, permitiéndose sólo cierta vigilancia para impedir el contrabando;

7.º De conformidad con las máximas enunciadas, se aplicará un reglamento redactado por comisarios nombrados expresamente, y deberá observarse por todos los Estados fronterizos, los cuales no podrán variarlo sin el consentimiento de los demás (3).

Estos son los principios fundamentales que han regularizado

(1) «La navegación por el Rhin desde el punto en que es navegable hasta el mar y reciprocamente, será libre de tal suerte que no pueda ser prohibida á nadie, y el futuro Congreso se ocupará de los principios á los cuales deberán arreglarse los derechos que hayan de cobrar los Estados ribereños, del modo más igual y favorable al comercio de todas las naciones. También se examinará y decidirá en el futuro Congreso el modo de facilitar las comunicaciones entre los pueblos, haciéndoles menos extraños los unos á los otros, y de qué manera podrá extenderse la disposición precedente á todos los demás ríos cuyo curso navegable separa ó atraviesa diferentes Estados.» Véase ENGELHARDT, obra citada.

(2) Debemos consignar aquí que el barón de HUMBOLDT ejerció una gran influencia para que prevaleciesen en la redacción de los artículos los principios favorables á la libre navegación. Véase en la *Revue de Droit int.*, 1879, pág. 365, un artículo de ENGELHARDT que merece fijar seriamente la atención de los publicistas.

(3) V. el Anexo XVI del Congreso de Viena. Encuéntrase transcrito en una nota de PHILLIMORE, tomo I, pág. 229, y en ENGELHARDT, en los apéndices.

la navegación fluvial, y han formado la base de los diversos reglamentos orgánicos relativos á los distintos ríos; principios reclamados y aplicados al Danubio por el tratado de París de 30 de Marzo de 1856 (1).

295. Sin embargo, en su aplicación á los diversos ríos, se han interpretado de distinta manera las reglas establecidas en Viena, por lo que no puede decirse que la cuestión de la navegación fluvial se haya resuelto de modo que establezca normas ciertas y constantes aplicables á todos los ríos del mundo, como las tenemos respecto de la navegación marítima.

Aún quedan por resolver muchas controversias, dudándose ante todo si puede ejercerse la libre navegación en cualquier río navegable que comunique con el mar; si debe reconocerse el derecho de hacer uso de las aguas bajo cualquier aspecto ó sólo para las necesidades del comercio; si para cualquier clase de éste, incluso el transporte de pasajeros, ó sólo para el de mercancías; y por último, si el derecho de los Estados fronterizos para establecer las condiciones bajo las cuales conceden á los buques extranjeros el uso del río para las necesidades de su comercio, puede ser tan amplio que estén autorizados para crear una posición privilegiada para sus propios ciudadanos y hacer la libertad de navegación efímera é ilusoria (2).

Suele suceder, y ha sucedido en efecto, que las comisiones han subordinado en los reglamentos el beneficio de la libertad por parte de los extranjeros á tales condiciones que han hecho el río inaccesible á los buques de otras naciones. Con sólo hacer del cabotaje un privilegio nacional, casi se excluye á dichos buques de poder aprovechar la libertad de navegación, porque se hacen para ellos inaccesibles todas las regiones intermedias y superiores al lugar de su destino.

296. Para evitar tanta divergencia, será necesario que los Gobiernos de Europa se pongan de acuerdo á fin de establecer reglas de Derecho internacional aplicables á la navegación fluvial, y hacer así posible una legislación uniforme en interés del comercio universal. Mas para facilitar la solución de la cuestión conveniría que se pusiesen primero de acuerdo los publicistas. Desgra-

(1) V. los arts. 15 y 16 del tratado de París, en los que se halla contenido el principio de la libre navegación.

(2) V. á este propósito las atinadas observaciones de ENGELHARDT en el artículo á que aludimos en una de nuestras notas anteriores, publicado en la *Revue de Droit int.* (1879, pág. 383.)

ciadamente la doctrina de éstos no es todavía una guía muy segura.

797. Según observa oportunamente Calvo, admiten los publicistas el principio general y abstracto de la libre navegación, pero no están de acuerdo en el modo de aplicarlo, y solamente puede comprobarse en todos una tendencia muy marcada á generalizar y desarrollar el principio de la libertad aplicada á esta materia (1).

798. Algunos han seguido, en efecto, el camino trazado por Grocio, que admite el derecho de uso inofensivo, ó sea el derecho á usar de las cosas que son útiles al que las usa sin perjudicar á aquél á quien pertenecen (2).

Aplicando esta regla á la navegación de los ríos, han dicho que, por más que un río pertenezca al Estado por cuyo territorio pasa, como agua corriente, debe ser considerado cosa común, y que por tanto, todos aquellos que necesiten el paso inofensivo deben tener derecho á servirse de él.

Esta teoría ha sido aceptada por Vattel (3), por Puffendorf y por Wheaton, que escribe: «Las cosas cuyo uso es inagotable, tales como el mar y el agua corriente, no pueden pertenecer en propiedad á persona alguna excluyendo á otras del derecho á servirse de ellas, con tal que este uso no perjudique al propietario legítimo. Esto es lo que se llama *uso inofensivo*.... El derecho de navegar para asuntos de comercio por un río que corra por el territorio de varios Estados, es común á todas las naciones que habitan en sus orillas» (4).

799. Woolsey formula su teoría de este modo: «Cuando un río navegable forma el límite de dos Estados, debe presumirse que ambos tienen derecho al libre uso del mismo, y que la línea divisoria se halla en la mitad del lecho, á no ser que se haya establecido otra cosa por una larga ocupación ó por acuerdo de las partes. Cuando un río corre por el territorio de un Estado y desemboca en el mar por el territorio de otro, concede el derecho internacional á los habitantes de la parte superior un derecho imperfecto á la navegación. Semejantes conclusiones las consideramos basadas en las estrechas miras del derecho territorial, que no tienen en cuenta las necesidades del género humano ni el destino del

(1) Ob. cit., t. I, § 260.

(2) *De jure belli*, libro XI, cap. II, §§ 11 y 13.

(3) Vattel, libro XI, cap. IX, §§ 127-130, y la nota de Pradier Fodéré (edición Guillaumin).—Puffendorf, libro V, cap. III, núm. 8.

(4) *Droit inter.*, tomo I, pág. 11, cap. IV, § 12.

mismo á ejercer el comercio. Cuando un río es para un Estado interior el *único medio*, ó el *único conveniente* para comunicar con el mar y ponerse en relación con el resto del género humano, el derecho que tiene tal Estado á servirse de aquél es tan poderoso, que, según la justicia natural, debe apreciarse la posesión del territorio como un motivo de derecho mucho menos considerable que el de el primero, pues no debe éste paralizarse ni aislársele del resto del género humano, ni debe tampoco depender del capricho de otro el colocar ó no al que se halla lejano del mar, que es libre para todos, en condiciones de poder llenar ó no su vocación. Cuando el tránsito es necesario puede ser reclamado como un derecho. El pueblo que habita una región interior tiene una verdadera servidumbre sobre las vías naturales de comunicación, por más que se hallen en el territorio de su vecino, para llegar á la gran vía que es común á todos los pueblos. Es necesario, sin embargo, dar las convenientes seguridades de que no se cometerá en el paso transgresión alguna, y pagar toda tasa equitativa impuesta para mejorar la navegación; pero dado esto, los que viajan deben ser libres de ir y volver por cualquier río que pueda considerarse en las condiciones antes indicadas» (1).

SOO. Travers-Twis expresa á este propósito su opinión en la forma siguiente: «Un río cuyas orillas correspondan á una misma nación, puede considerarse como una corriente de agua contenida en un canal que forma parte del territorio de dicha nación, y mientras pasa por el territorio de ésta se halla sujeta á su dominio del mismo modo que las demás cosas que se hallan en el territorio, y aquellos que navegan por el mencionado río están sujetos á la jurisdicción del Estado territorial, *ratione loci*. El ejercicio del derecho de dominio por parte de la nación sobre dicho río, mientras corre á través de su territorio, no lleva consigo obstáculo alguno al uso del mismo, como agua corriente, por parte de otra nación, ni se opone al ejercicio de sus respectivos derechos de dominio sobre el mismo río mientras atraviere sus respectivos territorios.» Nosotros, de conformidad con la práctica de los pueblos, sostenemos que una nación que posea entrambas orillas, debe ser considerada en posesión jurídica del curso de agua respectivo y excluir legítimamente á toda otra nación del uso de aquella, por todo el trayecto de su territorio, cualquiera que sea la longitud del río (2).

(1) *Intern. Law*, § 58.

(2) *Law of nations*, § 141.

801. Calvo formula de este modo su opinión respecto del asunto que se debate: «Si la libertad de los mares es un principio de justicia definitivamente consagrado por el derecho de gentes y reconocido por la práctica de las naciones, parece natural y lógico aplicarlo también á la navegación de los ríos. Ningún motivo impide que se coloquen aquéllos en la misma línea que los mares, ni que se reconozca que los reglamentos particulares establecidos por cada pueblo respecto á esta navegación deban afectar un carácter fiscal, y que la autoridad sólo pueda intervenir para facilitarla, generalizarla y hacer que se respeten los derechos de todos» (1).

A pesar de esto, aquel eminente publicista, después de haber expuesto cuidadosamente el derecho histórico y la solución dada en la práctica á la navegación de los diversos ríos de Europa y de América, formula su opinión en la siguiente forma: «Cuando un río se halla situado por completo dentro del territorio de un solo Estado, se considera que se halla bajo la soberanía exclusiva de ese mismo Estado, que entonces tiene él sólo autoridad y poder para reglamentar su navegación. Cuando, por el contrario, sirve de límite á uno ó varios Estados, constituye para éstos una propiedad común, á no ser que por primera ocupación, compra, concesión ú otro título válido y legítimo haya adquirido su dominio exclusivo y privilegiado uno de estos Estados» (2).

Hablando finalmente del derecho de tránsito y de navegación correspondiente á los demás Estados, concluye de este modo: «Esta facultad de libre tránsito ó de *paso inofensivo* asegurado á los buques de un Estado en los ríos pertenecientes á otro, constituye solamente un derecho imperfecto, *cuya extensión y reglamentación entran por su naturaleza en el dominio de las estipulaciones convencionales*» (3).

802. Heffter admite una comunidad natural respecto al uso de las aguas y de la propiedad de un río que recorre el territorio de varios Estados, y dice que ninguno de ellos puede atentar á los derechos de los demás; pero que, «por otra parte, cada cual de ellos puede, como podría un propietario único de un río, *stricto jure*, aplicar las aguas á sus propios usos y á las de sus regnicolas, y excluir de él á los demás» (4).

(1) Obra citada, § 259.

(2) Idem, § 290.

(3) Idem, § 293.

(4) *Droit int.*, § 77.

803. Klüber dice «que la independencia de los Estados se manifiesta particularmente en el uso libre y exclusivo del derecho sobre las aguas, tanto en las costas y mares territoriales del Estado, cuanto en sus ríos, lagos, canales y estanques..... No podría acusársele de injusticia si prohibiese el paso á los buques extranjeros por los ríos, canales ó lagos de su territorio» (1).

804. Bluntschli, en su regla 314, establece decididamente el principio de la libertad de navegación por los ríos que comunican con el mar. «Los ríos navegables que se hallan en comunicación con un mar libre, deben estar abiertos en tiempo de paz á los buques de todas las naciones. El derecho de libre navegación no puede ser abrogado ni restringido con perjuicio de ciertas naciones» (2).

805. Phillimore, por el contrario, después de haber expuesto la cuestión entre Inglaterra y los Estados Unidos, á propósito de la navegación del río San Lorenzo (3), dice: «Es difícil desconocer que la Gran Bretaña puede fundar su negativa en el derecho estricto; pero lo es también el negar: primero, que obrando de este modo exigía el reconocimiento de un derecho muy fundado, y segundo, que su conducta respecto á la navegación del San Lorenzo se halla en contradicción con la observada respecto de la navegación del Misisipi» (4).

806. Basta lo expuesto para probar que las opiniones de los escritores contemporáneos son, en su mayor parte, bastante discordes acerca de los principios relativos á la navegación fluvial, para darnos la razón al afirmar que la doctrina de los publicistas no establece todavía una marcha segura ni puede servir de guía para resolver dichas cuestiones. Reconocen un derecho á servirse de los ríos navegables para las necesidades del comercio, pero declarando

(1) *Droit des gens*, § 76.

(2) *Droit int. codifié*, tercera edición, LARDY.

(3) La importante discusión entre Inglaterra y los Estados Unidos respecto de la navegación del San Lorenzo, se halla transcrita en WHEATON, *Histoire du droit des gens*, tomo II, páginas 159 á 199; en PHILLIMORE, tomo I, § 170; en CALVO, § 276, y en WHARTON, *Digest of the international Law of the United States*, tomo I, § 30.

(4) Todo puede justificarse; pero el hecho es que Inglaterra, que había sostenido tenazmente la libertad fluvial en el Congreso de Viena y reivindicado su derecho de navegación por el Misisipi sólo porque poseía una pequeña parte de sus riberas, quería negar á los Estados Unidos el derecho de navegar por el San Lorenzo, siendo así que éstos poseen en una gran extensión la orilla derecha de este río.

que éste es un derecho imperfecto y concediendo á los Estados, cuyo territorio atraviesa un río, la facultad de considerarse como propietarios de la parte que corre por su territorio, y dictar las condiciones á los que quieran navegar por él, llegando hasta hacer efímera en la práctica la misma libertad que afirman en principio, tanto más cuanto que los intereses particulares de los Estados y de sus ciudadanos se oponen generalmente á favorecer la libre concurrencia de la navegación por parte de los demás pueblos comerciales.

Deseando exponer nuestra opinión con arreglo á los principios del derecho, creemos oportuno distinguir los ríos navegables en dos clases, á saber: los que corren á través del territorio de diversos Estados y comunican con el mar, y los que sólo atraviesan el territorio de un Estado.

Respecto de los primeros, no puede dudarse que los Estados atravesados por el río tienen derecho á utilizar aquella vía natural para las necesidades de su comercio, y que ninguno de ellos puede disponer de la sección del que corre dentro de los límites de su jurisdicción, privando á los otros del beneficio de gozar la ventaja de poder servirse del mismo para las necesidades de la navegación y del comercio.

Considerando el río como indivisible por su naturaleza, es claro que no podía servir para el uso á que está destinado si fuese lícito á uno de los condueños deteriorar la parte que le corresponde, ó inutilizarla para el objeto á que se halla afecta, poniendo cualquier clase de obstáculos á la libertad de la navegación ó á la facultad de servirse de él para la necesidad del comercio.

Agréguese á esto que siendo el de comercio libre un derecho natural de todo Estado, no puede menoscabarse por otros Estados su pleno y completo goce sin atacar la autonomía y la independencia del primero, y conviene recordar que el comercio es cosmopolita por su naturaleza. De aquí que los Estados que tienen el derecho de comercial libremente, si no se quiere menoscabar de algún modo este derecho, deba reconocérseles la facultad de comunicarse con todos los pueblos, y no pueda, por tanto, ponerse impedimento alguno á aquellos que quieran ejercer entre sí el comercio.

En nuestro sentir, el carácter internacional de la navegación fluvial se deriva necesaria y jurídicamente, en el caso propuesto, de la naturaleza de las cosas, esto es, de la indivisibilidad del río, del derecho natural de la libertad, y del carácter internacional del comercio.

Todo Estado que posea una pequeña parte del río tiene derecho á exigir que éste quede abierto al comercio internacional, ó lo que es lo mismo, á exigir que los demás Estados no creen obstáculo alguno á la navegación internacional del río, impidiéndola de cualquier manera en la sección sujeta á su jurisdicción.

SOS. Respecto á este punto, sería conveniente establecer las siguientes reglas:

a) Los ríos navegables que se hallen en comunicación con el mar y atraviesen ó separen el territorio de diversos Estados, son ríos internacionales;

b) Todo Estado fronterizo tiene derecho á que los demás no pongan impedimento alguno al libre y completo goce de la cosa común, y por tanto, no sólo puede exigir que no introduzca variación ó emprenda obras que hagan al río inútil para el objeto á que está destinado, sino que también le tiene para que, salvo el derecho á la indemnización, hagan ó manden hacer cuanto convenga para conservar el río en buenas condiciones para la navegación;

c) Los trabajos necesarios para este objeto, sea cualquiera la sección en que deban verificarse, deberán hacerse á expensas de todos los Estados fronterizos, y las compensaciones é indemnizaciones relativas serán distribuidas entre los mismos con arreglo á los acuerdos previamente establecidos;

d) La navegación por los ríos internacionales debe regirse por los principios del Derecho internacional y no por los intereses individuales de cualquiera de los Estados fronterizos, y cuando no estén acordes en la redacción del reglamento internacional para la navegación del río, podrá cada Estado exigir que dicho reglamento sea redactado por una Comisión internacional con arreglo á los principios de este derecho relativos á la navegación de los ríos internacionales;

e) Los reglamentos internacionales de navegación fluvial deberán estar bajo la garantía colectiva de todos los Estados y ser obligatorios aun para los pueblos fronterizos que no los hubiesen aceptado (1).

SOS. Pasemos ahora á examinar la forma cómo podrían com-

(1) Una de las cosas á que debía proveer el reglamento es la de determinar todo lo que pudiese ocurrir para que el río estuviese en todo su curso al nivel conveniente para la circulación regular y segura, y establecer, por tanto, una autoridad de vigilancia para impedir las nuevas obras que pudiesen perjudicar, bajo cualquier aspecto, la circulación ó alterar el curso de las aguas, y para comprobar la ejecución de los trabajos técnicos que debieran hacerse á expensas de la comunidad, etc., etc.

pilarse los reglamentos internacionales relativos á la navegación de esta clase de ríos.

Toda la dificultad en esta materia está en conciliar los intereses individuales de los Estados fronterizos y de sus ciudadanos con los intereses generales: y debe hacerse de modo que los Estados puedan aprovecharse de su posición, y que sean indemnizados de los gastos que soportan, así como también que puedan asegurar alguna ventaja á sus propios ciudadanos, y que, haciendo esto, no pongan obstáculo á la libertad de la navegación y del comercio.

Uno de los principales impedimentos á dicha libertad podría derivarse de la percepción de los derechos de navegación. Ciertamente que estos derechos no pueden negarse á los Estados fronterizos, pero también es verdad que para que no se conviertan en un gravamen ruinoso es necesario que no se exagere la fiscalización viniendo aquellos á ser muy crecidos y onerosos.

Fuera de toda duda está, el que la navegación fluvial debe proporcionar algún provecho á los Estados fronterizos; pero éstos no tienen derecho á exagerar sus codiciosas pretensiones hasta el punto de hacer pagar á caro precio la concesión de navegar; pues de otro modo, no se haría más que negar de hecho la libertad que se concediera de palabra. En otro tiempo inventó el fiscalismo diversas clases de impuestos sobre la navegación fluvial. En ciertos ríos comenzábase por exigir una tasa de entrada, como se practicaba en la desembocadura del Elba y del Weser; después venía el impuesto de tránsito, el de escala, el de arribada ó permanencia forzosa, etc., etc., y la medida de estos impuestos variaba según la naturaleza del cargamento y la nacionalidad del buque.

SOL. Para evitar todo abuso sería oportuno establecer las siguientes reglas:

a) La navegación en los ríos internacionales no podrá someterse á ninguna tasa de entrada, peaje, tránsito, etc., sino que deberá ser libre para todos sin distinción de nacionalidades, tanto para el transporte de mercancías como para el de pasajeros;

b) Cada Estado de los que el río atravesase ó separe podrá percibir los derechos de navegación de los buques que entren en sus puertos. La cuantía de tales derechos deberá ser uniforme en todo el curso del río y proporcional á la establecida en los puertos abiertos al comercio, aumentándola solo en proporción á los mayores gastos que ocurran para mantener el río en condiciones de navegación en sus diversas secciones;

c) La percepción de los derechos de navegación deberá hacer-

se de modo que no perjudique al tráfico. Para esto es indispensable que la tasa sea independiente de la naturaleza del cargamento y proporcional á la capacidad del buque;

d) Cada Estado podrá aplicar las leyes y reglamentos de Aduanas únicamente á los buques que entren en sus propios puertos y lleven á cabo operaciones comerciales sujetas á dichas leyes y reglamentos aduaneros. No podrán, sin embargo, someterse en ningún caso á las tarifas de Aduanas las mercancías de tránsito, las cuales estarán sujetas á las tasas impuestas á este servicio. Tampoco podrán imponerse á aquellas que por las necesidades de la navegación se hayan desembarcado y depositado, las cuales solo estarán sometidas á las tasas del servicio de desembarco y depósito;

e) Los Estados fronterizos deberán proveer con reglamento especial y uniforme á la policía y seguridad de la navegación, á prevenir el contrabando, al modo de efectuar las visitas sanitarias, tanto á la entrada como á la salida del río, á la cuarentena y á la penalidad en caso de contravención, pero no de modo que resulten obstáculos de ninguna clase á la libertad de la navegación.

§ 10. En lo que se refiere á la protección debida á los ciudadanos de los Estados fronterizos, es una de las cuestiones más graves, la de si puede ó no reservarse á éstos exclusivamente el comercio de cabotaje en el interior del río. En nuestra opinión, queriendo conciliar los intereses generales con los individuales de los ciudadanos de los Estados fronterizos, podría reservarse á los de cada Estado el privilegio de transporte ó pequeño cabotaje en la sección del río sujeta á dicho Estado; pero debería concederse á los buques que llegan de alta mar el derecho de hacer el cabotaje entre las diversas secciones del río pertenecientes á distintos Estados, para no dificultarles así el ejercicio del comercio y para concederles las ventajas del transporte de pasajeros (1).

Proponemos, pues, como regla:

f) Cada Estado fronterizo puede reservar el cabotaje, en la sección del río que le pertenezca, á sus propios ciudadanos; pero el cabotaje y transporte de pasajeros entre las diversas secciones del río estará sometido á las mismas reglas que en las costas marítimas de los Estados civilizados.

(1) Así se acordó respecto del Danubio por el convenio suscrito el 7 de Noviembre de 1857, entre Turquía, Austria, Baviera y Wurtemberg. Respecto del Rhin, el convenio de 1831 reservó únicamente á los ciudadanos de los Estados fronterizos el servicio de *batellerie*, ora subiendo, ora bajando hacia el mar.

S11. En lo que se refiere á la obligación impuesta á los navegantes de construir buques exclusivamente fluviales, podría esto limitarse á cierta parte del río en que fuese necesario, pero no debería imponerse como una obligación general, siéndolo sólo para la seguridad de la navegación el proveerse de un piloto ó práctico en ciertas localidades.

Proponemos, pues, como regla:

g) Los buques que pueden navegar en alta mar deben ser admitidos á verificarlo en los ríos internacionales bajo la misma norma establecida para la navegación marítima (1); pero podrá imponerse á aquéllos el deber de proveerse de un piloto ó práctico del país en las circunstancias ó en los puntos en que el abandonar la dirección del buque á los navegantes extranjeros pudiera ser peligroso.

S12. Las reglas relativas á la navegación fluvial deberían regir ésta, no solamente en la sección principal del río internacional, sino en los brazos del mismo río que se hallen en comunicación con el mar. Estos brazos deben considerarse como formando parte del río, siempre que presenten las mismas condiciones para la navegación (2).

Cuando se proclamen las reglas para la navegación en los ríos internacionales por la mayor parte de los Estados civilizados, deberán ser respetados y observados por todos, y á semejanza de las

(1) Según el último convenio, relativo á la navegación del Rhin, concluido en Mannheim el 17 de Octubre de 1869, entre los Estados fronterizos, son admitidos á la navegación de aquel río: «los barcos que tengan derecho á enarbolar el pabellón de uno de los Estados ribereños», y esta restricción, como observó, con razón, *ROLIN JAEQUEMYS* (*Revue de Droit int.*, 1869, pág. 152), no está de acuerdo con el principio de la libertad de navegación.

Es verdad que el nuevo convenio establece, que para obtener la patente que da derecho á conducir un barco de vela ó de vapor por el Rhin, no es necesario ser ciudadano de uno de los Estados fronterizos, sino que basta haber fijado el domicilio en cualquiera de ellos; pero es todavía una grave restricción á la libertad el imponer esta obligación no justificada en modo alguno. Si solamente se hubiese exigido la elección del domicilio, habría podido justificarse ésta por la responsabilidad especial que asume el que dirige un barco por este río.

(2) Casi todos los grandes ríos, antes de penetrar en el mar, se dividen en dos ó más brazos. El Danubio tiene tres principales, Kilia, Sulina y San Jorge. El Rhin se bifurca cerca de Emmerich, y junto á Nimega se divide en tres brazos, el Wahal, Leck é Issel. Con motivo de la navegación del Rhin, fué precisamente por lo que se discutía la cuestión de si el régimen convencional de la navegación rhenana debía aplicarse también á los brazos en que se dividía dicho río. (V. *WHEATON*, *Droit int.*, 1.^a c., § 17.)

demás reglas del derecho internacional, deberían estar bajo la garantía colectiva de todos los Estados, los cuales, así como tienen derecho á gozar de la libertad de navegar, así también podrán exigir que se mantengan las condiciones establecidas mediante el *consensus gentium* para ejercitar dicha libertad, no pudiendo ninguno de los Estados fronterizos, ni la mayoría de ellos, modificar dichas reglas mediante un acuerdo.

Para la observancia de tales reglas y la aplicación de la penalidad relativa en caso de la violación de las mismas, parece indispensable establecer una jurisdicción especial; pero al decir esto, no justificamos el sistema seguido por aquellos que han legitimado la institución de una jurisdicción de esta clase para todas las cuestiones que puedan surgir con motivo de la navegación fluvial.

Respecto á esta, es necesario hacer una distinción. Las cuestiones pueden ser relativas á la administración fluvial, á los intereses de los condóminos, á la distribución de los gastos y de las cargas, á la repartición de los derechos de navegación, etc., cuyas cuestiones interesan sólo á los Estados fronterizos, los cuales podrán establecer una comisión permanente en la que estén todos representados, y revestirla de una jurisdicción especial para todas las cuestiones técnicas y administrativas que puedan surgir en el ejercicio de los derechos y de los deberes que del condominio se derivan.

Las cuestiones que pudieran surgir por la violación de las reglas aplicables á los ríos internacionales, deberían deferirse á un Tribunal especial, formado por los representantes, no sólo de los Estados fronterizos, sino también de los demás que intervinieran.

Este sería un verdadero tribunal internacional con jurisdicción especial, llamado á decidir si habían sido ó no violadas las reglas de derecho público relativas á los ríos internacionales, y tendría facultad para aplicar la pena al autor de la violación.

Las cuestiones que surgieran por hechos de los particulares ocasionados por cualquier accidente de la navegación, deberían decidirse por los Tribunales de la sección del río donde el hecho ocurriese, y de conformidad con las leyes allí vigentes. Así, mientras se obtuviese la pronta y recta administración de justicia, se evitaría el inconveniente de crear una jurisdicción internacional especial y sustituir con ella las jurisdicciones territoriales ordinarias, aun para los hechos en materia civil y penal que, aunque

acaecidos en el curso de la navegación fluvial, no interesan en lo más mínimo el Derecho internacional (1).

§13. Tócanos examinar ahora el caso en que el río no atravesase sino que separe el territorio de dos Estados, de modo que constituya la línea fronteriza de ambos. En este caso las cuestiones que puedan surgir versarán sobre el límite de dicha línea, y acerca de la propiedad de las islas que se formen en el curso del río.

Acerca de la primera, la regla más comunmente aceptada es, que cuando uno ú otro Estado no puedan hacer valer títulos bien fundados para reivindicar en su provecho la propiedad de todo el río, se considere que el centro de éste es el límite de la frontera de dichos Estados y de su respectiva posesión. Conviene, sin embargo, notar que la parte central del río no es siempre aquella que se halla á igual distancia de ambas orillas, sino la que se encuentra en medio del lecho y es la más profunda y donde lleva más fuerza la corriente. Esta línea se denomina *thalweg* (2).

Si el río abandonase su antiguo lecho y formase un nuevo cauce, la frontera de los dos Estados será siempre determinada por el antiguo álveo; y si el cambio de curso se verificase sucesiva y gradualmente, la línea fronteriza sería determinada por la naturaleza misma de las cosas, y cada Estado tendría que soportar las disminuciones ó disfrutar los aumentos de territorio que el cambio trajese consigo.

§14. Las islas que se formen en el curso del río corresponderán á uno ú otro Estado limítrofe, según se hallen en una ú otra parte de aquél, y las que se formen en el centro de la corriente habrán de dividirse por mitad entre los dos Estados. Debemos

(1) Véase en la *Revue de Droit int.* de 1869, el importante artículo de GODEFROI, que, con argumentos muy fundados, critica el convenio de Manheim que conservó la institución de la jurisdicción especial para las acciones civiles y penales procedentes de hechos relativos á la navegación del Rhin, y ASSER, *ibid.*, pág. 624.

(2) «El *thalweg* es la parte más profunda del lecho del río en donde la corriente lleva mayor rapidez.» Esto dice ENGELHARDT en la nota á la página 73 de la obra citada. No es, pues, en medio del río donde se halla la línea que forma la frontera, sino en la parte central de la gran corriente del canal. «No hay que decir que en la práctica, dice el citado escritor, no se determina la dirección del canal con una precisión matemática, esto es, que no se recurre á una medición minuciosa, propia para marcar todas las desviaciones del lecho fluvial en su mayor profundidad, contentándose ordinariamente con observar el curso de los buques de mayor tonelaje y marcarlo por medio de señales fijas, cuyos jalones permiten trazar gráficamente la línea media con exactitud suficiente.» *Du régime conventionnel des fleuves*, pág. 74.

observar, sin embargo, que cuando la isla así formada se considerase como propiedad de uno de los Estados, si por variaciones sucesivas y graduales del curso del río variase también el *thalweg* de modo que la isla quedase en la parte correspondiente al otro Estado según la nueva línea de demarcación, no cambiará esto los derechos de propiedad ya adquiridos, pero se modificarán los derechos de jurisdicción y de soberanía (1).

S15. Pasemos ahora á examinar el caso en que un río navegable y en comunicación con el mar, corra por el territorio de un solo Estado.

Bluntschli no establece diferencia alguna entre esta hipótesis y la otra sobre que hemos discurrido anteriormente, y admite que el principio de la libertad de navegación deberá reconocerse siempre que el río sea navegable y esté en comunicación con el mar. «No se deberá restringir la regla, dice, como han hecho los tratados de 1815, á los ríos *comunes*, esto es, á los que atraviesan el territorio de varios Estados. Admitese, en efecto, que el derecho de navegación deberá concederse á los buques de todos los Estados, no á los de los Estados fronterizos solamente. ¿Por qué razón los dos ó tres Estados fronterizos de un río habrán de estar obligados á dejar entrar los buques de todos los demás, no sólo á los suyos propios, y el Estado que posee todo el curso de un río ha de poder prohibir la entrada á los otros pueblos? El Estado que posee todo el curso de un río, no puede tener sobre éste más derechos que los Estados fronterizos tienen sobre el río común. Cuando se descien- de al fondo de las cosas no se ve la razón para conceder á todos los pueblos la libre navegación del Rhin y no la del Támesis ó el Loira, pues, de lo contrario, nos veríamos obligados á admitir este absurdo razonamiento: que si un río que atraviesa diversos Estados viene después á formar parte del territorio de uno solo, podrá éste prohibir la entrada á los demás pueblos. El Misisipi, que era un río común, pertenece ahora por completo en todo su curso á los

(1) Cuando la línea del *thalweg* varíe de modo que la isla pase á la parte sujeta á la jurisdicción del otro Estado ó se aproxime al territorio del mismo, en este caso, convendrá distinguir lo que se refiere á los derechos de propiedad y lo que respecta al derecho de soberanía. Los primeros, se rigen por el derecho privado, y una vez adquiridos, no pueden perderse por una accidental mudanza de la cosa. Los segundos se rigen por el derecho público, que no consiente que una soberanía extranjera ejerza sus derechos ni aun sobre la porción de tierra más insignificante que se halla dentro de los límites ó en las aguas territoriales de otro Estado. Si la isla perteneciese al Estado mismo, continuaría éste poseyéndola á título particular, como sucede con los bienes que posee en territorio extranjero.

Estados Unidos. El Pó, que también era río internacional, pertenece hoy al territorio italiano, mas no por esto han cambiado de naturaleza. La libre navegación fluvial no tiene por base el hecho de que las orillas del río sean propiedad de diversos Estados, sino la de que el río comunique con el mar; pues estando éste abierto al comercio de todos los pueblos, su libertad trae consigo, necesariamente, la de la navegación fluvial» (1).

Pierantoni (2) sigue en esto la opinión de Bluntschli.

§ 16. Nosotros opinamos que puede establecerse una diferencia legítima con los mismos principios de libertad de navegación que quieren defenderse. En efecto, cuando se habla de libertad de navegación por los ríos que comunican con el mar, se discurre sobre ello para reclamar el derecho de servirse de un importante medio de comunicación. Ahora bien; si se quiere aceptar el principio romano (3) de que el agua corriente es cosa común por el derecho de gentes, y fundar sobre este principio el de servirse libremente del agua de un río, ó si se quiere fundar este mismo derecho sobre el principio de Grocio y de Wheaton, esto es, el de que no puede negarse el uso *inofensivo*, y deducir de aquí que, como este principio se aplica al río que corre al través del territorio de varios Estados, debe aplicarse también al que corre por el de uno solo, no se hallarán argumentos fundados para impugnarlo. Mas, conviene considerar que de la libertad de navegación no se habla como de un derecho abstracto, sino como de un derecho que equivale, en la práctica, á servirse libremente del río para las necesidades del comercio, para el transporte de los pasajeros y para todo otro medio de comunicación. Cuando el río pertenece á varios Estados, cada cual de ellos tiene derecho á hacer el comercio con todo el mundo, y puede exigir que los demás no opongan el más mínimo obstáculo á que el comercio pueda ejercerse por todos los pueblos del Universo con la misma libertad que en alta mar. De aquí el régimen internacional de la navegación fluvial obligatorio para todos los Estados fronterizos. Cuando el río corre solamente

(1) *Droit int. codifié*, nota al § 314.

(2) *I flume e la convenzione internazionale du Manheim*.

(3) Los romanos clasificaban los ríos navegables entre las *res publicae* y no entre las *res communes*, como el mar; por lo cual, según el principio romano, que se aplicaba á los ríos que corrían en el territorio del imperio, eran éstos propiedad pública del Estado, no propiedad común de todo el género humano. *Quaedam enim naturalí jure communia sunt omnium: quaedam publica... Et quidem naturalí jure communia sunt omnia haec. Aer, aqua profluens et mare, et per hoc littora maris... Flumina autem omnia et portus publica sunt.*—(*Instituta*, libro XI, tit. I, §§ 1.º y 2.º)

por el territorio de un Estado, puede éste, con la más completa libertad é independencia, servirse ó no de este medio para comunicarse con los demás Estados; puede comerciar ó no; puede permitir ó no á los demás pueblos el uso de las orillas; establecer las condiciones para aquellos que quieran utilizar el río, y hacer que éstas sean más favorables para unos que para otros, concediendo á los primeros el servirse de sus puertos y negándolo por completo á los segundos. ¿Podrá acaso, en virtud del principio de que el agua corriente es cosa común, obligarse á un Estado á ejercer el comercio ó imponerle las condiciones bajo las cuales debe verificarlo? Claro es, que si se quisiera negar al Estado la posesión del agua corriente, no se le puede negar el derecho de disponer de las orillas con la más completa independencia. Si las posee todas, disponiendo de ellas, siquiera sea irracionalmente, no ocasiona daño á nadie.

Es cierto que si en vez de consultar los principios del derecho, se quisiese atender á los de una política ilustrada, debería sostenerse que el principio de la libre navegación debe admitirse para todos los ríos sin distinción; y estamos seguros de que con el triunfo de los principios del libre cambio y de la libertad comercial desaparecerán todos los obstáculos que se oponen á la libre navegación fluvial. Según los principios del derecho estricto, el Estado á quien pertenece todo el territorio recorrido por un río, no puede quedar sujeto al derecho internacional relativo á la navegación de los ríos de esta clase sin un grave ataque á su independencia.

Para completar la exposición del derecho relativo á los ríos internacionales, consideramos oportuno dar á conocer sumariamente el derecho que rige en la práctica la navegación de los principales ríos de Europa, é indicar cómo ha ido estableciéndose históricamente este derecho.

EL RHIN

§17. Es el Rhin uno de los ríos más importantes de Europa, por la longitud de su curso y por el caudal de sus aguas, y ha dado lugar á interminables disputas entre los Gobiernos que han poseído sus riberas. En los tiempos feudales fué muy complicada la cuestión de la navegación de dicho río (1). Las primeras reglas ó

(1) Una parte del río, precisamente aquella que baña la Alsacia, perte-

principios de derecho relativos á la libertad de la navegación para las necesidades del comercio con el Rhin, se establecieron en el tratado de Münster en 24 de Octubre de 1648, prohibiendo que se impusieran nuevas cargas de entrada ó de tránsito, § 85 (1), y en el de Ryswick de 20 de Septiembre y 30 de Octubre de 1697 (2), y en cuyo art. 18 se declaró la libre navegación del Rhin.

En el tratado firmado en La Haya en 16 de Marzo de 1795, entre Francia y las Provincias Unidas de los Países Bajos, se confirmó la libre navegación por este río solamente respecto á los dos Estados contratantes, conviniéndose en el art. 18 que los buques franceses y los de las Provincias Unidas podrían navegar en igualdad de condiciones (3). También en el tratado de Campoformio, firmado en 17 de Octubre de 1797 entre Francia y Austria, fué admitido el principio de la libre navegación respecto de los Estados fronterizos. Hállase, en efecto, en su art. 11 estipulada la recíproca libertad de navegación por todos los ríos y canales navegables que se hallen en los confines de ambos Estados (4); y por un tratado secreto de igual fecha se comprometía el emperador de Austria á interponer sus buenos oficios para obtener que la navegación del Rhin fuese efectivamente libre para la República francesa y para los Estados del Imperio situados en la orilla derecha de este río, desde Huninga hasta la entrada del Rhin en el territorio que formaba la República batava (5). Mas cuando se reunieron después para concertar las condiciones de la paz en aquel Congreso que duró desde el 9 de Diciembre de 1797 á 8 de Abril de 1799, interrumpido por nuevas guerras y nuevas treguas, y que concluyó con la paz de Rastadt, encontró muchos obstáculos la base de la libertad, y en un principio no pudo llegarse á ninguna conclusión práctica (6), siendo necesario, después de la paz firmada en Lune-

necia á los Strasburgueses, que excluían á los barqueros de Colonia y de Maguncia de la navegación de aquella parte, mientras ellos se creían autorizados para frecuentar las regiones superiores por las concesiones obtenidas de los emperadores Federico I (1190), Federico II (1236), Enrique VII (1310). En 1681, se convino que la navegación desde Strasburgo á Maguncia quedaría reservada á los de Strasburgo para la bajada, y á los de Maguncia para la subida, excepto en los tres meses de feria de Maguncia, en los que se permitía también la subida á los Strasburgueses.

(1) DUMONT, *Corps Univ. Diplomat.*, tomo VI, págs. 450 á 469.

(2) Idem id., tomo VII, págs. 2 y 399.

(3) MARTENS, *Recueil*, segunda edición, tomo VI, pág. 88.

(4) Idem id., pág. 420.

(5) Idem id., pág. 427.

(6) Véase SCHOELL, *Hist. des traités*, tomo II, pág. 31 (edición de Bruselas).

ville el 9 de Febrero de 1801 (1), reclamar el cumplimiento de los acuerdos de Campoformio, y confiar á una Diputación extraordinaria del Imperio la formación de un proyecto de libre navegación del Rhin. La Comisión estableció las reglas generales para la libertad de navegación, poniendo como base que los peajes que se percibieran, tanto en la orilla derecha como en la izquierda del Rhin, debían quedar abolidos, y que no fuese lícito en adelante restablecerlos bajo ninguna forma (art. 39 del acta firmada en Ratisbona el 27 de Abril de 1803) (2). Sobre estas bases redactóse después el convenio para la navegación del Rhin entre Alemania y Francia, cuya acta fué suscrita en París en 15 de Agosto de 1804 (3), siendo ésta la primera en que el principio de la libre navegación fluvial, no sólo fué enunciado, sino reducido á regla concreta.

§18. Este acta, sin embargo, no sirvió para refrenar los abusos, siendo necesario confirmar y reforzar más decididamente el principio de libertad, lo cual se verificó en el tratado de París de 30 de Mayo de 1814, en estos términos: «Art. 5.^o La navegación por el Rhin desde el punto en que es navegable, hasta el mar, y reciprocamente, será libre de tal modo que no podrá prohibirse á nadie. El futuro Congreso se ocupará de los principios á que han de arreglarse los derechos que hayan de imponerse por los Estados ribereños del modo más equitativo y favorable al comercio de todas las naciones» (4).

Estas disposiciones, mejor desarrolladas en los artículos 108 al 116 del Congreso de Viena, formaron la base del reglamento de navegación rhenana de 19 de Marzo de 1815, que es uno de los anexos de aquel Congreso (5).

§19. Mas no se evitaron con esto las disputas interminables. El Gobierno holandés interpretaba á su modo las palabras del tratado de Viena, *jusqu' á la mer*, diciendo que estas expresiones no podían considerarse sinónimas de estas otras: *jusque dans la mer*, y sostenía que los Estados fronterizos podían reclamar el derecho de navegar libremente hasta cierto punto del río; pero, como para pasar al mar debían antes verificarlo por las aguas que se hallaban en su territorio, tenía derecho el Gobierno holandés á imponer una tasa como condición para conceder el paso (6).

(1) MARTENS, *Recueil*, segunda edición, tomo VIII, pág. 296.

(2) *Rece de la deputation de l'empire*, MARTENS, lugar citado, pág. 455.

(3) MARTENS, *Recueil*, segunda edición, tomo VIII, pág. 261.

(4) MARTENS, *N. R.*, tomo II.

(5) *Idem id.*, pág. 436.

(6) Para mayor esclarecimiento de la cuestión, conviene saber que la

Viniendo á las vías de hecho, estableció Holanda su aduana cerca de Goreum, donde decía que terminaba el río común, sometiendo los buques á un impuesto de tránsito, que era una verdadera tasa de peaje marítimo.

Natural era que este odioso impuesto originase muchas reclamaciones. En 1822, con ocasión del Congreso de Verona, dirigió Prusia una nota á las grandes Potencias que habían suscrito el tratado de París, llamando su atención acerca del verdadero significado de las palabras antes mencionadas. También Austria dirigió una nota en Febrero de 1826, y, después de largas disputas diplomáticas, fué necesario llegar á un acuerdo, celebrándose el convenio de Maguncia de 31 de Marzo á 16 de Junio de 1831, en cuyo convenio se reconoció que el río debía ser libre para la navegación desde el punto en que es navegable *hasta el mar (bis in die sea)* y que las dos vías para llegar al mismo serían Leck y Wahal, pagándose de una vez una cantidad fija destinada á compensar y reemplazar los derechos de peaje y otros de la misma naturaleza.

Tampoco este convenio hizo desaparecer los impedimentos que se oponían á la libre navegación rhenana, y continuaron los impuestos haciéndola difícil para los buques extranjeros. Protestaron las Cámaras de comercio, y se reunió un *meeting* en Coblenza, el 17 de Julio de 1860, para obtener la supresión de estos peajes ilegales que arruinaban el comercio, colocando la navegación rhenana en tales condiciones que no era posible hacer una verdadera

masa de agua que forma el Rhin, se divide en tres brazos cerca de Nimega, que toman los nombres de Wahal, Leck é Issel. La primera baja de Goreum donde toma el nombre de Mosa; la segunda desemboca en el mar cerca de Rotterdam, y la tercera desagua en el Zuiderzee. Ninguno de estos tres brazos se denomina Rhin. Este nombre se da á una especie de canal ó arroyo que se separa del Leck en Wyck, pasa por Utrecht y Leiden, perdiendo constantemente parte de su pequeño caudal, hasta el punto de no llegar al mar, pues se pierde en las inmediaciones de Kulwyck.

El Rhin propiamente dicho no puede servir, por consiguiente, para navegar hasta el mar, y se convino entre Holanda y los demás Estados que se considerase el Leck como continuación de aquel río. Pero el brazo más caudaloso y que mejor sirve para la navegación es el Wahal. El Gobierno holandés sostenía que terminando el Wahal en Goreum, debía considerarse este punto como el límite convencional del Rhin. El resto del río desde Goreum á Grovenlingen, las bocas del Mosa, lo consideraba el Gobierno holandés como parte de sus dominios marítimos ó como un brazo de mar encerrado dentro de su territorio, sosteniendo, por tanto, que tenía derecho á sujetar á impuesto á los buques que por allí pasasen, sin sujeción alguna á los reglamentos y convenios relativos á la navegación del Rhin. Conf. PHILLIMORE, *Int. Law*, tomo I, § 168.—ENGELHARDT, *Fleuves internationaux*.—CALVO, § 261.

competencia á los transportes por la vía de tierra. Nombróse un comité para sostener aquella justa causa, llegándose finalmente á ver abolidos los derechos de peaje en 1866, en cuya fecha desaparecieron al cabo los últimos vestigios de todo obstáculo ilegal opuesto á la navegación y al comercio.

El reconocimiento legal de este nuevo sistema liberal se verificó en Manheim, donde los Estados fronterizos suscribieron el convenio relativo á la navegación rhenana el 17 de Octubre de 1868 (1).

Este convenio, que deja aun mucho que desear bajo el punto de vista de la completa libertad, es el que rige hoy acerca de la navegación por este río.

EL ELBA

S20. En el tratado entre Prusia y Sajonia, suscrito en Viena el 18 de Mayo de 1815, se convino, en su artículo 17, aplicar al río Elba los principios generales proclamados en el Congreso de Viena, encomendándose á una Comisión la formación del respectivo reglamento.

Este reglamento fué redactado en treinta y tres artículos y suscrito en Dresde el 23 de Junio de 1821 por la mayor parte de los Estados fronterizos (2), adhiriéndose después á él los Principados de Anhalt-Kothen y Analt-Dessau por el tratado firmado en Berlín el 17 de Julio de 1828 (3); el ducado de Anhalt-Bernburgo, por el tratado suscrito en Berlín el 17 de Marzo de 1831 (4); el reino de Sajonia, por el convenio de 29 de Agosto de 1835 (5). Firmóse después en Dresde otro convenio entre Dinamarca (Holstein) y Hannover en 13 de Mayo de 1843 (6) y otro en 30 de Agosto del mismo año, relativo al procedimiento para revisar el acta de navegación.

En efecto, el acta de 1821 no satisfacía las necesidades de la

(1) V. el convenio suscrito entre los Países Bajos, Gran Ducado de Baden, Baviera y Francia, Gran Ducado de Hesse y Prusia. MARTENS, *Nouveau Recueil general*, t. XX, y las observaciones críticas sobre dicho convenio en la *Rev. de Droit inter.*, 1869. ROLIN JAEQUEMYS, pág. 151; GODEFFROY, pág. 594; ASSER, pág. 622. V. también á PIERANTONI, *La convention int. du Manheim*.

(2) MARTENS, *Nouveau Recueil*, t. V, pág. 714.

(3) Idem id., t. VIII, pág. 652.

(4) Idem id., t. IX, pág. 365.

(5) Idem id. t. XIII, pág. 411.

(6) Idem id., t. V, pág. 292.

navegación, ni había hecho desaparecer los grandes obstáculos que impedían el libre tráfico. Acordóse, pues, redactar un acta en 13 de Abril de 1844, que fué suscrita en Dresde á la vez que las disposiciones relativas á la policía de la navegación (1).

Sin embargo, el derecho de peaje sobre el Elba continuaba subsistente, designándosele comunmente con el nombre de peaje de *stade* ó de *Brunshausen*, y se pagaba por todos los buques que, subiendo, pasaban la desembocadura del afluente llamado *Schwinge*. Este peaje fué definitivamente abolido en 1861, suscribiéndose con tal objeto en Hannover el tratado de 22 de Junio, á consecuencia de una conferencia celebrada á este propósito. Por dicho tratado se obligó el rey de Hannover á conservar las obras necesarias para mantener el río en buen estado para la navegación, y sin imponer tasa alguna de tránsito á título de compensación de los gastos correspondientes, obligándose á su vez los demás Estados contratantes á pagar la suma de 2.857.338 thalers alemanes (2).

El 7 de Marzo de 1880 se formuló un nuevo proyecto de convenio entre Prusia y Austria-Hungría; pero fué muy combatido por el Reichstag en Berlín.

EL ESCALDA

S21. Las cuestiones relativas á la navegación del Escalda son características y revelan de qué modo las rivalidades mercantiles habían monopolizado el uso de ciertos ríos y cómo los arbitrios, sostenidos por una parte con la fuerza, fueron tolerados por la debilidad de la otra.

Cuando las Provincias Unidas obtuvieron, á consecuencia de la paz de Westfalia, su independencia de la Corona de España, para asegurarse el monopolio del comercio del Escalda obligaron á Felipe IV á suscribir el tratado de Münster de 30 de Enero de 1648, por el que se privó á las diez provincias católicas que permanecieron sujetas á la dominación española, de la facultad de aprovecharse de su posición geográfica para hacer uso del río que las bañaba. El artículo 14 de dicho tratado consagró el pacto de que el Escalda, los canales de Sas y de Zwyn y demás bocas del

(1) MARTENS, *Nouveau recueil général*, t. VI, págs. 388 y 463.

(2) *Idem id.*, tomo XVII, páginas 406 á 419.

rio serían considerados como cerrados á la navegación de las provincias católicas de Bélgica (1).

Se dijo que este pacto no era más que la rehabilitación de un antiguo derecho, el derecho de escala, *droit d'etape*, reconocido por todos los extranjeros que entraban en el Escalda, los cuales descargaban sus buques y trasbordaban todo el cargamento á los buques holandeses (2).

Cuando fueron cedidas al Austria las provincias católicas, hicieronse varias reclamaciones contra tan injustificable pacto que arruinaba el comercio por la parte de Amberes, y José II dirigió el 23 de Agosto de 1784 una nota para obtener de Holanda que removiese aquel obstáculo irracional que impedía la prosperidad natural de sus provincias belgas (3). La negativa de Holanda dió ocasión á la guerra que terminó con la paz de Fontainebleau en 8 de Noviembre de 1785 (4); pero la libertad de navegación no pudo al fin conseguirse, confirmando el art. 6.º de dicho tratado el pacto de Münster, y toda la parte del Escalda que media desde Saftingen hasta el mar se declaró cerrada al comercio (5).

Sólo en tiempo de la Revolución francesa se estableció el principio de la libertad de navegación del Escalda (6) que fué reconocido después por el tratado entre la República francesa y la de los Países Bajos, celebrado en La Haya el 16 de Mayo de 1795 (artículo 18) (7).

(1) Véase DUMONT, *Corps Univ. Diplomat.*, tomo VII, pág. 429, y PHILLIMORE, *Int. Law*, § 163.

(2) Véase el art. 14 de dicho tratado.

(3) Véase MARTENS, *Causés célèbres*, causa octava, tomo XI, pág. 203.

(4) Idem, segunda edición, tomo IV, pág. 55.

(5) SCHÖLL, *Hist. des traités*, cap. XXII, pág. 488 (edición de Bruselas).

(6) Es importante el Decreto del Consejo ejecutivo provisional de 16 de Noviembre de 1792. «...Que los obstáculos y las trabas á que hasta ahora han estado sujetos la navegación y el comercio, tanto por el Escalda cuanto por el Mosa, eran enteramente contrarios á los principios del derecho natural que han jurado mantener todos los franceses. Que la corriente de los ríos es propiedad común é inalienable de todas las comarcas regadas por sus aguas. Que una nación no podría sin injusticia arrogarse un derecho de ocupar exclusivamente la canal de un río é impedir que los pueblos vecinos dueños de las orillas de la parte superior disfruten de las mismas ventajas. Que semejante derecho es un resto de las servidumbres feudales, ó por lo menos un odioso monopolio que sólo ha podido establecerse por la fuerza y consentirse por la impotencia, y que es, por consiguiente, siempre revocable, á pesar de todos los convenios que haya en contrario, porque la Naturaleza no reconoce pueblos ni individuos privilegiados, y porque los derechos del hombre son enteramente imprescriptibles.»

(7) MARTENS, *Recueil*, segunda edición, tomo VI, pág. 88.

822. Proclamada después más solemnemente la libertad de la navegación fluvial por el tratado de París de 3 de Mayo de 1814, fué declarada también la libre navegación del Escalda en el Reglamento de 19 de Marzo de 1815, artículos 1.º al 3.º (1), y confiada á una Comisión la redacción del reglamento respectivo, que fué suscrito en Maguncia el 31 de Marzo de 1831 (2).

Reconocida después la separación de Bélgica y Holanda por el tratado de Londres de 19 de Abril de 1839, se estipuló en el artículo 9.º de un tratado de igual fecha entre ambos Estados la regularización de la navegación del Escalda, siendo reconocido por el § 3.º de dicho artículo un derecho de peaje (3). Para la aplicación posterior de estos acuerdos y para regularizar el ejercicio de la pesca y el comercio de la misma, nombróse una Comisión que lo arregló todo bajo la base de la reciprocidad.

Para llevar á cabo estos trabajos de la Comisión surgieron dificultades que se arreglaron mediante un nuevo tratado celebrado en La Haya el 5 de Noviembre de 1842 (4). Este tratado abolió el peaje y las demás tasas de navegación; pero así como el Gobierno holandés se obligaba á mantener los faros existentes en Flesinge y Westcappelle, y á establecer otros en Terneuzen y Bath, el Gobierno belga se obligó á pagar, á título de indemnización, una tasa proporcionada al tonelaje de los buques.

Esta última forma de peaje fué abolida definitivamente en 1863, conviniendo el rey de Bélgica con el de Holanda,—para orillar todo impedimento á la libre navegación y facilitar el desarrollo del comercio—en pagar de una vez una suma determinada en compensación de los derechos establecidos en el art. 9.º, § 3.º del tratado de 1839 y en el de 1842, fijándose aquélla en la cantidad de 17.140.640 florines, concluyéndose el tratado de 12 de Mayo de 1863 (5). En este mismo año suscribió en Bruselas el rey de Bélgica otro tratado con los demás Estados (18 de Julio), por el que se repartió la suma que cada cual debía pagar á Bélgica, para rescatar el peaje de la navegación por el Escalda, terminando definitivamente estas negociaciones (6).

(1) MARTENS, *Rec.*, tomo II, pág. 447.

(2) Idem *id.*, pág. 252.

(3) Idem *id.*, tomo XVI, parte 2.ª, pág. 773.

(4) Idem, *Nouveau recueil gen.*, tomo III, pág. 613.

(5) Idem *id.* *id.*

(6) Véase la *Collezione dei trattati fatti dall Regno d'Italia*, tomo I, página 299, y PALMA, *Trattati e Convenzioni in vigore fra il Regno d'Italia e i governi esteri*.—Turín, Unión tip. editorial.

Una pequeña diferencia surgida en 1869 entre ambos Gobiernos á propósito del *thalweg* del Zwyn que no podía ya reconocerse, se resolvió nombrando una Comisión que fijó la línea fronteriza, siendo determinada ésta por el convenio de 15 de Marzo de 1869 (1).

EL DANUBIO

823. Siendo el Danubio una importante vía de comunicación entre Oriente y Occidente, ha sido, entre los ríos de Europa, uno de los á que han podido aplicársele con más dificultad los principios liberales relativos á la navegación, porque siempre se ha encontrado una fuerte oposición por parte de Rusia.

En el tratado de Bucharest, celebrado en 28 de Mayo de 1812 entre Rusia y el Imperio Otomano para poner término á las hostilidades comenzadas en 1809, se estableció el principio de la reciproca libertad de navegación por parte de ambos Estados (2). En efecto, el art. 4.º de dicho tratado dispone que las fronteras de Rusia y de la Turquía Europea se establecían en el Prut y en la orilla izquierda del Danubio hasta la desembocadura del brazo Kilia en el mar Negro: que la navegación por uno y otro brazo del río sería libre para los súbditos de ambos Estados, así como el derecho de pesca (3).

La libertad de navegación para ambos Estados fué después solemnemente confirmada por el tratado de Andrinópolis de 2-14 de Septiembre de 1829 (4). En el art. 3.º de dicho tratado se estipuló que los buques mercantes de ambas Potencias tendrían la facultad de navegar en todo el curso del Danubio, que podrían entrar por las bocas Vili y Sulina, y que por la de San Gregorio podrían entrar los buques de guerra y los buques mercantes; pero el Czar hizo los mayores esfuerzos para convertir en su provecho exclusivo la navegación, no obstante las vivas protestas de Inglaterra.

El primer acto informado en principios liberales, fué el convenio de 25 de Julio de 1840, estipulado entre Austria y Rusia (5). En este documento declaróse la libre navegación del río; fueron abolidos los derechos de tránsito, obligándose además Rusia á hacer navegable el paso de Sulina, donde se acumulaba mucho fan-

(1) MARTENS, *Nouveau Rec. gen.*, tomo XX, pág. 546.

(2) Véase WHEATON, *Hist.*, y MARTENS, obra citada, tomo III, pág. 297.

(3) Art. 4.º de dicho tratado.

(4) MARTENS, *Nouveau Rec.*, tomo VIII, pág. 143.

(5) *Idem id.*, tomo I, pág. 208.

go, y á construir además un faro, y arreglar mejor las cuarentenas. Este convenio quedó, sin embargo, como letra muerta, porque Rusia continuó creando mil obstáculos con las cuarentenas, los derechos de tránsito y otras medidas que aplicaba á todos los buques que salían del Danubio y entraban en el mar Negro.

Fueron bastante liberales las estipulaciones contenidas en el tratado de 2 de Diciembre de 1851 (1), entre Austria y Baviera, al que se unió Wurtemberg mediante el protocolo de 5 de Junio de 1855; pero los abusos de Rusia continuaron hasta 1856, época en que, entre las condiciones de la paz, se incluyó la de la libre navegación del Danubio, sujetándose aquélla á las reglas establecidas en el tratado de Viena.

El art. 15 del tratado de París dispone, en efecto, lo siguiente: «La navegación del Danubio no podrá sujetarse á ninguna traba ni impuesto que no se hallen expresamente previstos por las estipulaciones contenidas en los artículos siguientes. No se percibirá, por consiguiente, peaje alguno basado únicamente en el hecho de navegar por el río, ni derechos de ningún género por las mercancías que lleven á bordo los buques. Los reglamentos de policía y de cuarentena establecidos para la seguridad de los Estados separados ó atravesados por este río, se interpretarán de manera que favorezcan, hasta donde sea posible, la circulación de los buques. Salvo lo que determinen estos reglamentos, no se opondrá obstáculo alguno á la libre navegación» (2).

§24. Después, con objeto de impedir que los principios proclamados quedasen como letra muerta, se estipuló en el mismo Congreso de París la formación de una Comisión internacional, con el encargo de determinar y hacer que se llevasen á cabo los trabajos necesarios con objeto de poner el río en mejores condiciones para la navegación y para quitar de la desembocadura y de las inmediaciones los bancos de arena que impedían la libre circulación de los buques. Para subvenir á los gastos que dichos trabajos ocasionasen, se concedió la facultad de exigir ciertos derechos fijos y en la proporción establecida por la Comisión, y con la condición de la perfecta igualdad para las naves de todos los Estados.

Además de la Comisión internacional, se procedió al establecimiento de una Comisión permanente, compuesta de los delegados

(1) MARTENS, *Nouveau Rec.*, tomo XVI, parte segunda, pág. 63.

(2) El tratado de París lo reproduce HEFFTER en su *Droit int. public.* (hay versión castellana). DE CLERK, *Recueil des traités de la France* (tomo VII, pág. 59).

de Austria, Baviera, la Puerta y Wurtemberg, en unión de los comisionados de los Principados danubianos, determinando su encargo el art. 17, en la forma siguiente: «1.º Elaborará los reglamentos de navegación y de policía fluvial; 2.º Hará desaparecer los obstáculos de cualquier género que se opongan á la aplicación de las disposiciones del tratado de Viena, respecto del Danubio; 3.º Ordenará y hará ejecutar los trabajos necesarios en todo el curso del río, y, después de la disolución de la Comisión europea, procurará que continúen siendo navegables las bocas del Danubio y las porciones de mar inmediatas.»

§25. Dicha Comisión desempeñó su cometido, estipulándose en Viena el acta de navegación del Danubio entre Austria, Baviera, Turquía y Wurtemberg, el 7 de Noviembre de 1857. En este acta, que se componía de cuarenta y siete artículos, se estableció que la navegación debía ser libre, tanto para el transporte de las mercancías como de viajeros, siendo abolidos todos los derechos que antes se exigían bajo diversos nombres y formas, como los de escala, almacenaje, traspordo, etc., reservándose sólo para los buques de los países fronterizos el ejercicio, con perfecta igualdad, de la navegación fluvial entre los diversos puertos del Danubio, sin entrar en el mar.

No estando el acta de acuerdo con los principios establecidos en el Congreso de París de 1856, reunidos de nuevo los plenipotenciarios en esta misma ciudad en 1858 (22 de Marzo y 19 de Agosto), negáronle su aprobación después de empeñadas discusiones, en las que el barón Hübner se esforzó inútilmente en probar que el trabajo de la Comisión estaba conforme con el espíritu de los tratados de París y Viena (1).

El resultado fué invitar á la Comisión para que redactase en el término de seis meses un nuevo proyecto; pero ésta no terminó su encargo sino al cabo de ocho años, siendo suscrito este nuevo proyecto en Galatz, el 2 de Noviembre de 1865 (2), y revisado y discutido en la Conferencia celebrada en París en 1866 (3).

Este acta determina las condiciones para el ejercicio de la na-

(1) V. las severas críticas hechas en la sesión del 16 de Agosto por el Conde Cowley, representante de Inglaterra, al art. 8.º, en MARTENS, ob. cit., tomo. XVI, parte segunda, pág. 40.

(2) V. el Acta pública para la navegación del Danubio inferior, suscrita por Austria, Francia, Inglaterra, Italia, Prusia, Rusia y Turquía. PALMA, *Trattati e convenzioni tra il regno d'Italia e i governi esteri*, pág. 247. Turin, Unión Tip.-Editrice.

(3) MARTENS, *Nouveau Rec. gen.*, t. XVIII, pág. 166.

vegación y para el régimen administrativo de la misma; establece la tarifa de los derechos de navegación, las reglas relativas á la cuarentena, los trabajos que deben hacerse y el modo de atender á sus gastos, y declara neutralizadas todas las obras y establecimientos de cualquier clase llevados á cabo bajo la dirección de la Comisión para las necesidades de la navegación del río.

826. En el tratado de Londres concluido entre Italia, Alemania, Austria, Francia, Inglaterra, Rusia y Turquía, el 13 de Marzo de 1871, se confirmó la constitución de la Comisión establecida en virtud del art. 16 del tratado de París para llevar á cabo los trabajos necesarios desde Isacktcha para quitar de las bocas del Danubio y del mar inmediato la arena y demás obstáculos, á fin de poner y conservar esta parte del río y del mar Negro en las mejores condiciones para la navegación. La duración de esta Comisión se fijó en un periodo de doce años, á contar desde el 24 de Abril de 1871, hasta el 24 de Abril de 1883, época de la amortización del empréstito contratado por dicha Comisión bajo la garantía de Inglaterra, Alemania, Austria-Hungría, Francia, Italia y Turquía (1).

En dicho tratado se proveyó á los gastos necesarios para los trabajos que ocurrieran y para la neutralización de las obras, en la forma siguiente: «Artículo 6.º Las potencias ribereñas de la parte del Danubio en donde las cataratas y las Puertas de Hierro oponen obstáculos á la navegación, se reservan el derecho á entenderse entre sí para hacer que desaparezcan dichos obstáculos, reconociéndoles desde ahora las Altas Partes contratantes el derecho de imponer una tasa provisional á los buques mercantes, cualquiera que sea su pabellón, que crucen por dichos puntos desde la presente hasta la fecha en que quede extinguida por completo la deuda contraída para la ejecución de los trabajos, y declarando inaplicable á esta parte del río, por todo el tiempo necesario para la extinción de dicha deuda, el art. 15 del tratado de París de 1856.»

«Art. 7.º Todas las obras y establecimientos de cualquier clase creados por la Comisión europea á consecuencia del tratado de París de 1856, ó del presente convenio, continuarán disfrutando de la misma neutralidad que los ha protegido hasta ahora, y que será respetada igualmente en lo futuro por las Altas Partes contratantes, cualesquiera que sean las circunstancias. Los beneficios de

(1) V. el texto del Convenio para la garantía del empréstito danubiano, en PALMA, pág. 283. Turin, Unione Tip.-Editrice.

las inmunidades que de aquí se deriven se extenderán á todo el personal administrativo y técnico de la Comisión. Debe tenerse entendido, sin embargo, que las disposiciones de este artículo no perjudicarán en nada el derecho de la Sublime Puerta, á que entren, como siempre, en el Danubio sus buques de guerra, en su cualidad de Potencia territorial» (1).

En 1875 compiló la Comisión un reglamento nuevo y detallado para la navegación y la policía del bajo Danubio, reglamento que constaba de 165 artículos; fué suscrito en Galatz el 10 de Noviembre y puesto en vigor en 1.º de Marzo del año siguiente (1876).

§22. Por último, en el tratado de Berlín de 13 de Junio de 1878 se aumentaron las garantías para asegurar la libertad de la navegación por el Danubio, «siendo así que estaba reconocida como de interés europeo,» y se decidió (art. 52) que todas las fortificaciones que se hallaban á lo largo del curso del río desde las Puertas de Hierro hasta su desembocadura habian de ser destruidas, y no se edificarían otras nuevas, y que ningún buque de guerra podría navegar por el Danubio más arriba de las Puertas de Hierro.

Acerca de la Comisión europea, disponía el art. 53: «La Comisión europea del Danubio, en la que se hallará representada Rumania, continuará ejerciendo sus funciones hasta Galatz, con entera independencia de la autoridad territorial, quedando confirmados de nuevo todos los tratados, arreglos, actas y decisiones relativas á sus derechos, privilegios, prerrogativas y obligaciones.»

Encargóse después á dicha Comisión la formación del reglamento de navegación y policía fluvial, desde las Puertas de Hierro hasta Galatz, y de conservar el faro en la isla de las Serpientes. La ejecución de los trabajos para hacer desaparecer los obstáculos que las Puertas de Hierro y las cataratas oponen á la navegación se encargó al Austria Hungría, con el derecho de percibir una tasa provisional, conforme á lo establecido en el tratado de Londres de 13 de Marzo de 1871.

El 28 de Mayo de 1881, para poner en armonía el acta pública relativa á la navegación del Danubio de 2 de Noviembre de 1865 con los pactos estipulados en el tratado de Berlín de 1878, se reunió una Conferencia que compiló un acta adicional á la pública de 2 de Noviembre de 1865 citada, la cual fué estipulada en Ga-

(1) Para el texto de los tratados, véase MARTENS, ob. cit., la *Colección de tratados estipulados por el Reino de Italia* y PALMA, obra citada.

latz por todas las potencias que formaban parte de la Comisión europea del Danubio en virtud del tratado de París de 1856, y además Rumania, llamada á formar parte de tal Comisión en virtud del art. 53 del tratado de Berlín.

Cuando se quiso poner en ejecución lo consignado en el tratado de Berlín, en lo referente á la navegación del Danubio, surgieron muchas dificultades. En efecto, por aquel tratado se admitía la coexistencia de dos autoridades, una que debía velar por la navegación en el bajo Danubio y otra que debía hacer lo propio respecto á la parte media del río. Fué, pues, necesario modificar el reglamento de policía de navegación estipulado en 1871 y redactar otro especial aplicable á la parte del Danubio comprendida entre Galatz y las Bocas de Hierro.

Las discusiones á que dió lugar la redacción de tal reglamento se prolongaron más de un año, tanto que el proyecto compilado en 1880 por los delegados de Austria-Hungría, Alemania é Italia, encontró viva oposición, sobre todo por parte de Rumania, la cual pretendía que fuese excluida Austria de toda ingerencia en la aplicación de los reglamentos y del ejercicio del Sindicato sobre el Danubio medio, sosteniendo con razón que según los principios de derecho internacional no podía atribuirse ninguna jurisdicción á Austria sobre aquella sección del río, más allá de las Puertas de Hierro, que se encontraban al lado opuesto de la orilla que le pertenecía.

Esta oposición estaba justificada, porque la Comisión mixta para el bajo Danubio, según el proyecto, debía estar compuesta por delegados de Rumania, Servia, Bulgaria y Austria, á la que se atribuía la presidencia de tal Comisión con voto de calidad para decidir los empates, pudiendo, por tanto, disponer de dos de los cinco votos. A consecuencia de tal oposición el proyecto primitivo sufrió varias modificaciones y el reglamento de policía de navegación aplicable á la parte del Danubio comprendida entre Galatz y las Bocas, se estipuló en 1881 y lleva fecha de 19 de Mayo del mismo año, anterior, por tanto, al acta adicional antes citada que la lleva de 28 del propio mes y año. He aquí por qué el mencionado reglamento, que era, en efecto, resultado del pacto establecido en el art. 9.º del acta adicional, dictada á consecuencia del tratado de Berlín, dió lugar á graves discusiones y largas negociaciones, y fuese indispensable modificar en parte la redacción del acta adicional, mientras estaban pendientes las negociaciones.

El reglamento de 1881 no fué, á pesar de todo, considerado

como definitivo. La Comisión europea para la navegación del Danubio confeccionó un nuevo reglamento con asistencia de los delegados de Servia y Bulgaria, el cual fué redactado en 2 de Junio de 1882, y eliminó gran parte de las cuestiones ó controversias que hemos apuntado. En 1883 espiraba el término señalado para la revisión de los poderes atribuidos á la Comisión europea en el tratado de Londres de 1871, y como era necesario proveer á esa necesidad, el Gobierno inglés invitó á los demás interesados á reunirse en una conferencia en Londres, para deliberar sobre los poderes de la Comisión europea, que concluían aquel año, y sobre los reglamentos ya discutidos.

Dicha conferencia se reunió en Londres en Febrero de 1883, y concluyó el tratado en 10 de Marzo del mismo año.

Por ese tratado la jurisdicción de la Comisión europea se extendió desde Galatz á Braila, y sus poderes le fueron prolongados por un período de 25 años á partir del 24 de Abril de 1883. El brazo de Kilia se excluyó de la intervención de la Comisión, por la parte en que sus dos orillas pertenecían á Rusia ó á Rumania. A continuación del brazo de Kilia, por la parte que atraviesa el territorio rumano y el ruso, se convino aplicar el reglamento que regía para el brazo de Soulina, bajo la vigilancia de los delegados de Rusia y Rumania, con intervención de la Comisión europea. Después se adoptó el reglamento de navegación y de policía hecho en 2 de Junio de 1882 por la Comisión europea del Danubio con asistencia de los delegados de Servia y Bulgaria, declarándolo aplicable á la parte de dicho río comprendida entre las Puertas de Hierro y Braila.

Este reglamento se anexionó al tratado, cuya ratificación se verificó en Londres el 21 de Agosto de 1883 y al que prestó su adhesión Servia, por nota del 20 de Agosto (1).

(1) Véanse las actas relativas á la navegación del Danubio en la *Co-
lección de los tratados y convenios entre el reino de Italia y los Gobiernos ex-
tranjeros*, esto es, *Acta adicional* á la pública de 2 de Noviembre de 1865
relativa á la navegación de las Bocas del Danubio, tomo VIII, pág. 235.—
Reglamento de navegación y de policía, aplicable á la parte del Danubio
comprendida entre Galatz y las Bocas, establecido por la Comisión con
arreglo al art. 9.º del acta adicional á la de 2 de Noviembre de 1865, ibi-
dem, pág. 244.—*Instrucción especial* para los inspectores de la navegación
en el bajo Danubio, establecida en virtud del art. 9.º del acta pública fir-
mada en Galatz el 2 de Noviembre de 1865, ibidem, pág. 317.—*Instruc-
ción especial* al capitán del puerto de Soulina, ibidem, pág. 361.—*Regla-
mento* para la percepción de los impuestos sanitarios en el puerto de Sou-
lina de 16 de Noviembre de 1882, tomo IX, pág. 62.—*Tratado de Londres*
de 10 de Marzo de 1883, ibidem, pág. 108.—*Reglamento de navegación y de*

EL VÍSTULA

§28. El principio de la libre navegación del Vístula forma parte del tratado de Tilsitz, celebrado entre el emperador de los franceses, como protector de la Confederación del Rhin, y el emperador de Rusia el 7 de Julio de 1807, estipulándose en el art. 8.^o de dicho tratado, que ni el rey de Prusia, ni el de Sajonia, ni la ciudad de Danzig pondrían obstáculos á la navegación con ninguna clase de tasas ni otro impuesto alguno (1).

Estas disposiciones fueron aceptadas por Prusia en el tratado concluido en Tilsitz el 9 de Julio de aquel mismo año con el emperador de los franceses. Proclamados en el tratado de Viena los principios de la libre navegación internacional, suscribieron otro Rusia y Austria (21 de Abril á 3 de Mayo de 1815) (2), obligándose á aplicar aquellos principios á los ríos comunes de Polonia (artículos 24 al 29), haciéndose otro análogo entre Prusia y Rusia, suscrito en el mismo día (3) (artículos 22 al 29), siendo nombrada una Comisión para formular un proyecto relativo á la libre navegación bajo las bases del proyecto compilado por la Comisión general nombrada en conformidad con lo estipulado por el tratado de Viena. Fueron además suscritos dos convenios especiales en San Petersburgo, uno del 5 al 17 de Agosto de 1816 entre Austria y Rusia, y otro del 7 al 19 de Diciembre del mismo año entre Rusia y Prusia. En dichos convenios se confirmó el principio de la libertad reciproca de navegación para todos los ríos comunes á los dos Estados, y se regularizó la policía de la navegación y las tasas é impuestos bajo el pie de una igualdad reciproca y perfecta (4).

Respecto al Vístula se declaró la navegación exenta de todo impuesto, excepto el que se pagaba en Prusia bajo la denominación *die Schiffsgefússgelder*.

EL PÓ

§29. El Pó, que es hoy un río italiano, ha servido hasta

policía para la parte del Danubio, situada entre las Puertas de Hierro y Braila, ibidem, pág. 113.— Véase también CATELLANI, *La navigazione fluviale et la questione del Danubio*.

(1) MARTENS, *Recueil*, tomo VIII, pág. 639.

(2) Idem, *Nouveau rec.*, tomo II, pág. 225.

(3) Idem, ibid., pág. 236.

(4) Idem, obra citada, tomo VIII, pág. 540 y 582.

nuestros días como límite entre algunos de los varios Estados en que se hallaba dividida Italia.

Por esto se proveyó en el Congreso de Viena á la navegación del Pó, y en el acta final de dicho Congreso, correspondiente al 9 de Junio de 1815 (art. 96), se convino que se aplicarían á dicho río los mismos principios aceptados para el régimen internacional de los ríos navegables, y que se encargaría una Comisión de representantes de los Estados limítrofes, de la redacción del respectivo reglamento.

Sin embargo, esta declaración quedó sin efecto, y sólo se proveyó á prevenir y evitar el contrabando, en un acta firmada por Austria y por Cerdeña el 4 de Diciembre de 1834 (1).

El primer convenio que se celebró entre los Estados confinantes relativo á la navegación internacional de este río, fué el suscrito por Austria y los Estados de Parma y Módena el 3 de Julio de 1849, confirmandose el principio de libre navegación aún con más extensión de la que tenía en el anterior convenio. Decíase, en efecto, en el art. 1.º: «La navegación por dicho río será libre y estará exenta de todo gravamen en el trecho comprendido en el territorio de los Estados signatarios hasta el Adriático, y no podrá impedirse ni dificultarse bajo ningún aspecto, salvo las reglas de disciplina ó policía que se establezcan de común acuerdo por los Estados contratantes, siempre en el sentido más favorable al comercio. También será libre con las mismas condiciones, la navegación de los afluentes más abajo del Tesino» (2).

El 6 de Agosto de este mismo año se celebró otro convenio entre Austria y Cerdeña; pero su principal objeto fué el de ponerse de acuerdo para la represión del contrabando (3). El principio de la libre navegación del Pó por parte de dichos Estados, no se estableció hasta que se verificó el tratado de comercio firmado en Viena el 18 de Octubre de 1851 (4), cuyo art. 12 dispone:

«La navegación del Pó, del Tesino y de sus afluentes que se hallan en territorio sardo ó austro-sardo, será libre y estará exenta de todo gravamen, y las reglas necesarias para tal objeto, así como para la vigilancia y mejoramiento de la navegación, serán establecidas por un convenio adicional que las partes

(1) MARTENS, obra citada, tomo XIII, pág. 198.

(2) MARTENS, *Rec. gen.*, tomo XIV, pág. 525.

(3) MARTENS, *Rec.*, tomo I, pág. 182.

(4) CUSSY, *Recueil*, tomo VI, pág. 649.—PALMA, obra citada.

contratantes se comprometen á celebrar á la mayor brevedad posible.»

El 22 de Noviembre del mismo año fué suscrito entre los mismos Estados un tratado para la represión del contrabando en el Lago Mayor, en el Pó y en el Tesino.

Diremos, por último, que el Gobierno Pontificio se adhirió al convenio de 1849, por medio de un acta suscrita el 12 de Febrero de 1850 (1).

El tratado de Zurich de 10 de Noviembre de 1859 confirmó pura y simplemente el régimen ya establecido en el convenio de 1849, disponiendo en su artículo 18 que la navegación del Pó y de sus afluentes continuaría libre, de conformidad con los tratados (2).

Todos éstos quedaron derogados á consecuencia de los acontecimientos políticos que condujeron á la formación del reino de Italia y á la unión á éste de las provincias italianas, algunas de las cuales signieron, sin embargo, sujetas al Austria por el tratado firmado en Viena el 3 de Octubre de 1866 (a).

A consecuencia de tales sucesos, corre actualmente el Pó por territorio italiano, y le son aplicables las mismas reglas que á los demás ríos que corren por el territorio de un Estado.

EL CONGO Y EL NÍGER

§30. Entre los ríos de Africa merece especial mención para nuestro estudio el Congo, que constituye la más importante vía de comunicación para el comercio del Africa central.

Portugal había deducido ciertas pretensiones de soberanía sobre todo el territorio del Congo inferior y había establecido en aquellos parajes funcionarios por él nombrados y sujeto el tráfico á tarifas especiales.

Estando todos los Estados de Europa interesados en mantener en provecho propio el comercio con ésta ó aquella región del Africa, en la que habían establecido sus posesiones y en proteger á sus propios ciudadanos, que á lo largo del territorio bañado por el río

(1) MARTENS, *Rec. gen.*, tomo I, pág. 532.

(2) Idem, *Nouveau Rec. gen.*, tomo III, parte segunda, pág. 516.

(a) Debe referirse el autor al territorio del Tyrol de allende los Alpes, que quedó sujeto al Austria por el tratado que se cita, no habiendo apoyado Francia ni Prusia las pretensiones de Italia sobre este territorio. (Nota del T.)

habían establecido importantes y numerosas factorías, era indispensable proveer á que el tráfico en aquel río tan importante fuese regulado de modo que se pudiese ejercitar libremente el comercio con el Africa central.

La Asociación internacional del Congo había adquirido una cantidad considerable de terreno, en el cual había establecido ya cuarenta estaciones, y como sus posesiones confinaban con las adquiridas por Francia, era muy fácil que surgieran conflictos con su poderosa vecina.

La necesidad de llegar á regular la navegación en aquel río se hizo más urgente desde que en 1884 se firmó un tratado entre Inglaterra y Portugal en el que reconociéndose las pretensiones de éste que aducía ciertos derechos de soberanía sobre la parte inferior del Congo, se provocó una viva oposición por parte de todos los demás Estados interesados y principalmente por Francia, Holanda, Alemania y Bélgica, siendo impugnado por los comerciantes de los propios Estados contratantes hasta que fué sometido á la aprobación del Parlamento británico.

A su vez, las personas más entendidas en estos asuntos habían puesto ya en evidencia la necesidad de regular mediante un acuerdo internacional la navegación del Bajo Congo, instituyendo una Comisión internacional como se había hecho para el Danubio, demostrando que esto era indispensable para prevenir los inevitables conflictos internacionales.

Moynier, en una sesión celebrada en París en 1878 (1), había llamado la atención del Instituto de derecho internacional sobre la importancia que iba tomando la navegación del Congo. Algunos otros miembros del Instituto examinaron después atentamente la cuestión, y Labeleye (2), Travers-Twis (3), Gessner y otros (4), publicaron importantes trabajos sobre este asunto, inspirados todos en la idea de provocar un acuerdo internacional para regular la navegación, de interés común en aquel río, como se había hecho para el Danubio. En 1883, después de una proposición de Moynier y un proyecto de convenio internacional presentado por el mismo al Instituto, éste examinó diligentemente la cuestión y emitió su

(1) Véase *Annuaire de l'Institut.*, 1879-1880, tomo I, pág. 155.

(2) *Revue de droit international*, LXV, pág. 254, y *Les français, les anglais et le Comité international sur le Congo.*

(3) *La libre navigation du Congo*, *Revue de droit international*, LXV, páginas 437, 547; LXVI, pág. 237; véase también *An international protectorate of the Congo river.*

(4) RIVIER, *Lettera al Journal du Geneve du 11 Decembre 1884.*

opinión de «que el principio de la libertad de navegación para todas las naciones se aplicara al Congo y sus afluentes, y que todas las potencias se pusieran de acuerdo sobre los medios más adecuados para prevenir los conflictos entre las naciones civilizadas, en el Africa ecuatorial.»

Habiéndose así hecho general la idea de llegar á un acuerdo internacional para, en interés común, regular la navegación del Congo, Bismarck tomó la iniciativa y, de acuerdo con el Gobierno francés, propuso la reunión de una conferencia en Berlín á fin de establecer las condiciones para regular el comercio en el territorio africano y prevenir los debates y conflictos entre los Estados interesados.

Los puntos sobre que se intentó llegar á un acuerdo según la proposición hecha por los Gobiernos de Alemania y Francia se formularon en la nota dirigida con tal objeto á los demás Gobiernos, de la manera siguiente:

1.º Libertad del comercio en la cuenca y desembocadura del Congo;

2.º La aplicación al Congo y al Níger de los principios adoptados en el Congreso de Viena para establecer la libertad de la navegación en los ríos internacionales, principios aplicados después al Danubio;

3.º Definición de las formalidades que era necesario observar para que las nuevas ocupaciones de la costa de Africa pudieran considerarse como efectivas.

En esta conferencia se estableció que debían estar representadas las potencias interesadas en el comercio con el Africa (1).

La Conferencia se reunió en Berlín, é inició sus sesiones el 15 de Noviembre de 1884, y después de discutir el proyecto sometido á su examen, se firmó el acta general y final el 26 de Febrero de 1885, por Austria-Hungría, Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania, Inglaterra, Italia, Países Bajos y Luxemburgo, Portugal, Rusia, España, Estados Unidos de América, Suecia y Noruega y Turquía, mediante el cual se llegó á regular el desenvolvimiento del comercio y de la civilización en algunas regiones africanas, y la libre navegación del Congo y del Níger.

Con este tratado se estableció, bajo la salvaguardia de todas las naciones, el principio de la completa libertad del comercio en la cuenca del Congo, en su desembocadura, y en los países circunve-

(1) Véase FAURE, *La conference africaine de Berlin*.

cinos. Antes, el comercio se había ejercido libremente en la parte inferior del río, pero no así en aquella otra sobre la que Portugal aducía sus pretensiones de soberanía. Éste tendía, en efecto, á organizar un sistema favorable en un todo á sus propios intereses, arrogándose el derecho de sujetar el tráfico á tarifas especiales, á fin de someter el comercio al sistema comercial portugués.

Fué necesario, ante todo, determinar los límites de la cuenca del Congo y de sus afluentes, á los cuales debía hacerse extensiva la libertad del comercio, y esto se hizo, atendiendo, no sólo á las condiciones geográficas del territorio, sino también á las necesidades económicas. Dentro de los límites fijados, se aplicó muy ampliamente el principio de la libertad del comercio. El art. 2.º del tratado de que nos venimos ocupando, dispone, en efecto, que las naves de cualquier bandera, sin distinción de nacionalidad, tendrán libre acceso á todo el litoral de los territorios comprendidos entre los límites fijados, á los ríos que desembocan en el mar, á todas las aguas del Congo y de sus afluentes, comprendidos en éstos los lagos, á todos los puertos situados sobre sus orillas, así como á todos los canales que se excaven con el objeto de unir entre sí las corrientes de aguas ó los lagos comprendidos en toda la extensión de los territorios contenidos en los límites fijados.

Además, dichas naves podrán hacer cualquier clase de transporte y ejercer el cabotaje marítimo y fluvial, así como el transporte con lanchas en las mismas condiciones que los nacionales, y en perfecta igualdad en su ejercicio con aquéllos.

Con el objeto de impedir que pudieran los ribereños poner obstáculos á esta completa libertad de comercio, se les negó la facultad de imponer á su antojo cualquier gravamen sobre las mercancías, y se convino que las que se importasen á los territorios de la cuenca del Congo, cualquiera que fuese su origen, no se sujetarán á otras exacciones que á aquéllas que puedan percibirse como equitativa compensación de los servicios prestados al comercio, debiendo, por tanto, ser soportados con perfecta igualdad por los nacionales y extranjeros de cualquier nacionalidad, prohibiéndose toda diferencia, tanto respecto á las naves, como á las mercancías. Se estableció, además, que todos los productos importados á los territorios dichos, se considerarían libres de todo derecho de entrada y de tránsito. Las potencias se reservaban el derecho de decidir si al término de un período de veinte años se debería ó no mantener esta franquicia de entrada.

Se estipuló, además, que ninguno de los Estados que ejerza

actualmente, ó ejercite en lo sucesivo derechos de soberanía sobre alguno de los territorios designados en el tratado, podrá conceder ningún monopolio ni privilegio de cualquier clase en materia comercial.

Proclamado de este modo el principio de la libertad de navegación, era natural que todas las servidumbres y los gastos impuestos sobre el transporte de mercancías y viajeros con los nombres de derechos de escala, carga, descarga, depósito y otros semejantes, no debían ser exigidos en manera alguna.

A esta situación se llegó con el reglamento de navegación que suprimió toda clase de impuestos, admitiendo sólo aquéllos que afectan un carácter de retribución por servicios prestados á la navegación, como, por ejemplo, los impuestos de puerto, provenientes del uso efectivo de ciertos establecimientos locales, como los almacenes, los derechos de pilotaje, etc. Para asegurar la exacta observancia de los principios establecidos en el tratado, se constituyó una Comisión internacional análoga á la del Danubio, y se confirieron á la misma atribuciones especiales para etender en los trabajos necesarios para hacer el río navegable, fijar las tarifas, administrar los rendimientos, y vigilar el cumplimiento de todas las disposiciones relativas á la libertad del comercio y de la navegación. También se le confirió la facultad de negociar en caso necesario un empréstito para proveer á los gastos técnicos y administrativos.

A fin de que la libertad comercial tan extensa pudiera considerarse asegurada también en tiempo de guerra, se estableció que sus reglas serían de aplicación en esos casos anómalos; y que, tanto los Estados neutrales como los beligerantes, podrían comerciar libremente en el Congo durante la guerra, exceptuando tan solo el transporte de aquellos objetos que, considerados en el derecho de gentes como contrabando de guerra, fueran destinados á cualquiera de las partes contendientes.

En lo que concierne al Níger, se convino en el mismo tratado, aplicarle, en cuanto á la libertad del comercio, los mismos principios estipulados para el Congo, con excepción de los que se refieren á la Comisión internacional. Respecto, pues, á la libertad de navegación, la Gran Bretaña, bajo cuyo protectorado se encuentran la mayor parte de los países situados á lo largo de la parte navegable y explorada del mismo, se obligó á mantener los mismos principios estipulados respecto del Congo, mientras continuara ejerciendo su protectorado en aquellas regiones.

Las disposiciones relativas á la neutralidad del Congo en tiempo de guerra, se adoptaron también, tanto respecto del Niger, como de sus afluentes, derivaciones y bocas.

No creemos conveniente extender estas noticias á otros varios ríos de Europa, por no hacerlas demasiado extensas. Sólo haremos mención del Duero, en el que hay completa libertad de navegación, consignada en el tratado firmado en Lisboa en 13 de Agosto de 1831.

En América ha dado lugar la navegación fluvial á varias controversias y á largas discusiones acerca de las máximas que le son aplicables; pero en este punto remitimos al lector que desee conocerlas á Wheaton (1), Phillimore (2) y á Calvo (3), que han tratado extensamente estas materias.

(1) *Hist. du progrès du droit des gens*, tomo II, páginas 191 á 195.

(2) *Intern. Law*, tomo I, § 169 y siguientes.

(3) *Droit int.*, § 274 y siguientes, donde se hallarán exactas y detalladas noticias respecto á los siguientes ríos americanos: Misisipi, San Lorenzo, La Plata y el Amazonas.

Véase también la importante publicación hecha por WHARTON, *A Digest of the international law of the United States*, tomo III. En esta obra se encuentran todos los documentos relativos á las controversias originadas en América, las decisiones de las Cortes, y los documentos de Estado que con ellas se relacionan.

CAPÍTULO III

Cosas que se hallan en el dominio de la soberanía y cuyo uso inofensivo deberá permitirse á los demás pueblos.

TERRITORIO; MAR TERRITORIAL; MARES CERRADOS; GOLFOS; PUERTOS;
RADAS; ISTMOS; TÚNELES; FERROCARRILES; TELÉGRAFOS

831. Concepto jurídico del territorio.—**832.** Sus límites.—**833.** Derechos de los Estados confinantes sobre los montes.—**834.** Mar territorial.—**835.** Reglas.—**836.** Su extensión.—**837.** Opinión de Calvo.—**838.** Productos submarinos.—**839.** Reglas.—**840.** Pesca reservada á los ciudadanos.—**841.** Bahías y golfos.—**842.** Nuestra opinión.—**843.** Reglas.—**844.** Mares cerrados.—**845.** Mar Negro.—**846.** Reglas.—**847.** Puertos y radas.—**848.** Reglas.—**849.** Uso de los caminos.—**850.** Puentes.—**851.** Istmos.—**852.** Túneles.—**853.** Derecho á construirlos.—**854.** Vías férreas y reglas para su uso.—**855.** Telégrafos y reglas para su empleo.

831. Denominase territorio toda la región ocupada por un pueblo, sujeta á la misma soberanía y separada de los pueblos vecinos mediante límites ó fronteras. *Territorium est universitas agrorum intra fines cujusque civitatis* (1).

Considerado el territorio como una *universitas* formada por las diversas propiedades de individuos contiguas y reunidas, presenta, en las relaciones internacionales, los caracteres de las cosas poseídas por los particulares.

El Estado tiene, en efecto, la posesión jurídica exclusiva del territorio; tiene el derecho de defender esta posesión contra los demás Estados, y puede disponer libremente del territorio dentro de los límites de las leyes constitucionales.

Bajo este aspecto, puede decirse que el territorio está sometido al dominio internacional del poder soberano.

(1) Ley 239, § 8.º, Dig., *De verborum signific.*

El concepto territorio tiene, sin embargo, muchas afinidades con la jurisdicción, hasta el punto de haberse dicho que esa es la razón del origen etimológico de la palabra, *quod ab eo quidem dictum ajunt quod magistratus intra eos fines terrendi, id est submovendi jus habent*.

Ya en otro lugar hemos estudiado el territorio bajo este aspecto (1).

832. Los límites del territorio son artificiales ó naturales. Consisten los primeros en señales aparentes colocadas en las líneas de demarcación fijadas por los tratados.

Los segundos son los establecidos por la naturaleza, como las montañas, el mar, los ríos y los lagos (2).

833. Los montes que separan dos Estados forman los confines naturales de los mismos. La propiedad de dichos montes es, ó común á ambos Estados, ó exclusiva de uno de ellos.

En el primer caso, cuando la línea que fija el límite no esté bien determinada en los tratados, debe sostenerse que pertenece á cada cual de ellos la parte de la montaña que mira á su territorio hasta la cima ó parte más elevada. Los derechos que correspondan á los particulares respecto de los pastos, la pesca en los lagos alpestres y la corta de leñas, deben determinarse por los tratados ó por los usos de los Tribunales ordinarios.

Cuando el monte pertenece á uno de los dos Estados, puede exigir contra el otro la servidumbre internacional del derrame de las aguas, que deberá regirse por los mismos principios que entre los territorios limítrofes. En este caso, el Estado á quien corresponde la montaña ó cordillera no podrá emprender obras que, modificando el curso de las aguas, puedan perjudicar al Estado vecino. Así, pues, no podrá autorizarse la tala de los montes si fuese reconocidamente perjudicial; y si de aquí naciese una controversia entre ambas soberanías, habrá llegado el caso de decidirla por un tribunal arbitral.

834. El mar, hasta cierta distancia de la costa, forma parte del territorio del Estado, y su posesión corresponde á la soberanía del mismo con exclusión de todos los demás. Por esto se llama mar territorial; porque el Estado tiene de él la posesión jurídica que no puede tener del alta mar, como ya en otro lugar hemos indicado.

(1) Véase tomo I.

(2) Conf. FIELD, *Int. Cod.*, § 27.—HALL, *Int. Law*, § 30 y siguientes.—HEFFTER, *Droit int.*, § 65.—CALVO, *Droit int.*, § 23-43.

El carácter jurídico que distingue al que llamamos mar territorial del de alta mar es la posibilidad física de ser poseído, y la extensión del mismo está determinada por la posibilidad de la posesión efectiva, siendo la mejor regla respecto de este punto la que da Bynkersoeck: *terrae potestas finitur ubi finitur armorum vis* (1).

Cualquier otro criterio para fijar la extensión del mar territorial carecería de razón de ser. En efecto, cuando se considera que el interés principal y exclusivo de poseer una parte del mar es la necesidad de la defensa, cesa aquél donde cesa el peligro de poder ser ofendido.

§35. Convendría, pues, establecer las siguientes reglas:

a) Se considerará, bajo cierto aspecto, como formando parte del territorio la extensión de las aguas hasta la frontera marítima, que los Estados civilizados fijan hoy en la distancia de tres millas á contar desde la baja mar, y que podrá extenderse hasta el alcance máximo de los mejores cañones.

b) Cada Estado puede ejercitar en las aguas territoriales los derechos que se derivan del dominio; pero únicamente en lo que concierne á la seguridad y á la defensa, sin que pueda considerarse el mar territorial como una propiedad igual á los puertos y caminos públicos, no pudiendo prohibirse, por tanto, el uso inofensivo de dichas aguas negando el paso á los buques mercantes ó sujetándolos al pago de derechos de tránsito ó de navegación, como puede hacerlo en sus puertos (2).

c) Los derechos de dominio que tiene el soberano sobre el mar territorial, y por tanto, sobre los buques extranjeros que entren en las aguas territoriales, no llegan hasta legitimar ó autorizar la detención de los buques ó el secuestro y la apropiación de las mercancías por la vía administrativa, ni ninguna otra medida de

(1) *De dominio maris*, cap. II.—Conf. ORTOLAN, *Diplomatie de la mer*, tomo I, cap. VIII.—GROTIUS, *De jure belli*, lib. XI, c. III, § 13.—DANA, *Elements of international law*.—CALVO, *Droit int.*, t. I, § 242 y sig.

(2) En la célebre cuestión del abordaje de la *Franconia* ocurrido en las aguas inglesas, discutióse ante el Supremo Tribunal de justicia (*Court for the consideration of Crown cases reserved*) acerca de la extensión de las aguas territoriales y del carácter jurídico del dominio que el Estado ejerce sobre dichas aguas. Sostuvo el Tribunal que la frontera marítima se extendía hasta tres millas desde el punto de la marea baja; y dijo que la soberanía que se extiende sobre dichas aguas es únicamente para dos objetos determinados, á saber: la defensa y la seguridad del Estado limítrofe; pero que el Estado no tiene sobre dichas aguas un verdadero derecho de propiedad sino una jurisdicción. Véase el resumen de la sentencia en el *Journal du Droit international privé*, 1877, pág. 164.

rigor análoga á las mencionadas. Podrá, sin embargo, proveer el Estado á que se observen las leyes propias y entregar á los Tribunales de justicia á los que contravinieren á las disposiciones emanadas del Poder.

S36. Como consecuencia de la primera de las reglas propuestas debiera decirse, que habiéndose perfeccionado en nuestros días el alcance de los cañones, la extensión del mar territorial debería llegar al máximo de este alcance. El ministro americano Seward propuso, en efecto, el 16 de Octubre de 1864 al ministro de la Gran Bretaña en Washington que se extendiese el mar territorial á cinco millas, pero hasta hoy no se ha modificado la regla antes fijada que establece la frontera marítima á tres millas de distancia de la costa. Esta regla, aceptada ya en el tratado entre Inglaterra y los Estados Unidos en 1818, y en el celebrado entre Inglaterra y Francia en 1839, fué confirmada en el que en 11 de Noviembre de 1867 celebraron estas últimas potencias (1).

En la ley votada por el Parlamento inglés en 1878 respecto de la jurisdicción de las aguas territoriales, *territorial Waters jurisdiction act* (2), después de haber sentado como principio que la jurisdicción se extiende sobre el mar territorial, se dijo en el artículo 7.º que debe entenderse por mar territorial bajo la posesión de S. M., «la parte del mar unida á las costas de la Gran Bretaña—ó de cualquiera otra parte de las posesiones inglesas—que según el derecho de gentes puede suponerse que entran en la soberanía territorial de S. M.» y se añadió inmediatamente: «Se considerará como mar territorial cualquier punto de alta mar distante por lo menos una legua marina (tres millas) de la costa en el momento de la marea baja.»

S37. En tal estado de cosas, deseando proponer una regla que pueda servir de guía en la práctica, nos asociamos á la opinión expuesta por Calvo cuando dice que, hasta que no se haya establecido respecto de la extensión de la frontera marítima otra cosa en contrario y no se haya tomado una decisión sancionada por la mayoría de los Estados, la demarcación de tres millas marinas constituye, bajo el punto de vista internacional, una regla fija que debe ser observada y respetada (3).

(1) V. MARTENS, *Nouveau Recueil*, tomo XVI, pág. 954.

(2) Stat. 41 y 42 Victoria, cap. 73. Esta ley fué votada á consecuencia del abordaje de la *Franconia*.

(3) CALVO, *Droit intern.*, § 244.

838. Dejando para su lugar oportuno hablar de la jurisdicción que la soberanía debe ejercer sobre el mar territorial, debemos aquí hacer solamente algunas indicaciones acerca del dominio útil que corresponde al Estado, que tiene derecho á aprovecharse de los productos de sus aguas territoriales con exclusión de los demás.

Estos productos no son inagotables como los de alta mar, y no podría concederse á todos la libertad de gozar de ellos sin perjudicar los intereses de sus propios ciudadanos. Hallamos, en su consecuencia, que en varios tratados de comercio y de navegación, se reserva á la bandera nacional el privilegio de la pesca de los productos submarinos, como son los peces, el coral, las esponjas, el ámbar, las perlas, etc.

La más común es la pesca de los peces, y los Estados marítimos procuran siempre reservar esta industria á sus propios ciudadanos; habiendo pretendido algunos Estados que la extensión del mar reservada exclusivamente á sus habitantes debía ser mayor en lo que se refiere á la pesca que la señalada por razón de la defensa. Así pretendía en cierta ocasión Dinamarca poseer el derecho exclusivo de la pesca en todo el mar de Groenlandia, limitando después sus pretensiones á las aguas comprendidas en el espacio de quince millas á contar desde la costa, fundando tales derechos en la posesión reconocida por los tratados. Los demás Estados se negaron á respetar semejantes pretensiones, porque así como no podría adquirirse por el uso y por los tratados la propiedad de alta mar, así tampoco puede extenderse el mar territorial á la distancia que se quería.

839. Nosotros estableceríamos, respecto de este punto, las reglas siguientes:

a) La pesca de todos los productos submarinos podrá reservarse á los ciudadanos del Estado en sus aguas territoriales, esto es, en la extensión de mar inmediata á la costa y que está bajo la soberanía territorial;

b) Todo Estado puede renunciar á este privilegio en los tratados de navegación y comercio, declarando la pesca libre, sin más limitación que la observancia de los reglamentos. Esta renuncia se considera implícitamente hecha siempre que en un tratado se equiparen los extranjeros á los nacionales sin consignar reserva alguna respecto de la pesca;

c) Siempre que se permita á los extranjeros el libre ejercicio de esta industria, estarán obligados á observar las leyes y

reglamentos territoriales, no pudiendo pescar en tiempo de veda.

§40. La reserva de la pesca en beneficio de los nacionales solo se halla establecida en algunos de los tratados de Italia con el extranjero, como sucede en el celebrado con Francia, art. 8.º; en el tratado con Bélgica, art. 13; en el de Austria Hungría, artículo 13, y en el de Portugal, art. 20 (1).

En los tratados con Suecia y Noruega, con la Gran Bretaña, con Rusia, con los Países Bajos, con Dinamarca, con Alemania, con España y otros países, nada se dice respecto de este punto. Ahora bien; habiendo dichos tratados estipulado el principio de igualdad de condiciones con los nacionales, deberá deducirse de aquí que, así como éstos pueden ejercer la pesca bajo ciertas condiciones, podrán también verificarlo bajo las mismas los ciudadanos de los Estados extranjeros, con los cuales se ha hecho el tratado sin reserva. Francia é Inglaterra han arreglado entre sí el ejercicio de la pesca, reservando en el mar territorial este derecho por el tratado de 1867, exclusivamente á sus respectivos nacionales.

§41. Los principios que hemos expuesto respecto del mar territorial (2), se aplican también á las bahías y á los golfos. Estos no pueden considerarse sujetos á la soberanía territorial, sino cuando su extensión es tan pequeña que pueda dominarse con los cañones.

Algunos Estados han pretendido que los golfos y bahías formados por dos promontorios sujetos á su soberanía, deben considerarse bajo su dominio, cualquiera que sea la extensión de dichos golfos (3). Tal es la teoría del Gobierno inglés. Este conside-

(1) Las reservas contenidas en estos tratados, están expresadas en una fórmula casi análoga: «Queda derogada en las disposiciones que preceden la importación de los productos de la pesca nacional, reservándose ambos países la facultad de conceder privilegios especiales á la bandera nacional para el comercio de este producto.» Artículo 13 del tratado con Bélgica.

(2) Véase en la *Revue de deux Mondes*, Noviembre de 1874, el artículo *Les pêcheries de Terre-neuve et les traités*.—PHILLIMORE, *Intern. Law*, tomo I, § 194.—WOOLSEY, *Intern. Law*, § 45.

(3) La regla dada por Grocio respecto de los golfos y bahías, es la siguiente: «El mar puede ser ocupado por aquel que posee las costas... cuando sea de tan corta extensión que, comparado con la tierra firme, no pueda por menos de considerarse como parte de la misma.» *De jure belli*, libro XI, cap. III, § 8.º Esta misma regla es aceptada por VATTTEL, que establece como principio que los puertos y ensenadas son una dependencia del territorio pertenecientes en propiedad á la nación, y que puede decirse lo mismo de las bahías; pero añade: «entiéndase que hablo de las bahías de poca extensión, y no de los grandes espacios de mar, á los

ra, en efecto, bajo su dominio la bahía de la Concepción, en Terranova, á pesar de tener un seno de 40 millas y una anchura de 15. Esta máxima fué sancionada en 1877 por el Consejo privado (1). Inglaterra procura siempre confiscar en su provecho ciertas porciones de mar de extensión considerable, que denomina *King's-chambers* (2).

También pretende Suecia mirar como suyos los golfos de Bothnia y Finlandia, y los Estados Unidos de América consideran como territorial la bahía de Delaware.

842. Según nuestra opinión, no debe modificarse el principio de la libertad del mar respecto de las bahías de extensión considerable. En el tratado de 1839, celebrado entre Francia é Inglaterra, se estipuló, en su art. 9.º, que el radio de tres millas para determinar las aguas territoriales debía evaluarse en las bahías cuya boca no exceda de diez millas partiendo de una línea recta tirada de uno á otro cabo.

Aceptando en parte este principio, propondríamos nosotros la regla siguiente:

a) El radio de tres ó más millas que fija el límite general de las aguas territoriales, deberá aplicarse también á los golfos y á las bahías; pero si la anchura de sus bocas no fuese mayor que el alcance de los fuegos cruzados de la artillería, se calcularán las tres millas á partir de una línea recta tirada de uno á otro cabo (3).

843. En cuanto á los lagos que se hallan en el territorio

que suele darse algunas veces este nombre, tales como la bahía de Hudson, sobre las que no puede extenderse el dominio, y menos aún la propiedad.»

(1) La legislatura de Terranova había concedido á una Sociedad el monopolio de las líneas telegráficas en toda la isla y en los demás puntos sujetos á su jurisdicción. Formóse una Sociedad rival que estableció un cable submarino que terminaba en una boya de la bahía, de modo que ni el cable ni el punto en que se hallaba la boya estaban á menos de tres millas de la costa. El Consejo privado negó á la Sociedad el ejercicio de la línea, considerando toda la bahía, en toda su extensión, como territorio de la Cámara británica. *Direct United States Company Limited V. Anglo-American Telegraph Company Limited*, 14 de Febrero de 1877.—Véase un artículo de WESTLAKE en la *Revue de Droit international*, año 1878, página 550.

(2) En Inglaterra llaman á las bahías ó senos de mar *the king's-chambers*, y bajo este nombre, designan toda la extensión de mar que se halla entre una línea tirada de promontorio á promontorio del territorio inglés.

(3) Confr. TRAVERS TWIS, *The Law of nations*, tomo I, § 174.—BLUNTSCHLI, *Droit intern. codifié*, § 309.—HALL, pág. 128.

de un Estado no hay duda que deben considerarse como formando parte del mismo; pero respecto á los que se encuentren entre el territorio de dos Estados, podrían aplicarse las reglas siguientes:

a) Los lagos que estén en comunicación con el mar estarán sujetos á las mismas reglas que los ríos internacionales. Los que no se hallen en ese caso deberán considerarse como del dominio común é indivisible de los Estados fronterizos;

b) El dominio de los Estados deberá extenderse hasta la mitad del lago si cada Estado posee una orilla; pero si uno poseyere dos ó más, se extenderá su dominio á toda la parte que dichas orillas comprendan (1).

§44. A los mares cerrados deberá aplicarse el mismo principio que á los lagos (2). No se puede decir lo propio de los mares mediterráneos que comunican con el Océano.

Cuando todas las orillas que circundan un mar mediterráneo pertenezcan á un solo Estado, y este mar estuviese en comunicación con el Océano, no podrá dicho Estado disponer de aquél libremente hasta el punto de impedir á los demás pueblos el uso in-

(1) Conf. BLUNTSCHLI, § 316.—Cuando Austria poseía una parte de las riberas del Lago Mayor, estaba dividido el dominio de dicho lago entre Austria y el rey de Cerdeña por la parte comprendida entre los dominios de ambas naciones, y entre Cerdeña y Suiza en aquella parte que se encuentra entre estos países. La posesión de una parte del Lago Mayor fué reconocida por el tratado de Worms de 13 de Septiembre de 1743, art. 9.º Después se reguló la libertad de tránsito por el convenio entre el rey de Cerdeña y la reina de Hungría celebrado el 4 de Octubre de 1751, § 4.º, art. 5.º Dicho convenio estableció que los buques de ambos países estaban exentos de cualquier disposición aduanera por parte del otro Estado navegando dentro de la zona de 200 metros, y que los empleados de aduanas sólo podían informarse si á bordo iban géneros de contrabando, en cuyo caso no podían hacer más que ejercer la mayor vigilancia para impedir que se desembarcasen dichos géneros. En la actualidad la mayor parte de las riberas del Lago Mayor pertenecen á Italia, y es natural que se considere como lago italiano en toda la parte que corresponde al territorio de esta nación, y común con Suiza la parte que se halla entre el territorio de ambos Estados. Teniendo Italia el pleno é integro dominio del lago que se halla en su territorio, sujeta las naves que transitan por él á todas las leyes y reglamentos para proteger sus intereses fiscales; pero no niega la libertad de tránsito en atención al principio que va prevaleciendo de que debe ser libre la navegación por todas las aguas en que pueda verificarse.

(2) Llámase mar cerrado al contenido completamente dentro del territorio de un Estado y que no comunica con el Océano, como sucede con el mar Muerto. El Caspio es un ejemplo de un mar cerrado situado entre los territorios de diversos Estados.

ofensivo del mismo, aunque pudiese impedir físicamente el acceso á dicho mar por el estrecho (1).

845. El mediterráneo más extenso es el mar Negro, que se hallaba en otro tiempo rodeado por el territorio dominado por Turquía, la cual, fundándose en su derecho de dominio, prohibía á los buques de guerra penetrar en dicho mar, negándoles el paso por los Dardanelos y por el Bósforo, que lo ponen en comunicación con el del Archipiélago.

Cuando Rusia adquirió una parte del territorio confinante y fundó allí establecimientos coloniales, no sólo ella, sino también todos los Estados pudieron navegar libremente por dichos estrechos, siendo reconocido este derecho por varios tratados (2), y confirmado por el de París de 1856 (arts. 11 y 12), que declaró el mar Negro «abierto á la marina mercante de todas las naciones», y que, libre de toda traba, sólo estará el comercio en dicho mar sujeto á los reglamentos de sanidad, policía y aduanas, redactados con un espíritu favorable al desarrollo de las transacciones comerciales (3).

846. Proponemos, pues, como regla:

a) Los mares interiores que comunican con alta mar deben estar abiertos á la libre navegación de todos los pueblos.

847. En cuanto á los puertos y á las radas, es claro que deben ser considerados como del dominio exclusivo de la soberanía territorial; pero, según el Derecho internacional de los pueblos civilizados, no es lícito negar en absoluto á los extranjeros el uso inofensivo de los puertos y radas para las necesidades del comer-

(1) El mar de Mármara, aunque rodeado por las costas turcas y pudiendo impedirse fácilmente su entrada mediante los castillos de los Dardanelos, fué declarado abierto á la libre navegación por el tratado de Andrinópolis de 1827.

(2) Véase el citado tratado de Andrinópolis. La tendencia de Rusia ha sido siempre á secuestrar en su exclusivo provecho el mar Negro, y hacer de él un lago ruso. Véase el discurso de CAVOUR en la Cámara de Turín, el 6 de Febrero de 1855, respecto de la necesidad de tomar parte en la guerra de Oriente para impedir que Rusia predominase en el Mediterráneo, é hiciese del mar Negro el más vasto arsenal del mundo. *Ouvrages politiques-economiques*, edición de 1855, pág. 580.

(3) No debemos omitir aquí la indicación de que á consecuencia de la guerra, precisamente para impedir que pudiera convertirse el mar Negro en un arsenal ruso, se convino que ni Rusia ni Turquía pudieran establecer allí arsenales marítimos, limitando el número de buques de guerra que podían tener allí estacionados. A esta medida, se la denominó *neutralización* del mar Negro. Estas restricciones han sido derogadas á consecuencia de la iniciativa tomada por Rusia en 1870, que dió por resultado la conferencia de Londres de 1871 y el convenio de 4 de Marzo.

cio (1), ni hacer pagar á muy caro precio el derecho de arribar á los puertos abiertos al tráfico mercantil, ni establecer tales desigualdades entre los buques de diversos países, que se asegure á unos ó á otros el monopolio del comercio, con perjuicio de todos los demás pueblos.

Lo que todos reconocen es que el soberano territorial, no sólo tiene derecho á regular, mediante leyes propias, la policía de los puertos, sino que puede también recabar ciertas utilidades, obligando á los buques, que quieran entrar, á satisfacer ciertos derechos determinados por los reglamentos.

§48. Para conciliar los intereses internacionales con los de la soberanía territorial, sería conveniente establecer las siguientes reglas:

a) Todo Estado tiene derecho á declarar abiertos ó cerrados al comercio sus puertos de mar. Sin embargo, cuando un Gobierno otorgue el derecho de ejercer el comercio de exportación ó de importación en un puerto, podrán los buques mercantes de cualquier país entrar en dicho puerto bajo la garantía del derecho internacional, é independientemente de los tratados, pudiendo verificar la carga y descarga de las mercancías y hacer todas las operaciones comerciales, salvo la observancia de las leyes y reglamentos territoriales;

b) Todo Estado puede hacer las leyes y reglamentos referentes á la policía de los puertos, á la carga y descarga de los buques, y á la seguridad y custodia de las mercancías, y obligar á los que entren en los puertos á pagar los derechos de tonelaje, faro, puerto, pilotaje, cuarentena y otros análogos;

c) Conviene, sin embargo, que los Estados no lleven las exacciones fiscales más allá de los justos límites que la equidad y la civilización consienten, y observen una igualdad proporcional respecto de los buques de países diferentes;

d) No podrá negarse la entrada en ningún caso en los puertos ó radas, estén ó no abiertos al comercio, á los buques que se vean obligados á arribar á ellos por siniestros marítimos, ó por cual-

(1) A consecuencia de la paz de Nankín obligó Inglaterra á China en 1842 á abrir sus puertos al comercio, y en 1858 obtuvieron del Japón los Estados Unidos el derecho de comerciar en determinados puertos, pudiendo entrar así en relaciones con tales Estados algunos otros pueblos. Antes de dicha época, vivían aislados aquellos países, y negaban á todos los buques de las naciones cristianas el arribo á un puerto de sus costas; lo cual era un verdadero atentado á los derechos naturales de la humanidad, que debe poder utilizar los productos de cualquier región del universo.

quier otra causa de fuerza mayor, considerándose siempre dichos buques bajo la garantía del derecho internacional, y debiendo ser tratados con humanidad; y salvo las precauciones que se juzguen convenientes por la autoridad territorial para evitar y prevenir los fraudes, deberán estos buques, bajo la observancia de los reglamentos y leyes locales, poder reparar sus averías y proveerse de lo necesario para ponerse en condiciones de continuar el viaje, debiendo ser en esto favorecidos y protegidos por las autoridades locales;

e) Dado el caso de arribo forzoso á un puerto ó rada extranjeros, no deberán considerarse como operaciones comerciales, para los efectos del pago de derechos, la descarga y la carga de nuevo de las mercancías para facilitar las reparaciones que el buque necesite, el trasbordo del cargamento á otro barco por haberse inutilizado el primero, ni la venta de las mercancías averiadas, á las cuales podrá imponérseles una tasa parcial, según las circunstancias y los acuerdos con la administración aduanera;

f) No ataca al derecho internacional un Estado que, queriendo reservar el comercio de cabotaje á sus nacionales, niegue en absoluto á los extranjeros la facultad de ejercer dicho comercio, ó lo grave con impuestos onerosos;

g) Todo Estado puede prohibir la entrada en sus puertos á los buques de guerra, salvo el caso de fuerza mayor, y determinar las condiciones del arribo (1).

§49. En lo que al uso de los caminos se refiere, no hay duda alguna que éstos son propiedad del Estado, el cual, en estricto derecho, puede prohibir, así en tiempo de paz como en tiempo de guerra, que se sirvan de ellos los extranjeros; pero según la *comitas gentium* y el derecho de las naciones civilizadas, no debe negarse el uso inofensivo de los caminos públicos que sirven como medios necesarios de comunicación entre los pueblos, pues debe tenderse á favorecer más bien que á paralizar el comercio.

Añadamos á esto, que si un Estado tiene su territorio entre otros dos que no tengan otro medio de comunicarse que pasar por el te-

(1) «La admisión de buques de guerra en ciertos puertos ó en ciertas radas, no está sólo influida por consideraciones políticas ó convenios internacionales, variables según los lugares y los tiempos, sino que está muchas veces subordinada á motivos de orden público y de seguridad. Por esto es por lo que en ciertas plazas comerciales no se permite que penetren dichos buques sino después de haber depositado en tierra las municiones de guerra que llevan á bordo, y no pueden reembarcarlas hasta el momento de su partida.» — CALVO, *Droit int.*, § 230.

territorio del tercero, deberá admitirse una verdadera y propia servidumbre de paso en favor de aquéllos, si bien el Estado intermedio tendrá siempre el derecho de regular el tránsito, de modo que no le resulte perjuicio alguno; pero no podrá negar en absoluto el paso, porque con semejante negativa opondría una barrera al desarrollo del comercio y de la actividad de un pueblo.

850. Podrá suceder que, para facilitar las comunicaciones, hayan construido á sus expensas un puente dos Estados limítrofes, ó que uno de ellos lo haya construido á consecuencia de los acuerdos tomados con el otro Estado.

Si la propiedad del puente es común, deberá considerarse como indivisible, y ambos Estados confinantes tendrán derecho á usar de todo él, y ninguno podrá hacer en la parte próxima á su territorio cosa alguna que perjudique ó impida el pleno disfrute por parte del otro.

Esta regla se deriva de la naturaleza misma de las cosas, pues las que son indivisibles deben conservarse en su integridad para poder servir al uso á que están destinadas. De aquí que cada uno de los condueños tenga derecho á velar por que no se deteriore la parte correspondiente al otro, y pueda impedir que se hagan nuevas obras, ó exigir seguras garantías contra los peligros eventuales que puedan amenazar la construcción.

851. El principio del *jus transitus innoxii* por parte de todos los pueblos del universo se aplica también á los istmos, ya sean éstos propiedad exclusiva de un Estado, ya pertenezcan en común á varios, y no podrá negarse en absoluto aquel derecho, salvo siempre el de regular las condiciones del tránsito mediante leyes administrativas y financieras.

Si los Estados á los que el istmo pertenece se hallasen de acuerdo para canalizarlo, pueden hacerlo con la más completa independencia, y no sería fundada la oposición que á ello pudieran hacer los demás Estados, que por miras é intereses egoístas pretendieran impedir la canalización; ni podrían reclamar indemnización alguna por las ganancias eventuales que cesasen de obtener á consecuencia del cambio verificado en el movimiento comercial por efecto de la canalización. En tal supuesto, debería garantizarse á todos los pueblos el derecho de libre paso por el canal, y no podrían las partes que lo hubiesen construido considerarlo como su propiedad, para conceder el paso á unos ó á otros, ó en distintas condiciones.

Cuando se trató de canalizar el istmo de Panamá y se celebró

un convenio á este propósito entre Inglaterra y los Estados Unidos, se consignó como regla en el art. 8.º, que el canal quedaría abierto, no solamente á los nacionales de los Estados contratantes, sino á los de cualquier otro (1).

§52. Puede suceder también que para facilitar las comunicaciones, convenga construir un *túnel*.

No hay duda que cuando la construcción de éste sea reconocida como de verdadera utilidad por los Estados interesados, y convengan éstos en contribuir á los gastos necesarios, no debe el acuerdo ofrecer dificultades, pudiéndose repartir dichos gastos por medio de Comisiones científicas y técnicas.

Si los Estados limítrofes no estuviesen de acuerdo, es claro que no podrá uno de ellos perforar un monte ó una cadena de montañas sin previo permiso ó consentimiento del otro, aun cuando el primero asumiese por sí la responsabilidad de los gastos necesarios para la construcción.

§53. Ocúrrenos una grave duda respecto de la solución del siguiente caso. En el supuesto de que fuese reconocida como de verdadera utilidad para la prosperidad comercial de diversos pueblos la perforación de un monte, y uno de los Estados limítrofes se opusiese sin razón justificada, ¿podría construirse el túnel no obstante la oposición, admitiendo una especie de expropiación forzosa en interés de la humanidad? Podría quizá sostenerse la afirmativa si el espíritu de internacionalidad realizase su evolución completa; pero estamos aun muy lejos de esto.

En todo caso podrían proponerse las siguientes reglas:

a) Teniendo cada pueblo el derecho de comerciar con todos los demás del universo, no puede ningún Estado oponer obstáculos á las libres comunicaciones, ni hacerlas difíciles ó dispendiosas;

b) El derecho de cada Estado á considerar como suyo el territorio, no puede destruir el correspondiente á todos los hombres para recorrer libremente la tierra. Por consiguiente, un Estado que, sin alegar razones justas, niegue el paso ó se oponga á que se faciliten las comunicaciones entre diversos pueblos, abusa de su derecho y comete una arbitrariedad (2).

(1) Véase el tratado de 12 de Abril de 1850 entre Inglaterra y los Estados Unidos. PHILLIMORE, tomo I, § 207.

(2) El Burgrave de Nuremberg, al condenar durante el concilio de Constanza al conde de Luppen, que había secuestrado sin razón algunas mercancías de paso para la Alsacia, dice: «Dios ha creado el cielo para él y para sus santos, y ha dado la tierra á los hombres, á fin de que se utili-

§54. Uno de los medios de comunicación más importantes que ha ejercido y continuará ejerciendo una influencia decisiva sobre el aumento y la distribución de la riqueza internacional, son las vías férreas, y deben, por tanto, considerarse como uno de los principales agentes de la revolución social y económica iniciada en nuestro siglo, no pudiendo dejarse de reconocer que su uso afecta á graves intereses internacionales.

Según los principios del derecho abstracto, no puede obligarse en modo alguno á un Estado á ponerse de acuerdo con otro para reglamentar de un modo uniforme las comunicaciones internacionales por medio de las vías férreas. Mas teniendo en consideración que dichas vías están llamadas á aumentar la prosperidad internacional y á promover el desarrollo económico y moral de los pueblos civilizados con más eficacia aún que los correos y telégrafos, proponemos las siguientes reglas:

a) Incumbe á los Estados que se hallan en la misma parte del continente reconocer que las líneas férreas que unen los Estados limítrofes, son, por la misma naturaleza de las cosas, vías de comunicación internacionales, y que este carácter natural hace necesario un reglamento internacional para la regularidad y seguridad del uso de las mismas, para la economía en los transportes, y para garantía de los derechos de los particulares (1);

cen de ella el pobre y el rico. Los caminos sirven para el uso, y Dios no los ha sujetado á impuesto alguno. Vattel, lib. XI, cap. 10, § 132.

(1) La variedad de las legislaciones en materia de transportes por los ferrocarriles, y la resistencia de las Sociedades á introducir las mejoras reclamadas por los comerciantes, son hoy un obstáculo para el desarrollo del comercio internacional. La necesidad de los expedicionarios es una carga y un obstáculo á la facilidad del tráfico, que podía evitarse si las Sociedades se encargasen del transporte hasta su destino. La responsabilidad de las Sociedades en caso de daño ó de averías, es muy difícil determinarla siendo tan diversas las leyes; además, no es fácil conocer la infinidad de reglamentos ni observar las formalidades requeridas para no perjudicar los derechos propios.

A consecuencia de las insolubles dificultades de los transportes internacionales que surgieron después de la guerra de 1870, nació la idea de una legislación internacional uniforme de ferrocarriles, siendo sus promotores SEIGNEUX, de Ginebra y el Dr. CHRIST, de Basilea. Dirigióse una petición á la Asamblea federal suiza para intentar entre los Estados un acuerdo á fin de arreglar mediante tratados los transportes internacionales por las líneas férreas, y á consecuencia de las gestiones hechas por el Consejo federal se reunió en Berna una conferencia el 13 de Mayo de 1878, y después de largas discusiones que duraron hasta el 4 de Junio, se redactó un proyecto de convenio.

Sobre este objeto véase el proyecto de la conferencia de Berna y la Memoria de SEIGNEUX presentada al Congreso celebrado con ocasión de la

b) Los reglamentos de ferrocarriles internacionales deben tener por objeto proveer á la construcción de ciertas obras que pueden necesitarse en la zona fronteriza de los Estados limítrofes, al reparto de los gastos, al servicio de aduanas en la frontera, á las medidas de policía que cada Estado debe hacer que se observen en su propio territorio para la regularidad de la circulación, á la organización del servicio relativo al transporte de pasajeros y mercancías (1), á las tarifas, á la responsabilidad de los encargados del servicio en caso de perjuicios por retraso, averías, extravío y otros análogos, y la organización del servicio á fin de que el tráfico se verifique con perfecta igualdad para todos (2);

c) Todo Estado podrá, con la más completa independencia, construir á sus expensas las vías férreas, y reservarse su uso ó encargarse de ello á sociedades particulares; pero será responsable de las consecuencias civiles que puedan derivarse de la inobservancia del reglamento internacional por parte de las sociedades que se hubieren encargado del servicio (3);

exposición de París el 22 de Julio de 1878.—HOFF, *Quelques observations, sur l'urgence d'un règlement international*, etc., en la *Revue de Droit international*, 1877, pág. 380.—Las negociaciones llevadas á cabo por el Gobierno suizo, pág. 384.—La deliberación del Instituto de Derecho internacional de la sesión de Zurich, Septiembre de 1877.—La relación de BULMERINQ en la revista citada, 1878, pág. 83.—FIELD, *Intern. Code*, § 423 á 429.—CALVO, *Droit int.*, t. XI, § 14, 28 y sig.

(1) Convendría dar al contrato de transporte el carácter verdadero y propio del transporte internacional: determinar la obligación de las sociedades de entregar la mercancía al destinatario y el modo de hacer la consignación: el derecho de negarse á admitirla y las consecuencias según los casos: las acciones y el modo de ejercitarlas, el procedimiento, los Tribunales competentes, etc., etc.

(2) Respecto de los diversos sistemas seguidos, véase CALVO y confrontense los diversos tratados sobre este punto citados por FIELD, que establece además muchas reglas útiles para la redacción de un reglamento.

(3) Declarando al Estado civilmente responsable de las obligaciones contraídas por las sociedades, se evitarían muchos inconvenientes. Las sociedades no podrían imponer las condiciones al comercio, sino que deberían estar sujetas á las reglas establecidas por los tratados y que deberían imponerse á las mismas por el Estado en la orden de concesión. El comercio tendría en el reglamento internacional bajo la garantía de los Estados, una cosa estable, y las sociedades que se hubieren obligado á hacer el servicio y á tener cuentas administrativas con las sociedades extranjeras, estarían garantidas por los Gobiernos extranjeros en lo que se refiere al cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de las sociedades de otros países. Correspondería además á cada Gobierno el proveer á que las sociedades comprometidas pudieran mantener y cumplir sus compromisos respecto á las demás con que hiciesen el servicio internacional.

d) Cualquier modificación que se haga en las leyes y reglamentos relativos á los ferrocarriles, ya sea por la sociedad concesionaria de acuerdo con el Gobierno, ya por éste mismo, deberá considerarse ineficaz para modificar las obligaciones ó eludir la responsabilidad que se deriven del reglamento internacional de ferrocarriles establecido entre los Estados;

e) La vigilancia, comprobación y ejecución de dicho reglamento deberán confiarse á una Comisión permanente, que habrá de resolver, como tribunal arbitral, todas las controversias que puedan surgir entre las diversas sociedades empresarias, en los asuntos de la línea.

855. Las líneas telegráficas son también de las cosas que, si bien pertenecen al Estado en cuyo territorio se hallan, tienen por su naturaleza muchos puntos de contacto con el Derecho internacional, que puede regular, en interés del género humano, el uso inofensivo del telégrafo, de manera que puedan armonizarse los derechos de cada Estado con los del género humano.

Es indudable que las líneas telegráficas son del dominio de la soberanía territorial, ora se reserve el Gobierno mismo su monopolio, como ocurre en la mayor parte de los Estados, ora haga la concesión de ellas á los particulares bajo la observancia de ciertas leyes y reglamentos, como sucede en los Estados Unidos de América y en Inglaterra. Como dichas líneas están colocadas en territorio del Estado y es necesario su consentimiento para establecerlas, claro es que están siempre sujetas al superior dominio de la soberanía territorial; pero, considerando que las líneas telegráficas que comunican con los Estados limítrofes sirven para mantener las relaciones internacionales y son un elemento importante de la vida y del comercio, se comprende por qué la utilidad general exige que el servicio de las líneas telegráficas internacionales se rija por un derecho uniforme, que, cuando haya sido aceptado por un acuerdo recíproco de los Estados, deberá formar parte del derecho internacional convencional.

De conformidad con estos principios, proponemos las reglas siguientes:

a) Los Estados deben ponerse de acuerdo para establecer una legislación uniforme que regule el servicio de las líneas telegráficas internacionales, y para fijar, mediante tratados, cuanto se refiere á las tarifas, comprobación, prioridad y privilegios para los despachos del Gobierno y de los funcionarios públicos, para la

conservación de las líneas y para el castigo que deba imponerse en caso de destrucción ó deterioro de las mismas (1);

b) No pueden construirse ó extenderse las líneas telegráficas en los dominios de otros Estados sin el previo consentimiento de aquel á quien pertenezca el territorio; excepción hecha del derecho de tender los cables submarinos en alta mar, no pudiéndose proseguir dichas líneas en las aguas territoriales sin el expreso consentimiento del poder soberano del país (2);

c) Cuando al pedir á un Estado la concesión de la autorización para extender una línea telegráfica necesaria para unir dos ó más pueblos se negare á ello, podrán los otros Estados interesados, después de haber empleado todos los buenos oficios para obtener dicha autorización, emplear medidas de represalias á fin de obligarle á ello;

d) Los buques destinados á tender un cable telegráfico deberán ser tratados por las naves que los encuentren como si estuviesen anclados, debiendo para esto dichos buques llevar una señal convencional que los distinga (3);

(1) Se han llevado á cabo muchos acuerdos internacionales entre los Estados para el servicio de las líneas telegráficas, pero los intereses internacionales de la telegrafía han hecho que se organice entre los principales Estados de Europa una Unión telegráfica, que ha dado ya buenos resultados y va constantemente mejorando. Fué fundada á consecuencia de una conferencia celebrada en París el 17 de Mayo de 1865 entre Austria, Baden, Baviera, Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia, Italia, Sajonia, Suecia y Noruega, Suiza, España, Turquía y Wurtemberg. Este tratado echó las bases de la Unión, no interviniendo en él Inglaterra ni los Estados Unidos porque en estos pueblos es el telégrafo una industria particular ejercida por ciertas sociedades que la han monopolizado. Posteriormente se extendió en Viena un acta adicional (21 de Julio de 1868) á la cual se adhirieron todos los Estados de la Confederación Germánica del Norte, Rumania, Servia, Rusia, Persia é Inglaterra para las líneas indo-europeas. En 1871 se celebró en Roma una conferencia internacional que revisó y mejoró el convenio y reglamento de París, en cuya conferencia tomó también parte Inglaterra, por haber dispuesto la ley de 1870, que se encargase el Estado del servicio telegráfico. En 1875 se celebró otra conferencia en San Petersburgo, y el 28 de Julio de 1879 celebróse otra en Londres, donde se firmó el nuevo reglamento modificado, puesto en vigor el 1.º de Abril de 1880.

(2) En 1869 obtuvo una sociedad del Gobierno francés la facultad de tender un cable submarino para unir á Francia con los Estados Unidos; pero cuando la sociedad llegó con su cable á las aguas territoriales del Massachussets, se opuso con razón aquel Gobierno porque no había dado la autorización correspondiente. Después de algunas gestiones diplomáticas se llegó al fin á un arreglo.

(3) Según oportunamente ha notado el Dr. FISCHER en la importante

e) Cuando varios Estados hayan establecido un derecho común para el servicio telegráfico internacional, corresponderá á cada uno de ellos armonizar sus propias leyes con las establecidas de común acuerdo, siendo responsable de las omisiones que hubiese (1);

f) Cada Estado tendrá siempre el derecho de proteger sus propios intereses é impedir que se haga uso del telégrafo con perjuicio de su seguridad, del orden público ó de la moral. Debe, por tanto, reconocerse en todo caso el derecho de los Gobiernos á detener ciertas correspondencias y la expedición de los telegramas, y aun á suprimir en ciertos casos completamente el servicio telegráfico de una línea determinada, dando aviso de ello á los Gobiernos interesados (2); pero bien entendido que este poder discrecional

Memoria publicada en Leipzig en 1876 (*Die Telegraphie und das Völkerrecht*), la operación de colocar un cable submarino es un trabajo que expone al buque y al cargamento á los más peligrosos accidentes. Sin contar con los cambios del tiempo y las variaciones del estado del mar, no pueden seguir la norma de la navegación ordinaria, porque el cable, por su extraordinaria longitud, tiene un peso y una fuerza de tracción enormes. Está, pues, obligado á arreglar sus movimientos á las circunstancias en que realice las operaciones. De aquí que, para evitar el peligro de los choques, hay que admitir para dichos buques reglas excepcionales, tales como las propuestas ú otras que se crean preferibles por las personas peritas en estas cuestiones.

(1) La posibilidad del cambio de despachos entre los buques durante su navegación y las estaciones telegráficas en las costas, es uno de los problemas de que se ocupa la telegrafía internacional. Para esto sería necesario establecer en las costas estaciones semafóricas puestas en relaciones telegráficas y provistas del oportuno aparato de óptica, y que los buques llevasen el Código de señales y su correspondiente aparato de banderas. Respecto del código de señales, se hizo un proyecto de código internacional en Inglaterra en 1863, y ha sido ya adoptado por los siguientes Gobiernos: Austria-Hungría, Bélgica, Brasil, Chile, Dinamarca, Alemania, Grecia, Italia, Países Bajos, Noruega, Portugal, Rusia, España, Suecia, Estados Unidos de América, y ha comenzado á regir desde 1.º de Septiembre de 1880. Respecto á obligar á los buques á ir provistos de los correspondientes aparatos para hacer las señales con arreglo á dicho código, propuso el Gobierno italiano después de la conferencia de San Petersburgo, que cada país obligase, mediante leyes, á los buques que emprendiesen un viaje, á proveerse de dicho código y del correspondiente aparato, declarando estos instrumentos entre los necesarios á bordo. Otras prescripciones de sumo interés público deberían ser sancionadas por los diversos poderes legislativos para resolver los problemas que la telegrafía envuelve.

(2) El art. 8.º del convenio de San Petersburgo, establece esta importante limitación en el movimiento de la telegrafía internacional: «Todo Gobierno se reserva el derecho de suspender el servicio telegráfico internacional cuando lo crea necesario, ora en general, ora sólo en ciertas li-

deberá limitarse á los despachos que lleguen ó partan del propio territorio, no á los de tránsito dirigidos á los otros Estados (1), ni á los despachos del Gobierno;

g) La violación del secreto de los despachos de tránsito deberá declararse un delito punible con las mismas penas que la violación del secreto de los despachos en el interior del Estado (2);

h) Deberá castigarse también cualquier entrometimiento ilegal y arbitrario que pueda perjudicar al movimiento regular telegráfico internacional; debiendo cada Gobierno atender las reclamaciones de los Gobiernos interesados, y obligar á las personas responsables á responder de cualquier retraso voluntario en el movimiento telegráfico internacional, cuando no haya lugar á proceder por la vía penal contra las mismas;

i) Será muy útil que los Estados se pongan de acuerdo para declarar que la destrucción ó el deterioro de los cables submarinos en alta mar es un derecho internacional, y para determinar de una manera precisa el carácter delictuoso de los hechos y las penas que les son aplicables. Bajo este aspecto, se procurará establecer el grado de uniformidad compatible con la diversidad de las legislaciones criminales.

El derecho de detener á los culpables ó á los presuntos reos, podrá concederse á los buques de guerra de cualquier Estado en las condiciones que marquen los tratados; pero el derecho de juzgarlos deberá reservarse á los Tribunales del Estado á que pertenezcan los delincuentes (3).

neas y para cierta clase de correspondencia, por tiempo indeterminado; pero está obligado á dar inmediatamente cuenta de ello á todos los Gobiernos que hayan intervenido en el tratado.»

(1) Esta regla fué aceptada por el Instituto de derecho internacional después de una detenida discusión y de un proyecto cuidadosamente redactado por RENAULT, en la reunión celebrada en Bruselas en 1879.—Véase el Anuario del Instituto, 1879 á 1880, parte 1.^a, pág. 394.

(2) El art. 7.^o del tratado de San Petersburgo admite el derecho de comprobación respecto del contenido de los despachos, y el art. 40 del Reglamento precisa minuciosamente cómo debe ejercitarse este derecho. Es evidente que el Estado tiene derecho á suspender el servicio telegráfico internacional si cree que es contrario á su propia seguridad; pero, si este derecho de comprobación se extendiese también á los despachos de tránsito y que pudieran interesar á los demás Estados, se concedería á cada Gobierno una autoridad dictatorial sobre todo el movimiento internacional. La suspensión de la correspondencia es una medida excepcional que debe regirse por la ley propia de cada país, y debe considerarse siempre como una medida interior y de orden público.

(3) El convenio ó tratado de la Unión telegráfica provee á esto en su

Respecto al acto de extenderlas, al servicio y á la protección de las líneas telegráficas en tiempo de guerra, hablaremos en su lugar oportuno.

artículo 2.º: «Las Altas Partes contratantes se obligan á tomar todas las medidas necesarias que se requieran para asegurar el secreto de los telegramas y su expedición regular.»

CAPÍTULO IV

De los bienes cuyo goce exclusivo corresponde al Estado, pero de los que también ha de gozar sin ofensa del derecho internacional.

IMPUESTOS; ADUANAS; SERVIDUMBRES ACTIVAS; CORREOS; COSAS QUE CARECEN DE DUEÑO; ISLAS; COLONIAS; BIENES EXISTENTES EN EL EXTRANJERO.

856. Determinación del asunto de este capítulo.—**857.** Impuestos sobre los extranjeros.—**858.** Opinión de Martens.—**859.** Reglas.—**860.** Aduanas.—**861.** Reglas.—**862.** Servidumbres activas.—**863.** Reglas.—**864.** Correos.—**865.** Reglas.—**866.** Cosas que carecen de dueño.—**867.** Reglas.—**868.** Islas.—**869.** Posesiones en el exterior.—**870.** Régimen de las colonias.—**871.** Reglas.—**872.** Bienes del Estado existentes en el extranjero.—**873.** Máximas sancionadas por los Tribunales ingleses.

856. Los bienes pertenecientes al Estado se dividen en varias categorías según el objeto á que están destinados y según la mayor ó menor extensión del dominio correspondiente á la soberanía sobre dichos bienes. Hemos tratado hasta ahora de los bienes pertenecientes á la comunidad y que el Estado posee con objeto de conservarlos para que llenen el fin á que están destinados; y así como pueden gozar de estos bienes los ciudadanos del Estado con sujeción á las leyes y reglamentos, así deberán también poder gozar de ellos los extranjeros, que, con arreglo al derecho internacional moderno, deben ser asimilados á los nacionales en el goce de los derechos civiles (1). En esta consideración fundamos nosotros el *jus uti innocui*, y fijamos como regla general que no debe negarse á los extranjeros el goce de las cosas pertenecientes al dominio público, siempre que usen de ellas sin daño ni perjuicio para el Estado.

(1) Véase nuestra obra *Derecho internacional privado*, tercera edición, parte especial, cap. I.

Hay una segunda categoría de cosas cuyo uso exclusivo debe tener toda soberanía, bien con un fin de utilidad general como son las fortalezas, los arsenales y otros establecimientos análogos, ó para atender á las necesidades y servicios del Estado.

La determinación de los bienes pertenecientes á esta categoría y la de la extensión de los derechos del soberano sobre estos mismos bienes, pertenece al derecho público interior; pero así como deben ponerse en armonía los derechos de cada Estado con los de todos los demás que con él coexisten en la *Magna civitas*, así también debe armonizarse el Derecho público interior con el Derecho internacional, y bajo este punto de vista especial discurriremos acerca de algunos bienes pertenecientes á esta categoría y que tienen cierta relación con el Derecho internacional.

Trataremos, ante todo, de los bienes incorpóreos, como son: los impuestos, las aduanas, las servidumbres activas y el monopolio del correo, y después trataremos de los bienes que carecen de dueño, de las islas, de las colonias, y de los bienes pertenecientes al Estado que se hallan en país extranjero.

§57. El derecho de recurrir á los impuestos para proveer á las necesidades del Estado es reconocido y extensamente ejercitado por todos los Gobiernos de los pueblos civilizados. Sin embargo, en otros tiempos había costumbre de hacer pagar cara á los extranjeros la facultad de establecerse en un país y ejercer allí el comercio, y excogitábanse diversas formas de impuestos, aplicándoselos rigurosamente, como si el Gobierno pudiese aprovecharse de la condición de extranjería para enriquecer el Tesoro del Estado (1).

(1) La tasa que en Francia se imponía á los extranjeros para autorizarlos á contraer matrimonio (*droit de for mariage, de foris maritagium*) absorbía una buena parte de la dote. Según ciertas costumbres, era la mitad de los bienes; según otras, la tercera parte. — SAPPY, *Les étrangers en France*, pág. 64. — DEMANGEAT, *Hist. de la condition des étrangers*, pág. 104. — GUYOT, *Rep.*, voz *for-mariage*. A los jefes de familia se imponía después una tasa anual, *droit de cheyage*, y cuando las necesidades del Estado lo exigían se imponían tasas extraordinarias. Enrique III ordenó que todos los extranjeros, incluso los naturalizados, debían proveerse de una carta de residencia para poder habitar en Francia, y para obtenerla había que pagar una tasa. Luis XIV obligó á los mismos á renovar la carta de permanencia y la de naturalización pagando una nueva tasa, y en el edicto respectivo publicado á fines del siglo XVII (1697) se mencionan las tasas de *cheyage* y de *for mariage*, lo que prueba que hasta esa época conservaba el rey de Francia íntegro su privilegio de exigir dichas tasas. — Véase BACQUET, *Droit d'aubain*.

¿Quién hubiera podido imaginarse que Francia hubiese vuelto á proponer la tasa sobre los extranjeros hoy que las ideas de igualdad y fra-

858. Los publicistas consideran tales usanzas fundadas en derecho, tanto que Martens escribía á este propósito: «El derecho de gentes no prohíbe en rigor recargar á los extranjeros con impuestos más onerosos que á los nacionales» (1). Además de considerar, como observa con razón Vergé, que esta máxima se halla en oposición con los principios de la Economía política y con los intereses mismos del Estado—que debería rechazar toda medida que pudiese alejar del territorio á los extranjeros cuando su industria y su fortuna son los auxiliares más útiles de la prosperidad general,—entendemos nosotros que el Derecho internacional moderno debe sostener que es contrario á los principios de equidad y de justicia aumentar los impuestos de los extranjeros en relación á los de los ciudadanos. Respecto al hecho de someter á aquéllos á los impuestos que sobre éstos pesan, dicho se está que sólo puede hacerse en el caso en que los extranjeros se establezcan en el Estado; pero deberá siempre considerarse como contrario al derecho de gentes imponerles una tasa como condición de su admisión en el Estado (2).

859. Proponemos, pues, las reglas siguientes:

a) No es lícito someter á los extranjeros al impuesto de tránsito ó imponerles una tasa bajo cualquier forma como condición para admitirlos en el territorio. Los impuestos personales sólo deben pagarse por los extranjeros que se establezcan en el territorio de un Estado, y los demás por aquellos que realicen operaciones sujetas á impuestos;

b) Es de sumo interés para todos los Estados ponerse de acuerdo á fin de no imponer á los extranjeros otros gravámenes, contribuciones é impuestos que aquellos que pesan sobre los nacionales, y para no establecer diferencia alguna en cuanto al ejercicio del comercio, á la adquisición de la propiedad y á los negocios de cualquier clase, sino fijar como regla que, cuando los extranjeros observen las leyes y reglamentos del país lo mismo que los ciudadanos, deben poder transportar, recibir y consignar mercancías, vender ó comprar directamente ó valiéndose de intermediarios, hacer operaciones de aduanas, obtener la protección y seguridad

ternidad de los pueblos se han reafirmado por el Gobierno republicano?

(1) MARTENS, *Droit des gens*, libro III, cap. III, § 88.

(2) «Pueden cobrarse impuestos aun á los extranjeros que habitan entre nosotros, puesto que gozan de la protección del Estado, y puede imponerse esta condición para su admisión.»—MARTENS, obra citada.—Conf. KLÜBER, *Droit des gens*, § 68.

para sus personas y bienes, comparecer en juicio, etc., etc., y que ya se establezcan temporal ó definitivamente, no estarán sujetos á otras cargas ó impuestos que á aquellas que pesen sobre los ciudadanos del Estado;

c) Hasta que no se haya proclamado como regla del comercio internacional la libertad comercial y de navegación, y generalizado el principio de la igualdad entre ciudadanos y extranjeros, puede observar el Estado, siquiera sea por prudencia política, la regla de la reciprocidad en cuanto á los impuestos, cargas, privilegios, inmunidades y favores á que estén sometidos ó de que puedan gozar los extranjeros en los diversos Estados (1).

§60. En cuanto á las aduanas, es indudable que el régimen aduanero interesa al derecho público interior (2), y que, según el Derecho internacional, cada Estado puede elevar ó bajar las tarifas según lo crea conveniente, y aun establecer cierta desigualdad entre los diversos Estados con los cuales se halle en relaciones comerciales. Los extranjeros de todos países deben gozar, según el derecho de gentes, de la libertad de comercio; pero no pueden exigir la igualdad respecto á las importaciones ó exportaciones. No obstante, todo Estado debe tener presente que el prudente y progresivo desarrollo de las libertades económicas es el medio más seguro para armonizar los intereses nacionales con los internacionales.

§61. Proponemos, pues, las siguientes reglas:

a) Para regularizar las importaciones y las exportaciones, en sus relaciones con las aduanas de los respectivos Estados, debe recurrirse á los tratados;

(1) Algunos escritores quisieran elevar á reglas de Derecho internacional la igualdad de condiciones entre ciudadanos y extranjeros respecto del pago de ciertos impuestos ó de todos. Así debería ser con arreglo á las justas reglas del Derecho internacional de los pueblos civilizados; pero hasta que ésta no se haya convertido en regla general no hay otro modo de defender los intereses de los propios ciudadanos y asegurarles las mismas ventajas en los países extranjeros, que adoptar el principio de la reciprocidad. De aquí que, si no existen tratados, no puede decirse que faltará á los justos preceptos del derecho, un Estado que respecto á los derechos de navegación, por ejemplo, sostuviese cierta diferencia entre los nacionales y los extranjeros, y aun entre los extranjeros de diversos países. Un Gobierno solo debe equiparar los extranjeros á los nacionales en el goce de ciertas ventajas cuando les asegure las mismas en el extranjero. Sin embargo, no debe entenderse que esto se refiere al ejercicio de los derechos civiles que no pueden negarse en ningún caso á los extranjeros.

(2) El sistema aduanero de los Estados civilizados debería inspirarse en las elevadas miras de facilitar los cambios internacionales. Sin embargo, éste es asunto propio de la economía política.

b) Sería sumamente útil establecer, mediante un tratado general entre los Estados que tienen comunidad de intereses comerciales, una perfecta Unión Aduanera. Sin embargo, para que tenga este carácter el régimen de aduanas, es necesario que se supriman las líneas aduaneras entre los Estados coligados; que se instituya una frontera aduanera única, allí donde los Estados contratantes estén separados por otros limítrofes; que haya unidad de administración y comunidad de tarifas aduaneras entre dichos Estados, unidad de trato y uniformidad de legislación del ramo (1);

c) Siempre que el régimen aduanero entre dos Estados se haya establecido por un tratado, deberá fundarse éste sobre la base de la igualdad y reciprocidad más perfecta. Cuando, abusando un Estado de su poder y de su superioridad, imponga á otro menor un sistema aduanero en su exclusivo provecho, cometerá un abuso de fuerza, siempre censurable, pero mucho más si lo llevara á cabo aprovechándose del éxito favorable de una guerra.

§62. Respecto á las servidumbres activas, debemos ocuparnos de las fundadas en los tratados y que atribuyen al Estado, en cuyo favor se instituyeron, ciertos derechos reales llamados generalmente derechos de regalía, de los cuales, ó puede gozar el Estado mismo, ó los particulares en su calidad de ciudadanos del Estado. Así, por ejemplo, era un derecho reservado á los ciudadanos ingleses cortar la madera de campeche en ciertas regiones, derecho que les había sido reservado por una cláusula del tratado de París de 1763 (artículo 17). Lo mismo debe decirse del derecho de establecer aduanas é imponer tasas sobre una parte determinada del territorio, ó desempeñar cualquier servicio público lucrativo como el de correos, por ejemplo (2). Pa-

(1) Puede ocurrir que dos ó más Estados denominen tratados de Unión aduanera á un tratado de Comercio, y que hagan esto por concederse favores recíprocos y excluir á los demás Estados que hayan estipulado en los convenios el trato de la nación más favorecida en el goce de las ventajas convenidas. Este sería el caso de aplicar la regla *plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur*. El nombre no podrá cambiar la naturaleza de la cosa. El tratado concluido entre los Estados alemanes en 1833, para constituir la Unión aduanera (*Zollverein*), fué un tratado de liga aduanera; pero el estipulado entre Austria y el ducado de Módena el 15 de Octubre de 1857 fué un verdadero tratado de Comercio que se le dió el nombre de Unión aduanera.

(2) En el tratado de paz entre Prusia y Sajonia en 1866 se disponía en su art. 17: «El Real Gobierno de Sajonia transmite al Gobierno Real de Prusia el derecho de utilizar el servicio telegráfico en el reino de Sajonia con la misma extensión que compete actualmente al Gobierno de este Estado.»

samos por alto otros muchos ejemplos que pudieran aducirse (1).

En otro tiempo fué más frecuente la aplicación del ejercicio de ciertos derechos que revestían un carácter de servidumbre del derecho de gentes, sobre todo en aquellos Estados que conservaron ciertos impuestos feudales, como sucedía en Alemania.

Dichas servidumbres modificaban á veces hasta el ejercicio de los derechos de soberanía; pero ya nos hemos ocupado de esto anteriormente (2), y aquí solo nos referimos á aquellos de que se deriva el ejercicio de cualquier derecho de regalía, á los cuales deben aplicarse las reglas que antes hemos propuesto, debiendo agregar las siguientes:

§63. a) El límite extremo de las servidumbres que lleven consigo un derecho real, deberá fijarse por la regla del mútuo respeto que deben los Estados á su recíproca independencia;

b) Cuando la servidumbre existe, debe considerarse como un derecho real permanente, tanto respecto al Estado obligado á sufrirla, como al que goza de ella, transmitirse activa y pasivamente á los sucesores, y extinguirse por el abandono, la confusión y la renuncia expresa (3);

c) No basta la simple posesión para constituir una servidumbre. Todo Estado independiente tiene el derecho permanente de exigir la justificación de la servidumbre con un título legal, militando siempre en su favor la presunción de la libertad (4).

§64. La administración de correos puede ser una fuente de rendimientos para el Estado, ya ejerza el Gobierno mismo el monopolio y los ingresos sean superiores á los gastos, ya arriende á una sociedad este servicio. De cualquier modo, estando el ramo de correos destinado á satisfacer las necesidades internacionales y las relaciones recíprocas de los diversos pueblos y á favorecer el des-

(1) En el tratado de deslinde de fronteras entre Noruega y Rusia en 14 de Mayo de 1826 (MARTENS, *Nouveau recueil*, tomo VI, pág. 10 á 14), se convino en su artículo 7.º que las familias establecidas en el territorio señalado á cualquiera de las partes contratantes gozarían por seis años del derecho de ejercer la caza y la pesca en los dominios de la otra.

(2) Véase el tomo I.

(3) Esta regla ha sido establecida por HEFFTER en el § 43 de su obra, y añade que las servidumbres terminan por las reglas ordinarias de nulidad y por las resoluciones de los tratados internacionales.

La servidumbre no puede decirse que permanece cuando no se ha hecho uso de ella por largo tiempo y debe suponerse abandonada. Luis XIV pretendía resucitar ciertos derechos de regalía, ya extinguidos, fundándose en ciertas disposiciones del tratado de Münster.

(4) Conf. KLÜBER, *Droit des gens*, §§ 137 á 139.

arrollo de las artes, de las ciencias y del comercio, debe considerarse como de interés internacional la organización del mismo.

865. Respecto de este punto proponemos las siguientes reglas:

a) Los correos deben estar bajo la protección del derecho internacional;

b) Todo Estado se halla obligado á facilitar el desarrollo de las comunicaciones postales, y debe promover los oportunos convenios con los demás Estados con la mira de favorecer los intereses de los pueblos, más bien que con la de ejercer el monopolio en provecho recíproco;

c) No será lícito en ningún caso detener el movimiento postal, ni podrá justificarse por ningún motivo grave la violación del secreto de la correspondencia. Sólo por razones de orden público podrá permitirse suspender la expedición y distribución de los periódicos, dando aviso de ello por todos los medios posibles de publicidad;

d) Incumbe á los Estados establecer y promover el desarrollo de la unión postal en interés de los pueblos, y con el fin de dictar reglas uniformes relativas al cambio de la correspondencia; á la tasa y al modo de la expedición de las cartas y de los demás artículos; al peso, al pago, y á cuanto pueda facilitar la llegada, la distribución y la circulación en los territorios respectivos, y organizar la regularidad del servicio;

e) Los buques destinados al servicio postal, ya pertenezcan al Gobierno, ya á sociedades particulares, deben ser tratados con todas las consideraciones y privilegios que exigen los altos intereses y la importancia del servicio indicado. Deben, por tanto, estar exentos de pagar derecho alguno de navegación y de puerto, lo mismo á la entrada que á la salida de éstos, pudiendo proveerse libremente de carbón y de cuanto necesiten para continuar su viaje, sin que pueda tampoco bajo ningún pretexto, hacérseles volver, detenerlos en su camino ó desviarlos de su destino, ni sujetarlos á la visita aduanera, excepto el caso en que haya pruebas inequívocas de que dichos buques abusan de su privilegio para hacer el contrabando;

f) Corresponde á cada Gobierno obligar á sus propios buques postales á observar rigurosamente las leyes vigentes en los puertos extranjeros donde arriben por razón de su servicio, y siempre que resulte que dichos buques han abusado de su posición privilegiada para violar las leyes de aduanas, estará el mismo Gobierno obligado á no impedir la acción de la justicia, reconociendo que no pue-

de reclamarse privilegio alguno por aquél que, teniéndolo, se ha servido de él para eludir ó violar la ley (1).

866. Las cosas sin dueño que se hallan en los límites territoriales del Estado, deben considerarse como si continuasen en la comunión primitiva, y por tanto, en el dominio de la comunidad ó del Estado y de la soberanía que representa. En todo caso debe prevalecer esta regla:

a) Todas las cosas que se hallen en el territorio tienen el carácter territorial, y cuando no las posean á título particular los individuos, sean éstos ciudadanos ó extranjeros, forman parte del patrimonio del Estado: *quidquid est in territorio est etiam de territorio*.

Sin embargo, la soberanía territorial no puede modificar con sus leyes interiores los principios del derecho de gentes, y aumentar su patrimonio declarando sin dueño los bienes que en realidad no se hallan en este caso.

En otro tiempo, cuando se negaba á los extranjeros el derecho de poseer en propiedad parte alguna del territorio, se declaraban sin dueño los inmuebles adquiridos por aquéllos á título particular ó por sucesión, atribuyéndose al Fisco la propiedad de tales cosas (2).

867. A fin de evitar todo abuso en este punto, proponemos la siguiente regla:

a) Para decidir cuándo puede considerarse una cosa como sin dueño, respecto de los extranjeros, deben aplicarse los preceptos y las máximas del derecho civil internacional, no siendo lícito á

(1) Ocorre con frecuencia, que los vapores correos extranjeros se prevalecen de su posición privilegiada para ejercer el contrabando, y que después invocan la protección de su Gobierno y sus privilegios para librarse de las investigaciones de las autoridades locales que adoptan sus medidas para probar la violación de la ley y de los reglamentos de Aduanas, para lo que no puede invocarse privilegio alguno. Lo peor es que los Gobiernos que se consideran más fuertes, apoyan las reclamaciones de los capitanes de sus vapores correos. Surgió una grave disputa por esta razón entre el Gobierno italiano y el francés á propósito de una contravención al reglamento de Aduanas descubierta el 11 de Septiembre de 1862 á bordo del barco francés *Generale Paoli*. A pesar de haberse hecho resistencia á la fuerza pública y ser manifiesta la contravención, apoyaba aquel Gobierno las mal fundadas reclamaciones del capitán de la nave. Sería de desear que todos los Estados se pusieran de acuerdo para hacer respetar las leyes y los reglamentos aduaneros de los demás Estados, y no protegiesen á sus nacionales cuando los violasen.

(2) Véase LAURENT, *Droit civil international*, tomo I, pág. 361; y BACQUET, obra citada. Confr. nuestro *Tratado de Derecho internacional privado*, cap. II.

ningún Estado desconocer tales reglas ni disponer nada contrario á las mismas mediante sus leyes interiores (1).

Teniendo en cuenta estas reglas, debe reconocerse que un Estado que quisiera apropiarse los restos de un naufragio (2), que declarase, mediante sus leyes interiores, cosas sin dueño, y como tales atribuibles al Fisco, todo lo que se hallase en sus aguas territoriales ó hubiese sido arrojado á sus costas, cometería un abuso de poder y violaría los preceptos del Derecho internacional, según en otro lugar hemos dicho (3).

§68. Pertenecen además al Estado las islas que se hallen en sus aguas territoriales, ó que puedan formarse en lo sucesivo, estén ó no ocupadas por él. Dichas islas se consideran como anejas al territorio internacional y propiedad del Estado, hasta tanto que no hayan sido adjudicadas á los particulares, bien para ser colonizadas, ó por uno de esos títulos que pueden establecer ó fundar la propiedad privada. Además, para las que se hallen fuera de las aguas territoriales, convendrá tener en cuenta las reglas que estableceremos inmediatamente para la adquisición de la propiedad de las cosas que no tienen dueño.

Refiere Halleck que en los Estados Unidos de América, con arreglo á una ley aprobada en 18 de Agosto de 1856, cuando un ciudadano de aquel Estado descubre un depósito de guano en una isla ó roca no sujeta á la jurisdicción de otro Gobierno y toma pacífica posesión de dicha isla ó roca, pueden éstas ser consideradas,

(1) Véase nuestra obra *Derecho internacional privado*, tercera edición, tomo I, en la cual se demuestra cómo los extranjeros deben estar equiparados á los ciudadanos en la adquisición y goce de los derechos privados.

(2) El derecho de apropiarse los restos del naufragio ejerciólo en Sicilia Carlos de Anjou, á pesar de que la Constitución de 1231 había pronunciado severas penas contra semejante despojo (*Cost. regni Siculi*, libro I, título XX, VIII, op.; CONCIANI, I, 313). — Conf. el Código de los Visigodos del siglo VI (libro VII, tít. II, cap. XVIII); las leyes de Ramón Berenguer y Jaime I en 1243 y de Alfonso III en 1286 promulgadas para prohibir la confiscación de los bienes de los naufragos que se llevaba á cabo en Cataluña, no obstante estar allí vigente el Código de los Visigodos; el tratado estipulado por San Luis de Francia con el duque de Bretaña en 1231, y el concluido en Venecia para prohibir la confiscación de los bienes de los naufragos. En Inglaterra el derecho de la Corona sobre los restos de los naufragios, ha sido sostenido hasta fines del siglo pasado (1771), y calurosamente defendido por los abogados de la Corona, fundándose en el *Common Law*. El Juez Mansfield rechazó la pretensión, porque halló más equitativo interpretar la ley á su modo; pero, si se hubiese atendido á la letra de aquélla y hubiese querido aplicarla con rigor, se habría visto obligado á admitir la demanda. — Véase KENT, *American Law*, tomo II, páginas 415 á 417.

(3) Véase el § 606 de este tomo.

según el prudente arbitrio del Presidente de los Estados Unidos, como pertenecientes á éstos, y el jefe del Gobierno puede disponer de las fuerzas de mar y tierra para proteger el derecho de aquel descubrimiento (1).

Respecto de las islas que se forman en los ríos, ya hemos emitido nuestra opinión (2).

869. Forma además parte del patrimonio del Estado lo que éste posee en países lejanos, siendo indudable que tiene derecho á conservar esas posesiones y á sacar de ellas todas las ventajas posibles, con exclusión de los otros Estados.

Dejando aparte lo que se refiere á la legitimidad de la adquisición de tales establecimientos—de lo cual hablaremos en el capítulo siguiente (3)—y lo que hace relación al derecho de jurisdicción perteneciente al Estado que posee el territorio sobre el que se encuentra el establecimiento perteneciente á un Gobierno extranjero, de lo cual ya hemos hablado, debemos examinar aquí cómo debe ejercitarse el derecho de aprovecharse de estas posesiones, y las limitaciones que sobre ello impone el derecho de gentes.

En tiempos no muy lejanos estaba más generalizado el sistema de fundar establecimientos en países extraños con el sólo objeto de enriquecer las arcas del Tesoro, y con este propósito se crearon infinidad de colonias, muchas de las cuales se conservan todavía en América, en Oceanía, en Africa y en otras regiones.

870. El régimen administrativo de las colonias se organizó con la idea de que las riquezas de las tierras colonizadas sirviesen para enriquecer la metrópoli respectiva, y con este propósito arregló cada Gobierno el monopolio comercial en su exclusivo provecho, hasta el punto de que las posesiones coloniales fueron consideradas como graneros de la metrópoli, y los colonos como un pueblo de esclavos condenados á trabajar para enriquecer á los habitantes de aquélla. De este modo se justificó la introducción de esclavos en las posesiones coloniales, y aun hoy se tiende á mantener la esclavitud en determinadas colonias.

Este sistema debe considerarse en completa oposición con el derecho de gentes. Este garantiza, en efecto, á todos la propiedad

(1) *Inter. Law*, § 15, cap. VI, donde se cita el texto de la ley americana. BRIGHTLY, *Dig. of the Law of the United States*, pág. 301. Confr. CALVO, *Droit international*, § 256.

(2) Véase el § 814 de este tomo.

(3) Véanse acerca de este punto los párrafos 876 y siguientes.

y la libertad de industria y de comercio, mientras las leyes coloniales, para asegurar á los Gobiernos todo el provecho, negaban á los colonos el derecho de disponer de los productos del suelo, que era el fruto de su trabajo, y los obligaban á venderlos á las sociedades privilegiadas á que dichos Gobiernos cedían el ejercicio del monopolio del comercio (1).

871. Contra tan arbitrarios sistemas, proponemos el establecimiento de estas reglas:

a) Pertenece á todo Estado el derecho de aprovecharse de sus posesiones en países extraños; pero no es lícito que aumente sus beneficios conculcando los derechos del hombre, que deben ser garantidos por el derecho de gentes;

b) Cuando para disfrutar las riquezas de una colonia pretenda un Estado sancionar la esclavitud civil ó política de los colonos, y conculque en perjuicio de éstos los principios del derecho común de los pueblos civilizados, los colonos que quisieren rechazar la fuerza mayor y fueren impotentes para ello, podrán pedir la protección de los demás Estados civilizados, é invocar en nombre del Derecho internacional la garantía de los derechos del hombre (2).

(1) Respecto de la historia de las colonias conviene leer la obra de CAUCHY, *Droit maritime international considéré dans ses origines et dans ses rapports au progrès de la civilisation*.—Las colonias que los europeos fundaron en América y en la India tuvieron un carácter completamente distinto al de las colonias que establecían los antiguos. Estas fueron el resultado del espíritu de emigración y sirvieron para difundir la civilización: Smirna, Efeso, Partenope (Nápoles), Mesina, Catania y Siracusa fueron edificadas por colonias; pero los colonos no eran un pueblo de esclavos, sino que llevaban consigo el amor á la independencia y á la libertad. Las colonias modernas se fundaron en el espíritu mercantil y en el deseo inmoderado de aprovecharse de los inexplorados tesoros de la India y de América. La base de las relaciones entre las colonias y la metrópoli era la organización del trabajo en provecho exclusivo de esta última, la prohibición impuesta á los colonos de hacer comercio alguno exterior y por último la política del monopolio. Era natural que el desarrollo de la civilización mirase con predilección la emancipación de las colonias y negase lo que se llamó sistema colonial. Véase VERGÉ, nota al § 150 de MARTENS, y ROSCHER, *Les colonies, la politique coloniale et l'emigration*; CARPI, *Le colonie e l'emigrazione*.—DE PARIEU, *Principes de la science politique*, en las actas del Instituto de Francia, tomo LXXXVIII, pág. 319; t. LXXXIX, pág. 5.—COQUELIN y GUILLAUMIN, *Dic. de l'Economie politique, liberté de commerce et ligue anglaise*, y los autores allí citados.—SCHERER, *Histoire du commerce*, traducido del toscano por RICHELOT.—KLÜBER, *Droit des gens*, § 70.—Respecto de los principios establecidos anteriormente á propósito de la emancipación de las colonias españolas y portuguesas, véase CALVO, *Droit inter.*, § 145 y siguientes.

(2) Véase el § 675 de este tomo.

Lo mismo el Estado que el soberano pueden también poseer bienes á título particular en países extranjeros. De cualquier modo, ora formen dichos bienes parte del patrimonio familiar del soberano, ora del patrimonio del Estado, deben estar sujetos á las leyes y á la jurisdicción territorial del mismo modo que los de cualquier otro ciudadano.

La soberanía territorial podrá, sin embargo, dadas ciertas circunstancias, decretar la enajenación forzosa de dichos bienes, si la propiedad de éstos correspondiente al soberano extranjero fuese contraria á las leyes constitucionales, ó si la naturaleza misma de la propiedad ó el modo de poseerla pudiera considerarse que lesionaban la independencia de la soberanía territorial.

872. Al decir que los bienes de un Estado extranjero se hallan sujetos á la jurisdicción territorial, no puede deducirse de esto que se halle también el Estado á quien dichos bienes pertenecen, y recordamos lo dicho anteriormente, para hacer las oportunas distinciones. Es indudable que si un Gobierno hubiese dado en garantía de las obligaciones por él contraídas con los particulares los bienes pertenecientes al Estado y existentes en el exterior, podrán los interesados ejercitar las acciones con arreglo á la ley territorial para cobrar con el producto de dichos bienes puestos como garantía, siendo así que aquéllos no procedían contra el Estado extranjero, sino contra los bienes de que el Estado mismo se habría expropiado cediéndolos como garantía á los particulares.

873. Esta máxima fué aplicada por los Tribunales ingleses en el pleito Lariviere contra Morgan el 5 de Junio de 1872 (1). Dijose entonces que, cuando un Gobierno extranjero hubiese depositado fondos en Inglaterra con destino determinado, las personas interesadas en éste podrían proceder contra los tenedores de los fondos para realizar sus créditos. Que los acreedores estaban obli-

(1) Tratábase de un contrato, celebrado por el Gobierno francés para la consignación de una cantidad de cartuchos, y afirmaba el contratista que se había convenido en que debía depositarse cierta suma en un Banco inglés para asegurar el pago. Teniendo el contratista depositada la suma, intentó una acción contra el banquero y contra la República francesa, que no compareció. Sin embargo, el Tribunal decidió que el actor podía continuar el procedimiento para obtener lo que le correspondía contra la suma depositada. Decreto de 5 de Junio de 1872, 7, cap. VII, ap. 550, transcrita por WESTLAKE en la *Revue du Droit international*, tomo VI, pág. 617.—El mismo escritor refiere que la sentencia fué reformada por la Cámara de los lores; pero fué porque no se había depositado suma alguna para asegurar dicho pago. (Revista citada, tomo VIII, pág. 481).

gados á demandar al Gobierno extranjero; pero si éste no compariere, su contumacia no perjudicaría la acción, que se dirigiría siempre contra los bienes y debería seguir su curso regular.

El mismo Westlake refiere otro caso decidido también por los Tribunales ingleses.

El Gobierno del Perú había consignado una partida de guano á una sociedad peruana, encargando que lo vendiese en Inglaterra y pusiese su producto neto á disposición del Gobierno de Londres. Más tarde contrajo el mismo Gobierno un empréstito conviniendo en que el guano de que se trata y el producto de la venta se destinaría á garantizar los intereses y el reembolso del capital prestado. Querellándose un tenedor de títulos del empréstito de que no se efectuaba el reembolso en las condiciones convenidas, entabló una acción contra la República del Perú y contra la Sociedad y sus agentes para conseguir que el guano depositado en Inglaterra sirviese para la garantía á que había sido destinado. La República no compareció, pero si la sociedad negando la competencia de los Tribunales ingleses para entender en el asunto; decidiendo el Tribunal que el actor no podía proponer su acción en Inglaterra, puesto que el contrato celebrado entre el Gobierno, la Sociedad del guano y los tenedores de las obligaciones del empréstito eran contratos peruanos, y la propiedad del Gobierno del Perú depositada en Inglaterra no podía responder al contrato, *puesto que de éste no resultaba que se hubiese dado el guano en garantía* (1).

Entiéndase bien que si se hubiese probado que el guano existente en Inglaterra se había depositado por el Gobierno peruano como garantía de la obligación contraída, no hubiera habido obstáculo alguno para ejercitar sobre dicha propiedad de la República del Perú todas las acciones que de la garantía podían derivarse, siendo así que el mismo Gobierno había puesto sus bienes bajo la jurisdicción extranjera como garantía de sus obligaciones con los particulares.

Por esto mismo se decidió en diferentes circunstancias y en otro

(1) Véase una sentencia de la corte de Scacchiere del 27 Mayo de 1869, SMITH y WEQUELIN, recordada por WESTLAKE, Revista cit., tomo VI, página 617. Tampoco fueron admitidas otras demandas presentadas por los tenedores de títulos del empréstito del Perú pidiendo que se les adjudicase el guano depositado en Inglaterra y que decían haberlo sido en garantía del empréstito, porque se probó que, según la interpretación estricta de los títulos, el guano no estaba depositado como garantía. Véase la causa Twycross y Dreyfus, 7 de Marzo de 1877, transcrita por WESTLAKE en la *Revue du Droit int.*, tomo X, pág. 543.

asunto de indole diversa (1), por los mismos Tribunales ingleses, que un buque del Khedive de Egipto dedicado á operaciones comerciales no podía sustraerse á la jurisdicción territorial é invocar el privilegio de extraterritorialidad, porque la propiedad que un soberano extranjero destina al comercio está sujeta á las acciones *in rem* ante los Tribunales locales.

(1) Véase el proceso del *Charkisch* fallado por el Tribunal del Almirantazgo inglés, el 7 de Mayo de 1873.—El *Charkisch* era un buque de guerra perteneciente al Khedive de Egipto, que no formaba parte de la Marina otomana, y se empleaba habitualmente como vapor de transporte para viajeros y mercancías y para conducir la correspondencia. Envióle el Khedive á Inglaterra para hacer en él algunas reparaciones, y con objeto de disminuir los gastos, permitió que dicho buque transportase mercancías por cuenta de diversos fletadores, y para el viaje de regreso lo fletó un inglés. En el Támesis chocó el *Charkisch* con otra nave, y los propietarios de ésta procedieron contra el buque para la indemnización del daño. El Khedive solicitó que se dejase libre inmediatamente á su buque, invocando el privilegio de la extraterritorialidad, pero el Tribunal del Almirantazgo inglés no accedió á la demanda, porque habiendo destinado el Khedive este buque á una especulación comercial, había consentido en someterlo á las leyes y jurisdicción comerciales como cualquier otro buque particular.

CAPÍTULO V

De los modos de adquirir y perder la posesión legítima de las cosas por parte de un Estado.

874. Objeto del presente capítulo.—**875.** No puede atribuirse al Estado la propiedad, sino la posesión del territorio.—**876.** Diversos modos de adquirir la posesión.—**877.** Ocupación de las regiones inexploradas.—**878.** Condiciones para la ocupación.—**879.** Países habitados por salvajes.—**880.** Opinión de Vattel.—**881.** Cómo pueden ocuparse dichas regiones.—**882.** Opinión de Heffter.—**883.** Ocupación de parte del territorio.—**884.** Principios sostenidos en América.—**885.** Regla.—**886.** El no uso y la prescripción entre los Estados.—**887.** Norma para la prescripción.—**888.** De la accesión.—**889.** Descubrimientos y sus consecuencias jurídicas.—**890.** La toma de posesión.—**891.** Doctrina de los publicistas.—**892.** Aplicación de los principios y regla.—**893.** Extensión de la posesión.—**894.** Regla.—**895.** Modos derivados para la adquisición de la posesión.—**896.** Los Tratados.—**897.** Principios generales.—**898.** La sucesión y el testamento.—**899.** La conquista.—**900.** Consecuencias de la posesión durante la guerra y regla.—**901.** Pérdida de la posesión.

874. Habiendo admitido que el Estado tiene la posesión del territorio y de todas las cosas que en él se hallan y cuya posesión pueda defender en concurrencia con otros Estados, debemos considerar ahora cuándo y cómo debe mirarse como adquirido el *jus possidendi*, y en qué casos debe considerarse perdido; ó en otros términos, debemos indagar cuál es el fundamento de la posesión legítima de las cosas que deben atribuirse á un Estado con exclusión de todos los otros.

Para resolver estas cuestiones, no podemos aplicar los principios que rigen en derecho civil respecto de la adquisición ó pérdida de la propiedad entre particulares, porque el Estado no es en realidad propietario de las cosas cuya posesión exclusiva tiene en concurrencia con los demás Estados. La propiedad es un derecho individual que se ejercita sobre las cosas que se poseen legítimamente, completando tal posesión con la actividad física é intelec-

tual, esto es, con el trabajo. Por esto me parece exacto lo que escribía Cousin: «El principio del derecho de propiedad es la voluntad eficaz y perseverante, el *trabajo bajo la condición de la ocupación primera*» (1).

§ 35. El Estado no es en realidad propietario de las cosas que se hallan bajo su dominio, lo cual resulta claro para quien considera que las relaciones que existen entre el Estado y las cosas que componen el territorio nacional no reúnen los caracteres esenciales que constituyen la propiedad en general. Atribuyen comúnmente al Estado el derecho de dominio y de propiedad internacional, admitiendo que el objeto de este derecho es el territorio, que es inviolable y que debe ser respetado por los demás Estados. Con tan falsa noción jurídica del derecho de propiedad, se perpetúa en nuestro tiempo un error inveterado, á saber: el de suponer que el Estado puede ser un patrimonio, y que puede corresponder al príncipe el derecho de propiedad sobre el territorio.

Y he dicho *falsa noción jurídica del derecho de propiedad*, porque este derecho lleva consigo la facultad en virtud de la cual está sometido un objeto de un modo absoluto y permanente al arbitrio de una persona. De donde resulta que el propietario tiene un poder ilimitado sobre el objeto que le pertenece, y puede realizar respecto de éste todos los actos compatibles con las leyes de la naturaleza, con exclusión de toda otra persona, sin más restricciones que las que resultan, ó de un título fundado en un acto, ó de una disposición especial de la ley. Tales caracteres esenciales no se hallan en el derecho que tiene el Soberano sobre el territorio, siendo así que éste y las cosas que en él existen pertenecen á los particulares, sin que el Soberano pueda disponer de ellas á su antojo.

(1) *Histoire de la philosophie morale au XVIII siècle*, lección VIII.

Considerando al Estado como propietario querría justificarse la teoría de aquellos que miran la propiedad como una mera creación de la ley civil. MONTESQUIEU, dice: «Como los hombres han renunciado á su independencia natural para vivir bajo leyes políticas, asimismo han renunciado á la comunidad natural de los bienes para vivir sometidos á leyes civiles. Las primeras les dieron la libertad; las segundas la propiedad.» *Esprit des lois*, lib. XXVI, cap. XV. «Una propiedad particular, dice MIRABEAU, es un bien adquirido en virtud de las leyes. La ley es el único fundamento de la propiedad» (*Hist. parlam.*, cap. V, 325.) La propiedad es un derecho personal y sería mucho mejor para evitar todo equívoco, que los publicistas no empleasen la denominación de propiedad internacional del Estado, que conduce á suponer que el territorio puede ser considerado como propiedad del mismo Estado.—VERGÉ, nota á MARTENS, lib. II, § 35.

El pretendido derecho de propiedad atribuido al Soberano es un error de los tiempos pasados, en que los Estados se consideraban como patrimonio del príncipe, y se alegaban como títulos de este pretendido derecho, ó la conquista, ó la prescripción, ó la herencia. Desechadas hoy estas viejas teorías humillantes para el género humano, es ocasión de *modernizar* el lenguaje jurídico eliminando de él la expresión *derecho de propiedad internacional* atribuido al Soberano.

El único derecho que reconocemos á éste es el de representar al pueblo y ejercitar en su nombre todos los derechos correspondientes á la soberanía. Uno de esos derechos es el de conservar y velar por la inviolabilidad del territorio, y exigir que sea respetado por los demás Estados. De este modo es como el Soberano posee en nombre del pueblo todo el territorio, según en otro lugar decimos (1), y puede extender su posesión á cosas nuevas que se hallan fuera de los límites del territorio actual, pudiendo además realizar el primer acto, del que podrá derivarse después la propiedad privada ó la propiedad pública según las leyes. Conviene decir, por último, que puede adquirir la posesión legítima de dichas cosas con exclusión de todos los demás Estados, como puede también perder la misma posesión anteriormente adquirida.

§ 26. Los modos más generalmente reconocidos para adquirir ó modificar la posesión territorial, son: la ocupación, el tratado y la conquista.

§ 27. La ocupación es el mejor de todos los títulos, cuando puede verificarse sin perjudicar los derechos ajenos, y cuando se ejerza de hecho con intención de adquirir el derecho de poseer la cosa con exclusión de cualquier otro, y con actos exteriores suficientes á establecer el hecho de la posesión (2). Este modo se empleó de un modo amplio en las regiones inexploradas de la India y de la América, por parte de los pueblos que fundaron en la anterioridad del descubrimiento de aquellas regiones el derecho de poseerlas, con exclusión de cualquier otro pueblo.

(1) Véase el cap. III que precede.

(2) Sobre esta cuestión véase GROTIUS, *De jure belli*, lib. II, cap. III, IX y XXIII.—VATTEL, *Droit des gens*, lib. I, cap. XVIII.—HEFFTER, § 69.—CASANOVA, *Diritto internazionale*, lec. IX.—KLÜBER, § 125.—MARTENS, § 35 y la nota de VERGÉ.—PRADIER FODERÉ, nota á VATTEL y á GROCIO, traducidos por él.—CALVO, *Droit int.*, § 211 y sig.—WOOLSEY, § 53.—FIELD, *Cod.*, § 37.—BLUNTSCHLI, *Droit intern.*, § 278.—CREASY, *First platform*, § 212.—WHEATON, *Droit inter.*, cap. IV.—HALLECK, cap. IV, § 7.—PHILLIMORE, t. I, cap. XII, § 222.—HALL, *Inter. Law*, § 31.—TRAVERS-TWIS, *Law of nations*, cap. VII, § 105 y siguientes.

En la actualidad no son tan frecuentes las aplicaciones; pero como el genio de la navegación y de los descubrimientos en regiones inexploradas halla todavía ancho campo para su ejercicio, es necesario establecer con exactitud los principios aplicables en este punto.

§78. El primero de todos es que se verifique la ocupación sin perjudicar el derecho de otro. Es indudable que cuando ciertas regiones no están ocupadas de hecho, tienen todos los pueblos igual derecho á ocuparla, y que el primero que lo verifica ejerce un derecho legítimo y no ataca los de nadie. *Quod enim nullius est id ratione naturali occupanti conceditur* (1).

Es claro, por consiguiente, que la ocupación sólo puede invocarse respecto de los bienes susceptibles de ser poseídos y que carecen de dueño, pudiendo aplicarse á toda una región deshabitada, á las islas y á ciertas partes de un continente que no esté ocupado por completo.

§79. ¿Pero qué deberá decirse cuando se trate de ciertas regiones ocupadas por tribus salvajes ó por pueblos completamente bárbaros, ó por un pueblo que tuviese territorio fértil y de tal extensión que sea imposible á sus habitantes cultivarlo todo? ¿Podría en estos casos otro pueblo que tuviese un territorio insuficiente para satisfacer las necesidades propias ocupar una parte de dichas tierras?

En nuestra opinión, puede, en tesis general, decirse que, estando la tierra destinada á satisfacer las necesidades de todos, es su cultivo un derecho y un deber natural del hombre, no siendo lícito, por tanto, inutilizar las fuerzas naturales que son la verdadera fuente de la riqueza. De aquí que, si ciertas regiones se hallan ocupadas por tribus salvajes, que viven en el ocio y la incuria, sin sacar provecho alguno de la tierra, es lícito á los pueblos civilizados ocupar una parte de dichas tierras, dejando á los salvajes la parte necesaria para su subsistencia y bienestar relativo. Una proporción equitativa entre la población y el espacio es una suprema necesidad, teniendo en cuenta la ley natural del aumento de la población.

§80. He aquí cómo se expresa Vattel respecto á tan delicada cuestión: «Cada nación está obligada por la ley natural á cultivar el país que le ha cabido en suerte... Hay pueblos que por huir del trabajo no quieren vivir más que de la caza y del pastoreo. Esto

(1) *Dig.*, tit. I, lib. XLI.

podía hacerse, sin duda, en la primera edad del mundo, cuando la tierra era más que suficiente para mantener con sus productos espontáneos ó naturales el corto número de sus habitantes. Pero en la actualidad, que tanto se ha multiplicado el género humano, sería imposible la subsistencia si todos los pueblos quisieran vivir de este modo. Los que conservan todavía este género de vida ociosa, usurpan mayor extensión de terreno del que necesitarían con un trabajo honroso, *y no pueden quejarse si otras naciones más laboriosas y pobladas vienen á ocupar una parte del mismo*. Así, pues, mientras que la conquista de los imperios civilizados del Perú y de Méjico fué una usurpación irritante, el establecimiento de muchas colonias en el continente de la América septentrional pudiera ser muy legítimo, conteniéndose en sus justos límites. Los pueblos de estas vastas regiones no las habitaban, sino que las recorrían» (1).

SSI. Mas para que la teoría indicada no dé lugar á la arbitrariedad, es necesario que el derecho de ocupar las tierras baldías para colonizarlas se ejerza con gran circunspección. Si de la regla de la justa proporción necesaria entre la población y el espacio, quisiera deducirse que se puede obligar á un pueblo que posea un territorio excesivo para sus necesidades, á ceder una parte de él, sobre todo cuando no haya posibilidad de que pueda cultivar todo su suelo, se llegaría hasta legitimar, aunque bajo otra forma, el despojo y la conquista. Del mismo modo que no puede imponerse nuestra civilización á aquellos que viven á su manera, tampoco puede exterminarse á los salvajes para ocupar el territorio habitado por ellos, y del que no saben sacar provecho alguno por la industria y el trabajo. Pueden, sin embargo, adoptarse todos los medios para obtener de ellos la cesión de una parte del territorio con el fin de colonizarlo, ó para obligarlos á replegarse en una porción del mismo, suficiente á satisfacer las necesidades de su subsistencia y de su bienestar relativo (2).

(1) Vattel, lib. I, cap. VII, § 81. Confr. § 207 y el lib. II, § 86.—«Siempre que se trate de saber, dice PINHEIRO-FERREIRA, si un territorio determinado pertenece ó no á un pueblo, no se trata de averiguar si éste pueblo tiene ó no el capricho de excluir de su uso á los demás, aun sin pensar en aprovecharse de él dicho Estado, sino si lo utiliza, si lo posee ó puede poseerlo, y si piensa ó no en aplicar á él los medios necesarios para hacerlo productivo. Si nada de esto sucede, la cuestión es clara. Sería una necedad respetar una pretensión tan absurda.» Nota al párrafo 203 de Vattel, pág. 200.

(2) Los puritanos ingleses que se establecieron en Nueva-Inglaterra compraron á los salvajes el terreno que quisieron ocupar. Observa, sin

§§2. Al manifestar Heffter su opinión respecto de dicho argumento, se expresa en estos términos: «La ocupación se aplica principalmente á las regiones ó á las islas deshabitadas ó no ocupadas por completo; pero ninguna potencia del mundo tiene derecho á imponer sus leyes á pueblos errantes, ni aun á los mismos salvajes. Los súbditos pueden procurar entablar relaciones comerciales con estos últimos, establecerse entre ellos en caso necesario, pedirles los objetos y víveres indispensables, y aun negociar la cesión voluntaria de una porción de territorio con el fin de colonizarlo.

Es verdad que la naturaleza no prohíbe á las naciones extender su imperio sobre la tierra; pero no da á ninguna derecho á establecer su dominación por donde quiera que le convenga, sin que la justifique en modo alguno la propaganda de la civilización, el desarrollo de los intereses comerciales é industriales, y poner en actividad valores improductivos. Todo lo que puede concederse sobre este punto se reduce á que, en interés de la conservación del género humano, se permita á las naciones reunirse para hacer que se abran de común acuerdo los puertos de un país cerrado herméticamente á su comercio» (1).

§§3. En todo caso deberá fijarse como regla que la ocupación, como medio válido para adquirir la posesión de un país, no puede aplicarse á los que forman parte del territorio de un Estado, pues apenas éste existe bajo una forma cualquiera, posee todo el territorio como una *universitas*, y su derecho á defender su posesión contra cualquier otro, aun respecto de las partes no cultivadas, es un derecho que se funda en el concepto jurídico del territorio que, respecto á los demás Estados, es uno é indivisible. De aquí que, si se considera que los continentes de Europa, de Asia y de América están en gran parte bajo el dominio de Gobiernos estables, debe deducirse de esto que no pueden ser objeto de colonización, y que no podrá fundarse ningún establecimiento en parte alguna de dichos territorios sino con el consentimiento de los Gobiernos territoriales y de conformidad con los principios generales del Derecho internacional.

embargo, con razón CREASY, «que el sistema de la compra era fraudulento por parte de los recién llegados, los cuales compraban á sabiendas las mismas regiones á los jefes ó á otros que ningún derecho tenían á enajenarlas, é interpretaban después los límites del territorio adquirido con arreglo á lo que les sugería su rapacidad ó su conveniencia». — *First platform*, § 218.

(1) *Droit international*, § 70.

«Una nación que ocupa un territorio —dice Martens— debe considerarse como si ocupara todas las partes que lo forman; su propiedad se extiende aun á los lugares que deja incultos, y hasta á aquellos cuyo uso permite á todos. Los límites de su territorio pueden ser naturales (tales como el mar, los ríos, lagos, montañas, etc.), artificiales (como barreras, mojones, postes, etc.).... A falta de límites ciertos, el derecho de una nación para excluir á otras de los territorios ó islas vecinas, sólo se extiende al distrito que cultiva ó á aquel cuya ocupación puede probar, á menos que no se haya convenido por ambas partes en ocupar ciertos distritos, islas, etc., y declararlas neutrales» (1).

§§4. Esta teoría fué ya confirmada respecto al continente americano á fines de 1821, cuando Rusia aspiraba á colonizar ciertos territorios de la América del Norte, haciendo valer, para legitimar la ocupación, las mismas reglas que habían regido la colonización en tiempo de su descubrimiento.

En tal circunstancia tuvo razón Adams, secretario de Estado en Washington, para decir que, hallándose constituidos en la América del Norte Estados libres é independientes, tenían éstos la posesión exclusiva de todo el territorio americano, con la sola reserva de respetar los derechos ya adquiridos, y por tanto, que los europeos no podían ocupar ninguna parte del mencionado continente, sino respetando los principios generales del derecho de gentes. Esta teoría fué después mejor formulada por el presidente Monroe en su mensaje de 2 de Diciembre de 1823.

«He juzgado oportuno aprovechar esta ocasión favorable para hacer que se reconozca como un principio al que se hallan ligados los derechos y los intereses de los Estados Unidos, á saber: que el continente americano, como consecuencia de la libertad é independencia adquirida por sus Estados, no puede ser considerado en el porvenir como susceptible de ser colonizado por ninguna potencia europea» (2).

§§5. Proponemos, por tanto, las siguientes reglas:

a) Todo Estado tiene derecho á explorar ó mandar que se exploren los países desiertos, y puede tomar posesión de los territo-

(1) MARTENS, *Droit des gens*, libro II, cap. I, § 38.

(2) DANA, *Eléments*, nota 36 á WHEATON.—Conf., á propósito de la larga discusión entre Rusia y los Estados Unidos en 1821 relativa á la posesión del Oregón y entre Inglaterra y los Estados Unidos, á WHEATON, *Eléments*, cap. IV, § 5.º—TWIN, *On the Oregon question*.—CALVO, *Droit int.*, § 151 y sig., y PHILLIMORE respecto de la Luisiana, § 238.

rios que no tienen dueño, mediante la ocupación de los mismos;

b) No pueden, sin embargo, considerarse como sin dueño los territorios que se hallen en un continente habitado por pueblos civilizados y que tengan Gobiernos establecidos, aunque no estén enteramente ocupados. El sistema de colonización podrá aplicarse á ciertas partes de dichos continentes; pero siempre con arreglo á los principios del Derecho internacional europeo;

c) Cuando una región no se halle dentro de los límites territoriales de un Estado civilizado y se encuentre habitada por tribus salvajes, hay derecho á ocupar las tierras que dichas tribus no utilizan, á las que no aplican los medios necesarios para la producción; pero indemnizando á los salvajes ó adoptando los medios menos perjudiciales para obligarles á retirarse á una parte del territorio (1);

d) Incumbe al Estado que quiera posesionarse de una costa ó de un territorio que no esté bajo el dominio de ninguna otra soberanía, notificar por la vía diplomática su determinación, á fin de que, los demás Estados que pudieran tener algún interés en dicha ocupación, estuvieran así advertidos para hacer valer en todo caso sus derechos;

e) La ocupación de un territorio no puede considerarse efectuada hasta que la posesión del mismo haya venido á ser efectiva, no interrumpida y permanente. Por consiguiente, no puede considerarse como suficiente á este fin, la simple notificación diplomática;

f) El Estado que quiera establecer una colonia y que con tal intención haya ocupado un territorio determinado, debe considerarse obligado á constituir en él una autoridad con medios y poderes bastantes para proteger la libertad del comercio y del tránsito y asegurar el respeto de los derechos adquiridos, asumiendo también el protectorado de los indígenas.

§ 86. Pasemos ahora á examinar si también hay derecho en ciertos casos para tomar entre los Estados civilizados posesión legítima de una parte del territorio de la que el Estado á que pertenece no hace uso ó no se utiliza. Como regla general, convendría establecer que no debe confundirse el *no uso* de una cosa con el *abandono* de la posesión de la misma. Todo Estado continúa pose-

(1) Ninguna nación—dice Vattel—puede apropiarse legítimamente una extensión de país desproporcionada, reduciendo así á los demás pueblos á carecer de morada y de subsistencia. Libro II, cap. VII, § 36.

yendo las cosas que antes le hayan pertenecido, y que fueron adquiridas con objeto de hacer uso de ellas. La posesión de una cosa, no implica como elemento necesario el uso, sino la facultad de hacerlo de ella cuando se estime conveniente.

Puede, sin embargo, haber casos en los que el no uso equivalga á un verdadero abandono de la posesión por parte del Estado y engendre por parte de otro, en cuyo poder esté la cosa, un legítimo derecho para poseerla y defenderla, lo cual tiene lugar cuando el Estado que no tenía derecho á poseer, sin pedir permiso al que la cosa pertenece, haya tomado de hecho posesión de ella con inequívocas señales exteriores, y se haya tolerado libremente por el otro tal estado de cosas, á pesar de ser conocido. En tales condiciones debe presumirse un abandono voluntario por parte del que primero la poseía legítimamente, por lo que el acto del otro que ha ocupado la cosa, haciendo abstracción de todo derecho por su parte, puede producir con el tiempo la consecuencia legal de legitimar la posesión.

En tal concepto entendemos nosotros que podría fundarse la legitimidad de la adquisición mediante la prescripción entre los Estados (1). La ocupación puede conducir, aun considerada como

(1) Hânse sostenido y aun se sostienen graves polémicas entre los publicistas para decidir si la prescripción es aplicable en las relaciones internacionales para legitimar la adquisición del dominio. Admitenla algunos, y entre ellos WHEATON, PHILLIMORE, § 251 y sig.; WOOLSEY, § 53; TWIS, § 121; CREASY, § 251; BLUNTSCHLI, § 290; y otros la niegan, entre ellos LAMPREDI, MARTENS, § 71 (véase la nota de VERCÉ al § 70); KLÜBER, § 6.º y 125, y otros. Hay, sin embargo, en la discusión una gran indeterminación acerca del objeto preciso de la cuestión que hace incierta la teoría. Algunos quieren aplicar el mismo principio á la adquisición de la soberanía territorial y á la de la posesión del territorio, que dicen es propiedad internacional. Tal es el pensamiento de HALL que, después de exponer la teoría relativa á la prescripción de la propiedad, dice que la prescripción internacional debe considerarse eficaz, no solo para atribuir el derecho sobre las tierras ocupadas aun cuando sea incierto y dudoso el título legítimo de la adquisición, sino también cuando, á pesar de ser inmoral el acto de apropiación, como el de la repartición de Polonia, se haya hecho efectivo consintiendo los demás Estados en que se convierta en una apropiación permanente. (*International Law*, § 36, pág. 101.)

En nuestro sentir, es un error peligroso confundir el hecho de la posesión con la adquisición definitiva de la soberanía territorial. La soberanía pertenece por derecho natural al pueblo, y nadie puede adquirir contra ella título alguno por prescripción. ¿Pueden acaso estar sujetos á prescripción los derechos naturales del hombre? Cuando un conquistador usurpe, por medio de la violencia, la soberanía contra un pueblo que la defiende, y mantenga después la usurpación por medio de la fuerza, tal estado de cosas, anormal y contrario en su origen á todo derecho, puede legitimarse con el tiempo, si el pueblo subyugado acepta por la fuerza de las cosas el

simple hecho, á legitimar la posesión del territorio, siempre que reúna las consiguientes condiciones de notoriedad y no interrupción, y se prolongue por un período de tiempo suficiente para justificar la presunción del abandono de la posesión por parte del uno y de la adquisición por parte del otro.

887. Mas, ¿cuánto tiempo debe durar la ocupación para poder fundar en este hecho la presunción legal de la adquisición del derecho por parte del uno y la renuncia tácita del otro? Este es precisamente el punto de la dificultad, y no tenemos en el Derecho internacional norma segura para resolver las cuestiones, ni es fácil establecer reglas aplicables al caso.

Lo mejor que nosotros podríamos proponer sería reservar á un juicio arbitral la decisión de la duración necesaria para que una posesión de hecho pudiese fundar suficientemente el *jus possidendi* según las especiales condiciones de que se hallase acompañada. Debería tenerse en cuenta la mayor ó menor extensión de territorio poseído; el modo y las circunstancias en que se han ejercitado actos exteriores inequívocos de posesión, y la posición en que se hallaban los reclamantes. Para una gran extensión de territorio debía ser menor la duración necesaria para fundar el *jus possiden-*

orden establecido y á él se acomoda. Si el orden llega á ser poco á poco estable, de modo que aquella comunidad acepte definitivamente la fusión con la otra sociedad política constituida y éntre en relaciones internacionales, en tal caso queda en cierto modo legalizado dicho orden de cosas, pero no porque el falso derecho del invasor haya prescrito contra los derechos del hombre, sino porque el derecho internacional no puede discutir la legitimidad de los poderes y debe aceptar los Estados constituidos, tal como están, sin ocuparse de la cuestión de la legitimidad del poder, que es una cuestión de derecho público interior, según ya hemos expuesto más extensamente. (Véase tomo I, parte general, libro II, sección I.^a, caps. II y III). El querer aplicar á estos hechos los principios y las reglas que se aplican á la adquisición y á la pérdida de los derechos patrimoniales, equivale á perpetuar ciertas antiguas teorías que podrían tener su valor en los tiempos en que el Estado se consideraba como patrimonio del príncipe. Tiempo llegará en que los publicistas modifiquen ó renueven el lenguaje, porque ó las palabras expresan ideas exactas y precisas, ó solo sirven para alimentar los errores y engendrar la confusión.

La prescripción puede servir en derecho internacional para legitimar la posesión mediante la ocupación del territorio. En este caso, las prescripciones tendrán un valor jurídico, técnico y bien definido, y cuando sobreviniere alguna en las condiciones antes expuestas, produciría el efecto de *paralizar la acción* del primer ocupante, y será una excepción válida contra aquel que hubiere descuidado ejercitar ó reivindicar la posesión, y ésta tendría el mismo significado técnico que tiene según el derecho inglés; sería una *limitation of actions*. Solo en este sentido aceptamos la prescripción en las relaciones internacionales como un título de adquisición válido.

di si la ocupación ha sido patente, continua é inequívoca, porque en este caso debe admitirse con más facilidad la presunción del abandono.

Si, por el contrario, se tratase de una corta extensión de territorio, respecto de la cual fuese menos aparente la ocupación, y menor la vigilancia, debía ser mayor dicho período de tiempo. Podría tener gran importancia el hecho de hallarse el territorio ocupado contiguo al territorio del Estado, ó hallarse dentro de las posesiones existentes en lejanas regiones, etc., etc. (1).

SSS. Todo Estado adquiere finalmente la posesión legítima de todas las cosas que se agregan á las que existen dentro de sus límites territoriales, en virtud del axioma: *quidquid est in territorio, est etiam de territorio*, ora lo estén temporalmente, ora se agreguen de un modo permanente á consecuencia de cambios introducidos por las fuerzas naturales, que hayan modificado la distribución de las aguas ó la estructura de los terrenos. Todo lo que se agregue de un modo permanente al territorio y se halle dentro de los límites territoriales del Estado, cae en la posesión legítima del mismo, prescindiendo de todo acto exterior de ocupación. Esta es la legítima consecuencia del principio general que establece que todo Estado, considerado como una *universitas*, tiene la legítima posesión de todo el territorio frente á los demás Estados, ó sea que posee todo lo contenido dentro de sus fronteras (2). Es evidente que, ocupando el Estado las partes agregadas á su territorio, y disponiendo de ellas con arreglo á sus propias leyes, ejerce un derecho legítimo.

SS9. Pasemos ahora á examinar de qué modo habrá de verificarse la ocupación para que sea por sí misma suficiente para atribuir á un Estado el *jus possidendi* en concurrencia con los demás. Respecto de este punto han sido vivísimas las disputas entre aquellos Estados que han aspirado al exclusivo derecho de posesión en ciertas regiones más ó menos extensas de América y de otras partes del mundo.

(1) FIELD, en su proyecto de Código, propone la siguiente regla: «El derecho de posesión se considera abandonado, cuando no se manifiesta la intención de ejercerlo antes de transcurrir los primeros veinticinco años después del descubrimiento; § 76.»

(2) A propósito de las islas y de las modificaciones que el terreno puede sufrir por efecto del aluvión, véase GROTIUS, *De jure belli*, libro II, capítulo VIII, § 8.º al 16. Confr. en la traducción hecha por PRADIER FODERÉ, la nota al § 10.—PHILLIMORE, § 240.—CREASY, § 247.—BLUNTSCHLI, § 294.—CASANOVA, *Derecho internacional*, lección IX.—CALVO, § 214.—HEFFTER, § 69.

Algunos de ellos han fundado, en efecto, su título en la anterioridad del descubrimiento, y han pretendido ocupar vastas regiones, sólo porque uno de sus navegantes descubrió el primero aquella tierra y clavó allí una bandera como simple señal de haber tomado posesión del país (1).

A decir verdad, el simple hecho del descubrimiento no podría constituir el verdadero acto de ocupación, sino que podría sólo, según las prácticas internacionales, atribuir al Estado, por cuya cuenta había sido explorada la región, cierto derecho á ocupar la tierra descubierta y á establecer señales visibles de la toma de posesión. Si el descubrimiento se llevase á cabo por particulares sin comisión alguna del Gobierno, y fuese notificada al Estado á que el descubridor perteneciese como ciudadano, podría aquél adquirir el mismo derecho que si se hubiese hecho por su cuenta, con tal que hubiera manifestado intención de ocupar la tierra descubierta y tomar posesión de ella; pero, así en uno como en otro caso, no bastará una simple declaración ó el haber puesto cualquier señal para fundar un título legítimo de exclusiva posesión de la tierra descubierta, sino que será necesario además, que dentro de un período prudencial, sea efectivamente ocupada por el Estado; y cuando no haya hecho esto, deberá suponerse que ha abandonado el derecho que se deriva de la anterioridad del descubrimiento.

Dedúcese de aquí que si otro Estado ocupase la misma región con la intención de tomar posesión de ella, y verificase actos exteriores suficientes para establecer la toma de posesión de la misma, podría adquirir este derecho legítimo, sin que pudiera valer contra su título el que adujese el otro Estado por la prioridad del descubrimiento. «Para adquirir una cosa por medio de la ocupación,—dice Klüber,—no basta la intención ni el atribuirse una posesión puramente mental, y no bastaría, por consiguiente, la declaración de querer ocuparla, hecha antes que otro llevase á cabo la ocupación efectiva. Es necesario que se haya ocupado realmente primero, y sólo con esta condición se adquiere un derecho

(1) En otro tiempo pretendió fundarse el título de adquisición de dichas regiones sobre la anterioridad del descubrimiento. Inglaterra, para sostener sus derechos sobre la extensa costa americana desde el 56° al 38° de latitud, decía que el veneciano Caboto había descubierto el primero aquella costa por cuenta del Gobierno inglés en 1496. A fines del siglo pasado, y á propósito de la ocupación del Nootka Sound, fundaba también España en la anterioridad del descubrimiento la reivindicación del dominio exclusivo de toda la costa Noroeste de América hasta el estrecho Príncipe Guillermo.

exclusivo sobre la cosa y se impone á los demás la obligación de respetarla» (1).

§90. Generalmente, los primeros que descubren un territorio suelen erigir cualquier monumento para probar la anterioridad de su descubrimiento; y para que todos sepan que éste se ha realizado, suelen colocar en él alguna inscripción, con el nombre del descubridor, la fecha, el Estado en nombre del cual se ha hecho el descubrimiento y otras declaraciones análogas, enarbolando en el mismo la bandera nacional; pero no deben considerarse estos actos como una verdadera toma de posesión del país descubierto, si á esto no sigue la ocupación real en nombre de la soberanía.

§91. Esta es la doctrina generalmente aceptada por los más eminentes publicistas contemporáneos. Phillimore se expresa en estos términos: «Puede considerarse como una máxima de Derecho internacional, que aunque vaya acompañado de la fijación de cualquier símbolo de soberanía, no constituye el mero descubrimiento una adquisición nacional si no va seguido de la toma de posesión real y efectiva» (2).

Y Ortolan: «Es necesario unir á la intención de apropiarse un territorio vacante el acto de posesión efectiva, esto es, tener el país á su disposición y llevar á cabo en él trabajos que constituyan ó signifiquen un verdadero establecimiento» (3).

Calvo sigue la misma teoría, y al explicar el concepto de la posesión efectiva, dice: «Es necesario que esta toma de posesión sea efectiva, es decir, que vaya acompañada ó seguida de un comienzo de organización administrativa, ó de explotación comercial ó industrial en el país. El simple hecho de fijar una bandera ó postes con inscripciones, una cruz ú otros emblemas, no basta para dar ó sostener un título exclusivo á un país que no se ha poseído antes, por más que la práctica de las naciones se haya prevalido en muchos casos de medidas semejantes (4).

(1) KLÜBER, *Droit des gens*, § 126.

(2) *Inter. Law*, t. I, § 248.

(3) *Domaine international*, § 73.

(4) *Droit international*, § 214, tomo I, pág. 320 (3.^a edic.). Refiere aquí CALVO las vivas discusiones que han ocurrido entre los diversos Estados que descubrieron las distintas regiones americanas y las islas transatlánticas, y entre aquellos y los Estados Unidos de América á propósito de los conflictos que han surgido entre ellos para fijar los límites de sus dominios en las colonias, y son muy interesantes los documentos de que hace mención el citado escritor, así como los mencionados por PHILLIMORE en el t. I, cap. XII.

892. Estos principios fueron ampliamente discutidos bajo diversos puntos de vista por varios Gobiernos que pretendieron reivindicar ciertas posesiones que afirmaban pertenecerles, aduciendo como principal título la prioridad del descubrimiento. En la importante discusión entre los Estados Unidos é Inglaterra acerca de la posesión del Oregón, aducían los primeros, como título, que aquella región había sido descubierta por súbditos españoles antes que otro pueblo alguno hubiese tenido conocimiento de ella, y por tanto, que había sido atribuida al rey de Castilla, que la había cedido después á los Estados Unidos por el tratado de 1819. Aducía á su vez Inglaterra que el río Colombia había sido descubierto por el lugarteniente Mease, de la Marina inglesa, y por tanto, que el Oregón había sido poseído *ab initio* por la Gran Bretaña.

También en la famosa cuestión del dominio del grupo de las islas Maluinas hizose prevalecer el título de la anterioridad del descubrimiento, y se aducía que pertenecían á España, porque habían sido descubiertas por nuestro célebre navegante Américo Vespucio en el tercer viaje que hizo para el descubrimiento de América al servicio del Gobierno español.

La anterioridad del descubrimiento fué también el punto principal de discusión entre el Gobierno español y el del Imperio germánico á propósito de la cuestión sobre las islas Carolinas.

Nosotros relegamos estas discusiones al dominio de la Historia, y proponemos las siguientes reglas:

a) La prioridad en el descubrimiento de una región no ocupada puede constituir por sí sola un título bastante para atribuir la soberanía de la misma al Estado del cual sea ciudadano el descubridor, y para proceder á la ocupación de dicha región con preferencia á toda otra soberanía.

b) El simple descubrimiento de una tierra desconocida, por más que vaya acompañado de la fijación de cualquier simbolo de soberanía, cuando no vaya seguido de actos posesorios efectivos, no constituye *in facto* la adquisición real de la posesión de aquella tierra en nombre de la soberanía.

893. Cuando el descubrimiento va seguido de una ocupación real, se presenta una segunda cuestión acerca de la extensión de la posesión misma.

Respecto de este punto, conviene notar que existe una diferencia esencial acerca de la toma de posesión por un particular y la que se verifica por parte y en nombre de la soberanía. En el primer

caso, no produce consecuencias jurídicas, sino con las condiciones determinadas por el derecho privado. De aquí que sea condición esencial para que la posesión engendre á favor del poseedor el ejercicio de ciertos derechos, el tener la cosa en su poder con intención de apropiársela. Es, por consiguiente, natural que los efectos de la posesión no puedan extenderse más que á las cosas que el poseedor ha ocupado efectiva y realmente (1).

Cuando, por el contrario, se considere la posesión como un acto por parte de la soberanía que realiza la ocupación de un continente, como aquélla posee el territorio como una *universitas*, los efectos de la posesión no pueden limitarse á la parte efectivamente ocupada en la que se encuentra el ejército ó la escuadra, ó donde se han levantado los establecimientos, sino también á toda la parte del territorio que puede ser defendida, y que, según los principios racionales y la naturaleza de las cosas, forme parte de una soberanía indivisible.

Respecto de este punto no pueden establecerse reglas fijas; pero conviene atenerse á los criterios que determinan ó indican la condición geográfica del país y sus límites naturales. La toma de posesión no puede extenderse á los puntos sobre los cuales existan derechos ya adquiridos, como tampoco más allá de ciertos límites, que, por la naturaleza de las cosas, deben atribuirse á otra soberanía.

Supóngase, por ejemplo, que se descubre una isla; es evidente que al tomar posesión efectiva de una parte de ella, se toma de toda, así como de los ríos principales y de sus afluentes, de las costas y de cuanto allí se halla, considerándose la isla como una *universitas* respecto á los efectos de la posesión por parte de la soberanía.

Si en vez de una isla se tratase de un continente, deberían limitarse las pretensiones á lo que la sana razón indica y considerarse inmoderada la aspiración de un Estado que, habiendo ocupado efectivamente parte de un continente, quisiera extender la toma de posesión á una región más vasta de la que él puede utilizar. La tierra está destinada á satisfacer las necesidades de los hombres, y cada pueblo tiene derecho á ocupar las regiones desiertas para sacar de ellas toda la utilidad posible y ejercer de hecho la soberanía; pero no con el único objeto de impedir que los demás pueblos las utilicen.

§94. Proponemos, por tanto, las siguientes reglas:

(1) Confr. Vattel, lib. II, cap. VII, § 97.

a) La ocupación de una parte desierta del continente no puede dar derecho de soberanía territorial sino sobre aquella extensión en que la posesión pueda hacerse efectiva, esto es, á la extensión de territorio que pueda utilizar el Estado y ejercer de hecho en él la soberanía;

b) Si un Estado que hubiese ocupado una parte de continente sólo aplicase los medios necesarios para la producción á una extensión limitada, cuando haya pasado suficiente número de años para presumir con fundamento que no puede ó no quiere utilizar la parte inculta y desierta, esta parte debe considerarse como *res nullius* respecto de los demás Estados, los cuales podrán tomar posesión de ella y ocuparla para sacar la utilidad posible. En este caso deberán establecerse de común acuerdo ó mediante arbitraje los límites territoriales entre ambos Estados;

c) El número de años en que deba ocuparse efectivamente el país descubierto ó realizarse los actos oportunos para fijar la extensión de territorio que puede pasar de hecho al Estado ocupante, deberá ser el de veinticinco;

d) Los salvajes que habiten vastas regiones y que no constituyan una sociedad política no deben ser considerados, respecto al territorio ocupado, sino como ocupantes á título particular. No puede negárseles el derecho de gozar de la posesión pacífica de sus tierras ó de emigrar libremente obteniendo una indemnización, mediante tratados especiales celebrados con el Estado ocupante;

e) El Estado que toma posesión de parte de un territorio habitado por tribus salvajes no organizadas políticamente, deberá considerársele como si lo hubiese ocupado en su totalidad, porque no estaba sujeto antes á ninguna soberanía, incluso aquellas partes que deje incultas ó cuyo uso conceda á título particular á los mismos salvajes. Por esta razón, si un tercer Estado, después del descubrimiento y ocupación efectiva por parte de otro, adujese el haber adquirido de dichos salvajes el territorio ó una parte de él comprendida dentro de los límites territoriales del Estado ocupante, no podría invalidar los derechos de soberanía ya adquiridos por el primero (1);

(1) Una cuestión reciente entre Portugal é Inglaterra, arreglada mediante arbitraje en 1875, tuvo precisamente su origen en el motivo á que se refiere la regla, á propósito de un territorio en la bahía de Delagoa. Inglaterra fundaba su título en la cesión hecha por el jefe de los indígenas en 1823. Portugal, á su vez, en diversas razones, y entre otras, la de la ocupación continuada. El Gobierno francés, que decidió como árbitro, con-

f) Incumbe al Estado que ocupe de hecho un territorio el notificar diplomáticamente la ocupación efectuada y los límites de la región á la cual debe entenderse que se extiende la ocupación, á fin de que los Estados que pudieran tener algún derecho sobre la parte ocupada lo hiciesen valer y se pudiesen después en todo caso determinar exactamente la parte á la cual debe considerarse que se extiende la posesión actual y efectiva del ocupante.

§95. Además de este modo originario de adquirir la posesión territorial, puede serlo también por otros que se llaman derivados, como son los tratados ó convenios y la conquista.

§96. Cuando los tratados se hacen válidamente, pueden atribuir á un Estado la posesión de una parte del territorio. No es, sin embargo, este el lugar oportuno para discutir ampliamente sobre este punto. Todo depende de la validez del tratado mismo, que es el verdadero título de adquisición, y cuando aquél sea válido con arreglo á los principios del Derecho internacional, que exponremos en el libro siguiente, no debe dudarse acerca de la legitimidad del título para la adquisición de la posesión por parte de la soberanía (1).

El tratado puede ser también un título válido para adquirir una posesión territorial en un país sujeto á otra soberanía, y puede ser eficaz para adquirir, por ejemplo, una parte de costa á fin de establecer allí un puerto, ó para fundar un establecimiento por cuenta del Estado. En tal hipótesis poseería éste aquella porción de territorio ó de costa adquirida con sujeción á las mismas reglas con que se poseen bienes en país extranjero. Así, podrá también adquirirse una isla; pero en lo que se refiere á los derechos de la soberanía territorial, dependería esto de la posición de dicha isla, si está ó no dentro ó fuera de las fronteras marítimas del Estado, así como de los pactos estipulados en el tratado respectivo. Los derechos de la soberanía territorial y los relativos á la posesión del territorio y de las diversas partes del mismo pueden ser modificados bajo varios aspectos, mediante convenios internacionales entre dos Estados.

siderando que la interrupción de la ocupación que había tenido lugar en 1823, no era suficiente para destituir un título legítimo establecido con actos de soberanía durante casi tres siglos, adjudicó el territorio en cuestión á los portugueses.—Véase HALL, *Intern. Law*, pág. 98.

(1) Confróntese PHILLIMORE, *Intern. Law*, cap. XIV; *Derivative acquisition*, tomo I.—GROTIUS, libro II, cap. VI, *De acquisitione derivativa facto hominis ubi de alienatione imperii et rerum imperii*.—VATTEL, tomo I, capítulo XXII.—CALVO, *Droit intern.*, tomo I, § 221 y sig.

Estos podrán, en efecto, estipular mediante un tratado la venta de una parte del territorio por un precio determinado, como se hizo por ejemplo, respecto de las Antillas dinamarquesas y de Lucca, vendida por Juan de Luxemburgo á Felipe de Valois por el precio de 180.000 florines; y para citar ejemplos más recientes, recordaremos que en 1850, mediante un convenio entre Inglaterra y Dinamarca, cedió ésta sus posesiones en las costas de Guinea por 10.000 libras esterlinas, y en 1867 cedió Rusia á los Estados Unidos sus posesiones en la América del Norte por 7.200.000 dollars.

Además, podrán las partes contratantes convenir del mismo modo en la permuta ó cambio de algunas partes de territorio ó en una simple cesión á título gratuito, como se verificó entre Francia é Italia respecto á la Saboya y al condado de Niza que fueron cedidos de este modo por el tratado de Turin de 24 de Marzo de 1860 (a).

Mas como tanto en éstos como en otros casos depende todo de la validez del título constitutivo de la posesión, esto es, del tratado, conviene referirse á los principios que regulan la validez de éstos.

§97. En general, puede decirse que así como cada pueblo puede tratar y transigir respecto de las cosas que en su poder se hallan, puede también celebrar convenios respecto de sus bienes y ceder válidamente una parte de ellos; y cuando tales convenios, cesiones ó permutas se hayan celebrado por las personas revestidas de las condiciones necesarias para contraer obligaciones internacionales, deben reputarse éstas eficaces para modificar la posesión territorial entre Estado y Estado.

Convendrá, sin embargo, excluir en absoluto aquellos pactos ó convenios por los que se adquiriera ó transmita un Estado como si éste fuera patrimonio del Soberano. Esto, que se admitía en otro tiempo, debe considerarse hoy como una idea humillante para el género humano y errónea bajo todos sus aspectos.

§98. La sucesión y el testamento son considerados también como modos derivados para adquirir la posesión de un territorio;

(a) No es exacta, en absoluto, la afirmación que hace aquí FIORE respecto á la *cesión gratuita* de Niza y Saboya por parte de Víctor Manuel, pues esto fué en realidad una compensación ya convenida por la cesión que Napoleón había hecho de la Lombardía, adquirida por Francia á consecuencia de la paz de Villafranca en 12 de Julio de 1859, y cuya adquisición había costado á Francia mucho oro y mucha sangre. Fué, pues, más bien una permuta que una cesión gratuita. *Suum cuique.* (N. del T.)

pero éstos sólo pueden ser válidos en aquellos Estados en que, según la ley constitucional, puede el Soberano disponer por testamento de sus posesiones. No podría, sin embargo, considerarse éste como un justo título con arreglo á los principios del Derecho internacional de los pueblos civilizados, puesto que ni el Estado es un patrimonio, ni la soberanía puede adquirirse ó transmitirse á título particular, y lo mismo debe decirse de la posesión territorial en concurrencia con los demás Estados.

899. En lo que se refiere á la conquista como medio de adquirir la posesión de un territorio, debe hacerse una distinción que es imprescindible. Cuando la conquista sea definitiva y sancionada por los Soberanos en el tratado de paz, puede modificar los derechos de soberanía territorial y conducir á la adquisición de dichos derechos sobre la parte del territorio que se hubiese cedido, y á la pérdida de los mismos por la otra parte; pero no es este el lugar oportuno para tratar de ello. Cuando nos ocupemos de las razones justas para hacer la guerra, diremos si la conquista puede ser ó no una de ellas, y si la ocupación definitiva del territorio puede considerarse como resultado natural de la guerra y bajo qué condiciones puede verificarse.

Aquí nos referimos principalmente á los derechos de soberanía territorial que pueden modificarse con las cesiones territoriales ó con la incorporación verificada á consecuencia de la guerra. Es verdad que, cuando la cesión ó incorporación del territorio sea válida con arreglo á los principios del Derecho internacional, modifica indefectiblemente los derechos territoriales de ambas soberanías, y, por consiguiente, el derecho de posesión. El *jus possidendi* se extiende, según hemos dicho, á todo el territorio en que se ejerce la soberanía territorial, considerado como una *universitas*.

900. La cuestión que más directamente interesa á la posesión, en caso de guerra entre dos Estados, es la que se deriva de la conquista considerada como estado de hecho, sin que sea aceptada por aquél contra el que se ha verificado. En efecto, considerada ésta como un hecho puro y simple y sin ninguna relación con la adquisición de los derechos de soberanía territorial, atribuye al Estado conquistador y ocupante todas las consecuencias que de la posesión se derivan, no sólo respecto del Estado á quien el territorio ocupado correspondía, sino también respecto de todos los demás pueblos.

Es indudable que unos son los principios que pueden aplicarse á la posesión, que es consecuencia de la ocupación militar que

debe considerarse como provisional por su naturaleza, y otros, los que regulan la adquisición de la soberanía como resultado de la conquista.

La posesión provisional atribuye al invasor derechos provisionales, sobre todo el de defender lo poseído contra un tercero, y hacer que se reconozcan ciertas obligaciones que se derivan del hecho mismo de la ocupación. Pero de esto trataremos cuando exponamos las leyes de la guerra y de los hechos militares llevados á cabo por los beligerantes. Por lo que se refiere á la adquisición de la soberanía territorial, como todo depende de la validez del pacto de cesión, nos ocuparemos de ella al tratar de las condiciones bajo las cuales pueden ser eficaces dichos tratados, reservando además para después la cuestión fundamental de si puede hacerse la guerra con objeto de conquistar ciertas posesiones territoriales (1).

Teniendo en cuenta las distinciones y reservas antes expuestas, proponemos las siguientes reglas:

a) La posesión de un territorio puede ser el resultado de la *ocupatio bellica*;

b) Debe considerarse ocupada militarmente, y por tanto, en posesión del beligerante, sólo aquella parte del territorio que se halle bajo la autoridad del mismo, ó en que haya cesado de hecho el ejercicio de la autoridad suprema por parte del soberano territorial y haya pasado á manos del invasor.

301. La pérdida de la posesión territorial puede ser la consecuencia de la ocupación por parte de otro Estado ó por la transferencia voluntaria por parte del Estado soberano.

En cuanto al título de la ocupación, debemos notar que aquélla no implica *ipso facto* la pérdida de la posesión por parte del Estado á quien primeramente pertenecía el territorio, sino en el caso de la *ocupatio bellica* bajo las condiciones ya establecidas.

Fuera de este caso, la ocupación de un territorio perteneciente á un Estado no puede hacer que se pierda *ipso jure* la posesión, aun cuando hubiese quedado interrumpida la ocupación por parte del

(1) M. CONSTAN, en su obra *Cours de Politique constitutionnelle*, intentó demostrar que el espíritu de conquista en el siglo XIX sería un anacronismo. La Francia liberal parece que ha querido establecer de hecho lo contrario con su actitud en la cuestión de Túnez. Respecto del derecho de conquista, véase el artículo de MONTLUC en la *Revue de Droit intern.*, 1873, página 581.

primer poseedor, porque, por regla general, el Estado posee también las cosas de que no hace uso.

Mas cuando hubiese cesado la ocupación por parte del primer poseedor y éste tolere libremente que otro Estado ocupe por largo tiempo aquel territorio sin su consentimiento, tal hecho puede producir la pérdida de la posesión como consecuencia del presunto abandono voluntario por su parte (1), según hemos dicho anteriormente.

La transferencia voluntaria está sujeta á las mismas reglas expuestas para la adquisición de la posesión.

(1) *Si quis rem suam ab alio teneri scit, nec quicquam contradicit multo tempore, his, nisi causa alia manifeste appareat, non videtur id alio fecisse animo, quam quod rem illam in suarum rerum numero esse nolle.*—GROTIUS, *De jure belli*, libro II, cap. IV.

CAPÍTULO VI

De los bienes pertenecientes á los particulares en sus relaciones con el derecho internacional.

902. Bajo qué aspecto se hallan los bienes en relación con el Derecho internacional.—**903.** Planteamiento de la cuestión.—**904.** Doctrina de los jurisconsultos antiguos.—**905.** Consecuencias de sus teorías.—**906.** Templanza de la rigurosa máxima de la territorialidad de la ley real.—**907.** Opinión de Bouhier.—**908.** El estatuto personal y el estatuto real.—**909.** Influencia de la doctrina de los estatutos.—**910.** Lucha entre las dos escuelas.—**911.** Consecuencias de la doctrina de los estatutos.—**912.** Territorialidad de la ley real en el sistema de la legislación francesa.—**913.** De qué modo justifica Portalis este sistema.—**914.** Foelix.—**915.** Los jurisconsultos anglo-americanos.—**916.** Sistema adoptado en los países regidos por el *Common Law*.—**917.** La escuela alemana.—**918.** Las leyes modernas.—**919.** Crítica del principio de la territorialidad de las leyes reales.—**920.** Concepto de la soberanía territorial en nuestros días.—**921.** Transformación de las relaciones privadas entre nacionales y extranjeros, y sus consecuencias.—**922.** Nuestra opinión acerca de la ley que debe regular los derechos sobre los bienes.—**923.** Reglas generales.—**924.** Aclaraciones á la regla primera.—**925.** Observaciones sobre la *Comitas gentium*.—**926.** El derecho público y el derecho privado.—**927.** Reglas generales para la aplicación de las leyes reales.—**928.** La ley personal debe ser la del Estado á que pertenece el ciudadano.—**929.** Inconvenientes de proclamar como ley personal la ley nacional.—**930.** Confirmase esta opinión con la autoridad de los publicistas.—**931.** Oportunidad de los tratados.—**932.** Importancia de la preparación de una comunidad de derecho.—**933.** No debe establecerse diferencia alguna entre los bienes muebles y los inmuebles.

902. Los bienes pertenecientes á los particulares se rigen por el derecho privado en todo aquello que se refiere al goce y al ejercicio de los derechos civiles sobre dichos bienes; están en relación con el derecho público territorial en todo lo tocante á las limitaciones que pueden imponerse al pleno goce y completo ejercicio de los derechos de propiedad por interés ó por utilidad pública; están, finalmente, en relación con el Derecho internacional, siempre que el goce ó el ejercicio de los derechos sobre dichos

bienes ocasione algún conflicto entre las diversas leyes según las cuales deben regularse el goce y el ejercicio de los derechos, pudiendo suceder que sea diversa la ley del Estado en que los bienes se encuentran y la de aquel á que pertenece el propietario, y aun la del Estado en que se realizaron los contratos y se creó el título del cual quiere hacerse depender el goce y el ejercicio de los derechos mismos.

En este caso, la cuestión que surge es una verdadera cuestión de Derecho internacional, porque todo se reduce á determinar la línea de demarcación que señala el límite de cada soberanía como poder legislativo y poder público, sin que valga aducir que la resolución jurídica que da origen á conflicto es una relación de derecho privado, y que, como tal, cae bajo el derecho civil de cada Estado, puesto que el decidir en cada caso cuál sea la ley que debe regular la relación jurídica, si debe ser la de la patria ó la del domicilio, la del lugar en que están situados los bienes ó la del país en que se celebró el contrato, no es materia de derecho privado, sino de Derecho internacional (1), y la solución de la misma depende de cómo se determine la competencia legislativa de cada soberanía en concurrencia con otras.

903. Toda la cuestión se reduce á lo siguiente: la soberanía territorial, que tiene un derecho eminente sobre todo el territorio, ¿puede, por la condición territorial de las cosas, someter éstas á las leyes propias y regular el goce y el ejercicio de los derechos sobre los mismos de modo que excluya la acción concurrente de la soberanía del Estado á que pertenezca la persona, ó la del lugar en que se realizó el contrato relativo á dichos bienes? ¿Cuál será la justa esfera de acción de las diversas soberanías, de las cuales una tenga autoridad sobre las cosas por su condición de hallarse en el territorio, la otra sobre la persona, puesto que pertenece al Estado como ciudadano ó como miembro de la familia, la otra sobre el acto que dió lugar á la adquisición de los derechos sobre la cosa, siendo, por tanto, necesario apreciar si las solemnidades observadas en la redacción del acta han podido ó no ser suficientes para crear un título válido? (2).

(1) Esta opinión, sostenida ya en nuestro *Tratado de Derecho internacional privado*, primera edición, Preliminares, § 5.º, y por los escritores allí citados, ha sido sostenida por LAURENT en su importante y reciente obra *Droit civil international*, tomo I, § 1.º.

(2) *Tribus fere modis, dice HERCIO, homines summis subjiuntur potestatibus, vel ratione personae, vel ratione rerum, vel denique ratione actuum. De collisione legum, Sect. IV.*

Resuelta esta cuestión, que es de Derecho internacional, ó lo que es lo mismo, una vez averiguado cuál es la ley soberana, todo se reduce luego á aplicar á la relación jurídica el derecho civil de éste ó aquel Estado, según que sea la ley de uno ú otro la que debe aplicarse, con arreglo á los principios del Derecho internacional privado.

Limitándonos á tratar aquí la cuestión de Derecho internacional, creemos oportuno observar, que si del hecho de tener la soberanía un derecho eminente indiscutible sobre todas las cosas que se hallan en el territorio, quisiese deducirse que podía sujetar á sus propias leyes las cosas mismas bajo todos sus aspectos y de modo que regulase todos los derechos sobre los mismos, pertenezcan á quien quieran, y que sin distinción del lugar en que se hubiesen llevado á cabo los contratos relativos á las cosas existentes en su territorio pudiese el soberano de éste arreglar con sus propias leyes todo lo concerniente á las formalidades para adquirir los derechos antes mencionados, seguiríase de aquí que todas las leyes que determinan la adquisición, el goce y el ejercicio de los derechos sobre los bienes muebles é inmuebles serían territoriales por su naturaleza; la autoridad de cada ley debería detenerse en las fronteras del Estado, en todo lo que se refiere á sus disposiciones acerca de los bienes, y allí donde comenzase el territorio de otro Estado, allí comenzaría también el poder exclusivo de la soberanía territorial, que podría, con la más completa y absoluta independencia, establecer las condiciones bajo las cuales pudiera adquirirse la posesión y la propiedad de las cosas, disponer con las propias leyes acerca de la capacidad de adquirir derechos relativamente á las cosas muebles é inmuebles, al goce, al ejercicio, á la extensión y á la transmisión de los derechos sobre las cosas antedichas, todo esto sin preocuparse de si la persona á que las cosas pertenecían ó que quería adquirirlas era ciudadano ó extranjero.

Admitida esta regla suprema, seguiríase de ella que el goce de los derechos del hombre como propietario de sus cosas dependería de la condición accidental de la situación de las mismas, y que podría la misma persona tener diversos derechos si lo fuesen los territorios en que radicarán sus bienes. Seguiríase también que la capacidad misma para adquirir las cosas, enajenarlas ó legarlas, por testamento, la reserva y la cantidad de bienes disponibles, la validez de la donación, venta, locación y anticresis, y las causas de nulidad, de resolución, de rescisión, etc., todo dependería de la ley territorial. Podría, finalmente, decirse que para adquirir un

titulo perfecto sobre las cosas existentes en un territorio, sería necesario observar las formalidades prescritas por la ley territorial (1).

I

PRECEDENTES HISTÓRICOS

904. Conviene saber cómo se ha resuelto la cuestión por los jurisconsultos y los legisladores.

Los jurisconsultos antiguos y los escritores de los tiempos medios, partiendo del justo principio de la absoluta libertad legislativa de toda soberanía en su propio territorio, y de autonomía é independencia de cada Estado, exageraron tanto su alcance, que cayeron en el funesto error de considerar la autoridad de cada ley limitada al territorio del Estado. Pusieron como regla indiscutible de Derecho público é internacional aquella que, según el principio del Derecho romano, regulaba la jurisdicción de diversas magistraturas territoriales. En aquel vasto imperio, que fué un agregado de municipios con administración, magistratura y leyes propias, cada circunscripción territorial fué el límite de la jurisdicción respectiva, tanto que el poder del magistrado no se extendía fuera de los límites del territorio en que ejercía su jurisdicción propia. De aquí que los jurisconsultos romanos estableciesen las siguientes reglas: *Praefectus urbis cum terminos urbis exierit potestatem non habet* (2). *Extra territorium jus dicenti impune non paretur* (3). *Praeses provinciae in suae provinciae homines tantum imperium habet, et hoc dum in provincia est, nam si excesserit privatus est* (4).

(1) Estos principios han sido propuestos como reglas de derecho respecto á los inmuebles por FIELD en su *Progetto di Codice*, § 570: «La ley del lugar en que los inmuebles están situados, rige y determina exclusivamente los derechos de las partes, los modos de traslación de dominio ó de disponer de cualquier modo por acto entre vivos ó por testamento y las formalidades de que debe ir acompañado.» En la jurisprudencia de los Estados Unidos se hallan aplicados en diversos litigios relativos á los inmuebles. En la Luisiana, por ejemplo, se determina, según la ley territorial, la validez de la donación hecha cuando se efectúa en aquel Estado, y se considera como regla del régimen matrimonial la comunidad respecto de los inmuebles, según se halla establecida en aquella ley, para todas las adquisiciones hechas en dicho Estado, aunque se trate de bienes pertenecientes á extranjeros que hubiesen contraído matrimonio en otra parte.—*Journ. du Droit international priv.*, tomo II, págs. 41 y 131.

(2) L. 3.^a Dig., *De off. praef. urbis*, 1, 12.

(3) L. 20 Dig., *De jurisdictione*, 2, 1.

(4) L. 3.^a Dig., *De off. praef.*, 1, 18.

El error funesto consistió en querer convertir estas reglas, que servían para determinar la esfera de jurisdicción de las diversas magistraturas, en otras tantas reglas de derecho público para determinar las relaciones de las soberanías independientes.

De aquí que los jurisconsultos de la Edad Media estableciesen como regla: *Leges non valent extra territorium*, ó como decían otros: *statuta suo clauduntur territorio, nec ultra territorio disponunt*, deduciendo de aquí que cada soberanía tenía el poder exclusivo de sujeta absolutamente y bajo todos respectos á sus leyes propias las personas y las cosas existentes en el territorio, y regir con las mismas leyes todos los derechos de las personas, y la propiedad y los bienes pertenecientes á las mismas. De aquí que Rodenburg, Voet, Burgundio, Boullenois, D'Argentrè, Cristin y otros muchos, sostuvieran que era una consecuencia necesaria de la independencia de las distintas soberanías, que la ley de cada cual de ellas no pudiese tener autoridad fuera de sus propios dominios. Sobre este punto, escribía Rodenburg: *Constat igitur, extra territorium legem dicere licere nemini, idque si fecerit quis impune ei non pareri; quippe ubi cesset statutorum fundamentum, cessat robur et jurisdictio* (1). Siguiendo Voet el mismo orden de ideas, escribía: *Nullum statutum sive in rem, sive in personam, si de ratione juris civilis sermo instituitur, sese extendit ultra statuentis territorium* (2). La misma regla proclamaba Boullenois cuando decía: «En derecho estricto, todas las leyes que dicte un soberano solo tienen fuerza y autoridad en lo que su dominación abarca» (3).

905. Estos principios fueron el punto de partida de todos los errores tradicionales acerca de las relaciones de las personas y de sus bienes con las leyes vigentes en cada pueblo. En efecto, admitido en principio que aquellas reglas eran necesarias para mantener la independencia y la autonomía de las diversas soberanías, debía deducirse de aquí que las leyes de cada país habían de aplicarse para determinar la capacidad jurídica de todas las personas que se hallasen en el territorio, ora fuesen ciudadanos, naturalizados ó extranjeros; que las mismas leyes debían regir respecto de los bienes muebles é inmuebles y de las condiciones con que podía adquirirse ó perderse, ejercitarse ó transmitirse la posesión y el dominio de los mismos, y por último, respecto de todos los do-

(1) RODENBURG, *De statut.*, cap. III, § 1.º, pág. 7.

(2) VOET (P.), *De statut.*, § 4.º, cap. II, núm. 7, pág. 124.

(3) *De la personnalité et de la réalité de la loi. Princ. gener.*, 6, y *Observ.*, 10, pág. 152.

cumentos y actos realizados dentro del territorio, de la validez de los contratos, de las acciones, etc.

906. Los impugnadores de la teoría de la territorialidad de cada ley opusieron los gravísimos inconvenientes que surgían en la práctica con la rigurosa aplicación del principio; que dependiendo los derechos de la persona de la ley del lugar en que se hallase, ocurría que el estado de aquélla variaba al pasar de un país á otro, y en aquellos tiempos en que los estatutos eran tantos como las ciudades que tenían legislación propia, aparecía la contradicción más patente; pues una misma persona podía ser al mismo tiempo aquí menor, allí mayor de edad; en un país *sui juris*, y *alieni juris* en otro; aquí emancipado, y allí sujeto á la patria potestad, según se hallase en un país ó en otro regido por leyes diversas.

De aquí se derivó la necesidad de templar las rigurosas máximas del derecho estricto, y se dijo que, aunque ninguna ley debía tener valor extraterritorial, sin embargo, el interés particular de los pueblos limítrofes, la cortesía, la mútua benevolencia y la consideración de que las leyes propias obtendrían la misma ventaja en casos análogos, aconsejaba reconocer la autoridad de ciertas leyes siempre que el interés y la autoridad común lo exigiese, y se justificó esta derogación del riguroso derecho, diciendo que la aconsejaban la necesidad y la *comitas gentium*.

907. Hé aquí como se expresaba á este propósito el presidente Bouhier: «Ante todo, es necesario recordar que aun cuando la regla estricta sea la de la restricción de las costumbres en sus propios límites, se ha admitido, sin embargo, su extensión por causa de utilidad pública, y á veces hasta por una especie de necesidad. Así, pues, cuando los pueblos vecinos han tolerado esta extensión, no quiere decir esto que se hayan sometido á un estatuto extranjero, sino que han encontrado un interés particular en que, en casos análogos, tengan sus leyes las mismas ventajas en los pueblos inmediatos. Puede, pues, decirse, que esta extensión es una especie de derecho de gentes, en virtud del cual se ponen tácitamente de acuerdo los diferentes pueblos para sufrir esta extensión de ley á ley siempre que la equidad y la utilidad común lo requieran, á no ser que la del país en donde esto se exija contenga una disposición expresamente prohibitiva» (1).

(1) BOUHIER, *Les coutumes du duché de Bourgogne avec les observations du Président Bouhier*, cap. XXIII, §§ 62 y 63, pág. 467.

908. Partiendo de este supuesto, se dijo que las leyes que regían el estado de las personas debían tener autoridad extraterritorial, y que acompañaban á aquélla á donde quiera que se trasladase, de modo que cada cual debía tener el estado que le atribuía la ley de su patria. *Quando lex in personam dirigitur, rescipiendum est ad leges illius civitatis quae personam habet subjectam* (1). Boullenois formulaba la misma regla en los términos siguientes: «Las leyes puramente personales, sean personales universales ó particulares, acompañan al individuo á todas partes; es decir, que el hombre participa por do quiera del estado, sea universal ó particular, que se le atribuye por la ley de su domicilio» (2).

Sentado el principio de que solo podían tener autoridad extraterritorial las reglas que regían el estado de las personas y que debían, por consiguiente, considerarse como territoriales todas las leyes que directa ó indirectamente se referían á los bienes, surgió la necesidad de distinguir lo que denominaron estatutos personales de aquellos que llamaron estatutos reales, y como carecían de criterio jurídico exacto y preciso para distinguir si en una ley prevalecía el elemento personal ó el real, de aquí que el origen de la discusión animada y calurosa que dividió á los jurisconsultos más notables de la Edad Media, fuese la clasificación de las diversas leyes según se referían á la condición jurídica de las personas ó á los bienes que á éstas pertenecían, clasificación que tenía un valor reconocido para decidir si una disposición legislativa podía tener autoridad extraterritorial ó si debía considerarse meramente como territorial.

El principio sobre que todos se hallaban de acuerdo era que siempre que se tratase de determinar la adquisición, el ejercicio ó la traslación de derechos sobre cosas inmuebles, debía aplicarse inflexiblemente la ley territorial, *lex rei sitae*. Paulo Voet formulaba de un modo claro y conciso esta regla: *immobilia statutis loci reguntur ubi sitae* (3) y en otro lugar añadía: *quid si itaque contentio de aliquo jure in re seu ex ipsa re descendente vel ex contractu vel actione personali sed in rem scripta? An spectabitur loci statutum ubi dominus habet domicilium an statutum rei sitae? Respondeo: Statum rei sitae* (4).

909. Este principio inflexible que nos han transmitido los

(1) HERTIL, *De Collisione legum*, § 4.º, art. 8.º, pág. 123.

(2) Ob. cit. *Princ. gen.*, 18, 23, pág. 6.

(3) *De statut.*, § 9.º, cap. I, núm. 3.º

(4) Idem, id., id.

jurisconsultos antiguos, es el que ha predominado en la teoría moderna y predomina todavía, hasta el punto que, ni aun los mismos escritores contemporáneos, han conseguido emanciparse de esa tradición constante y uniforme.

§10. Los grandes jurisconsultos de la Edad Media no discutieron, en efecto, acerca de la regla inflexible, sino respecto del modo de interpretarla y aplicarla. Siempre versaba la cuestión sobre si se trataba de *aliquo jure in re vel ex ipsa re descendente*, formándose dos escuelas distintas en la manera de determinarlo. Hallamos por una parte á aquellos que, queriendo seguir el principio feudal, según el cual el individuo era una parte accesoría del suelo y la organización de la propiedad superior á los derechos del hombre, procuraban encontrar siempre en toda disposición legal el elemento real á fin de excluir la aplicación de la ley personal y hacer que la territorial prevaleciese. A esta escuela pertenecían D'Argentré, Mascardo, Mevio y casi todos los jurisconsultos holandeses, Delaceriere, Froland y otros.

Por la otra parte hallamos á los juristas filósofos, que se esforzaban en librar al hombre de las redes del feudalismo, y se proponían demostrar que en ciertas leyes prevalecía el elemento personal para excluir la aplicación de la ley territorial á fin de que se admitiese la de la patria de cada individuo; á cuya escuela pertenecían Molineo, Coquille, Gerardo Ticio, Stokmans, Bouhier y otros.

Exagerando siempre los primeros la autoridad de la ley territorial, no admitían la aplicación de la ley personal sino en los casos en que se determinaba el estado abstracto de la persona, independientemente de toda relación con la cosa; por lo cual hicieron depender de la *lex rei sitae* hasta la misma capacidad para adquirir y enajenar inmuebles. El mismo Rodenburg, que no aceptó este principio, admite, sin embargo, que la capacidad ó incapacidad para hacer una donación ó un testamento debía depender de la *lex rei sitae* (1); opinión que fué sostenida por Boullenois y por otros jurisconsultos (2), siempre que se tratase de propiedad inmueble (3).

(1) *De jure quod oritur ex statutorum diversitate*, tit. II, cap. V, núm. 7.

(2) BOULLENOIS, *Observ.*, 28, pág. 718.

(3) FROLAND, *Memoire concernant la nature des statuts*, 65 y siguientes.—HUBERUS, *De conflictu legum*, lib. I, tit. 3.º, § 12.—BOUHIER, *Coutumes de Bourgogne*, c. XXIII, § 90.—MERLIN, *Rep.*, voz *Testament*, § 1.º y 5.º, artículo 2.º—P. VOET, *De statutis*, § 4.º, c. II, núm. 6.—MOLINAEUS, *Coment. ad Cod.*, lección 1.ª, tit. I, *Conclusiones de stat.*

Respecto á los derechos de cualquier otra clase sobre los bienes, estuvieron generalmente de acuerdo en hacerlos depender de la ley territorial, y así dijeron que para determinar los derechos de los cónyuges sobre sus bienes y los de los padres sobre los bienes de los hijos, la cuota legítima perteneciente á éstos, y los derechos que podían derivarse de los contratos, de las sucesiones, de las sustituciones y otros análogos, debía aplicarse exclusivamente la ley territorial, cuando fuese diversa la ley de la patria del individuo.

Exagerando siempre el predominio de la ley territorial, llegaron hasta sostener que las mismas solemnidades de los documentos y actos debían regirse también por dicha ley, siempre que se tratase de un inmueble; de modo que no podía ser válido un acto relativo á un inmueble existente en un Estado, si el documento, aunque se hubiese redactado, no lo había sido con las formalidades exigidas por la ley territorial. «Cuando la ley, dice Boullenois, exige ciertas formalidades referentes á las cosas mismas, es necesario seguir la *lex rei sitae*» (1).

Cochin, que sigue la misma marcha, dice también:

«Las formalidades de que debe hallarse revestido un acto ó documento se rigen por la ley del lugar en donde se ha realizado ó redactado; mas cuando se trata de aplicar las cláusulas que contiene á los bienes de las partes contratantes, sólo debe consultarse la ley del lugar en que se hallen situados» (2).

911. En estos precedentes es donde conviene buscar la tradición de ciertas teorías, que no pueden abandonarse ni aun en nuestros días, acerca de la territorialidad de las leyes que rigen los derechos de cualquier clase sobre los inmuebles. Estas teorías son consecuencia de la doctrina tradicional de los grandes jurisconsultos de la Edad Media, los cuales, considerando que la soberanía está unida al territorio y debe ser autónoma é independiente, dedujeron que era necesario para esto no reconocer en el territorio ninguna ley extranjera, que bajo cualquier aspecto pudiese atribuir ó regir derechos sobre bienes inmuebles.

Esta teoría fué formulada por Froland del modo siguiente: «La primera regla es que el estatuto real no sale de su territorio, de donde se deduce que, cuando se trata de una sucesión, del modo de distribuirla, de la cualidad de los bienes de que puede dispo-

(1) *Observ.*, 46, pág. 467.

(2) *Cochin, Obras*, tomo V, pág. 697 (4.^a edic.)

nerse entre vivos ó por testamento, de la enajenación de inmuebles dotales de la mujer ó de los hijos, de la legítima, de retrotraer la línea feudal, del derecho de patria potestad, del derecho de viudedad y de otras cosas análogas, es necesario atenerse á las leyes y costumbres de los lugares donde los bienes están situados (1).

Es verdad, por otra parte, que todos los escritores de la Edad Media estaban de acuerdo en reconocer autoridad extraterritorial al estatuto personal, admitiendo que cada cual se rigiese por las leyes de su patria, y que cada soberanía podía proteger á sus propios ciudadanos determinando su estado y sus cualidades personales, debiendo reconocerse en este alto concepto, que domina en la doctrina de los estatutos, los primeros albores de una teoría verdaderamente racional (2).

Conviene notar, sin embargo, que los escritores que querían restringir la aplicación de la ley territorial y ampliar la autoridad extraterritorial de las leyes personales, llegaban hasta admitir la preferencia del estatuto personal en concurrencia con el territorial ó real, aun en el caso que se tratase de decidir acerca de la capacidad de la persona para realizar actos y contraer obligaciones relativamente á los bienes existentes en un territorio.

Bouhier enuncia en términos claros y precisos la regla, cuando

(1) Memoria citada, 156, 49, 60, 66 y 67.—Véase además D'ARGENTRÉ, *Ad Brit. leges de donatione*, art. 218, gl. 6, núm. 46.—BURGUNDUS, *Tract.* 2.º, núm. 10.—BURGE, *Comment on colonial Laws*, parte segunda, cap. V.

(2) SAVIGNY ve en el sistema de los estatutos, que reconoce en ciertas leyes (á la cual se denominó *estatuto personal*), la propia virtud de extender su autoridad fuera de los confines de su patria, un primer albor de la nacionalidad elevada á principio y á comunidad de derecho. (*Sistema del Derecho romano actual*, tomo VI, de la versión castellana publicada por Góngora).

MANCINI, en su Memoria al Instituto de Derecho internacional, tributa el debido homenaje á la escuela de Bolonia y á los más antiguos glosadores italianos por sus primeras tentativas para establecer una teoría doctrinal acerca de la eficacia natural y de la colisión de los estatutos territoriales de las diferentes ciudades, y discuriendo después acerca del sistema de los estatutos, se expresa en estos términos:

«El concepto que caracteriza la teoría de los estatutos, es la extensión atribuida á la autoridad del estatuto personal fuera de los límites del territorio, figurando que este reflejo de la patria y de la soberanía natural acompaña por doquiera al ciudadano de un país como la sombra al cuerpo, y es como el espíritu vital *suis ossibus inhaeren*.—MANCINI, *Relazione all'Istituto di Diritto internazionale* (Reunión de Ginebra en 1874): hállese traducido al francés en el *Journal de Droit international privé*, año 1874, página 221.—Véase además LAURENT, *Droit civil international*, tomo I, número 177.

dice: «Es necesario, pues, considerar como regla constante que la capacidad ó incapacidad, que la ley del domicilio atribuye á la persona, la sigue á todas partes; de modo que sería inútil que, siendo uno incapaz en su patria, quisiera trasladarse para contratar á un lugar en donde esta capacidad se reconociese á los que allí estén domiciliados.» Y más adelante añade: «Cuando el estatuto personal del domicilio esté en concurrencia con el de la situación de los bienes, deberá prevalecer el del domicilio sobre este último» (1).

Pothier consignó después más claramente que las leyes personales debían ejercer su autoridad sobre la persona, aun en relación á su propiedad, donde quiera que estuviese situada: «Por lo demás, estos estatutos personales ejercen su imperio sobre las personas en lo que á sus bienes se refiere, sin distinción del lugar en que se hallen situados» (2).

Si los escritores que así pensaban hubiesen hallado un concepto racional comprensivo de su teoría, hubiera triunfado la escuela de los jurisconsultos defensores del progreso sobre la de los adictos á la teoría de la tradición feudal; pero los principios innovadores no produjeron sus frutos: primeramente, porque la mayor parte de los jurisconsultos, tenaces en considerar la organización de la propiedad como estrechamente ligada al principio político, temían minar la base misma de la soberanía admitiendo que una ley extranjera pudiese regir los derechos sobre los inmuebles, por lo cual sostuvieron que la regla debía ser siempre la territorialidad de la ley, y la extraterritorialidad una excepción; en segundo lugar, porque la mayoría procuró reducir la excepción á los más estrechos límites, siempre que la cuestión se relacionaba con los bienes inmuebles; en tercer lugar, porque al dar la razón por la cual debía admitirse en ciertos casos la autoridad extraterritorial de la ley, la hallaban en la reciproca utilidad y en la *comitas gentium*, conceptos vagos y falaces que no podían servir de base á una teoría racional ó á un sistema científico (3).

Repetimos que en estos precedentes es donde debe buscarse la razón de las teorías que aún están en vigor en nuestro tiempo acer-

(1) *Cout. de Bourgogne*, cap. XXIII, §§ 91 y 96.

(2) POTHIER, *Introd. gener. aux cout. d'Orleans*, cap. I, art. 7.º

(3) *Ob reciprocam enim utilitatem in disciplinam juris gentium obissee ut civitas alterius civitatis leges apud se valere patiatur.*—HERTIUS, *De collisione legum*, § 4.º, núm. 3.º

ca de los bienes pertenecientes á los particulares en sus relaciones con el Derecho internacional.

912. Según observa Laurent (1), la máxima seguida en Francia de que las leyes que rigen los derechos sobre inmuebles, deben considerarse como territoriales y aplicarse como tales á toda persona que posea inmuebles en territorio francés, sin distinción entre nacionales ó extranjeros, tiene su consagración en el art. 3.º del Código civil, y ha sido rigurosamente interpretada por la jurisprudencia; sosteniéndose, por consiguiente, y decidiéndose que el estatuto real según la ley francesa resulta de todas las leyes que regulan la condición jurídica de los bienes inmuebles y los derechos sobre los mismos, y por tanto, según la ley francesa debe decidirse—en cuanto concierne á la distinción de los bienes, á la naturaleza y á los efectos de la posesión, á la adquisición del usufructo legal y de las servidumbres, á la extensión, á las obligaciones y á los derechos de la persona investida del usufructo ó de la servidumbre—que la ley francesa rige exclusivamente, abstracción hecha de la capacidad general del individuo, todo lo concerniente á la sucesión *ab intestato* de los inmuebles, á la partición de la misma, á la capacidad para disponer de un inmueble ó de recibirlo por donación entre vivos ó por testamento, á la cantidad de la porción disponible, á las prohibiciones de dar ó de disponer á título gratuito respecto á determinadas personas; que la misma ley debe regir lo concerniente al régimen dotal, á la enajenación de inmuebles, á las prohibiciones de adquirirlos y enajenarlos respecto á ciertas personas, á las obligaciones que nacen de la venta de un inmueble y de las causas de nulidad y de rescisión, al derecho de hipoteca legal sobre inmuebles, al de hipoteca convencional y judicial, etc., etc. (2).

De manera que los inmuebles pertenecientes á los particulares y que se hallan situados en el territorio francés, no pueden ser objeto de derecho bajo ningún aspecto, sino con arreglo á lo que dispone la ley francesa; y por consiguiente, el extranjero está sujeto á dicha ley en todo lo concerniente á la adquisición de sus derechos sobre los bienes, y al goce, ejercicio y extensión de estos mismos derechos.

913. Mas, ¿cómo se concilia con los principios justos del De-

(1) *Droit civil international*, tomo II, § 136 y siguientes.

(2) Véase FÉLIX, *Droit inter. priv.*, § 60; DEMOLOMBE, *De l'effet et de l'application des lois*, § 76 al 90.—ZACARÍAS, *Droit civil français*, por AUBRY y RAU, § 31.

recho internacional, esta teoría que conduce á considerar los derechos de la persona como un accesorio del suelo? He aquí cómo la justificaba Portalis, exponiendo los motivos del art. 3.º: «Es de esencia que la soberanía sea indivisible y que extienda su autoridad exclusiva á todo el territorio, lo mismo que la extiende á todas las personas que lo habitan. La soberanía no sería íntegra si una parte del territorio pudiera estar sometido á las leyes extranjeras. Siendo así que los inmuebles forman parte del territorio público de un pueblo, es necesario que se rijan exclusivamente por las leyes de este pueblo. En una palabra, la realidad de las leyes concernientes á los inmuebles, es una emanación de la soberanía; los particulares que los poseen no pueden oponer al legislador su cualidad de extranjeros, ni pedir que sus bienes se rijan por sus leyes personales, porque resultaría que una parte del territorio estaría sometida á una ley extranjera, y que la soberanía no sería íntegra, siendo así que su esencia es la de ser indivisible. A fin de cumplir este requisito, es necesario que todo el territorio, esto es, todos los inmuebles, sean regidos por un solo soberano, por el soberano territorial» (1).

914. Foelix justifica también la máxima que él establece, esto es, que la ley real es la que rige los bienes que se hallan en toda la extensión del territorio, excluyendo la aplicación de la ley del lugar en que se realizó el acto ó se autorizó el documento, porque considera esto como necesario para defender las prerrogativas de la soberanía, y mantiene la aplicación del estatuto personal como una excepción á la regla del dominio absoluto que tiene cada soberanía para sujetar á sus propias leyes todo acto jurídico. Apoya su opinión con la autoridad de los escritores de la Edad Media (2), los cuales, según hemos indicado, fundaron su doctrina en el concepto de la soberanía feudal, ó en el de la soberanía política entendida de este mismo modo (3).

(1) *Seconde exposé des motifs du titre préliminaire*, núms. 14 y 15.

(2) En el núm. 56 del tomo I, del *Traité du Droit int. privé*, cita veintinueve escritores que sostienen su opinión.

(3) He aquí cómo resume MANCINI, en pocas palabras, la transformación ocurrida en el concepto de la soberanía: «Cuando los beneficios y los oficios se hicieron hereditarios bajo el débil poder de los monarcas Carlovíngios, y nació con esto y creció rápidamente el sistema feudal, pasó á la tierra la preponderancia que hasta entonces había pertenecido al hombre, y en vez de poseer éste la tierra, vino á ser el accesorio de ella. De este modo inmovilizó el feudalismo el derecho incorporándolo al suelo, ocuparon los derechos reales el puesto de los personales subordinándolos, y desapareció el sistema de los derechos personales según la nacionalidad para

915. Los jurisconsultos anglo-americanos justifican también la aplicación del *Common Law* á la propiedad inmueble con argumentos análogos. «Ningún soberano, dice Wharton, puede consentir la *intrusion* de una ley extranjera en su propio territorio, y aun su misma existencia exige que las leyes territoriales gobiernen exclusivamente todo lo que se halla en el de cada Estado.

La condición de la propiedad inmueble está en relación con la naturaleza del suelo, con las instituciones políticas, con el carácter de la población, y con la vida histórica de la nación respectiva (1).

916. Esta doctrina es en realidad el reflejo del sistema legislativo vigente todavía en Inglaterra, en la América Septentrional y en todos los países regidos por el *Common Law*, que tiene sello característico del feudalismo y lo conserva todavía cuidadosa y tenazmente. No hallamos, por otra parte, aplicación más rigurosa del principio de la territorialidad de las leyes que regulan los derechos del hombre sobre las cosas, que la que existe en los países regidos por el *Common Law*. Allí puede decirse con razón que el hombre es un accesorio de la tierra y que ésta es soberana; la individualidad humana, con todos los derechos que le corresponden, desaparece ante el interés supremo y absoluto de que la organización de la propiedad conserve el carácter feudal que tiene, de donde proviene que considerándose al hombre en el ejercicio de los derechos como un medio respecto de la tierra soberana, las relaciones de cualquier clase de éste con las cosas que le pertenecen están sujetas rigurosa y exclusivamente al *Common Law*; de modo que la misma capacidad de adquirir, enajenar ó transmitir se hace depender de la ley territorial, la cual se aplica á los contratos háyanse hecho donde quiera, siempre que de ellos se derivan derechos sobre las cosas existentes en el territorio, y aun con las mismas formas y solemnidades necesarias para adquirir los derechos sobre las cosas, y por tanto que ningún acto de cesión ó traslación de dominio se considera título válido (*give perfect title*) si no se han observado las formas prescritas por el *Common Law*

dar lugar al *derecho territorial* único y común á todos los habitantes del territorio, propios ó extraños al feudo.» MANCINI, *Relazione all' Istituto cit., Considerazioni generali*.

(1) *Private international Law*, § 278 y sig.—WESTLAKE y los secuaces de la misma escuela, se felicitan de que FOELIX se haya convertido en el sostenedor de la teoría verdadera, y lamentan que DEMANGEAT haya anotado á FOELIX con ideas *retrógradas*. Ob. cit., § 72.

(*except according to the formalities prescribed by the local law*) (1).

912. Las mismas aplicaciones se hicieron en Alemania, siendo justificadas con los mismos principios de la tradición feudal, hasta que la nueva escuela, que tiende á sacudir el yugo de la tradición secular, ha encontrado en Savigny el jurisconsulto más docto y profundo, quien establezca las bases de una teoría más racional. No sólo sostiene éste, que en ciertos casos se debe aplicar la ley personal, aun para lo que atribuye á la persona derechos sobre los bienes existentes en el territorio, como es la ley de la sucesión, sino que es notable principalmente por haber combatido en absoluto la infundada idea que sostiene que el admitir ó rechazar la ley personal en cuanto regula los derechos del hombre sobre las cosas, podía ser efecto de una pura benevolencia y el acto revocable de una voluntad arbitraria, por haber demostrado á la vez que ésta debía considerarse más bien como el desenvolvimiento propio del derecho, que debe seguir en las relaciones internacionales las mismas reglas aplicables para resolver las colisiones entre los derechos de las particulares en el mismo Estado (2). Rechazó la tradición feudal, diciendo que el punto de vista dominante de las legislaciones y de la práctica moderna no debe ser la conservación de la autoridad exclusiva de cada ley, sino que debe tenderse más bien á establecer una comunidad de derecho, admitiendo ó excluyendo la ley extranjera, según la naturaleza íntima y la necesidad de cada relación de derecho, sin tener en cuenta los límites de los diversos Estados (3).

Es verdaderamente sensible que Laurent, en su importante y erudita obra de *Derecho civil internacional*, no rinda á Savigny el mismo tributo de admiración que siente, con razón, en otras ocasiones hacia el eminente jurisconsulto, digno representante de la escuela histórica moderna.

(1) Véase STORY, *Conflict of Laws*, § 430, 431, 435, 448, etc., cap. X.—BURGE, *Com. on colon. and for. Laws*, parte 2.^a, cap. XII; WESTLAKE, *Private international Law*.

(2) «En virtud del riguroso derecho de soberanía, dice, podría imponerse á los Jueces de un país el deber de aplicar rigurosamente la ley nacional, sin tener para nada en cuenta las disposiciones contrarias de la ley extranjera. Esta disposición no debería, sin embargo, admitirse por ninguna legislación positiva, porque á medida que se extienden las relaciones entre los diversos pueblos, es necesario convencerse que hay que renunciar á este principio exclusivo y admitir el contrario, esto es, el de la comunidad de derecho entre los diferentes pueblos.» *Sistema del derecho romano actual*, t. VI, de la versión castellana.

(3) Loc. cit.

Mittermaier enuncia después más claramente el principio racional para sacudir el yugo de la tradición secular acerca de la exclusión de toda ley relativa á los inmuebles, diciendo que convenia buscar un principio racional, que probó no ser otro que el *interés general*. Este, dice, aparece evidente cuando se trata del derecho de hipoteca, siendo así que el régimen hipotecario tiene un lazo íntimo con los más graves intereses de la sociedad. Es también exacto en lo que se refiere á las servidumbres, porque éstas tienen por objeto aumentar la utilidad de los predios en cuyo beneficio se han establecido, pareciéndonos inútil citar la publicidad de las transacciones inmobiliarias. Mas, ¿puede decirse acaso que toda ley relativa á los inmuebles esté fundada en el interés general? ¿Se me querrá probar, continúa, qué interés puede tener el Estado, en cuyo territorio estén situados los inmuebles de una herencia, en que éstos sean recogidos por el tío ó por el sobrino del difunto? Cuando el estatuto real se lleva hasta sus últimos límites, resultan consecuencias verdaderamente ridículas. Supongamos un inmueble situado en un país donde las donaciones no pueden ser revocadas por causa de ingratitud, mientras que la ley personal de las partes contratantes las declara revocables por esta razón. ¿Se dirá que la ley del lugar deberá decidir si la donación ha de ser ó no revocada por una causa esencialmente personal? (1).

(1) MITTERMAIER, *Die Lehre von der collis. der Gessetze*, en la *Kritische Zeitschrift*, t. XI, pág. 272. Referido por LAURENT, obra citada, t. II, § 166, página 307.

El eminente profesor de Gante se complace en hallarse de acuerdo con MITTERMAIER, que querría justificar la aplicación de la ley territorial solamente en los casos en que un principio racional determine su preferencia sobre la personal. En nuestro juicio, este es en sustancia el elevado concepto de SAVIGNY, que dice que para decidir, en caso de colisión, si debía preferirse una ú otra ley, era necesario estudiar la naturaleza de cada relación jurídica y no inspirarse en la conservación exclusiva de la soberanía territorial. Si el mérito exclusivo de MITTERMAIER es el haber procurado hallar en el *interés general* ó en el derecho social el verdadero límite nacional á la autoridad de la ley extranjera en el territorio del Estado, no para reivindicar una iniciativa ó una originalidad, sino para comprobar un hecho, debemos hacer notar que la escuela italiana ha estado de acuerdo para afirmar el mismo principio racional establecido por MITTERMAIER, sin conocer quizá lo que sobre esto había escrito aquel insigne jurisconsulto. Véase á este propósito lo que escribió PESCATOTE en la *Logica del diritto*, el cual concisa y claramente expuso los más elevados principios del *Derecho internacional privado*. MANCINI ha debido seguir el mismo orden de ideas en sus lecciones dictadas en la cátedra de Turín. Véase la primera edición de nuestro *Derecho internacional público*, cap. IX, y nuestro *Derecho internacional privado*, cap. IV.—CARLE, *Del fallimento*, cap. I, *Principios racionales*.

918. He aquí la verdadera teoría, que está en oposición directa con la tradicional:

Admitido el principio racional, debía caer por su base todo el edificio que se fundaba en la tendencia feudal, y que consideraba reales ó territoriales todas las leyes que tuviesen relación con los inmuebles.

Debemos advertir, sin embargo, que el principio racional no ha sido aceptado como fundamento de las legislaciones modernas, muchas de las cuales han admitido la antigua regla, estableciendo que los inmuebles están sujetos á las leyes del lugar en que se hallan situados. Esta máxima ha sido sancionada por el legislador italiano, que no ha sabido emanciparse completamente de la tradición secular, y si no se interpretase con el criterio racional de la escuela moderna, no podría conciliarse con el sistema sancionado por el mismo legislador, y que resulta del conjunto de principios establecidos en los arts. 7.º, 8.º y 9.º del Código civil italiano.

¿Qué podría significar, en efecto, que los inmuebles están sujetos á la ley del lugar en que se hallan situados?

¿Se querrá, por ventura, reproducir en nuestro tiempo el sistema de la soberanía territorial absoluta y exclusiva? ¿Se pretenderá interpretar hoy las prerrogativas de la soberanía política con principios tomados del feudalismo? ¿Querráse decir acaso que los derechos de la personalidad humana deben considerarse siempre como un accesorio de la tierra, y que los derechos del hombre sobre sus cosas pueden depender del hecho accidental de hallarse éstas en uno ó en otro Estado?

919. ¿Podría decirse que semejante sistema estaba de acuerdo con los principios del derecho internacional moderno? Los derechos de la soberanía territorial sobre las cosas existentes en el territorio, ¿estarían bien fundados en los supremos principios del derecho de gentes, si se entendiesen y se ejerciesen atribuyendo el carácter de la territorialidad exclusiva á todas las leyes relativas á los bienes existentes en el territorio?

Ciertamente que no. El sistema de la territorialidad de las leyes relativas á las cosas se fundaba en la organización feudal de la propiedad y en el concepto del aislamiento de los Estados. En nuestro tiempo se apoya el derecho internacional sobre bases esencialmente distintas.

La organización de la propiedad en el sistema feudal fué la base de la constitución en el feudalismo. Cada jefe de las bandas conquistadoras se instaló en los dominios más ó menos extensos

que había conquistado, y dividió las tierras con sus compañeros de armas. Sin desconocer la preeminencia de su jefe, subdividió después cada uno de ellos las tierras que le habían correspondido entre él y sus adictos, convirtiéndose, por consecuencia, en un señor feudal, con su corte, su ejército y sus vasallos, que eran precisamente aquellos á quienes había concedido las tierras, y que se sentían obligados á guardar la fidelidad á su señor en correspondencia de la tierra de él obtenida. Cuando los señores se hicieron poderosos y prepotentes, no teniendo los propietarios alodiales medio alguno de defender sus derechos, se vieron obligados á someterse á la protección del señor, y á considerar la tierra como si la hubiesen obtenido por concesión de éste. Así se formó aquella vasta jerarquía, llamada feudalismo, que absorbió no sólo á las personas de la raza conquistadora, sino también á los mismos indígenas, propietarios de una parte del suelo. Todos se convirtieron en vasallos y subvasallos, quedando la propiedad como una mera concesión hecha á todos.

En este sistema, los derechos del propietario fueron considerados como un accesorio de la tierra y del feudo en donde la tierra se hallaba. Cada cual podía poseer la tierra que se le había concedido con arreglo á la constitución del feudo y á la investidura que del señor había obtenido; mas no tenía la facultad de disponer de ella y de transmitirla á su antojo, y sólo gozaba aquellos derechos y privilegios anejos á la tierra y que pasaban de padres á hijos, que sólo adquirían la posesión de ella según la ley inmutable de la constitución del feudo. De este modo conservaba cada feudo su carácter originario, y una vez privado el poseedor del derecho de disponer libremente de la cosa, faltó el elemento esencial que caracteriza la propiedad, convirtiéndose ésta en un mero usufructo (1).

Cuando se sintió la necesidad de organizar un Gobierno para introducir en lo posible el orden en aquel caos, tuvieron en un principio los Estados que aparecieron el carácter de grandes feudos. Cada soberano puso todo su cuidado en la conservación de las instituciones relativas á la propiedad, considerando ésta como la base del principio político y de la constitución del Estado (2).

(1) Véase nuestro *Derecho internacional privado*, § 194.

(2) En aquellos Estados en que la soberanía ha conservado el carácter feudal que tuvo en los primeros tiempos, la legislación lo mantiene aun en nuestros días. Así, dice LAURENT, refiriéndose á Inglaterra: «El régimen feudal fué transplantado allí sistemáticamente por la conquista norman-

Si todos los Estados modernos conservasen todavía el carácter feudal que tuvieron en su origen, sería también racional conservar en las leyes relativas á la propiedad el carácter exclusivo de la territorialidad y aplicar rigurosamente la regla de los juriconsultos de la Edad Media: *Omnis enim potestas extra fines potestatis attributae privata est persona, et finita potestate, finita jurisdictio et cognitio*. Sin embargo, así como el Estado moderno ha sufrido una sustancial transformación, así ha habido necesidad de admitir también principios sustancialmente diversos.

II

LA TEORÍA

920. La soberanía territorial descansa en nuestro tiempo sobre una base muy diversa de la que le servía de fundamento en la época del feudalismo. Ejércese sobre todo el territorio, y por eso se llama territorial; pero esto no implica la propiedad del suelo. El suelo es de los particulares que se han hecho sus propietarios y que pueden gozar y disponer de él bajo todas las formas consentidas por el derecho privado, y no es necesario que el ejercicio de estos derechos se rija siempre por la ley territorial, siendo así que pueden ser muchas las relaciones jurídicas respecto de las cuales no está interesada la soberanía territorial en aplicar sus propias leyes (1).

Tampoco es necesario aplicar la ley territorial á todas las relaciones jurídicas que nacen ó se desarrollan en el territorio, para que quede á salvo la autonomía del Estado, defendida por cierto

da: en ninguna parte tenía el feudalismo más profundas raíces por más que tuviese caracteres particulares por el predominio de la monarquía: en el orden social y en el derecho predominaba como dueño absoluto. Y discurrendo después acerca de la ley que regula los derechos sobre la tierra, esto es, del *Common Law*, dice que éste «es un derecho feudal, la propiedad ha conservado el sello del feudalismo.» El carácter territorial de la soberanía y el espíritu feudal del *Common Law* explican la profunda diferencia que separa al derecho inglés del derecho continental. *Droit civil inter.*, t. I, § 377.

(1) Este principio había sido ya aceptado por HUBERO para formular una de las reglas que propone á fin de resolver los conflictos entre las leyes de los diversos Estados: *Summae potestates cujusque reipublicae indulgeant sibi mutuo, ut jura legesque aliorum in alienis territoriis effectum habeant, quatenus sine praepjudicio indulgentiam fieri potest. De conflictu legum*, número 14.

con un celo excesivo. Para conservar esta autonomía solo se necesita que cada soberanía ejerza exclusivamente el poder público, dicte con absoluta independencia las leyes para asegurar el derecho y el orden público y no permita que se dispense á nadie de la observancia de dichas leyes; mas esto lo que significa es que el derecho público de cada Estado debe ser territorial, ó lo que es lo mismo, que debe tener autoridad exclusiva y absoluta dentro de los límites del territorio; pero la propiedad, como derecho del individuo, se rige por el derecho civil ó privado, y pueden darse casos en los que no ataquen en modo alguno los derechos y la independencia de la soberanía territorial, el reconocimiento y la aplicación del derecho del propietario.

No ha sido solamente la base de la soberanía territorial la que ha sufrido un cambio esencial en los tiempos modernos; también ha originado una modificación importantísima el haber sustituido al principio de la solidaridad de los intereses de los pueblos el falso principio del egoísmo y del aislamiento de los Estados.

921. Ha comenzado, en efecto, y continúa realizándose progresivamente una gran transformación en este sentido, la cual es la consecuencia del progreso de la civilización que ha aumentado las necesidades, multiplicando las indispensables relaciones entre los diversos pueblos de la tierra y hecho nacer la solidaridad de intereses entre los mismos. La actividad del individuo no puede hallarse ya circunscrita á los límites territoriales del Estado de que se es ciudadano, sino que tiende á dilatarse hasta los más extensos confines. Todos sentimos que sin romper los lazos que nos unen á la patria, podemos gestionar nuestros asuntos en todos los países del mundo; y facilitando las vías férreas la circulación, siempre en aumento, de extranjeros por todos los países á fin de atender á negocios de tan diversa índole, estréchanse las relaciones de tal modo que resulta de hecho el comercio internacional, así como de la multiplicación de las relaciones entre las personas que se establecen en una misma ciudad nace el consorcio civil.

Consecuencia necesaria de lo dicho es que los Estados, más bien que á vivir aislados, se ven obligados, por el natural desarrollo de las cosas, á conciliar los intereses propios con los del consorcio internacional, reclamando á su vez los individuos la tutela de sus derechos mediante leyes que tengan en cuenta la nueva forma que la actividad individual ha tomado.

Siguese además de aquí que las reglas de derecho que podían ser válidas cuando los Estados vivían aislados, no tienen ya valor

hoy, y que conviene establecer nuevas reglas que puedan servir para determinar y garantizar el goce y el ejercicio de los derechos del individuo, teniendo en cuenta la necesaria tutela de la autonomía de cada Estado, y la necesidad no menos indispensable de la coexistencia de todos los Estados dentro de la humanidad.

922. En tales condiciones no debe ser ciertamente el principio riguroso é inflexible de la territorialidad de la ley lo que puede determinar el goce y el ejercicio de todos los derechos relativos á los bienes existentes en el territorio, sino que es necesario buscar un principio más racional.

Conviene ahora considerar que extendiendo el individuo su libertad fuera de los límites del territorio no cesa por esto de ser ciudadano del Estado á que pertenece, como tampoco de formar parte de su familia. Agréguese á esto que el régimen de patrimonio se halla estrechamente ligado con las relaciones familiares. Hay, en efecto, legislaciones que consideran la familia como una sociedad permanente, como un cuerpo colectivo, y á sus distintos miembros como copropietarios del patrimonio del padre. Estas legislaciones modifican el ejercicio de los derechos correspondientes á los individuos sobre los bienes, sometiéndolo al interés de la familia. De aquí que muchas limitaciones, como por ejemplo, las que se refieren al pródigo ó al incapacitado estén basadas en el principio de conservar el patrimonio de la familia; otras disposiciones dependen del mayor ó menor grado de tutela en que se hallan ciertos individuos de aquella, cuando se trata de disponer de los bienes que les pertenecen (1).

Ahora bien; si muchas disposiciones dependen del diverso modo de concebir la conservación y el régimen económico del patrimonio familiar, y otras de las relaciones personales de los miembros de la familia, ¿cuál deberá ser la ley que, según la naturaleza de las cosas, deba regir estas relaciones sino la del Estado á que la familia pertenece? Esta es, en efecto, la ley que rige el organismo de la familia, la vida civil de la misma y las relaciones entre los individuos que la forman. Si todo continúa subsistente en toda su integridad, aun cuando uno de los individuos de la familia pase á un país extranjero y adquiera allí bienes, síguese de aquí que los derechos de esta persona sobre sus bienes, la facultad de enajenarlos, cederlos, transmitirlos, donarlos, etc., deben ser re-

(1) Véase nuestro *Derecho internacional privado*, §§ 45, 82, 195 y 395.

gidos por el derecho mismo á que está sometida su familia y su persona.

Puede deducirse de aquí que las leyes civiles de cada Estado ó sea las que rigen los derechos de las personas en sus propios intereses, deben aplicarse también para determinar el goce y el ejercicio de esta misma persona respecto de los bienes que le pertenecen.

Veamos ahora cómo debe armonizarse esta regla con la tutela de la autonomía de la independencia y de la soberanía del Estado.

En cada legislación, además de las leyes que determinan y garantizan los derechos de los individuos *uti singuli* y las relaciones de los mismos con la familia, las cuales constituyen en su conjunto el derecho privado, hay una segunda categoría de leyes dispuestas para poner á salvo los intereses generales de la asociación política *uti universitas*.

Estas leyes proveen á la conservación del principio político y á coordinar los intereses de los particulares con los del Estado, constituyendo el derecho público del mismo. Atentar contra el derecho público equivale á atentar á los intereses, á la vida y á la conservación del Estado, y no solo deben sufrir los ciudadanos aquellas justas limitaciones en el ejercicio de sus derechos privados, cuando no se perjudique el derecho público del Estado, sino que también los extranjeros—los cuales se convierten en súbditos temporales desde el momento que penetran en el territorio del Estado y ejercen en él ciertos derechos—deben respetar las leyes establecidas en interés general, como son las que limitan los derechos particulares en beneficio de la agricultura, de la industria, etcétera, del país, ó que imponen ciertas obligaciones para proteger el derecho del Estado ó el orden público (1).

En la armonía de estos dos principios es donde hallamos el justo criterio para decidir en qué debe tener autoridad absoluta la ley territorial, y en qué no debe tenerla. El interés social exige que la autoridad de la ley territorial sea absoluta en todo aquello que proclama y sanciona el derecho público del Estado. El in-

(1) Véase nuestro *Der. int. priv.* § 26 y sig. Confr. MANCINI, *Rapporto a l'Istituto di diritto internazionale alla sessione di Ginevra 1874*, § 8.º al fin. LAURENT, *Droit civil international*, tomo I, cap. VI.—CARLE, *La dottrina giuridica del fallimento*, 1872, el cual expone con admirable precisión y brevedad los principios relativos á este punto en su cap. I. Las conclusiones propuestas por MANCINI al Instituto, publicadas en el *Anuario* de 1877, pág. 123 y sig.; las *Observaciones* de WESTLAKE, *Anuario* de 1878, pág. 37, y las de ARNTZ y WESTLAKE en el de 1880, pág. 190 y siguientes.

terés del individuo exige que la ley del lugar en que ejerceita sus derechos patrimoniales no altere su posición jurídica alterando su estado y sus relaciones con las cosas que le pertenecen y que forman parte de su patrimonio, sino que reconozca para las relaciones de interés privado la autoridad de su ley personal.

923. Resumiendo ahora todo lo expuesto sobre este punto, proponemos las reglas siguientes:

a) El derecho que tiene toda persona á disfrutar los derechos de propiedad y los accesorios á éstos, está fundado en la misma ley natural, y debe ser, como tal, reconocido en todos los países civilizados, cualquiera que sea el pueblo ó la religión á que el individuo pertenezca;

b) Corresponde á cada soberanía conceder que el ejercicio de los derechos de los extranjeros sobre los bienes existentes en el territorio se rija por sus leyes personales, con tal que aquéllas no perjudiquen el derecho público del Estado.

Esta disposición deberá aplicarse á la adquisición, enajenación, cesión, transferencia de bienes muebles ó inmuebles, sucesión y disposición de cualquier género relativas á los bienes, llevadas á cabo, ó por actos *inter vivos*, ó por testamento.

Se considerará como ley personal del propietario, la que rija en el Estado de que es ciudadano, ó aquella á que se sometió voluntariamente en los casos en que esté autorizado para hacerlo;

c) Es de supremo interés para los Estados declarar que estas reglas, y otras que se crean oportunas, son obligatorias mediante tratados.

Hasta que esto no se haya verificado deberán los Estados civilizados poner su derecho territorial en armonía con los supremos principios del derecho internacional, y sancionar las reglas á que habrán de ajustarse los Tribunales para determinar el goce y el ejercicio de los derechos de los extranjeros sobre los bienes existentes en el territorio;

d) Faltando tales reglas jurídicas sancionadas por el legislador mismo, convendría que los Tribunales adoptasen estas reglas, en lo que no se oponga al derecho territorial, como fundadas en el derecho natural y de gentes, y preparasen un derecho consuetudinario uniforme que facilitase después la conclusión de tratados para hacerlo recíprocamente obligatorio;

e) En la aplicación de dichas reglas no deberá hacerse distinción alguna entre las cosas muebles ó inmuebles, siendo uniformes las reglas jurídicas á ellas aplicables.

Hagamos ahora algunas indicaciones para comprender mejor dichas reglas.

924. En cuanto á la primera, debemos observar que los derechos que se derivan de la propiedad, están fundados en la misma ley natural y no pueden considerarse como un beneficio de la ley civil. Esta es la razón por qué no debe creerse que cada soberanía pueda á su antojo conceder ó negar al extranjero la adquisición ó transmisión de su propiedad, como si el derecho de adquirir ó de transmitir pudiese quitarse ó concederse *ad libitum* por la autoridad soberana, sólo por estar garantido por la ley civil. Estos derechos son á la vez derechos naturales del hombre, y la persona que está en posesión de ellos puede pedir el reconocimiento y la defensa de éstos en nombre de la ley de las leyes, de la ley natural, que impone á todos los Estados el deber de respetar los derechos de la personalidad humana.

Esto prueba también el funesto error sancionado por ciertas legislaciones que negaron absolutamente á los extranjeros la adquisición de la propiedad inmueble ó la facultad de transmitirla, y dispusieron á la vez que dicha sucesión volviese al fisco por el derecho de albinagio (1); ó por último, que subordinaron á la con-

(1) La ley de 12 de Mayo de 1873 ha modificado en Inglaterra en sentido liberal las disposiciones anteriores que negaban al extranjero el derecho de adquirir la propiedad de los inmuebles en la Gran Bretaña. Hasta 1864 no se concedió en Rumania el derecho de poder adquirir dicha propiedad á los extranjeros del rito cristiano allí domiciliados, subordinando además este derecho á la condición de la reciprocidad (*Annuaire de législation comparée*, 1880, pág. 760.) Hasta dicho año de 1864 no se concedió en Suecia á los extranjeros el derecho de comerciar. Antes de esta época necesitaban una autorización especial, y cuando la habían obtenido sólo podían vender en la ciudad designada al por mayor y al contado, lo cual equivalía á una prohibición completa. (*Annuaire cit.*, de 1880, pág. 662.)

En Suiza hay también algunas localidades en que el extranjero no puede adquirir propiedad inmueble sin autorización del Gobierno cantonal, y algunos hasta exigen la intervención del Gran Consejo. LAURENT, *Droit civil international*, t. II, § 33.

Acerca del derecho de sucesión, basta decir que se negaba al extranjero el de disponer ó adquirir por testamento ó por sucesión *ab intestato*, y después fué concedido por los Estados más adelantados, pero con la condición de la reciprocidad. Francia sólo renunció al derecho de albinage sin reciprocidad en 1819 y aun haciendo ciertas reservas, y Bélgica no ha renunciado á este derecho hasta 1865 (ley de 27 de Abril.) La ley de 20 de Mayo de 1837 concedía á los extranjeros el derecho de transmitir ó adquirir *mortis causa*; pero á condición de reciprocidad. Basta esto para comprender por qué en los demás países se está muy distante de la igualdad jurídica entre el ciudadano y el extranjero en lo que se refiere al goce de los derechos civiles sancionados en el Código italiano.

dición de la reciprocidad el reconocimiento de los derechos correspondientes á los extranjeros sobre sus bienes.

Fué este un error funesto que condujo á atacar la personalidad humana en una de sus más justas prerrogativas, en la de poder disponer libremente de la propiedad, que es el complemento natural de dicha personalidad.

No puede justificarse tampoco el sistema que subordinó el reconocimiento de tal derecho á la condición de la reciprocidad, como si el conculcar el derecho de sucesión, que es un verdadero derecho del individuo considerado en sus relaciones jurídicas naturales, pudiera sernos lícito sólo porque en otro Estado se practicara en perjuicio de nuestros conciudadanos.

Por el principio expuesto en la regla primera se consigue que, estando fundado en la misma ley natural el derecho de propiedad, no pueda considerarse el reconocimiento de tal derecho como un efecto de la *comitas gentium*, sino que debe mantenerse y practicarse como un deber de justicia internacional, cuyo cumplimiento no puede suspenderse por interés ni considerarse fundado únicamente en los tratados.

925. Como en otro lugar hemos observado (1), no puede ser ya la *comitas gentium* un criterio exacto para resolver las cuestiones de derecho, y es hoy considerado por la mayor parte de los publicistas como un concepto falaz y arbitrario (2). O la ley que regula ciertos derechos del individuo debe tener un valor extraterritorial, y el admitirla es un deber de justicia y no un acto de benevolencia y de atención, ó no existe realmente el deber jurídico y todo depende de la cortesía, en cuyo caso es completamente inútil sostener discusiones jurídicas, porque no teniendo la cortesía ningún límite jurídico determinado, salimos del campo del derecho y entramos en el del libre albedrío. Tiene razón Mancini al observar que el concepto falaz de la *comitas gentium* fué el principal impedimento para la formación de una doctrina científica del Derecho internacional privado.

926. En cuanto á la segunda regla, creemos oportuno observar que la limitación opuesta á la aplicación de la ley extran-

(1) V. nuestro *Derecho internacional privado*, § 33.—*Efectos de las sentencias civiles*, nota á la pág. 65.

(2) MANCINI en la Memoria citada é inserta en la *Revue de Droit international*, 1875, p. 363 y sig.—LAWRENCE, *Comment.*, t. III, pág. 54.—LAURENT, *Ob. cit.*, t. I, c. IV, núm. 3.—SCHAEFFNER, *Diritto internazionale* (traducido por TENORE, § 30.)

jera, esto es, la que debe derivarse del derecho público de un pueblo, puede parecer indeterminada y vaga, porque siendo el derecho público distinto en los diversos Estados según varían las Constituciones políticas de los mismos, podría suceder que en ciertos casos limitase un Estado la aplicación de la ley extranjera, aduciendo como motivo que se opone á su derecho público.

No negamos que la distinción entre el derecho público y el privado, aun cuando sea bien fundada, no puede siempre hacerse en la práctica con exactitud bastante para clasificar en cada legislación las disposiciones que del uno ó del otro se derivan. En teoría, puede decirse que todas las leyes que tienen por objeto conservar el organismo político, clasificar los poderes públicos y *quod ad statum reipublicae spectat*, constituyen el derecho público del Estado; y las que tienen por objeto proteger las relaciones de los ciudadanos entre sí y sus intereses particulares, *quod ad singulorum utilitatem pertinet*, constituyen el derecho privado; pero, en la práctica, creemos muy exacta la observación de Westlake, propuesta á propósito de esta limitación, por el Instituto internacional: «¿En qué sistema de clasificación deberán buscarse los límites del derecho público para que goce de una autoridad superior á la que tienen las reglas de Derecho internacional privado? ¿Qué leyes constituyen este orden público que no se permitirá que nadie perturbe?» (1).

Es cierto que en el estado actual de las diversas legislaciones sería difícil, si es que no imposible, hallar una fórmula general para determinar estos límites. De cualquier modo, debe notarse que, aun cuando se sancionase hoy la regla por los legisladores, correspondería á la magistratura la tarea de aplicarla, y sería ya un primer paso admitir la aplicación de la ley que regula los derechos del propietario cuando no haya ofensa alguna para el derecho público del pueblo de que se trate. En los casos de duda, podrá suceder que aún subsista la tendencia tradicional de excluir, hasta donde sea posible, la aplicación de la ley extranjera y dé preferencia la magistratura á la ley territorial, declarándola fundada en el orden público y en el derecho político del Estado; pero teniendo en cuenta que aquélla debe motivar su decisión, que la discusión científica iría esclareciendo poco á poco los verdaderos principios relativos á la materia, y que el progreso de las ideas iría modificando constantemente los conceptos de la soberanía absolu-

(1) Observaciones insertas en el *Annuaire del Institut*, 1878, pág. 38.

ta y exclusiva de la ley en cada territorio, pudiera esperarse que con el tiempo llegara á establecerse un derecho consuetudinario uniforme, sobre todo entre los Estados que tienen bases uniformes de constitución política (1).

923. Podrían esclarecerse muchos de los puntos controvertidos, teniendo en cuenta las reglas siguientes. Deberán ser consideradas como leyes de interés general, y, por consiguiente, con autoridad exclusiva en cada territorio, todas las que regulan la posesión y las consecuencias jurídicas de ésta y de las acciones posesorias, ora se trate de cosas inmuebles ó de cosas muebles, para las que el derecho de retención legal y las acciones que pueden derivarse de él deban ser regidas por la ley territorial. Esta misma ley debería regular también las consecuencias legales que puedan derivarse de la posesión prolongada y de la prescripción adquisitiva y la usucapión (2).

Respecto de los derechos reales, deben depender de la ley territorial los establecidos para el uso y la utilidad del predio, y debidos, por consiguiente, á todo poseedor de dicho predio por disposición de la ley ó en consideración á la situación de aquél, como son, por ejemplo, las servidumbres de aguas y de los ríos, las de los límites ó *actio finium regundorum*, las establecidas en interés de la propiedad rural, como son los derechos que se derivan de la medianería (muro, foso, seto, etc.), los relativos al cercado obligatorio de los edificios y de los predios vecinos; los que se derivan de la distancia exigida en algunas construcciones, excavaciones ó plantaciones; los derechos de luces y de vistas, de paso, y algunas otras. En cambio, los derechos reales establecidos por la ley en favor de ciertas personas, como son el usufructo, el uso, la habitación y otros análogos, deberían depender de la ley personal, no de la territorial, porque se derivan de las relaciones personales ó de las relaciones de familia.

En cuanto á los derechos reales dependientes de los actos del hombre, convendría tener en cuenta la sumisión voluntaria de la persona é indagar esta voluntad presunta, y aplicar, ó la ley á que voluntariamente se sometió el individuo al hacer un contrato asu-

(1) Véase nuestro *Derecho internacional privado*.

(2) Pudiera surgir una grave controversia para determinar cuál es la ley que deberá regular la prescripción adquisitiva de las cosas muebles.— Véase á este propósito nuestro *Tratado de Derecho internacional privado*, § 202-204.

miendo obligaciones relativamente á sus bienes, ó aquélla á que debe presumirse que se ha sometido, indagando su intención por la naturaleza de los hechos, por las circunstancias y por las relaciones personales. Por lo que hace á todo aquello sobre que las partes pueden pactar *ad libitum*, la ley tiene un valor supletorio y debe respetarse la voluntad del individuo si hubiese elegido como supletoria una ley extranjera. De aquí que, queriendo respetar la libertad inofensiva de la persona, sea racional aplicar la ley elegida por ésta ó que deba presumirse elegida por las partes, siempre que no se oponga á ninguna disposición de orden público del lugar en que deba aplicarse.

Teniendo en cuenta esta aclaración, debería decirse que no puede admitirse una servidumbre real establecida en virtud de un contrato hecho en un tercer Estado, siempre que esta servidumbre degenera en un servicio personal que sea reconocido lícito por la ley del país en que se creó la servidumbre, pero que sea declarado contrario al orden público en el país en donde el predio se halle ó donde haya de efectuarse.

Podría decirse además, que siendo la ley territorial soberana en todo aquello que determina la condición jurídica de las cosas, debería dicha ley aplicarse exclusivamente para decidir cuáles son las cosas sobre que puede establecerse una servidumbre por un acto del hombre.

Respecto de la hipoteca hemos sostenido siempre que, ya sea establecida por un hecho del hombre ó ya por la ley en interés de ciertas personas, debía tenerse en cuenta la ley á que se sometieron voluntariamente las partes contratantes, ó la llamada á regir las relaciones personales en consideración á las que se haya concedido el derecho de hipoteca para decidir si el causahabiente tiene ó no derecho para pedir la inscripción de la hipoteca; mas en lo que se refiere á hacer luego eficaz ésta, respecto del propietario y de los terceros, de la graduación y otras análogas, debe depender todo de la ley territorial, que, según hemos dicho, ha de considerarse como soberana en todo lo que se refiera á la condición jurídica de las cosas y á las relaciones con las mismas en interés de tercero.

A este propósito conviene observar que en cualquier caso que la ley provea á defender los intereses de tercero, deben considerarse sus disposiciones como de interés general, debiendo, por tanto, prevalecer la ley territorial, siempre que se trate de la eficacia de cualquier hecho jurídico respecto de tercero. Será, pues, necesari-

ria siempre la inscripción para la eficacia de la enajenación respecto á tercero, y la tradición para la válida traslación de dominio, si lo exigiese así la ley del territorio.

En lo que se refiere á la traslación de la propiedad en caso de sucesión, consideramos contrario á los principios dar preferencia á la ley territorial, como en muchos Estados se practica. En este punto, más que en cualquier otro, debería respetarse escrupulosamente la ley personal en todo lo que ésta dispone acerca de la determinación del orden de suceder y de las personas sucesibles, acerca de las reservas y de la cuota disponible, y por último, acerca de la intrínseca validez de los actos de última voluntad. Según en otro lugar demostramos más detenidamente, el derecho de sucesión se halla estrechamente ligado al de familia, y así como el patrimonio representa, como *universitas*, la persona del difunto, no puede la transmisión del mismo depender nada más que de su ley personal, porque el orden de las sucesiones legítimas es una emanación directa del derecho de familia (1).

Conviene, por tanto, observar que, así como el reconocimiento de los derechos de los extranjeros sobre sus bienes no puede considerarse como una graciosa concesión de la ley, sino que se deriva de los rigurosos principios del derecho natural y del derecho de gentes, no debe subordinarse tampoco dicho reconocimiento á condición alguna onerosa, por lo que deberían los Estados civilizados adoptar como regla de derecho internacional la siguiente:

a) Deben ser admitidos los extranjeros á tomar posesión de los bienes que hereden por disposición de su ley personal ó por testamento, sin sujetarlos á condiciones más onerosas que á los ciudadanos del Estado en donde los bienes se hallen, y observando aquéllos las formas establecidas por la ley territorial para los ciudadanos, podrán, sin otro gravamen, tomar posesión de dichos bienes por sí mismos ó por medio de representantes debidamente autorizados que obren en su nombre. No podrá obligárseles á pagar sobre el valor de dichos bienes impuesto alguno más gravoso que el que paguen los ciudadanos del Estado, y podrán enajenarlos libremente, transportar dichos bienes ó el producto de su venta, sin que por tales actos de enajenación ó exportación deban pagar derecho alguno por su cualidad de extranjeros.

Lo mismo en tiempo de paz que en tiempo de guerra, deberá

(1) Véase nuestro mencionado *Tratado de Derecho internacional privado*, lib. II, sec. 3.^a

considerarse contrario á los expresados principios de justicia internacional el crear á los propios ciudadanos una posición privilegiada en cualquier orden de hechos relativos á los bienes existentes en el territorio. Algunos privilegios se derivan efectivamente del falso concepto de que el admitir los extranjeros á ejercitar derechos sobre los bienes existentes en el territorio, es una concepción voluntaria y no obligatoria de la soberanía, por la cual podría ésta imponerle las limitaciones que estimase conveniente á sus intereses, y entre ellas la de no perjudicar á los particulares de sus propios ciudadanos. Toda posición privilegiada debemos considerarla contraria al derecho de gentes.

Como principio general, debería sostenerse que, en cualquier caso que se verificase un concurso entre ciudadanos y extranjeros y se tratase de decidir acerca de los derechos de los mismos y de las razones de preferencia, privilegio, prenda, secuestro, derechos de hipoteca, de reivindicación, retención y otros análogos sobre los bienes muebles ó inmuebles existentes en el territorio, deberían decidirse con arreglo á la ley, que, según los principios del derecho civil internacional, deba regir el derecho adquirido, sin mermar las atribuciones de los extranjeros por favorecer á los nacionales (1).

928. Debemos finalmente notar, respecto de la segunda regla que hemos designado como ley que debe regir los derechos privados del individuo, la del Estado de que es ciudadano, á fin de evitar una equivocación. Los más ardientes defensores de los derechos de nacionalidad desearían que se designase como ley personal la nacionalidad de cada individuo, lo cual sostienen como un homenaje tributado al principio de nacionalidad. Esta fórmula, aceptada por todos los publicistas italianos contemporáneos que proclaman el principio de nacionalidad como fundamento del derecho público internacional, y que defienden la preeminencia del estatuto personal en todas las materias de derecho privado, ha sido

(1) Estos principios hallarán su aplicación en el caso de quiebra y de concurso de acreedores de diversos países en la distribución del activo. La teoría que va adquiriendo mayor crédito, es la de hacer depender los derechos de todos los acreedores de la ley por la cual se adquirieron. Véase nuestro opúsculo *Del fallimento secondo il diritto internazionale*, 1873. Conf. las Actas del segundo Congreso jurídico internacional reunido en Turín en 1880, los principios adoptados como base de un tratado respecto á los efectos internacionales de la quiebra, y CARLE, *Il fallimento nei rapporti internazionali*, Memoria presentada á dicho Congreso y los autores en ella citados.

propuesta al Instituto de Derecho internacional por el más ardiente defensor de las nacionalidades, por Mancini, que la había hecho adoptar en los artículos del nuevo Código italiano de 1865, que tiene, entre los Códigos modernos, el alto mérito de haber sido el primero en fijar disposiciones expresas respecto de la materia tan controvertida de los conflictos entre las leyes de los diversos Estados.

Laurent, en su importante obra *Droit civil international*, defiende calurosamente el principio de nacionalidad en el derecho internacional privado, siendo, á su modo de ver, la nacionalidad el principio de la personalidad (1).

Mucho nos duele tener que separarnos de la escuela italiana, y desearíamos hallar un medio para no hacerlo; pero nos impele á ello, tanto el deseo de tributar un homenaje á ese mismo principio de nacionalidad—cuya importancia política en la constitución de los Estados estimamos en alto grado—cuanto la consideración de que los hechos jurídicos deben tomarse como son, no como deberían ser, y que conviene regularlos con fórmulas exactas y precisas que puedan alejar toda equivocación.

En nuestro sentir, es necesario establecer una línea de demarcación entre las leyes que pueden tener una autoridad extraterritorial y las que deben regir exclusivamente en cada territorio. Puede admitirse la necesidad de dar cierta estabilidad á la personalidad civil de cada individuo y á las relaciones que unen entre sí á los miembros de la misma familia; que el Estado y la capacidad jurídica no deben, por consiguiente, variar según los diversos lugares en que la persona pueda residir; pero no puede admitirse que la ley que debe regular de un modo cierto y permanente el estado de la persona y sus relaciones con la familia, deba ser la de la nación de cada uno, á no ser que se establezca que en el campo del derecho positivo la nación corresponde al Estado de que cada cual es ciudadano. Debemos, sin embargo, observar que esto confundiría la nacionalidad con lo perteneciente al Estado (*coll' appartenenza allo Stato, ó staatsangehörigkeit*).

No queriendo destruir la bella teoría de la nacionalidad, que, repito, ha tenido, y debe tener, una gran importancia en la formación de los Estados, y deseando determinar la ley personal del individuo sin dar lugar á equivocaciones, convendrá hacer depender la unidad y la identidad permanente de la persona civil, ó de

(1) Obra citada, tomo I, cap. VI.

la ley del Estado de que se es ciudadano, ó de la del país en que se tiene domicilio efectivo y estable. No podemos aceptar lo que dice Laurent, esto es, que se reduce á una cuestión de palabras, pues no creemos que lo sea el determinar exactamente la ley que debe regular el derecho privado de la persona. Se trata de dar una suprema norma jurídica para designar la ley personal, y si en vez de darla de manera que pueda determinarse con precisión y exactitud, se adoptan vocablos que no tengan jurídicamente una significación técnica y precisa, y no se llega á eliminar las controversias que puedan suscitarse, ¿querrá decir el eminente publicista que esta es una cuestión de palabras? (1).

Para hacer esto más breve, vamos á investigar si con lo que dice Laurent puede hallarse la regla cierta y segura para determinar el derecho privado del extranjero. «La personalidad, dice, tiende á desempeñar el gran papel en la ciencia del derecho internacional privado. Es necesario, pues, ver cómo se determina y de qué depende. Cuando hablamos en la actualidad de un estatuto personal, es decir, unido á la persona, entendemos que el estatuto varía según la nacionalidad y la raza. En efecto, dependiendo de la nacionalidad el estatuto personal, es necesario, para saber cuál sea éste, averiguar antes cuál sea la nación á que pertenece» (2).

Esta teoría, que está conforme con la de Mancini (3), se ha convertido en Italia en precepto legislativo, en el art. 8.º de nuestro Código civil, que dice: «Las sucesiones legítimas y testamentarias, ya sea en cuanto al orden de suceder, á la cuantía de los de-

(1) *Droit civil international*, tomo I, § 433.—BROCHER, en su importante obra *Droit international privé*, observa con razón que no puede aplicarse el principio de nacionalidad al derecho positivo, sin caer en una completa anarquía. *Intr. hist.*, núm. 14. Sosteniendo LAURENT su hipótesis contra BROCHER, dice, tomo I, pág. 641, § 433: «Si sólo se tratase de una cuestión de palabras, no valdría la pena de detenerse en ella: hay un medio muy sencillo de terminarla, el de emplear la expresión *leyes personales*, dándole un sentido más lato que el que tienen según la tradición.»

Con todo el profundo respeto que nos merece un juríconsulto tan insigne como LAURENT, debemos observar que para terminar la controversia, entendemos que no basta distinguir qué leyes son personales y qué otras son territoriales, sino que es necesario precisar con exactitud cuál es la ley por la que deben determinarse los derechos personales de cada uno. Quizá nos engañemos al contradecir á un tan ilustre maestro, pero sostenemos que se trata de una cuestión vital en el campo del derecho por sus consecuencias para el derecho constitucional. Véase t. I, § 275-276.

(2) Obra citada, tomo I, § 256, pág. 355.

(3) Véase la citada Memoria al Inst., en la *Revue de Droit international*, 1875, pág. 329.

rechos de sucesión ó á la validez intrínseca de las disposiciones, se rigen por la *ley nacional* de la persona de cuya herencia se trata».

929. Ahora bien: ¿de qué modo podrá determinarse cuál sea la ley nacional? Según Laurent, averiguando la nación á que pertenece la persona.

Pero nosotros preguntamos: Cuando la nación no está políticamente constituida, ¿es acaso una entidad jurídica que tenga existencia propia? Las personas de la misma raza que tienen una nacionalidad propia y distinta, ¿tienen también siempre un sistema de leyes reconocidas como suyas propias, como sucedía en tiempo de los bárbaros? (1). Y si esto no se verifica, ¿por qué proclamar una regla que no corresponde al hecho?

Supóngase, en efecto, que se discute ante un Tribunal de nuestro país respecto al orden de suceder de un habitante del Tirol italiano, que actualmente pertenece al Austria, y que queriendo el Tribunal aplicar la máxima sancionada en el art. 8.º de nuestro Código civil, teniendo en cuenta los conceptos emitidos por Mancini y por Laurent acerca de los caracteres nacionales, y reconociendo que aquella persona es italiana por su nacionalidad, aplicase nuestro citado Código en cuanto al orden y medida de los derechos de sucesión. Si á la palabra nación ó nacionalidad debe atribuírse su verdadero significado, el Tribunal habría aplicado rectamente el precepto legal. Sin embargo, nuestro Tribunal Supremo casaría la sentencia, porque el estatuto personal de los súbditos del Imperio austro-húngaro, es la ley austriaca, lo mismo para los de la nacionalidad italiana, que para los Slavos y para los Alemanes. El Tribunal concluiría, que no se había aplicado el estatuto personal porque no lo había sido la ley austriaca, que es la que hoy rige las relaciones personales de aquellos que, aunque

(1) El sistema de las leyes personales independientes de la nacionalidad de cada cual estaba en práctica entre los Bárbaros. El espíritu individualista que caracteriza á los pueblos de raza germánica hizo que cada rama conservase sus propias leyes y costumbres, de modo que los hombres de raza distinta, á pesar de que perteneciesen al mismo imperio, se gobernaban por sus leyes propias. Así el derecho de cada cual era la costumbre de la raza ó de la tribu á que pertenecía, y los Francos tuvieron su ley, que fué la ley Sálica ó Ripuaria, los Longobardos, los Borgoñones y los Sajones tuvieron sus leyes distintas. En aquellos tiempos la ley personal del individuo dependía de la nacionalidad, y era decisivo pertenecer á esta ó á la otra raza para determinar la ley en todas las materias, incluso en la penal. Hoy han variado las cosas, y gentes de diversas razas y nacionalidades se rigen por la misma ley, por la del Estado de que son ciudadanos.

Véase la nota puesta en la página 192 del tomo I.

sean italianos por su nacionalidad, habitan provincias sujetas al Austria. Y lo mismo haría el Tribunal de Casación si se aplicase nuestra ley en cuestiones de derecho privado á los Saboyanos, que hoy son ciudadanos franceses. Ahora bien: ó el Tribunal habría decidido que los Tiroleses italianos no son tales por su nacionalidad y se habría salido del campo jurídico, porque las naciones las ha hecho el mismo Dios, como dice Laurent, ó la Providencia, que da lo mismo, como dice Mancini (1), y nuestro Tribunal habría destruido con su fallo la obra de Dios ó de la Providencia, ó habría que decir que los mismos sostenedores de las nacionalidades destruían sus principios y su propia teoría á fuerza de exagerar la influencia de ésta en el derecho internacional; y la habrían destruido, porque ellos mismos llegaban con su regla á admitir que la nación es el *Estado*, ó sea cierta aglomeración de gentes sometidas á una misma soberanía, lo cual no era ciertamente su pensamiento.

En efecto, puesto que á los Polacos sujetos al Austria debe aplicárseles la ley austriaca y no su legislación nacional, y á los Loreneses la ley prusiana y no la francesa, y á los Franceses, Alemanes ó Italianos que forman la Suiza, deben aplicárseles las leyes de este país, si se dijese que debía hacerse esto, porque aquélla es su ley nacional, puesto que pertenecen á dicha nación, debería deducirse de aquí que la nacionalidad no depende de la raza, sino de pertenecer de hecho á uno ú otro Estado. ¿Y no se llega de este modo á negar la bella teoría de las nacionalidades, que tiene verdadera importancia y continúa siendo todavía un principio político y constitucional de los Estados?

Dice el docto Laurent, que las cosas de este mundo no van siempre como deben, sino como los hombres quieren. Ahora bien; si el derecho positivo debe regular los hechos jurídicos tales como son, no como deberían ser, ¿por qué no llamar las cosas con su

(1) MANCINI ha prestado un gran servicio á la patria sosteniendo en la Cátedra de Turín, después de la derrota de Novara, que teníamos derecho á ser independientes, porque el mismo Dios había hecho de nosotros una nación. Se hizo benemérito de la ciencia y de la civilización comenzando así una propaganda de ideas, que hallaron eco en el corazón de todos los italianos que aspiraban á la independencia. Su disertación *Sobre la nacionalidad*, realizó una verdadera revolución política y una evolución científica en toda Europa. Combatiendo ciertas aplicaciones de un justo principio, no entendemos amenguar en lo más mínimo la importancia de aquél ni la alta estimación en que tenemos á nuestro ilustre maestro, que desde la misma Cátedra en que yo explico, enseñó con tanta doctrina los derechos de la nacionalidad.

propio nombre, y querer hacer sinónimos los términos nacional y ciudadano, nacionalidad y Estado? Para hacer lo que proponen y ser lógicos, debería aceptarse la definición de Field: «Nación es un pueblo que ocupa permanentemente un territorio determinado, que tiene un gobierno común autónomo para la administración de justicia y la conservación del orden interior, y que es capaz de mantener relaciones con todos los demás pueblos».

Aceptada esta definición, sería Suiza una nación, y cuando se hablase de ley personal respecto á los Suizos, sería ésta bien determinada, y significaría ley suiza, que sería la ley nacional de los Franceses, Italianos y Alemanes que hoy forman el pueblo suizo.

Debería además admitirse que puede formarse una nación con gentes de diversas razas que ocupan permanentemente un territorio determinado comprendido en sus fronteras, y que tienen un Gobierno autónomo, que mantenga las relaciones internacionales con todos los demás Gobiernos. ¿Pero á dónde conduciría esto? ¿Cuáles serían las consecuencias para el derecho constitucional?

Cuando se quisiera uno elevar á los principios para demostrar que los Polacos, que hoy están fraccionados, tienen derecho á reunirse y á constituir un Estado autónomo, y que al hacer esto ejercitarían un derecho legítimo y debían ser protegidos por el derecho internacional, que, por interés de la paz y del orden, debe proteger las agregaciones legítimas según el derecho constitucional, no encontraríamos semejante principio, porque lo habríamos destruído nosotros mismos aceptando de hecho la definición de Field. A la legítima petición de los que quisieran reivindicar su derecho, respondería Rusia que las diversas gentes que ocupan el territorio comprendido dentro de sus fronteras forman hoy la nación rusa, porque todos aquellos que están sujetos al Gobierno común del Czar, que mantiene las relaciones internacionales con todos los demás Gobiernos, forman hoy la nacionalidad que él rige.

930. Estas observaciones hechas por nosotros encuentran un valioso apoyo en la doctrina del Instituto de derecho internacional, el cual, reuniendo las lumbreras de la ciencia, tiene la mayor autoridad como corporación científica.

También puede decirse, con razón, que las reglas propuestas por el Instituto, elaboradas después de un maduro estudio y de doctas discusiones, tienen la misma autoridad que el derecho científico, y es de esperar que serán aceptadas por todos los Gobiernos, y se les reconocerá la autoridad de leyes escritas.

Ahora bien; debiendo coordinar el Instituto las reglas propues-

tas por el eminente juriconsulto Mancini, que designó la ley nacional como ley personal, con las demás reglas de Derecho civil internacional, se ha visto obligado á establecer criterios jurídicos para determinar la nacionalidad; y para ser lógico, ha debido proponer ciertas máximas que, si se hubiesen aceptado, destruirían el principio de nacionalidad. ¿Cuáles son, en efecto, los criterios adoptados por el Instituto para determinar la nacionalidad? Todos están informados por la idea de considerar la palabra nacionalidad como sinónima de ciudadanía (1).

Comenzamos por manifestar que, después de haber establecido que el hijo legítimo es ciudadano del Estado á que su padre pertenece, lo cual está conforme con la doctrina tradicional, se dice que la mujer adquiere por el matrimonio la *nacionalidad* del marido; y debemos observar sobre esto, que si los caracteres nacionales son un hecho natural que dependen de la raza, del origen, de la lengua, de la cultura, etc., no pueden perderse éstos *ipso jure ipsoque facto* por el hecho del matrimonio, á no atribuirse á la palabra nacionalidad un significado diverso. Quiriendo llamar las cosas por sus nombres, podríamos nosotros preguntar si la mujer italiana que se casa con un ruso pierde los caracteres nacionales y se convierte, por el matrimonio, en slava ó croata. En nuestro sentir, las conserva, y sólo adquiere la ciudadanía rusa por una libre elección; pero será siempre una mujer italiana por su nacionalidad, y ciudadana rusa, por elección del Estado á que el marido pertenece. Su ley nacional será siempre la ley italiana; pero la que debe regir las relaciones con su marido y las de su familia será la ley rusa. Por esto creemos evidente que, sentado el principio de querer designar la ley personal de cada individuo con el concepto de la nacionalidad, se desnaturaliza este último concepto y se le confunde con el de ciudadanía.

Aun resalta más la verdad de nuestras observaciones, en la siguiente regla, que forma parte de todo el sistema: «No debe presumirse roto el lazo con el país de origen por el solo hecho de la permanencia ó de la naturalización en país extranjero. Sin embargo, si una persona se ha naturalizado en otro país residiendo en él durante cinco años consecutivos sin reservarse expresamente

(1) Las conclusiones del Instituto de Derecho internacional, á que tengo el honor de pertenecer, se comunicaron mediante una circular, y se hallan en el *Annuaire de l'Inst.* de 1878, pág. 34, con sabias observaciones hechas por WESTLAKE.

su nacionalidad anterior, se considera ésta como definitivamente perdida y debe ser reemplazada por la nacionalidad nueva».

A este resultado se llega queriendo ser lógicos. Luego los Saboyanos han perdido la nacionalidad italiana, los Loreneses la francesa, los Polacos la polaca, los Slavos, los Magiares y los Griegos han perdido también definitivamente la suya. Pero si los caracteres nacionales son un hecho natural, ¿cómo pueden haberse perdido en cinco años? ¿Pueden acaso destruirse los hechos naturales que dependen de la raza, de la tradición, de la lengua y de la cultura, que son los que forman el carácter nacional?

A esto conduce la lógica jurídica: á destruir el principio de nacionalidad; y es deplorable que esto lo hayan hecho precisamente aquellos que creían apoyar y defender los derechos de ésta.

Para evitar equivocaciones, creemos indispensable considerar como ley personal la del Estado á que cada cual pertenece. Admitido este principio, es racional que para determinar el Estado á que una persona pertenece, se establezcan ciertas reglas, aceptando nosotros la de cinco años para determinar la ciudadanía, porque con esto no se perjudica en lo más mínimo la teoría de las nacionalidades. Una cosa es, en efecto, la ciudadanía y otra la nacionalidad. Quizá llegará tiempo en que las nacionalidades sean un principio organizador de los Estados, y entonces serán éstos el resultado de las respectivas nacionalidades; pero hasta que eso se realice, si queremos elaborar un derecho positivo aplicable á los hechos jurídicos, hay que tomar éstos como son, no como deberían ser, y formular las reglas jurídicas con arreglo á las condiciones históricas, no según los conceptos ideales y abstractos.

931. Respecto á la tercera regla por nosotros expuesta, nos limitamos aquí á observar que, no siendo obligatorias para los Estados las reglas del Derecho internacional sino mediante el *consensus gentium*, debe reconocerse la evidente utilidad y la necesidad de los tratados (1). Solamente cuando los Estados hayan aceptado las reglas por nosotros expuestas, ú otras mejores que puedan proponerse, y se hayan puesto de acuerdo para considerarlas como obligatorias, podrá esperarse aquella uniformidad del derecho tan encomiada por Savigny, y los Tribunales de los Estados contratantes no podrán por menos de tomar en consideración las reglas adoptadas, y decidirán, según ellas, las cuestiones acerca de la autori-

(1) Véase SOLDAN, *De l'utilité des conventions internationales en matière de droit international privé*.

dad de las leyes relativas á la propiedad y á los derechos que de ella se derivan. Mas, hasta que esto suceda, no podrá esperarse la uniformidad; pues, por más que puedan ser algún día uniformes las conclusiones á que llegue el derecho científico, éstas no podrán convertirse en reglas obligatorias sin el *consensus gentium* (1).

Es cierto que harán siempre una cosa laudable aquellos Gobiernos que sigan las huellas del legislador italiano y formulen las normas generales que han de regular los derechos de los extranjeros; pero estamos muy lejos de esperar que los Estados modifiquen su legislación respectiva mientras conserven tenazmente el precepto tradicional de la privilegiada y arbitraria preponderancia otorgada á la ley territorial, especialmente para todas aquellas relaciones que se derivan de la propiedad inmueble.

Aplicando la regla por nosotros expuesta, esto es, que el derecho privado de cada cual sobre los bienes que le pertenecen, debe ser regulado por la ley del Estado de que es ciudadano, siguese que deberá decidirse, según dicha regla, cómo haya de ejercitar los derechos sobre sus bienes y sobre los que forman parte del patrimonio de la familia, siempre que dicha ley no esté en oposición con el derecho público y con el derecho social territorial. Aplicárase después la ley del Estado extranjero para decidir si el padre de familia debe tener ó no el usufructo legal de los bienes del hijo; si para la administración de los bienes del menor debe instituirse la tutela y la curatela, y cómo deben ejercerse éstas en cuanto concierne á la administración de los bienes y respecto de los actos para que el tutor y el curador estén capacitados sobre los bienes mismos.

Con arreglo á la misma ley, deberá decidirse cuándo los herederos legítimos ó testamentarios pueden provocar una declaración de ausencia, y cuándo podrán obtener la posesión provisional ó definitiva de los bienes del ausente. De igual forma se determinarán los derechos que se derivan de las relaciones de paternidad ó de filiación, ya se trate de hijos legítimos ó legitimados, ya de hijos naturales ó adoptivos. También deberá depender de la misma ley el derecho de la legítima y de la reserva legal, el de limitar las liberalidades llevadas á cabo por actos *inter vivos*, el de pedir la re-

(1) Acerca de la importancia de los tratados, véase la citada Memoria de MANCINI, y á LAURENT, obra citada, tomo I, cap. VII, donde se hallan las noticias acerca de las negociaciones diplomáticas entabladas por el Gobierno italiano para llegar á la conclusión de un tratado, negociaciones iniciadas por la inspiración de MANCINI y confiadas al mismo.

vocación de las donaciones y otros análogos; y en nada obstará el que el estado y la calificación personal de donde dichos derechos sobre los bienes quieran deducirse, sean determinados y regulados de distinto modo por la ley del lugar en que se hallen situados los bienes. En todo caso, deberá observarse esta regla: que el estado de la persona debe ser determinado con arreglo á la ley de la nación de que es ciudadano, y que las condiciones legales del mismo, así determinadas, deben extenderse también á los bienes existentes en otro país, con tal que el *ejercicio de los derechos* no perjudique al derecho público territorial (1).

(1) Las reglas por nosotros expuestas, conducen á esta consecuencia: que todas las leyes relativas á los inmuebles pueden considerarse como leyes reales, y que el elemento de la realidad de la personalidad de las leyes no debe buscarse en el objeto diverso de la ley, según que el objeto inmediato y principal sea la persona ó los bienes, como se había admitido por la mayoría de los jurisconsultos, sino en la naturaleza misma de la ley, según que ésta se dirige especialmente á proteger los intereses públicos, el derecho social ó un interés ó un derecho privado. Ora sea la persona el objeto de la ley, ora lo sean los bienes, no puede considerarse ésta como real, sino cuando su objeto inmediato sea proteger los intereses públicos ó un derecho social.

Esta es la regla fundamental aceptada por el eminente jurisconsulto belga, MR. LAURENT, como base de todo el sistema, en su obra *Droit civil international*. Tenemos una verdadera satisfacción en hallarnos de acuerdo con un hombre tan eminente, y tanto más, cuanto que respecto á los principios fundamentales, no teníamos intención de modificar nada, en lo que se refiere á la teoría expuesta en el cap. VIII de nuestra obra *Nuovo diritto internazionale pubblico*, editada en 1865, teoría desarrollada en el *Derecho internacional privado* en 1869. En esto seguimos la marcha trazada por PESCATORE, que ha sido el primero entre los jurisconsultos italianos en publicar en su *Logica del Diritto*, los más fundamentales principios en oposición con la tradición jurídica. También MANCINI había dictado ya en 1859, lecciones de *Derecho internacional* con arreglo á los principios innovadores y generales.

Entre los reformadores franceses, puede citarse como uno de los más notables á MAHILER DE CHASSAT.

He aquí lo que decimos en nuestra citada obra, págs. 132 y 133:

«.....El derecho particular de cada pueblo no es otra cosa que el desenvolvimiento progresivo del eterno principio del derecho según los usos, costumbres, necesidades y tendencias de la gran masa de los ciudadanos, de modo que las legislaciones privadas de cada nación llevan consigo el uso de las costumbres individuales.

Las leyes particulares sólo pueden aplicarse á los nacionales. A un extranjero residente en un Estado no puede aplicarse el derecho privado de la nación en que se halla, porque en cualquier territorio que resida, no pierde el individuo su nacionalidad, ni cesa de pertenecer á su patria, por cuya razón deben acompañar las leyes privadas á la persona, donde quiera que se halle, como la sombra al cuerpo; y puesto que el derecho de dirigir al ciudadano en su vida privada pertenece exclusivamente al Estado de que es miembro, debe reconocérsele en la gran sociedad universal el uso inofensivo de este derecho...» (y después de probar que el derecho público

No podemos entrar en detalles minuciosos por no vernos obligados á penetrar en el campo de las difíciles y complicadas controversias que surgen cuando se trata de aplicar las reglas. Lo único que nos incumbía era exponer en este lugar los principios fundamentales y las reglas generales que de estos principios se derivan. El estudiar y exponer cómo dichas reglas deben regir los derechos del hombre sobre su patrimonio, corresponde á una ciencia particular que se denomina *Derecho internacional privado* (1).

932. Respecto de la *regla cuarta*, debemos observar que no contiene un precepto, sino un *desideratum* que los Magistrados podrán tener en cuenta sólo en los casos en que, faltando en la propia legislación la regla de derecho, se vean obligados á apelar á deducirla á los principios generales del mismo. Cuando esto suceda, deberán acudir los Tribunales, no á los principios generales del Derecho civil, sino á los del Derecho internacional, por las razones antes indicadas.

933. En lo que se refiere á la última de las reglas propuestas, debemos notar que, según la teoría antigua, tenía su razón de ser la diferencia entre la propiedad mueble y la inmueble. Como todo el sistema se deriva de la precedente tradición feudal, y todo el mecanismo del feudalismo se fundaba en los derechos de la propiedad inmueble, era natural que se diese una gran preponderancia á esta última en lo de mantenerla absolutamente sujeta á la ley territorial; pero como en el sistema por nosotros defendido

es territorial, añadimos: «El derecho de cada Estado á regular la vida privada de sus súbditos, puede ejercitarse en el extranjero, siendo su uso inofensivo, ó sea mientras no se oponga á los principios de derecho público de aquel Estado.

.....El ciudadano, en sus relaciones jurídicas internacionales, puede invocar con razón en cualquier país la aplicación de la ley particular del pueblo que regula su estado y el de su familia, aun respecto de los bienes allí situados, con tal que la aplicación de la ley en el Estado de que ésta no emana, no ataque los intereses políticos y económicos del mismo, ni contradiga los principios que el legislador ha consagrado como leyes de orden público, moral y religioso.....

El estatuto personal acompaña al ciudadano por doquiera, pero la parte de este estatuto que ataque al orden público de la nación en que entra el extranjero no pasa de la frontera.»

Explicados los principios, se halla resumida la nueva ley en los términos siguientes:

«Las leyes civiles de cualquier Estado deben aplicarse en todas partes á las personas y á las cosas que les pertenezcan, siempre que no se opongan al derecho público del Estado en que se apliquen.»

(1) Véase nuestra obra *Der. int. privado*, en la cual hácese aplicación de esta teoría y un especial desarrollo de la misma.

toda la limitación se derivaría del derecho público y del derecho social, en nada influiría que el objeto de la materia del derecho controvertido fuese una cosa mueble ó inmueble. La regla sería siempre la misma, porque la limitación fundada en el derecho público territorial sería respecto de la ley extranjera que regula los derechos sobre los muebles como ésta respecto de aquélla, que regula los que se refieren á los inmuebles (1).

Puede, en efecto, ocurrir también que, aun cuando se trate de regular el ejercicio de un derecho respecto de una cosa mueble, se roce con un interés general, y que esté, por tanto, interesada la soberanía territorial en que no se aplique la ley del propietario de la cosa, á fin de que no se perjudique el derecho social. Así, por ejemplo, la ley que determina la condición jurídica de las cosas, es una ley real, así como aquella que, en interés de la agricultura, declara inmuebles ciertas cosas muebles puestas por el propietario del predio para el servicio ó el cultivo del mismo, como son las mencionadas en el art. 413 de nuestro Código civil, y las anejas á un predio ó á un edificio para permanecer allí de un modo estable, de conformidad con lo que dispone el art. 414 de dicho Código. Lo mismo puede decirse de la ley que asimila ciertos muebles á los inmuebles respecto al derecho que tiene el propietario para gravarlos con hipoteca: tal sucede con el usufructo de los bienes inmuebles y de las rentas sobre el Estado, que, con arreglo al artículo 1.967, pueden ser hipotecados. En estos casos los bienes muebles correspondientes al extranjero no pueden sustraerse á las disposiciones de la ley territorial, siendo la razón siempre la misma, á saber: que la soberanía territorial debe ejercer siempre una acción preponderante sobre las cosas y sobre los hechos jurídicos de cualquier clase, siempre que se halle interesado el derecho social. La que dispone que la posesión es un título, y que regula las acciones posesorias respecto á los muebles; la que determina cómo puede transmitirse el dominio de éstos y los actos de ejecución de que son susceptibles, es una ley real, que excluye la aplicación de la ley del propietario.

El argumento aducido por los jurisconsultos antiguos y modernos de que las cosas muebles deben considerarse como inherentes á la persona del propietario, *mobilia ossibus inhaerent*, sin duda,

(1) Véase nuestro *Der. int. privado*, parte general, § 199, y además nuestra obra *Sulle disposizioni generali del Codice civile italiano*, Nápoles, 1877.

fundándose en la gran facilidad con que el propietario puede transportarlas de un lugar á otro, no tiene un valor decisivo, puesto que el acto mismo con que el propietario procura disponer de la cosa, haciéndola pasar del estado de quietud al de movimiento, dadas ciertas circunstancias, podría ser impedido cuando mediase un interés público que aconsejase la limitación del derecho del propietario para disponer de su cosa. No desconocemos que los casos y motivos en que el derecho social puede hallarse interesado cuando se trate de cosas muebles, son menos frecuentes que respecto de las inmuebles; pero sería un error admitir para unas reglas principios de derecho internacional distintos de los admitidos para las otras. Ya se trate de personas, ya de cosas muebles ó inmuebles, sería un error extender el imperio absoluto de la soberanía territorial á las relaciones jurídicas que no interesan á la sociedad, como lo sería también excluir el predominio absoluto de la soberanía territorial sobre las relaciones jurídicas de cualquier clase, siempre que llegue el caso en que el derecho social se halle en oposición al individual.

CAPÍTULO VII

De los esclavos y de la trata de negros.

934. Objeto de este capítulo.—**935.** No puede haber propiedad sobre el hombre.—**936.** Fundamento de este principio.—**937.** Precedentes históricos.—**938.** El comercio de esclavos es contrario al derecho natural.

934. El derecho de adquirir la propiedad de ciertos objetos puede estar en algunos casos limitado por el Derecho internacional, aun respecto de los particulares, declarando que determinados objetos no son susceptibles de propiedad á pesar de que puedan serlo con arreglo al derecho interior del Estado; después diremos cómo puede extenderse el derecho de propiedad á ciertos objetos especiales en interés general del consorcio internacional.

935. Una de las limitaciones más justas del derecho de propiedad es la que declara que el hombre, cualquiera que sea la raza á que pertenezca, no es susceptible de ser objeto de propiedad.

El derecho internacional moderno proclama, en efecto, como reglas, las siguientes, que están fundadas en el derecho natural:

a) No hay propiedad del hombre sobre el hombre;
b) En ninguna región puede ser lícito el comercio de esclavos, y por consiguiente, las leyes interiores que conceden á los particulares el derecho de comprarlos y venderlos, reconociendo en favor de aquéllos el mismo derecho de propiedad que puede ejercerse sobre los animales domésticos, son nulas ante el Derecho internacional;

c) El mercado de esclavos no puede tener ninguno de los caracteres jurídicos del comercio lícito, y debe declararse prohibido bajo cualquier forma que se practique;

d) El esclavo es libre desde el momento en que ponga el pie en el territorio de un Estado civilizado.

936. Creemos supérfluo demostrar el justo fundamento de

estas limitaciones (1), pues se derivan del derecho natural, y hemos dicho muchas veces que el Derecho internacional debe garantizar los derechos naturales del hombre declarando nulas y de ningún valor las leyes de cualquier Estado que los conculquen, por la suprema razón de que la soberanía de cada Estado no es absoluta, sino que tiene su justa limitación en el derecho natural.

Si hasta los tiempos modernos se ha tolerado la vergüenza de atribuirse un derecho de propiedad sobre los esclavos, ha sido porque el egoísmo, la codicia inmoderada y la avidez de ganancia, que no podía realizarse en tan grande escala en las colonias, sino condenando á aquellos infelices á trabajar como animales, habían sofocado en la conciencia de los mismos pueblos civilizados todo principio de moral y de justicia.

937. No debemos omitir, sin embargo, que la causa de la esclavitud en sus relaciones con el Derecho internacional, fué juzgada en 1814 en el Congreso de París, y en el de Viena en 1815.

En Inglaterra se habían ya hecho algunas tentativas para declarar legalmente prohibida la trata de negros. En 1792 presentóse por Wilberforce un proyecto de ley en este sentido, proyecto que fué renovado en 1794 y 1796 y aprobado por la Cámara de los Comunes; pero no pudo convertirse en ley por haber sido rechazado las tres veces por la Cámara de los Pares. En 1806 votó la Cámara Alta el *bill* para la abolición de la trata, siendo aprobado por la Cámara de los Comunes y convertido en ley en 1807 (2).

Cuando después acordaron las Potencias coaligadas sistematizar las varias cuestiones pendientes después de la Revolución francesa, tomó la misma Inglaterra la iniciativa para que se declarase contraria al derecho de gentes la trata de negros, asociándose Francia á esta declaración. La cuestión fué detenidamente examinada en el Congreso de Viena por las ocho potencias que firma-

(1) Respecto de las reglas propuestas se hallan de acuerdo todos los publicistas.—HEFFTER, § 53.—PHILLIMORE, *Inter. Law*, tomo I, cap. XVIII, § 296.—BLUNTSCHLI, § 360.—DUDLEY-FIELD, § 539.—WOOLSEY, § 138.—CREASY, *Firs platf. of int. Law*, § 262.—COCHIN, *Sur l'abolition de l'esclavage*.—LA GUERONNIERE, *Droit publique de l'Europe*, tomo II, pág. 127.—GABINEAU, en las *Actas* del Instituto de Francia; tomo XC.—Respecto de la esclavitud en el Brasil, VALLON, *Hist. de l'esclavage*.

(2) Véase la importante obra de CAUCHY, *Le Droit maritime international*, etc., donde se encuentran muchos detalles respecto de la trata de negros, tomo I, pág. 409 á 411; tomo II, pág. 228 á 232, y 380 á 384.

Habíanse ya concluido varios tratados para la abolición de la trata: entre Portugal é Inglaterra en 1810; con Suecia en 1813, y con Dinamarca en 1814.

ron el tratado, nombrándose una comisión que propuso varios medios para la abolición de la trata, y sometió á su firma una declaración, por la cual, reconociendo las potencias que la suscribieron que la trata de negros era contraria á los principios de la civilización y de la moral universal, se obligaron á trabajar con gran celo y perseverancia para conseguir la abolición de la trata. Sin fijar un término para su total extinción, reserváronse el derecho de estipular con tal objeto convenios particulares, mediante los cuales establecería cada Estado la época en que debía cesar un comercio tan injusto (1).

A consecuencia de tal compromiso, se celebraron varios convenios para abolir definitivamente la trata negrera (2). Para poner fin á este ilícito comercio, celebróse en Londres un tratado el 20 de Diciembre de 1841 entre Austria, Inglaterra, Francia, Prusia y Rusia, por el que dichas potencias se comprometían á destinar un determinado número de buques de guerra como cruceros para vigilar con reciprocidad los buques mercantes que traficaban en ciertos parajes y someterlos á la visita, á fin de asegurarse de que no estaban destinados á hacer el comercio de negros, en cuyo caso, el comandante del crucero debía acompañar al barco que había hecho ó que estaba destinado á este tráfico prohibido, hasta un puerto en donde residiese una autoridad competente para juzgar á dicho buque, según las reglas establecidas en el mismo tratado (3). Ratificado éste por todas las partes contratantes, excepto Francia, está vigente todavía (4) á pesar de haber dado lugar á vivas discusiones bajo el punto de vista del derecho reconocido en el mismo y del modo de ejercerlo, según antes hemos notado (5).

938. Dejando aparte toda discusión acerca de las medidas

(1) Kock, *Hist. des traités*, tomo XI, pág. 173.—GHILLANY, *Manuel Diplomatique*.

(2) Entre Inglaterra y España el 23 de Septiembre de 1817; Inglaterra y los Países Bajos el 4 de Mayo de 1818; Inglaterra y Suecia el 6 de Noviembre de 1824; Inglaterra y Francia el 30 de Noviembre de 1831, 12 y 22 de Marzo de 1833.

(3) El texto de dicho tratado lo trae ORTOLAN como apéndice á su obra *Diplomatie de la mer*, y también se halla en el libro de MARTENS, *Recueil des traités*.

(4) Por el convenio firmado en Londres el 29 de Marzo de 1879 se ha adherido el Imperio Alemán á dicho tratado, ocupando el puesto de Prusia. El tratado de 1841 sólo ha sido modificado en lo de que las naves prusianas capturadas por un crucero de una de las partes contratantes deberán ser conducidas á Cuxhaten en vez de Stettin, como se hacía antes del convenio.

(5) Véanse los §§ 621 y siguientes de este tomo.

más ó menos eficaces para la abolición de la trata, basta hacer constar aquí que hoy ha concluido por triunfar el derecho de humanidad, y que todos los Estados civilizados de Europa y América han reconocido que es contraria al derecho natural la propiedad del hombre sobre el hombre.

El Derecho internacional no reconoce solamente los derechos de la personalidad en todos los hombres sin distinción entre las diversas razas de la familia humana, sino que considera como una obligación solidaria de todos los Estados civilizados hacer todo lo posible para llegar á la completa abolición de la esclavitud, por lo que todos los esfuerzos de la diplomacia y la cooperación de los filántropos, que tienden á hacer abolir el comercio de los esclavos en aquellos países en que todavía se tolera, son protegidos por el Derecho internacional (1).

Corresponde, pues, á los Estados civilizados poner su propia legislación en armonía con el derecho internacional, y no sólo prohibir en su territorio la esclavitud y todas las consecuencias que pudieran derivarse del comercio de esclavos practicado en otro punto (2), sino también castigar á los buques que se presten á ha-

(1) La cuestión de la esclavitud en las colonias españolas se ha resuelto en sentido favorable á la libertad para Puerto Rico, gracias á los esfuerzos hechos por los liberales de aquella nación, que han organizado una Sociedad abolicionista. Consideramos como beneméritos de la civilización á aquellos que pertenecen á la *Sociedad abolicionista española*, á cuyas expensas se han publicado varios volúmenes bajo el título de *Conferencias antiesclavistas*. El más benemérito de todos es sin duda el infatigable diputado por aquellas colonias, D. Rafael María de Labra, que ha sostenido con mucho entusiasmo la emancipación de los esclavos, y que además de los discursos pronunciados y reunidos en un tomo titulado *Una campaña parlamentaria*, publicó en servicio de la causa abolicionista en 1874 un libro titulado *La abolición de la esclavitud en el orden económico*.

La abolición de la esclavitud encontró menos obstáculos para Puerto Rico que para la isla de Cuba. Los primeros pasos dados para abolirla en dicha isla, fueron la ley de 4 de Junio de 1870, llegando á ser la abolición un hecho por la ley de 22 de Marzo de 1873. En Cuba se encontraron más serias dificultades; pero la ley de 13 de Febrero de 1880 ha hecho desaparecer también la esclavitud de aquella isla.

(2) La esclavitud ha sido abolida en nuestros días hasta en Rusia, y ya no se conserva en Europa sino entre los Turcos. También en América ha penetrado el derecho humanitario de Europa, habiéndose pronunciado contra la esclavitud los Estados Unidos Anglo-americanos, y obligado á los recalcitrantes á conceder la libertad á los hombres de color. En California y en la Luisiana se ha consagrado la abolición en las nuevas leyes constitucionales votadas el 7 de Mayo y en Diciembre de 1879. En el Brasil se echaron las bases legales de la libertad de los esclavos con la ley de 1871, y hoy se tiende á la completa abolición de la esclavitud, prohibiendo con severísimas penas el comercio de los esclavos. Una proposición de ley en

cer este comercio, aun en aquellas regiones donde sea permitido.

En nuestro tiempo, la conformidad en que se encuentran todos los Estados civilizados para la abolición de la trata de negros ha sido solemnemente confirmada en la declaración hecha por las Potencias que suscribieron el acta general de la conferencia de Berlín relativa al desarrollo del comercio y de la civilización en los países de Africa el 26 de Febrero de 1881.

La Asociación internacional del Congo, había sido ya reconocida por casi todos los Estados en consideración á su misión civilizadora y había contraído formal compromiso con todos los Estados que lo reconocieron de adoptar todos los medios y hacer todos los esfuerzos posibles para impedir la trata de negros y suprimir la esclavitud (1).

Las Potencias reunidas poco después en la conferencia de Berlín hicieron las siguientes declaraciones, acerca de esta trata y de las operaciones que son necesarias hacer en la tierra y el mar para sostener el comercio de esclavos.

este sentido que ha presentado el Diputado Camargo en 12 de Febrero de 1879, ha sido muy bien acogida por la opinión pública. Solo en ciertas partes de Asia y del Africa Central, existe en pleno vigor la esclavitud y el comercio de los esclavos; pero debemos esperar que multiplicándose las relaciones de esos pueblos bárbaros ó semibárbaros con los europeos, concluirán por triunfar los esfuerzos de los filántropos á fin de que quede abolida en todo el mundo tan bárbara costumbre.

Debemos consignar además que Inglaterra, que ya había concluido un tratado con Madagascar en 1865 para reprimir el comercio de esclavos, ha firmado otro con Egipto el 4 de Agosto de 1877, en el que acordaron ambos Gobiernos concederse la reciprocidad de visitar los buques negreros para hacer más eficaz la represión de la trata en el mar Rojo, y que los negros ó Abisinios capturados por un buque británico sobre uno egipcio, quedarían á disposición del Gobierno británico, el cual tendría derecho á darles la libertad.

En la legislación italiana se castiga la trata de negros con severísimas penas por el Código de la Marina mercante, arts. 335 á 345, reputándose cometido el delito de trata siempre que un esclavo sea considerado como tal á bordo de un buque nuestro (art. 337) (a).

(1) Véase el art. 11 del convenio celebrado el 19 de Diciembre de 1884 entre Italia y la Asociación internacional del Congo, en el que fué reconocida por Austria Hungría, Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania, Inglaterra, Países Bajos, Portugal, Rusia, España, Estados Unidos de América, Suecia y Noruega (*Collezione dei trattati e convenzioni tra l'Italia e gli altri Stati*, tomo X, pág. 295, y *Continuation du grand recueil de traités de G. Fr. de Martens*, por JULES HOFF, segunda serie, tomo X).

(a) En el reciente Código penal sancionado en el Reino de Italia (posterior á la fecha en que se publicó la edición que traducimos) se han consignado en un artículo (el 145) las durísimas penas (de 12 á 20 años de reclusión) con que será castigado el que reduzca á una persona á la esclavitud ó á una condición análoga. (N. del T.)

«De conformidad con los principios de derecho internacional tal como son reconocidos por las potencias signatarias, la trata de los esclavos debe considerarse prohibida y deben ser igualmente tenidas como vedadas todas las operaciones que en la tierra ó el mar vayan encaminadas al suministro de esclavos. Las Potencias que ejerzan derecho de soberanía ó influencia sobre un territorio, no podrán servirse de ella para hacer el comercio de esclavos, cualquiera que sea la raza á que pertenezcan. Cada una de las Potencias se compromete formalmente á adoptar todos los medios de que pueda disponer para hacer cesar el comercio de esclavos y castigar á todos aquellos que á él se consagran» (1).

Debemos sin embargo hacer notar que el Gobierno italiano, á fin de hacer eficaz este compromiso, en Acta de 21 de Diciembre de 1885, hizo expresa adhesión al convenio (para la supresión de la trata de esclavos), celebrado entre Egipto y la Gran Bretaña en 4 de Agosto de 1879 y por Decreto de 13 de Mayo de 1886, hizo extensivo á todo el territorio de la colonia de Assab y sus dependencias, la prohibición del tráfico negrero, calificando como reo de secuestro (*grassazione*) á cualquiera que directa ó indirectamente interviniera en el mismo.

(1) Véase el Acta de la conferencia de Berlín de 26 de Febrero de 1881 suscripta por Austria Hungría, Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania, Inglaterra, Italia, Países Bajos y Luxemburgo, Portugal, Rusia, España, Estados Unidos de América, Suecia y Noruega y Turquía.

CAPÍTULO VIII

De la propiedad literaria y artística.

939. Protección internacional del derecho de los autores.—**940.** Principios generales.—**941.** Reglas.—**942.** Extensión de la protección debida.—**943.** Reglas.—**944.** Si debe extenderse la protección más bien que restringirse.—**945.** Regla.—**946.** Efecto retroactivo del derecho convencional.—**947.** Reglas.—**948.** Las contravenciones deben evaluarse con arreglo a las leyes locales.—**949.** Condiciones exigidas para adquirir el derecho.—**950.** Regla.—**951.** Duración de la protección.—**952.** Venta de las obras falsificadas.—**953.** Traducción y extracto.—**954.** Regla.

939. Es una justa y necesaria extensión del derecho de propiedad sobre ciertos objetos especiales el relativo á la apropiación de los descubrimientos, de las invenciones y de los productos de la inteligencia, considerando como tales las obras de dibujo, de pintura, grabado, escultura, arquitectura y música.

Recordando las reglas dadas anteriormente (1), agregaremos aquí que, en la actualidad, se reconoce la evidente utilidad de formar una legislación, que sancione sobre bases uniformes el principio del reconocimiento internacional de la propiedad de dichos objetos y hacer que se adopte después dicha legislación por todos los Estados civilizados. Hasta que esto se verifique, si la prudencia política permite subordinar al de la justicia el reconocimiento del principio de reciprocidad declarado por leyes ó estipulado mediante tratados, es para nosotros evidente que los Estados que quieran respetar verdaderamente los supremos principios del derecho, deberán colocar á los extranjeros en las mismas condiciones que á los nacionales, concediendo á todos las mismas garantías y la misma protección independientemente de la reciprocidad y de los tratados.

(1) Véase el § 692 en este tomo.

940. Los principios que, según las reglas generales del derecho entre los Estados, deberían regular la protección de las obras del ingenio humano en cuanto concierne á la naturaleza de las mismas, á las que convendría asegurar dicha protección, á la extensión de ésta y á las condiciones con que debería concederse, pueden resumirse en estos términos.

Dejemos aparte, bajo el punto de vista jurídico, la cuestión de si la naturaleza del derecho que corresponde al autor de una obra de arte sobre su producción, es un verdadero derecho de propiedad, ó un derecho á la recompensa por el servicio prestado (1). Este punto ha sido ampliamente debatido, y aún continúa acalorada la discusión; pero, á nosotros no nos interesa dilucidar si el derecho del autor es un verdadero derecho de propiedad ordinaria, ó un derecho de propiedad especial, *sui generis*, creado por la ley; basta el hecho de que en todas las legislaciones se reconozca la propiedad literaria y artística, y que bajo esta denominación se comprendan los derechos correspondientes á los autores de obras de arte y sean protegidos por la ley.

Hemos demostrado anteriormente que los derechos particulares que disfruta cada hombre en la sociedad civil, deben ser reconocidos en la sociedad internacional, siempre que no se hallen en oposición con el derecho territorial. Decimos en otro lugar que el equiparar los extranjeros á los nacionales en el goce de los derechos privados es conforme á la equidad y á la justicia. De tales premisas se sigue que la protección que, según el Derecho internacional, se debe á las obras extranjeras, debería extenderse á to-

(1) Algunos sostienen, en efecto, que la propiedad más sagrada y la más pura de todas es la que tiene su origen en el trabajo. Dicen otros que las ideas son patrimonio común de la humanidad y producto del genio, no del trabajo, y que no pueden, por tanto, ser confiscadas en provecho de uno solo. Esta controversia tiene, sin embargo, cierta importancia en sus relaciones con las leyes particulares de cada Estado, para decidir si los atentados á tales derechos deben asimilarse á los cometidos contra la propiedad de derecho común, y debe ó no ser ilimitado en su duración, si las reproducciones ó falsificaciones son punibles como delitos por la ley penal, etc., etc.; pero esto no interesa al derecho internacional. Todos convienen en que allí hay un derecho que la ley civil debe regular y proteger, y esto basta.

Véanse las actas de los Congresos más recientes: de Bruselas, 1858; *Congrès de la propriété littéraire*; FOUCHER, *Annales de la propriété littéraire*, 1858. *Congrès de la propriété littéraire*; *id. de la propriété industrielle*; *id. de la propriété artistique tenu à Paris, pendant l'Exposition Universelle en 1878*.

das las obras del ingenio humano, cualquiera que fuese la forma de su manifestación, y por consiguiente, á todas las obras científicas ó literarias y á las obras artísticas, sobre las que la ley territorial concediese este beneficio á los ciudadanos del Estado.

941. A dichas obras deberían aplicarse las siguientes reglas de Derecho internacional:

a) Los autores de obras científicas, literarias y artísticas, ó sus causahabientes, se asimilarán en cada Estado á los ciudadanos en lo que se refiere al goce y ejercicio de los derechos de propiedad literaria y artística, sin condición de reciprocidad legal ó diplomática (1);

b) Gozarán de los mismos beneficios de que disfruten los nacionales para hacer valer sus derechos ante los Tribunales y pedir y obtener la protección de la ley territorial contra la reproducción, la representación ó la ejecución de sus obras, bajo las condiciones que después indicaremos.

942. Para determinar á qué obras debe extenderse en particular la protección indicada en las reglas expuestas, pueden surgir en la práctica dificultades, en el supuesto de que en los dos Estados fuese diversa la ley que reconozca y que regule dicho derecho de propiedad. Podía dudarse, por ejemplo, si esta protección debía extenderse ó no á los productos fotográficos (á aquéllos que hayan sido hechos por el fotógrafo por su propia cuenta, y que sean trabajos originales), como podría también dudarse si debía extenderse á las reproducciones hechas por la litografía ó por otros medios mecánicos, si los derechos correspondientes á los autores de estas obras no estuviesen garantidos por las leyes de su país.

Para evitar toda cuestión, convendría que los Estados se pusiesen de acuerdo en someter á una ley uniforme la propiedad literaria, industrial ó artística, y que esta ley adoptase en principio las reglas proclamadas en los Congresos relativos á esta materia.

(1) Esta máxima fué adoptada en el Congreso celebrado en París durante la Exposición internacional. Hállase indirectamente sancionada por el decreto de 28 de Marzo de 1852 publicado en Francia, cuyo art. 1.º dispone lo siguiente: «La falsificación hecha en territorio francés de obras publicadas en el extranjero y mencionadas en el art. 425 del Código penal, constituye un delito.»

En este decreto están incluidas todas las obras del ingenio: las científicas, las literarias y las artísticas, y no habiendo hecho el legislador distinción alguna de que el autor fuese francés ó extranjero, dicha disposición asimila éste á aquél para la protección debida por la ley. (Véanse las observaciones hechas á este decreto por el profesor RENAULT, *De la propriété littéraire au point de vue international.*)

Hasta que se lleve á cabo esta ley es necesario tener en cuenta los convenios existentes entre los Estados (1), y referirse á ellos, aplicándolos con arreglo á los principios generales del derecho reconocidos en la ley ó en la jurisprudencia del país en que surja la controversia. A falta de estos convenios, convendrá aplicar la ley territorial, si hubiese sancionado en este punto la igualdad de los extranjeros y de los nacionales, ó si esto pudiera deducirse de los principios generales de derecho consagrados en la legislación ó en la jurisprudencia.

Si existiese entre ambos Estados un convenio que consagrara el principio de la reciprocidad diplomática, ó si la ley asimilase el extranjero al nacional sin condición de reciprocidad, entiéndese que el autor no podrá ser admitido á hacer valer sus derechos de propiedad sino sobre aquellas obras que lo hubiese adquirido en el país en que publicó el libro.

943. Proponemos, por tanto, como regla:

a) Los autores de obras científicas, literarias ó artísticas, ó sus causahabientes, no podrán ser admitidos á hacer valer sus derechos de propiedad en otro país, sin haber justificado tener adquirido tal derecho en el país en que se publicó su obra, ó en aquel en que pide la aplicación de la ley.

Conviene advertir además, que si la ley territorial no admitiese á los nacionales á hacer valer derecho alguno de propiedad sobre la clase de obras de que se trate, no podrá ser admitido el extranjero, á pesar de que dispusiese lo contrario la ley del país en que se publicó la obra.

Convendrá, pues, agregar á dicha regla la siguiente:

b) No se reconocerá derecho alguno de propiedad adquirido con arreglo á la ley del país en que se publicó la obra, cuando el mencionado derecho no esté admitido por la ley territorial en favor de los ciudadanos.

944. En los casos controvertidos, deberá prevalecer la regla de ampliar la protección á las obras más bien que la de res-

(1) Para el derecho convencional vigente en Italia, debemos referirnos á las convenciones estipuladas: con Austria el 22 de Mayo de 1840; con Bélgica el 24 de Noviembre de 1859; con Francia el 9 de Julio de 1884; con Alemania el 20 de Junio de 1884; con Baden el 24 de Mayo de 1870 y 3 de Septiembre del mismo año; con Baviera el 28 de Junio de 1870; con el Gran Ducado de Hesse el 3 de Mayo de 1870; con España el 28 de Junio de 1880; con Suecia y Noruega el 9 de Octubre de 1884. Por lo que se refiere á Suiza, véase el art. 14 del tratado de comercio de 22 de Marzo de 1883; con Wurtemberg el 28 de Junio de 1870, y con Inglaterra el 30 de Noviembre de 1860.

tringirla. En el supuesto de que la ley territorial dispusiese que debe concederse á los extranjeros la protección de la propiedad artística, ó que un tratado vigente la reconociese mediante la reciprocidad, pero que ni en el tratado ni en la ley se resolviese la duda de si las obras fotográficas ó galvanoplásticas, por ejemplo, están ó no comprendidas entre las que la ley protege, la parte interesada podrá pedir siempre la protección con arreglo á la ley ó al tratado, sosteniendo que dichos trabajos deben estar comprendidos entre las obras artísticas, y que deben aplicarse á ellos las mismas reglas que á esta clase de propiedad, y los Tribunales deberán inclinarse á aplicar con interpretación extensiva la ley de la protección más bien que á restringirla (1).

945. Deseando proponer una regla acerca de este punto, la formulamos del modo siguiente:

a) La protección que haya de concederse á las obras extranjeras deberá comprender todas las científicas, literarias y artísticas, esto es, los libros, las obras dramáticas, composiciones musicales, dibujos, pinturas, esculturas, grabados, litografías, fotografías, cartas ó mapas, planos y diseños científicos, y cualquier otra producción científica, literaria ó artística que pueda publicarse por los varios sistemas de impresión y por todos los medios de reproducción hoy conocidos ó que puedan inventarse en el porvenir, siempre que dichas obras bajo cierto aspecto y en cierto grado sean

(1) La cuestión se presentó en Francia con motivo de un retrato fotográfico del Conde de Cavour hecho por los fotógrafos Mayer y Pierson, y reproducido por un tal Betbeder. No habiendo en Francia ley alguna respecto á los productos fotográficos, se discutió acerca de si el retrato obtenido por este medio podía ser considerado como una propiedad artística. El Tribunal de París sostuvo la afirmativa en su sentencia de 10 de Abril de 1862, fundándose en las siguientes consideraciones:

«Considerando que los retratos fotográficos no deben mirarse en todos los casos como desprovistos de carácter artístico, ni colocados en el número de los trabajos puramente materiales; que estos retratos, aunque obtenidos con el auxilio de la *cámara obscura* y de la luz, pueden, hasta cierto punto, ser producto del pensamiento, del ingenio, del gusto y de la inteligencia del fotógrafo; que su perfección, independientemente de la habilidad del trabajo, depende, en gran parte, de la reproducción de los paisajes, de la elección del punto de vista, de la combinación de los efectos de la luz y de la sombra, y además, en lo que se refiere á los retratos, de la postura del sujeto, del arreglo de los vestidos y demás accesorios, cosas todas propias del sentimiento artístico y que dan al trabajo del fotógrafo un sello especial y característico.

Considerando que el retrato del Conde de Cavour puede, bajo estos diversos aspectos, tenerse por una producción artística... etc.»

El Tribunal de casación francés no admitió el recurso interpuesto.

susceptibles de ser consideradas como producto del pensamiento, del gusto, del ingenio y de la inteligencia de su autor.

946. Respecto á la extensión que haya de darse á la protección internacional de la propiedad literaria ó artística, podrá surgir una duda acerca de su aplicación á las obras publicadas con anterioridad á la fecha en que la protección se haya admitido ó concedido.

En cuanto á esto, debemos observar que, cuando el principio de la protección de la propiedad literaria, científica ó artística fuese sancionado por una ley general entre ciertos Estados, que cada cual de ellos hiciese esto mediante leyes propias sin condición de reciprocidad, ó que se hubiese convenido entre dos Estados mediante un tratado, produciría el principio todos sus efectos tal como se hubiese sancionado por la ley ó por el tratado, aun para las obras publicadas antes de la promulgación de la ley ó de la conclusión del tratado, sin que sirviera en este caso decir que, no estando reconocidas como propiedad de su autor, por la falta de una ley especial ó de un tratado, las obras publicadas anteriormente deberían considerarse como de dominio público. No; éstas no estarían fuera de la protección sancionada por la ley y por el tratado, puesto que, como una y otro no habrían hecho más que sancionar la garantía del derecho correspondiente al autor sobre las mencionadas obras, se debería atribuir á la ley ó al tratado autoridad ó efecto retroactivos. Decimos esto, no ya en el sentido de que puedan aplicarse las acciones penales á los hechos de reproducción ó falsificación verificados antes de la promulgación de la ley ó del tratado, sino en el sentido de que deberían éstos aplicarse á los hechos posteriores aunque estos hubieran tenido por objeto obras publicadas antes de la ley ó del tratado que garantiza su propiedad.

La violación anterior, aunque ilícita, no es un hecho delictuoso porque faltaba en la ley ó en el tratado la sanción de la protección del derecho violado, pero lo serían todas aquellas falsificaciones y reproducciones que se hubiesen hecho después de entrar en vigor la ley ó el tratado correspondiente (1).

(1) El principio de la retroactividad del tratado relativo á la materia de que nos ocupamos fué reconocido en los Congresos celebrados en París en 1878. Sin embargo, en algunos convenios concluidos recientemente, no se ha admitido que el tratado pueda tener efecto respecto de los actos anteriores al mismo. En el tratado entre Italia y España de 28 de Junio de 1880, se convino que las disposiciones del tratado sólo serían aplicables á las obras publicadas después de puesto en vigor el mismo (art. 7.º)

947. Proponemos, pues, la siguiente regla:

a) Sancionado por una ley ó tratado el principio de la propiedad internacional de las obras de la inteligencia, se aplicarán las disposiciones legislativas ó los tratados especiales á todos los actos posteriores, aun cuando sean relativos á obras para las que no estaba reconocido el derecho de propiedad en tiempo de su publicación.

948. La segunda duda podría originarse de la naturaleza de los hechos que pudieran motivar la aplicación de la ley ó del tratado. Respecto de este punto es necesario reconocer la preeminencia de cada ley territorial. De aquí que cuando surgiese la discusión sobre si se podía ó no considerar como verificada la reproducción, la falsificación ó la contravención indicada por la ley ó por el tratado, debería cada Estado aplicar su propia ley territorial, juzgando la contravención con arreglo á las mismas prescripciones que si se hubiese cometido en perjuicio de una obra ó de una producción de origen nacional. Proponemos, pues, respecto de esto, la siguiente regla:

a) Cada Estado aplicará sus leyes propias para determinar los caracteres de la falsificación ó de cualquier otra contravención, é impondrá, con arreglo á sus propias disposiciones de competencia y de procedimiento, las penas determinadas por la ley, como si la contravención se hubiese cometido en perjuicio de una obra publicada en el país.

Podrá suceder que se haya convenido entre los Estados equiparar el extranjero al ciudadano respecto de la ley de propiedad literaria y artística, y que surja la duda de si dicha ley puede aplicarse á una reproducción que no se considere como contravención á los derechos de propiedad del autor en el país en que la obra hubiese tenido su origen. En este caso, si el autor de la obra hubiese llenado las formalidades exigidas por la ley territorial para establecer su derecho de propiedad, podrán invocarse las garantías legales, en caso de contravención, para los hechos consumados en aquel país, puesto que, perteneciendo el derecho de propiedad al autor de la obra y garantizado aquél por la ley, las violaciones de este derecho deben ser punibles, aun cuando el propietario sea extranjero; debiendo, por tanto, consignarse, que, cuando un extranjero de un país con el que se haya hecho un tratado sobre las bases susodichas hubiese establecido su derecho de propiedad con las formalidades exigidas por la ley territorial, los atentados á dicho derecho serían ilícitos y punibles por esta ley, aun

cuando no se considerasen tales en el país donde tuvo su origen la obra.

Esta máxima tendría su aplicación en el caso de representación de obras musicales ó dramáticas. Respecto de éstas, no sólo cabría prohibir la reproducción como en las demás obras literarias, sino que podría impedirse su representación y su ejecución en público. Es de notar que no todas las leyes están de acuerdo en considerar como una contravención el hecho del que manda ejecutar en un espectáculo público sin el permiso del autor una obra determinada. Esto no obstante, si la ley territorial admitiese el derecho de propiedad hasta el punto de no poderse representar ó ejecutar en público una obra dada sin el permiso correspondiente, como sucede con la ley italiana (1), un extranjero, natural de un país con el que Italia tuviese un tratado que estipulase sin reservas el hecho de equiparar al extranjero con el nacional en el ejercicio de los derechos de propiedad literaria y artística, pudiera pedir, sin otras condiciones, la aplicación de nuestra ley, siempre que hubiese asegurado su derecho con las formalidades prescritas entre nosotros, aun para impedir la representación ó ejecución en público de una obra suya sin su previo consentimiento, aun dada la hipótesis de que, según la ley de su país, no se le reconociese su derecho hasta el punto de impedir la representación ó la ejecución de su obra.

Respecto á los extranjeros con cuyo país hubiese Italia concluido un tratado *ad hoc*, deberían ejercitarse de oficio las acciones penales para proteger los derechos de autor, de conformidad con lo que disponen nuestras leyes respecto de los italianos.

949. En lo que se refiere á las condiciones exigidas para la defensa de los derechos del autor, en el caso en que no estén determinadas por una ley internacional, es necesario referirse á los tratados existentes; y así como es siempre potestativo en las partes contratantes derogar con una ley particular (como es un convenio) la ley general, así deberá decidirse con arreglo al tratado, si para gozar la protección internacional es suficiente justificar de cualquier modo el derecho de propiedad, ó si es necesario asegu-

(1) Véase la ley de 18 de Mayo de 1882, que dispone que faltando el consentimiento del autor, que debe probarse por escrito, la autoridad administrativa deberá prohibir que se represente ó ejecute una obra en público, y que las acciones penales para proteger los derechos del autor deberán ejercitarse por el Ministerio público.

rarlo con arreglo á las formalidades prescritas en ambos países contratantes ó solamente en uno de ellos.

Como cuestión de regla entendemos nosotros que, para poder invocar la tutela de los derechos del autor, debe establecerse en cierto modo este derecho, observando ciertas formalidades determinadas por la ley para hacerlo eficaz respecto de los terceros, y para fijar también el momento en que pueda decirse que el derecho ha nacido y se ha personificado. Creemos que para asegurar el derecho propio no debe ser suficiente probarlo, sino que deberá exigirse, con tal objeto, que se llenen todas las formalidades exigidas por la ley para adquirir la propiedad literaria y artística, si para ello se exigieran algunas (1).

De cualquier modo, debe admitirse que cada legislador pueda determinar las formalidades necesarias para adquirir el derecho de propiedad literaria y artística, y subordinar el reconocimiento internacional de este mismo derecho á otras formalidades; siendo evidente al mismo tiempo que el autor no podrá invocar la protección internacional de su derecho, sino conformándose á lo dispuesto por la ley y por el tratado.

950. Proponemos, pues, la siguiente regla:

a) El autor de una obra intelectual deberá hacer pública su producción y asegurar su derecho de propiedad observando las formalidades exigidas por la ley y por el tratado. Faltando á éstas, si otro produjese originalmente la misma cosa y la hiciese pública, observando las formalidades para asegurar su derecho, adquiriría los de autor respecto de dicha producción.

951. En lo que se refiere á la duración de la protección internacional de los derechos de autor, conviene considerar que no podrá garantizarse á un autor extranjero derecho alguno de propiedad literaria ó artística por un período de tiempo mayor que el designado para los nacionales. Aun cuando se quisiera considerar las obras extranjeras como si fuesen publicadas en el Estado, resultaría que no podría extenderse la protección más tiempo que el concedido á los propios ciudadanos.

Considerando, además, que aun cuando la obra se publicase en el extranjero, todo se reduciría á conceder la protección inter-

(1) En el Congreso de París de 1878 se adoptó el siguiente principio: «El autor de una obra de arte no debe estar obligado á llenar formalidad alguna para asegurar su derecho.»

nacional á los derechos que disfrutase el autor en el país en que la obra original se hubiese publicado, es evidente que si la protección ha terminado en el país donde tuvo origen, deberá considerarse extinguido en los demás todo derecho de propiedad (1).

Proponemos, para esto, las siguientes reglas:

a) La tutela de los derechos de autor no podrá durar más tiempo que el establecido por la ley del país en que la obra original se hubiese publicado;

b) En todo caso, no podrá tener en otro Estado una duración mayor que la concedida á los autores nacionales de obras;

c) Puede, sin embargo, convenirse, mediante un pacto expreso, que observando las formalidades prescritas por la ley territorial, podrá gozar el autor en el otro Estado del derecho de propiedad con arreglo á la ley local, como si la obra se hubiese publicado originariamente en aquel país.

952. En lo que se refiere á la venta de las obras reproducidas, si se hubiese arreglado por un tratado, convendría atenerse á cuanto en el mismo se hubiere dispuesto. Faltando una disposición especial, deberá considerarse como ilícita y punible la venta de las obras reproducidas ó falsificadas después de la conclusión del tratado; pero no puede decirse lo mismo respecto á las publicadas anteriormente, cuya venta no podrá prohibirse (2) en consideración á que, no pudiendo tenerse como ilícito el haberse reproducido cuando no estaba prohibido hacerlo, no puede, por con-

(1) Respecto á la duración del derecho de propiedad, son muy diversas las disposiciones de los diferentes Estados. En Francia, según la ley del 14 de Julio de 1866, la duración de los derechos del autor se fija por toda la vida del mismo, y cincuenta años después de su muerte, á sus herederos. La ley de Dinamarca de 1867, á la vida del autor y treinta años después de su muerte, y lo mismo la ley austriaca de 1846. En los Estados Unidos, la ley de 8 de Junio de 1870 limita el derecho del autor á veintiocho años, con facultad de prolongarla otros catorce. La ley de Méjico de 1871 reserva los derechos de propiedad al autor y á sus causahabientes á perpetuidad.

Véase AMARI, *Dei diritti degli autori di opere dell'ingegno y Dei diritti degli artisti in Italia e all'estero*, del mismo autor.

Conf. RENAULT, *De la propriété littéraire et artistique au point de vue international*.

(2) En el tratado para la garantía de la propiedad literaria entre Italia, Baviera y Wurtemberg, se dispone en el art. 10: «La venta y la exposición, dentro del territorio de las Partes contratantes, de obras y objetos reproducidos sin autorización, especificados en los arts. 1.º, 4.º, 5.º y 6.º, son punibles, ya procedan de dichos Estados ó de cualquier otro país extranjero.»

siguiente, considerarse tampoco como punible el hecho de comerciar con ellas.

953. Respecto á la traducción, imitación y extracto ó reducción de una obra musical, admitido el principio de la tutela del derecho, debería extenderse, por razón de equidad, á reconocer en favor del autor el derecho exclusivo para autorizarlas; pero no podría admitirse dicho derecho si no hubiese en la ley interior una disposición *ad hoc*, ó se hubiese acordado la reserva bajo ciertas condiciones de reciprocidad en el tratado.

Faltando ambas cosas, no puede decirse que, admitido el principio de la protección legal de dicha propiedad literaria, deba considerarse comprendido en el principio mismo el derecho de prohibición correspondiente al autor respecto de la traducción; pues siendo ésta una operación que exige trabajo intelectual, debe considerarse la protección como admitida en principio á favor del traductor, al cual no podrá negarse el derecho de propiedad sobre la traducción hecha por él; pero no deberá considerarse concedida al autor de la obra misma en el sentido de proteger su derecho á prohibir la traducción.

Considerando, sin embargo, el derecho de impedir la traducción como una concesión justa hecha al autor en recompensa del servicio prestado por él á la sociedad, es natural que este derecho no pueda tener una duración ilimitada, y que en todo caso sólo podrá hacerse valer cuando estuviese reconocido por las leyes interiores ó por el tratado respectivo.

954. Proponemos, pues, las reglas siguientes:

a) El derecho de propiedad de las obras intelectuales no comprende, por parte del autor, el derecho exclusivo de autorizar la traducción, la reducción, ó la imitación de su obra; pero debe, sin embargo, considerarse justo y equitativo que la ley internacional ó los tratados reserven al autor el derecho exclusivo de autorizar la traducción por un período determinado (cinco años á lo sumo), á contar desde el día en que se terminó la publicación de la obra original;

b) Cuando no se hubiere reservado tal derecho ó llevado á cabo la traducción en el año siguiente á los cinco concedidos para el ejercicio de este derecho, podrá cualquiera traducir la obra original y publicarla;

c) El traductor deberá adquirir, respecto de la versión de la obra original, los mismos derechos que su autor; pero no podrá impedir que otro traduzca á su manera la obra original, no siendo

admisible el derecho exclusivo de traducción en favor del primer traductor de una obra cualquiera (1).

(1) Confr. las reglas dadas por FIELD. Respecto á la traducción, pone por condición para reservar al autor el derecho de la misma, que éste anuncie su intención en la portada de cada tomo, ó de la parte que de él se publique. Esto mismo disponen otros muchos tratados.

Debemos observar, sin embargo, que si el derecho del autor fuese reservado, no debería ser necesario que anunciase su intención de reservar-se los derechos indicados, pues no debe presumirse que nadie renuncie á lo que le favorece sólo porque no declare que quiere utilizarlo. Si se exigiese una declaración, sería más racional admitir que se hiciese en el caso de que el autor renuncie al privilegio de autorizar la traducción.

CAPÍTULO IX

De la propiedad industrial.

955. Objeto de la propiedad industrial.—**956.** Propiedad de las marcas de fábrica.—**957.** Derechos de la soberanía territorial.—**958.** No es conforme á derecho el sistema de reciprocidad.—**959.** Reglas de derecho internacional relativas á la propiedad de las marcas.—**960.** Cómo deben aplicarse dichas reglas.—**961.** Ley belga.—**962.** Brasil.—**963.** Dinamarca.—**964.** Ley francesa.—**965.** Alemania.—**966.** Ley inglesa.—**967.** Ley italiana.—**968.** Leyes de Luxemburgo.—**969.** Ley holandesa.—**970.** Ley portuguesa.—**971.** Ley de Servia.—**972.** Ley española.—**973.** Leyes de los Estados Unidos.—**974.** Ley de Suecia y Noruega.—**975.** Ley suiza.—**976.** Jurisprudencia y principios acerca del carácter jurídico de la marca.—**977.** Marcas que caen bajo el dominio público.—**978.** Formalidades y cuestiones relativas.—**979.** Usurpación de una marca no depositada. Jurisprudencia francesa, belga é italiana.—**980.** Personas que pueden gozar de la protección legal.—**981.** Habitantes de las colonias.—**982.** Protección del nombre comercial.—**983.** Legislación francesa.—**984.** Jurisprudencia belga.—**985.** Jurisprudencia italiana.—**986.** Nuestra opinión.—**987.** Nombre intercalado en el emblema.—**988.** Privilegios de invención. Derechos del inventor.—**989.** Derechos de la soberanía.—**990.** Utilidad de un acuerdo internacional.—**991.** Objetos privilegiados *in transitu*.—**992.** Objetos expuestos en los locales de una Exposición.—**993.** Derechos de los extranjeros.—**994.** Expropiación de los inventos privilegiados por razones de utilidad pública.—**995.** Convenios internacionales para la protección de la propiedad industrial.

955. La propiedad industrial abraza diversas materias, y comprende las marcas de comercio y de fábrica, los diseños y modelos, el nombre comercial, los privilegios de invención y las recompensas industriales.

Reconócese generalmente como de interés común el asegurar y favorecer el progreso de la industria y del comercio, sancionando la protección internacional de los derechos de los inventores y de los industriales sobre sus obras, y de los fabricantes y comerciantes sobre sus productos. El Derecho internacional debe, pues, fijar los principios para la garantía recíproca de la propiedad in-

dustrial entre los Estados, y establecer las bases sobre que deben estipularse los convenios especiales ó tratados generales para la protección internacional de la propiedad industrial (1).

956. Trataremos ante todo de las marcas de fábrica que representan la fama del fabricante, la especialidad de sus productos y de su industria y la lealtad de su comercio, y que deben, como tales, ser protegidas en las relaciones internacionales, no sólo en interés general de la industria y del comercio, sino también en el de la defensa del orden público y de los derechos particulares.

Todo aquel que con su trabajo transforme los productos naturales, ó manufacture de cualquier manera una primera materia, tiene derecho á que los productos de su trabajo no se confundan con los productos de otro, y puede impedir que se engañe en esto al comprador. Puede también reivindicar por sí ó por sus causahabientes el derecho de individualizar sus productos ó cualquier especialidad de su industria con una marca, una insignia, un emblema, un signo característico cualquiera que sirva para distinguir su propia producción de las de los demás. Este derecho debe considerarse fundado en el mismo derecho natural y de gentes, y, como los demás derechos del hombre, debe ser protegido, defendido y garantido, independientemente de la reciprocidad legal ó diplomática, siempre que aquel que quiera disfrutar su derecho, lo afirme, lo especifique y lo individualice, cumpliendo con las prescripciones de la ley.

957. La soberanía territorial tiene indudablemente el derecho de establecer por medio de una ley las condiciones bajo las cuales puede decirse que se adquiere ó se pierde el derecho de reivindicar para sí el uso exclusivo de una marca, cuáles son los extremos para admitir la lesión de este derecho, y cuáles las penas para la defensa jurídica del mismo; pero debe considerarse contrario á los principios de justicia y al derecho de gentes establecer en esto diferencias entre el nacional y el extranjero, ó subordinar todo el sistema á las mezquinas miras de proteger el comercio ó la industria nacional. La nacionalidad no puede ya ser

(1) Confr. CALVO, *Droit inter.*, tomo II, § 1.360 y siguientes; POUILLET, *Traité des marques de fabrique et de la concurrence del l'yale*; SCHMDE, *Traité pratique des brevets d'inventions, et marques de fabrique*; CALMELS, *Des noms et marques de fabrique*; LYON-CAEN, *De la législation des brevets d'inventions*; BRAUN, *Nouveau traité des marques de fabrique*; THIRION, *Carnet de l'inventeur et du breveté*; Idem, *Le Congrès international de la propriété industrielle*; FOUCHILLE, *Traité desd essins et modèles*; PICARD, *Code général des brevets d'inventions*, 1882; CLUNET, *Journal du Droit int. privé*.

vir de excusa al fraude. El castigo de los actos contrarios á la buena fe, á la lealtad, etc., no sólo está justificado por el deber de defender los derechos de las personas, sean comerciantes ó productores, sino que ha de considerarse también necesario para defender los intereses públicos en general, y los de los consumidores, que son, en último término, los víctimas del fraude. Por esto no debe hacerse depender de los convenios diplomáticos ni de la reciprocidad, la represión del atentado contra los legítimos derechos del propietario.

La marca de fábrica y de comercio es por sí misma un signo declarativo de la propiedad; y el derecho de reivindicar el uso de un signo para distinguir los productos propios de los productos de los demás, debe considerarse como un verdadero derecho perteneciente al hombre por derecho de gentes, no por derecho civil, pues es complementario del de propiedad. No debe, por tanto, admitirse que pueda negarse ó concederse á capricho del legislador la protección de las marcas pertenecientes á los extranjeros.

La ley civil debe regir el ejercicio de todo derecho, siendo, por tanto, justo que determine las condiciones bajo las cuales el derecho del uso legal de la marca se especifique, y niegue la protección legal cuando no se hayan observado todas las formalidades prescritas por aquélla; pero la referida ley no puede negar la protección á los productores y comerciantes extranjeros, y declarar lícito el fraude con perjuicio de los mismos, ó dejarlo impune, por más que se hiciese esto en el país á que aquellos pertenecen. ¿Podría sernos lícito violar los derechos de un extranjero, sólo porque en el país á que perteneciese se hubiera violado el mismo derecho con perjuicio de nuestros conciudadanos? ¿Puede justificarse acaso la represalia jurídica bajo el punto de vista del derecho?

958. Partiendo de estos principios, es fácil reconocer que falta toda razón jurídica para justificar el sistema sancionado por aquellas legislaciones que subordinan la protección de las marcas de comercio y de industria pertenecientes á los extranjeros, á la condición de la reciprocidad convencional, como sucedía con arreglo á la ley francesa de 1857. Dicha ley disponía, en su art. 6.º, lo siguiente: «Los extranjeros y los franceses cuyos establecimientos se hallen situados fuera de Francia, disfrutarán igualmente de los beneficios de la presente ley para los productos de dichos establecimientos, si está establecida mediante convenios diplomáticos en el país en que aquéllos se hallen situados, la reciprocidad para las marcas francesas.»

En la exposición de motivos de dicha ley se consigna el pensamiento del legislador en estos términos: «El beneficio de nuestra legislación sólo podrá concederse á los establecimientos situados en países extranjeros, en tanto que se nos ofrezcan en cambio garantías equivalentes, y que se haya establecido en un convenio diplomático una reciprocidad real y completa».

La ley francesa de 1857 fué inspirada por el sentimiento de legítima represalia, para proteger los intereses de los productores y comerciantes franceses; pero no puede decirse que el deber que incumbe al poder público de impedir el fraude y el engaño, pueda perjudicar á la concurrencia leal, subordinándola á la condición de la reciprocidad. Es indudablemente más ajustado á los principios de la moral y de la justicia internacional el sistema sancionado por aquellas leyes que admiten á los extranjeros al goce de la misma tutela legal de que disfrutaban los nacionales sin ninguna condición de reciprocidad, como sucede según nuestra ley de 30 de Abril de 1868, la inglesa de 1.º de Enero de 1876, la de la República Argentina de 14 de Agosto del mismo año, la del Uruguay de 1.º de Marzo de 1877, la de Holanda de 25 de Mayo de 1880, y la de aquellos otros Estados que siguen la marcha más liberal y más justa.

959. De conformidad con estos principios, proponemos las siguientes reglas:

a) Todo aquel que produzca una cosa determinada, y comercie en ella, tiene derecho á apropiarse para su uso exclusivo una marca de comercio para sí y sus sucesores, un nombre, un emblema, un símbolo ó un signo distintivo, que no haya sido tomado por otro; y cuando tal signo arbitrario elegido por él para indicar la cosa, sus cualidades ó su destino, no sea un nombre común ó propio ya en uso, deberá ser reconocido como de uso exclusivo del productor ó del comerciante que lo tome, y protegido por la ley contra cualquiera que quisiese tomar el mismo signo, marca ó símbolo;

b) El uso exclusivo de las propias marcas de fábrica ó de comercio pertenece por derecho de gentes á cada fabricante ó comerciante; de donde se sigue que las marcas deben ser reconocidas como título constitutivo de la propiedad y de la especialidad de los productos;

c) Corresponde al Gobierno de cada Estado establecer, mediante leyes, los signos que puede cada cual adoptar para individualizar los productos de su propia fábrica y de su propio comercio, y

las formalidades que deben llenarse para adquirir el derecho del uso exclusivo de una marca de comercio, las condiciones bajo las cuales se puede tener derecho á la protección legal, y cuándo debe considerarse perdido este derecho (1);

d) Podrá en todo caso considerarse como marca de comercio ó de fábrica, todo signo que pueda servir para distinguir los productos de un fabricante ó los objetos de un comercio, con tal que dicho signo no deba considerarse contrario á la moral y al orden público, y que se haya depositado, con arreglo á las leyes, en el país de origen, ó sea en aquel en que se adquirió primeramente el derecho de propiedad de la marca;

e) El que hubiese adquirido legalmente este derecho en un país, podrá hacerlo valer en cualquier otro, observando las formalidades prescritas por la ley; gozará los mismos beneficios y la misma protección que los ciudadanos de aquel país y podrá proceder judicialmente con las mismas condiciones que los ciudadanos, contra cualquier atentado á sus derechos;

f) Las leyes penales para la usurpación, falsificación ó imitación de las marcas de fábrica ó de comercio, ó para cualquier uso ilícito de las mismas, se aplicarán en todos los casos sin hacer distinción alguna entre nacionales y extranjeros, y sin tener en cuenta la procedencia del producto;

g) La acción judicial deberá entablarse á instancia del Ministerio público ó de la parte interesada, de conformidad con la legislación interior de cada Estado (2);

h) Siempre que se impugne la legalidad del uso de una marca, corresponderá al comerciante ó industrial suministrar la prueba de haber adquirido legalmente el derecho al uso exclusivo de la misma en aquel país, conformándose con las leyes y reglamentos allí vigentes para los ciudadanos.

960. Estas reglas podrán ser aceptadas en las relaciones internacionales, ora mediante una ley internacional, ó me-

(1) Una de las condiciones sancionadas en todas las leyes para adquirir la propiedad de la marca es el depósito y registro de la misma.

(2) Esta máxima ha sido sancionada en la legislación italiana por el artículo 11 de la ley de 30 de Agosto de 1868, y el ministro de Justicia, en su circular de 25 de Septiembre de 1880, llamó la atención de las autoridades judiciales para que procediesen de oficio y con actividad contra los contraventores á esta ley, porque la propiedad industrial debe ser protegida por interés general de la industria y del comercio, en lo que se refiere á los ciudadanos. Circular núm. 1.962. La ley holandesa considera también como de interés público la represión de este delito.

dian te tratados sancionados por las leyes interiores de cada Estado.

Cuando se hubiese hecho esto, convendrá remitirse á la ley particular de cada pueblo para determinar cuáles son las condiciones bajo las cuales podrán las marcas ó signos de comercio ser protegidos por la ley, y la protección internacional de dichos signos deberá ser igual para todos, sin distinción entre nacionales y extranjeros, con tal que el industrial ó comerciante haya observado las formalidades prescritas por la ley del lugar en que quiera hacer valer sus derechos, para que se reconozcan en la marca ó signo que se haya apropiado, los caracteres jurídicos de una marca ó signo de comercio protegido por la ley.

Todos desean que se reconozca, mediante un convenio internacional, la protección de las marcas de fábrica ó de comercio, y es de esperar que no tardará mucho en estipularse (1); pero mientras esto no se verifique, continuará rigiéndose esta materia por las leyes vigentes y por los tratados (2), y conviene conocer esas leyes y las dificultades que han surgido en la práctica al aplicar unas y otros, á fin de tener en cuenta las máximas de Derecho internacional sancionadas por la jurisprudencia.

La mayor parte de los Estados han reformado su legislación poniéndola en armonía con los principios liberales que prevalecen en nuestros días.

(1) Varias veces se han manifestado estos deseos en los Congresos internacionales reunidos para sentar las bases de un convenio internacional para la protección de la propiedad industrial. Véase el Congreso reunido en Viena en 1873, y el más importante aún celebrado en París en 1878. Las resoluciones de dicho Congreso han sido transcritas por CLUNET, *Journal du Droit int. privé*, 1878, pág. 412. A consecuencia del deseo manifestado en aquel Congreso á propuesta de CLUNET, RENDÚ y ROMANELLI, aceptado por los congregados, se formuló un proyecto de convenio internacional por un comité ejecutivo nombrado por el Congreso, cuyo proyecto fué discutido por los delegados de los diversos Gobiernos reunidos en París del 3 al 20 de Noviembre de 1880, redactándose un proyecto definitivo de convenio internacional. Este documento diplomático, que deberá presentarse á los diversos Gobiernos para su adhesión, ha sido transcrito por CLUNET en su citado periódico, 1880, pág. 630.

Hoy, al publicar esta segunda edición, podemos añadir que existe un convenio internacional entre los principales Estados, estipulado y suscrito en París el 20 de Marzo de 1883, y que reproducimos al final de este capítulo.

(2) Las cláusulas relativas á las marcas de fábrica se hallan algunas veces en los tratados de comercio, y otras han sido objeto de declaraciones especiales entre los Gobiernos, cuyo sistema es preferible siempre para no subordinar una materia tan importante á la existencia de un tratado de comercio.

961. La ley vigente en Bélgica es la de 1.º de Abril de 1879, puesta en vigor en 1.º de Octubre del mismo año, la cual equipara á los ciudadanos los extranjeros que tengan en Bélgica un establecimiento industrial ó de comercio. Este beneficio es independiente de haber ó no obtenido autorización para residir en el país, de conformidad con el art. 13 del Código civil. Respecto de los extranjeros que no tengan establecimiento en Bélgica, los admite el art. 6.º de la citada ley á disfrutar los beneficios de la misma, cumpliendo las formalidades que prescribe, con tal que «en los países en donde estén situados sus establecimientos hayan estipulado los tratados internacionales la reciprocidad para las marcas belgas.» Se ve, pues, que según la ley belga, es la reciprocidad convencional condición *sine qua non* para la protección de las marcas; de donde se deduce que no basta que la ley proteja en general las marcas extranjeras lo mismo que las nacionales, como sucede según nuestra ley, sino que es necesario un convenio internacional expreso, en el que se estipule la protección recíproca de las marcas respectivas entre Bélgica y el país en que el propietario de la marca ejerza su industria ó su comercio.

962. En el Brasil la protección de las marcas de fábrica está regulada por la ley de 23 de Octubre de 1875, la cual es aplicable á todos los extranjeros que tienen allí establecimientos de industria ó de comercio.

A semejanza de esto, los que tienen establecimientos de industria ó de comercio gozan de los beneficios concedidos por sus leyes bajo condición de reciprocidad (1).

963. En Dinamarca la protección de las marcas de fábrica y de comercio fué regulada por la ley de 2 de Julio de 1880. Esta ley prohíbe poner en las mercancías destinadas en general á la venta ó en la cubierta de las mismas, el nombre ó la razón social de otra persona, ó el título de la posesión ó sitio donde se halla establecida una fabricación propiedad de otro. Prohíbe también el poner en las mercancías ó en su embalaje una marca de fábrica, cuyo uso exclusivo hubiese sido adquirido por otro, con arreglo á las disposiciones que así lo determinan (2).

La propiedad de las marcas está garantida para todos aquellos que, habiendo observado las prescripciones de la citada ley, ejer-

(1) *Annuaire de législation étrangère*, 1876, páginas 890 á 892.

(2) Véase sobre este particular el texto de la ley en el *Annuaire de législation étrangère*, X, año 1880, pág. 540.

citan en Dinamarca la industria y el comercio. Como garantía de los derechos de los extranjeros, he aquí lo que dispone la ley en su art. 19:

«El beneficio de la presente ley puede también extenderse por disposición Real á los comerciantes que tienen el asiento de sus operaciones en el extranjero, bajo condición de reciprocidad y con las siguientes condiciones:

1.^a El que haga la declaración deberá designar un agente domiciliado en Dinamarca;

2.^a Deberá justificar que ha observado las condiciones prescritas en el lugar donde reside, para la protección de las marcas;

3.^a No gozarán del derecho concedido por la presente ley, en cuanto á su conservación y duración, más que á tenor de lo que disponga la ley del país en donde les haya sido asegurado el derecho de protección.»

964. La ley de 1857 determinó en Francia un primer progreso respecto de las leyes anteriores, sancionando en sus artículos 5.^o y 6.^o el derecho de protección de las marcas de fábrica de los extranjeros que tuviesen un establecimiento comercial en Francia. Por otra parte, aunque la ley francesa no reconoce el derecho de protección como fundado en el derecho de gentes, no subordina su disfrute á la condición de ser ciudadano ó de estar autorizado para establecer su domicilio en Francia, como sucede respecto de los demás derechos civiles, sino que lo considera como un derecho *sui generis*, haciendo depender su goce de tener en Francia un establecimiento de comercio.

Fué éste un notable progreso, porque antes de esta ley la protección de las marcas de fábrica era un beneficio de derecho civil, reservado únicamente á los que disfrutaban estos derechos ó eran admitidos á gozarlos.

Respecto de los extranjeros que no tenían establecimiento en Francia, estaba subordinado el goce de las garantías legales en dicha ley á la condición de reciprocidad estipulada en tratados diplomáticos. La ley de 26 de Noviembre de 1873, dispone en su art. 9.^o, que si la reciprocidad resulta de la ley extranjera, es suficiente. De modo que, en la actualidad, los ciudadanos de aquellos países cuyas leyes castigan la usurpación de las marcas de fábrica ó de comercio sin hacer distinción entre los nacionales y los extranjeros, serán admitidos á disfrutar en Francia los beneficios de la ley á la par de los franceses. Esto resulta en realidad de lo dispuesto en el art. 9.^o, cuyo texto es como sigue:

«Las disposiciones de las demás leyes vigentes en lo relativo al nombre comercial, marcas, grabados ó modelos de fábrica, serán aplicadas en beneficio de los extranjeros, si la legislación de su país ó los tratados internacionales aseguran allí á los franceses las mismas garantías» (1).

965. En Alemania antes del año 1870, estaban vigentes en algunos Estados leyes especiales sobre las marcas de fábrica, pero no era reconocida en todos la propiedad de las mismas. Posteriormente al citado año de 1870, la falsificación del nombre y de la razón comercial, era castigada de acuerdo con lo prescrito por el art. 287 del Código penal alemán, el cual castiga con la pena de indemnización y de prisión tales delitos, y dispone que estas prescripciones deban ser aplicadas aun cuando el hecho haya sido ejecutado en perjuicio de un extranjero, ciudadano de un Estado que otorga por reciprocidad las mismas garantías á los industriales y comerciantes alemanes.

La protección de las marcas de fábrica fué más tarde establecida por la ley del 30 de Noviembre de 1874, la cual garantiza más bien la propiedad de las marcas emblemáticas que las del nombre y de la razón comercial, y conmina con las mismas penas á los contraventores de sus disposiciones (2).

Para que exista el derecho de reivindicar una marca emblemática, es necesario que conste en el registro de comercio del lugar donde se halle domiciliada la industria: para la propiedad de las marcas y de la razón comercial no se ha prescrito formalidad alguna.

Las disposiciones de estas leyes se aplican á las marcas, nombre y razón comercial de los productores, comerciantes é industriales que tienen sus establecimientos en Alemania, cuando en los países en que se han establecido las marcas, nombre y razón comercial de los industriales y comerciantes que tienen sus establecimientos en el Imperio Germánico, consta que gozan de tal protección, mediante anuncios publicados en el periódico oficial del Imperio (3).

(1) Para más detalles respecto de los derechos correspondientes á los extranjeros en Francia en materia de marcas de fábrica, véase POUILLET, *Traité des marques*, etc., y el artículo del mismo en el *Journal de Droit int. privé* citado, 1875, pág. 257.

(2) Véase el texto de esta ley en el *Annuaire de législation étrangère*, 1875 (pág. 140).

(3) Es claro que la publicación oficial del anuncio es condición indispensable para gozar de este beneficio de la ley. Las marcas italianas gozan

Por consiguiente, las marcas extranjeras, nombre y razón comercial, gozan de la protección establecida por las leyes del Imperio, cuando reúnen estas dos condiciones: primera, que las leyes del país en donde fué adquirida la propiedad de la marca, etc., proteja las marcas alemanas, y segunda, que tal protección conste oficialmente, merced á un aviso publicado en el *Boletín Oficial* del Imperio Germánico.

966. En Inglaterra esta materia se regía por muy diversas leyes, unas relativas á los privilegios de invención y otras á las marcas de fábrica. Regulaba todo lo referente á los privilegios de invención, el acta de 1.º de Julio de 1852; las marcas de fábrica la ley de 10 de Agosto de 1842, siendo reconocida la protección de dichas marcas por el acta de 13 de Agosto de 1875. Una nueva ley promulgada en 25 de Agosto de 1883, vigente desde 1.º de Enero de 1884, reunió en una las diversas leyes relativas á los privilegios de invención y marcas de fábrica y reguló toda esta materia, con un conjunto de disposiciones que constituye un verdadero Código, para la protección de la propiedad industrial. Muchas y muy importantes modificaciones se han introducido posteriormente en esta ley, de las cuales la más interesante en cuanto concierne á los privilegios de invención son: primero, la organización general de un nuevo Centro de la propiedad industrial; segundo, la disminución de los gastos necesarios para obtener el privilegio y la manera de pagar las tasas; tercero, el procedimiento para pedirlo y el derecho de oposición para impedir la concesión del privilegio; cuarto, la independencia del privilegio concedido en Inglaterra con respecto á los obtenidos en otros países; quinto, la adopción del principio de las licencias obligatorias; y sexto, la publicidad de los privilegios.

En primer lugar se ocupa la ley de los privilegios de invención; después de los diseños, y por último, de las marcas de fábrica. Entre los principios consagrados por la nueva ley respecto á las marcas, merece notarse el siguiente: que toda marca de fábrica que haya sido legalmente registrada en el país del domicilio del comerciante puede obtener el ser también registrada en Inglaterra (1).

pues de esa protección, porque en el *Boletín Oficial* del Imperio se publicó en 20 de Abril de 1875 el aviso en que constaba que las marcas alemanas gozaban de protección legal en Italia.

(1) Véase el texto de las leyes 46 y 47 Victoria (cap. LVII), traducido en el *Annuaire de législation étrangère*, 1884, pág. 87.

967. La ley vigente sobre esta materia en Italia es la promulgada en 30 de Agosto de 1868; pero también lo está el artículo 65 del decreto del 30 de Octubre de 1859, en lo que se refiere al secuestro de los objetos falsificados. Esta ley, como el resto de nuestra legislación, está basada en principios verdaderamente liberales respecto á los extranjeros. El art. 1.º borra toda diferencia entre el nacional y el extranjero, en lo que se refiere á apropiarse una marca para su uso exclusivo, con tal que llene todos los requisitos legales. En cuanto á las marcas reconocidas en el exterior, dispone el art. 4.º lo siguiente:

«Las marcas y signos distintivos usados legalmente en el exterior para los productos y mercancías de fábricas y comercios extranjeros que se expendan en el Estado, ya puestos sobre animales de raza extranjera que penetren en el reino, serán reconocidas y garantizadas, con tal que se observen en dichas marcas y señales las prescripciones establecidas para los nacionales.»

El art. 11 dispone que para promover la acción penal no es necesaria la instancia de parte.

Según la ley italiana, debe indicar la marca el lugar de origen, la fábrica y el comercio, de manera que conste el nombre de la persona ó de la Sociedad y el del establecimiento de donde procedan los productos y las mercancías (1).

Sin embargo, tratándose de objetos pequeños, puede ponerse un sello especial ó un signo equivalente. La firma del comerciante ó productor puede considerarse como marca. La marca habrá de depositarse y registrarse, debiendo publicarse el registro en la *Gaceta oficial*.

Por Decreto de 23 de Octubre de 1884 (núm. 2.730), se constituyó en el Ministerio de Agricultura, Industria y Comercio, una oficina especial para los asuntos relativos á la propiedad industrial y un depósito central de privilegios, marcas de fábrica, etcétera, etc.

968. En Luxemburgo, faltaba una ley relativa á la propiedad de las marcas de fábrica y de comercio que estuviese en armonía con los principios que han prevalecido en las legislaciones de los Estados contemporáneos. La ley allí vigente, promulgada en

(1) El Tribunal de casación decidió que una marca puede tomarse para todos los efectos legales, por más que literalmente no concurren todos los extremos exigidos por el art. 1.º de la ley, con tal que designe y determine bien el establecimiento ó el título de la Sociedad á que pertenece (5 de Noviembre de 1881, Sociedad Wagner, *Monit. dei Tribunali*, 1881, 1.142).

la época de la ocupación francesa, estaba conforme con la de 22 Germinal del año VI, salvo las modificaciones que en esta se introdujeron por disposiciones especiales relativas á determinadas industrias.

La nueva ley fué promulgada el 28 de Marzo de 1883, y redactada de acuerdo con la legislación francesa de 1857, ó más bien con la belga de 1879, la cual gozaba de mayor consideración, porque habiendo tenido en cuenta las muchas discusiones habidas sobre esta materia, adoptó los principios más generalmente admitidos.

El art. 9.º de la nueva ley mencionada, considera á los extranjeros establecidos en el Gran Ducado, de la misma condición que los ciudadanos, en cuanto se refiere á la propiedad de las marcas de fábrica, salvo, sin embargo, la expresa obligación en que estaban los mismos de observar las formalidades de depósito y registro de las marcas, que estaban prescritas para los ciudadanos. Para garantía de las marcas pertenecientes á los extranjeros que no estén establecidos en el Gran Ducado y de los luxemburgueses residentes en el extranjero, estableció la ley la reciprocidad á tenor de los Convenios internacionales (1).

969. En Holanda, la ley sobre las marcas de fábrica y de comercio fué adoptada en 25 de Mayo de 1880, y está inspirada en ideas bastante liberales, pues borra, como la ley inglesa y la italiana, toda distinción entre los extranjeros y los nacionales, admitiendo á los primeros á disfrutar de los beneficios legales sin condiciones de reciprocidad. La acción para la represión de las usurpaciones y de las falsificaciones de marca es pública.

970. En Portugal, la materia de las marcas de fábrica y de comercio se rige por la ley de 4 de Junio de 1883, conforme casi en su totalidad con los principios adoptados en la Conferencia internacional celebrada en París en Noviembre de 1880. Admite, en principio, que la marca es potestativa y no obligatoria, y contiene algunas disposiciones especiales, inspiradas en el propósito de proteger el comercio de vinos de Portugal (2).

971. En Servia, la ley para la protección de los diseños, modelos industriales y marcas de fábrica, fué promulgada el 30 de Mayo (11 de Junio) de 1884.

(1) Véase para más detalles el texto de la ley en el *Annuaire de législation étrangère*, 1884, pág. 563.

(2) Véase el texto de esta ley en el *Annuaire de législation étrangère*, 1884, pág. 479.

972. En España la falsificación de las marcas extranjeras, con perjuicio de los ciudadanos de aquellos Estados con quienes el Gobierno español ha celebrado tratados *ad hoc*, se castiga con arreglo á las disposiciones del art. 217 del Código penal, y puede dar lugar á una acción civil de daños y perjuicios.

973. En los Estados Unidos de América existen sobre esta materia las leyes federales de 8 de Julio de 1870 y 14 de Agosto de 1876; pero una sentencia de 18 de Noviembre de 1879 ha decidido que dichas leyes son anticonstitucionales, puesto que la materia sobre que versan es de la competencia de la legislatura especial de cada Estado, y no está comprendida en las disposiciones de la Constitución que permiten al Poder federal hacer leyes para defender los derechos de los autores é inventores sobre sus obras y descubrimientos.

No es oportuno entrar á discutir si la ley de 1870 y la ley de 1876 que desarrolló los principios sentados en aquélla, podían ó no reputarse de acuerdo con la Constitución. Ya sobre esto se sostuvo una larga discusión, de la que resultó viva agitación entre los comerciantes é industriales de todos los países, los cuales creyeron encontrarse sin protección desde el momento que empezó á dudarse que los convenios celebrados con los Estados Unidos y que tenían por base aquellas leyes, estaban destituidos de todo valor legal, por hallarse fundados sobre disposiciones anticonstitucionales. Esta cuestión atrajo en Francia la atención de los juriconsultos, que empezaron á discutir si las marcas francesas podían ó no considerarse protegidas por el tratado de 1869, estipulado entre Francia y los Estados Unidos, y sostuvieron con válidos argumentos que, aun considerando como anticonstitucionales las leyes de 1870 y 1876, no faltaría en los Estados Unidos protección á las marcas de fábrica extranjeras.

Coudert demostró que el extranjero puede invocar la tutela sancionada en las leyes especiales promulgadas por varios Estados sobre esta materia, y en todo caso hacer valer las reglas adoptadas por los *Tribunales de equidad*, los cuales constantemente han sancionado que ni el ser extranjera la persona cuya marca de comercio se haya falsificado, ni el residir en el extranjero, podían alegar como defensa en favor del que falsifica la marca, porque la nacionalidad de las partes no puede considerarse nunca como motivo de excusa en caso de fraude (1).

(1) COUDERT, en el *Journal de Droit inter. privé*, 1879, pág. 413.

Clunet se propuso también demostrar que las marcas francesas debían reputarse protegidas en los Estados Unidos, no obstante la anticonstitucionalidad de las mencionadas leyes, y escribió un importante artículo sobre esta materia (1). Todo esto, sin embargo, no apaciguó la agitación que la incertidumbre y las dudas de que hemos hablado levantaron, por lo que fué necesario satisfacer la aspiración general de regular la materia que tratamos mediante una nueva ley, que fué efectivamente aprobada por la Cámara y publicada el 3 de Marzo de 1881 (2).

Esta ley sentó las bases para establecer la protección de las marcas de fábrica entre los Estados Unidos y los Estados extranjeros. Opinó la Cámara que el Congreso no podía considerarse investido de poder bastante para regular mediante leyes los derechos pertenecientes á los ciudadanos de cada Estado ó de todos los de la Unión, con respecto al uso de las marcas, y sostuvo que tal misión correspondía al Poder legislativo de cada uno de los Estados de la Unión. Admitió, sin embargo, que así como en las relaciones internacionales el uso de las marcas podía ser regulado por medio de tratados, así también podía atribuirse al Congreso la facultad de establecer, mediante una ley federal, las bases fundamentales de los convenios internacionales relativas á las marcas de fábrica y de comercio.

Por esto la ley de 1881 tiene el carácter de una ley puramente internacional, y considerada bajo este punto de vista, el Poder legislativo del Congreso que la compiló, se puede justificar la competencia del mismo dentro de los límites de la constitución federal, evitando así las objeciones que en contra de esta competencia se hizo por el *Tribunal de Circuito*, que en la sentencia que hemos citado anteriormente, negó dicha competencia al Congreso (3).

974. En Suecia y Noruega, hasta el año 1884, no hubo ley especial alguna relativa á marcas de fábrica ó de comercio, y los derechos pertenecientes á los extranjeros se regulaban por tratados especiales y por las disposiciones contenidas en el Código penal sueco, el cual castiga con indemnización y prisión á los que usen ilegítimamente marcas de fábrica. Una Comisión de los tres

(1) CLUNET, *De l'état actuel de relation internationale avec les Etats-Unis en matiere de marques de commerce.*

(2) *Act of march 1881 relating to the registration of trade marks.*

Véase el texto de esta ley en el *Annuaire de la legislation étrangère*, 1882, pág. 780.

(3) Véase la sentencia del *Tribunal de Circuito* de los Estados Unidos, transcrita por COUVERT en el apéndice de su citado artículo.

Estados escandinavos había elaborado un importante proyecto de ley que, si hubiera sido aprobado, hubiese constituido el derecho común á Dinamarca, Suecia y Noruega; pero, la oposición que encontró dicho proyecto por parte del Reigsdag danés, hizo imposible la adopción de una ley común. Hizose, sin embargo, una ley para Noruega, promulgada el 26 de Mayo de 1884, y otra para Suecia en 5 de Julio del mismo año, con muy pocas diferencias, y éstas en puntos secundarios. El registro de las marcas de fábrica hállase establecido en Cristianía el de Noruega, y en Stokolmo el de Suecia.

La protección de las marcas de fábrica que han sido registradas, hállase establecida por el art. 12 de la ley, según el cual, aquel que pone ilegalmente en las mercancías que tiene á la venta el nombre ó la razón social, ó la marca de fábrica de un tercero, ó comercia con cosas así marcadas, deberá ser declarado, á petición de la parte perjudicada, sin derecho á usar de la marca en cuestión y de poner á la venta las mercancías así marcadas.

En casos de que exista mala fe, puede el contraventor ser castigado con pena de una indemnización, que puede ascender hasta 2.000 kroner, como máximun, y prisión, según la ley sueca, y con una indemnización de 20 á 2.000 kroner y de un mes á dos años de prisión según la ley de Noruega. Serán, además, condenados al resarcimiento de los daños causados, á quitar la marca usada ilegalmente, y necesariamente á destruir la mercancía ó el embalaje, por no ser suya la marca (1). Con respecto á la protección otorgada á los privilegios de invención, se dictó la ley de 16 de Junio de 1885 (2).

975. En Suiza fué promulgada en 9 de Diciembre de 1879 la ley federal relativa á la protección de las marcas de fábrica y de comercio, y puesta en vigor el 9 de Abril de 1880; la cual dispone lo siguiente respecto de los extranjeros: «Art. 5.^o Los extranjeros están autorizados para hacer que se registren sus marcas, siempre que se hallen establecidos en Estados que ofrezcan la reciprocidad, y con tal que prueben que su marca ó su razón comercial están suficientemente garantidos en el lugar de su residencia» (3).

(1) Véase el texto de las dos leyes citadas en el *Annuaire de législation étrangère*, 1885, pág. 598.

(2) Véase el texto de esta ley en el *Annuaire de législation étrangère*, 1886, pág. 508.

(3) Puede verse el texto de esta ley en el *Annuaire de législation étrangère*, 1879, pág. 609. El reglamento para la ejecución de la misma, se publicó en 2 de Octubre de 1880.

Hacemos caso omiso de otras leyes publicadas en diversos Estados de América. Podemos, sin embargo, asegurar que el uso ilegal de las marcas de fábrica se considera como ilícito en todos los países civilizados, y donde falta una ley especial está sujeto por lo menos á las disposiciones generales del Código penal relativas al fraude.

976. En la aplicación de las leyes y de los tratados han surgido varias cuestiones, que se han discutido ante los Tribunales de diversos países, siendo las siguientes las principales máximas de jurisprudencia internacional establecidas sobre esta materia. El uso de una marca determinada extranjera debe considerarse eficaz para atribuir la propiedad de la misma con arreglo á la ley del país en que se adquirió primitivamente su uso exclusivo, y es, por tanto, necesario, no sólo que se haya adquirido legalmente dicho uso con arreglo á las prescripciones legales, sino que no se haya perdido. De otro modo se seguiría—como dice el Tribunal de Milán—que una industria se hallaría en el exterior en mejores condiciones que en el país de origen (1).

Es natural, por consiguiente, que no sólo para determinar si un signo dado tiene ó no el carácter jurídico de marca, sino también para decidir si el propietario ha perdido el derecho de reivindicar para sí el uso exclusivo, se aplique la ley del país en donde en su origen se tomó esta marca como signo distintivo de comercio (2).

Estas reglas se hallan además estipuladas, por punto general, en los mismos convenios internacionales relativos á la protección de las marcas. En el celebrado entre Italia y Bélgica, en 28 de

(1) Trib. de Milán, 14 de Junio 1878, razón social Vita Hermanos (*Giornale dei Tribunali*, de Milán, 1878, pág. 602).

(2) Hay respecto de este punto una gran variedad de disposiciones en las leyes positivas. Algunas prohíben que ciertos signos distintivos puedan considerarse como marcas de fábrica. Según la ley holandesa, la marca no puede consistir en letras, cifras ó palabras ordinarias. Otras leyes limitan la duración de la propiedad de la marca, como sucede, por ejemplo, con la ley suiza, que limita á quince años el uso exclusivo de una marca registrada, cayendo después en el dominio público si no se registra de nuevo.

Para consultar variedad de casos en los que se ha rechazado la acción por no reunir los signos distintivos los caracteres de una marca de comercio, véase París, 12 de Enero de 1874 (*Coleman*), Nueva York, 1875, *Caswel c. Davis*, y 9 de Noviembre de 1880, *Wan Beil c. Prescott*; *CLUNET, Journ. cit.*, 1875, páginas 355 y 391; 1881, pág. 275; Leipzig, 16 Abril de 1878, *Armstrong*; *PATAILLE, Journ.*, 1878, 216.

Mayo de 1872, se dice expresamente: «El carácter de una marca italiana debe apreciarse según la ley italiana, y el de una marca belga según las leyes de Bélgica»; y en el tratado de comercio entre Italia y Rumanía se dice: «En caso de duda ó de cuestión, las marcas de fábrica y de comercio serán aquellas que en cada cual de ambos Estados se hayan adquirido legítimamente con arreglo á la legislación de su país por los industriales y comerciantes que las usen» (1).

977. De la aplicación de estos mismos principios se deduce que un comerciante ó industrial extranjero no podrá adquirir en un Estado la propiedad exclusiva de una marca de fábrica que ha caído en su país en el dominio público, haciendo registrar dicha marca y depositándola con arreglo á las leyes locales. Esta cuestión fué discutida ante el Tribunal de casación francés á instancia de un fabricante inglés que pretendía introducir en Francia un producto que denominaba *fosfo-guano*, y pretendía adquirir la propiedad exclusiva de este nombre, porque había hecho su depósito con arreglo á las prescripciones de la ley francesa, siendo así que esta denominación era ya del dominio público en Inglaterra. El Tribunal de Casación rechazó su petición por la justa consideración de que un extranjero no puede reclamar para un artículo, objeto de su comercio, mayores derechos que los que tenga en su propio país (2).

978. Es, por consiguiente, una regla indiscutible que el extranjero que desee obtener en otro país el uso exclusivo de una marca, debe observar todas las formalidades de la ley territorial para la adquisición de este derecho.

Aplicando esta regla, dedúcese también de ella que, para decidir si tiene el extranjero la acción de daños y perjuicios, es necesario atenerse á la ley local, y si ésta, además del depósito para asegurar la propiedad de la marca, exigiere otras formalidades como necesarias para proceder contra tercero por usurpación ó imitación fraudulenta de la marca depositada, la falta de tales formalidades será un justo motivo para rechazar la acción.

Según la ley italiana, por ejemplo, no basta obtener la certificación del depósito exigido por el Ministerio de Agricultura y Comercio, sino que se requiere además que se publique la inscripción

(1) Art. 17 del tratado de comercio de 23 de Marzo de 1878.

(2) Casación crim., 23 Mayo 1874, Peter Lawson, Procurador general de París.—CLUNET, *Journ. cit.*, 187.

ción ó certificado en la *Gaceta oficial*, sin lo cual no tendrá el interesado la acción de daños contra tercero, y el Tribunal de Turín ha rechazado con razón la acción de un tal Legrand contra Martini y Sola, porque el certificado obtenido por el actor no había sido publicado en nuestra *Gaceta oficial*, por cuya omisión no le correspondía derecho alguno de indemnización contra tercero por usurpación ó imitación fraudulenta de su marca (1).

929. La cuestión más grave que puede presentarse en la aplicación de la máxima antes indicada, es la relativa á una marca extranjera depositada en un país, después de haber sido usurpada por un fabricante ó comerciante del mismo. Háse dudado si la posesión de la marca por un tercero antes que el verdadero propietario de la misma hubiese exigido el depósito y llenado todas las formalidades para asegurar el derecho de su exclusivo uso, podría hacerse valer para considerar dicha marca como del dominio público, y quitar al legítimo propietario el derecho de reivindicar su uso exclusivo.

Esta cuestión ha sido muy discutida ante los Tribunales franceses, belgas é italianos bajo diverso punto de vista. En Francia y en Bélgica la protección de las marcas extranjeras está subordinada á la condición de reciprocidad, y antes de la ley francesa de 1873 se exigía en uno y otro país que la reciprocidad se hubiese estipulado en un convenio *ad hoc*.

Discutióse, pues, ante aquellos Tribunales si los extranjeros que no habían depositado sus propias marcas, dada la falta del convenio que estipulase la protección recíproca de la ley, podían hacer el depósito después de hecho el tratado, para reivindicar el uso exclusivo de sus marcas contra los que las habían usurpado, aprovechándose de la falta de protección legal. En Francia se decidió que los extranjeros no podían reivindicar el uso exclusivo de sus marcas, usurpadas antes que existiese el tratado ó la ley que les hubiere concedido el derecho de impedir su usurpación, y, por tanto, que sólo podían disfrutar el beneficio de la protección respecto de las marcas depositadas después de la conclusión de los tratados, ó después de la promulgación de la ley que sancionase la reciprocidad, lo cual es suficiente, según la citada ley de 1873 (2).

(1) App. Turín, 26 Febrero 1871.—LEGRAND, *Jurisprudence*, §§ 12 y 347, y *Annal. de Jurisprud.*, IX, 329.

(2) París, 16 Diciembre 1863, y Cas. Abril 1874, Spencer c. Peigrey;

Esta doctrina ha sido vivamente combatida por los escritores franceses (1), y contradicha con muchos y muy fundados argumentos por Bedarride, Abogado general ante el Tribunal de Casación.

Los Tribunales belgas y los italianos han sancionado principios más conformes á la justicia y al derecho. El Tribunal de casación belga ha decidido que el hecho de la usurpación no podía dar ningún derecho á aquel que se hubiese apropiado las marcas pertenecientes á personas que se hallaban imposibilitadas para obtener la protección legal (2).

En Italia, donde la ley concede la protección legal á todos los extranjeros que observen las prescripciones establecidas para los nacionales, sin ninguna condición de reciprocidad legislativa ó diplomática, ha tenido la discusión más importancia bajo el punto de vista de los principios. El objeto de la cuestión ha versado entre nosotros sobre si los extranjeros que no han depositado sus marcas con arreglo á las prescripciones legales, podían, haciéndolo después, aunque tarde, reivindicar el uso exclusivo de sus propias marcas, contra aquéllos que las habían usurpado antes que se hubiese hecho dicho depósito y obtenido el certificado correspondiente.

Es evidente que hay una diferencia esencial entre la situación en que se hallan los extranjeros en Francia y en Bélgica, donde no se permite que aseguren la protección sino en determinados casos, y la en que se encuentran en Italia, donde la ley no quita la posibilidad de obrar, aunque por negligencia ó por otras razones no se haya hecho el depósito que la ley marca. Entre nosotros se ha tratado de decidir si la tardanza del depósito podía llevar consigo la pérdida del derecho contra aquellos que han usurpado las marcas antes que el propietario hubiese adquirido la exclusiva.

No obstante las oscilaciones que ha sufrido la jurisprudencia por haber negado el Tribunal de Turín á los extranjeros el derecho de reivindicar el uso exclusivo de sus propias marcas, usadas ya en el reino antes de haberse reservado el propietario aquel dere-

PATAILLE, *Journal*, 1864, pág. 97; París, 29 Abril 1864, y Cas. 4 Febrero 1865; Peters Stubs c. Astier, ídem, íd., 1865, 81.

(1) Véanse los importantes artículos de POUILLET en la *Propriété industrielle*, núm. 323, y la obra del mismo antes citada, así como las observaciones de PATAILLE, *Annuaire* de 1864, pág. 218, y las de CALMELS, *Annales*, número 238.

(2) Cas. belga, 21 Junio 1865, Gilbert; PATAILLE, 1866, 427.

cho (1), y, por el contrario, haber sostenido el Tribunal de Casación de Turín y los Tribunales de Milán, Parma y Casala (2) que la morosidad en el depósito de las marcas no implica la pérdida del derecho, sino que sólo suspende la facultad de la acción, y que para decidir si hay ó no acción contra aquellos que han usurpado las marcas antes de hecho el depósito, debían aplicarse las reglas generales relativas á la posesión abusiva y á la usurpación, y tener en cuenta la buena ó mala fe de los que hubiesen hecho uso ilegítimo de las marcas de otro.

Estas decisiones son de grandísima importancia bajo el punto de vista de la doctrina, porque se fundan en este principio general y justo: que la ley que garantiza al productor y negociante el derecho exclusivo á usar su propia marca para distinguir sus productos ó los objetos especiales de su comercio, no crea el derecho, sino que declara un derecho preexistente. Por esta razón debe protegerse el derecho legalmente adquirido, y el uso de las marcas de otro es siempre punible, cuando se prueba que dicho uso ha sido abusivo y fraudulento.

Si estos principios prevaleciesen en la jurisprudencia de todos los países para decidir acerca de las consecuencias que pueden derivarse de la negligencia en hacer el depósito de las marcas propias en países extranjeros, debería averiguarse ante todo, si la negligencia, el silencio ó la tolerancia pueden equivaler á una especie de abandono del derecho, apreciando así la buena ó mala fe de aquellos que hubiesen empleado las marcas de otro.

980. Ha surgido, sin embargo, otra cuestión acerca de las personas á quienes puede corresponder el derecho de disfrutar de los beneficios de la ley, y si este derecho puede ser atribuido á las sociedades lo mismo que á los individuos.

En principio, debe admitirse que, si la profesión de fabricante ó de comerciante puede ejercerse lo mismo por una persona física que por una persona moral, y el derecho de individualizar los propios productos es un derecho personal que corresponde á todo el

(1) Turín, 9 Agosto 1879, Johann Farina c. Ulrich y otros (*Giornale dei Tribunali* de Milán, 1879, 1866), 12 de Agosto 1879, Pelaez c. Freund (*Monit. dei Tribunali* de Milán, 1879, 1.101).

(2) Cas. de Turín, 3 Marzo 1880, Pelaez (*Monit. dei Tribunali*, 1880, 224), y Cas. 3 Marzo 1880, Farina (*ibid.*, pág. 371); Turín 3 Marzo 1880, Grenier (Bettini, 1880, 690); Tribunal de Parma, 25 Mayo 1880, Pelaez (*Monit.*, 1880, pág. 500); Tribunal de Milán, 2 Agosto 1879, Caviezel (*ibid.*, pág. 767); Tribunal de Casala, 21 Julio 1881, Giron hermanos (*Monit.*, 1881, pág. 1.148).

que ejerce la industria ó el comercio, no puede negarse aquél á las personas morales (1). En lo que se refiere á los requisitos y condiciones exigidas para ejercitar y gozar el derecho del uso exclusivo de la marca y las garantías legales, debe aplicarse la ley de cada país. Así deberá decidirse la situación legal de las sociedades extranjeras, y acerca de la necesidad del previo reconocimiento de las mismas.

Debemos notar, por último, que se ha discutido mucho sobre si, dado un convenio diplomático que estipule la protección de las marcas sobre la base de la reciprocidad, podrían gozar de los beneficios de este tratado los habitantes de las colonias. Ventilóse esta cuestión ante el Tribunal de París, que negó á un tal Boch que procediese contra un francés por la falsificación y la usurpación de su marca, porque «el tratado concluido entre Francia y España sobre la protección de las marcas de comercio, no contiene ninguna cláusula que la haga extensiva á las colonias francesas ni á las españolas, y un fabricante cubano no puede perseguir en Francia la falsificación de su marca de fábrica» (2).

981. Esta sentencia está inspirada en las miras de la legislación francesa, de subordinar todo el sistema de principios al único y estrecho fin de proteger la industria y el comercio francés. Dejemos á un lado el principio general sobre el que se funda el Tribunal, esto es, que los tratados que rigen las relaciones de la metrópoli, no se aplican á las colonias de pleno derecho, sobre todo en lo que se refiere al ejercicio de los derechos civiles atribuidos á los nacionales (principio que es muy cuestionable para considerarlo como absoluto, que es como el Tribunal de París lo establece), porque, á nuestro modo de ver, todo debe depender de las relaciones políticas que unen la colonia á la madre patria. ¿Podría decirse en este caso especial que la usurpación y el fraude, ilícitos en sí mismos, pueden no serlo cuando se cometen en perjuicio de un individuo domiciliado en la Habana ó en Puerto Rico? El derecho del uso exclusivo de la marca de fábrica es una de las formas del derecho de propiedad, es un derecho personal que debe estar por completo bajo la tutela de las leyes represivas del fraude; por consiguiente, aunque se trate de un habitante de las colonias, no es menos cierto que la falsificación de sus produc-

(1) Cas. belga, 26 Diciembre 1876, Spier c. Kiss (*Pasicris.*, 1877, l. 54).

(2) Tribunal de París, Sala correccional, 4 Julio 1879, Boch. c. Tinehaut (*CLUNET, Journ.*, 1879, pág. 548).

tos y la usurpación de las marcas de sus fábricas pueden hacerse con el fin de apropiarse los beneficios anejos al nombre y marcas del fabricante ó comerciante de que se trate, y con la intención de engañar á los compradores acerca del origen de los productos; y cuando esto se haya probado, deberán los Tribunales de todos los países civilizados ver en tales actos un atentado á los derechos del hombre y á la buena fe de los ciudadanos, y declararlo punible en virtud de los principios generales que reprimen el fraude, y no apoyarse en argumentos sutiles para no aplicar las leyes represivas.

982. Los principios expuestos deben aplicarse con más razón al nombre comercial, pues la usurpación del nombre de una persona ó de una sociedad debe considerarse como un atentado punible por el derecho de gentes. El nombre representa, en efecto, á la persona misma; es el conjunto de todos los elementos del individuo; es, entre todas, la propiedad más cierta, la más indiscutible, la más legítima y la más imprescriptible. Por esto, independientemente de todo tratado internacional, debería cada soberanía aplicar sus propias leyes penales contra todo el que hubiese usurpado un nombre comercial, sin distinción entre nacionales y extranjeros.

Sin embargo, en la práctica no está generalmente reconocido como un derecho perteneciente á los extranjeros el de proceder en juicio por la usurpación del nombre comercial.

983. En Francia, el delito de usurpación de nombre se rige por la ley de 28 de Julio de 1824; y así como el goce de los derechos civiles se concede á los extranjeros sólo con que sean autorizados por el Gobierno para establecer allí su domicilio ó pertenezcan á un Estado con el que Francia tenga un tratado sobre la base de reciprocidad, la acción por usurpación del nombre comercial solamente se ha reconocido á los extranjeros que se hallen en las condiciones indicadas por los artículos 11 y 13 del Código civil (1). La ley de 1857 no modificó, respecto de los principios, la máxima

(1) De la exposición de motivos de la ley de 18 de Julio de 1824, según resulta de la relación hecha á la Cámara, aparece que fué provocada por los fabricantes franceses para proteger la industria nacional. De aquí que la jurisprudencia haya interpretado siempre en este sentido la aplicación de aquella ley, y el de Casación, al decidir en Tribunal pleno, sostuvo en su sentencia de 12 de Julio de 1848, que habiendo tenido por objeto dicha ley proteger la industria nacional, establecía un derecho ó una facultad puramente civil, de cuyo disfrute estaba excluido el extranjero.

sancionada por la jurisprudencia, y el Tribunal de Casación, en su sentencia de 27 de Mayo de 1870 decidió que la reparación del delito de usurpación del nombre comercial ó de razón social, no puede ser objeto de acción judicial por parte de un extranjero; pero en la ley de 26 de Noviembre de 1873 (art. 9.º), se ha procedido de un modo más liberal, sancionando la máxima de que las disposiciones de la ley francesa, relativas al nombre comercial, se apliquen también á los extranjeros, siempre que en el país á que pertenecen esté admitido el principio de reciprocidad por la ley ó por los tratados.

984. En Bélgica, discutióse ampliamente la cuestión del derecho correspondiente á los extranjeros para proceder por usurpación de nombre, en la causa *Spier contra Kiss*. En los paquetes de cigarrillos fabricados por éste, habían puesto la razón comercial *Joseph Hupman, etc.*, y fué citado por ello ante el Tribunal correccional por haber usurpado el nombre de Hupman ó la razón social de su casa.

El Tribunal había admitido la acción por parte de Spier, ciudadano sajón, en 17 de Agosto de 1875, por la justa consideración de que la usurpación del nombre comercial caía bajo la jurisdicción del Código penal, prescindiendo de la existencia ó no existencia de tratados internacionales, y que no debía hacerse distinción alguna, ya fuese el usurpado el nombre de un fabricante extranjero ó el de un fabricante belga. El Tribunal consideró además que no debían aplicarse principios diversos, si en vez de un nombre se trataba de una razón social, y que ésta no podía considerarse como una simple marca de comercio (1).

El Tribunal de Bruselas, por el contrario, consideró las disposiciones del Código penal aplicables á las usurpaciones del nombre, dispuestas esencialmente para proteger la industria nacional, y concluyó que el extranjero que no tuviese en Bélgica el goce de los derechos civiles, ni residencia ó establecimiento alguno comercial, no podía ser admitido á proceder en juicio contra el que había usurpado su nombre, si no existía algún convenio internacional que le diese este derecho; que en todo caso, los principios que podían regir la acción por usurpación de nombre, no deberían aplicarse á la usurpación del de una razón social, sobre todo cuando dicha razón no comprendiese el nombre de alguno de los miem-

(1) Tribunal correccional de Bruselas, 17 Agosto 1871 (*Pasicris.*, 1876, 267, y *CLUNET, Journ. cit.*, 1876, pág. 302).

bros de la sociedad que lo usase, puesto que el nombre de una razón social es una creación del derecho positivo, y que el derecho del uso exclusivo de dicho nombre sólo podía reconocerse á los que estuviesen en el pleno goce de los derechos civiles (1).

El Tribunal de Casación belga ha admitido en varias ocasiones teorías más liberales, estableciendo que la usurpación del nombre comercial ó de la razón social constituye por sí misma un delito, y que las prescripciones de la ley penal que la castigan, son aplicables á todos los interesados, sin diferencia entre ciudadanos y extranjeros, y es muy interesante, bajo el punto de vista de la teoría, la sentencia del mencionado Tribunal: «Todo comerciante ó todo establecimiento de comercio ó de industria tiene la propiedad exclusiva de su nombre ó de su razón comercial. Esta propiedad constituye un derecho que, según el art. 128 de la Constitución, debe ser protegido, lo mismo en la persona de un extranjero, que en la de un regnicola. El art. 191 del Código penal, que tiene por objeto esta protección, no restringe su aplicación al caso en que el fabricante ó el establecimiento industrial cuyo nombre ha sido usurpado, sean belgas. Por otra parte, el hecho de poner sobre un objeto fabricado el nombre de un fabricante diferente del que lo ha hecho, no sólo es un ataque á la propiedad de aquellos cuyo nombre se ha usurpado, sino también un delito contra la fe pública, esto es, una alteración de la verdad relativa á ciertos signos en los que es una necesidad social la confianza, y el legislador le atribuye este carácter, colocándolo entre los delitos contra la fe pública. Los de esta naturaleza caen bajo la acción de la ley penal, sea cualquiera el nombre usurpado para burlar la buena fe de los compradores ó del público» (2).

Según esta doctrina, perfectamente fundada, establecida por el Tribunal de Casación belga, el nombre comercial pertenece á la persona, ora se trate del nombre individual, ora del de una razón social; y á las usurpaciones de este nombre son aplicables las disposiciones de la ley penal, no las que rigen sobre la usurpación de una marca comercial, porque el nombre no es una marca ni un mero signo de comercio (3).

(1) Tribunal de Bruselas, 8 Julio 1876 (*Pasicris. cit.*)

(2) Cas. belga, 26 Diciembre 1876 (*Pasicris.*, 1877, 1, 54, y CLUNET, *Journ. cit.*, 1878, 523).

El mismo Tribunal de Casación había consagrado la misma doctrina en su sentencia de 5 de Junio de 1876, en el litigio Moet y Chardon contra Erphelins.

(3) El Tribunal de Bruselas aplicó estos principios á la usurpación de

985. En Italia, las disposiciones relativas á la usurpación del nombre comercial ó de la firma, se hallan contenidas en la ley de 30 de Agosto de 1868, en cuyo art. 1.º se dice que la firma del productor puede constituir una marca ó signo distintivo, y el artículo 5.º sanciona la prohibición de usurpar el nombre y la firma, ya sea de un individuo, ya de una Sociedad, siendo conminado este acto con penas contra los contraventores.

Las disposiciones contenidas en la citada ley fueron ampliamente discutidas en el litigio entre la *Ditta Johann Maria Farina di Colonia y Ulrich* y otros á quienes se imputaba la usurpación de nombre. El Tribunal de Casación de Turín, anulando una sentencia dictada por aquel inferior, decidió que el nombre es imprescriptible, como la personalidad misma indicada por éste ó por la firma, y que la usurpación de uno y otra, aun cuando no se haya designado como marca ó signo distintivo de los productos, constituye por sí misma una contravención al art. 5.º de la ley de 30 de Agosto de 1868, que prohíbe y castiga la usurpación del nombre (1).

Estos mismos principios fueron aplicados por el Tribunal de Milán, que sostuvo como máxima sancionada por la ley de 1868 y por la jurisprudencia: que el nombre es una propiedad que, como cualquier otra, está amparada por la ley, de tal modo, que su propiedad debe considerarse como inviolable, y que el uso del nombre de otro sólo puede ser lícito cuando el que lo usa está en posesión legítima del mismo (2).

986. Resumiendo, pues, los principios expuestos respecto á la usurpación del nombre comercial, entendemos que debe sostenerse, con arreglo á la moral pública y á la justicia internacional, el castigo de la usurpación de dicho nombre, como cualquier otro atentado contra los derechos de la persona, y como una violación de la fe pública, sin distinción alguna entre el nacional y el ex-

nombre en perjuicio de un comerciante italiano llamado *De Longo*, sentencia 4 Febrero 1880.—PATAILLE, *Anales*, 1881, 106.

(1) Sent. 3 Marzo 1880, J. M. Farina c. Ulrich (*Monit. dei Tribunali*, 1880, pág. 371.)

(2) Trib. de Ap. de Milán, 16 Mayo 1881, en el litigio *Erba*, en el que se estableció que no puede admitirse por presunción la cesión de un nombre, sino que debe probarse; cuyos principios son aplicables, ya se trate del nombre comercial de un italiano, de un extranjero, ó de una razón social extranjera. El principio de la perfecta igualdad entre el ciudadano y el extranjero, según confirma el Tribunal de Casación de Turín en la citada sentencia, además de hallarse sancionado en el art. 3.º del Código civil, se halla reforzado, por decirlo así, por el art. 4.º de la ley de 1868.

tranjero, y sin subordinar la admisibilidad de la acción á la existencia de tratados internacionales ó al principio de la reciprocidad legal.

El nombre de un inventor ó de un productor no debe considerarse como una marca de comercio, sino cuando esté depositado como tal. Fuera de este caso, debe considerarse como una propiedad, como la personalidad misma indicada por el nombre ó por la firma, y por tanto no es susceptible de apropiación particular.

Considerado como tal, no puede caer el nombre en el dominio público, sino en el caso en que haya sido abandonado por la persona á quien pertenecía; pero este abandono no puede admitirse por presunción.

En la hipótesis de que el producto indicado bajo un nombre dado cayese en el dominio público, sería siempre una usurpación de nombre el que otro lo adoptase sin autorización expresa de la persona; y aun cuando esto se hiciese de buena fe, y pudiese por tal motivo eludirse la acción penal, habría siempre derecho á impedir en lo sucesivo el uso del nombre (1).

Debe exceptuarse, sin embargo, el caso en que, por el hecho mismo del propietario primitivo de un nombre, ó á lo menos por su consentimiento tácito, haya venido á ser aquél la única designación conocida y posible del objeto á que se aplicó, como ha sucedido, por ejemplo, con la lámpara *Quinquet*, y sucederá probablemente con la máquina *Singer*.

Aplicando siempre el mismo principio, que el derecho al uso exclusivo del propio nombre es un derecho personal, debe deducirse que cada cual tiene derecho á usar su propio nombre en el ejercicio de su comercio, aun cuando aquél pueda perjudicar á otra persona que tenga el mismo nombre, con tal que el homónimo no se adopte con fraude para inducir á error al público (2).

(1) Confr. la sentencia del Tribunal de París, 12 Enero 1874, Co. Liebig extract of meat c. Coleman, *Le Droit*, 20 Marzo 1874.

(2) Este principio fué aplicado por el Tribunal de Apelación de Nueva York en el litigio Glendon Iron c. Uhler. Tratábase de un tal Glendon, que ponía sobre el hierro por él fabricado su propio nombre. Habiendo cesado después en este comercio, otro fabricante de hierro y del mismo nombre, ponía sobre el que fabricaba el nombre *Glendon*. Decidióse que era legítimo en este caso el uso del nombre.

También en Francia surgió la misma cuestión, decidiéndose que el que había señalado primeramente sus productos con su propio nombre, podía obligar al homónimo á agregar á su nombre algunas indicaciones que pudiesen distinguir sus productos. El Tribunal de París decidió, sin embargo, que los Tribunales podían impedir á un comerciante usar el nombre

987. En la aplicación de las reglas anteriormente expuestas pudiera surgir una dificultad en la hipótesis de que no se tratase de un nombre aislado, sino de un nombre unido á emblemas é indicaciones, con las cuales se hubiese mezclado para poder hacer de las mismas una marca de comercio ó de fábrica de la que el nombre fuese un elemento constitutivo. En tal caso podría decirse que, si dicha marca de fábrica hubiese caído en el dominio público, no podría ser reivindicada en uso exclusivo de una persona, porque no constituiría una propiedad industrial como marca si su uso fuese ya del dominio público, ni podría decirse de ella lo que se dice de un nombre propiamente tal, que es una propiedad imprescriptible, y que, como tal, debe ser protegido por el derecho de gentes. Esta cuestión se trató ante el Tribunal de Casación francés en el litigio Beissels é Hijos, cuyo Tribunal, fundándose en la ley de 1857, que dispone que pueden considerarse como marca de comercio los nombres bajo una forma distintiva, sostuvo: «Que el nombre acompañado de emblemas y de menciones con los que se une y confunde, no es ya, á diferencia del nombre aislado, nada más que uno de los elementos constitutivos de que la marca se compone», y, considerando que una marca de fábrica no depositada es susceptible de caer en el dominio público, y que, cuando esto haya ocurrido, no puede reivindicarse por nadie como una propiedad, concluyó que la etiqueta de la casa Beissels é Hijos «no podía reivindicarse como imprescriptible con arreglo al derecho de gentes, porque la etiqueta de palabra, incluso el nombre ó la razón social, no representa nada más que una marca de fábrica» (1).

Entendemos, sin embargo, que no puede admitirse en principio que el nombre ó la razón social pueda perder su carácter natural de ser, como nombre, una propiedad imprescriptible para el derecho de gentes, sólo porque al nombre vayan unidos emblemas ú otros signos distintivos. La persona á quien el nombre pertenezca podrá hacer del mismo una marca de fábrica, depositándola

propio, para impedir una concurrencia ilegal. Paris, 29 Julio 1876. *Le Droit*, 9 de Agosto de 1876; CLUNET, *Journ. cit.*, 1876 (pág. 208.)

Confr. además la sentencia del Tribunal inglés de 21, 24 y 25 de Mayo de 1876, en el litigio Singer Manufacturing Company c. Wilson, *Journ. cit.*, pág. 285, y la del Tribunal de los Estados Unidos en el litigio de Cavrol, *ibid.*, 1881 (pág. 275.)

(1) Sent. 13 Febrero 1877, Beissels é hijos c. Selkinghous, *PATAILLE, Annales*, 1880, pág. 113. Véanse las conclusiones del Procurador general Bertauld, en este mismo asunto.

como tal, y cuando hubiese hecho esto, podrá sostenerse que el individuo á quien el nombre pertenece, debe someterse á todas las disposiciones que rigen el uso exclusivo de una marca de fábrica, y que puede perder el derecho de proceder contra quien falsificase la etiqueta, incluso su nombre, bajo las mismas condiciones que se pierde respecto de cualquier otra marca de fábrica (1). En este caso podrá haber razón para decir que el individuo á quien pertenece el nombre lo ha asimilado á cualquier otro signo distintivo de una marca de comercio, depositando la etiqueta, en que aquél haya sido entremezclado con otros signos distintivos, y que, obrando de este modo, y habiendo hecho de su nombre un elemento constitutivo de la marca, no podrá invocar otros principios para probar la falsificación, imitación y uso ilícito del mismo que aquéllos que regulan las marcas de comercio; pero si el dueño ó titular no hubiese hecho esto, no podrá quitarse al nombre su cualidad de propiedad imprescriptible, sólo porque vaya unido á otros signos distintivos, pues éstos deberán considerarse más bien como puestos para embellecer la etiqueta, sin intención de desnaturalizar la condición jurídica de la cosa, según la cual, el nombre es una propiedad natural imprescriptible. En todo caso, no deberá admitirse que el tribunal pueda convertirse en intérprete de la intención del propietario del nombre, sosteniendo que aquél ha querido convertir el suyo en una marca, siendo así que, según los buenos principios, el nombre es una propiedad, y el derecho de usarlo es un derecho personal, cuya cesión ó abandono jamás debe admitirse por simple presunción (2).

988. Los principios jurídicos que hemos expuesto para determinar los derechos correspondientes á los autores de obras literarias y artísticas, y los que pertenecen á los que trabajan y comercian para impedir que se engañen los compradores, confundiendo los objetos de su propio trabajo ó comercio con los de otros, no

(1) Estos principios fueron sostenidos por el Tribunal de Bruselas en el litigio de algunos de nuestros fabricantes de Calabria, Catanzaro y Carrara, los cuales habían depositado sus nombres como marca en Bruselas. Habiéndose falsificado en Bélgica su etiqueta, y presentada querella por usurpación de nombre, invocando la aplicación del art. 191 del Código penal belga, decidió el Tribunal que no era aplicable dicho artículo, porque dichos fabricantes italianos habían depositado la etiqueta con su nombre como una marca de comercio, y debían aplicarse las reglas de falsificación de marca, no las de usurpación de nombre. Bruselas 11 Febrero 1880 (PATAILLE, *Annales*, 1881, pág. 106.)

(2) Confr. la citada sentencia del Tribunal de Milán, 16 de Mayo de 1881, en el litigio *Erba*.

pueden aplicarse á los inventores industriales, á los que algunas leyes conceden, sin embargo, el uso exclusivo de ciertos artículos de su invención, asegurándoles la exclusiva por medio del correspondiente privilegio. No puede negarse, en efecto, que á cada soberanía compete el derecho de reglamentar el ejercicio de las artes industriales para procurar el fomento de éstas, y animar á los artistas, asegurándoles la venta privilegiada de los objetos de su invención; pero no podemos sostener que esto dé origen, por parte de los industriales, á un verdadero derecho de propiedad, al cual corresponda la protección internacional por derecho de gentes. Lo único que puede admitirse es que la ley de cada Estado pueda reconocer al autor de un invento la facultad exclusiva de usarlo y de explotarlo por un tiempo determinado, en los límites y con las condiciones que la ley establezca. Pero, como todo privilegio es territorial, no puede admitirse en principio en el poseedor del privilegio derecho á la protección internacional fundada en el derecho de gentes.

Nos ocupamos de esto con tanta más razón, cuanto que se halla en un período de verdadera efervescencia la cuestión entre los conservadores y los reformistas en materia de privilegios, llegando algunos hasta concluir que el sistema de los privilegios, aun considerado en relación con la ley interior de cada Estado, perjudica, más bien que favorece, el fomento de la industria, por lo que sería mejor abolirlos (1), estando la gran mayoría de acuerdo en reconocer como necesaria la reforma de las legislaciones interiores, para que el sistema de los privilegios no sea un obstáculo á la libertad del trabajo (2).

(1) CHEVALIER, *Introduction aux Rapports de la section française y de l'Exposition universelle de Londres de 1862*, y la del Instituto de Francia, tomo LXIII, pág. 235 y siguientes, 1863 (*Compte-rendu* de MR. VERGÉ); el discurso de MACPÉ en las *Actas del Congreso de Bruselas de 1862 (Anales de la Asociación internacional para el progreso de las ciencias sociales)*, y las *Actas del Congreso de Gante (Annales cit., 1863)*.

En el Congreso de 1863, habiendo pedido el Gobierno prusiano el parecer del Tribunal de Comercio y de las Corporaciones comerciales sobre la cuestión de si, teniendo en cuenta el estado actual de la industria, el espíritu de invención y los inconvenientes que de él se derivan con el sistema de los privilegios de invención, habría ó no necesidad de estimular á los inventores concediéndoles dichos privilegios, pronunciándose por la supresión absoluta 31 Tribunales contra 16.

(2) Véanse las comunicaciones de M. DE LAVERGNE al Instituto de Francia (*Academia de ciencias morales y políticas*, 1863, tomo LXIII, pág. 282); la Memoria dirigida al Congreso de Dublin en 1861; ídem al Congreso de Nueva York, 1869, y las discusiones durante la Exposición de París de

Si se considera, por último, cuán distintos son los criterios jurídicos que informan las leyes de los distintos países respecto á determinar los inventos que pueden gozar privilegio exclusivo; las personas á quienes válidamente pueden concederse; el régimen de los privilegios de perfeccionamiento é importación, y la duración y extensión de dichos privilegios (1), se ve claramente que, si al sistema de éstos, según se halla organizado en cada ley, se quisiera dar una eficacia internacional, el reconocimiento de éstos sería una fuente inagotable de cuestiones y un obstáculo á la libertad del trabajo y al progreso de la industria.

En tal estado de cosas, debemos limitarnos aquí á observar que la cuestión de si el sistema de los privilegios favorece ó no el derecho de la industria, es una cuestión de derecho interior.

Bajo el punto de vista del derecho de gentes, debe considerarse el privilegio de invención como una excepción al principio general de la libertad del trabajo. De aquí que, no pudiendo ser legitimado el monopolio creado con los privilegios sino cuando las necesidades sociales exigen que se favorezca y ayude mediante

1878 en el Congreso de la propiedad industrial, así como la *Carta* de M. MATILE, de Washington, en la *Rev. de Droit intern.*, 1869, pág. 310 y siguientes.

(1) Hay países que no reconocen los privilegios de invención, tales como Dinamarca, Suiza, Holanda, Mecklemburgo, Turquía y Grecia.

El sistema de procedimiento sancionado por las leyes que los admiten, para probar la legalidad y validez de dichos privilegios, abre un ancho campo á las controversias en el interior de cada Estado. Esta es una cuestión en la que es muy difícil ponerse de acuerdo respecto de los principios. «No hay materia más cuestionable que la de los privilegios de invención, decía M. DE LAVERGNE á la Academia de Ciencias morales de Francia. ¿Hasta qué punto es una invención la que se pretende que pase como tal? ¿Hasta qué punto la falsificación es real y verdadera? Estas cuestiones son, en la práctica, poco menos que insolubles.» La verdad es que las Exposiciones internacionales han llegado á la organización internacional del trabajo, y la mayor parte de los descubrimientos no son el fruto del trabajo de un hombre, sino el resultado del trabajo combinado y de las concienzudas investigaciones de muchos. En tal estado de cosas, ¿puede concederse el monopolio de un invento al que pretende ser el autor del mismo?

Hasta el príncipe de Bismarck, en una Memoria presentada el 10 de Diciembre de 1868 al Consejo Federal de la Alemania del Norte, concluye declarándose contrario al monopolio de dichos privilegios, aduciendo, entre otras razones, la de que ninguno de los sistemas legislativos puede dar buenos resultados.

Véase ROLIN-JAEQUEMYS, *De quelques manifestations récentes de l'opinion publique en Europe au sujet des brevets d'invention.*

ellos el fomento de la industria en el Estado, no puede crearse en favor del inventor un derecho internacional.

989. Todo Gobierno puede garantizar al inventor y á sus causahabientes el privilegio de vender exclusivamente los objetos producto de su invención, bajo las condiciones determinadas por las leyes, y proteger este derecho contra los demás con sanciones penales. Puede también el Poder soberano, mediante tratados ó convenios internacionales, reglamentar el goce de los derechos correspondientes al inventor privilegiado en los territorios respectivos; pero de aquí no se seguirá que el inventor pueda pedir en otro país los derechos que le correspondan con arreglo á las leyes de aquel en que adquirió primitivamente el privilegio, puesto que las soberanías deberán considerarse siempre independientes, debiendo cada cual arreglar los privilegios á la ley propia en cuanto se refiere á la adquisición, al disfrute y á la pérdida del derecho que pueda corresponder á los extranjeros admitidos á gozarlo. Faltando los tratados, estará siempre conforme con los principios de la justicia internacional el equiparar los extranjeros á los nacionales en lo que se refiere al goce de los beneficios que se derivan de la ley sobre privilegios industriales, y conceder las mismas ventajas á todos aquellos que hayan llenado las condiciones y las formalidades prescritas por la ley local (1).

990. Para evitar muchas divergencias respecto de esta materia, sería muy conveniente que los Estados se pusiesen de acuerdo para establecer las bases de una ley general sobre los privilegios industriales, á fin de llegar á una *Unión internacional* en esta materia, bajo condición de limitar á un periodo racional de tiempo el monopolio de los inventores, y reducirlo á aquellas obras que se reconociesen previamente como de utilidad internacional, y para las cuales se considerase equitativo otorgar al inventor el beneficio del privilegio en consideración á la utilidad pública que puede proporcionar su invento (2).

(1) Bajo este punto de vista, se halla conforme con los principios del Derecho internacional la ley francesa de 5 de Julio de 1844, la cual concede á los extranjeros el derecho de obtener un privilegio de invención sin subordinar este beneficio á la condición de reciprocidad, ó á la de gozar en Francia los derechos civiles, residir en el país ó tener en él un establecimiento comercial.

(2) Véanse las proposiciones presentadas por MACFIE al Congreso de Bruselas en 1862: *Les brevets d'invention, au point de vue international*. (*Annales de la Asociación cit.*)

A consecuencia de las discusiones celebradas en el Congreso de la

Hasta que no se llegue á esto, debe admitirse como regla general que cada soberanía puede aplicar en su propio territorio las sanciones penales de su propia ley á las falsificaciones y expendición de los objetos de que se trata, y á cualquier usurpación de los derechos correspondientes al que obtiene el privilegio observando las disposiciones de la ley territorial. De aquí que el poseedor de un privilegio que no tuviese acción en país extranjero, en donde por la falta de la tutela de la ley pudiera circular impunemente su invención falsificada, podría pedir que se aplicasen las sanciones penales á aquellos que introdujesen los objetos falsificados y pretendiesen expenderlos en el Estado en que él obtuvo el privilegio.

991. Podría surgir, sin embargo, una dificultad respecto de este punto en la hipótesis de que dichos objetos falsificados no se hubiesen introducido en el territorio para usarlos ni venderlos, sino que se hallasen allí accidentalmente y sólo *per transito*. ¿Podría en este caso pedir el privilegiado que dichos objetos fueran secuestrados?

Es un principio aceptado por la jurisprudencia internacional, que las mercancías que se hallan en un estado *per transito*, se consideran por una ficción legal como si viajasen por fuera de las fronteras del Estado por donde atraviesan. Este principio se aplica sin vacilación ni duda en cuanto se refiere á los derechos de aduanas impuestos por las leyes sobre las mercancías que se introducen ó pasan por el territorio; pero no hay la misma unanimidad de opiniones para aplicar este mismo principio á las mercancías que bajo cualquier aspecto puedan caer bajo la sanción penal de la ley territorial. Cuestionase, en efecto, si las mercancías que atraviesan el Estado *per transito* pueden considerarse introducidas en el territorio de modo que pueda aplicárseles las leyes territoriales como á cualquier otro objeto que se halle dentro de los confines del país. Dejando aparte la cuestión general, entendemos que, en lo que se refiere especialmente á los objetos sobre los que exista privilegio y hayan sido falsificados en el exterior, no se los debe considerar como introducidos en el territorio, ni sujetarlos á las sanciones penales territoriales, en el caso en que no se hubiesen introducido con objeto de expenderlos ni se hubiera hecho tentativa alguna para ello.

propiedad industrial reunido en París durante la Exposición de 1878, se formuló un proyecto ajustado á las resoluciones del Congreso, y publicado por CLUNET en el *Journ. cit.*, 1878, pág. 413.

La soberanía territorial tiene, en efecto, derecho á aplicar sus leyes penales á los hechos consumados en el territorio con violación de sus leyes, ó á los efectuados en el exterior que hayan violado allí un derecho protegido por nuestra ley; pero, en el caso propuesto, no puede justificarse la aplicación de la ley bajo ninguno de ambos aspectos. La violación de la ley territorial podría cometerse, en efecto, si se quisiera usar y vender en el país los objetos falsificados introduciéndolos con este propósito, lo cual no podría decirse si se tratase de mercancías *per transitu*, porque éstas deben ser forzosamente reexpedidas al exterior, y no puede aplicárseles propiamente la palabra introducción, en su sentido comercial. Podría sostenerse la tesis contraria si los objetos falsificados estuviesen depositados en los *docks* ó en los almacenes de las aduanas, porque, pudiendo retirarse de allí dichos objetos después de haber pagado los derechos, pueden considerarse como introducidos en el territorio.

Respecto del segundo caso, no puede aplicarse la ley del Estado, puesto que, si el fabricante á quien había perjudicado la falsificación de los objetos privilegiados hubiese obtenido privilegio de invención en país extranjero, y existiesen entre ambos Estados convenios para amparar respectiva y recíprocamente los derechos de los fabricantes con dicho privilegio, en tal caso pudiera decirse que la soberanía podía aplicar sus leyes penales á los objetos falsificados, cualquiera que fuese el modo como hubiesen caído en su poder, porque el autor de la falsificación habría violado el derecho del inventor protegido por la ley y por el tratado; siendo así que nuestra hipótesis se refería únicamente al caso en que el autor ó fabricante no hubiese obtenido el privilegio de su invención en el país extranjero (1).

992. De los mismos principios se deduce que si los objetos falsificados fuesen introducidos en el país en que el autor del invento ha obtenido ya su privilegio, y con el único fin de exponerlos en los locales de una Exposición universal, podría aplicárseles las sanciones penales de la ley territorial contra los falsificadores de objetos privilegiados.

Inútil sería echar mano en tal caso al argumento de que las

(1) Confr. POUILLET, *Brevets d'invention*, pág. 707, y en sentido contrario á la doctrina por nosotros sostenida, Rouen, 12 de Febrero de 1874, Teschen y Manque; CLUNET, *Journ. cit.*, 1875, pág. 143; BOZERAIN, *Propriété industriel*, § 172.

secciones destinadas para la exposición de los objetos de un Estado, deben considerarse por ficción jurídica como si fuesen territorio de aquel al cual pertenece la sección, y por consiguiente, como si gozasen de cierta extraterritorialidad por el mero hecho de su destino. Ya hemos dicho que la ficción legal de la extraterritorialidad no puede justificarse con las exageraciones con que quiere entendiéndose (1). En el caso concreto de que se trata, podría sostenerse que la concurrencia ilegal que se hacía por el autor ó cómplice de la falsificación, exponiendo los objetos falsificados para venderlos después en su país, donde la ley no lo castigaba, tal concurrencia ilegal, repetimos, no puede ser un hecho indiferente para la soberanía territorial, que, habiendo concedido al inventor su correspondiente privilegio, tiene siempre la obligación de amparar el derecho del mismo.

Puede, no obstante, observarse que la soberanía territorial que concede un privilegio de invención valedero en el Estado, sólo concede al autor del descubrimiento la facultad exclusiva de traficar con él en su territorio; pero, así como dicha soberanía no puede amparar el privilegio en los países extranjeros independientemente de los tratados, ni impedir que allí sean falsificados ó vendidos dichos objetos, tampoco puede estar interesada en prevenir la venta fuera de su territorio, sino sólo á prohibirla en éste ó en el que se le ha concedido el privilegio.

A esto puede replicarse que aquel que al amparo de la ley territorial se halla en posesión y en el ejercicio de un privilegio industrial, puede reclamar las sanciones penales contra cualquiera que intente usurpar su privilegio en el territorio en que se le ha concedido; que es un verdadero atentado á su derecho exponer los objetos fabricados en el exterior para darlos á conocer á todos aquellos que deseen adquirirlos, recibir comisiones y concluir contratos de venta, salvo el hacer en país extranjero, en donde este acto no esté prohibido, la consignación de los objetos vendidos; que la ley territorial, que debe amparar en el país el derecho del inventor contra quien quiera que á él atente, es aplicable á cualquier acto consumado en el Estado, siempre que éste se haya realizado con intención de violar el privilegio de que la ley misma ha investido á un ciudadano.

Graves son estas razones, y si hubiera de resolverse la cuestión con arreglo á los principios del derecho, opinaríamos que la ley

(1) V. el t. I, § 525, y nuestro *Derecho penal internacional*, § 27.

territorial, que castiga á los que introducen en el territorio objetos privilegiados con perjuicio de aquellos que obtuvieron el privilegio, ó que venden á sabiendas, ó exponen para la venta dichos objetos, sería aplicable, en caso que los objetos falsificados fuesen expuestos en los locales de una Exposición internacional, pues, si no puede decirse que tales objetos se han expuesto para su venta, debe reconocerse que lo han sido para ofrecerlos á los compradores. La exposición de dichos objetos no constituye el acto de venta ni la exposición para verificarla, pero sí para favorecerla, puesto que los contratos de venta relativos á los objetos falsificados pueden concluirse, sin dificultad, en los locales de la Exposición con la condición de hacer la consignación fuera del territorio del Estado en que la Exposición se verifica.

El partido más prudente en la práctica es que los Gobiernos extranjeros provoquen las oportunas declaraciones para conseguir que la soberanía territorial indique previamente la interpretación que da á la ley sobre privilegios, ó haga una especial (1), á fin de evitar procedimientos inútiles y molestias á sus industriales.

993. Cuando la soberanía territorial concede á los extranjeros el derecho de disfrutar de los mismos privilegios que sus ciudadanos, es natural que aquellos que hubiesen obtenido el privilegio de invención en su propio país, no podrán disfrutar en otro los beneficios de dicho privilegio sin haber llenado todas las formalidades establecidas por la ley.

Cuando las formalidades exigidas se hubiesen llenado, y el inventor hubiese obtenido el respectivo privilegio en el otro país, deberá aplicarse la ley del mismo en lo que se refiere á la eficacia y extensión del privilegio, á su duración y á las causas por las cuales puede perderse. Respecto á esta materia, deben considerarse independientes los Gobiernos, según hemos ya indicado.

Admítase, sin embargo, generalmente que si en el país en que se concedió primeramente el privilegio fuese limitada la concesión á un periodo de tiempo determinado (2), no podrá adquirirse

(1) Presentóse la cuestión á propósito de la Exposición universal de París de 1878. A consecuencia de las dificultades puestas por los Gobiernos extranjeros, promulgóse una ley especial el 8 de Abril de 1878, por la que se derogó la de 5 de Julio de 1844, y la de 31 de Mayo de 1850 respecto de los objetos fabricados en el extranjero que tuvieran privilegio de invención en Francia, porque se trataba de un modelo único, y éste había de volver á exportarse del territorio en el término de un mes, después de la clausura de la Exposición.

(2) La duración del privilegio de invención se determina en ciertos

el privilegio en otro país por un período mayor, porque sería inconveniente impedir la libertad de trabajar y reproducir en un Estado lo que, espirado el plazo de la concesión, podría libremente reproducirse en la nación en que se concedió primero el privilegio (1).

No podría decirse lo mismo si en el otro país acaeciese la pérdida del privilegio por cualquier omisión ó hecho determinados por la ley; pues en tal caso, existiendo la independencia de los Gobiernos para aplicar las leyes propias en tal materia, deberá concluirse que la pérdida verificada en el país extranjero no producirá sus efectos en aquel que se hubiese concedido el privilegio; de modo que, obtenido éste por un período fijo, continuará subsistente en los demás Estados, hasta que acaezca en cada cual de ellos la pérdida del derecho con arreglo á sus propias leyes (2).

994. El derecho correspondiente á la soberanía territorial para apropiarse la invención privilegiada por razón de utilidad pública, debe reconocerse sin contradicción alguna; pero no debe, sin embargo, admitirse que el Estado pueda expropiar ese derecho sin indemnizar antes al inventor los perjuicios correspondientes. Debe, pues, considerarse contrario á los buenos principios del derecho internacional el admitir que la soberanía, después de haber garantizado al extranjero el privilegio de invención, pueda negar al mismo toda acción contra aquel que haya falsificado ó imitado su invento en beneficio del Gobierno, y justificar tal violación del derecho privado con la razón de las supremas necesidades de la cosa pública. No debe negarse que esto puede justificar la expropiación, pero siempre mediante la justa indemnización, con arreglo á las prescripciones legales (3).

países de un modo uniforme por disposición de la ley, como sucede en Inglaterra y en Bélgica, y en el Imperio Alemán con arreglo á la ley de 1877, mientras que en Francia, Austria, Italia, España y Portugal, depende hasta cierto máximo de la elección del interesado, y en Suecia y Rusia de la decisión de la autoridad que otorga el privilegio.

(1) Así lo dispone el art. 25 del Acta de 1852 sobre los privilegios de invención, y el art. 29 de la ley de 1844 respecto de Francia.

(2) El Tribunal de Casación francés ha sancionado la doctrina contraria, y en su sentencia de 14 de Enero de 1864, *Rebor c. Duboucheron* (*SIREX*, 1864, I, 200), decidió que la pérdida de un privilegio obtenido en el extranjero producía la del obtenido en Francia.

(3) El art. 16 de la ley inglesa de 1852 ya citada, dispone que las prerrogativas de la Corona comprendan el derecho de revocar el privilegio, y que, por tanto, puede el Gobierno hacer uso de la invención ó imitarla para sus necesidades, y aun autorizar á un tercero para falsificarla. Los Tribunales ingleses han decidido, por consiguiente, que el inventor privile-

En lo que se refiere al derecho que podría corresponder al inventor para ceder su privilegio, claro está que dependerá de la ley en virtud de la que se le haya concedido, y deberán determinarse con arreglo á ésta las condiciones que habrá de llenar el cesionario para usufructuar y conservar el privilegio cedido; por tanto, si por no llenar las condiciones prescritas por la ley incurriese éste en la pérdida del privilegio, no podrá aducir la ignorancia de la ley para que se le resarza del daño por el cedente, ni pedir que la cesión se anule (1).

Debe sostenerse, además, que si el cesionario no pudiera usu-

giado no tiene acción contra el Gobierno ni contra el tercero que haya trabajado por cuenta de éste, y que éstos están exentos de toda responsabilidad. Véase en este sentido la sentencia del Tribunal de 25 de Febrero de 1876, *Dixin. c. the London small armans Compagny limited* (*WEEK, Rep.*, tomo XXIV, pág. 766.)

Los Tribunales americanos, por el contrario, han decidido siempre que, después de haber concedido el privilegio de invención, no puede el Gobierno utilizar ésta en su provecho; que sus derechos en este punto no son más extensos que los de un particular cualquiera; debe en todo caso remunerar é indemnizar al inventor. Véase la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el litigio *Cammeyer c. Newton* (15 *Albany Law Journal*, pág. 115, inserta por *CLUNET* en el *Journ. cit.*, 1877, pág. 258).

El Tribunal de París, en el litigio *Boxer Gevelot c. Challet*, decidió en su sentencia de 11 de Enero de 1876, «que los privilegios expedidos por el Estado francés en favor de un extranjero no son un obstáculo para que el Estado, en interés superior de su defensa, introduzca directamente ó por medio de empresario los objetos privilegiados para el armamento de sus tropas», y concluye «que la acción de daños y perjuicios intentada por Boxer no puede ser admitida por los Tribunales franceses». La ley alemana de 25 de Mayo de 1871 reserva al Estado el derecho de utilizar la invención en beneficio del Ejército ó de la Marina, ó en interés del bien público; pero reconoce que el inventor tiene en este caso derecho á reclamar del Imperio, ó del Estado que hubiese utilizado la invención, una indemnización que, á falta de acuerdo, deberá fijarse por los Tribunales.

Admitido el sistema de los privilegios de invención, es claro que la única solución arreglada á la equidad y á la justicia es la admitida por la jurisprudencia americana, y sancionada por la ley alemana.

(1) El Tribunal de Casación francés ha decidido que la cesión de un privilegio de invención no puede considerarse nula por más que esté sujeta á pérdida por retraso en poner en práctica la invención, si dicha pérdida no se había pronunciado todavía por la autoridad extranjera. Sentencia de 1.º Junio 1875. *San y Dietz c. Tessie* (*CLUNET, Journ. cit.*, 1876, página 356). Véase además la sentencia del Tribunal de París, 11 Mayo 1874 (*idem id.*, página 179).

Respecto de las formalidades necesarias para la eficacia de la cesión de un privilegio francés hecha en país extranjero, véase *CLUNET, Journ. cit.*, 1879, pág. 478.

Confr. la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el litigio *Hendry c. Sogles* (*Albany Journal*, tomo XIX, pág. 179).

fructuar la invención privilegiada que se le ha cedido por prescripciones de la Administración pública en el país en que obtuvo el privilegio de invención, no será esta una razón para considerar la cesión como nula. El privilegio garantiza el derecho del descubrimiento ó invención, y este es un derecho incorporeal que puede siempre ser reconocido por la soberanía territorial. Debe, por consiguiente, admitirse que la ley reconoce el derecho del inventor para hacer uso de su invento con las condiciones establecidas por las leyes locales y por la Administración pública; pero que tal reconocimiento no disminuye en modo alguno los derechos de la soberanía sobre el objeto material, que pueda ser resultado de la aplicación del descubrimiento. Puede, sin embargo, darse el caso de que la autoridad pública haya concedido el privilegio y la autoridad administrativa, á quien corresponde el derecho de inspeccionar el objeto material que se desea poner á la venta, prohíba ésta y el uso de aquél, porque el resultado de la aplicación no satisfaga ciertas condiciones exigidas por las leyes (1).

Los principios hasta ahora expuestos son la exacta reproducción de lo publicado en la segunda edición de la presente obra, y que hemos creído oportuno reproducir sin hacer modificación alguna importante.

En la actualidad la protección de la propiedad industrial se rige por la convención concluída entre Bélgica, Brasil, España, Francia, Guatemala, Italia, Países Bajos, Portugal, el Salvador, Servia y Suiza, cuyos Estados, animados del común deseo de asegurar mediante un acuerdo la completa y eficaz protección de la industria y el comercio de sus ciudadanos respectivos y de contribuir á garantizar los derechos de los inventores y la lealtad de las transacciones comerciales, convinieron en concluir con dicha intención una convención, suscrita en París el 20 de Marzo de 1883, en la que se constituyeron en una Unión para la protección de la propiedad industrial, dejando expedito á todos los Estados que no habían tomado parte en dicho tratado el camino para formar parte de la Unión, haciendo su adhesión en forma.

(1) Véanse acerca de los privilegios de invención: CALVO, *Dro int.*, tomo II, pág. 1.386.—PICARD Y OLIX, *Traité des privileges d'invention*.—RENOUARD, id. id.—LEGRAND, *Memoria sobre los privilegios de invención*.—VERGE, *Memoria de las Sesiones de la Academia de Ciencias morales*, tomo LXIII.—TILLIERE, *Tratado de los privilegios de invención*.—POUILLET, idem id.—RUBENS DE COUDER, *Dic. de Droit com.*—SCHMOLL, *Tratado práctico de los privilegios de invención*, y por último, la Memoria de M. DUPIN á propósito de la discusión de la ley francesa de 1844.

De este modo han entrado después en dicha Unión otros Estados, entre los que citaremos: la República de Santo Domingo, que se adhirió, notificándole su adhesión á las potencias signatarias el 29 de Noviembre de 1884; la Gran Bretaña, que se adhirió antes de que se hiciese el cambio de las ratificaciones, y de cuya adhesión, lo mismo que de las de Túnez y el Ecuador (1), se hizo mención en el acta de cambio de las ratificaciones; Suecia y Noruega, que se adhirió en 12 de Junio de 1885. El Uruguay acepta los principios que informan la convención de París de 1883 en el tratado estipulado en Italia el 19 de Septiembre de 1885, en cuyo artículo 19 se establece la recíproca protección para todo lo concerniente á la propiedad de las invenciones ó descubrimientos industriales, como también para las marcas de fábrica y de comercio, salvo la obligación de observar las leyes y reglamentos vigentes en cada Estado, en lo que se refiere al depósito de los diseños y modelos correspondientes, para disfrutar la protección de la propiedad de los inventos, descubrimientos ó marcas respectivas, y el derecho de poder reivindicarlos.

995. De lo dicho se deduce claramente que los principios de derecho y de justicia que deben regir la propiedad de los inventos y descubrimientos industriales, así como la de las marcas y signos de fábrica ó de comercio, no sólo encuentran hoy el apoyo del derecho científico, sino que (respecto á todos los Estados que firmaron ó se han adherido después á la convención de París de 20 de Marzo de 1883) se han convertido aquéllas en derecho positivo, siendo la convención una ley obligatoria para todos los Estados que la firmaron ó que se han adherido á ella.

He aquí el texto de la convención mencionada:

Artículo 1.º Los Gobiernos de España, de Bélgica, del Brasil, de Francia, de Guatemala, de Italia, de los Países Bajos, de Portugal, del Salvador, de Servia y de Suiza, quedan constituidos en Estado de Unión para la protección de la propiedad industrial.

Art. 2.º Los súbditos ó ciudadanos de cada uno de los Estados contratantes gozarán en todos los demás Estados de la Unión, en lo que se refiere á los privilegios de invención, los dibujos ó modelos industriales, las marcas de fábrica ó de comercio y el nombre comercial, de las ventajas que las leyes respectivas conceden en la actualidad ó concedan en lo

(1) La República del Ecuador denuncia la convención á que se había adherido, en 26 de Diciembre de 1885, siendo notificada la denuncia al Consejo Federal Suizo para que diese cuenta de ella á las demás potencias.

sucesivo á los nacionales. Por consiguiente, tendrán la misma protección que éstos y el mismo recurso legal contra cualquier atentado á sus derechos, bajo reserva del cumplimiento de las formalidades y condiciones que se imponen á los nacionales por la legislación interior de cada Estado.

Art. 3.º Se asimilan á los súbditos ó ciudadanos de los Estados contratantes los súbditos ó ciudadanos de los Estados que no forman parte de la Unión, domiciliados ó que tengan establecimientos industriales ó comerciales en el territorio de uno de los Estados de la Unión.

Art. 4.º El que haya hecho en forma regular el depósito de una petición de privilegio de invención, de un dibujo ó modelo industrial, de una marca de fábrica ó de comercio en uno de los Estados contratantes, gozará, para efectuar el depósito en los demás Estados y bajo reserva de los derechos de terceras personas, de un derecho de prioridad, durante los plazos que se determinarán aquí después.

Por consiguiente, el depósito hecho ulteriormente en uno de los otros Estados de la Unión antes de que espiren estos plazos no podrá invalidarse por hechos ocurridos en el intervalo, ya sea especialmente por otro depósito, por la publicación del invento ó su explotación por tercera persona, por la venta de ejemplares del dibujo ó modelo, ó por el empleo de la marca.

Los plazos de prioridad arriba indicados serán de seis meses para los privilegios de invención, y de tres meses para los dibujos ó modelos industriales, así como para las marcas de fábrica ó de comercio. Se aumentarán con un mes para los países de Ultramar.

Art. 5.º La introducción por el privilegiado en el país en donde se ha expedido la patente de objetos fabricados en uno ú otro de los Estados de la Unión no llevará consigo la caducidad.

Sin embargo, el privilegiado quedará sometido á la obligación de explotar su privilegio, con arreglo á las leyes del país en donde introduce los efectos privilegiados.

Art. 6.º Toda marca de fábrica ó de comercio depositada en forma regular en el país de origen, será admitida al depósito y protegida como tal en todos los demás países de la Unión.

Se considerará como país de origen el país en donde el depositante tiene su establecimiento principal. Si este establecimiento principal no está situado en uno de los países de la Unión, se considerará como país de origen aquel al cual pertenezca el depositante.

Podrá negarse el depósito si el objeto para el cual se pide se considera como contrario á la moral y al orden público.

Art. 7.º La naturaleza del producto sobre el que debe fijarse la marca de fábrica ó de comercio, no puede en ningún caso servir de obstáculo para el depósito de la marca.

Art. 8.º En todos los países de la Unión se protegerá el nombre comercial sin obligación de depósito, ya forme parte ó no de una marca de fábrica ó de comercio.

Art. 9.º Todo producto que lleve ilícitamente una marca de fábrica ó de comercio ó un nombre comercial, podrá ser embargado á su importación en aquellos Estados de la Unión en los cuales esta marca ó este nombre comercial tienen derecho á la protección legal.

El embargo tendrá lugar á petición del Ministerio público ó de la parte interesada, conforme á la legislación interior de cada Estado.

Art. 10. Las disposiciones del artículo precedente serán aplicables á cualquier producto que lleve falsamente, como indicación de procedencia, el nombre de una localidad determinada cuando esta indicación vaya unida á un nombre comercial ficticio ó tomado con una intención fraudulenta.

Se considera como parte interesada cualquier fabricante ó comerciante dedicado á la fabricación ó al comercio de dicho producto y establecido en la localidad indicada falsamente como procedencia.

Art. 11. Las Altas Partes contratantes se obligan á conceder una protección temporal á los inventos que pueden obtener privilegio, á los dibujos ó modelos industriales y á las marcas de fábrica ó de comercio para los productos que figuren en Exposiciones internacionales, oficiales ó reconocidas oficialmente.

Art. 12. Cada una de las Altas Partes contratantes se obliga á establecer un servicio especial de la propiedad industrial y un depósito central para la comunicación al público de los privilegios de invención, de los dibujos ó modelos industriales y de las marcas de fábrica ó de comercio.

Art. 13. Se organizará una oficina internacional con el título de *Oficina internacional de la Unión para la protección de la propiedad industrial*. Esta oficina, cuyos gastos soportarán las Administraciones de todos los Estados contratantes, se hallará bajo la alta Autoridad de la Administración superior de la Confederación Suiza, y funcionará bajo su vigilancia, determinándose sus atribuciones de común acuerdo entre los Estados de la Unión.

Art. 14. El presente Convenio se someterá á revisiones periódicas con objeto de introducir en él las mejoras propias para perfeccionar el sistema de la Unión.

A este efecto se celebrarán Conferencias sucesivamente en cada uno de los Estados contratantes entre los Delegados de dichos Estados.

La próxima reunión se verificará en 1885 en Roma.

Art. 15. Queda convenido que las Altas Partes contratantes se reservan respectivamente el derecho de efectuar por separado entre ellas acuerdos particulares para la protección de la propiedad industrial, en tanto que estos acuerdos no contravengan á las disposiciones de este Convenio.

Art. 16. Los Estados que no han tomado parte en este Convenio serán admitidos á adherirse á él á petición suya.

Esta adhesión se notificará por la vía diplomática al Gobierno de la Confederación Suiza, y por éste á todos los demás.

Llevará consigo de pleno derecho accesoión á todas las cláusulas y admisión á todas las ventajas estipuladas en el presente Convenio.

Art. 17. El cumplimiento de las obligaciones recíprocas contenidas en este Convenio queda subordinado en cuanto fuere necesario al cumplimiento de las formalidades y reglas establecidas por las leyes constitucionales de aquellas Altas Partes contratantes que están en el caso de promover su aplicación, lo que se obligan á hacer en el plazo más breve posible.

Art. 18. Este convenio se pondrá en ejecución en el término de un mes, á contar desde el canje de las ratificaciones, y continuará en vigor durante un tiempo indeterminado hasta la espiración de un año, á contar desde el día en que se haya hecho su denuncia.

Esta denuncia se dirigirá al Gobierno encargado de recibir las adhesiones, y no surtirá su efecto sino respecto del Estado que la hubiere hecho, quedando el Convenio obligatorio para las demás partes contratantes.

Art. 19. Este Convenio será ratificado, y sus ratificaciones se canjearán en París en el término de un año lo más tarde.

En fe de lo cual, los respectivos Plenipotenciarios lo han firmado y han puesto en él los sellos de sus armas.

Hecho en París á 20 de Marzo de 1883.

PROTOCOLO FINAL

Al tiempo de proceder á la firma del Convenio celebrado con fecha de hoy entre los Gobiernos de España, de Bélgica, del Brasil, de Francia, de Guatemala, de Italia, de los Países Bajos, de Portugal, del Salvador, de Servia y de Suiza, para la protección de la propiedad industrial, los Plenipotenciarios infrascritos han convenido lo que sigue:

1.º Las palabras Propiedad Industrial deben entenderse en su acepción más lata, en el sentido de que se aplican no solamente á los productos de la industria propiamente dicha, sino también á los productos de la agricultura (vinos, granos, frutos, ganados, etc.) y á los productos minerales destinados al comercio (aguas minerales, etc.)

2.º Bajo el nombre de Privilegios de invención se comprenden las varias clases de privilegios industriales admitidos por las legislaciones de los Estados contratantes, tales como privilegios de importación, privilegios de mejoras, etc., etc.

3.º Se entiende que la disposición final del art. 2.º del Convenio no perjudica en modo alguno la legislación de cada uno de los Estados contratantes, en lo que concierne al procedimiento que se sigue ante los Tribunales y á la competencia de estos Tribunales.

4.º El párrafo primero del art. 6.º debe entenderse en el sentido de que ninguna marca de fábrica ó de comercio pueda ser excluida de la protección en uno de los Estados de la Unión por el solo hecho de que no satisfaga, bajo el punto de vista de los signos que la componen, á las condiciones de la legislación de este Estado, con tal que satisfaga, sobre este punto, á la legislación del país de origen, y que haya sido en este último

país objeto de un depósito regular. Salvo esta excepción que no concierne más que á la forma de la marca, y bajo reserva de las disposiciones de los demás artículos del Convenio, la legislación interior de cada uno de los Estados recibirá su aplicación. Para evitar cualquier interpretación falsa, se entiende que el uso de escudos de armas públicos y condecoraciones puede considerarse como contrario al orden público según el tenor del párrafo final del art. 6.º

5.º La organización del servicio especial de la propiedad industrial indicada en el art. 12 comprenderá en lo posible la publicación en cada Estado de una hoja oficial pública.

6.º Los gastos comunes de la oficina internacional creada por el artículo 13 no podrán en ningún caso exceder por año de una cantidad total que represente por término medio 2.000 francos para cada Estado contratante.

Para determinar la parte con que ha de contribuir cada uno de los Estados en esta cantidad total de gastos, los Estados contratantes y los que se adhieran posteriormente á la Unión se dividirán en seis clases, contribuyendo cada una en la proporción de cierto número de unidades, á saber:

Primera clase.....	25 unidades.
Segunda id.....	20
Tercera id.....	15
Cuarta id.....	10
Quinta id.....	5
Sexta id.....	3

Estos coeficientes se multiplicarán por el número de Estados de cada clase, y la suma de los productos obtenidos de este modo dará el número de unidades por el cual deberá dividirse el gasto total. El cociente dará el importe de la unidad de gastos. Los Estados contratantes están clasificados como sigue, con respecto al reparto de gastos:

- 1.ª clase, Francia y Italia.
- 2.ª id., España.
- 3.ª id., Bélgica, Brasil, Portugal y Suiza.
- 4.ª id., Países Bajos.
- 5.ª id., Servia.
- 6.ª id., Guatemala y Salvador.

La Administración Suiza vigilará los gastos de la oficina internacional, hará los adelantos necesarios y establecerá la cuenta anual, que se comunicará á todas las demás Administraciones.

La oficina internacional centralizará los informes de cualquier clase relativos á la protección de la propiedad industrial y los reunirá en una estadística general que se distribuirá á todas las Administraciones. Procederá á los estudios de utilidad común que interesan á la Unión, y redactará, con ayuda de los documentos que se pondrán á su disposición por

las varias Administraciones, una hoja periódica en francés acerca de los asuntos que conciernen al objeto de la Unión.

Los números de esta hoja, como también todos los documentos publicados por la oficina internacional, se repartirán entre las Administraciones de los Estados de la Unión en proporción al número de unidades con que contribuyan, según se ha indicado.

Los ejemplares y documentos supletorios que se reclamasen, bien por las dichas Administraciones, bien por Sociedades ó particulares, se pagarán aparte.

La oficina internacional deberá estar en cualquier tiempo á la disposición de los miembros de la Unión para suministrarles acerca de los asuntos relativos al servicio internacional de la propiedad industrial los antecedentes especiales de que pudieran tener necesidad.

La Administración del país en donde deba efectuarse la próxima Conferencia preparará con el auxilio de la oficina internacional los trabajos de esta Conferencia.

El Director de la oficina internacional asistirá á las sesiones de las Conferencias y tomará parte en las discusiones sin voto deliberativo. Hará sobre su gestión un informe anual, que se comunicará á todos los individuos de la Unión.

El idioma oficial de la oficina internacional será la lengua francesa.

7.º El presente Protocolo final, que se ratificará al mismo tiempo que el Convenio celebrado con fecha de hoy, se considerará como parte integrante de este Convenio y tendrá la misma fuerza, valor y duración.

En fe de lo cual, los Plenipotenciarios infrascritos han extendido el presente Protocolo.

Hecho en París el 30 de Mayo de 1883.

CAPÍTULO X

De la nave en sus relaciones con el derecho internacional.

996. Las leyes relativas á las naves y á los derechos sobre las mismas interesan al derecho de gentes.—**997.** Objeto de este capítulo y referencias.—**998.** Los derechos privados sobre la nave deben regirse por la ley bajo cuyo imperio pueden considerarse adquiridos.—**999.** Utilidad de un derecho uniforme para determinar la nacionalidad de la nave: Reglas.—**1.000.** Cuestiones relativas á la propiedad de la nave.—**1.001.** Jurisprudencia internacional.—**1.002.** Observaciones críticas sobre la jurisprudencia francesa acerca de los derechos reales sobre los barcos extranjeros.—**1.003.** Nuestra opinión.—**1.004.** Orden de los acreedores.—**1.005.** Responsabilidad del propietario.—**1.006.** Reglas para determinar la ley aplicable.—**1.007.** Autoridad de las leyes territoriales.—**1.008.** Atribuciones de las autoridades locales.—**1.009.** Consecuencias jurídicas del pilotaje obligatorio.—**1.010.** Aplicación de la *lex rei sitae*.

996. Tanto por su naturaleza cuanto por su destino, colócanse las naves entre las cosas á que se aplican reglas enteramente especiales de Derecho internacional.

Con la palabra nave denotamos en general cualquier construcción á propósito para la navegación; pero aquí sólo vamos á ocuparnos de las destinadas á las necesidades del comercio y que forman parte de la marina mercante. Cada legislación procura reglamentar los contratos relativos á los buques, á la navegación y á cuanto concierne á la policía administrativa y judicial de los puertos: pero no basta esto para satisfacer las necesidades del comercio marítimo y de la navegación. La nave, en cuanto es un medio y un instrumento necesario para ejercer el comercio, se halla naturalmente bajo el dominio de leyes diversas, y es, por consiguiente, indispensable determinar cuáles son los derechos de cada soberanía en concurrencia con las demás, para sujetar á sus propias leyes los barcos extranjeros que se hallen en aguas territoriales ó en sus puertos. ¿Hasta qué punto pueden las leyes de cada país aplicarse para decidir acerca de los derechos de los in-

interesados en la nave y de los actos que ésta se viese obligada á realizar para poder navegar?

Conviene considerar que la nave representa por sí misma una suma de intereses, porque ordinariamente son varios los que concurren á su construcción y aparejo, y á dotarla de todo lo necesario para la navegación. Esta suma de intereses es distinta de la que nace del comercio que mediante aquélla se ejerce, y por esto es por lo que á las cuestiones que á la nave se refieren no son aplicables las reglas que se aplican al comercio hecho en país extranjero. La nave es un capital móvil, y como tal, susceptible de ser objeto de propiedad y de usufructo, pudiendo ser uno y otro enajenados ó cedidos en todo ó en parte. Tampoco son aplicables á tales negocios las reglas que se refieren á la adquisición y traslación de la propiedad existente en los países extranjeros, ni las que rigen la propiedad mueble, porque la nave, aunque movable, se equipara, bajo cierto aspecto, á un inmueble en cuanto puede ser objeto de hipoteca, y no está sujeta á la regla «la posesión equivale á un título» como los demás muebles, ni á aquellas que rigen los inmuebles, sujetos siempre á la *lex rei sitae* (bajo ciertos aspectos), porque la nave es mueble por su naturaleza, debiendo estar, por su destino, en movimiento continuo; y si un legislador declarase que la nave debía equipararse á un inmueble, no podría mudar con esto la condición jurídica de aquélla ante el Derecho internacional, ni atribuir á las leyes relativas á la misma el carácter del estatuto real.

Por otra parte, exige el interés público que, para garantizar la seguridad de las personas y de las mercancías, sujete la autoridad la propiedad de la nave á reglas especiales en todo lo que se refiera al modo de adquirirla y de usarla, y que en la traslación de dominio ó cesión, aunque sea parcial, de dicha propiedad, se cumplan ciertas formalidades para proteger los derechos y los intereses de los causahabientes. Ahora bien: como la nave puede representar intereses nacionales é internacionales, son aplicables á la misma reglas especiales de Derecho internacional.

Estas consideraciones y otras que omitimos muestran que es indispensable precisar de qué modo debe cada soberanía ejercer su propia autoridad sobre las naves extranjeras, y fijar los límites de la facultad que puede corresponder á cada una en el hecho de sujetar dichas naves á las leyes del Estado, para proteger los intereses generales que dependan de la navegación y del comercio marítimo.

Si cada soberanía quisiese aplicar sus propias leyes para juzgar los actos que la nave hubiese realizado ó tuviese necesidad de realizar para navegar, se haría muy difícil el comercio marítimo, puesto que ninguno de cuantos estuviesen interesados en el buque podría conocer exactamente la extensión de sus obligaciones, ni los acreedores estarían seguros de tener garantidos sus derechos adquiridos, si el barco estuviese sujeto completamente á la ley del Estado en cuyas aguas territoriales pudiera hallarse, aun en lo concerniente á las relaciones nacidas antes que hubiese entrado en dichas aguas, y si se debiera aplicar aquella ley, siempre que se tratase de decidir cualquier cuestión acerca de los derechos sobre él adquiridos anteriormente.

997. De aquí se deduce claramente que debe ser cierta y bien determinada la ley que rija la nave y la suma de intereses de los que tienen derechos y créditos contra ella, siendo indispensable determinar qué ley debe regirla en cuanto es objeto de propiedad; cuál debe regular su condición jurídica, y los derechos adquiridos sobre la misma, y cómo debe protegerse y garantizarse con una ley uniforme á los interesados que hubiesen adquirido derechos en diversos países.

Este es un punto de vista especial bajo que el Derecho internacional es aplicable á un buque.

Ya hemos expuesto las reglas que deben aplicársele bajo otros aspectos, bastando aquí que nos refiramos á cuanto en otro lugar hemos dicho y á las reglas allí establecidas:

1.º En lo concerniente á las relaciones de los buques extranjeros y sus tripulaciones con las leyes de policía y seguridad pública vigentes en el Estado en cuyo territorio se hallan (1);

2.º Respecto de la jurisdicción sobre los buques que cometen actos de piratería (2);

3.º Respecto del auxilio debido á los buques en peligro de naufragar ó que han naufragado (3);

4.º Respecto de la jurisdicción sobre los buques en alta mar (4);

5.º Respecto de las reglas para evitar los choques y las colisiones entre los buques (5);

(1) Véase el tomo I, § 525 y siguientes.

(2) Idem *id.* *id.*, § 472 y siguientes y 498.

(3) Idem *id.*, II, § 605 y siguientes.

(4) Idem *id.*, I, § 515, y II, § 763 y siguientes.

(5) Id. *id.* *id.*, II, § 773.

6.º Respecto de las reglas de la ruta marítima (1) y de las relativas á la navegación fluvial (2);

7.º En lo relativo á la pesca (3).

998. En lo que se refiere particularmente á la defensa de los derechos que puedan tener los particulares sobre la nave, como objeto de propiedad, y los correspondientes á sus causahabientes, y á los actos que pueden ejercerse por ella para atender á las necesidades de la navegación, según ya hemos dicho, es necesario establecer con exactitud los límites del poder de cada soberanía para someter á sus propias leyes las naves extranjeras, para lo cual conviene distinguir exactamente cuáles son las relaciones jurídicas á que debe aplicarse la ley del Estado que cubre la nave con su pabellón, y cuáles aquéllas á que puede aplicarse la *lex rei sitae*.

Así como respecto de las personas se reconoce en ciertas leyes la virtud propia y natural de extender su autoridad fuera de los límites del territorio y poder acompañar por doquiera á la persona, de modo que la soberanía natural rija con dichas leyes los actos del ciudadano aun en países extranjeros, viéndose en las mismas una especie de estatuto personal que acompaña al individuo por todas partes; y como la aplicación de otras leyes á todos los que se hallan en el territorio y realizan en él algunos actos, se funda en ser éstas necesarias para la seguridad y la prosperidad de la vida social, ó del hecho de la sumisión voluntaria de la persona á las mismas, así deben reputarse las naves en la misma condición jurídica cuando se las considere en sus relaciones con las leyes extranjeras, puesto que, así como aquéllas llevan por doquiera el reflejo del Estado y las acompaña la soberanía de origen en los mares extranjeros, así también es necesario conceder que ésta debe regular con sus leyes los derechos correspondientes á los particulares respecto del buque nacional, sin que pueda considerarse ofendida por esto la independencia de la soberanía territorial extranjera.

Conviene además consignar que la ley nacional del buque constituye, respecto de éste, dentro de los límites que establecemos, una especie de estatuto personal. Dicha ley confiere, en efecto, á la nave su estado jurídico como tal, y determina las condiciones para la construcción ó la destrucción de la misma, y certifica su identidad, registrándola, mediante actas públicas, con un

(1) Véase este tomo, § 774.

(2) Id. id. id., § 807 á 809.

(3) Id. id. id., §§ 762 y 838.

nombre determinado y con las indicaciones de su clase y tonelaje; la pone en aptitud de navegar, cubriéndola con el pabellón del Estado; reconoce y protege, en fin, la propiedad de la misma. Es, pues, natural que dicha ley continúe rigiendo y protegiendo en todas partes los derechos de propiedad adquiridos, y regulando los que puedan adquirirse sobre aquélla por sus futuros acreedores por suministrarle cuanto necesite para continuar la navegación ó para su conservación.

999. Ahora bien: así como las relaciones primitivas entre la nave y la soberanía se establecen mediante el acta de nacionalidad, así debe reconocerse también que la ley de la nave debe determinarse por esa misma acta. Interesa, pues, en extremo, que se establezca y certifique bien la nacionalidad de cada nave, para lo cual indicaremos ante todo las siguientes reglas:

a) Ningún buque mercante puede pedir la aplicación del derecho internacional si no tiene el de enarbolar la bandera de un Estado, y no ha obtenido el acta de nacionalidad;

b) El establecer las condiciones bajo las cuales pueden obtener los buques el acta de nacionalidad y el derecho de enarbolar la bandera, corresponde á las leyes interiores de cada Estado (1).

(1) Reproduce CALVO en su tratado sobre las leyes de los diversos Estados relativas á la nacionalidad de los buques, § 841 y siguientes, y HALL en el Apéndice II de su obra *Int. Law*, las leyes relativas á la adquisición de la nacionalidad y á los documentos con que debe probarse ésta, y remitimos á ellos al lector. Observaremos, sin embargo, que como las condiciones pueden ser más ó menos rigurosas, según el mayor ó menor desarrollo de la construcción naval, del personal de la Marina y de los recursos materiales de cada país, no puede haber un derecho uniforme respecto de este punto, ni interesa al Derecho internacional que lo haya. Lo que interesa es que el acta de nacionalidad vaya revestida de autenticidad y contenga indicaciones suficientes para poner á salvo los intereses de todos aquellos que puedan tener créditos contra la nave.

Las disposiciones de la ley italiana se hallan contenidas en el tomo II, capítulo III del Código para la Marina mercante, de 24 de Febrero de 1877, puesto en vigor el 7 de Julio del mismo año, y creemos oportuno reproducir aquí el texto de la ley, en lo que se refiere á este punto:

«Art. 39. No podrá considerarse como nacional un buque, ni enarbolar la bandera del Estado, si no va provisto del acta de nacionalidad. Están exentos de esta obligación los barquichuelos y lanchas que ejercen la pesca en las costas del Estado ó están destinados al servicio de los puertos y de las playas. Podrán también estar exentos por disposición del Ministro de Marina, los barquichuelos construídos en el exterior para dedicarlos de un modo permanente á la pesca dentro de los límites territoriales. Toda nave provista del acta de nacionalidad, deberá llevar grabado en su popa, del modo que el reglamento establezca, su nombre y el del Departamento marítimo á que corresponda.

c) Interesa á la vez á todos los Estados subordinar la concesión y el uso del acta de nacionalidad á las condiciones que se consideran indispensables, según el derecho común, para proteger el transporte de los pasajeros y velar por la seguridad de la navegación (1);

d) Ningún buque puede tener más de una nacionalidad, y debe presumirse que quiere conservar la primitiva, mientras no pruebe que ha adquirido otra, ó que ha perdido aquélla por disposición de la ley que le dió el carácter nacional (2), ó por aplicación de las reglas del Derecho internacional vigente (3);

e) Salvo el derecho que tiene toda nave de cambiar su carácter nacional, ninguna soberanía podrá conceder el acta de nacionali-

Art. 40. Para obtener el acta de nacionalidad deberán pertenecer los buques á los ciudadanos del Estado ó á los extranjeros que tengan aquí su domicilio ó su residencia por lo menos durante cinco años. También podrán los extranjeros no domiciliados ni residentes en el Estado participar de la propiedad de los buques nacionales hasta una tercera parte. Para los efectos de este artículo se consideran nacionales la Sociedad colectiva ó en comandita, si alguno de los socios solidarios que da nombre á la razón social es un ciudadano del Estado. Las Sociedades de la misma naturaleza compuestas de extranjeros, pero establecidas y con su principal residencia en el Estado, son asimiladas á los extranjeros domiciliados en el mismo. Las Sociedades anónimas se consideran nacionales si su principal residencia se halla en el Estado y en él celebran sus Asambleas generales. Las sucursales de las Sociedades extranjeras autorizadas por el Gobierno para negociar en el Estado están asimiladas á los extranjeros domiciliados ó residentes en el mismo, con tal que tengan un representante provisto de poderes generales.

Art. 41. Los extranjeros no domiciliados ni residentes durante cinco años que adquieran por cualquier título la propiedad de un buque italiano en una parte que exceda del tercio, deben traspasar en el término de un año, el excedente á persona que tenga las cualidades exigidas por las leyes.

(Esta disposición se aplica también al italiano propietario que hubiese perdido la ciudadanía italiana, y á la mujer que se casó con un extranjero, y si dichas personas no hiciesen la cesión de la parte que no les está permitido poseer, deberá la autoridad marítima proveer de oficio á la venta.)

(1) Las disposiciones relativas á la construcción de los buques, por lo que se refiere á la capacidad exigida á los constructores navales, y las inspecciones que deben preceder para aceptar el buque como en buen estado para la navegación, deben considerarse como de interés nacional.

(2) Según nuestra ley, el buque puede ser cancelado en la matrícula si por cualquier circunstancia pasase á ser propiedad de un extranjero.

(3) La nave capturada en tiempo de guerra que sea adjudicada al que la capturó, pierde su nacionalidad de origen.

dad, sino á condición de que dicha nave presente un certificado de la autoridad marítima competente, en el que conste que ha dejado aquella bandera (1);

f) Toda nave debe probar su nacionalidad, considerándose al efecto suficiente el acta redactada en forma auténtica, y debidamente legalizada y visada por la autoridad competente del Estado á que pertenezca. Esta acta, suficiente para establecer *prima facie* la nacionalidad del buque, deberá hacer prueba plena, á menos que se probase su falsificación, usurpación, ó uso arbitrario;

g) El acta de nacionalidad deberá contener el nombre de la nave, sus dimensiones y tonelaje, y las indicaciones suficientes para establecer su identidad; el nombre del propietario ó propietarios, especificando la parte de cada uno; la anotación de las enajenaciones ó cesiones de propiedad, de los créditos privilegiados existentes, de las hipotecas, contratos de pignoración ó de cambio marítimo, y cuanto sea necesario para conocer *prima facie* la situación jurídica del buque respecto de los causahabientes del mismo, y las demás indicaciones oportunas para que puedan conocer dicha situación los que tuvieren interés en ello.

Faltando cualquiera de estas cosas, deberán considerarse como nulas y de ningún valor, para los efectos internacionales, las disposiciones de la ley nacional del buque;

h) Son aplicables al buque que tenga una nacionalidad propia y determinada, las leyes del Estado á que pertenezca, en todas las cuestiones relativas á su condición jurídica, á la propiedad, á la traslación de dominio, á las formalidades necesarias para cambiar el carácter nacional primitivo, ó para perderlo, y para determinar la naturaleza y el orden de los derechos adquiridos por los acreedores del buque, y las obligaciones y responsabilidades de sus propietarios, en lo concerniente á la nave y á la expedición, á condición de que dichas leyes no sean contrarias á los principios del derecho público vigentes en el Estado en que se pida su aplicación, ó á las reglas del Derecho internacional.

1.000. Aplicando estos principios, se deduce que debe decidirse de conformidad con la ley nacional de la nave, si ésta puede

(1) Según nuestra ley, no se concede certificado de omisión de bandera á uno que no sea italiano, cuando haya oposición por parte de los acreedores privilegiados. No debe admitirse que el orden de preferencia pueda variar cambiando el carácter nacional de la nave, si han de respetarse los derechos legítimamente adquiridos.

ser vendida, bajo qué condiciones, y qué formalidades son necesarias para que la enajenación ó cesión pueda tener efecto respecto de tercero; mas para decidir, por ejemplo, las consecuencias de la venta entre el propietario y el comprador, lo que se refiere al pago del precio estipulado, á las acciones de garantía, á la consignación del buque y á la toma de posesión del mismo, debe aplicarse la regla general *locus regit actum* (1). De aquí que, si se tratase de un buque italiano, no podría ser válida y eficaz respecto de tercero la enajenación ó cesión total ó parcial del mismo, si no resultase prueba escrita, y no se hubiese trasladado al registro del departamento marítimo en que se hallaba inscrito, ni se hubiera anotado además en el acta de nacionalidad (2).

Cuando no se hubiesen observado estas formalidades y se cuestionase acerca de los derechos del nuevo comprador en concurrencia con otros interesados en el buque, sería contrario á los principios del Derecho internacional que deben regir el ejercicio de los derechos de la soberanía extranjera, querer sujetar dicho buque á la ley del lugar en que se halle, y decidir con arreglo á ella acerca de los derechos de propiedad sobre el mismo. La soberanía territorial no puede aplicar sus leyes propias á los buques extranjeros que se hallen en un puerto del Estado, para determinar por ellas los derechos legítimamente adquiridos por particulares, antes bien deben reconocerse aquellas leyes que regulan la nave, aun cuando ésta se halle en un puerto extranjero, y que deben considerarse respecto de ella como las leyes personales respecto de la persona.

1.001. No estuvieron, pues, acertados los Tribunales de la Luisiana al juzgar acerca de los derechos adquiridos por uno que había comprado en Boston un buque perteneciente por su nacionalidad al Massachussets, — y que había sido vendido con arreglo á las leyes de aquel Estado,—y al aplicar las leyes propias para decidir si la venta podía ó no considerarse perfecta, y si los derechos del nuevo propietario debían ser reconocidos en concu-

(1) LYON CAEN, *Etude de Droit international privé maritime*, en el *Journ. de Droit intern. priv.*, 1877, pág. 479.

(2) Véase el nuevo Código de Comercio, art. 475. Nuestro legislador ha provisto eficazmente á la tutela de los intereses de tercero, disponiendo que la venta no pueda producir efecto alguno respecto á éste, si no se ha transcrito á los registros de la oficina marítima en que la nave se hallaba inscrita y á los del consulado en el exterior, que transmitirá copia auténtica de ello á dicha oficina; pero ni en uno ni en otro caso podrá recibir ni transcribir la escritura de enajenación sin haber presentado previamente el acta de nacionalidad, y anotado en ella la venta con la indicación de si el vendedor ha recibido todo ó parte del precio. Artículo citado.

rrencia con los de un ciudadano de la Luisiana, que había secuestrado el buque en un puerto de este Estado contra el primer propietario, resolvieron que así como la ley de la Luisiana no consideraba perfecta la venta sino cuando había seguido á ella la entrega material del buque, no podía considerarse tal la realizada en Boston por faltar la entrega, siendo así que, según las leyes del Massachussets, no es ésta indispensable. Todo el fundamento de su decisión se resume en estos términos: cuando las leyes de dos países sean diversas y sobrevenga un conflicto de interés entre los ciudadanos de ambos Estados, debe prevalecer la ley del lugar del litigio, porque el principio de cortesía internacional, por el que se admite la autoridad de las leyes extranjeras, sólo debe ser aplicable cuando el Estado ó sus ciudadanos no sufran por ello perjuicio alguno (1).

Ya hemos demostrado que el reconocimiento de la autoridad de las leyes extranjeras no es un acto de mera cortesía entre dos soberanías, sino una verdadera obligación jurídica.

1.002. Deben considerarse, por tanto, contrarias á los principios del Derecho internacional las máximas sancionadas por la jurisprudencia francesa. Los Tribunales de esta nación han admitido como regla que á los buques extranjeros que se hallen en los puertos franceses deben aplicarse las disposiciones de las leyes francesas, no solo para decidir acerca de los derechos que han nacido después que dichos buques han entrado en las aguas territoriales de Francia, sino también respecto de los derechos adquiridos por un tercero en países extraños sobre buques también extranjeros; de modo que, en el conflicto de derechos entre franceses y extranjeros interesados en la nave, no puede reconocerse en Francia ningún derecho de estos últimos, por más que se hubiese adquirido legitimamente con arreglo á las leyes nacionales del buque, sino bajo la condición de haberse adquirido observando las formalidades prescritas por la ley francesa y en conformidad con la misma; doctrina injustificable y que es un verdadero contrasentido jurídico, porque atribuye á la soberanía francesa el poder anormal de regir con sus leyes los derechos adquiridos por extranjeros sobre buques que también lo sean.

El Tribunal de casación de este país formuló esta peregrina teoría en su sentencia de 19 de Marzo de 1872: «Los buques mercantes, dice, propiedad de un extranjero, por más que estén ma-

(1) V. CLUNET, *Journ. de Droit international privé*, 1876, pág. 129.

tricolados en un puerto extranjero, deben estar sometidos á la ley francesa si se hallan en un puerto francés en el momento del secuestro ó de la venta. Por consecuencia, la hipoteca ó *mortgage* con que esté gravado, aun con arreglo á las formas y condiciones de la ley inglesa, durante la permanencia anterior del buque en su puerto de matrícula en Inglaterra, es considerada como nula por los Tribunales franceses.

«Los Tribunales franceses deben hacer que se respeten, con arreglo al principio establecido en el artículo 1.134 del Código civil, los convenios hechos en país extranjero, aun cuando no se hayan verificado con las formalidades que prescribe la ley francesa; pero no sucede lo mismo en lo que concierne á los derechos reales conferidos por estos convenios; los acreedores no están obligados á reconocerlos sino cuando el deudor los ha conferido de conformidad con las leyes francesas.

¿A qué se reduciría el crédito marítimo y la seguridad de los contratos que se refieran á buques, si se elevase á regla de Derecho internacional esta doctrina del Tribunal de Casación de Francia? Los acreedores extranjeros que hubiesen adquirido derechos sobre un buque con arreglo á la ley del departamento marítimo á cuya matrícula perteneciese la nave, no estarían seguros confiando en las garantías legales establecidas por la ley del Estado de donde el buque proceda, sino que deberían acomodarse á las leyes de todos los países marítimos, si cada soberanía pudiese aplicar después sus prescripciones legales para decidir acerca de los derechos adquiridos sobre el buque durante su permanencia en el puerto donde existe su matrícula (1).

Era natural que todos los demás Tribunales franceses siguiesen este mismo camino. El Tribunal de Comercio del Havre y el Tribunal de Rouen (2), llamados á decidir acerca de los derechos de propiedad adquiridos en Inglaterra por ingleses sobre un buque inglés, el *Colstrup*, fallaron que debía aplicarse la ley francesa para apreciar la eficacia de la venta, solo porque dicho buque se hallaba en los puertos franceses mientras se discutía respecto del derecho del propietario en concurrencia con los que correspondían á un acreedor francés que había verificado su secuestro, conclu-

(1) Cas. 19 Marzo 1872, Craven y Cons. contra una sentencia del Tribunal de Caen de 12 de Julio de 1870, reproducida en el *Journal du Droit international privé*, 1874, pág. 31.

(2) Trib. de Comercio del Havre, 14 Agosto 1877, Rouen 31 de Julio de 1876; SIREY, 1877, 2, 129, y la importante nota puesta por LYON CAEN.

yendo que no podían reconocerse los derechos del propietario, porque la venta no se había inscrito en el acta de nacionalidad según disponen las leyes francesas. Pero si la venta se había hecho en Inglaterra, si se trataba de un buque inglés, ¿cómo podía pretenderse que el comprador inglés necesitase observar las disposiciones de la ley francesa para que fuese eficaz su compra, siendo así que observó, como debía, las formalidades prescritas por la ley inglesa, y adquirió su título perfecto como propietario antes de que el buque llegase á las aguas territoriales francesas y cayese bajo el dominio de aquella ley?

Al criticar Lyon-Caen esta decisión, la halla contraria á todos los principios. Aun cuando quisiese aplicarse á las naves la *lex rei sitae*, no podría llegarse á la aplicación de la ley del lugar en que se hallan en el momento en que comience el litigio para decidir derechos anteriormente adquiridos (1).

Mejor decisión fué la del Tribunal de Luisiana, que llamado á juzgar acerca de la hipoteca consentida en el Estado del Maine, la admitió porque resultó de las pruebas que el derecho había sido válidamente adquirido con arreglo á la ley del lugar del contrato, y, como observó el Tribunal, el título del acreedor hipotecario era perfecto antes de que el buque abandonase las aguas del Maine para ir á las de Luisiana (2).

1.003. Concluimos, pues, de aquí, que según los justos principios del derecho internacional, debe cada soberanía reconocer la autoridad de las leyes nacionales relativas á los buques, en todo lo que se refiera á su propiedad y á la constitución de prenda ó hipoteca, aun para la eficacia de la traslación total ó parcial de dominio, respecto á los propios ciudadanos interesados en la nave, siempre que dichas leyes no se hallen en oposición con el derecho público territorial ó con el derecho social.

(1) Véase el artículo citado en el *Journal de Droit international privé* y nuestra obra *Derecho internacional privado*, § 220, y la *De la quiebra según el derecho internacional privado*, Pisa, 1873, pág. 111.

Confr. las sentencias citadas del Tribunal de Caen, 12 de Julio 1870, *Journ. du Pal.*, 1871, 269, y Cas. franc., 19 de Marzo 1872, en el mismo, pág. 560, en las cuales no se reconoce la eficacia de una prenda sobre un buque inglés, constituida válidamente con arreglo á las leyes inglesas.

No dejaremos de notar que el Tribunal de Comercio de Hontfleur había enunciado el principio justo, diciendo que «la validez del compromiso contraído en Inglaterra entre ingleses, con arreglo á la facultad que les da la ley inglesa, debía respetarse por sus derechohabientes y sus acreedores»; 9 Abril 1870, *Journ. du Pal.*, 1871, pág. 263, y las observaciones de Mr. LARRÉ, *Sirey*, 1871, II, 57.

(2) CLUNET, *Journal de Droit international privé*, 1876, pág. 121.

Mas para aclarar esta reserva, debemos observar que, si la ley extranjera, cuando se trata de los derechos de los interesados en la nave, no proveyese después lo conveniente para colocar á los terceros en condiciones de conocer la situación jurídica de aquella y los créditos y preferencias adquiridas, no podría pedirse aplicación de semejante ley, pues sería contrario al derecho social reconocer la autoridad de una ley extranjera, si ésta no establece las prescripciones convenientes para evitar el fraude con la publicidad de los derechos adquiridos en virtud de sus disposiciones, y hacer imposibles las sorpresas con perjuicio de terceros, poniendo á éstos en condición de conocer ó de poder conocer, por las cartas de á bordo, la situación jurídica del buque respecto de sus propietarios y causahabientes (1).

Por otra parte, como ninguna soberanía debe permitir que los buques extranjeros puedan invocar la *lex rei sitae* y acomodarse á ésta para derogar su ley nacional, empeorando la condición de aquellos que, bajo la garantía de dicha ley, hubiesen adquirido derechos sobre ellos, dedúcese que, si según el estatuto nacional del buque no fuese permitido constituirlo en prenda ó hipoteca, no debería tampoco permitirse á una nave extranjera poder referirse á la *lex rei sitae* para constituir válidamente aquellas garantías.

En esto encontramos exacta la teoría sancionada por el Tribunal de Rennes á propósito de una hipoteca (*mortgage*) constituida en Inglaterra por un francés en favor de otro antes de haberse promulgado en Francia la ley sobre las hipotecas marítimas (2). El Tribunal anuló con razón la hipoteca, porque aquella no podía constituirse de un modo contrario á lo que disponía la ley francesa (3).

1.004. En lo que se refiere al orden de los créditos adquiridos sobre el buque, admitida la regla de que debe ser única la ley á que haya de considerarse sujeto aquél en cuanto concierne á la

(1) En el litigio seguido ante los Tribunales franceses respecto del buque inglés faltaba la anotación en el acta de nacionalidad; pero según la ley inglesa de 1854, las constituciones de prenda (*mortgage*) deben inscribirse bajo pena de nulidad en el registro de la aduana del puerto á cuya matrícula corresponda el buque. Por esto, el acta de nacionalidad lleva la anotación de que ésta no constituye título para comprobar las hipotecas sobre las naves.

(2) Promulgada el 22 de Diciembre de 1874.

(3) Rennes, 14 Abril 1875, *El GALLE, Journ. de Droit intern. priv.*, 1875, página 437.

propiedad, enajenación ó cesión total ó parcial de la propiedad ó del uso de la nave, y que esta ley única debe ser la ley nacional del buque, es natural que para el orden y prelación de los créditos adquiridos haya que referirse á dicha ley. Si se admitiese un principio distinto, los derechos legítimamente adquiridos con ciertas garantías sancionadas por la ley, podían quedar perjudicados cuando la nave se trasladase á otro lugar.

Por otra parte, habiendo establecido como principio que los créditos adquiridos deben resultar de prueba escrita y ser anotados en el acta de nacionalidad, es claro que no podrá temerse perjuicio alguno para aquellos que hubiesen celebrado contratos relativos al buque mientras estuviesen en situación de conocer la condición jurídica del mismo, examinando el acta de nacionalidad y los documentos existentes á bordo.

1.005. Finalmente, en lo que se refiere á la responsabilidad del propietario ó propietarios del buque, es natural que, según la ley bajo que nace la obligación personal, así debe determinarse la extensión y extinción de la obligación misma. Salvando, pues, el principio de derecho internacional, que dice que aquellos á quienes está confiado el mando del buque deben estar obligados á responder de lo que éste haga, según la ley bajo la cual nace su responsabilidad personal aun en aquello que al buque mismo y á la expedición se refiere, no deberá dudarse, en lo que respecta al propietario, que éste no puede ser obligado á responder de todo lo referente á aquél y á la expedición, sino en los casos y límites establecidos por la ley nacional bajo la que su obligación tuvo origen. Esta es la razón porque, si se tratase de un buque italiano, el derecho de quedar libre de responsabilidad mediante su abandono y el del flete, en los casos y dentro de los límites establecidos por nuestras leyes, deberá ser reconocido como una justa aplicación de los principios del Derecho internacional.

1.006. Resumiendo los principios expuestos, proponemos, pues, las siguientes reglas:

a) Todas las cuestiones referentes á la propiedad de una nave, la traslación de dominio, las formalidades exigidas para la validez y para la eficacia de aquella entre las partes respecto de tercero, deben decidirse de conformidad con la ley del Estado á que la nave corresponda, por haberse ésta inscrito y registrado en uno de los departamentos marítimos de dicho Estado después de su construcción;

b) Los derechos reales que pueden adquirirse por terceros so-

bre la nave y el orden de prelación de los mismos, deben regirse por la misma ley, la cual deberá regular también las formalidades exigidas para la adquisición eficaz y para la conservación de aquellos, así como su extensión;

c) Con arreglo á la ley nacional de la nave, deberá decidirse también si ésta puede ser objeto de hipoteca ó de prenda, y determinar las formalidades exigidas para la eficacia de estos contratos, el grado, los efectos y cuanto concierne á las condiciones de la validez, duración y extinción de dichos derechos de hipoteca y prenda;

d) Cuando la hipoteca haya sido inscrita válidamente con arreglo á la ley nacional del buque, podrá procederse á los actos de ejecución forzosa en cualquier lugar en donde aquél se halle, aunque en él no esté reconocida por la ley la hipoteca naval, y no será necesario que para las formalidades de la inscripción se hayan observado las disposiciones de la ley del lugar en que se procede á la ejecución, siendo solo aplicable en lo concerniente á los actos del procedimiento ejecutivo;

e) La ley nacional del buque no deberá reconocerse si de su reconocimiento resultase alguna ofensa para el derecho social ó el orden público;

f) El capitán deberá responder personalmente de todas las culpas y faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones. Los propietarios del buque estarán, sin embargo, obligados á responder de los actos del capitán;

g) La extensión de la responsabilidad de los propietarios de la nave por los actos del capitán respecto de los terceros y entre sí, deberá determinarse con arreglo á la ley nacional del buque (1).

1.003. Pasemos ahora á exponer las relaciones del buque extranjero con la soberanía territorial, y las reglas según las cuales serán aplicables al mismo las leyes del Estado en cuyos dominios se encuentre.

Ya hemos dicho cuándo y cómo son las leyes penales y las de policía y seguridad aplicables á los buques extranjeros que se hallen en las aguas territoriales (2); pero lo son además las que re-

(1) Con arreglo á la ley italiana, no es solidaria la responsabilidad de los copropietarios por los actos del capitán, sino proporcional á lo que cada cual posea en la propiedad del buque.

(2) Véase el t. I, § 525 y sig. En el reglamento para el servicio de los Guardias de Hacienda (Carabineros) se establecen las reglas para la vigilancia del mar territorial, art. 44. Véase el reglamento de 26 de Marzo de 1882.

gulan el ejercicio de los derechos correspondientes á los particulares, relativamente al buque y á la expedición, y que nacen, ó de hechos accidentales ocurridos en el arribo, ó de la aplicación de los principios generales del derecho internacional.

Conviene observar, en efecto, que respecto de los intereses generales del comercio, debe cada soberanía, dentro de los límites antes expuestos, reconocer en su propio territorio la eficacia de las leyes nacionales del buque; pero en todo lo demás, deben quedar á salvo los derechos de la soberanía territorial y su independencia política de manera que aquella pueda aplicar las propias leyes á los buques extranjeros, del mismo modo que las aplica á cualquier objeto de propiedad perteneciente á los individuos de otros países.

1.008. Las autoridades locales podrán, pues, autorizar, por ejemplo, el secuestro del buque extranjero á petición de un acreedor nacional ó extraño, en la misma forma y con las mismas condiciones que cualquier otro objeto de valor perteneciente á los extranjeros, que se halle en territorio del Estado, y respecto del cual se pidiese esta medida (1).

Está, por tanto, en las atribuciones de la autoridad territorial que hubiese decretado el secuestro del buque, el decretar además todas las providencias necesarias para su conservación y custodia, y si llegase el caso de despedir á la tripulación, no podría considerarse esta medida como contraria al Derecho internacional, si en las mismas circunstancias de causa y juicio hubiese podido decretarse respecto de un buque nacional la misma providencia. Tampoco podría impugnarse el derecho á impedir la partida del buque, notificando á la autoridad marítima que hubiese de visar el permiso de salida el decreto legal del secuestro. Las reclamaciones de la autoridad consular del Estado á que pertenezca el buque, no podrán sustraer éste á la jurisdicción territorial respecto de todas las medidas que pudiesen reclamar los interesados de conformidad con la *lex rei sitae*, aun cuando tales medidas pudiesen considerarse á primera vista como provocadas sin justo título. La autoridad que hubiese decretado el secuestro, debe proteger los derechos de los causahabientes sobre el buque por las indemniza-

(1) Confr. Bruselas, 18 Julio de 1870 (*Pasicr. belge*), 1871, II, 159 y la nota; ROGER, *Saisie-arret*, segunda edición, núm. 156.—París, 19 Enero de 1850; DALLOZ, 1851, II, 125, y Bruselas, 14 Diciembre 1871, en el *Journ. cit.*, 1874, pág. 83.

ciones que pudiesen pedir en caso que se declarase nulo ó injusto el secuestro; pero como las autoridades administrativas no pueden juzgar del valor de los títulos de los acreedores que pidan el secuestro, y como, por otra parte, no puede sustraerse la nave al imperio de la *lex rei sitae*, por esto deberá someterse la cuestión á la jurisdicción competente para decidir acerca de la validez del mencionado secuestro.

1.009. La ley territorial es la que debe determinar si el capitán está ó no obligado á entregar el mando del buque á un piloto local para las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de la violación de la ley que imponga el pilotaje obligatorio, y para la responsabilidad del capitán respecto de los interesados.

Debemos notar, sin embargo, acerca del pilotaje obligatorio, que, cuando con arreglo á la ley de un Estado se imponga á los navegantes extranjeros la obligación de servirse de piloto local, y no se haya provisto al mismo tiempo á regular la responsabilidad del piloto por las faltas cometidas por él en el ejercicio de sus funciones, y al resarcimiento de los daños por él ocasionados, podría surgir la cuestión de si el Estado debía estar obligado á responder por sí mismo, y se debería en tal caso decidir con arreglo á los principios del derecho internacional todo lo concerniente á la responsabilidad del Estado para la indemnización de los daños ocasionados por el piloto que hubiese sido impuesto.

Según los principios generales, debería admitirse, en efecto, que, cuando la ley imponga al propietario del buque un piloto, no podrá considerarse éste como un empleado del propietario, sino como un agente impuesto por dicha ley, y, por consiguiente, no deberá obligarse al mencionado propietario á responder, respecto de tercero, de los daños que pudieran sobrevenir por descuido ó impericia de dicho piloto. De aquí que, si la ley que impone la obligación del pilotaje no dispusiera lo conveniente para que las partes perjudicadas puedan ser indemnizadas de los daños que por culpa de aquél sobreviniesen, y á librar de esta responsabilidad al propietario del buque, habría llegado el caso de pedir al Estado mismo la indemnización correspondiente, de conformidad con los principios anteriormente expuestos acerca de la responsabilidad del Estado por culpa de sus agentes.

En este caso no sería una razón decisiva la de aducir que si la ley territorial sobre el pilotaje obligatorio no libra al propietario del buque de toda responsabilidad, no puede considerársele como exento de ella; porque esta ley no puede modificar los principios

del derecho de gentes, según los cuales no puede admitirse que la soberanía territorial pueda imponer un piloto, y declarar al mismo tiempo que el propietario del buque sea responsable de los daños ocasionados por causa del piloto que se le impone (1).

Es necesario, sin embargo, distinguir siempre cuidadosamente, con arreglo á los principios generales del derecho, las relaciones en que pueda hallarse el capitán del buque con el piloto que la ley ó el reglamento le impongan, para decidir si la responsabilidad del capitán ó del armador debe considerarse como excepcionalmente disminuída ó absorbida completamente por la del piloto que se encarga de la dirección del buque; lo cual interesa mucho establecer bien para decidir luego la responsabilidad correspondiente al uno ó al otro por los daños que pueda ocasionar un abordaje por parte del buque de que se trata.

Todo depende de la disposición de la ley ó del reglamento, y conviene examinarlos atentamente. Si la ley ó el reglamento no sólo imponen al capitán el piloto, sino que disponen al mismo tiempo que aquél debe ceder á éste la dirección y el mando del buque, es evidente que debe considerarse necesariamente exentos de responsabilidad al capitán y al armador, y que ésta debe pesar sobre el que impone el piloto, pues éste sustituye á la persona legalmente responsable, y él sólo debe serlo respecto de los terceros. Si en tal caso la soberanía no hubiese puesto á salvo de un modo conveniente los intereses de tercero, debe ser el Estado mismo el responsable.

Si el piloto fuese impuesto sólo como un consejero experto, pero sin sustituir al capitán en el mando y dirección del buque, no quedará exento de responsabilidad, ni recaerá toda ésta sobre el piloto ó quien se lo hubiese impuesto. Dicho piloto será responsable para con el capitán de todas aquellas indicaciones falsas acerca del rumbo, y de los errores que se refieran al perfecto cono-

(1) No todas las leyes eximen al propietario de la nave por los daños ocasionados por el pilotaje obligatorio. Véase FIELD, *Intern. Cod.*, § 383, y la ley de comercio general alemana, parte VIII, § 740, que, según refiere FIELD, dispone que el tener un piloto á bordo no exime de responsabilidad.

El propietario se exime algunas veces, según el Acta sobre la Marina mercante inglesa, 1854, art. 388 (17 y 18 *Victoria*, c. 104).

La ley italiana ha resuelto perfectamente esta cuestión. Nuestro Código de Marina dispone en su art. 198 que los pilotos deben prestar caución por la suma que el reglamento determine, y el artículo siguiente dispone que «el Cuerpo de los pilotos será responsable hasta donde alcance la caución por los daños ocasionados por la impericia y negligencia del piloto, salvo los derechos ulteriores contra este último».

cimiento de los lugares; mas para hacer responsable en tal caso al que hubiese impuesto el práctico, debería probarse que el daño había sido consecuencia necesaria de la indicación falsa, y que hay también culpa por parte del que impuso el piloto. Debe, en efecto, admitirse la obligación tácita de proporcionar pilotos fieles y expertos, y pudiera llegar caso en que la Administración fuese responsable de los daños, si por medio de sus leyes no hubiese atendido convenientemente á llenar bien el compromiso tácito que asume con los barcos que navegan en sus aguas (1).

1.010. En lo que se refiere á las formalidades que en ciertos casos deben llenarse para poner á salvo los intereses de tercero, es necesario atenerse á cuanto dispone la *lex rei sitae* en todo aquello á que no se hubiese provisto mediante convenios ó tratados de navegación y de comercio estipulados entre dos Estados. Esto debe decirse, por ejemplo, de las declaraciones que hayan de hacerse para comprobar los incidentes ocurridos durante la navegación, y todas las consecuencias que de ellos puedan derivarse respecto á los terceros interesados en el reparto de las averías comunes (2).

A esto proveen ordinariamente los tratados internacionales. Cuando éstos existen, conviene observar las leyes en ellos establecidas; pero si no existiesen, será necesario observar las prescripciones de la ley territorial.

La *lex rei sitae* debe, pues, aplicarse á ciertos incidentes de la navegación en las aguas territoriales, como sucede, por ejemplo, en lo relativo á los gastos que pudieran ocurrir en caso de arribada forzosa, de abordaje y de naufragio, salvo siempre los convenios especiales hechos por medio de los tratados (3).

(1) Véase, respecto de este punto, el capítulo único, *De las obligaciones convencionales*.—Confróntese SMITH, *Merc. Law*, octava edición, página 309, —*Analytical Digest of Law Reports*, 1865 á 70, por STORY, *Pilotaje*, pág. 555 y siguientes.—DALLOZ, *Droit maritime*.

(2) Véanse en el Código de la Marina italiana los arts. 115 á 117.

(3) La regla para declarar, en caso de naufragio ó de peligro, la asistencia obligatoria por parte de las autoridades locales y sin derecho á la indemnización extraordinaria, ha sido generalmente aceptada por el derecho convencional. En el convenio entre Francia é Inglaterra para liquidar los gastos por el salvamento de los buques naufragos, de 16 de Junio de 1879, se equiparan las naves extranjeras á las nacionales en el pago de dichos gastos.

ÍNDICE

PARTE ESPECIAL

(División primera, libro primero)

(Continuación).

Páginas

SECCIÓN SEGUNDA

DE LOS DEBERES INTERNACIONALES DE LOS ESTADOS

551. Objeto de esta sección.—552. División de la misma..... 5

CAPÍTULO PRIMERO

Del deber de no intervención y del de intervención.

553. El deber de no intervención da origen á muchas disputas.—
554. Definición de la intervención según los publicistas italia-
nos.—555. Nuestra opinión.—556. Es distinta de la mediación.
—557. Algunos consideran como absoluto el deber de no inter-
vención.—558. Otros hacen muchas excepciones.—559. Nuestras
observaciones.—560. Estúdiense mejor los argumentos.—561.
Máxima general.—562. Los actos arbitrarios no son derechos de
soberanía interna.—563. Ejemplos.—564. Regla.—565. Aplica-
ciones. Excepciones al derecho de no intervención según Philli-
more.—566. Heffter.—567. Rossi.—568. Chateaubriand.—569.
Arntz.—570. Observaciones críticas.—571. Se confirma de nuevo
que el asunto se ha estudiado mejor.—572. Se prueba con ejem-
plos la contradicción de la teoría contraria.—573. No era otro el
pensamiento de las potencias aliadas.—574. Máximas generales.
—575. Si el ser autorizada por el Estado puede hacer lícita la
intervención.—576. Si los tratados concordados pueden legiti-
mar la intervención.—577. Son contrarios los precedentes histó-
ricos.—578. Teoría inglesa del Ministerio Kanning.—579. Ob-
servaciones.—580. Si es lícito intervenir para apaciguar la gue-
rra civil.—581. Conclusiones.—582. Cuándo podrá ser lícita la
intervención.—583. Máximas generales.—584. Se confirma la

teoría con la autoridad de Cobden.—585. Teoría de Grocio sobre el derecho de castigar las infracciones del derecho natural.—586. Opinión de Vattel.—587. Nuestra opinión.—588. El derecho internacional debería estar bajo la garantía colectiva de los Estados civilizados.—589. Máximas generales para arreglar la intervención colectiva.—590. Aplicaciones.—591. Casos en que podría ser lícito intervenir por violación del derecho internacional en el interior del Estado.—592. Conclusiones.—593. De la intervención para poner á salvo los intereses católicos.—594. Sofismas de aquellos que querían aplicar á estas cuestiones principios especiales..... 7

CAPITULO II

Del deber de mútua asistencia.

595. Diversas formas del deber de asistencia internacional.—596. Los Estados tienen deberes morales.—597. Opinión de Montesquieu.—598. La ley moral obliga á los Estados.—599. Máximas generales.—600. Todos los deberes internacionales de los Estados se resumen en el *honeste vivere*.—601. Obligación de impedir la propagación de las enfermedades contagiosas.—602. Los Estados deben favorecer el estudio de las epidemias.—603. Máximas generales.—604. Deben favorecerse las comisiones científicas.—605. Protección á los buques extranjeros que se hallen en peligro.—606. Asistencia en caso de naufragio.—607. Protección debida á las cosas salvadas del naufragio.—608. Asistencia para la administración de justicia.—609. Supplicatorios.—610. Reglas generales.—611. Asistencia para la instrucción de un proceso penal por delito político, ó contra un ciudadano.—612. Obligación de entregar los malhechores independientemente de los tratados.—613. Regla.—614. No debe perjudicarse al Estado vecino.—615. Protección á los acusados por delitos políticos.—616. Asistencia para impedir el contrabando.—617. Opinión de Pardessus.—618. Opinión de Massé.—619. Opinión de Kent.—620. Nuestra opinión.—621. El derecho de visitar los buques en tiempo de paz para impedir la trata de negros.—622. Opinión de Hautefeuille.—623. Nuestra opinión.—624. Reglas.—625. Asistencia para aumentar la utilidad recíproca.—626. Asistencia á los navegantes.—627. Utilidad de un Código internacional.—628. De la uniformidad de las medidas.—629. Los Estados deben practicar lo que traiga comunes ventajas..... 29

CAPITULO III

Del deber de proteger á los propios ciudadanos.

630. Obligación de proteger á los ciudadanos.—631. Corresponde

al Gobierno apreciar las circunstancias.—632. Criticase una opinión de Vattel.—633. La protección contra las leyes locales no sería justificable.—634. Máxima general y sus aplicaciones.—635. Cuándo es lícita la protección.—636. Ejemplos.—637. No será lícita la protección si el ciudadano puede proceder en juicio.—638. Reglas.—639. Principios adoptados en la conferencia de París de 1869.—640. Las mismas reglas se aplican á los naturalizados.—641. Del naturalizado que vuelve á su patria.—642. Medios legales de protección.—643. Opinión de Rocco sobre la represalia jurídica.—644. Opinión del autor.....

47

CAPITULO IV

Responsabilidad de los Estados por los daños ocasionados á los extranjeros.

645. El Estado está obligado á responder de los daños ocasionados por actos de guerra.—646. Está obligado por los perjuicios que causen sus funcionarios.—647. Naturaleza de la responsabilidad del Estado.—648. ¿Cuándo puede procederse contra el Estado?—649. Ejemplo.—650. El Estado en cuanto ejerce los poderes públicos.—651. Relaciones de los funcionarios públicos con el Estado.—652. Casos excepcionales en que el Estado está obligado á responder de los hechos de sus funcionarios.—653. Condiciones á que debería estar subordinada la responsabilidad del Estado.—654. Responsabilidad de un Gobierno que obra con poca diligencia.—655. Responsabilidad internacional por los hechos de los particulares que habitan en el Estado.—656. Culpa imputable á éste.—657. Reglas para determinar cuándo la falta de diligencia puede ser imputable.—658. La cuestión de la responsabilidad de un Estado es una cuestión compleja.—659. Máximas generales.—660. De la obligación del Estado de reparar los males de la guerra.—661. Responsabilidad en caso de guerra civil.—662. Del Estado que emplea ciertos procedimientos contrarios al derecho internacional.—663. Conducta del Gobierno inglés á consecuencia del bombardeo de Cap.—664. Responsabilidad del Estado si perjudica los derechos de los particulares, salvo el caso de fuerza mayor.—665. Reglas.—666. Ejemplos de casos de fuerza mayor.....

57

SECCIÓN TERCERA

DE LOS DERECHOS Y DE LOS DEBERES INTERNACIONALES DEL HOMBRE

667. Noción jurídica del derecho internacional.—668. La individualidad existente por sí é independientemente del derecho territorial, es el requisito principal de la personalidad internacional.—669. El hombre debe reputarse persona ante el derecho

internacional.—670. No es exacto que solamente los Estados sean los sujetos del derecho.—671. Se aclara el concepto de persona internacional.—672. El hombre tiene como tal derechos y deberes internacionales.....	70
---	----

CAPITULO ÚNICO

De los derechos y de los deberes del hombre ante el derecho internacional.

673. Concepto general de los derechos internacionales del hombre.—674. Estos le pertenecen independientemente de su calidad de ciudadano.—675. De la tutela jurídica y de los derechos internacionales del hombre.—676. El derecho de libertad es uno de los principales derechos de la personalidad humana.—677. La relación de ciudadanía debe ser libre.—678. Regla.—679. Derechos de cada soberanía para regular la adquisición y la pérdida de la ciudadanía.—680. Reglas para conciliar el derecho interior con el derecho internacional.—681. El pertenecer á un Estado ó el separarse libremente de él es un derecho de gentes.—682. Este derecho no puede limitarse con el principio de las nacionalidades.—683. La nacionalidad es el factor principal de la agregación y separación libre y espontánea de las gentes, pero no es única.—684. De la libre actividad humana y de la libertad del comercio internacional.—685. De la facultad de residir en territorio extranjero.—686. Derechos de la soberanía territorial.—687. Reglas establecidas por el derecho moderno.—688. Principios relativos á la inmigración y á la emigración.—689. Del goce de los derechos civiles correspondientes á los extranjeros.—690. El derecho de propiedad es también un derecho internacional del hombre.—691. Reglas relativas al derecho de propiedad.—692. Estas son aplicables á todas las formas de propiedad, y por consiguiente, á la propiedad literaria y artística.—693. Derechos de religión.—694. De los deberes internacionales del hombre.....	74
--	----

SECCIÓN CUARTA

DE LOS DERECHOS Y DEBERES INTERNACIONALES DE LA IGLESIA

695. Concepto general de la Iglesia.—696. Relaciones de la Iglesia con el Estado.—697. El consorcio religioso es un hecho natural.—698. Cómo puede la Iglesia católica-romana considerarse <i>persona</i> ante el derecho internacional.—699. Posición jurídica internacional de la Iglesia católica-romana.—700. Consecuencias de la condición jurídica de la Iglesia ante el derecho internacional.—701. Cómo sirven estos conceptos para simplificar la	
--	--

solución de las cuestiones relativas á la Santa Sede.—702. En el estado actual de cosas no pueden aplicarse á la Iglesia romana los mismos principios que á las demás Iglesias.—703. Conclusión de los principios expuestos y orden del tratado..... 94

CAPITULO ÚNICO

De los derechos internacionales de la Iglesia y del Papa.

704. Concepto de la Iglesia.—705. Libertad de que disfruta en cuanto á su organización y gobierno interior.—706. Verdaderos límites entre los que debe hallarse restringida su libertad.—707. Independencia é inviolabilidad del Sumo Pontífice.—708. Condición jurídica de la Iglesia según las leyes internas.—709. La Iglesia no puede pretender el ejercicio de una libertad absoluta.—710. Aplicación de los principios á la publicación de los actos de la Iglesia.—711. El derecho de comunicación libre con el clero y con los fieles corresponde al Romano Pontífice.—712. De la libre comunicación con los Gobiernos de los países extranjeros.—713. Las relaciones de la Santa Sede con los Gobiernos de los países extranjeros pueden regularse por medio de Concordatos de legaciones permanentes.—714. El derecho de legación corresponde al Papa *jure suo*, pero no constituye un derecho inherente á la soberanía política.—715. El derecho de legación y la ley de garantías.—716. Italia no puede impugnar á la Santa Sede el derecho de legación.—717. El Romano Pontífice no goza actualmente de ningún derecho de soberanía territorial.—718. Observaciones críticas acerca de la capitulación por la plaza de Roma.—719. Demuéstrase cómo en virtud de ella el Papa no puede ejercer ningún género de soberanía territorial sobre la ciudad Leonina.—720. Al Papa no asiste derecho alguno de soberanía política ni aun dentro de los límites del Vaticano.—721. Al Papa no corresponde la jurisdicción y el *imperium* inherentes á los poderes soberanos.—722. Al Papa no corresponde el Poder judicial ni el derecho de instituir Tribunales en el Vaticano.—723. Cómo la soberanía temporal del Papa ha tratado de deducirse erróneamente de la ley de garantías.—724. Italia no podría reconocer al Papa el ejercicio del Poder temporal sin grave desconocimiento de los principios del derecho moderno.—725. Al Papa no le corresponde por tanto las prerrogativas inherentes á los soberanos.—726. Cómo la uniformidad de condiciones jurídicas entre el Jefe del Estado y el Jefe de la Iglesia no implica uniformidad alguna entre la soberanía respectiva de cada uno.—727. Justo concepto de la inviolabilidad del Sumo Pontífice.—728. Cómo deben proveer las legislaciones internas á la tutela de las prerrogativas del Papa.—729. No puede justificarse la

irresponsabilidad absoluta en aquello que concierne al orden político.—730. Resumen de la teoría.—731. De la situación jurídica del Papa según la ley italiana de 1871.—732. La soberanía según el concepto del derecho público no puede en manera alguna deducirse de la ley indicada.—733. La ley de garantías responde á otros principios de justicia y de libertad.—734. La extraterritorialidad del Papa no equivale á concederle la inmunidad absoluta.—735. Se aclara el verdadero concepto de la condición jurídica del Romano Pontífice frente al Estado.—736. De la situación jurídica del Papa en cuanto preside la administración de la Iglesia.—737. Los actos de administración de los que se derivan relaciones de derecho privado deben regirse por el derecho común.—738. Si la dificultad que puede surgir en la ejecución de sentencias deben modificar los principios referentes á la jurisdicción.—739. Concepto jurídico que motivó la ley de garantías.—740. De cómo esta ley no revistió caracteres de ley internacional; naturaleza de la misma.—741. De cómo la ley indicada forma parte del derecho público interno.—742. De cómo el Parlamento tenía facultades para introducir modificaciones en ella.—743. De cómo los Gobiernos extranjeros carecen en la actualidad de todo derecho á ingerirse en la cuestión romana.—744. En el actual estado de cosas no existe obligación jurídica alguna positiva de derecho internacional entre Italia y los demás Estados.—745. Cómo podrían los Gobiernos ponerse de acuerdo en la determinación de los derechos de la Iglesia católica y en los de su jefe.....	107
--	-----

LIBRO SEGUNDO

DE LOS BIENES EN SUS RELACIONES CON EL DERECHO INTERNACIONAL.

746. El Estado necesita ciertas cosas exteriores.—747. Concepto jurídico del patrimonio y de los derechos patrimoniales del Estado.—748. Esta cuestión interesa al Derecho internacional.—749. Razón de este título.—750. División de la materia que comprende	155
--	-----

CAPITULO PRIMERO

De las cosas comunes.

(OCÉANO, ALTA MAR)

751. La libertad del mar según el derecho romano.—752. Discusiones en los tiempos modernos.—753. Grocio defiende la libertad del mar.—754. Combátela Selden.—755. Política de Inglaterra.—756. Doctrina de los escritores del siglo pasado.—757. Estado de la cuestión en nuestro tiempo.—758. Opinión de Calvo.
--

- 759. Aspiración de Rusia.—760. Regla.—761. Libertad de la pesca.—762. Regla.—763. Prohibición de ejercer la jurisdicción en alta mar.—764. Necesidad de prevenir los desórdenes y los peligros.—765. Misión de los buques de guerra.—766. Indagación de la nacionalidad de los buques.—767. Principios que rigen acerca de este punto, según el derecho estricto.—768. Reglas.—769. La indagación de la nacionalidad no es un verdadero derecho.—770. Derecho de aproximarse á un barco.—771. Doctrina del Tribunal americano: observaciones.—772. Procedimiento en caso de sospecha de piratería.—773. Medios de impedir los peligros de la navegación.—774. Regla general.—775. Reglas especiales.—776. No puede abusarse de la libertad del mar.—777. La libertad del mar durante la guerra. Referencia..... 158

CAPÍTULO II

Cosas pertenecientes al Estado, de las cuales tienen derecho á gozar todos los pueblos.

778. Los estrechos y los ríos no pueden ser objeto de propiedad.—779. Doctrina de Vattel acerca de los estrechos.—780. Nuestra opinión. Regla.—781. Estrechos de los Dardanelos y del Bósforo.—782. Proyecto de neutralización del canal de Suez.—783. Tasa del peaje.—784. Opinión de Hautefenille.—785. Grocio.—786. Nuestra opinión.—787. Discusiones entre los Estados Unidos y Dinamarca, respecto de los estrechos del Sund y Belt.—788. Cuestiones relativas á la navegación fluvial.—789. Utilidad de explanar el desenvolvimiento histórico de la doctrina.—790. Principios relativos según el Derecho romano.—791. En la Edad Media.—792. Después de la paz de Westfalia.—793. Después de la Revolución francesa.—794. Máximas establecidas en el Congreso de Viena.—795. Controversias surgidas al aplicarlas.—796. Conviene ponerse de acuerdo.—797. Discordancias entre los publicistas.—798. Teorías de Grocio, Vattel, Puffendorf y Wheaton.—799. Opinión de Woolsey.—800. Doctrina de Travers-Twis.—801. Opinión de Calvo.—802. Idem de Heffter.—803. Idem de Klüber.—804. Idem de Bluntschli.—805. Idem de Phillimore.—806. Observaciones. Nuestra opinión.—807. Reglas.—808. Normas generales para los reglamentos de navegación.—809. Reglas.—810. Cabotaje fluvial.—811. Empleo de los barcos fluviales.—812. Extensión, autoridad y sanción de las reglas de navegación fluvial.—813. Fronteras de dos Estados separados por un río.—814. Islas que se formen en dicho río.—815. Ríos que corren por un solo Estado: opinión de Bluntschli.—816. Nuestra opinión.—817. Derecho relativo á la navegación del Rhin hasta el tratado de París de 1814.—818. Disposiciones de los

tratados de París y Viena.—819. Discusión y soluciones definitivas.—820. Navegación por el Elba.—821. Cuestiones acerca de la navegación del Escalda hasta 1814.—822. Máximas y reglamentos posteriores.—823. Navegación del Danubio hasta el tratado de París de 1814.—824. Comisiones del Danubio.—825. Actas de navegación compiladas por estas comisiones.—826. Providencias tomadas en el tratado de Londres de 1871.—827. Idem en el de Berlín de 1878.—828. Navegación por el Vístula.—829. Idem por el Pó.—830. Otros ríos. Referencias..... 173

CAPÍTULO III

Cosas que se hallan en el dominio de la soberanía y cuyo uso inofensivo deberá permitirse á los demás pueblos.

TERRITORIO; MAR TERRITORIAL; MARES CERRADOS; GOLFO; PUERTOS; RADAS; ISTMOS; TÚNELS; FERROCARRILES; TELÉGRAFOS

831. Concepto jurídico del territorio.—832. Sus límites.—833. Derechos de los Estados confinantes sobre los montes.—834. Mar territorial.—835. Reglas.—836. Su extensión.—837. Opinión de Calvo.—838. Productos submarinos.—839. Reglas.—840. Pesca reservada á los ciudadanos.—841. Bahías y golfos.—842. Nuestra opinión.—843. Reglas.—844. Mares cerrados.—845. Mar Negro.—846. Reglas.—847. Puertos y radas.—848. Reglas.—849. Uso de los caminos.—850. Puentes.—851. Istmos.—852. Túneles.—853. Derecho á construirlos.—854. Vías férreas y reglas para su uso.—855. Telégrafos y reglas para su empleo..... 220

CAPÍTULO IV

De los bienes cuyo goce exclusivo corresponde al Estado, pero de los que también ha de gozar sin ofensa del derecho internacional.

IMPUESTOS; ADUANAS; SERVIDUMBRES ACTIVAS; CORREOS; COSAS QUE CARECEN DE DUEÑO; ISLAS; COLONIAS; BIENES EXISTENTES EN EL EXTRANJERO

856. Determinación del asunto de este capítulo.—857. Impuestos sobre los extranjeros.—858. Opinión de Martens.—859. Reglas.—860. Aduanas.—861. Reglas.—862. Servidumbres activas.—863. Reglas.—864. Correos.—865. Reglas.—866. Cosas que carecen de dueño.—867. Reglas.—868. Islas.—869. Posesiones en el exterior.—870. Régimen de las colonias.—871. Reglas.—872. Bienes del Estado existentes en el extranjero.—873. Máximas sancionadas por los Tribunales ingleses..... 240

CAPÍTULO V

De los modos de adquirir y perder la posesión legítima de las cosas por parte de un Estado.

874. Objeto del presente capítulo.—875. No puede atribuirse al Estado la propiedad, sino la posesión del territorio.—876. Diver-

sos modos de adquirir la posesión.—877. Ocupación de las regiones inexploradas.—878. Condiciones para la ocupación.—879. Países habitados por salvajes.—880. Opinión de Vattel.—881. Cómo pueden ocuparse dichas regiones.—882. Opinión de Heffter.—883. Ocupación de parte del territorio.—884. Principios sostenidos en América.—885. Regla.—886. El no uso y la prescripción entre los Estados.—887. Norma para la prescripción.—888. De la accesión.—889. Descubrimientos y sus consecuencias jurídicas.—890. La toma de posesión.—891. Doctrina de los publicistas.—892. Aplicación de los principios y regla.—893. Extensión de la posesión.—894. Regla.—895. Modos derivados para la adquisición de la posesión.—896. Los Tratados.—897. Principios generales.—898. La sucesión y el testamento.—899. La conquista.—900. Consecuencias de la posesión durante la guerra y regla.—901. Pérdida de la posesión.....	254
---	-----

CAPÍTULO VI

De los bienes pertenecientes á los particulares en sus relaciones con el derecho internacional.

902. Bajo qué aspecto se hallan los bienes en relación con el Derecho internacional.—903. Planteamiento de la cuestión.—904. Doctrina de los jurisconsultos antiguos.—905. Consecuencias de sus teorías.—906. Templanza de la rigurosa máxima de la territorialidad de la ley real.—907. Opinión de Bouhier.—908. El estatuto personal y el estatuto real.—909. Influencia de la doctrina de los estatutos.—910. Lucha entre las dos escuelas.—911. Consecuencias de la doctrina de los estatutos.—912. Territorialidad de la ley real en el sistema de la legislación francesa.—913. De qué modo justifica Portalis este sistema.—914. Foelix.—915. Los jurisconsultos anglo-americanos.—916. Sistema adoptado en los países regidos por el <i>Common Law</i>.—917. La escuela alemana.—918. Las leyes modernas.—919. Crítica del principio de la territorialidad de las leyes reales.—920. Concepto de la soberanía territorial en nuestros días.—921. Transformación de las relaciones privadas entre nacionales y extranjeros, y sus consecuencias.—922. Nuestra opinión acerca de la ley que debe regular los derechos sobre los bienes.—923. Reglas generales.—924. Aclaraciones á la regla primera.—925. Observaciones sobre la <i>Comitas gentium</i>.—926. El derecho público y el derecho privado.—927. Reglas generales para la aplicación de las leyes reales.—928. La ley personal debe ser la del Estado á que pertenece el ciudadano.—929. Inconveniente de proclamar como ley personal la ley nacional.—930. Confírmase esta opinión con la autoridad de los publicistas.—931. Oportunidad de los trata-

- dos.—932. Importancia de la preparación de una comunidad de derecho.—933. No debe establecerse diferencia alguna entre los bienes muebles y los inmuebles..... 275

CAPÍTULO VII

De los esclavos y de la trata de negros.

934. Objeto de este capítulo.—935. No puede haber propiedad sobre el hombre.—936. Fundamento de este principio.—937. Precedentes históricos.—938. El comercio de esclavos es contrario al derecho natural..... 317

CAPÍTULO VIII

De la propiedad literaria y artística.

939. Protección internacional del derecho de los autores.—940. Principios generales.—941. Reglas.—942. Extensión de la protección debida.—943. Reglas.—944. Si debe extenderse la protección más bien que restringirse.—945. Regla.—946. Efecto retroactivo del derecho convencional.—947. Reglas.—948. Las contravenciones deben evaluarse con arreglo á las leyes locales.—949. Condiciones exigidas para adquirir el derecho.—950. Regla.—951. Duración de la protección.—952. Venta de las obras falsificadas.—953. Traducción y extracto.—954. Regla 323

CAPÍTULO IX

De la propiedad industrial.

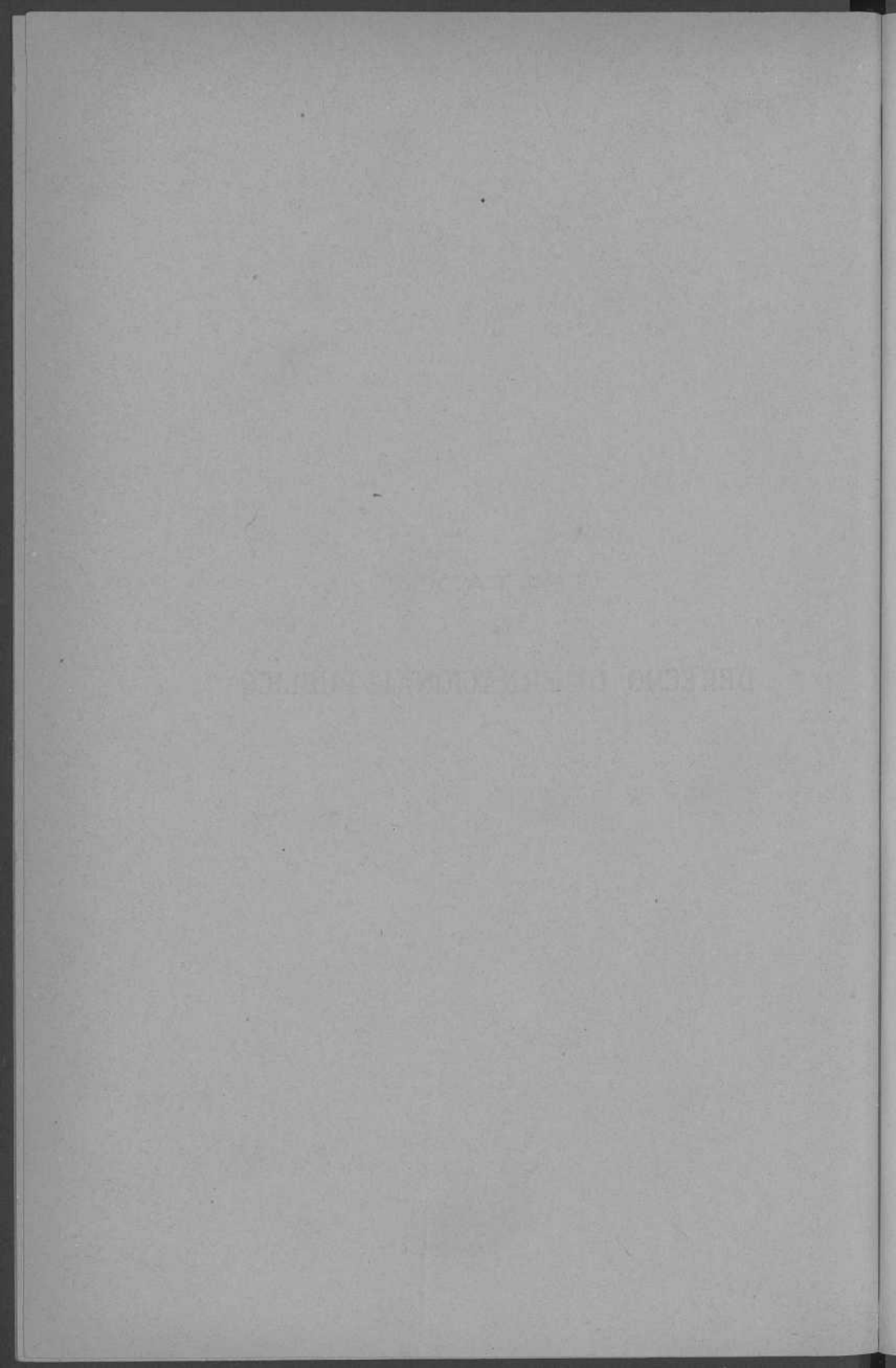
955. Objeto de la propiedad industrial.—956. Propiedad de las marcas de fábrica.—957. Derechos de la soberanía territorial.—958. No es conforme á derecho el sistema de reciprocidad.—959. Reglas de derecho internacional relativas á la propiedad de las marcas.—960. Cómo deben aplicarse dichas reglas.—961. Ley belga.—962. Brasil.—963. Dinamarca.—964. Ley francesa.—965. Alemania.—966. Ley inglesa.—967. Ley italiana.—968. Leyes de Luxemburgo.—969. Ley holandesa.—970. Ley portuguesa.—971. Ley de Serbia.—972. Ley española.—973. Leyes de los Estados Unidos.—974. Ley de Suecia y Noruega. 975. Ley Suiza.—976. Jurisprudencia y principios acerca del carácter jurídico de la marca.—977. Marcas que caen bajo el dominio público.—978. Formalidades y cuestiones relativas.—979. Usurpación de una marca no depositada. Jurisprudencia francesa, belga é italiana.—980. Personas que pueden gozar de la protección legal.—981. Habitantes de las colonias.—982. Protección del nombre comercial.—983. Legislación francesa.—984. Jurisprudencia belga.—985. Jurisprudencia italiana.—986. Nuestra opinión.—987. Nombre intercalado en el emblema.—988. Privilegios de inven-

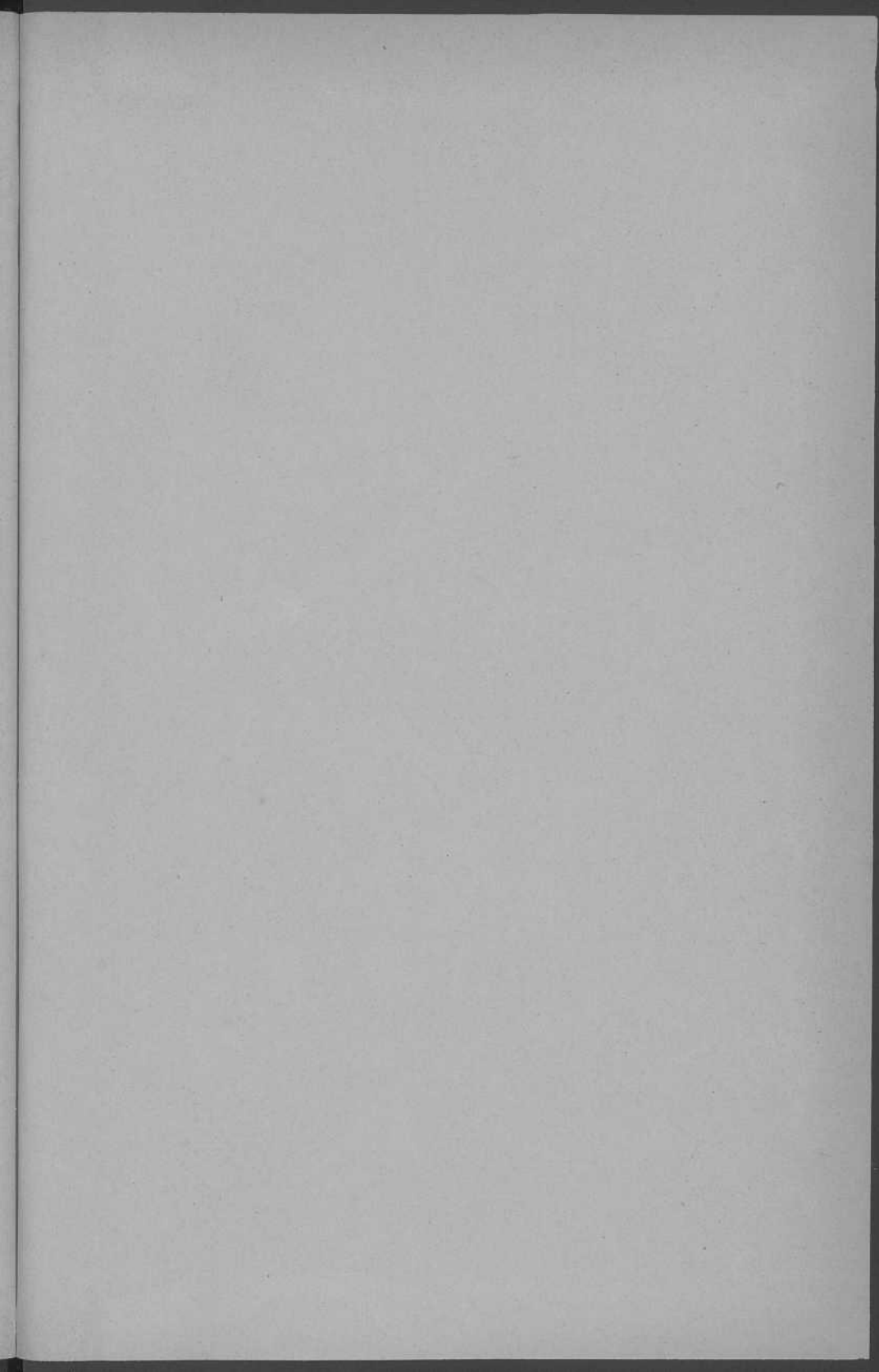
ción. Derechos del inventor.—989. Derechos de la soberanía.—	
990. Utilidad de un acuerdo internacional.—991. Objetos privilegiados <i>in transitu</i> .—992. Objetos expuestos en los locales de una Exposición.—993. Derechos de los extranjeros.—994. Expropiación de los inventos privilegiados por razones de utilidad pública.—995. Convenios internacionales para la protección de la propiedad industrial.....	335

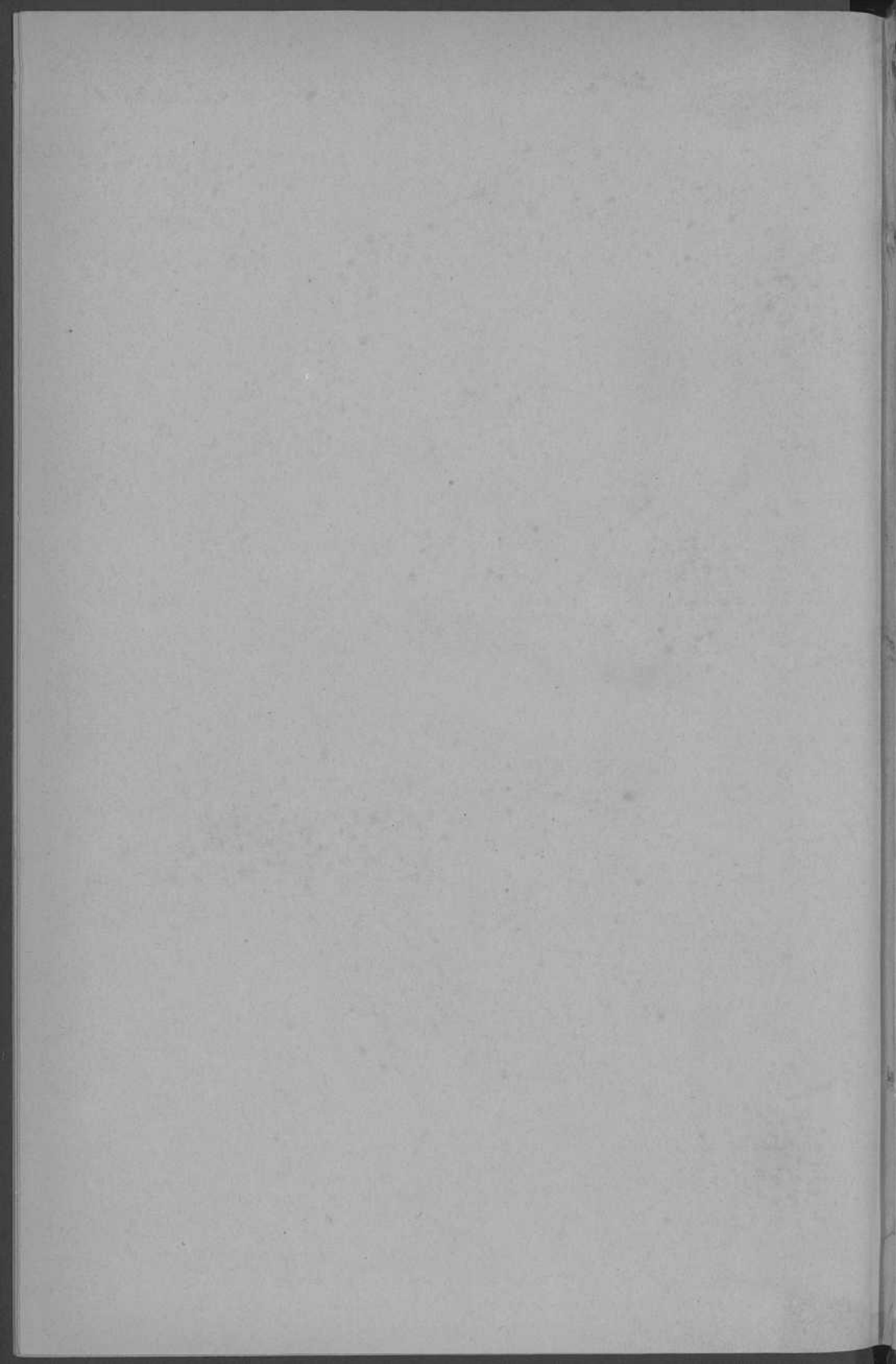
CAPÍTULO X

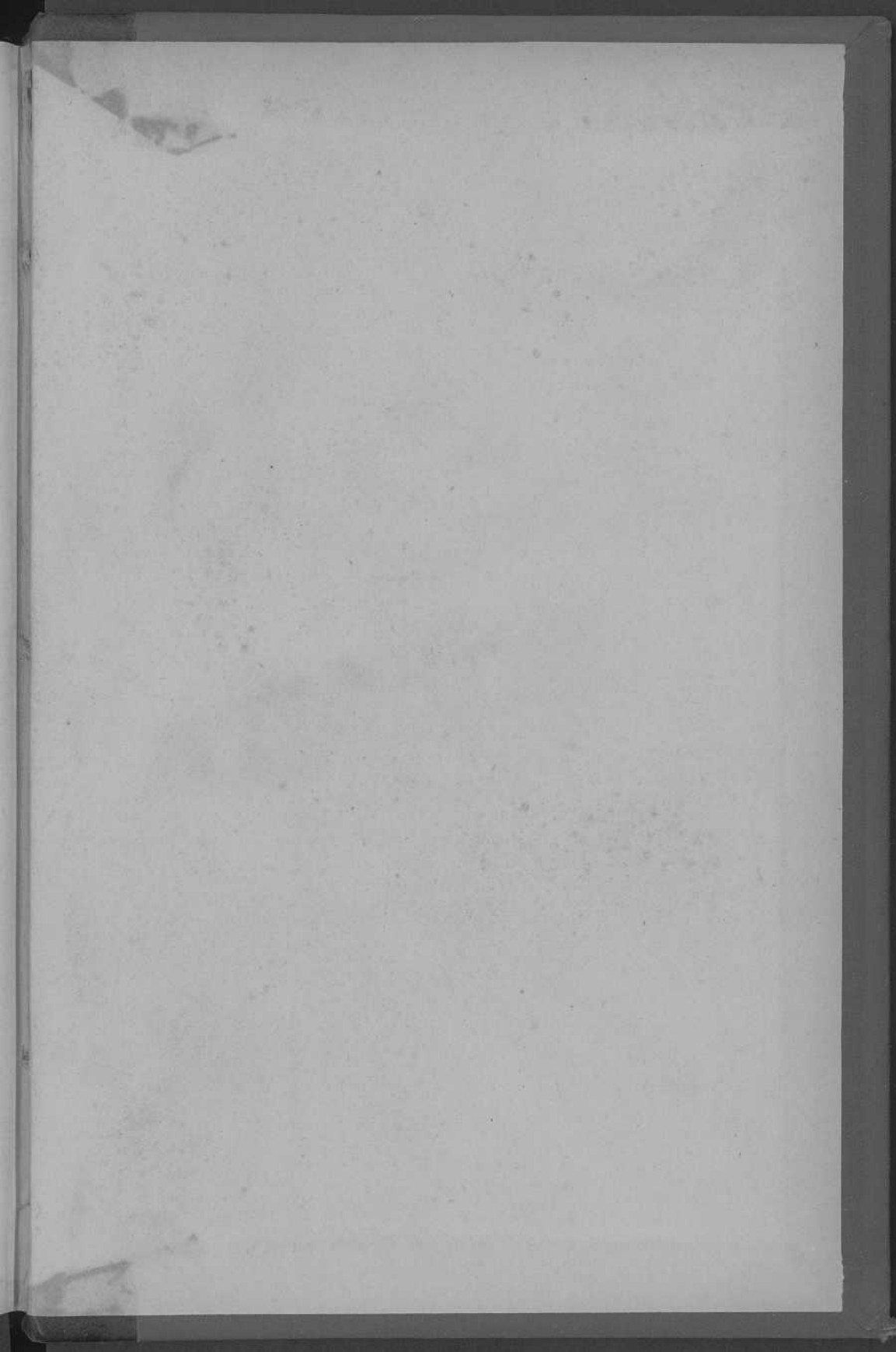
De la nave en sus relaciones con el derecho internacional.

996. Las leyes relativas á las naves y á los derechos sobre las mismas interesan al derecho de gentes.—997. Objeto de este capítulo y referencias.—998. Los derechos privados sobre la nave deben regirse por la ley bajo cuyo imperio pueden considerarse adquiridos.—999. Utilidad de un derecho uniforme para determinar la nacionalidad de la nave: Reglas.—1.000. Cuestiones relativas á la propiedad de la nave.—1.001. Jurisprudencia internacional.—1.002. Observaciones críticas sobre la jurisprudencia francesa acerca de los derechos reales sobre los barcos extranjeros.—1.003. Nuestra opinión.—1.004. Orden de los acreedores.—1.005. Responsabilidad del propietario.—1.006. Reglas para determinar la ley aplicable.—1.007. Autoridad de las leyes territoriales.—1.008. Atribuciones de las autoridades locales.—1.009. Consecuencias jurídicas del pilotaje obligatorio.—1.010. Aplicación de la <i>lex rei sitae</i>	379
---	-----









FIGUEROA-MORENO

DERECHO
INTERNACIONAL
PUBLICO

II

15.203