RODRIGO RECONDO

EL SISTEMA ESPAÑOL DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

DESARROLLO HISTORICO

EL SISTEMA ESPAÑOL DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

Contribución al estudio de su desarrollo histórico

Tesis que presenta el Licenciado Rodrigo RECONDO PORRUA para la colación del grado de Doctor en Derecho. Ha sido dirigida por el Profesor Doctor Don Julio D. GONZALEZ CAMPOS, catedrático de Derecho Internacional Público y Privado.

Vº Bº

El doctorando

El director

I N D I C E S I S T E M A T I C O

INTRODUCCION

I. OBJETO DEL PRESENTE ESTUDIO 8

1. En torno a la noción de competencia
2. Delimitación
3. Encuadramiento dentro del sector de problemas del derecho internacional privado
4. Precisiones terminológicas

II. CUESTIONES METODOLOGICAS 19

III. FUENTES DE CONOCIMIENTO 24

IV. PLAN DE LA EXPOSICION 32

Lista de las abreviaturas más utilizadas 34

PARTE PRIMERA

CONDICION DEL EXTRANJERO Y COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN EL PERIODO DEL ANTIGUO REGIMEN (1700 - 1852)

Capítulo I.- LOS PRESUPUESTOS HISTORICOS DEL FUERO DE EXTRANJERIA 37

Sección 1ª.- La condición del extranjero en el período del antiguo régimen. Particular consideración de su posición ante los tribunales de justicia: aspectos comparativos 38

Sección 2ª.- En el ordenamiento jurídico español . 50

Capítulo II.- ORIGENES, FORMACION Y DESARROLLO DEL FUERO DE EXTRANJERIA 63

Sección 1ª.- Consideraciones históricas en torno al origen del fuero de extranjería . 64

1. La protección del extranjero en las sociedades antiguas .....

2. La institución consular medieval como fundamento inmediato del fuero de extranjería

Sección 2ª.- El fuero de extranjería como fuero de conservación: la institución de los jueces conservadores de extranjeros (1607-1758) 91

1. Su introducción en España: fuentes y contenido del sistema al tiempo de su aparición

2. Motivos determinantes de su nacimiento

3. Generalización y consolidación

4. Balance de este primer período

Sección 3ª.- El fuero de extranjería como fuero militar: los jueces conservadores de extranjeros a la jurisdicción de los tribunales de guerra (1758-1852) 112

1. Sentido de la evolución y factores condicionantes

2. Fuero de extranjería y fuero militar: criterios de distinción

3. Balance de este período

Capítulo III.- CRISIS Y SISTEMATIZACION DEL FUERO DE EXTRANJERIA 139

Sección 1ª.- Extranjería y competencia judicial internacional en la primera mitad del siglo XIX: aspectos comparativos 140

Sección 2ª.- La evolución del ordenamiento jurídico español 156

1. Las aspiraciones del pensamiento liberal en materia de extranjería y unificación de jurisdicciones: su proyección en el proceso codificador español

A) El período francés
a. La legislación napoleónica
b. La labor legislativa de las Cortes de Cádiz

B) La restauración borbónica
a. Los textos constitucionales
b. El proceso codificador: del Decreto de 15 de Marzo de 1821 a la creación de la Comisión General de Codificación (1843-1845)
c. Aspectos doctrinales

2. Los antecedentes del Real Decreto de 17 de Noviembre de 1852, llamado "de extranjería"

A) La nueva Comisión General de Codificación y el Proyecto de Código civil de 1851

B) La comisión mixta de tribunales y el proyecto de ley de extranjería de 20 de Septiembre de 1850

3. Justificación y sentido general del Real Decreto "de extranjería".

PARTE SEGUNDA

EL SISTEMA DEL FUERO DE EXTRANJERIA Y SU DESAPARICION (1852 - 1868)

Capítulo IV.- EL SISTEMA DEL FUERO DE EXTRANJERIA SEGUN EL REAL DECRETO DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1852 213

Sección 1ª.- Los presupuestos del régimen de extranjería. Clasificación de extranjeros y problemas de inscripción 214

Sección 2ª.- El sistema de competencia judicial internacional en el Real Decreto de 17 de Noviembre de 1852 217

1. El régimen general. Análisis comparativo de las reglas de competencia

2. El fuero de extranjería como régimen especial: la competencia de los tribunales de guerra y marina

Sección 3ª.- La aplicación judicial del régimen de competencia judicial internacional 229

Capítulo V.- LA CRISIS Y DESAPARICION DEL FUERO DE EXTRANJERIA 236

Sección 1ª.- En la España peninsular 237

1. Los intentos de unificación del fuero entre 1852 y 1868
2. La unificación de fueros de 1868: su incidencia sobre el régimen de competencia judicial internacional
3. La supresión del fuero de extranjería y el derecho internacional público. Problemas que se plantean y defensa: la vía jurídica y la vía histórica

Sección 2ª.- En los territorios de Ultramar 284

1. El fuero de extranjería en las provincias de Ultramar
2. La ley de 4 de Abril de 1870
   A) Su justificación y alcance
   B) Examen de su contenido
   C) Destino de la ley

PARTE TERCERA

LA NUEVA ORDENACION: LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN UNA PERSPECTIVA CONFLICTUAL

Capítulo VI.- LA FORMACION DEL SISTEMA VIGENTE 295

Sección 1ª.- El progreso legislativo 296

1. En el seno de la nueva comisión legislativa: la Ley Orgánica del Poder Judicial de 17 de Septiembre de 1870
2. El restablecimiento de la Comisión General de Codificación: la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de Febrero de 1881 y el Código civil de 1889

Sección 2ª.- La interpretación jurisprudencial del sistema vigente 308

1. Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones
2. El carácter atractivo de la jurisdicción nacional
3. Competencia internacional y competencia interna

Sección 3ª.- Posiciones doctrinales: sus diferentes aspectos 326

1. Posiciones iniciales
2. La doctrina moderna
   A) La orientación tradicional
   B) La orientación moderna
   C) La orientación realista

Sección 4ª.- Perspectivas de futuro 348

1. Desde el interior del propio sistema
2. En una perspectiva comparatista

CONCLUSIONES 365

Indice de sentencias citadas 374

Indice de disposiciones legales citadas 380

Reseña bibliográfica 389

Apéndice documental 401

INTRODUCCION

I. OBJETO DEL PRESENTE ESTUDIO

1. En torno a la noción de competencia Judicial Internacional

Aunque oportunamente tendremos ocasión de realizar las necesarias puntualizaciones, estimamos importante, habida cuenta de que los títulos no son quizás siempre lo bastante reveladores, iniciar nuestro estudio por definir, o mejor aún, descubrir, que es lo que se esconde tras la idea polar del que nosotros hemos elegido.

Empezaremos diciendo, con el profesor FRAGISTAS, maestro en la materia, (1), que la competencia que abordamos en este trabajo -la competencia internacional- no posee tal carácter por razón de los órganos que la ejercen ni tampoco por razón de las normas jurídicas que la regulan sino únicamente en virtud de los litigios a los que hace referencia. Desarrollemos brevemente esta idea, con objeto de descubrir que se oculta tras la noción de competencia en un estudio de derecho internacional privado. Por ello recogemos, por su extremada claridad, y trasplantamos a nuestro campo de investigación, el planteamiento que en relación con el origen de los conflictos de leyes realiza el profesor LEWALD (2) descubriendo así de una parte, por una mera observación de la realidad circundante, la existencia

---

(1) Cf. FRAGISTAS, N. Ch., "La competence internacionale exclusive en droit prive", en Studi in onore di Antonio Segni, Milan 1967, vol. II, pp. 199 s.s.

(2) Cf. LEWALD, H., "Conflits de lois dans le monde grec et romain", en Rev. Crit., 1968, pp. 419-20.

de un mundo dividido en una multiplicidad de estados estando dotado cada uno de ellos de una organización judicial propia, la existencia también, por otra, de relaciones jurídicas de derecho privado, que por estar en contacto con varios estados, en virtud de la conexión que con ellos tiene alguno de sus elementos personales, reales o formales, calificamos de internacionales, y de las que pueden surgir conflictos de intereses, que como la relación de la que proceden serán también de carácter internacional.

Habiendo alcanzado el citado conflicto el grado de litigio y debiendo por lo tanto de resolverse en vía judicial, ¿cuál habrá de ser la autoridad que habrá de conocer del mismo? Dos tipos de soluciones saltan a la vista como posibles. Una primera, de carácter internacional, que por razón de su afinidad con el litigio en cuestión, se presenta como la más idónea, a saber, el que sea una instancia también internacional la que conozca de él. La segunda, de carácter nacional, es la de que sean los tribunales de cada estado los que asuman el ejercicio de tal función. No siendo esta la ocasión de entrar en el análisis de las ventajas o inconvenientes que comportaría la adopción de una u otra solución (3), nos limitaremos a constatar que, sin perjuicio de algunos ejemplos aislados que nos brinda la historia, ante la ausencia de una ins-

---

(3) Cf. para una aproximación de este problema, NIBOYET, J.P., "Le rôle de la justice internationale en droit international privé", en RCADI, 1932, vol. 110, pp. 157 s.s.

tancia internacional de carácter permanente, ha sido la segunda de las soluciones apuntadas la que ha sido retenida.

Esto supuesto, y considerando que el carácter internacional del conflicto justifica que sean varios los estados -tantos cuantos tengan con él alguna conexión- cuyos órganos judiciales tengan vocación para conocer del mismo, cabe preguntarse, pues la seguridad del tráfico exige que uno sea el juzgador y una también la sentencia, cual, de entre todos ellos, habrá de conocer, esto es, cual es el competente.

Así pues, el referirnos a la competencia en un estudio de derecho internacional privado, nos sitúa ante la cuestión de tener que determinar la aptitud que una determinada organización judicial posee para conocer con exclusividad de un litigio derivado de una relación jurídico-privada, que por razón de la extranjería de alguno de sus elementos calificamos de internacional. Esto es, ante la cuestión de saber si existe o no competencia judicial internacional, o también, utilizando la terminología bartiniana, hoy ya generalizada, si existe o no, competencia general directa (4).

---

(4) A la competencia directa, opone Bartin como es sabido, la general indirecta, la cual alude al control ejercido por el Estado, de quien se solicita la ejecución de una sentencia extranjera, respecto de la competencia de los tribunales que la dictaron, mediante la aplicación de las reglas de competencia propias. Cf. BARTIN, Principes de droit international privé d'aprés la loi et la jurisprudence francaises, t. I, París 1930, pp. 315 ss.

2. Delimitación

La determinación de cuál de entre todas las organizaciones nacionales de justicia habrá de conocer, como competente, del supuesto con ella conectado -no interesa al Derecho Internacional Privado, la determinación del órgano al que concretamente en el seno de tal organización le corresponderá conocer, esto es, las cuestiones calificadas por Bartin como de competencia especial- implica un reparto de competencias judiciales entre los Estados. En efecto, y desde otro punto de vista, lo que se plantea es el problema de la delimitación de las esferas de competencia judicial entre los Estados, por lo que cabe preguntarse, a quién se encuentra atribuída tal función delimitadora. La solución que aparece como naturalmente más adecuada es la de que sea el derecho internacional público el que asuma tal cometido, pero, he aquí que, como es sabido, a excepción de algunas reglas limitativas, relativas a las inmunidades de jurisdicción y a la prohibición del dení de justice, abandona aquél a la libertad de los Estados la regulación de tal cuestión, pudiendo así éstos optar por hacerlo, bien unilateralmente, bien por vía convencional. Como quiera que los trabajos realizados, por otra parte escasos, en este sentido en vía convencional, son al día de hoy todavía inoperantes (5), cabe afir-

(5) La regulación de la competencia general directa ha sido recientemente abordada en el Protocolo adicional al Proyecto de convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras firmado en La Haya el 17 de Marzo de 1969 y también en el Proyecto firmado en Bruselas entre los países miembros de la CEE, el 27 de Septiembre de 1968. Sobre esta cuestión v., infra. p. 358 ss.

mar al día de hoy, con FRAGISTAS, que "c'est le droit national de chaque Etat qui definit le volume de sa propre competence dans les litiges internationaux" (6).

Sin embargo, si bien es cierta e indiscutible la libertad de que, dentro de los escasos límites derivados del derecho internacional general, gozan los Estados en la reglamentación de la competencia judicial internacional, no lo es menos que el carácter internacional de la materia a reglamentar les impone una razonable utilización de la misma, evitando que mediante la adopción de ciertos criterios de competencia considerados internacionalmente como poco gratos, el ejercicio de tal libertad se convierta en fuente de conflictos para el normal desarrollo del tráfico privado internacional. Es por ello por lo que cabe hablar de la existencia de "certain principes directeurs a l'intention des legislateurs des Etats lorsqu'ils redigen leur regles de competence judiciaire internationale" (7).

En otras palabras, en el estado legislativo actual, nos encontramos ante un nuevo supuesto de aplicación de la teoría del "dedoublement fonctionnel" de SCELLE, pues, he

---

(6) Cf. FRAGISTAS, "La competence internationale en droit privé, RCADI, vol. 104, 1961, p. 170; también cf. MIAJA DE LA MUELA, A., "Les principes directeurs des regles de competence territoriale des tribunaux internes en matiere de litiges comportant un element internationale", donde recoge la opinión de un amplio sector doctrinal que se manifiesta en el mismo sentido en RCADI, vol. 135, 1972 I, pp. 33 s.s.

(7) Cf. MIAJA DE LA MUELA, A., Les principes... art. cit. p. 46.

aquí que una materia esencialmente internacional como la competencia general directa de los tribunales, es objeto, en ausencia de un legislador internacional, de una normativa de naturaleza interna, siendo precisamente en este carácter nacional de las reglas de competencia donde radica, a pesar de la conciencia que de su "desdoblamiento" se le pide al legislador nacional que posea, el origen de los conflictos - positivos y negativos- de jurisdicciones (8).

Aunque la exposición del objeto del presente estudio, en conexión con el título de nuestro trabajo, nos delimita ciertamente nuestro campo de investigación, preciso es indicar cuáles son exactamente los límites del mismo.

Empecemos pues por señalar, que con nuestro estudio no se pretende llevar a cabo una valoración del actual sistema de competencia judicial internacional español a la luz de los ya mencionados principios directores (9) así como tampoco un enjuiciamiento del mismo desde el punto de vista de su oponibilidad a otros Estados (10). Asímismo, que-

---

(8) Ibid, p. 27.

(9) Cf. sobre todo para un estudio sistemático de la cuestión, MIAJA DE LA MUELA, "Lesprincipes..." art. cit. espec. pp. 41 s.s.; también SZASZY, International civil procedure - A comparative study, Leyden 1967).

(10) Cf. sobre la normalidad, exclusividad y exorbitancia del sistema de competencias español, MIAJA DE LA MUELA, "El imperialismo jurisdiccional español y el derecho internacional", en Melanges Fragistas, Tesalonica 1968, vol. 1-B, pp. 89 s.s.; también cf. para una aproximación de ciertos principios materiales y formales inspiradores de nuestro sistema, PECOURT, "Las normas de competencia judicial internacional en Derecho español", AHLADI, vol. 2/1963, pp. 195 s.s.; también del mismo autor, "La voluntad de las partes y su posible virtualidad en la determinación de la competencia judicial internacional", en REDI, 1964, pp. 60 ss., 370ss., 528ss.

da excluído todo comentario a nuestro sistema en una perspectiva de derecho comparado, contrastando las reglas o criterios vigentes en España con los existentes en otros ordenamientos jurídicos. De la misma manera tampoco será objeto de especial consideración, la problemática relativa al control e impugnación de la competencia general (11). Todos estos enfoques, que apuntan a cuestiones, sin duda de gran interés que guardan entre sí estrecha relación, y que retienen ya desde ahora nuestra atención para futuros trabajos, suponen que el sistema de competencias que se de sea valorar o enjuiciar, sea cual fuere la perspectiva en que esta labor se realice se encuentra perfectamente definido, y este es precisamente el escollo con que se choca, cuando es el ordenamiento jurídico español el que se pretende analizar. En efecto, y así trataremos de ponerlo de manifiesto con el máximo detalle en las páginas que siguen, una simple mirada al panorama jurídico español actual, nos descubre junto a una jurisprudencia vacilante y contradictoria, una doctrina enfrentada no sólo en cuanto al sentido e interpretación de los textos positivos sino también en cuanto a la vigencia de los mismos. Estas dos cuestiones, normativa vigente y sentido y alcance de la misma, son las que han retenido fundamentalmente nuestra atención y constituyen por lo tanto, la médula del presente trabajo.

---

(11) Cf. espec. sobre esto PECOURT, "Control e impugnación de la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles", en Fetschrift für W. Wengler t. II, Berlín 1973, pp. 651 ss.).

Señalemos en fin, que nos hemos limitado también en el mismo al aspecto puramente civil de la cuestión.

3. Encuadramiento del mismo dentro del sector de problemas del Derecho Internacional Privado

Ha sido igualmente la desigualdad natural existente entre objeto y medios de reglamentación lo que ha dado lugar a un enfrentamiento entre los autores en cuanto al correcto encuadramiento de este sector problemático.

La discusión responde en realidad al planteamiento de una cuestión de más amplio contenido, como es la de entender que, o bien las cuestiones procesales de carácter internacional -entre las que evidentemente se incluyen los problemas de competencia que nos ocupan- constituyen un cuerpo de entidad suficiente como para erigirse en disciplina autónoma -derecho procesal internacional-, o bien, en pensar que el estudio de tales problemas no ha alcanzado aún ni la madurez ni el volumen necesario que justifique una tal independencia, por lo que deben seguir considerándose como un mero capítulo o rúbrica -conflicto de jurisdicciones- del derecho internacional privado (12).

Es con este telón de fondo, que surge entre los autores la duda en relación con la inclusión o exclusión de las cuestiones de competencia general del marco del derecho in

---

(12) Cf. sobre esta cuestión PECOURT, E., "Las normas ...." art. cit., p. 195, nota 2ª.

ternacional privado. En definitiva, como apunta MIAJA DE LA MUELA (13) "c'est un probleme uniquement de nature sistematique que de placer la matière relative a la competence internationale au dedans ou en dehors de lui".

Sin embargo preciso se hace reconocer que en el actual estado de desarrollo de las relaciones internacionales y ante la creciente complejidad y diversidad de los problemas a que da lugar un tráfico externo cada vez más voluminoso, el marco de nuestro derecho internacional privado se vuelve insuficiente y anticuado haciéndose necesaria la reconsideración del contenido del mismo. Las cuestiones civiles y mercantiles, fiscales y procesales de naturaleza internacional, que en número creciente día a día se suscitan, han alcanzado un peso suficiente como para reclamar un tratamiento más serio y profundo, fuera de los viejos moldes en los que hasta hoy se encuentran inmersas. Los conflictos de competencia internacional, constituyen en este sentido, a nuestro juicio, pieza clave en la erección de un derecho procesal internacional.

4. Precisiones terminológicas

El problema terminológico gira fundamentalmente en torno al empleo de los términos "jurisdicción" y "competencia".

---

(13) MIAJA DE LA MUELA, "Les principes..." art. cit. p. 21.

En España, así como también en la mayor parte de los países de la Europa continental, la Jurisdicción (jurisdiction, giurisdizione, Gerichtsbarkeit) se suele entender como una de las tres funciones o subpoderes de que se compone el poder integral del Estado o soberanía; la jurisdicción, nos dice GOMEZ ORBANEJA (14) es "la función del Estado que se desarrolla en el proceso". Pero no es ésta sin embargo, su única acepción pues la jurisdicción se entiende también, en un sentido muy amplio, como significando genéricamente mando, utilizándose incluso en ocasiones para aludir a un espacio o territorio determinado. Por Competencia (competence, competenza, zuständigkeit) se entiende jurisdicción actual, in actu (15), si bien tampoco es este su único significado ya que se usa también, a veces, como sinónimo de poder o facultad coincidiendo entonces en un determinado momento con la jurisdicción. Es en este sentido que hablamos de competencia legislativa, gubernativa... etc... y sólo él, justifica el que podamos hablar de competencia judicial (competence judiciaire, competenza giurisdizionale) sin incurrir en redundancia, pues claro es, que si la competencia fuese exclusivamente actualización de la jurisdicción, no habría competencia que no fuese judicial.

---

(14) Cf. GOMEZ ORBANEJA Y HERCE QUEMADA, Derecho procesal civil, Madrid 1969, pp. 67; FRAGISTAS, "La competence internacionale". art. cit. pp. 166-7 espec. notas nº 2 y 3.

(15) Cf. MIAJA DE LA MUELA, Derecho internacional privado, vol. II. pp. 431: "La jurisdicción es pues una competencia potencial y la competencia jurisdicción actual sobre un determinado asunto".

En los países del grupo anglosajón, donde hasta época reciente el término competencia (Competence, competency) era desconocido, la voz "jurisdiction", alude ora a los límites territoriales del poder de un tribunal, ora al poder integral del Estado, ora a la competencia ratio personae, si bien la doctrina anglosajona lo utiliza preferentemente como sinónimo de nuestra competencia, es decir, como el poder de un tribunal para conocer de un determinado asunto (16).

Esta breve exposición nos permite, afirmar todavía hoy, con GUTTERIDGE, que "une terminologie universelle est encore a faire et l'on est forcé, par consequant, d'employer des expressions emprutées a l'un ou l'autre des vocabulaires juridiques nationaux et d'encourir ainsi dans le danger des equivoques et de confusions" (17). Hemos pues de tener presente este dato, y saber que nuestra competencia general o judicial internacional se presenta también bajo otros ropajes tales como los de "Competence internationale, jurisdictionnelle ou generale", en Francia, "competenza giurisdizionale" o simplemente "giurisdizione" en Italia, "jurisdiction", competence" o competency", en Inglaterra y Estados Unidos, "zustandigkeit", internationale gerichbarkeit" o internationale zustandigkeit" en Alemania.

---

(16) Cf. CHESHIRE Private International Law, Londres 1965, pp. 74 ss.; GUTTERIDGE, "Les conflits de lois de competence judiciaire dans les actions personnelles", en RCADI, 1933-II, pp. 120 ss.; MIAJA DE LA MUELA, "Les principes directeurs...", art. cit. p. 15.

(17) GUTTERIDGE, art. cit. p. 120.

II. CUESTIONES METODOLOGICAS

El recurso a la Historia como único medio de adquirir un verdadero conocimiento de la realidad jurídica, técnica revalorizada hasta la exaltación por la escuela alemana del siglo XIX (18) adquiere particular relieve cuando se aborda el estudio de una disciplina que, como el derecho internacional privado, se halla, al verse directamente afectada por la dinámica social, en constante renovación. Si la historicidad -dice AGUILAR NAVARRO- (19) es nota constitutiva del derecho internacional privado, si "es el hilo conductor a seguir para localizar los problemas generales y es antecedente indispensable para comprender el alcance de muchísimas soluciones concretas, de infinidad de reglas positivas, "resultaba evidente que una respuesta válida a las dos cuestiones nucleares de nuestro trabajo, una justa valoración y comprensión del estado legislativo actual y de las disparidades de criterio reinantes a nivel jurisprudencial y doctrinal, no podía obtenerse, sino a través de la vía histórica, que aparecía así como itinerario ineludible a seguir.

Por este camino nos hemos adelantado en la realización del presente trabajo, siguiendo los pasos, o mejor a

---

(18) Cf. HERNANDEZ GIL, A., Metodología de la ciencia del derecho, vol. I, Madrid 1971, pp. 89 ss.

(19) Cf. AGUILAR NAVARRO, M., Derecho internacional privado, vol. I, t. I, Madrid 1970, p. 21.

través de la puerta abierta, en este específico sector de problemas por Helene GAUDEMET - TALLON (20) quien aborda el estudio de los tan criticados artículos 14 y 15 del código civil reguladores de la competencia judicial internacional de lostribunales franceses, en una perspectiva no ya de derecho comparado como hasta entonces se había venido haciendo, sino en una dimensión temporal, "en se penchant sur la genése historique des solutions" (21).

Así también nosotros, hemos salido, en el marco del derecho español, en busca de los orígenes y razón de ser de los textos positivos hoy en pugna -Real Decreto de 1852 arts. 29, 32 y 33 y Ley de Enjuiciamiento civil arts. 51 y 70- con la esperanza de encontrar una explicación lógica a la situación actual. No fue preciso profundizar especialmente en la investigación histórica, así emprendida, para apreciar la presencia de un elemento que aunque centralizador de la atención general, lugar común y referencia obligada de todos los autores como elemento determinante en el proceso de regulación de la competencia judicial internacional en España, había sido objeto de un tratamiento escaso y superficial. Nos referimos a la institución conocida bajo el nombre de fuero de extranjería.

No es sino en época muy reciente, 1970, que el profesor Enrique PECOURT llama la atención sobre el mismo, a

---

(20) Cf. GAUDEMET-TALLON, H., Recherches sur les origines del'article 14 du code civil, París 1964.

(21) Ibid. p. 2.

través de un interesante y documentado artículo que con ocasión de la realización del libro -homenaje al profesor SELA SAMPIL-, se publica como parte del mismo bajo el título "Una institución singular en el derecho internacional privado español: el fuero de extranjería". Relevándose, la realización de un estudio, lo más exhaustivo posible, del citado fuero, que aparecía como pieza clave del desenvolvimiento histórico, como absolutamente necesaria, nos propusimos, como primer paso, la superación del citado trabajo. La reconstitución de la historia del fuero, calificado de privilegiado, nos llevó a establecer, por una parte, contacto con los más variados sectores de nuestro ordenamiento jurídico, aconsejándonos asímismo, por otra, con objeto de situarlo en un contexto histórico que por su amplitud facilitase su comprensión, la utilización en algunos momentos del método comparativo. En efecto, la búsqueda de sus orígenes y razón de ser nos condujo en primer lugar a examinar el derecho de extranjería de la época en la que se detecta su aparición, prestando una particular atención, al concretizarse en un privilegio jurisdiccional, a la condición del extranjero ante los tribunales de justicia, y más generalmente a las distintas formas que para la defensa de sus intereses se habían arbitrado.

La superación de la etapa de formación y su implantación en el seno de la organización judicial española cuyos vicios eran denunciados por la nueva corriente de pensamiento que de corte liberal e ideas reformadoras introduce en

nuestro país el movimiento codificador, nos puso en contacto con los sectores procesal y civil, para seguir respectivamente, los esfuerzos desarrollados, por una parte, para la formación de una ley orgánica de la justicia, en la que la jurisdicción de extranjería así como las demás especiales que en buen número existían a la sazón en nuestro país, no tendrían lugar, y para llegar, por otra, al establecimiento de unas reglas ordenadoras de los problemas de competencia judicial internacional que si bien por razones históricas no se habían hasta entonces planteado en su aunténtica dimensión, eran previsibles una vez que la citada reforma orgánica fuese llevada a término. En fín, el peligro que para la vigencia de ciertos pactos públicos, según denuncia de las Potencias co-contratantes, implicaban estos propósitos de reforma, dió lugar a que nos cuestionásemos acerca de la eventual responsabilidad internacional en que el Estado español podía incurrir, entrando de lleno con ello en el terreno del derecho internacional público.

Con la desaparición del fuero privilegiado y la aparición de los primeros cuerpos codificados, en el sector de problemas que nos interesa, termina propiamente la fase de investigación histórica, a lo largo de la cual hemos pretendido "reunir, sistematizar y valorar los distintos testimonios históricos, con vistas a una interpretación de los hechos que describen o de los que son simples re-

ferencias" (22). Hemos procedido en esta tarea, analítica y cualitativamente por cuanto que hemos renunciado, por una parte, a una visión o entendimiento global de la realidad histórica, que hemos ido acotando, para retener aquellas parcelas de la misma que resultaban más descriptivas, y nos hemos basado, por otra, en algunas ocasiones, en datos meramente sintomáticos o indicativos. Entendemos sin embargo, que a pesar de este aire fragmentario e incompleto no hay razones para dudar del carácter científico de esta metodología, impuesta por las vastas proporciones del campo de investigación que se abría ante nosotros así como por la escasez de las fuentes con que hemos contado para el conocimiento del mismo.

La casi completa desaparición de estos dos escollos parael conocimiento del tema que nos ocupa, la accesibilidad de las fuentes sobre todo, determinó un cambio metodológico en la tercera y última parte de nuestro trabajo, en la que hemos pretendido llevar a cabo un estudio lo más exhaustivo posible de las distintas posiciones que tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial se han ido adoptando frente a la legalidad vigente, con objeto de encontrarles una explicación que a la luz de la perspectiva histórica anterior, resultase cuando menos, coherente. Hemos también, en fin, introducido en esta tercera parte, y con la única

---

(22) Cf. GARCIA DE CORTAZAR, José Angel, "Los nuevos métodos de investigación histórica", en Boletín Informativo de la Fundación Juan March, nº 41, 1975, p. 4.

pretensión de realizar una justa vañoración de nuestra realidad jurídica actual, con el único propósito de percatarnos de sus deficiencias y extremismos, una pequeña dosis de comparatismo.

Cabe por último afirmar en términos generales, que habiendo centrado particularmente nuestra atención, a lo largo de nuestro trabajo, en el estudio de los materiales que nos ofrecía el legislador y la jurisprudencia, hemos huído de todo apriorismo, pretendiendo ser más empíricos y pragmáticos, que teóricos y sistemáticos, viéndonos animados en todo instante por la búsqueda de un auténtico conocimiento de la realidad positiva del momento.

III. FUENTES DE CONOCIMIENTO

Dos son las dificultades fundamentales con que, como muy bien ha puesto de manifiesto Helene GAUDEMET-TALLON (23), se enfrenta el investigador a la hora de abordar temas relativos a la competencia judicial internacional, a saber, la dispersión, por una parte, de las fuentes y la escasez de las mismas, por otra.

Dispersión en efecto como consecuencia de los numerosos sectores a los que, como ya hemos apuntado, se encuentra ligada la citada materia lo cual dificulta considera-

(23) Cf. GAUDEMET-TALLON, H., op. cit., pp. 3-4.

blemente la tarea investigadora, que obliga así a cribar un campo de vastas proporciones siendo los resultados obtenidos de alguna manera decepcionantes a la vista del modesto volumen de material que queda en el cedazo. Esta escasez de medios constructivos, se manifiesta tanto en el plano doctrinal, como en el legislativo y jurisprudencial.

Al silencio casi absoluto que hasta época próxima a nosotros guardan los autores en relación con los conflictos de jurisdicciones, sin duda como consecuencia del intenso y exclusivo estudio de los legislativos (24), no se sustrae en modo alguno la doctrina española que se sitúa en concreto, en una posición harto retrasada, al no prestar una auténtica atención a los estudios de derecho internacional privado hasta el último tercio del siglo XIX, momento en el que un conjunto de autores como FERRATER, RIQUELME, OLIVARES BIEC, TORRES CAMPOS, BRAVO, FERNANDEZ PRIDA, DALMAU... etc.. se inclinan con un cierto grado de especialización sobre los problemas conflictuales adoptando las soluciones de los grandes maestros extranjeros como MANCINI, FIORE, LAURENT, SAVIGNY, FOELIX... etc... (25).

---

(24) "On a etudié pendant de siécles -nos dice BATIFFOL- les conflits de lois sans reprendre parallelement l'etude de la competence judiciaire". Cf. BATIFFOL, H., "Observations sur les liens de la competence judiciaire et de la competence legislative", en Melanges offertes a R.D. Kollevijin y J. Offerhaus, Leyden 1962, p. 66 in fine.

(25) Cf. GARCIA ARIAS, L., "El derecho internacional privado español anterior al Código civil y los proyectos de reforma del vigente sistema conflictual español", en El derecho internacional privado anterior al Código civil de 1889, Zaragoza, 1968.

El resultado es igualmente pobre si consideramos el estudio de la condición del extranjero en España, sector en el que la información es prácticamente nula, cabiendo únicamente destacar los trabajos de ALONSO CORTES (26), GARCIA RIVES (27) y, modernamente, el de GIBERT (28).

La insuficiencia, según indicábamos, es también patente en los niveles legislativo y jurisprudencial. En efecto, y por lo que se refiere al aspecto iuspositivo, la explicación ha de buscarse, por una parte, en

> "el gran respeto que inspiraban las Partidas -receptáculo de los "mejores principios de la equidad y justicia natural" al decir de Jovellanos- se estimó que bastaría para obviar las dificultades que producía la multiplicidad de los textos legales y para superar los defectos de la "Nueva Recopilación" el proceder a una "Novísima Recopilación" que efectivamente sería promulgada en 1805. Mas este cuerpo legal nacería ya añejo, al carecer de la unidad propia de un código y al dejar subsistentes las antiguas leyes no recogidas en su texto" (29)

siendo la segunda, los obstáculos que al progreso de la obra codificadora opuso la restauración del absolutismo.

---

(26) ALONSO CORTES, N., Condición jurídica del extranjero en la Edad Media española, Valladolid, 1900.

(27) GARCIA RIVES, M., "Condición jurídica de los extranjeros en Castilla y León desde el Fuero de León (1020) hasta el código de las Partidas", en Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1920, pp. 245 ss. y 320 ss.

(28) GIBERT, R., "La condición de los extranjeros en el antiguo derecho español", en L'etranger, 2eme partie., Recueils de la Societé J. Bodin vol. 10, Bruselas 1958, pp. 131 ss.

(29) Cf. GARCIA ARIAS, art. cit. pp. I-II.

Estos dos elementos explican, según continúa diciéndonos GARCIA ARIAS (30), por qué,

> "... hasta finales del s. XIX carecerá España de un cuerpo legal en el qie se expresen siquiera con extramada concisión, las normas propias de un sistema conflictual al no alcanzar vigencia positiva los Proyectos de Código civil de 1821, 1851, 1869 y 1882. Por ello, salvo las disposiciones del Real Decreto de 17 de Octubre de 1851, y en cierta manera las del Real Decreto de Extranjería de 17 de Noviembre de 1852, y las normas especiales de las Leyes de Enjuiciamiento civil de 1855 y 1881, de la Ley Hipotecaria de 1869, de la Ley orgánica del Poder judicial de 1870, de la Ley de Enjuiciamiento criminal de 1871 y del Código de comercio de 1855, no habría en España otras leyes aplicables para resolver los conflictos de leyes internacionales que las de nuestro derecho histórico".

Pero, si el Código civil de 1889 puso de alguna manera remedio a esta precaria situación en el sector de los conflictos de leyes, no lo hizo así en relación con los jurisdiccionales que permanecieron a merced de una legislación de discutida interpretación y dudosa vigencia. Esta carencia de construcciones teóricas y de un ordenamiento adecuado, explica perfectamente el que el dato jurisprudencial, ya extraordinariamente importante, porque obligado a colmar las múltiples lagunas existentes se convierte en verdadero artífice del derecho internacional privado español, adquiere especial relieve cuando los problemas planteados son de tipo jurisdiccional. Notemos sin embargo que esta particular importancia no la adquirirá sino tardíamente, tras la promulgación del Decreto de unificación de 1868,

---

(30) Ibid, p. II.

pues hasta entonces se verá limitada por imperativo de la realidad práctica, a la realización de una mera función de supervisión en la aplicación del fuero privilegiado de extranjería.

Consecuencia de todo lo expuesto ha sido que nuestra investigación haya girado fundamentalmente en su primera fase, a falta, por una parte, de elementos doctrinales, y como consecuencia por otra, de la tardía creación de un Tribunal Supremo unificador, en torno al examen y posterior estudio de la legislación, no siempre de fácil localización, que se iba promulgando, y de las estipulaciones internacionales que se iban concluyendo. Pero sin duda los elementos de más valiosa ayuda han sido los dictámenes, informes, notas y comunicaciones emitidos por los Ministerios de Estado, Guerra, Gracia y Justicia, por las distintas Secretarías de Estado, por los Tribunales Supremos de Justicia y de Guerra, Marina y Extranjería, y también, en fin, por algún letrado especialmente cualificado, como Narciso de Heredia, descubiertos en los archivos del Ministerio de Asuntos Exteriores.

Menor dificultad, ofreció la segunda fase, en la que el centro de gravedad quedó desplazado hacia los planos jurisprudencial y doctrinal dotados ya entonces de un contenido considerablemente más rico.

Obligado nos resulta señalar ahora, la existencia de un tercer plano jurídico, cual es el gubernativo, cuya

relevancia en conexión con las cuestiones relativas a la competencia judicial internacional ha quedado recientemente puesta de manifiesto, pero cuya consideración en profundidad hemos tenido que marginar como consecuencia de la inaccesabilidad de una importante parte de las necesarias fuentes de conocimiento. En efecto, dos recientes acontecimientos jurídicos, diferentes en cuanto a su forma de expresión y ámbito de influencia, pero partícipes de la misma naturaleza internacional, han puesto de relieve la importancia y actualidad que de cara al ordenamiento jurídico español han adquirido las cuestiones relativas a la competencia judicial internacional de nuestros tribunales. Nos referimos, de una parte, a la décima sesión, extraordinaria, de la Conferencia de La Haya, de 1966, en la que como es sabido, se estimó útil -a la vista de la confusión reinante en relación con aquellos criterios de competencia, distintos de los que se enumeraban en el artículo 10 del proyecto de convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras- solicitar de los Estados miembros, entre ellos España, que informasen, sobre la base de un cuestionario preestablecido, acerca de la forma en que en sus respectivos ordenamientos se regulaba la competencia judicial internacional (31).

---

(31) Cf. el texto del cuestionario así como también las respuestas de los distintos Gobiernos, la del español entre ellas, en Actes et Documents de la dixiéme session extraordinaire, La Haya 1969, documents preliminaires nº 1 y 2 de 1 de Mayo y 2 de Septiembre de 1966 resprectivamente, pp. 391 y 394 ss.

La segunda de las vías de exteriorización aludidas, la constituye el asunto de la Barcelona Traction L.C.P.Cº., contencioso que, como es conocido, enfrentó desde 1958 y a lo largo de 12 años a los gobiernos español y belga. Conocido es también, como la competencia de la jurisdicción española fue, desde el primer momento, puesta en tela de juicio por el Gobierno belga quien acusaba a los tribunales españoles de haber violado, por una parte, el derecho internacional, al haberse atribuído una competencia que según aquél no le correspondía, y, por otra, las normas internas de derecho procesal internacional vigentes en la materia, las cuales tampoco reconocían dicha competencia. Es esta segunda parte de la acusación belga, y los argumentos utilizados para combatirla lo que presenta especial interés a los efectos del presente trabajo, por cuanto que la ausencia de reglas específicas de competencia judicial internacional aplicables a los supuestos de quiebra, condujo a autores y Gobierno a tener que argumentar sobre la base de las reglas generales existentes en la materia, que resultaban así aplicables a título supletorio.

No obstante el indudable interés que ofrecería el llevar a cabo un estudio en profundidad de la evolución de la postura oficialmente adoptada por la Administración, en relación con los temas de competencia general, y su contraste con las distintas posiciones sustentadas jurisprudencial y doctrinalmente, nos hemos visto obligados, como ya hemos apuntado, a falta de la necesaria disponibi

lidad de una importante parte de los materiales que a estos efectos se precisaban, a renunciar a tal empresa (32).

Reacios sin embargo a desechar absolutamente, en vista de su indudable interés -por cuanto que pone de manifiesto una vez más la extraordinaria complejidad que envuelve en el ordenamiento jurídico español a las cuestiones relativas a la competencia general- aquellos materiales que sí estaban a nuestro alcance (33), hemos optado, entendiendo que la información dada en el seno de la Conferencia por el Gobierno español sobre el estado legislativo interno en materia de competencia internacional, no tiene más valor -prescindiendo del convencimiento que tal información pueda crear en terceros Estados, en vista de la cualifica-

---

(32) En el momento en que estas líneas se escriben, se encuentran tan sólo publicados cuatro de los ocho volúmenes que se prevé compondrán las Memoires, Plaidoiries et Documents, relativos al asunto de la Barcelona Traction, encontrándose precisamente en los ejemplares todavía pendientes de aparición, las argumentaciones de las partes, en relación con el tema que nos ocupa. Cf. sin embargo para una interesante aproximación del tema el vol. 23/1970 de la REDI íntegramente dedicado a este contencioso, y en particular el trabajo del profesor CARRERAS, que en el mismo se incluye bajo el título de "La jurisdicción de los tribunales españoles en el caso de la Barcelona Traction", pp. 389 ss. De suma importancia y extremado interés resulta la consulta de un cierto número de dictámenes, inéditos en su mayoría, emitidos por las más prestigiosas figuras del mundo internacionalista, que con ocasión del citado pleito, desfilaron por el madrileño gabinete del Dr. RODRIGUEZ SASTRE, a quien desde estas líneas expresamos nuestro más sincero agradecimiento -que extendemos a su inmediato colaborador D. Enrique MARTINEZ- por la colaboración y ayuda prestada.

(33) Nos referimos a los relativos a la Conferencia de la Haya de 1966.

ción de la fuente de donde procede- que el de una mera opinión doctrinal, cualificada si se quiere, pero en modo alguno vinculante, por su inclusión en la rúbrica relativa al examen de las distintas posiciones sustentadas a lo largo del tiempo por la doctrina científica.

IV. PLAN DE LA EXPOSICION

Las precedentes consideraciones metodológicas nos permiten casi adivinar el que para nuestra exposición hemos adoptado.

El trabajo queda dividido en tres partes fundamentales. En las dos primeras, de sello netamente histórico, abordaremos a lo largo de cinco capítulos de forma sucesiva, el estudio, en una perspectiva de derecho comparado que nos permita una mejor valoración, de la condición del extranjero en nuestro país en la época en la que el fuero de extranjería, piedra angular de nuestra exposición, hace su aparición. Una vez localizado así el fuero, pasaremos inmediatamente al estudio detallado del mismo, tratando de descubrir sus orígenes y condicionantes, y de reconstruír su evolución, desde su personificación en el juez conservador de los extranjeros -figura a la que se dedica especial atención- hasta su desaparición bajo la constante presión y enconado esfuerzo de la corriente de pensamiento liberal, sin dejar de valorar los problemas que la misma plan

teó, en el plano de las relaciones internacionales, ni de observar cómo hasta entonces era el citado fuero efectivamente aplicado, en vía contenciosa.

En una tercera y última parte, nos ocuparemos de realizar, con pretensiones de exhaustividad, un análisis y valoración de las distintas posiciones que frente a los textos positivos potencialmente portadores de un sistema de competencia judicial internacional, se han sustentado en el doble plano jurisprudencial y doctrinal, con objeto de desgajar unas conclusiones lógicas, explicativas de la confusión actualmente reinante en la materia.

Daremos en fin por concluído nuestro trabajo, lanzando una mirada hacia el futuro.

ABREVIATURAS

A.D.C.: Anuario de Derecho Civil

A.H.L.A.D.I.: Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional

Archº C.G.C.: Archivos de la Comisión General de Codificación

Archº M.A.E.: Archivos del Ministerio de Asuntos Exteriores

B.T.: Barcelona Traction Light and Power Company

Clunet: Journal de Droit International Prive

Col.Ds. y Os.: Colección de Decretos y Ordenes generales expedidos por las Cortes ordinarias

Col. Leg.: Colección Legislativa de España

I.C.L.Q.: International and Comparative Law Quarterly

J.C.: Jurisprudencia Civil

L.E.C.: Ley de Enjuiciamiento Civil

L.O.P.J.: Ley Orgánica del Poder Judicial

Nov. Rec.: Novísima Recopilación de las leyes de España

P.: Pragmática

Parry: The consolidated treaty searies, por Clive Parry

R.: Aranzadi, Repertorio de jurisprudencia

R.A.I.: Recueil d'Arbitrages internationaux, por A. De La Pradelle y N. Politis

R.C.: Real Cédula

Rs.Cs.: Reales Cédulas

R.C.A.D.I.: Recueil de Cours de l'Academie de Droit International de La Haye

R.C. y P. del C.S.: Reales Cédulas y Pragmáticas del Consejo de Castilla

R.D.: Real Decreto

Rs.Ds.: Reales Decretos

R.D. Extr.: Real Decreto de 17 de Noviembre de 1852, "de extranjería"

R.D.P.: Revista de Derecho Privado

R.D. Proc.: Revista de Derecho Procesal Iberoamericana

R.E.D.I.: Revista Española de Derecho Internacional

Rev. Crit.: Revue Critique de Droit International Prive

Rev. d'hist. dip.: Revue d'histoire diplomatique

R.G.D.I.P.: Revue General de Droit International Public

Riv. D.I.P.P.: Rivista de Diritto Internazionale Privato e Processuale

R.J.C.: Revista Jurídica de Cataluña

R.O.: Real Orden

Rs. Os.: Reales Ordenes

R.R.: Real Resolución

s.: sentencia

T.M.C.: T.M.C., Asser Institut

T.S.: Tribunal Supremo

T.S. de G.M.E.: Tribunal Supremo de Guerra, Marina y Extranjería

PARTE PRIMERA

CONDICION DEL EXTRANJERO Y COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN EL PERIODO DEL ANTIGUO REGIMEN (1700 - 1852)

Capítulo I

LOS PRESUPUESTOS HISTORICOS DEL FUERO DE EXTRANJERIA

Sección 1ª.- La condición del extranjero en el período del antiguo régimen. Particular consideración de su posición ante los tribunales de justicia: aspectos comparativos

Sección 2ª.- En el ordenamiento jurídico español

Sección 1ª

La condición del extranjero en el período del antiguo régimen. Particular consideración de su posición ante los tribunales de justicia: aspectos comparativos

Aunque se ha pretendido por algún autor demostrar que una acogida favorable era la actitud general que respecto del extranjero se observaba ya en las antiguas sociedades teocráticas (34), es conocido y generalmente aceptado el hecho de la inferior condición que desde los tiempos más remotos de la Historia ya en base a consideraciones de tipo religioso -como en la India y Egipto-, ya en base a razones de carácter cultural -como en Grecia-, el extranjero ha debido soportar; rechazado y tratado como enemigo en buen número de ocasiones, mirado con el natural recelo y desconfianza en aquellas en las que era tolerado y en todo caso sujeto a un tratamiento opresivo, la historia de su condición en las sociedades precontemporáneas se nos presenta realmente como dice PRADIER-FOEDERE, como une tris-

---

(34) Cf. RUIZ MORENO, I., El derecho internacional público antes de la era cristiana, Buenos Aires 1946, espec. p. 203 s.s.

te histoire (35).

Bien es cierto que, en determinados momentos, nos encontramos con actitudes favorables y hospitalarias pero éstas están lejos de constituír o representar una línea de conducta general, pues tienen lugar tan sólo, en beneficio de ciertos grupos o tipos, relevándonos únicamente la existencia de un sistema pluralista en el que coexisten diversos estatutos de extranjería y en el que el comúnmente aplicable se caracteriza por su espíritu xenófobo, tipificando así el comportamiento en las sociedades antiguas y medievales respecto de aquellos sujetos extraños al grupo socio-político considerado (36). La condición de éstos

---

(35) Cf. sobre todo esta cuestión, WEISS, A., Traite theorique et pratique de droit international publique, t. II, París 1894, p. 7 s.s.; PRADIER-FOEDERE, P., Traite de droit internatinal public européen et américain, t. III, París 1887, p. 624 s.s.; FIORE, P., Derecho internacional público, ver. esp. por A. GARCIA ROMERO, 2ª edº. Madrid 1889, p. 53 s.s.; LAURENT, F., Etudes sur l'histoire de l'humanité, t. VII, París 1861, pp. 347 s.s. y t. 15, París 1869, p. 60 s.s.; POLLOCK y MAITLAND, The history of the english law, 2ª ed., vol. I, Cambridge 1968, p. 458-467; LAURENT, F. Droit civil international, t. I, París / Bruselas, 1880 p. 114 s.s.; BLACKSTONE, W., Commentaries on the laws of England, t. I, Oxford 1765, reimpresión de 1966, p. 360 s.s.; y espec. varios autores en, L'Etranger Recueils de la Societe Jean Bodin, vols. 9 y 10, Bruselas 1958.

(36) Según GILISSEN, J., "est etranger celui que ne fait pas partie du groupe social politique par rapport auquel son statut est envisagé", cf. "Le statut des etrangers a la lumiere de l'histoire comparative", en L'Etranger, vol. 10 cit.p. 10.

evoluciona desde una fase, en la que no gozando de derecho subjetivo alguno, quedan sometidos a la organización del grupo social en el que se encuentran, hacia otra en la que ya gozan de ciertos derechos en el seno del mismo, pasando por una etapa de transición en la que el goce de los derechos civiles y políticos está en función de la fuerza que posea el grupo del que forma parte y en el seno del cual vive según sus propias reglas de derecho.

Es a partir de la baja Edad Media y, desde entonces, a ritmo creciente a todo lo largo de la Moderna, cuando advertimos la existencia de una tendencia hacia la equiparación del extranjero al nacional, al menos en lo que se refiere al goce de los derechos civiles, de tal manera, que la dureza del régimen medieval empieza a dulcificarse al ir desapareciendo, por una parte, determinadas prácticas abusivas fundadas en los derechos, por no citar más que los más representativos, de cavage o chevage, en virtud del cual venía obligado al pago de un tributo por el hecho de ser cabeza de familia, de fordmariage, que le sujetaba al pago de un impuesto cuando quería contraer matrimonio con persona de distinta condición, de naufragio, que le convertía en esclavo del señor sobre cuyas costas era arrojado por la tempestad, el cual se apropiaba también de sus bienes, de aprensión, que le sometía al señor en cuyas tierras llevaba residiendo un año y un día si otro no le había reclamado antes como suyo, de aubana, que le impedía tanto transmitir como suceder mortis causa de tal manera que los

bienes objeto de la sucesión pasaban a poder de la corona en ausencia de hijos nacidos en el reino o de otros parientes regnícolas.

Este progreso, debido a factores tan diversos como el empuje de la idea de fraternidad propagada por las filosofías humanitarias, la construcción del régimen municipal y de las grandes monarquías modernas sobre las ruinas de la organización feudal, el incremento de las relaciones internacionales y el desarrollo comercial (37), se veía sin embargo obstaculizado por la idea, dominante en la época, fruto del auge y autoridad cobrada por el derecho romano, de que no sólo el goce y ejercicio de los derechos políticos sino también el de los civiles corresponde exclusivamente al ciudadano. Así pues, en esta concepción "... le citoyen seul avait des droits, l'homme n'en avait..." (38).

Un examen también sumario de la condición del extranjero en los distintos países europeos en la época que consideramos, nos muestra, en Francia, a un extranjero, que si bien puede ya contraer matrimonio con una indígena sin pagar derecho alguno de fordmariage, concluír libremente contratos como los de venta, arrendamiento, sociedad, man-

---

(37) En Francia por ejemplo se favorecía con la liberación del derecho de aubana a los mercaderes durante su asistencia a las ferias de la ciudad de Lyon, cf. FIORE, op. cit. p. 62; y en Inglaterra se concedía la ciudadanía al extranjero que hubiere servido por lo menos tres años en buque inglés consagrado a la pesca de la ballena, Ibid. p. 64.

(38) Cf. LAURENT, Etudes... cit. t. 15, p. 62; también LAURENT, Droit civil... t. I, pp. 262-6.

dato, prenda e hipoteca y préstamo y poseer un domicilio en el reino, se vé bloqueado en el ejercicio de los derechos de adopción, tutela y prescripción, es incapaz de transmitir y suceder mortis causa y de acceder a los cargos públicos y ciertas profesiones como la abogacía (39).

En Inglaterra, es básica la distinción entre extranjero amigo y enemigo según que el país del cual aquél es nacional, se encuentre en paz o en guerra con Inglaterra. Siendo amigo, el extranjero, puede libremente entrar, circular, residir y salir del reino pero el ejercicio de las funciones públicas le está prohibido; asímismo es incapaz de ser titular de derechos inmobiliarios, los cuales, si por sucesión había de adquirirlos, eran deferidos a otros herederos que aunque de peor grado fuesen regnícolas, y si por contrato habían de corresponderle era el rey el que tenía derecho de apropiarse el bien en cuestión ya en vida, ya a la muerte del extranjero (40). Pero "... for alien enemies, have no rights, no privileges, unless by the king's special favour during the time of war" (41).

En los Países Bajos, aunque el trato en general reservado a los extranjeros era bastante hospitalario, el único medio a través del cual éstos encontraban una autén

(39) Cf. VILLIERS, R., "La condition des etrangers en France dans les trois derniers siecles de la monarchie", en L-Etranger, vol. 10, cit. p. 143-5.

(40) Cf. KIRKPATRICK, R., "Le statut des etrangers en droit anglais au cours des derniers siecles", L'Etranger, vol. 10, cit. p. 454.

(41) Cf. BLACKSTONE, op.cit. p. 361.

tica protección era el de las cartas de naturalización, a menos que adquiriesen la burguesía de una ciudad, cosa que les proporcionaba los mismos privilegios que la naturalización a saber, la protección de sus personas y bienes y el goce de todos los derechos de los indígenas salvo los que concernían al desempeño de las funciones públicas las cuales les estaban vedadas fuera de los casos de las llamadas naturalizaciones ad honores. El comercio al detalle les estaba también prohibido con frecuencia, pero sin embargo el derecho de aubana, reducido en la mayor parte de los casos a un derecho de detracción, ha desaparecido ya casi por completo en el siglo XVII (42).

En Alemania (43) donde se tenía por extranjero a todo aquel que no hubiera nacido en el territorio o no hubiere sido educado en el seno de la familia, y donde, consecuentemente, todo hombre aparecía como extranjero ante todas las sociedades a las que no pertenecía, en tanto en cuanto las relaciones humanas se iniciaban más allá del hogar, la posición jurídica de los mismos se ve fuertemente disminuída por el hecho de su no participación, hasta el punto de perder todo derecho. Cabe señalar, en concreto, cómo, salvo en algunas situaciones de privilegio -comerciantes, estudiantes, eruditos, diplomáticos- en las que el ex

(42) Cf. FEENSTRA, R., y KLOMPMAKER, H., Le statut des etrangers aux Pays Bas, L'Etranger vol. 10, cit. p. 357.

(43) Cf. THIEME, H., "Die Rechtsstellung der Fremdem in Deutschland", L'Etranger, cit., vol. 10, pp. 201 ss.

tranjero goza de ciertas prerrogativas -no sujeción a servicio militar, jurisdicción propia... etc...- se encuentra éste sujeto a hacer desembolso de su fortuna, caso de emigración (gabella emigrantibus o droit d'issue, así como las limitaciones que en materia hereditaria se derivan de la vigencia del ius detractus, no puede hacerse representar por un ciudadano ni asociarse con él... etc...

En lo que toca particularmente a la administración de justicia, asistimos a un debilitamiento progresivo de la concepción patrimonial, que de la misma imperaba en época medieval y en la que, como es sabido, todos aquellos couchants et levans en las tierras del señor quedaban automáticamente sometidos a su jurisdicción, para pasar a una concepción de la Justicia como servicio público, en la que la administración de la misma deja de ser un derecho del señor feudal para convertirse en un derecho del ciudadano. Pero en esta nueva perspectiva el extranjero, no ciudadano, ve bloqueado su acceso a los órganos judiciales, cuya acción no puede desencadenar, viéndose rechazado en las demandas que interpone bien contra los regnícolas, bien contra otros extranjeros. La conquista de tan fundamental derecho, aunque el punto es algo controvertido, parece ser que tiene lugar, por primera vez, en Inglaterra en donde ya en el siglo XIV el extranjero, puede ejercitar acciones personales en las mismas condiciones que el regnícola, si bien tan sólo ante la Chancellerie Court, pues

las King's Courts le están cerradas (44). Junto a este tratamiento, genérico, determinada categoría de extranjeros, los mercaderes, poseen, para la solución de sus litigios mercantiles una jurisdicción de privilegio integrada por ellos mismos y que aplica un derecho fundado en los usos comerciales -lex mercatoria- conocida bajo el nombre de Pie-Poudre Courts y Courts of Stapple.

En el continente los tribunales acceden a conocer de cierto número de supuestos excepcionales tales como, cuando se trata del ejercicio de acciones reales inmobiliarias, de asegurar la ejecución de obligaciones que derivan del derecho natural, del ejercicio de acciones en reclamación de daños y perjuicios por delitos cometidos en el territorio, de asuntos mercantiles en general y en fin cuando el extranjero está domiciliado en el territorio (45). Ahora bien ¿cuáles son las reglas con arreglo a las cuales los tribunales acceden a conocer?.

Cabe señalar en primer lugar que la regla actor sequitur o el principio del forum domicilii, que en materia de acciones personales es de general aplicación en países de tradición romanista, se hizo extensivo a los litigios con elementos extranjeros. En apoyo de esta idea se esgri-

---

(44) Cf. KIRKPATRICK, art.cit. p. 455; en contra LITTLETON que sostiene que el extranjero no puede intentar acción -personal o real- alguna.

(45) Cf. PRADIER-FOEDERE, op. cit. p. 776 s.s.

men dos tipos de argumentaciones (46) a saber: la consideración preferencial del justiciable sobre el juez, y el respeto a la soberanía extranjera. En efecto, la justicia, tal y como ya hemos apuntado, se empieza a entender como servicio público y en esta concepción lo que verdaderamente importa -dice BYNKERSHOEK- (47), es que el reparto de las jurisdicciones se haga, no en favor de los jueces sino en el de los que tienen necesidad de sus sentencias; si sobre esta base, los jueces empiezan a aplicar leyes extranjeras, con lo que el territorialismo clásico cede terreno, no hay razón alguna para pensar que en un aspecto que como el de la competencia judicial, considerado entonces como secundario respecto del de la legislativa, se mantuviesen aferrados al principio tradicional, por lo que es lógico pensar que se declarase la competencia del juez del domicilio del demandado extranjero, de manera que si éste lo está en el territorio en cuestión los tribunales deberán conocer, y si no fuere así, habrían de declinar en favor de los extranjeros.

En segundo lugar se encuentra el principio, de que el rey no ha de ejercer su autoridad mas que sobre sus súbditos constituyendo todo intento de extenderla sobre el extranjero, que está de paso, un atentado contra la soberanía del estado del cual éste es súbdito.

---

(46) Cf. GAUDEMENT-TALLON, H., op. cit. p. 36 s.s.
(47) Citado por GAUDEMENT-TALLON, op. cit. p. 38.

A estos argumentos se oponen otros, de indudable fuerza, sobre cuya base se mantiene la postura de que en todo caso el extranjero queda sometido a la justicia territorial. Estos son los siguientes: 1) el territorialismo conserva todavía la fuerza necesaria como para no permitir que de los escasos casos de aplicación de leyes extranjeras por el juez del foro, se deduzca por analogía un argumento favorable a la declaración de competencia de las jurisdicciones extranjeras; 2) la desconfianza hacia los tribunales extranjeros de cuya buena organización, imparcialidad y procedimiento se duda, conduce al mantenimiento de la teoría del juez natural del nacional; 3) siendo indiscutible la primacía de la soberanía nacional sobre la extranjería y habida cuenta de que al ser la jurisdicción atributo esencial de la soberanía no es posible estar sometido a ésta sin estarlo también a aquella, todo individuo, cabe afirmar, se encuentra sometido a la jurisdicción del soberano del país en que se encuentra.

Aunque sopesados estos argumentos, en pro y en contra, parece deducirse un cierto equilibrio, que impide pronunciarse de forma rotunda acerca de la vigencia del forum domicilii, la generalidad de los autores se inclina a pensar que la regla actor estuvo vigente incluso en los supuestos de litigios con elementos extranjeros al menos en aquellos países de tradición romanista.

De la misma manera se sostiene la vigencia cuando se trata del ejercicio de acciones reales, del forum rei sitae por el que es competente el juez del lugar en que esta sita la cosa, aunque no sin que se haya intentado el establecimiento de una alternativa con el forum domicilii (48).

También es frecuente que se declare competente el juez del lugar en el que se ha efectuado la detención bien de los bienes, bien de la misma persona del deudor (forum arresti). Esta regla, que encontró su origen en el privilegio de que gozaban los ciudadanos de determinadas ciudades en virtud del cual podían incautarse de los bienes de su deudor o incluso de su misma persona siempre que esto tuviese lugar dentro de los muros de la ciudad, y que responde a una concepción privada de la administración de justicia, va evolucionando, a medida que ésta se manifiesta como una función exclusiva del estado para quedar reducida, primero, a los bienes del deudor respecto de deudas que consten por escrito y que hayan sido contraídas en la villa que goza de ese privilegio, siendo precisa después, la obtención de una orden judicial en la que expresamente se autorice (49).

En fin, se admite también comúnmente el criterio de que es juez competente el del lugar de conclusión del contrato, sobre la base del precedente medieval de que en las ferias y mercados eran exclusivamente competentes, respec-

---

(48) Cf. GAUDEMENT-TALLON, op.cit. p. 29.
(49) Ibid. p. 69 s.s.

to de las obligaciones contraídas en los mismos, las autoridades en ellos existentes con independencia de la nacionalidad de las partes (forum contractus); refuerza esta postura su carácter eminentemente práctico, ya que la mayor parte de las veces el litigio se elevará en el lugar de conclusión de la convención. Señalemos, sin embargo, que cierta oposición se hizo notar, ya que -se decía- la conclusión de un contrato, acto jurídico privado, no debe tener influencia alguna sobre unas reglas que como las de competencia judicial pertenecen al derecho público, por ser la administración de justicia un servicio de tal carácter (50).

En resumen, podemos decir que en el período del Antiguo Régimen no está en absoluto generalizado el derecho del extranjero de acceder a la justicia local, derecho que se considera como exclusivo del ciudadano, por lo que vemos cómo el extranjero no puede, mas que en raras ocasiones, recurrir en justicia ni contra regnícola ni contra otro extranjero. Excepcionalmente los tribunales acceden a conocer en determinadas ocasiones sobre la base de los criterios siguientes: forum domicilii, rei sitae, arresti, contractus. En fin, en algunos casos cabe señalar la existencia junto a la jurisdicción ordinaria, de tribunales especiales para extranjeros.

---

(50) Ibid, p. 65.

Sección 2ª

En el ordenamiento jurídico español

En nuestro país la existencia de una pluralidad de estatutos de extranjería es conocida desde los comienzos mismos de la Reconquista en que la formación, por una parte, de reinos independientes y el florecimiento, por otra, del régimen municipal dan lugar a que la noción de extranjero pierda el carácter unitario que poseía en tiempos de la monarquía visigótica para transformarse en un estado relativo y variable de lugar a lugar y de persona a persona. En efecto, vemos cómo junto al extranjero del exterior (franco o francígena) se alinea el del interior (hispano de otra ciudad o reino), como junto al extranjero al reino (un catalán en Castilla, por ejemplo) se alinea el extranjero a la ciudad (un burgalés en Toledo, por caso). Por otra parte, encontramos que, con el extranjero, digamos común, coexisten ciertas categorías de extranjeros privilegiados unos, como los mercaderes, peregrinos, soldados y embajadores, y desfavorecidos otros, tales como los gitanos, moros y judíos.

Este estado pluralista, se va a prolongar prácticamente a todo lo largo de la Edad Moderna no desapareciendo propiamente sino bajo el reinado de Felipe V, en el que, a la definitiva abolición de la extranjería entre los reinos españoles -que se había iniciado ya en tiempos del empera-

dor Carlos V- se une el hecho de que el pluralismo derivado de las circunstancias que personalmente concurren en el extranjero puede considerarse también extinto para entonces (51), no subsistiendo más diversidad que la derivada de la cualidad de embajador o de los tratados internacionales.

No es pues, sino en el siglo XVIII que la legislación, y en concreto una Real Resolución de 8 de Marzo de 1716 -que forma le ley III, título XI, libro VI de la Novísima Recopilación- (52), se refiere a los extranjeros en general, como categoría contrapuesta a los nacionales, distinguiendo entre ellos dos grupos diferentes: avecindados y transeuntes y sometiendo a cada uno de ellos a una condición distinta (v. infra. p.).

Pero, no obstante, esa falta de uniformidad que en la condición jurídica del extranjero se registra en nuestro país hasta los comienzos del siglo XVIII, y el particularismo de la escasa legislación existente, cabe señalar ciertas notas o aspectos que aunados, pueden darnos una idea de conjunto acerca de la condición del extranjero en nuestra pa-

---

(51) En efecto, vemos como moros, judíos y gitanos son objeto de expulsión entre los siglos XV y XVII, como la figura del mercader como tal deja de ser objeto de especial protección a fines de la Alta Edad Media, y como en fin los privilegios que asistían a los romeros y peregrinos son sucesivamente recortados a partir del siglo XVI. Cf. R. GIBERT, art. cit. p. 154.

(52) Cf. el texto en RIQUELME, Apéndice al derecho internacional de España, Madrid, 1849, p. 321.

tria en la época que consideramos (53) haciendo posible un contraste con el panorama existente al otro lado de los Pirineos.

Cabe señalar, como principio general, que la protección del rey se extiende a todos los extranjeros por igual, materializándose en ocasiones en salvoconductos en los que se les aseguran sus personas o bienes, el libre tránsito, la habitación o el comercio, o bien en recomendaciones a otros soberanos para que les dispensen buena acogida, o bien, en fin, en la especial adopción de ciertos grupos especialmente desfavorecidos.

En particular, siempre se ha observado respecto de ellos una gran tolerancia en lo que respecta a su admisión, tolerancia que en la mayor parte de los casos venía determinada por motivos bien religiosos, como las peregrinaciones a Santiago, bien de orden económico o político, como el interés en la repoblación de ciertas zonas o en el desarrollo agrícola e industrial (54). Por el contrario encontramos una actitud abiertamente hostil cuando se trata de los territorios de Indias, respecto de los cuales las disposiciones prohibiendo la entrada u ordenando la expul

---

(53) Muy escasos son los estudios existentes en relación con el derecho español, cf. espec. R. GIBERT, ar.cit., y también el breve pero completo resumen que MIAJA DE LA MUELA dedica a esta cuestión en su Derecho Internacional Privado, cit. p. 135-40.

(54) Cf. los capítulos de Felipe IV reformando la pragmática de 1623, que forman la ley 1, título XI, libro VI de la Nov.Rec., en este sentido.

sión se sucedían sin interrupción (55); esta rigurosidad fue progresivamente atemperada al permitirse, primero, la presencia de los extranjeros, casados con mujeres naturales y residentes al menos diez años en el reino, y al regularizarse, después dicha presencia mediante el sistema de la composición -requisitos personales, más pago de tributo- (56).

Sus personas y bienes se encuentran protegidos en las leyes de la misma manera que los de los nacionales (57).

El ius naufragii se halla también prohibido en las leyes VII, X, XI, título IX, Partida V.

La práctica del derecho de aubana tan extendida en otros países europeos queda expresamente condenada en la Partida VI, título I, leyes XXX, XXXI y XXXII, así como también en la Partida I, título XXIV, ley IV. Tampoco ha existido en nuestro país prohibición alguna de casar extranjeros con españoles o viceversa (salvo la antigua prohibición existente entre godos e hispanos, desaparecida en tiempos de Recesvinto) a no ser en el caso de profesar religiones distintas. Admitido este derecho, también se reconocen como derivados del mismo la titularidad de la patria potestad (58).

---

(55) V. infra. p.p. 98 y 284 ss.
(56) Cf. GIBERT, ar.cit. p. 179-80.
(57) Cf. Part. V, tit. VII, l. IV y tit. VIII, l. XXVII; Part. I, tit. XXIV, l. III.
(58) Cf. TARRASA, M.B., Estudios del derecho civil de España, comparado con el romano y el extranjero según el orden del proyecto del código civil español, Salamanca 1866, p. 257.

Se observa sin embargo cierta discriminación en beneficio del nacional en lo que toca el acceso a los cargos públicos (59), entre los que ha de incluírse el cargo de tutor del nacional, aunque parece, sin embargo, que el extranjero podía ostentar tal cargo respecto de pupilo de su nación (60).

En 1716, como ya hemos apuntado, una Real Orden de 8 de Marzo distingue entre dos grandes categorías de extranjeros, estableciendo para cada una de ellas, una diferente condición. En efecto, mientras el avecindado, es decir aquel

> "... que obtiene privilegio de naturaleza: el que nace en estos reinos: el que en ellos se convierte a nuestra fe católica: el que viviendo sobre sí establece su domicilio: el que pide y obtiene vecindad en aquel pueblo: el que se casa con mujer natural en estos reinos, y habita domiciliado en ellos; y si es la mujer extranjera que casare con hombre natural, por el mismo hecho se hace del fuero y domicilio de su marido: el que se arraiga comprando y adquiriendo bienes raíces y posesiones: el que siendo oficial viene a morar y ejercer su oficio, y del mismo modo el que mora y ejerce oficios mecánicos, o tiene tienda en que venda por menor: el que tiene oficios de concejos públicos honoríficos o cargos de cualquier género que sólo pueden usar los naturales: el que goza de los pastos y comodidades que son propios de los vecinos: el que mora diez años con casa poblada en estos reinos; y lo mismo en todos los demás casos en que conforme a derecho común, reales órdenes y leyes adquiere naturaleza o vecindad el extranjero..."

---

(59) Cf. Nov.Rec. libro I, título XIV, ley I-II-III y libro VI, título XI, ley I.

(60) Cf. TARRASA, op.cit. p. 257.

según expresa la citada Real Orden de 1716, está obligado "... a las mismas cargas que los naturales, por la legal y fundamental razón de comunicar de sus utilidades, siendo todos estos legítimamente naturales...", los transeúntes, es decir, "... aquellos que vienen de paso sin ánimo de permanecer..." (61) están exentos, por su parte de "... oficios concegiles, depositarias, receptorias, tutelas, curadorias, custodia de panes, viñas, montes, huéspedes, leva, milicias, y otras de igual calidad; ... y demás cargas pechos o servicios personales..." (62). Tanto unos como otros quedan sin embargo, sujetos a la contribución de alcábalas y cientos (63).

Estas notas que hemos expuesto nos dice, cómo los extranjeros han disfrutado en España, en una época en la que estaban sometidos a importantes restricciones en otros países europeos, de una condición, no sólo muy favorable, sino en algunos casos privilegiada respecto de la del nacional.

---

(61) Cf. ESCRICHE, Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, 3ª ed. Madrid, 1847, vol. I, p. 761.

(62) Cf. R.O., 8 de Marzo 1716, ya cit. supra, p. 51.

(63) Siendo diferente la condición, se ordenó, para eliminar dudas, la formación anualmente de matrículas de extranjeros en las que se distinguiesen perfectamente ambas categorías por Rs.Os. de 5 de Enero 1754; 28 de Junio 1764; 12 y 21 de Julio de 1791 que forman las leyes 8 y 9 del título XI del libro 6 de la Nov. Rec.; 29.11.1791 que forma la ley 10, título XI, libro 6 Nov.Rec.

Esta situación de privilegio se hace especialmente perceptible cuando se aborda la cuestión de su posición ante los tribunales de justicia. En efecto, el acceso a los mismos les está expedito ya en nuestras leyes antiguas, en donde se les reconoce la facultad de acceder a ellos (64), incluso tratándose de contratos hechos o de cosas sitas en país extranjero como se deduce de la Partida III, título XIV, ley XV según la cual

> "... si contienda fuese entre los homes de aquella tierra sobre pleyto o postura que hubiesen hecho en ella o en razon de alguna cosa mueble o raíz de aquel logar; ca entonce manguer estos estraños contendiesen sobre aquellas cosas ante el juez de nuestro señorio bien pueden rescebir por prueba la ley o el fuero de aquella tierra que alegaren ante el..." (65).

Este estado de cosas no se vió en modo alguno alterado por la distinción que entre transeúntes y avecindados operó la Real Orden de 8 de Marzo 1716 ya que ninguna de las diferencias en la condición jurídica de unos y otros se refiere a las condiciones de acceso a los tribunales que les siguen estando abiertos de igual manera que a los propios nacionales.

Sobre esta base es lógico que nos preguntemos si, existen algunas reglas o criterios sobre los que nuestros tribunales se funden para decidir acerca de su competencia en los asuntos de extranjeros.

---

(64) Cf. Partida I, título I, ley XV.

(65) Cf. también en el mismo sentido ESCRICHE, op.cit. p. 763.

Si bien es cierto que hasta el Real Decreto "de extranjería" de 1852 no poseemos un auténtico sistema de normas de competencia judicial internacional y en este sentido nuestro ordenamiento jurídico se halla retrasado respecto de los demás países europeos cabe afirmar, en revancha, que cuando en estos no existía todavía traza alguna de las mismas, como consecuencia de la concepción feudal de la justicia en ellos imperante, ya existían en nuestro país una serie de criterios sobre cuya base nuestros tribunales conocían de los asuntos de extranjeros. En efecto, la equiparación en lo judicial del extraño al nacional, se manifiesta desde el punto de vista de la competencia judicial en que los tribunales acudían a las mismas reglas o criterios para decidir acerca de la misma con ocasión de un determinado caso concreto ya contuviese o no elementos extranjeros. Dicho de otra forma, las reglas entonces existentes eran igualmente aplicables al tráfico interno y al externo.

De entre ellas, la fundamental, que preside todo el sistema, es, al igual que en los demás países europeos cuya legislación se basa en el derecho romano, que el demandante debe acudir al juez del demandado, que es el de su domicilio. De este principio que ya consagra el Codex Iustinianeus en su ley III, título XIX, libro III, se hacen eco nuestras leyes de Partida, en la ley IV, título III, Partida III en los siguientes términos:

> "Responder non debe en juicio el demandado ante otro alcalle sino ante aquel que es puesto para judgar la tierra do el mora cotidianamente, fueras ende en aquellas cosas que desuso deximos en las leyes que fablan del demandador en esta razon..."

Este forum domicilii quiebra sin embargo en ocasiones en favor de otros fueros excepcionales como son el forum originis que ya previsto en el Digesto, libro V, título I, ley II, es recogido en la Partida III, título II, ley XXXII, como sigue:

> "... si el demandado es o fue natural de aquella tierra que se juzga por aquel juez ante quien le quiere facer la demanda, ca manguer non sea morador de ella, bien puede ser apremiado sil fallaren hi que responda antel por razon de la naturaleza..."

El forum contractus y el solutionis -Digesto, libro V, título I, ley XXXII- priman también sobre la regla actor, según dispone la misma Partida III, título II, ley XXXII:

> "... quando el demandado o tro cuyo heredero el fuese hobiese puesto algunt pleyto o prometido de facer alguna cosa en aquella tierra onde fuere juez aquel ante quien le facen la demanda, o lo hobiese hecho o prometido en otra parte poniendo de lo complir alli...".

Parece también que ha tenido cabida en nuestro derecho el forum arresti, según se desprende de la misma ley XXXII, arriba citada en la que en efecto, se dice que, "... quando el demandado es revoltoso et de mala barata, de guisa que non se asesiega en ningunt logar, ca tal como este tenudo es de responder do quier que lo fallen...".

Se admite también, en fin, como de derecho común, la vigencia del forum rei sitae tratándose del ejercicio de acciones reales inmobiliarias -Digesto, libro V, título I, ley XXXVIII, y Codex Iustinianeus, libro III, título XIX, ley III in fine- y del forum prorregatum -Digesto, libro V, título I, ley I- según se expresa en la Real Orden de 5 de Enero de 1849 dirigida al capitán general de Puerto Rico, explicando su incompetencia para resolver un caso de derecho internacional positivo (66).

Pero sin duda de entre todos estos fueros que hemos calificado de excepcionales destaca, por su singular relieve, el de extranjería cuya extensión e importancia alcanzaron al correr de los años dimensiones tales que hicieron de él un auténtico régimen especial. En virtud de este fuero, de excepción y privilegio, cierta categoría de extranjeros -los transeúntes- tenían acceso en determinadas circunstancias -cuando son demandados- a una jurisdicción especial distinta de la ordinaria, la de extranjería.

De excepcional y privilegiado hemos calificado este régimen. Excepcional, porque siendo de general aceptación el principio actor sequitur, su aplicación suponía, al igual que la de los demás fueros ya mencionados como excepcionales, una ruptura con dicho principio por cuanto que atribu

---

(66) "... el derecho común declara competentes a los jueces territoriales en los negocios de extranjeros cuando estos se someten espontáneamente a su jurisdicción..." cf. el texto en RIQUELME, Apéndice, cit. p. 328.

ye competencia a una jurisdicción que en otras circunstancias debería normalmente declinar el conocimiento del asunto. Pero esta circunstancia que en un marco nacional no tendría mas que una relativa importancia, adquiere especial significación cuando el sujeto implicado es un mercader extranjero. En efecto, la declaración, en su caso, de la competencia del forum domicilii, conduciría a la atribución de la misma a los tribunales extranjeros, con lo que el tráfico mercantil, precisado en todo momento de agilidad y celeridad, se vería profundamente perturbado. Imaginemos en efecto cómo (en una época en la que habida cuenta del grado de desarrollo de los medios de transporte y comunicación, muy distintos de los de nuestros días, las distancias jugaban un papel fundamental) si el mercader de Bilbao demanda al de Burgos ante los tribunales de la Villa y éstos declinan su competencia en favor de los castellanos, el entorpecimiento del tráfico, por el hecho de tener que ir a pleitear antes éstos, no ha de ser especialmente gravoso o insalvable. Pensemos ahora en un demandado no ya burgalés, sino británico o hanseático; la estricta aplicación de la regla actor daría lugar, en estos casos, a que el tráfico mercantil deviniese poco menos que imposible, al verse privado o mutilado en uno de sus atributos más importantes. Es por ello por lo que la posibilidad de que una jurisdicción local conozca de las causas en las que el extranjero -normalmente comerciante-, tiene realmente carácter de privilegio, que se otorga en beneficio y fomento

del comercio. El privilegio no radica pues, tanto en el hecho de que sea una jurisdicción distinta de la ordinaria la que conozca de estos asuntos, sino en que efectivamente exista una jurisdicción capaz de conocer. Sin embargo la historia nos muestra que, en la práctica no fue entendido así el fuero de extranjería en el que únicamente se vió el dato aparente y externo, de la existencia de una jurisdicción privativa que había de conocer de los asuntos de extranjeros con independencia de la ordinaria, dando de esta manera erróneamente por supuesto, que ésta era en general competente para conocer de los mismos (67).

Esta errónea interpretación, favorecida sin duda por el hecho de que el juez conservador -figura en la que se encarna por primera vez la jurisdicción de extranjería- era también guardián de los demás privilegios otorgados a los extranjeros, y aceptada no sólo por los extranjeros mismos sino también por los propios nacionales, explica el por qué de las airadas críticas que los autores patrios dirigirán contra el fuero de extranjería, en el que exclusivamente verán según este entender, una intolerable actitud de desconfianza, por parte de los países beneficiados con el fuero, respecto de la organización judicial nacional.

---

(67) Sobre el por qué se creó una jurisdicción especial, en vez de adoptar la sencilla solución de extender el ámbito de competencia de la ordinaria, así como también acerca de otros motivos determinantes para la concesión del privilegio, véase, infra. pp. 97 ss.

Valgan estas líneas, de presentación al mencionado fuero de extranjería, cuya historia nos proponemos reconstruír en los próximos capítulos.

Capítulo II

ORIGENES, FORMACION Y DESARROLLO DEL FUERO DE EXTRANJERIA

Sección 1ª.- Consideraciones históricas en torno al origen del fuero de extranjería

1. La protección del extranjero en las sociedades antiguas
2. La institución consular medieval como fundamento inmediato del fuero de extranjería

Sección 2ª.- El fuero de extranjería como fuero de conservación: la institución de los jueces conservadores de extranjeros (1607-1758)

1. Su introducción en España: fuentes y contenido del sistema al tiempo de su aparición
2. Motivos determinantes de su nacimiento
3. Generalización y consolidación
4. Balance de este primer período

Sección 3ª.- El fuero de extranjería como fuero militar: los jueces conservadores de extranjeros a la jurisdicción de los tribunales de guerra (1758-1852)

1. Sentido de la evolución y factores condicionantes
2. Fuero de extranjería y fuero militar: criterios de distinción
3. Balance de este período

Sección 1ª

Consideraciones históricas en torno al origen del fuero de extranjería

En la Enciclopedia española de Derecho y Administración (68), leemos que:

> "Por mucho tiempo fue costumbre, que los Reyes en lo temporal, como los Papas en lo eclesiástico, concedieran un protector especial a determinadas industrias, fundaciones corporaciones, etc., cuyos protectores llevaron el nombre de conservadores... Unas veces las funciones de los conservadores eran de inspección y protección puramente administrativas: otras tenían estos jurisdicción, aunque restrictiva, correcional, limitada a evitar, castigar y reprimir las injurias y ofensas manifiestas y notorias y entonces dichos funcionarios se denominaban jueces conservadores. En este caso entraban ya en la categoría de jueces privativos; pero con impropiedad, pues tenían la plena jurisdicción civil y criminal, como verdadero tribunal o juez de primera instancia: tales eran los jueces protectores de extranjeros" (69)

El juez conservador o protector de los extranjeros se presentaba como el "juez nombrado por el rey con juris-

---

(68) También llamada Nuevo teatro universal de la legislación de España y de las Indias, por D.L. ARRAZOLA, P. GOMEZ DE LA SERNA y J.M. MANRESA Y NAVARRO, t. XII, Madrid 1870, p. 664 s.s.

(69) Recibían también el nombre de jueces protectores, nos dice ESCRICHE, J., op.cit. t. II Madrid, 1849, p. 260, "el juez eclesiástico o secular nombrado por el Papa con jurisdicción y potestad para defender de violencias a alguna iglesia, monasterio, convento, comunidad regular y militar u otros eclesiásticos: el nombrado por privilegio del rey para conocer privativamente de los asuntos civiles de alguna comunidad o gremio, como de los intereses, haciendas o recaudaciones de sus rentas". Cf. también ORTIZ DE ZUÑIGA Y HERRERA, Deberes y atribuciones de los corregidores, justicias y ayuntamientos de España, t. IV, Madrid 1832 p. 143.

dicción privativa para conocer en primera instancia de ciertos litigios de los extranjeros transeúntes" (70), y aún no constituyendo "una institución general, en cuyo caso hubiera tenido reglas fijas y uniformes, sino una práctica, aunque bastante frecuente, casuística y de privilegio" (71), no encarnaba una institución aislada y única en su género sino que formaba parte de un sistema de conservación en el que cabía destacar los siguientes tipos:

a) Los eclesiásticos, nombrados por el Papa, que conocían de las injurias manifiestas y notorias, hechas contra las iglesias, monasterios y personas eclesiásticas así como de las causas relativas a los bienes de las mismas. En el ejercicio de su jurisdicción, no debían de perturbar el ejercicio de la jurisdicción seglar excediendo de las atribuciones que se le habían conferido, bajo pena de pérdida de la nacionalidad, expulsión del reino y confiscación de sus bienes (72).

b) Los del Real Patronato, nombrados y concedidos por el rey a diferentes conventos, monasterios de su patronato, conocían de las causas que interesaban a tales piezas patronadas. Las molestias y gastos que ocasionaba a las partes el seguimiento de sus instancias ante tales juz-

(70) Cf. ESCRICHE, op. et loc. cit.

(71) Cf. Enciclopedia... cit. p. 665.

(72) Cf. Nov.Rec., leyes VI, VII, VIII, XV, título I, libro II; también ORTIZ DE ZÚÑIGA y HERRERA, op.cit. p. 143.

gados particulares motivó su supresión por Real Decreto de Felipe V de 29 de Septiembre de 1715, confirmándose dicha supresión por Real Decreto de Fernando VI de 3 de Octubre de 1748 (73).

c) Los de minas, nombrados por el rey para la tutela de los privilegios y franquicias concedidos en favor de los que se dedicasen al descubrimiento y explotación de las minas de carbón de piedra. Estaban tales jueces facultados para delegar algunas de sus funciones en el director de la mina que estuviese a su cargo (74).

d) Los de montes, nombrados por el rey para que cuidasen y vigilasen de lo contenido en la ordenanza de montes de 7 de Diciembre de 1748 que forma la ley XV, título XXIV, libro VII de la Novísima Recopilación.

e) Los de extranjeros, nombrados por el rey para que conocieran de las causas de los extranjeros transeúntes (75) y velasen por el buen cumplimiento de lo estipulado en los tratados concluídos entre España y las otras potencias, competiendo además, al juez conservador, de manera exclusiva, el visitar las casas y registrar las tiendas de los extranjeros, la ejecución de la cosa juzgada,

---

(73) Cf. Nov.Rec., leyes XIV, XVI y XVII, título XVII, título XVII, libro I.

(74) Cf. Nov.Rec., ley I, título XX, libro IX, nº 11 y 12.

(75) Cf. Nov.Rec., ley V, título XI, libro VI.

el apresamiento o detención de los extranjeros... etc... (76).

1. La protección del extranjero en las sociedades antiguas

Hemos visto que, en definitiva, el juez conservador se presenta históricamente como una institución encargada de tutelar los intereses y de asegurar la protección de los extranjeros y considerada en este sentido podríamos sentirnos inducidos a asimilarla a ciertas instituciones clásicas creadas con el mismo fin, de entre las cuales podemos citar las siguientes:

- En Judea, el extranjero que no se convertía al culto israelita sometiéndose a las presceipciones de la ley de Moisés, lo que le confería la condición de prosélito de justicia que llevaba consigo la adquisición de todos los derechos del ciudadano, podía ser considerado como prosélito de habitación si respetaba los siete preceptos fundamentales recibidos de Dios por Noé, con lo que adquiría el dere

(76) La existencia de jueces conservadores en el sentido de oficiales encargados de la conservación de los privilegios concedidos por el rey a ciertas villas, cuerpos o comunidades también se registra en Francia en el siglo XIV en donde según testimonio que hace MILTITZ en su Manuel des Consuls, lib. I., Londres/ Berlin 1837, p. 186 s.s. existían los siguientes tipos: de los privilegios de las universidades, de ciudades, apostólicos, de los judíos, de los castellanos, de los tratados de paz, treguas o convenciones, del Sello, en fin de ferias, estando encargados estos últimos no sólo de mantener las franquicias y privilegios de las ferias sino también de conocer de los litigios posibles entre los mercaderes que a ellas iban a negociar.

cho de instalarse en Judea y comerciar libremente conociendo entonces de sus causas el tribunal especial de los Noachides.

- En Egipto, donde se daba un desprecio total respecto de todo aquello que no era autóctono, (77) se permitía, según un texto de Herodoto, en tiempos del rey Amasis (579-526 a.d.J.C.) a los griegos que comerciaban en el puerto de Naucratis elegir de entre ellos un magistrado, protatés, que les aplicaba sus leyes patrias en los litigios que entre ellos pudiesen surgir.

- En la India, los extranjeros (mlechas) que por razón de su no pertenencia a la religión brahamánica, se encontraban según las leyes de Manú en una condición jurídica inferior a la de los coudras (pueblos vencidos reducidos a la esclavitud) e incluso a la de los tchandalas o parias (pueblos vencidos que no fueron admitidos a formar parte, ni siquiera como esclavos de la sociedad hindú) (78), se

---

(77) "Les riverains du Nil -dice LAURENT, Droit civil, cit, p. 114- sont les hommes purs; leur sol sacré est la region de la pureté; le reste de l'univers est le sejour de l'impurete. De lá une horreur profonde pour les etrangers".

(78) "La reprobation qui pese sur les populations restes en dehors des castes -dice LAURENT, Droit Civil, cit. p. 114- frappe aussi l'etranger, et la cause est la même. Pourquoi le tchandale est, il objet d'un mepris insultant qui le poursuit depuis des siecles?. Parce/qu'il est exclu de le comunnion religieuse des ârjas, parce qu'il est un être impur priv. Il en etait de même des etrangers, et on les confondait dans la même aversion. L'Inde est une terre sainte; tous ceux qui se trouvent hors de ses limites "sont impurs de moevrs et de langage". Le legislateur place les ètranjeurs dans le hierarchie des creatures aprés les elephants, les chevaux et les coudras; c'est a peine quils l'emportent sur les animaux sangliers, les lions, les tigres et les saufliers".

encontraban bajo la protección de funcionarios especiales que atendían sus quejas y velaban en general por sus personas y bienes.

- En Grecia, donde la hospitalidad era virtud apreciada, los extranjeros domiciliados -metecos- a falta de tratados que les reconociesen tal derecho, no podían acudir ante los tribunales del estado sino que dependían de la jurisdicción del polemarco ante quien debían de hacerse representar por sus prostatés. Tratándose de extranjeros no domiciliados surge la institución de la proxenia sobre la base de un tratado, concluído entre una ciudad-estado y un particular, ciudadano a su vez de otra ciudad estado, en virtud del cual aquella se hacía representar por éste, que se convertía así en protector oficial de sus intereses así como también de los particulares de sus ciudadanos. La cualidad de proxenoi era una dignidad, por lo que recaía generalmente sobre aquellos que habían prestado destacados servicios al estado. La extensión del comercio, dió lugar a la creación, en algunas ciudades, de un tribunal, llamado de los nautodiques, que pronunciaban sin apelación, sobre la base de un tratado preexistente, sentencias en las causas de los extranjeros conforme a las leyes de éstos; como quiera que los nautodiques tenían sesiones mensuales, en aquellos casos en que los mercaderes no podían esperar para la solución de sus diferencias, acudían a los epagogos, que decidían sumariamente sobre la base de las declaraciones de las partes y de testigos.

- En Roma, al igual que en Grecia, la hospitalidad era un deber sagrado de tal manera que entre el huésped y el extranjero se creaban vínculos que sólo podían romperse mediante renuncia. Con el tiempo el huésped se llamará patrono, y así el hospitium deviene patronato. Los patronos, dice DE LAIGUE citando a FORCELLUM, "... eran personajes que gracias al favor y autoridad de que gozaban, asumían tras la sumisión de un pueblo o de una ciudad al imperio, la tarea de defender a ésta o aquel ante el senado o los comicios..." (79). El patronato, como la proxenia, era también un honor que no desdeñaron los ciudadanos más ilustres, incluso el propio emperador. Otra institución romana la constituía el tribunal de los recuperadores; eran éstos, jueces establecidos en virtud de tratados para zanjar las diferencias entre romano y extranjero o entre extranjeros. Su composición variaba según la nacionalidad de las partes litigantes, así, si éstas eran todos extranjeros los jueces también lo eran, pero si el proceso tenía lugar entre romano y peregrino el tribunal se integraba de unos y otros por mitades. Los recuperadores cayeron en desuso con la creación del pretor peregrino, (80). Todas estas institucio

---

(79) Cf. DE LAIGUE, L. de, "L'institution consulaire", Rev. d'hist. dip. 1890, p. 534 s.s.

(80) Sobre estas instituciones cf. LAIGUE, L. de op.cit. p. 534 s.s.; MILTITZ, op.cit.libro I, p. 9 s.s.; ANTOKOLETZ, Tratado teórico y práctico de derecho diplomático y consular, t. II, Bruselas 1968, p. 11 s.s.; ZOUREK, J. "Relaciones e inmunidades consulares", en el Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Doc. A/C.N. 4/108 1957-II, p. 77 s.s.; PRADIER-FODERE, P., op.cit., t. IV, París 1888, p. 427 s.s.; FIORE, P.,

nes clásicas de las que nos hemos limitado a hacer una brevísima reseña y que nacieron, como ya hemos indicado, para aliviar de alguna manera la inferior condición a la que estaba sometido el extranjero en las sociedades antiguas, no tienen -entendemos- conexión alguna con la figura de nuestro juez conservador, puesto que el nacimiento de esta figura no está en modo alguno vinculada a la existencia de un trato opresivo del elemento extranjero, que siempre ha gozado en nuestro país, como es sabido, de un trato favorabilísimo, por lo que la necesidad de una institución protectora de ese tipo no se hizo desear.

En la búsqueda de un origen para nuestro juez conservador nos encontramos todavía, si bien en época más tardía, con una magistratura especial para extranjeros, que por surgir además en territorio nacional podría fácilmente ser considerada como la fuente que buscamos. Nos referimos a la figura del telonario (81). Este magistrado de cuya existen-

---

op.cit., t. II, Madrid 1883, p. 452 s.s.; WEISS, A., op.cit. t. II, p. 3 s.s.; STUART, G., "Le droit et la pratique diplomatique et consulaire", en R.C.A.D.I., 1934-II, p. 467 s.s. Cf. en particular sobre los recuperatores. La obra fundamental de SCHMIDLIN, B., Das rekuperatorenfahren, Friburgo 1963; también BONGERT, Y., "Recherches sur les recuperateurs", en Varia Etudes de droit romain, 1, 99-266. Acerca de la figura del pretor peregrino. Cf. la obra básica de SERRAO, F., La iuridicto del pretore peregrino, Milan 1954; también llega, independientemente a parecidas conclusiones, ARRIAT, D., Le preteur peregrin, Paris 1955, también cf. LAURENT, F. Droit civil, cit. p. 151-162.

(81) Sobre esta institución además de las obras antes citadas en la nota 80 ver especialmente D'ORS, A., "Los transmarini negociatores en la legislacion vigisotica", en Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Barcia Trelles Santiago de Compostela 1958, p. 467 s.s. y también en Estudios visigóticos, t. II. Roma y Madrid 1960, p. 130 s.s.

cia tenemos noticia a través de la ley II, título III, libro XI de la ley de los visigodos, que D'ORS atribuye al Código de Eurico, y cuyo texto dice:

> "Cum transmarinii negotiatores inter se causan habet nullus de sedibus nostris, eos audire presumat: nisi tantummodo suis legibus audiantur apud telonarios suos"

es conocido en el Código Teodosiano como un funcionario encargado de la percepción de un impuesto (teloneum) sobre las importaciones marítimas, que se abonaba en los puertos por los que se hacía tal importación (82). Sin embargo en esta ley antigua que examinamos se les confieren atribuciones judiciales y como verdaderos jueces se les reconoce en le Fuero Juzgo, donde esta ley se traduce como sigue:

> "Que los mercaderes dultra portos deven ser iudgados por sus iueces e por sus leyes, si los mercaderes dultra portos en algun pleyto entre si, ningun iuez de nuestra tierra non le deve iudgar; mas responder deven segund sus leyes e ante sus iueces".

Una postura conciliadora adopta D'ORS ante esta alternativa cuando entiende que se trataba de funcionarios regios encargados de aquella función fiscal a los que se encomendaba oficial o convencionalmente una función jurisdiccional, pero con la particularidad de que ellos eran también transmarinii (83), Aunque, habida cuenta de la vi-

---

(82) Cf. en el mismo sentido DUCANGE, Glossarium mediae et infimae latinitatis vol. VIII, X, Graz, 1954, pp. 47.

(83) Cf. en el mismo sentido KING, P.D., Law and society in the visigothic kingdom, Cambridge 1972 p. 198: "Their own law was then applied by officials known as telonarii, who may also have acted as collectors of customs-duties".

gencia entre los pueblos bárbaros del principio de la personalidad de las leyes -al menos esta es la tesis más comúnmente aceptada- la teoría de D'ORS parece convincente, carecemos, entendemos, de los datos necesarios para ver en los telonarios algo más que un precedente lejano del cónsul ultramarino medieval, institución que, por el contrario, entendemos se encuentra íntimamente ligada al nacimiento del juez conservador de extranjeros, como nos proponemos demostrar en las secciones que siguen.

En efecto, cuando la aparición del régimen municipal comenzó a resquebrajar la organización feudal imperante, los municipios nacientes a medida que van cobrando autonomía y vida propia ponen a su cabeza una o más personas que adoptaron el nombre de cónsules (84).

Poco a poco, y según un proceso organizativo creciente se van creando en el seno de los mismos una serie de corporaciones o gremios al frente de los cuales figurará también uno o varios cónsules. Nos encontramos así, que junto al cónsul municipal se aliniará el de los carpinteros, el de los orfebres, el de los sastres,... en fin, el de los mercaderes.

Entre estas corporaciones o gremios medievales, los de los mercaderes ocupan un lugar preeminente, hasta el punto de que su poderío alcanzó en ocasiones niveles tan extraordinarios que llegaron a constituír, utilizando una

---

(84) Sobre el origen y diferentes acepciones del títutlo de consul, cf. Miltitz, op.cit., lib. I, p. 3 a 9.

expresión clásica, un estado dentro del estado.

En efecto, con el fin de garantizarse mercados seguros y exclusivos de unificar los esfuerzos para hacerse más fuertes y temidos, los mercaderes se congregaron en corporaciones, sociedades, compañías, universidades, colegios, gildas o hansas, las cuales lograron, comprándolos unas veces, y a cambio de servicios en otras, unos privilegios y ventajas tales, que les permitieron, no sólo obtener el monopolio del comercio sino también el erigirse en un ente casi soberano. Poseían efectivamente, además de una inmensa riqueza patrimonial, la titularidad de poderes de carácter fiscal, como el de cobrar un impuesto sobre las mercaderías extranjeras que se introducían en el país, o de tipo administrativo, como el de celebrar tratados con estados extranjeros, declarar la guerra y firmar la paz; se regían en fin, por sus propias leyes y eran juzgados por sus propios tribunales.

Todas estas corporaciones, cuyo origen hacen algunos autores remontar a tiempos remotos encontrándolo en las etairas y en los eranos griegos, o en las solidalitates o en los collegia romanos, tan sólo se generalizaron y adquirieron verdadera importancia, como ocurrió con la mayor parte de las instituciones comerciales, a raiz del movimiento de las Cruzadas (siglos XI al XIII) (85). De entre ellas

(85) Cf. el prólogo de D. Eduardo PEREZ-PUJOL al libro de L. TRAMOYERES BLASCO, Instituciones gremiales, su origen y organización en Valencia, Valencia, 1889, p. XIII, cit. por CANDIOTI, A., Historia de la institución consular en la antigüedad y en la Edad Media, t.I. Buenos Aires 1925, p. 174 s.s.

cabe citar a título ilustrativo en Italia, a la Compagnia deggli Umili -integrada por comerciantes pisanos-, la Compagnia dei Arti di Calimala -formada por comerciantes florentinos- la Compagnia dei Vermigli -compuesta también por mercaderes pisanos-, la Mercanzia romana... etc... En Francia, a la Hansa de Ruan, a la Sociedad privilegiada de negociantes en vinos de Burdeos, la Confrerie des marchands de l'eau de Paris o Hansa parisiense... En Alemania, a la Liga hanseática o Hansa Teutónica (86). En Inglaterra The company of the merchant adventurers, The company of the merchants of the stapple of England... En España, a la Universitat dels prohoms de la ribera -formada por comerciantes barceloneses-, a la Universidad de mercaderes de Bilbao y de Burgos (87).

Al frente de estas sociedades (88) se encontraban tal y como ya hemos apuntado, uno o varios cónsules también conocidos, según cada caso, como aldermanen, gobernadores, rectores... elegidos generalmente por los miembros de la corporación y por plazo de un año, estando encargados de resolver las disputas entre los miembros de la corporación

---

(86) Cf. sobre esta cuestión el importante libro de DOLLINGER, Ph., La Hanse, XII-XVII siecles, París 1964.

(87) Cf. VALDEAVELLANO, L.G. de, Curso de historia de las instituciones españolas, Madrid 1968, p. 278 y 575 y s.s., y en general cf. CANDIOTI, op.cit. cap. III.

(88) Cf. NUSSBAUM, A., Historia del Derecho internacional, Madrid s.d., p. 36.

o entre éstos y los extranjeros, en materia de comercio y navegación. De las funciones de los mismos nos proporciona una idea bastante clara el siguiente pasaje de RODOCANACHI (89):

> "Habiendo sido creadas las primeras corporaciones con objeto de asegurar a los asociados una cierta protección contra los abusos de los grandes y contra las tolerancias de una magistratura muy inclinada a darles su apoyo, se concibe que el cometido atribuído por los estatutos a los cónsules haya sido ante todo esencialmente militante; antes de ser simples administradores, simples gerentes encargados de mantener la disciplina y las buenas tradiciones, comenzaron por ser los defensores titulados de sus colegas, en todo y contra todos, los jueces de sus diferencias, ya fuese entre ellos ya fuese con extraños, los guardianes de los privilegios corporativos. Como este propósito no podía lograrse sino tan sólo dándoles poderes judiciales muy amplios, fue sobre este punto donde los reglamentos estatutarios de las corporaciones primitivas insistieron mayormente. Numerosos y largos artículos están consagrados a establecer la competencia de los tribunales consulares, el procedimiento judicial y los costos de las actuaciones".

Efectivamente, vemos cómo si bien en principio ejercían estos magistrados funciones de tipo administrativo, pronto adquirieron atribuciones judiciales de tal manera que diero cuerpo a un tribunal consular (90).

Así van surgiendo en Italia los de Pistoia (1107), en Trani (1063), Plasencia (1164), Mesina (1128), Siena

---

(89) Cf. RODOCANACHI, E., Les corporations ouvrieres a Rome depuis la chute de l'empire romain, París 1894, cit. por CANDIOTI, op.cit. p. 189.

(90) Cf. PRADIER-FOEDERE, op.cit. p. 437-38; MILTITZ, op.cit. lib. I. p. 162-83; CANDIOTI, op.cit. p. 138-69; BERNAL DE O'REILLY, A. Elementos para el ejercicio de la carrera consular, Bayona 1833, p. 1 s.s.

(1192-1213), Pisa (1164), Milán (1159), Luca y Modena (1182), Florencia (1192), Génova (1206); en Inglaterra, existen las Piepoudre Courts, creándose posteriormente bajo el reinado de Eduardo III la Corte del Almirantazgo para los asuntos marítimos; en España, en Aragón (1279), en Barcelona (1347) (91) en Valencia (1283), en Mallorca (1343), en Perpiñán (1388), Burgos (1494), Bilbao (1511), Sevilla (1543); en Francia la institución que predomina son los jueces conservadores -"gardes de la foire"- de entre los que destaca el de la feria de Lyon, que inspirará definitivamente los futuros tribunales consulares, que no se crearán sino bajo los reinados de Enrique II y Francisco II en Toulouse, Rouan, Caen, Burdeos (92); en Alemania son los diputados de las ciudades los que reunidos en congreso o dieta juzgan de los asuntos marítimos y comerciales.

Tal es el éxito que alcanza esta jurisdicción consular, que sentencia sobre la base de un procedimiento sencillo y rápido, adecuado al ritmo del tráfico mercantil, (93), que se extiende por toda Europa (salvo Dinamarca, Suecia y Noruega donde la jurisdicción ordinaria sigue siendo la competente) a lo largo de la Edad Moderna perfeccionándose cada vez más para llegar a desembocar en una auténtica juris

(91) En 1282 una sentencia de la cancillería aragonesa, citada por MILTITZ -op.cit. lib. I. p. 169- desgina a cuatro burgueses como cónsules de Barcelona para los asuntos marítimos.

(92) Cf. GLASSON, E., "Les juges et consuls des marchands", en Nouvelle Revue Historique de droit francais et etranger, 1897, pp. 1-38.

(93) Cf. MILTITZ, op.cit. libro I, p. 183.

dicción especial para asuntos mercantiles, en el seno de la organización de la justicia del estado.

Hemos visto hasta aquí, una institución consular puramente interna o nacional, pero -al menos esta es la opinión de la mayoría de los autores- ésta se va a ver exportada con motivo del importante incremento experimentado en el ámbito de las relaciones comerciales, sobre todo por vía marítima, en el oriente europeo a raiz de la brecha abierta por las Cruzadas y extendida a occidente durante los siglos XIV a XVI. Con este motivo muchos comerciantes se vieron obligados a residir de manera habitual en países extranjeros en los cuales no les fue difícil obtener del soberano territorial habida cuenta sobre todo de la vigencia de que gozaba entonces el principio de la personalidad del Derecho (94), privilegios tales como los de poseer una calle o barrio propio en el que vivían una vida independiente bajo la autoridad de sus propias leyes y de sus propios magistrados, llegando así a erigirse en colonias mercantiles autónomas al frente de las cuales se encontraba un jefe, un magistrado, que recibió distintas denominaciones tales como las de vizconde, podestá, baolio, rector o cónsul -en el caso de los venecianos o genoveses-, gobernadores -entre los ingleses-, procuradores -entre los españoles-,

(94) Cf. LOUTER, J., Le droit international public positif, Oxford 1920, t. II, p. 59; REDSLOB, R., Traite de droit de gens, Paris 1950, p. 204; OLIVART, Tratado y notas de derecho internacional público, t. I, Madrid 1887, p. 727.

aldermanes -caso de los hanseáticos-... etc... (95).

Para la mayoría de los autores, como ya hemos apuntado, este jefe nacional en el extranjero no es mas que el cónsul mercatorum metropolitano, exportado como consecuencia de la expansión del tráfico mercantil. Según éstos, los comerciantes en el extranjero se habrían limitado a adoptar una institución, que como la consular, era ya conocida y familiar para ellos. En esta línea, la evolución, recogiéndola desde el principio, partiría del cónsul municipal para llegar hasta el cónsul de ultramar a través del puente del cónsul metropolitano, primero y del cónsul de bordo, después (96).

Esta opinión no es sin embargo compartida por todos los autores; entienden por el contrario algunos de ellos (97), que la similitud en el nombre y en las funciones no debe conducir a la conclusión de que el cónsul de ultramar es un mero transplante del metropolitano, ya que la fecha de aparición de aquellos es bien anterior a la de éstos

> "On pourrait etre tente de croire á cause de la similitude du nom et analogie entre les deux institutions que les consuls denommés "d'outremer" ont été etablis á l'etranger par suite de l'existence d'une institution de ce genre, celle des "consuls de mer", presidant aux affaires maritimes sur le territoire de la metropole... Mais

---

(95) Cf. MARTENS, F. de Tratado de derecho internacional, Madrid s.d., t. II, p. 90 s.s.

(96) En este sentido cf. MERA, J.T., Cónsules y consulados, Madrid 1913 p. 11 y también LOUTER, J. op.cit. p. 60.

(97) Cf. SALLES, G., "L'institution des consulats, son origine, son developpement au moyen age chez les differents peuples", Rev. d'Hist. Dip. 1897 p. 163; BERNAL DE O'REILLY, A., op.cit. p. 1 s.s.

> la date de l'institution des consul d'outre-mer, ou tout au moins des vicomtes qui les ont précedé est anteriure a l'apparition des consuls de mer" (98).

Así, según este sector doctrinal, la aparición del cónsul de ultramar ha de conectarse directamente con el fenómeno de las cruzadas, respondiendo a una especie de pago, satisfecho por los señores a los burgueses cruzados, por los servicios prestados. En efecto, estos en vez de seguir por tierra al ejército, habrían hecho el viaje por mar distinguiéndose así como una fuerza distinta que rindió importantes servicios, No pareciendo por un lado posible interesarles en la defensa de los territorios conquistados bajo un régimen de tipo feudal, al que por otra parte se habían desacostumbrado, y la necesidad, por otro, de recompensarles habría dado lugar a que se les atribuyesen ciudades y territorios en un régimen de total autonomía, sobre los que fundaron sólidos establecimientos de comercio. Reiterada en las cruzadas sucesivas esta forma de actuar, devino tan usual que cuando un gobierno quería asegurar a su país las ventajas del tráfico mercantil con los comerciantes de, por ejemplo, Genova, Barcelona o Marsella, se veía obligado a concederles además de un territorio otros privilegios adicionales entre los que ocupaba un lugar destacado el de jurisdicción, es decir el derecho de ser juzgados por sus propios magistrados; éstos, que eran al mismo tiempo jefes administrativos de la colonia, eran los cónsules.

---

(98) Cf. SALLES, op.cit. p. 171.

Vemos pues que la determinación del origen y momento en que surge los tribunales consulares en el extranjero es cuestión debatida (99).

Sea lo que fuere, no es esta cuestión que interese directamente nuestra labor y limitándonos a dejar constancia de su existencia, pasamos al análisis de la figura del cónsul ultramarino.

Su carácter: no hemos de considerarlos como unos meros agentes de comercio sino que su papel de funcionario público dotado de autoridad y jurisdicción sobre sus nacionales es constante. En efecto, si bien es verdad que en una primera etapa han de ser considerados como jueces delegados de un grupo de comerciantes, a partir del siglo XVI, a raiz de la gran expansión del comercio sobre todo marítimo, como consecuencia de los descubrimientos geográficos, y también, paradójicamente, a raiz de las grandes dificultades con que éste tropezaba, debido no sólo al recelo y desconfianza con que eran miradas las actividades comerciales de los extranjeros sino también a la inseguridad de los medios de comunicación, uniéndose en fin a todo ello la dudosa garantía que ofrecían los tratados vigentes y la ausencia casi total de misiones diplomáticas permanentes, el cónsul-juez, aparece como la única persona en condiciones de asegurar una protección al comercio, por lo que se le dota de la autori

(99) Cf. sobre los consulados en el extranjero la obra de MILTITZ, op.cit., lib. II, p. 4 s.s. y en particular respecto de España la de CAPMANY, A. de, Memorias históricas sobre la marina, comercio y artes de la antigua ciudad de Barcelona, Madrid, 1779.

dad suficiente de tal manera que acaba transformándose en un verdadero funcionario público representante del estado (100).

Su elección parece ser que al principio durante el período que FAUCHILLE califica de municipal (101), o gremial según TORROBA (102), los consules eran electi, es decir elegidos por los comerciantes miembros de la colonia, aunque también a veces eran nombrados por las autoridades locales que delegaban así en ellos parte de sus atribuciones (103). A partir del siglo XVI la fórmula generalizada es la de que fuesen nombrados por las autoridades metropolitanas (consules missi) (104).

Si consideramos ahora la cuestión de saber de entre quienes era elegido, cabe distinguir dos posibilidades: que el cónsul fuese nacional del mismo país que los miembros de la colonia (cónsules hospites), que era lo normal, o que fuese nombrado un nacional del país en que la colonia estaba sita, generalmente persona influyente y respetada

---

(100) Cf. SALLES, op.cit. p. 174; ZOUREK, op.cit. p. 80-1; FAUCHILLE, Traité de droit international public, t. I., 3ª parte, 8ª ed. por H. Boufils, París 1926, pp. 111 s.s.

(101) FAUCHHILLE, op.cit, p. 111.

(102) TORROBA, J., Derecho consular, Madrid 1927, p. 37.

(103) Sostiene SCHAUBE, A., "La proxenie au moyen âge", Rev. de droit international et legislation comparée, vol. 28/1896, p. 525-568 que las dos formas de consulado llegaron a darse al mismo tiempo e incluso en el mismo lugar.

(104) Cf. NUSSBAUM, op.cit. p. 37; DESPGNET, F., Cours de droit international public 4ª ed. por Ch. de BOECK, París 1910, p. 510 s.s.; REDSLOB, R., op.cit. p. 204.

que protegía a los colonos mejor de lo que un cónsul nacional lo hubiese hecho (105).

Sus atribuciones; aunque variables de lugar a lugar cabe en esencia decir que el cónsul es juez en las causas civiles y criminales entre sus nacionales o en las que un nacional suyo está interesado en calidad de demandado ya que

> "... durant tout le moyen age la regle presque invariable fut celle-ci: actor rei forum sequitur. C'etait devant le tribunal de l'accussé ou du defandeur, c'est-a-dire, suivant les cas, devant le tribunal local ou devant un consul qu'une action pouvait etre intentée" (106).

Además el cónsul es jefe administrativo de la colonia, protector de los derechos y privilegios de sus naturales, representante de su nación cerca del gobierno local y en fin, huésped ya que se encargaba de alojar a sus nacionales a su llegada a la colonia (107).

Su decadencia; dos factores se encuentran en la base del proceso que llevará a la extinción de la figura del cónsul tal y como se concibe en época medieval, a saber: el

---

(105) En esta circunstancia, entre otras, se apoya SCHAUBE, A., op.cit. p. 525-56, para descubrir una vinculación entre la proxenia griega y el consulado medieval en el extranjero, vinculación que es combatida por SALLES, op.cit. p. 411, quien opina que la nacionalidad del cónsul no cambiaba en absoluto el carácter de la institución, siendo en la práctica indiferente el hecho de que el cónsul fuese nacional o indígena, cf. también PANDO, J.Mª de, Elementos de derecho internacional, obra póstuma, Madrid 1843, p. 188 s.s.

(106) SALLES, op.cit. p. 591.

(107) Cf. STUART, G., "Le droit et la pratique diplomatique et consulaires", en RCADI, 1934-II, p. 463.

fortalecimiento progresivo, sobre todo a partir del siglo XVI, del poder soberano de los estados que conduce a una concentración de lo que ENGELHARDT llama "parties potentielles et subjetives de la souveraineté" (108) y a una tendencia hacia el territorialismo en detrimento del principio de la personalidad entonces imperante (109) y por otra parte el desarrollo y generalización de las misiones diplomáticas permanentes que tiene lugar en Europa en el siglo XVII, a raíz de la Paz de Westfalia (110).

En efecto

> "Bajo la presión ejercida por la imperiosa necesidad de crear un mercado nacional -dice ZOUREK-(111) se fue constituyendo la unidad de los estados de la Europa occidental. El estado, al vencer los particularismos feudales, empezó a afirmar su soberanía nacional y su independencia. El ejercicio de la jurisdicción civil y penal por los cónsules se hizo incompatible con el poder soberano del estado territorial. En toda Europa el poder de los cónsules pasó a manos del estado".

Por lo que se refiere a España un Real Decreto de Carlos III de 1 de Febrero de 1765, que forma la ley VI, título XI del libro VI de la Novísima Recopilación, (112),

---

(108) Cf. ENGELHARDT, E. "Consuls et diplomats", en Rev. d'Hist.Dip., 1890, p. 28 s.s.

(109) MARTENS, F. de op.cit. p. 92.

(110) Cf. OLIVART, op.cit. p. 727-8; NUSSBAUM, op.cit. p. 37; HEFFTER, Le droit international public de l'Europe, ed. francesa por BERGSON, J., Bruselas-París 1866, p. 451.

(111) Cf. ZOUREK, op.cit. p. 77 s.s.

(112) Cf. el texto en CUSSY F. de, Reglements consulaires, Leipzig 1851, p. 98 s.s.

establece que "por razón de consules no tengan otra graduación que la de unos meros agentes de su nación,... que no puedan exercer jurisdicción alguna, aunque sea entre vasallos de su propio soberano, sino componer extrajudicial y amigablemente sus diferencias...". Este Real Decreto no hace mas que reiterar lo anteriormente dispuesto en la Real Orden de 7 de Febrero de 1757 y otras anteriores en las que ya se declaraban las facultades de los cónsules, en vista de los abusos que éstos cometían. Tan arraigada estaba la costumbre que todavía en 1818 una Real Orden de 8 de Julio (113) y aún en 1827 otra de 8 de Mayo insisten en la misma idea. Dice en efecto la citada Real Orden de 8 de Mayo de 1827:

> art. 1º: "Ningún cónsul o vice-cónsul extranjero podrá ejercer en el puerto de España, de su residencia, acto de jurisdicción alguno en vista de que tal derecho pertenece a las autoridades locales, de las que reclamarán si fuere necesario, la protección que según la ley se les debe prestar".
>
> art. 2º: "En los asuntos contenciosos o en aquellos en los que tuviere que solicitarse el poder coercitivo de las autoridades locales, o en los que fuere preciso el uso de algunas formalidades judiciales, la representación de los cónsules y vice-cónsules se limitará a la de simples agentes de los sujetos de sus naciones respectivas" (114).

En el aspecto doctrinal, esta tendencia queda perfectamente reflejada en el siguiente texto de un autor de la época:

---

(113) Ibid, p. 101.
(114) Ibid, p. 102.

> "Todos los extranjeros están sujetos a ser juzgados por las leyes que gobiernan aquél territorio en que se hallan y se hicieren para seguridad de él sin distinción de personas. La potestad legislativa del soberano se extiende a todos sus dominios y consiguientemente a todos sus habitantes de cualquier calidad que sean. En virtud de esta facultad el extranjero que cayese en alguna falta, será castigado según dichas leyes y lo mismo se debe entender en el juzgado de diferencias suyas ya sea entre sí ya con algún ciudadano, exceptuando los casos en que por las convenciones y tratados efectuados a este fin, sus cónsules conocen de las diferencias suyas, especialmente en materias de comercio..." (115)

Por otra parte, continúa diciendo ZOUREK- "... la aparición de misiones diplomáticas permanentes ...tuvo como consecuencia que los cónsules perdieran su competencia diplomática" (116).

Y es así, cómo tras la pérdida de su competencia diplomática y judicial, que constituían el núcleo fundamental de sus atribuciones el cónsul mercatorum desaparece para dar paso al cónsul moderno, con la única misión de "velar por los intereses del estado y de los ciudadanos particularmente en materia de comercio, industria y navegación" (117). Esta transformación, que se experimenta en toda Europa a lo largo del siglo XVII, a excepción de aquéllos países en los todavía perduraba un régimen de capitulaciones, y en los que la figura del cónsul permanecerá inalterable has

---

(115) Cf. OLMEDA Y LEON, J. de Elementos de derecho público de la paz y de la guerra, t. I., Madrid 1771, p. 288-9.

(116) ZOUREK, op. et. loc. cit.

(117) Cf. BAKER, S., First steps in international law, Boston 1899, p. 136 s.s.

ta casi comienzos del siglo XX, revistió en España caracteres particulares, en el sentido de que, y por los motivos que se expondrán de la desintegración de la figura del cónsul medieval, surgió, además del moderno agente consular, una institución típica, como fue la del juez conservador de los extranjeros que asumió las funciones jurisdiccionales que aquél poseía.

Este fenómeno se observa también en Portugal, y no como consecuencia del hecho de que Portugal estuvo unido a la Corona de España entre 1580 y 1640, época en la que, como vemos, tenemos la primera noticia de la existencia de los jueces conservadores. Por el contrario, los jueces conservadores se conocen en Portugal antes que en nuestro país, al menos es ésta a la conclusión que nos conducen los datos que poseemos. En efecto, nos dice MILTITZ, (118) que por Alvará de 20 de Enero de 1510, el rey Enmanuel concedió a los sicilianos el derecho de tener un juez conservador, privilegio que se reiteró por Decreto de 5 de Febrero y por Assento de 17 de Marzo de 1801, y que se hizo extensivo en virtud del Tratado de La Haya, 12 de Junio de 1641 a los súbditos de los Países Bajos. En efecto, según art. 2º del citado tratado:

> "... un juge conservateur qui jugera les contestations et procés entre les dits habitants des Provinces Unies et des sentences duquel on ne pourra appeler qu'au Consul de Relation, et les causes et procés qui seront devoués a ce tribunal devront etre terminés dans l'espace de 4 mois, tout au plus tard, aprés que l'appel aura été interjeté" (119)

(118) MILTITZ, op.cit. tl. III, p. 251.
(119) Cit. por MILTITZ, op.cit. t. III, p. 534.

Con fecha de lo de Julio de 1654 se firma el tratado de paz entre Juan IV y Oliver Cronwell estipulándose en su art. 7º que:

> "The consuls of the republic residing in Portugal shall be nominated by the Protector and shall exercise the same authority as those of any other nation. And for the judging causes relating to the people of the republic in Portugal, a judge conservator shall be appointed, from whom no appel shall be granted, unless to a committee of senators, which shall be determined within four months after appeal" (120).

Este privilegio fue posteriormente renovado por los tratados de 28 de Abril de 1660, art. 1º (121), de 23 de Junio de 1661, art. 1º (122) y de 19 de Febrero de 1810 en el que, tras dejar constancia en el artículo 9º de que los cónsules "... being appointed solely for the purpose of facilitating and assisting in affairs of commerce and navigation...", establece en el 10 que:

> "His Royal Highness the Prince Regent of Portugal is pleased to grant to them [los súbditos británicos] the privilege of nominating and having special magistrates to act for them as Judge Conservator, in those ports and cities of His Dominions in which tribunals and courts of justice are or may hereafter be established..." (123).

Este juez conservador era elegido por los sujetos británicos que residían o comerciaban en el puerto o lugar

---

(120) Cf. el texto en PARRY, C., vol. 3 1653-55, p. 301, también MILTITZ, op.cit., t. III, p. 523.

(121) Cf. PARRY, vol. 5/1658-60, p. 505.

(122) Ibid, vol. 6/1660-61, p. 329.

(123) Ibid, vol. 61/1809-12, p. 79 s.s.

donde tal jurisdicción de juez conservador había de establecerse; esta elección era transmitida al embajador británico que la presentaba a la aprobación del príncipe regente, y caso de que ésta no se obtuviese, había de procederse a nuevas elecciones hasta que tal aprobación se consiguiese. El juez conservador era cesado en su cargo por el Regente a través del embajador británico caso de negligencia en el ejercicio de sus deberes o caso de delincuencia (124). Contra las decisiones del juez conservador el único recurso posible había de interponerse ante un colegio de senadores que debía de resolver en el plazo de cuatro meses (125). El juez conservador de los súbditos británicos subsistió hasta el tratado de 3 de Julio de 1842, por el que la Gran Bretaña renunció a él "... en consideration de l'etat de progrés où se trouvait le sistéme de legislation et d'administration de la justice en Portugal" (art. 17) (126).

El mismo privilegio se extendió a España por Alvará de 22 de Noviembre de 1668 y el Decreto de 13 de Noviembre de 1691 establece que tanto en materia civil como criminal, los castellanos no podrán ser emplazados más que ante su juez conservador. Por decreto de 13 de Diciembre de 1691 se ordena una vez más que se observen los privilegios de castellanos e ingleses (127).

---

(124) Cf. MILTITZ, op.cit. t. III, p. 540.
(125) Cf. LA PRADELLE, A. de, y POLITIS, N, R.A.I., 2ª ed., t. II, París 1957, asunto "Yuille, Shortridge et Cie., p. 78.
(126) Ibid. p. 79.
(127) Cf. MILTITZ, op.cit. t. III, p. 473.

También disfrutaron de él los franceses por Alvará de 7 de Abril de 1685, reiterado por Decreto de 19 de Abril de 1699 en el que se dispone que un francés, acusado de un crimen capital sería juzgado en primera instancia por un juez conservador. La vigencia del privilegio es todavía patente en 1814 a través de una carta del Príncipe de Benevento al Conde de Palmella en la que en contestación a otra que previamente éste le había escrito, proponiendo la reciprocidad en el trato entre portugueses y franceses, dice que, si bien

> "... le roi a donné au soussigné l'ordre de decclarer a Mr. le Comte de Palmella qu'il accepte volontiers ces règles ...il n'entend aucunement renoncer pour les negotiants francais, á la faculté qu'ils avaient toujours eue avant la guerre et qu'ont encore aujord'jui les negotiants de plusieurs nations d'avoir en Portugal des juges conservateurs" (128).

Los rusos también beneficiaron del mismo privilegio por el tratado de San Petesburgo de 20 de Diciembre de 1787 cuyo art. 7º establece que:

> "en reciprocite des susdites concessions, Sa Majeste Tres Fidele, accorde aux sujets de la Russie les avantajes suivans:
>
> 1º Les negocians russes etablis ou que s'etabliront a l'avenir en Portugal auront la prerrogative d'avoir des juges conservateurs sur le même pied que cela est accordé et se pratique pour la nation anglaise (129)

---

(128) Ibid, p. 139.

(129) Cf. PARRY, vol. 50/1786-90, p. 259; MILTITZ, op.cit. t. III, p. 564.

En fin, los Avisos de 31 de Enero y de 4 de Febrero de 1778, extendieron el privilegio a Austria (130).

Señalemos, por último que caso de litigio entre súbditos de potencias extranjeras a las cuales les está concedido juez conservador, conocerá del litigio el de la nación que disfruta del citado privilegio desde hace más tiempo (131).

Sección 2ª

El fuero de extranjería como fuero de conservación: la institución de los jueces conservadores de extranjeros (1607 - 1758)

1. Su introducción en España: fuentes y contenidos del sistema al tiempo de su aparición

Aunque parece ser que ya en tiempos de los reyes Carlos V y Felipe II se concedió a las ciudades hanseáticas el privilegio de poseer un juez conservador, ningún testimonio de su existencia ha llegado hasta nosotros, siendo el documento más antiguo conocido, en el que queda establecida la concesión de tal privilegio, el constituído por los CAPITULOS de PRIVILEGIOS concedidos a las ciudades confederadas de la HANSA TEUTONICA y a sus súbditos, ciudadanos, y ve-

---

(130) Cf. MILTITZ, op.cit. t. III, p. 519, nota 3ª.

(131) Cf. FOELIX, Tratado de derecho internacional privado, 3ª ed. española por la RGLJ, t. I, Madrid 1860, p. 229, nota 3ª.

cinos en los dominios de PORTUGAL, confirmados y ampliados por Su Majestad CATHOLICA para la ANDALUZIA y demás Reynos de CASTILLA, en Madrid a 28 de Septiembre de 1607 (132). Quedaba establecido por estos capítulos que

> "... los Haseáticos, que por razón del comercio van, y vienen, o se detienen, y habitan en nuestro Reyno, no pueden ser presos, citados, condenados, ni juzgados en ninguna Causa Civil, ni Criminal por ningún Magistrado, o Juez, sino solamente por aquél especial Conservador, y Juez, que les daremos".

En este mismo texto se establecía que el Conservador sería territorialmente competente "no solamente dentro de los muros de nuestra Ciudad de Sevilla, sino también fuera de ellos, seis leguas alrededor...". Ratio persone, lo era ya fuesen ambos litigantes hanseáticos, ya lo fuese uno sólo, siendo en este caso indiferente que el otro litigante fuese regnícola o extranjero a su vez; sin embargo las consecuencias que se derivaban de cada uno de estos supuestos eran diferentes en el sentido de que si los litigantes eran ambos hanseáticos, y siempre que por exceder la suma juzgada de cien ducados, la apelación era posible, ésta había de hacerse ante la Hansa teutónica, mientras que si el pleito tenía lugar entre hanseático y otro extranjero, o entre aquél y nacional, la apelación debía de ser interpuesta ante el Consejo Civil de Sevilla cuyo juicio era definitivo.

---

(132) Cf. el texto en ABREU y BERTODANO, J.A., Colección de los tratados de paz de España, Reynado de Phelipe III, parte I, Madrid 1740, p. 375 s.s.

De la misma manera quedaba estipulado, que el privilegio jugaría tanto en los casos en que el hanseático era actor como en aquellos en los que era demandado. Pero el privilegio quebraba, ratio materie, en las causas tocantes a la Alcávala, de las que conocía el Tesorero Mayor del reino, y en las controversias entabladas con otras personas privilegiadas porque en esta caso "... si las personas privilegiadas padecieran las partes de reos podrían parecer delante de su juez". Además de esta función judicial, competía igualmente al conservador, con preferencia sobre cualquier otro magistrado, visitar sus casas y registrar sus tiendas, conducirles a la cárcel cuando por razón de algún delito fuese necesario que ingresasen en ella, y, en fin, la ejecución de la cosa juzgada.

Años más tarde, este mismo privilegio fue concedido de forma más estructurada y pensada y en términos algo más amplios a los súbditos ingleses en virtud de una Real Orden de Su Majestad Felipe IV, confirmando y ampliando las exemp ciones y facultades concedidas por las Coronas de Castilla y Portugal a los súbditos del rey de Inglaterra, residentes y comerciantes en las ciudades de Andalucía ampliándolas nuevamente, en atención al servicio que ofrecieron de dos mil quinientos ducados de plata, en Zaragoza a 19 de Marzo de 1645 (133). Quedaba efectivamente allí estipulado,

(133) Cf. el texto en CAPMANY, A., de Colección de los tratados de paz, t. I, Madrid 1796, p. 297 s.s.

que tendrían un Juez Conservador, en las ciudades de Sevilla, Málaga, Cádiz y San Lucar de Barrameda el cual además de velar por el cumplimiento y respeto de los privilegios, libertades y exenciones concedidos, debería de

> "... apremiar y compeler a todas y cualesquier personas, de cualquier suerte y calidad que sean, que tocaren a la dicha nación, así en aquella en que fueren reos convenidos, como en las que fueren actores, aunque las personas que los conviniesen y que de ellos fueren convenidos tengan cualesquier jueces privativos, así por asiento o contrato que hayan hecho, como por preeminencias o inmunidades que tengan porque de las dichas causas sólo ha de conocer privativamente el dicho juez conservador, y no otro juez o tribunal alguno, aunque sea por vía de exceso, ni de injusticia notoria, o en cualquier otra manera o forma".

Pocos meses más tarde, fue esta Real Orden, confirmada por Real Cédula de 26 de Junio del mismo año 1645 en la que se establecían además, algunas precisiones tales como la del ámbito de competencia del juez conservador, la cual se extendería tanto a lo civil como a lo criminal.

Quedaban nombrados, en virtud de las Reales Orden y Cédula en calidad de conservadores, dos jueces de la Audiencia de Sevilla, titular y suplente respectivamente, los cuales habida cuenta de que del privilegio se beneficiaban no sólo los ingleses de dicha ciudad sino también los de Cádiz, Málaga y San Lucar, habían de delegar en estas ciudades para los negocios que en ellas se suscitasen y con el único objeto de sustanciarlos, pues para resolver debían de remitirlos a Sevilla, en la persona que la nación inglesa resi-

dente en las mismas les propusiese. Quedaba igualmente establecido que de las decisiones de los jueces conservadores cabía únicamente apelación ante el Consejo Real. En fin se preveía también, para el futuro, que en los casos en que el puesto quedase vacante por ausencia, promoción de su titular o por cualquier otra causa asumiría las funciones el nombrado por el Rey a propuesta de la nación inglesa de la ciudad de Sevilla de entre los jueces que componían la Audiencia de dicha ciudad (134).

Este sistema se vió posteriormente modificado en lo que respecta a la competencia personal del juez conservador por la Real Cédula de 9 de Noviembre de 1645 a raiz de la resistencia que la Audiencia de Sevilla oponía al cumplimiento del sistema instaurado en 1645, considerablemente más amplio que el previsto en los Capítulos de 1607. En efecto, tal era la situación, que los ingleses viendo en peligro todo el sistema no dudaron en renunciar a aquella parte del privilegio que suscitaba mayor oposición, con la esperanza de que, así el resto del mismo fuese mantenido, a saber, el beneficio del fuero en aquellas causas en las que eran actores contra no ingleses. Respuesta a esta renuncia fue la Real Orden de 9 de Noviembre, citada, en la que tras haberse puesto de manifiesto que se había obstaculizado el cumplimiento de la Orden y Cédula de Marzo y Junio anteriores, habiéndose lesionado así, los intereses

---

(134) Cf. el texto en CAPMANY, Colección, cit. p. 302 a 307; cf. también en lo que se refiere a los nombramientos de Juez conservador las Rs.Cs. de 22 de Noviembre de 1648 y de 28 de Agosto de 1667.

de la nación inglesa se establecía que

> "... quando los pleytos fueren entre los de vuestra Nacion, ora seais actores, ora reos, y las causas fueren civiles o criminales, habeis de gozar solamente del dicho privilegio y sus calidades; y quando los pleytos fueren con españoles, o con otras personas de diferentes naciones, el Juez Conservador haya de conocer y conozca solamente de las causas en que fueredes civil o criminalmente reos convenidos, y no quando fueredes actores demandantes..." (135).

Concedía asímismo la Real Cédula efecto retroactivo a todo lo en ella contenido, de tal forma que todas las causas pendientes en las que los súbditos ingleses eran reos, habían de remitirse a su juez conservador ya hubiesen comenzado antes o después de la provisión de 19 de Marzo. Parece sin embargo, que esta restricción del privilegio antes apuntada, no fue bastante para eliminar la oposición existente en contra del mismo, como se desprende de la Real Cédula de 20 de Marzo de 1670 en la que la Reina Gobernadora

> "... ordena y manda al Regente de la Audiencia de Grados de la ciudad de Sevilla, y a los demás ministros de ella a quien tocare el cumplimiento de lo uno y lo otro en qualquier manera, executen inviolablemente lo contenido en dicha Paz [se refiere al Tratado de 23 de Mayo de 1667] y lo concedido por las cédulas referidas [las de Junio y Noviembre de 1645] siempre que fuesen requeridos con ellas o sus tratados autorizados sin ir contra su tenor de ninguna manera, que tal es mi voluntad..." (136).

Hemos visto, cómo a través de estas tres disposiciones reales, Orden y Cédulas, se trata de construír algo du

---

(135) Cf. el texto en CAPMANY, Colección cit. t. I, p. 308 s.s.

(136) Ibid, p. 294.

radero, cómo se pretende algo más, que la mera concesión de un privilegio aislado, como fue por ejemplo el inserto en los Capítulos de 1607, cómo en fín con ellas, se sientan las bases de una estructura que andando el tiempo vendrá a conocerse como el fuero de extranjería.

2. Motivos determinantes de su nacimiento

Aunque, como ya hemos apuntado no tiene el fuero de extranjería a nuestro entender, otra explicación que el deseo de favorecer el tráfico mercantil, proporcionando un cauce adecuado para resolver los eventuales litigios que pudieran suscitarse, cabe preguntarnos si supone su concesión algo puramente desinteresado, una concesión gratuíta de nuestros soberanos, o si por el contrario responde a otros motivos. Asímismo, cabe que nos preguntemos por qué se creó una jurisdicción especial, cuando hubiere bastado y resultado mucho más sencillo, extender o ampliar la competencia de los tribunales ordinarios permitiéndoles conocer incluso en estos casos (137).

Y quizás haya llegado el momento de que nos preguntemos por los motivos que pudieron haber inducido a la concesión, por nuestros monarcas de semejante privilegio.

---

(137) Nótese que la razón que a primera vista podría darse de que, la creación de una jurisdicción especial responde a la concepción feudal de que los tribunales ordinarios sólo está para administrar justicia a los nacionales, no es aplicable a España, donde, como hemos visto, los extranjeros siempre han tenido acceso a los órganos jurisdiccionales nacionales.

Es común entre los autores el señalar hasta tres factores en los que puede encontrarse la explicación que buscamos (138), a saber:

A) El deseo de nuestros monarcas de reservar para España el comercio exclusivo con las Indias, excluyendo del mismo cualquier otra Potencia, como parece desprenderse del rigurosísimo trato que las Leyes de Indias reservaban a los extranjeros a quienes se les prohibía en general "... tratar y contratar en las Indias ni de ellas a éstos reinos ni otras partes, ni pasar a ellas si no estuviere habilitado con naturaleza y licencia nuestra (139).

Para el mantenimiento de esta pretensión, y frenar el irresistible ímpetu del comercio no bastaba únicamente con la fuerza, sino que era quizás más importante el desviar la atención de los demás estados europeos hacia otros mercados, presentándoselos por lo menos como igualmente sugestivos, cosa que sólo podíaa conseguirse haciéndoles importantes concesiones en los mismos.

---

(138) Cf. TOLEDANO, E., Historia de los tratados, convenciones y declaraciones de comercio, entre España y las demás potencias, Madrid 1858, p. 17 s.s.; también cf. TORRES CAMPOS, "Histoire de la condition juridique des etrangers dans la legislation espagnole", en Clunet 1891, p. 108 s.s.; también RIQUELME, A., Elementos de derecho público internacional, t. I., Madrid 1849 pp. 37 s.s.

(139) Cf. el texto en Recopilación de leyes de Indias, t. III, 5ª ed., Madrid 1841, espec. las leyes I a VII, XXX, XXXI del título XXVII, libro IX.

B) La segunda de las causas viene constituída por las múltiples guerras en las que nuestro país se vio implicado a lo largo de los siglos XVI y XVII, para cuyo sostenimiento precisaba del auxilio de estados adeptos a los que después había de compensar, entre otras maneras, bajo la forma de privilegios y concesiones.

C) Cabe en fin señalar en tercer lugar que la expulsión de los moriscos, por una parte, y la emigración hacia las Indias debida, bien al espíritu aventurero, bien al afán de hacer rápida fortuna, provocaron una languidez considerable en el tráfico industrial y mercantil por falta de los brazos necesarios por lo que se pensó, entre otras medidas, como remedio, en la importación de elementos extranjeros los cuales eran atraídos a base de privilegios tales como los de ser,

> "... libres para siempre de la moneda forera; por seis años de las alcavalas, i servicio ordinario, i extraordinario: i asimismo de las cargas concegiles en el lugar donde vivieren, y que sean admitidos como los demás vecinos de el a los pastos i demas comodidades; i encargamos a las Justicias que les acomoden de casas y tierras si las hubieren menester..."

Así se dispone en efecto, en la Pragmática de Felipe III de 1623 que forma el nº 5 de la ley XVI, título IV, libro VI de la Novísima Recopilación. Pero como quiera que estas medidas no resultaron lo bastante sugestivas se hizo preciso recurrir a incentivos más poderosos para atraer el número necesario, entre los que se contaba sin duda el fuero de extranjería (140).

---

(140) Cf. DOU, R.L. de, Instituciones de derecho público

Hablan otros autores (141) de los "principios de protección justa y conciliadora" como móvil de estas concesiones, lo cuál es hasta cierto punto comprensible, si tenemos en cuenta que en la época en la que el fuero de extranjería surge y se desarrolla, el grado de desarrollo de las relaciones internacionales es tan débil que es algo natural que los estados desconfíen sobre la manera en que en otros países ha de administrarse justicia a sus nacionales, por lo que parece lógico que algunos de ellos pretendiesen, y otros accediesen, al establecimiento de una garantía en favor de sus súbditos bajo la forma, generalmente de "... tribunales que instituídos expresamente para conocer de sus negocios y causas, debían de mirar con interés y predilección particular a aquellas personas sobre quienes recaía el ejercicio de su autoridad y de sus funciones (142).

En fin, para el Tribunal Supremo, el origen del fuero de extranjería, no está sino en

> "... una condescendencia extremada, o más bien en una debilidad del Gobierno que lo concedió y que no supo resistir con dignidad y firmeza a las exigencias de los gabinetes extranjeros y al influjo que algunos han egercido en varias épocas sobre el Español... puesto

---

general de España con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en cualquier estado, t. I, Madrid 1800, p. 190-2.

(141) Cf. ZAMORA Y CORONADO, J.M., Biblioteca de legislación ultramarina, t. III, Madrid 1845, p. 258 s.s.

(142) Cf. Anónimo "Del fuero de extranjería", en El Faro nacional, 1853, p. 89 s.s.

> que no se le puede señalar un fundamento bastante sólido, ni en razones de conveniencia pública, ni en los buenos principios de la legislación" (143).

En conclusión, cabe afirmar que bien por necesidad, bien por impericia de nuestros gobernantes, bien por debilidad frente a las fuertes presiones de los gobiernos extranjeros, se comenzaron a hacer una serie de concesiones a los comerciantes extranjeros que les colocaron en mejor condición que a los propios nacionales, siendo entre elllas sin duda la más importante, la de tener un juez conservador.

3. Generalización y consolidación

Como ha quedado dicho, los primeros que accedieron al goce del fuero de extranjería fueron los comerciantes hanseáticos, haciéndose después extensivo a los ingleses. En los años que se suceden desde entonces, este régimen de privilegio, al tiempo de ver confirmada su vigencia, extinta como consecuencia de las guerras intermedias, para aquellos que ya disfrutaban de él, se hace extensivo a nuevos estados, bien porque así se pactaba expresamente, bien, en otros casos, por el juego de la cláusula de la nación más favorecida, que venía a incluírse entonces, acaso de mane-

---

(143) Cf. "Dictamen del Tribunal Supremo de Justicia, de 18 de Octubre de 1841, acerca de si existe en la actualidad y en caso de existir si debe continuar existiendo el llamado fuero de extranjería", inédito, Archº M.A.E. legajo 2821 de la sección Política.

ra un tanto rutinaria, en buen número de tratados. En efecto, vemos como la Hansa Teutónica ve su privilegio confirmado de manera reiterada por el Tratado de Münster de 1 de Septiembre de 1647, art. 1º (144) y por la Declaración de Madrid de 26 de Enero de 1648, items 11, 15, 26 y 29 (145). Confirmado a su vez por el Tratado de Münster de 30. Enero 1648 art. 16 (146). La Gran Bretaña por el Tratado de Madrid de 23 de Mayo de 1667, art. 9 (147), constancia del cual que no de su confirmación, dan los Capítulos ajustados por la villa de Santander con diferentes comerciantes de la nación inglesa avecindados en la villa de Bilbao el 12 de Septiembre de 1700, arts. 4, 5 y 6 (148), y por el Tratado de Barcelona de 10 de Julio de 1707, art. 2º (149) por el de Utrech de 9 de Diciembre de 1713, arts. 1 y 15 (150) por el de Madrid de 14 de Diciembre de 1715, arts. 2, 5 y 7 (151), por el de París de 10 de Febrero de 1763 art.

---

(144) Cf. el texto en ABREU Y BERTODANO, op.cit. Reinado de Felipe IV, t. VI, p. 49 s.s.

(145) Ibid, p. 57.

(146) Ibid, t. V, p. 321 s.s.

(147) Ibid, Reinado de Carlos II, t. I, p. 145 s.s.

(148) Así lo dejó bien entendido el Marqués de Bedmar, representante de S.M. Católica, en su contestación a la proposición 17 presentada por Lord Lexington, representante de S.M. Británica, en el tratado celebrado entre ambas coronas en Madrid el 13 de Julio de 1713, como preliminar a los concluídos en Utrech en el mismo año "... por no tener los vasallos facultad de hacer tales capítulaciones con los extranjeros..." cf. el texto en CANTILLO, A. del Tratados de paz y de comercio, Madrid 1843 p. 115 s.s.; dos años más tarde se reconocerá, por el Tratado de Madrid de 14 de Diciembre de 1715, art. 2, el carácter de Tratado a tales Capítulos.

(149) Ibid, p. 48 s.s.

(150) Cf. Ibid. p. 127 s.s.; también cf. CAPMANY, op.cit. t. I, p. 269 s.s.

(151) Cf. el texto en PARRY, C. vol. 29/1714-16, p. 368 s.s.

2 (152), por el de Aix-la Chapelle de 18 de Octubre de 1748, art. 3 (153), por el de Madrid de 5 de Octubre de 1750 (154), por el de Versalles de 3 de Septiembre de 1783, art. 2 (155).

Al tiempo, asistimos a la adquisición de este mismo privilegio por los Países Bajos por el de Utrech de 26 de Junio de 1714 arts. 17 y 26 (156) y por el Aix-la Chapelle de 18 de Octubre de 1748, art. 3 (157).

Portugal, lo obtiene en virtud del Tratado de Lisboa de 13 de Febrero de 1668, art. 4 (158), confirmado por el de Utrech de 6 de Febrero de 1715, art. 17 (159), por el de París de 10 de Febrero de 1763 (160), por el de París de 24 de Marzo de 1778 art. 2 (161).

Francia, en virtud de la Declaración de Madrid de 6 de Marzo de 1669 (162), por el Tratado de la Isla de los

---

(152) Cf. CANTILLO, op.cit. p. 486.
(153) Cf. PARRY, vol. 38/1746-50, p. 237 s.s.
(154) Ibid, vol. 39/1750-52, p. 79 s.s.
(155) Ibid, vol. 48/1781-83, p. 481 s.s.
(156) Cf. CANTILLO, op.cit. p. 154 s.s.
(157) Cf. PARRY, vol. 38, p. 237 s.s.
(158) Cf. ABREU Y BERTODANO, op.cit. Reinado de Carlos II, t. I, p. 292 s.s.
(159) Cf. CANTILLO, op.cit. p. 165 s.s.
(160) Ibid. p. 486 s.s.
(161) Ibid. p. 547 s.
(162) Cf. PARRY, vol. 11/1668-71, p. 113 s.s.

Faisanes de 7 de Noviembre de 1659 art. 6 (163), por el del Escorial de 7 de Noviembre de 1733 art. 12 (164), por el de Aix-la Chapelle de 18 de Octubre de 1748 art. 3 (165), por el Pacto de Familia de París de 15 de Agosto de 1761, art. 24 (166), por el de París de 10 de Febrero de 1763, art. 2 (167), por el de Madrid de 2 de Enero de 1768 art. 1, (168).

Austria, sobre la base del Tratado de Viena de 1 de Mayo de 1725, arts. 21, 30 y 47 (169), y de 7 de Junio de 1725, art. 3 (170).

Dinamarca, por el Tratado de San Ildefonso de 18 de Julio de 1742, art. 10 (171).

Cerdeña y Hungría por el tratado de Aranjuez de 14 de Junio de 1742, art. 10 (172).

Dos Sicilas, por el Pacto de París de 15 de Agosto de 1761, art. 24 (173).

---

(163) Ibid, vol. 5, 1658/1660, p. 325 s.
(164) Cf. CANTILLO, op.cit. p. 277 s.s.
(165) Cf. PARRY, vol. 38/1746-50, p. 237 s.s.; CANTILLO, op.cit. p. 390.
(166) Cf. CAMPMANY, op.cit. t. III, p. 116; CANTILLO, op.cit. p. 468.
(167) Cf. CANTILLO, op.cit. p. 486 s.s.
(168) Ibid, p. 509.
(169) Ibid. p. 218 s.s.
(170) Ibid. p. 228.
(171) Ibid. p. 360.
(172) Ibid. p. 413.
(173) Cf. CAMPMANY, op.cit. t. III, p. 116 s.s.; CANTILLO, op.cit. p. 468 s.s.

Toscana, por el Tratado de Florencia de 25 de Julio de 1731, art. 5 (174).

Tan grande fue la extensión alcanzada por el fuero de extranjería en virtud de este proceso de "internacionalización convencional" (175), que a mediados del siglo XVIII empezó a aplicarse ya no sólo a los súbditos del estado que tenía suscrito un tratado con España en el que se estipulaba la concesión de tal privilegio, sino también, y debido principalmente a la ignorancia acerca del derecho internacional positivo vigente, a los súbditos de todas aquellas naciones amigas -como dice un autor anónimo- (176) con quienes no mediaban pactos contrarios al expresado fuero". Así, se reconocía, por ejemplo, el beneficio del fuero a los súbditos de la Sublime Puerta, ya que el tratado de Constantinopla de 14 de Septiembre de 1782 (177) si bien preveía en su art. 5º el régimen aplicable a los pléitos de los españoles en Turquía nada decía respecto de los litigios de los turcos en España contra otro español o extranjero no turco, silencio del cual se infería, que los turcos estaban sujetos al derecho común de los demás extran

(174) Cf. CANTILLO, op.cit. p. 271 s.s.

(175) Cf. PECOURT, E.,"Una institución singular en la historia del derecho internacional privado español: el fuero de extranjería", en Estudios de derecho internacional público en Homenaje al profesor Luis Sela Sampil, Oviedo 1970, p. 887.

(176) Cf. "Del fuero de extranjería", art.cit. p. 91.

(177) Cf. el texto en PARRY, vol. 48/1781-83, p. 123 s.s.

jeros, es decir que disfrutaban del fuero privilegiado. Este mismo razonamiento (178) era extensivo a los súbditos de la Regencia de Trípoli, equiparados a los turcos por el tratado de Trípoli de 10 de Septiembre de 1784, art. 2 y 31 (179), a los de la Regencia de Túnez sobre la base del tratado de Madrid de 19 de Julio de 1791, arts. 16 y 19 (180), a los de Marruecos por el tratado de 28 de Mayo de 1767, art. 12 (181).

A este respecto tuvo oportunidad de pronunciarse el Tribunal Supremo de Guerra Marina y Extranjería, el cual en un informe emitido el 8 de Febrero de 1845 se expresaba así:

> "... no siendo los derechos civiles de los extranjeros consignados en los tratados más que una esplicación y aplicación de las reglas emanadas del derecho de gentes, parece que la falta de tratados no puede influír para que los súbditos de las potencias que se hallen en este caso dejen de gozar del fuero concedido a los demás extranjeros con quienes han mediado estipulaciones espresas, mayormente cuando el fuero como puramente personal no da derecho a los demás privilegios, franquicias y esenciones estipuladas esplícitamente en los tratados de comercio" (182).

Apoyaba esta postura el hecho de que en estas naciones se admitían similares concesiones en favor de los es-

---

(178) Cf. FOELIX, Tratado de derecho internacional privado, 3ª ed. española cit. t. I, p. 229 s.s. nota 3.

(179) Cf. PARRY, vol. 49/1783-86, p. 145 s.s.

(180) Cf. CANTILLO, op.cit. p. 634 s.s.

(181) Ibid. p. 505 s.s.

(182) Cf. el texto en Archº Mº A.E., legajo 2821 sección política.

pañoles, lo que obligaba, por pura reciprocidad, a hacerles partícipes del fuero.

Esta creencia generalizada, unida a la necesidad y deseo de ordenar y uniformar este caótico sector, inclinó al gobierno a tolerar este error, de tal suerte que a excepción de algunos casos aislados en los que el beneficio del privilegio fue expresamente excluído, como el México por el tratado de 28 de Diciembre de 1836, art. 6 (183), el régimen especial se convirtió en el general aplicable a los extranjeros en España (184).

Cabe señalar en fin, como factor que influyó decisivamente en esta generalización y consolidación, un elemento de tipo interno o nacional, unas "circunstancias internas -que diría PECOURT (185)- particularmente favorables", cuáles eran la enorme proliferación que en nuestro país habían alcanzado las jurisdicciones privilegiadas. En efecto las había, por razón de las personas, de las cosas, de los delitos y de las causas. Entre los fueros privilegiados por razón de las personas se contaban entre otros los siguientes: el eclesiástico, el de Ordenes, el de los Caballeros de la Orden de Malta, el de los Grandes de España, el de las personas empleadas en la real servidumbre y en

---

(183) Cf. CANTILLO, op.cit. p. 874.

(184) Cf. RIQUELME, Elementos, cit. p. 379; HEREDIA, N. de, Informe de 31 de Marzo de 1821, inédito, Archº. M.A.E. legajo 2821, sección política.

(185) PECOURT, "Una institución singular..." cit. p. 888.

las jornadas de S.M. y Personas Reales, el de los militares, el de las tres reales compañías de los Guardias de Corps y de la de Guardias de Alabarderos, el de los regimientos de Reales Guardis de infanteria española y walona, el de la Real Brigada de Carabineros, el de artillería, el de los Regimientos suizos en España, el de las milicias provinciales regladas de España, de las urbanas y de algunas compañías sueltas, el de los inválidos y agregados, el de marina, el de los maestrantes, el de los nobles, el escolar... etc... (186). En esta situación no es de extrañar, que la creación de una jurisdicción privilegiada para los extranjeros no sorprendiese a nadie ni encontrase apenas oposición parasu implantación.

Sin embargo a lo largo de este primer medio siglo de existencia el régimen privilegiado de extranjería no sólo evolucionó en el sentido de que consiguió una generalización y consolidación, sino que también lo hizo en el sentido de que trató de dotarse de una estructura estable aplicable a todos los extranjeros cualquiera que fuese su nacionalidad, sobreponiéndose a los tratados o cédulas en donde en concreto la concesión del privilegio estaba contenida, ya que no hemos de olvidar que en sus orígenes el fuero de extranjería, encarnado en la figura del juez conservador, no fue una institución general en cuyo caso hubiera tenido reglas fijas y uniformes, sino una práctica bastante fre-

---

(186) Sobre cada uno de ellos, cf. DOU, R.L., op.cit. t. II, p. 225 a 425.

cuente, casuística y de privilegio, debiendo de buscarse, en cada Real carta o concesión la autoridad, el fin y las atribuciones (187).

La evolución alcanza en concreto los siguientes aspectos:

A) Si bien, como ha quedado dicho, el fuero de extranjería se aplica dada vez a mayor número de extranjeros por razón de la nacionalidad, se experimenta, en contrapartida, una reducción de los que de él se benefician por razón de las cualidades que, individualmente considerados, en ellos concurren. Es decir, que si en sus orígenes el fuero beneficiaba a los extranjeros "que por razón del comercio van y vienen, se detienen y habitan en nuestro Reyno" (188), a raiz de una Real Resolución de Felipe V de 8 de Marzo de 1716, que forma las leyes III y V del título XI, libro VI de la Novísima Recopilación, confirmada posteriormente por Real Decreto de 7 de Julio de 1727 -ley V, título XI, libro VI Novísima Recopilación- se empezó a distinguir entre extranjeros avecindados y extranjeros transeúntes estableciéndose una distinta condición para cada uno de estos grupos, interesando particularmente ahora, destacar el dato de que tan sólo disfrutaban del fuero,

---

(187) Cf. ARRAZOLA, GOMEZ DE LASERNA y MANRESA y NAVARRO, op. et .loc. cit.

(188) Cf. art. 18 de los Capítulos, cit. en ABREU Y BERTODANO, op.cit. p. 378.

> "... los transeúntes que habitan, van y vienen a estos Reynos a comerciar por mayor, no los avecindados y arraygados en España; porque el privilegio que concedo a aquellos no ha de transcender a estos por ningún motivo, causa o razón que se ofrezcan, respecto de que las dependencias y litigios de los que están avecindados y arraygados en mis dominios tienen otra naturaleza, y deben seguir precisamente las reglas que mis vasallos y súbditos sin diferencia alguna".

Así pues, a diferencia de los avecindados, en quienes concurre alguna de las doce circunstancias enumeradas en la Real Resolución de 8 de Marzo de 1716, quienes por estar equiparados en su condición a los propios españoles, gozan de los mismos derechos y están sujetos a sus mismas obligaciones, estando en particular sometidos a las mismas leyes y tribunales, los transeúntes al "venir de paso y sin ánimo de permanecer" gozan de una condición especial, en la que se encuentra el beneficio del privilegio de extranjería (189), en virtud del cual, el conocimiento, en primera instancia, de todas aquellas causas que se susciten entre ellos mismos como actores y reos, y el de las que surgieren entre ellos y otras cualesquiera personas, siendo ellos demandados, competerá privativamente a sus jueces conservadores.

B) Señalemos también, cómo en virtud de Real Resolución de 8 de Marzo de 1716, renovada por Real Cédula de 7 de Julio de 1727, las apelaciones de las causas conocidas en primera instancia por el juez conservador, ya no se

---

(189) Cf. ESCRICHE, op.cit., t. I. p. 761.

llevarán ante el Consejo Real, sino ante el Consejo de Guerra de Justicia que sentenciara sin ulterior recurso (190).

4. Balance de este primer período

Cabe resumir, a mediados del siglo XVIII, el fuero de extranjería a las siguientes notas:

A) Que disfrutan de él todos los extranjeros en quienes concurre la cualidad de transeúntes, salvo aquellos que son súbditos de un estado que tiene suscrito con España un tratado en el que se excluye expresamente el disfrute de tal privilegio.

B) Que el privilegio radica en que tales extranjeros tendrán un juez conservador que conocerá además de velar por la observancia y respeto de los privilegios de que son acreedores, privativamente, en primera instancia, de los litigios que ss susciten entre extranjeros de la misma nacionalidad, de nacionalidades distintas o entre extranjeros y regnícolas, si bien en estos dos últimos supuestos tan sólo cuando el extranjero es parte demandada.

---

(190) Nótese que este cambio, ya se preveía en el Tratado de Utrech de 9 de Diciembre de 1713, art. 15, entre España e Inglaterra. Nótese también que, no obstante las disposiciones mencionadas, en el art. 30 de Tratado suscrito con Alemania en Mayo de 1725 se estipula que las apelaciones irán ante el Consejo de Comercio.

C) Que el juez conservador es un nacional del país nombrado por el Rey según una fórmula preestablecida a propuesta de la nación extranjera interesada (191).

D) Que de las apelaciones de las sentencias emitidas por el juez conservador conoce el Supremo Consejo de la Guerra.

E) Que el fuero se extiende tanto el ámbito civil como al criminal salvo las causas relativas a las rentas y derechos reales.

Sección 3ª

El fuero de extranjería como fuero militar: los jueces conservadores de extranjeros a la jurisdicción de los tribunales de guerra (1758-1852)

1. Sentido de la evolución y factores condicionantes

Aunque posiblemente existen precedentes desde el año 1713

---

(191) Cabe citar, a título de curiosidad, como en la ciudad de Sevilla fueron sucesivamente nombrados jueces conservadores de los ingleses los regentes o gobernadores de la audiencia de Sevilla, de los que han llegado hasta nosotros los siguientes nombres: Dr. Francisco Vergara por R.O. de 19 de Marzo de 1645, Don Francisco de Medrano por R.C. de 26 de Junio de 1645, Don Gerónimo del Pueyo Araciel por R.C. de 22 de Noviembre de 1648, Don Lorenzo Santos de San Pedro por R.C. de 13 de Julio de 1664, Don Rodrigo Serrano y Trillo por R.C. de 28 de Agosto de 1667, Don Lucas Trelles Villamiel ... etc...; cf. CAPMANY, Colección, cit. t. I. p. 302 s.s.

(192), abrimos esta segunda etapa de la evolución del fuero de extranjería en España con una Real Orden de 26 de Agosto de 1758 (193), primera disposición interna, de entre las que tengamos noticia, en la que queda establecida la competencia en primera instancia de los gobernadores militares, en calidad de jueces militares, para el conocimiento de las causas en las que estén interesados extranjeros transeuntes que disfruten del fuero de extranjería, correspondiendo la decisión en caso de apelación al Supremo Consejo de la Guerra (194). Poco tiempo después, por Real Orden de 21 de Mayo de 1760, se disponía, al tiempo que se confirmaba lo legislado en la Real Orden del 58, que así sería en efecto en aquellas plazas en las que no hay Capitanía General, porque habiéndola, es el capitán general el que con inhibición del gobernador ha de conocer los mencionados procesos (195), salvo en la plaza de Cádiz en la que por R.O. 1 de Diciembre de 1761 (196), confirmada posteriormente por otra de 15 de Marzo de 1781 (197)

---

(192) Cf. Nota de la Primera Secretaría de Estado de 29 de Marzo de 1838, en la cual se habla de "... las leyes que desde 1713 atribuyeron a la jurisdicción militar el conocimiento privativo de las causas y negocios pertenecientes a extranjeros transeúntes ..." inédito, Archº MAE, legajo 2821 sección política.

(193) Cf. el texto en COLON DE LARREATEGUI, Juzgados militares de España y sus Indias, t. II, 3ª ed. Madrid 1817, p. 156.

(194) Opina LASOGAITE, "El proceso de la unificación de jurisdicciones en España, Miscelánea honor de Juan Becerril y Antón Miralles, Madrid 1974, p. 292-3 que el cambio se produce en virtud de R.O. de 21 de Marzo 1759.

(195) Cf. COLON DE LARREATEGUI, op.et.loc.cit.

(196) Cf. el texto en RIQUELME, Apéndice, cit. p. 315; COLON, op.cit., p. 187.

(197) Cf. el texto en REQUELME, Apéndice, cit., p. 317.

se atribuía privativamente el conocimiento al gobernador (198). En el mismo sentido se expresa la Real Orden de 15 de Septiembre de 1775 dirigida al capitán general de Andalucía para que no se mezcle en las causas de extranjeros que corresponden al gobernador de Cádiz (199), y también la Real Orden de 19 de Diciembre de 1778 dirigida al comandante general interino de Galicia (200). En los pueblos en los que no hay tribunales militares,

> "... deberán de acudir los extranjeros al gefe militar para que practique las primeras diligencias dando conocimiento al capitán general o gobernador en su caso para aulterior recurso del negocio, y, si no tuviese comandante y el caso fuese urgente por tratarse de algún delito grave de los no estipulados, podrá la justicia ordinaria sustanciar la causa hasta ponerla en estado de sentencia, remitiéndola al capitán general o gobernador para su ulterior curso y determinación"(201).

---

(198) Parece que no sólo en Cádiz, sino que también en las demás plazas marítimas conocía el gobernador con preferencia sobre el capitán general. Así se declara por lo menos en el ya citado informe de 8 de Febrero de 1845 rendido por el Tribunal Supremo de Guerra, Marina y Extranjería, en donde tras haber afirmado en un primer momento que los gobernadores militares "... ejercen la jurisdicción en las causas de extranjeros con independencia de los capitanes generales y estos gefes conocerán en ellas en los parajes en que no haya gobernadores...", hubo luego de rectificar, o quizás de matizar esta afirmación ante las protestas del fiscal militar para declarar con fecha de 30 de Diciembre del mismo año que cuando manifestó tal cosa se refería únicamente a los gobernadores de las plazas marítimas ya que en las demás plazas son los capitanes generales, los que ejercen la jurisdicción ordinaria militar y en consecuencia, también la de extranjería.

(199) Cf. el texto en RIQUELME, Apéndice, cit., p. 316.

(200) Cf. el texto en COLON DE LARREATEGUI, op.cit. t. II, p. 159-60.

(201) Cf. Informe del T.S. de G.M. y E., de 8 de Febrero de 1845, cit.

Las consideraciones que preceden, respecto de la asunción por la jurisdicción militar del conocimiento en primera instancia, -pues es apelación ya conocida desde la Real Cédula de 9 Noviembre 1715-, de las causas de extranjeros a partir -según la generalidad de los autores y también en opinión de los tribunales- (202), de la Real Orden de 1758, no han de inducirnos a pensar, que la desaparición de la figura del juez conservador se produce en nuestro país de manera fulgurante, de un día para otro, sino que, bien al contrario, entendemos que no cabe señalar una fecha determinada, ni siquiera un breve lapso de tiempo, en la cual o durante el cual tal figura se haya extinguido. Vemos en efecto como en el tratado con Alemania de 1 de Mayo de 1725 se dice en el artículo 30 que "... los jueces conservadores que en los antecedentes reinados ejercían en España el oficio de un magistrado...", como también en el tratado con Dinamarca de 18 de Julio de 1742 se dice en el artículo 21 que "... no habiendo en España jueces conservadores...". No encontramos, por otra parte, disposición alguna en la que se disponga, con carácter general, este cambio en la competencia, sino que todas ellas tienen carácter particular, dirigidas en concreto como hemos visto a los gobernadores militares de Cádiz y Ferrol, siendo la práctica la que dio lugar a la generalización de su contenido.

---

(202) Ibid.

Estas reflexiones nos llevan a pensar que la desaparición del juez conservador tuvo lugar paulatinamente a lo largo, por lo menos de un período de tres décadas de tal manera que hubo de existir una época durante la cual, las causas de los extranjeros transeúntes eran conocidas, según la nación que estuviese implicada, bien por la jurisdicción militar personificada en los gobernadores militares y/o en los capitanes generales, bien por los jueces conservadores. En este sentido parecen expresarse también autores como DOU (203), AVECILLA (204), y COLON (205).

Otra cuestión es la de saber cuáles pudieron ser los motivos que llevaron a la atribución a la jurisdicción militar de las causas de los extranjeros transeúntes. Señalemos en primer lugar, el hecho de que esta jurisdicción asume el conocimiento de estas causas en dos momentos, conociendo primero de las apelaciones de las sentencias de los jueces conservadores y después de la primera instancia, también. La explicación a este doble hecho ha de ser doble también.

Dos tipos de consideraciones se encuentra en la base de la primera de las asunciones realizadas, a saber:

A) El hecho de que al estar la jurisdicción militar concentrada en un único tribunal -el Consejo Supremo- los fa-

---

(203) Cf. DOU, R.L. de, op.cit., t. II, p. 350.

(204) Cf. AVECILLA, P., Legislación militar de España, t. I, Madrid s.d., p. 8.

(205) Cf. COLON DE LARREATEGUI, op.cit., t. I, p. 25.

llos tendrían una cierta uniformidad y serían fácilmente cognoscibles por el gobierno, cosa de gran utilidad, para cuando fuese preciso contestar a las reclamaciones de las potencias extranjeras. Además, al ser el Consejo Supremo un tribunal superior del reino sus fallos se ofrecían a las naciones extranjeras como signos del más alto respeto (206).

B) El hecho de tener que dedicarse en numerosos casos los asuntos de extranjeros teniendo en cuenta las disposiciones de los tratados existentes, aconsejaba que fuesen los magistrados del Consejo Supremo los que conociesen de ellos, habida cuenta del mayor conocimiento del derecho marítimo y de gentes que poseían respecto de los tribunales de provincias ordinarios (207).

En lo que respecta a la atribución de estos asuntos en primera instancia, puede estar la explicación en la conveniencia de que éstos radicasen en las autoridades de los puertos como más prácticas en esta clase de negocios (208), aunque también pudo haber sido un factor, lógico por otra parte, al objeto de evitar protestas y desconfianzas, el

---

(206) Cf. BACARDI, A. de, Nuevo Colón, o sea, Tratado de derecho militar de España y sus Indias, t. I, Barcelona 1864, p. 27 s.s.

(207) Cf. HEREDIA, N. de "Informe cit." en el que explica además como solían destinarse al Consejo Supremomministros procedentes de la carrera diplomática.

(208) Nótese que en los Gobernadores de los puertos residía antiguamente la jurisdicción marítima, cf. COLON DE LARREATEGUI, op.cit. t. II, p. 159

que si en definitiva en los tiempos del juez conservador ya tenía la última palabra la jurisdicción militar, al desaparecer aquél asumiendo ésta su competencia suponía se continuase dentro de los límites del sistema existente.

Sea por lo que fuere, lo que si es cierto es que como consecuencia de este cambio en la jurisdicción competente, porque los extranjeros eran ciertamente juzgados por jueces militares, y habida cuenta de la gran extensión que había cobrado el fuero militar, el cual "... limitado en principio a los que corrían los riesgos y los azares de la guerra mientras se hallaban en campaña, se amplió después no ya tan sólo a los mismos militares durante la paz sino también a personas ajenas a esta profesión..." (209), empezara a decirse que los extranjeros gozan del fuero militar o de guerra, como si éste se hubiese también extendido a ellos. Así se expresan autores como BACARDI (210), COLON, AVECILLA, ORTIZ DE ZUÑIGA y HERRERA, GARCIA GOYENA y AGUIRRE, ORTIZ DE ZUÑIGA, ESCRICHE y L.F. y C.F.

---

(209) Cf. GOMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBAN, J.M., Tratado académico forense de procedimientos judiciales, 2ª ed., Madrid 1855, p. 54 s.s.

(210) BACARDI, op.cit. t. I, p. 27; COLON DE LARREATEGUI, op.cit. t. I, p. 25; AVECILLA, op.cit. p. 8; ORTIZ DE ZUÑIGA y HERRERA, Deberes y atribuciones de los corregidores, justicias y ayuntamientos de España, t. II, Madrid 1832, p. 103 s.s. y 155 s.s.; GARCIA GOYENA y AGUIRRE, Febrero o librería de jueces abogados y escribanos, Madrid 1842, p. 22 s.s.; ORTIZ DE ZUÑIGA, Biblioteca judicial o Tratado original y metódico, 2ª ed. Madrid 1840, p. 55; ESCRICHE, op.cit. t. I. p. 763; L.F. y C.F., "Fuero de extranjería", en RGLJ, t. 22/1863, p. 27 s.s.

. Fuero de extranjería y fuero militar: criterios de distinción

No obstante lo que antecede, el fuero de extranjería no se confundió en ningún momento con el militar sino que mantuvo sus peculiares características (211). Así lo hace constar en efecto, el fiscal togado del Tribunal Supremo de Guerra, Marina y Extranjería en su informe de 12 de Abril de 1847 en el que se expresa como sigue:

> "No es en efecto, el fuero de los extranjeros, el mismo que el de los militares a pesar de la inexactitud o error con que asi se sienta por muchos autores aún el mismo Escriche en su Diccionario razonado de Jurisprudencia y Legislación. Inexactitud justificada en cierto modo por la íntima analogía de una y otra jurisdicción ... error que no debe causar gran estrañeza si se reflexiona cuán poco se ha profundizado generalmente en el estudio de este asunto y en el examen de las estipulaciones vigentes con otras potencias".

Efectivamente, el fuero militar se ejerce por los capitanes generales que ejercen su jurisdicción por medio de los auditores -funcionarios que se hallan en pie de igualdad con los ministros de las audiencias- que son los jueces militares permanentes ordinarios de quienes dependen los juzgados de los gobernadores militares, los cuales le suplen en algunas ocasiones. Por el contrario, la jurisdicción de extranjería la ejercen en principio ordinariamente, los gobernadores militares sin dependencia alguna respecto de los capitanes generales apelándose directamen-

---

(211) Cf. en este sentido RIQUELME, Elementos cit. p. 38 s.s.

te de sus sentencias al Supremo Consejo de la Guerra (212). Pero además de estas precisiones en cuanto a la jurisdicción, cabe señalar entre uno y otro fuero diferencias más acusadas tales como:

A) El fuero militar es pasivo (213), es decir que puede invocarse tan sólo en aquellos casos en que sus beneficiarios son demandados pero no cuando son actores (fuero activo), mientras que el fuero de extranjería parece ser activo y pasivo. Decimos parece porque en esta época algunas dudas surgieron a este respecto, a raíz de la generalidad del texto de la ya citada Real Orden de 26 de Agosto de 1758 en la que textualmente se dice que el fuero de extranjería se extiende a "... todas las causas en que intervengan como interesados extranjeros transeúntes en estos reinos...". Sobre esta base, los tribunales de guerra sostuvieron que el fuero de extranjería era activo y pasivo, viéndose su posición reforzada por lo dispuesto en la Real Orden de 1 de Diciembre de 1761 dirigida al gobernador de Cádiz en la que literalmente se dispone que "... todas las causas de los extranjeros transeúntes en estos dominios, ya intervengan en ellas como actores o reos, corresponde a V.E. su conocimiento como gobernador militar..." (214), y a raiz de la cual el Tribunal Supremo

(212) Cf. HEREDIA, Informe cit.; también RIQUELME, Elementos cit. p. 167.
(213) Cf. GARCIA GOYENA Y AGUIRRE, op.cit. t. 6, nº 4673.
(214) Cf. el texto en RIQUELME, Apéndice, p. 315.

calificó el fuero de extranjería como privilegio "monstruoso y exorbitante" (215).

> "... Monstruoso y exorbitante lo denomina el Tribunal Supremo porque ha visto en la Real Orden de 1 de Diciembre de 1761, dirigida al gobernador de Cádiz que el fuero de extranjería era activo y pasivo y que ya fuesen actores ya reos, debía conocer aquella autoridad militar..."

En el mismo sentido se disponía en la Real Orden de 21 de Mayo de 1801 en la que con motivo de la resolución de una competencia surgida entre el gobernador de Cartagena y el capitán general del mismo lugar se declara que "... de los demás negocios civiles ora sean actores los extranjeros, ora reos, conoce la jurisdicción militar con apelaciones al Consejo..." (216).

Junto a estas disposiciones encontramos otras de las que se desprende la doctrina contraria en el sentido de que el fuero de extranjería, como en general todos los fueros privilegiados es meramente pasivo. En esta línea podemos citar la Real Orden de 21 de Octubre de 1785 en la que con motivo de la atribución de los negocios de comercio a los Consulados se dice que éstos conocerán "de los negocios de comercio y demás de su inspección en que sean recomendados dichos extranjeros transeúntes" (217), así como la Real

---

(215) Cf. Dictamen del T.S. de 18 de Octubre de 1841, cit.

(216) Cf. el texto en Continuación y suplemento del Prontuario de J. Aguirre, por J. Garriga, Madrid 1802, año 1801, p. 123.

(217) Cf. el texto en Archº M.A.E., legajo 2821, sección política.

Orden de 5 de Septiembre de 1796 (218).

En la práctica, los tribunales parecían favorecer la interpretación del carácter activo y pasivo (219).

En general la doctrina se inclina por el carácter pasivo del fuero en atención a que:

a.- así lo era en su origen.

b.- en nuestro país se sigue la regla actor sequitur forum-rei. En este mismo sentido también se expresa el Tribunal Supremo de Guerra, Marina y Extranjería, quien entendió en su informe de 8 de Febrero de 1841 que:

> "... el fuero militar concedido a los extranjeros [es] puramente pasivo según los tratados y la legislación vigente por lo que no puede estenderse al caso en que un cónsul o súbdito extranjero tenga que intentar acción criminal contra un súbdito español por amenazas o injurias más o menos graves que haya recibido, ya como particular o como cónsul, porque equivaldría dispensarles el privilegio de fuero activo y como éste lleva consigo el derecho de sujetar al suyo especial a todos los que demandasen civil o criminalmente, sería lo mismo que despojar a todos los españoles los del que les corresponde según las leyes, para no ser reconvenidos ni juzgados sino por el tribunal competente designado por las mismas..."

Continúa todavía diciendo en el mismo informe que:

> "... siendo un principio inconcuso en nuestra legislación, que el actor ha de seguir el fuero del reo, es incuestionable que el súbdito español demandado criminalmente por un cónsul u otro cualquiera extranjero tiene espedi-

(218) Cit. por HEREDIA, Informe, cit.

(219) Ibid. "Es una pena que no haya visto nunca la luz un dictamen encargado a mediados del 1819 al Sr. Heredia con el objeto de esclarecer este punto, debido a que como el mismo Heredia nos dice"...se me desterró de Madrid...sin haber podido evacuar dicho informe".

> ta su acción ante la jurisdicción ordinaria la inhibición del juez militar que haya tomado conocimiento de la demanda o que sea entablada por el extranjero".

En la práctica se entendía el fuero de extranjería como pasivo en la generalidad de los juzgados salvo en el de la capitanía general de Baleares el cual entendía, al igual que la mayor parte de los tribunales de apelación, que era activo y pasivo a la vez (220).

B) Un segundo punto diferenciador entre fuero militar y de extranjería es el que se refiere a las causas de desafuero. En efecto, éstas no sólo son distintas sino que también obedecen a consideraciones de diversa índole: es así, que en el fuero militar, el desafuero obedece a consideraciones subjetivas despojándose del disfrute de tal privilegio a las personas que han cometido actos impropios de la clase social a que pertenecen y en consideración a la cual gozaban de dicho fuero. Por el contrario en el fuero de extranjería el desafuero responde a consideraciones de interés público, ya que se produce cuando el disfrute del fuero deviene incompatible con la organización interna del estado. Pero antes de entrar en el análisis de cada uno de los supuestos que dan lugar a que esta incompatibilidad señalemos la existencia de dos posiciones contrarias según las cuales, o bien no cabe el desafuero en relación con el fuero de extran-

---

(220) Cf. Informe del fiscal togado de 1847, cit. supra, p. 119.

jería porque éste es personalísimo, o bien si el desafuero es posible, lo es por los mismos motivos que en el fuero militar. Con la última de estas orientaciones se alínea en un primer momento el mismo Tribunal Supremo de Guerra, Marina y Extranjería, según se desprende de su dictamen de 8 de Febrero de 1845 en el que textualmente se dice que:... de la generalidad del fuero de extranjería están exceptuadas las causas de contrabando e ilícito comercio por Real Decreto de 21 de Diciembre de 1759 las de naufragio conforme a las ordenanzas de matrículas, las de comercio por Real Orden de 2 de Abril de 1768, las de infracción a los bandos públicos y de buen gobierno y todas las demás que causan desafuero a los militares...". Dos años más tarde el fiscal togado del mismo tribunal explicará en su informe de 12 de Abril de 1847 cómo por la analogía existente entre ambos fueros en cuanto a la jurisdicción competente, muchas de las reglas aplicables al fuero militar se han venido aplicando al de extranjería con la aquiescencia de las potencias extranjeras, especialmente en lo que se refiere al sector de las causas de desafuero, siendo esto lo que ha dado lugar a que se haya dicho que "están esceptuadas del fuero de extranjería las mismas causas que lo están del fuero militar".

Por lo que se refiere a la primera de las dos direcciones apuntadas, que sostiene la imposibilidad de desa

fuero, el Tribunal Supremo de Guerra, Marina y Extranjería declaró por boca de su fiscal togado en el citado informe de 1847 que:

> "no obsta la personalidad en la concesión del privilegio para que proceda al desafuero según el principio general de derecho, si en las estipulaciones de los tratados no se hubiera convenido cosa en contrario, Y que en los tratados no se pactó así y se supuso aquella posibilidad absoluta de casos escepcionados del privilegio que se demuestra... con la aquiescencia de los representantes de otras potencias por no haber intentado reclamación ninguna, han sancionado la escepción y el principio del desafuero".

Esto supuesto pasemos ya al estudio de las causas que dan lugar a desafuero:

a.- Las causas de contrabando, en virtud de Real Cédula de 8 de Julio de 1727 en la que se establece que los jueces conservadores podrán conocer de todas las causas salvo de las que se refieran a las rentas y derechos reales, para las que ya hay tribunales especialmente constituídos (221), posteriormente confirmada por Real Decreto de 21 de Diciembre de 1759 (222), Tras explicarse en estas disposiciones, suprimido el juzgado de contrabando de mar y tierra por Real Decreto de 16 de Junio de 1741 se atribuyó el conocimiento de estas causas en primera instancia a los tribunales de hacienda, y cómo una Real Orden de 2 de Septiembre de

---

(221) Cf. el texto en la ley V, título 11, libro 6 de la Nov.Rec.

(222) Cf. el texto en COLON DE LARREATEGUI, op.cit. t. II, p. 52; también en PORTUGUES, Colección general de las ordenanzas militares, sus innovaciones y aditamentos, t. II, Madrid 1764, p. 109-12; cf. también el Teatro de la legislación universal, t. XIII, p. 414.

1749 previno que el juez militar conociese de todas las causas estuviesen interesados los extranjeros transeúntes aunque fuesen de ilícito comercio y contrabando, determina que lo que corresponde a la jurisdicción militar es el contrabando de armas y municiones o de contrabando de guerra, el cual no debe equivocarse con el contrabando de ilícito comercio y de rentas cuyo conocimiento compete a la jurisdicción de hacienda.

En este sentido se expresan también la ya citada Real Orden de 1 de Diciembre de 1761 y la de 25 de Mayo de 1801 (223).

b.- Los negocios mercantiles, en virtud de Real Orden de 2 de Abril de 1768 (224), dirigida al capitán general de Guipúzcoa y en la que se atribuye la competencia al Consulado de Bilbao, motivada por el recurso interpuesto por el súbdito inglés Tomás Venzon (225) y confirmada posteriormente por otra Real Orden de 21 de Octubre de 1785 dirigida al consulado de Alicante y circulada a los demás del reino concediendo al prior y cónsules autorización para que conociesen de los asun

(223) Cf. el texto en Archº. M.A.E., legajo 2821 sección política.

(224) Ibid.; también, COLON DE LARREATEGUI, op.cit. t. II, p. 156.

(225) Cf. el texto del recurso en legajo 2821 sección política, Archº M.A.E.

tos de comercio en que estuviesen implicados extranjeros transeúntes en calidad de demandados como si se tratase de españoles (226). En el mismo sentido también la R.O. de 27 de Mayo de 1801 (227). Pero es sobre todo el Código de Comercio de 1829 el que definitivamente establece esta causa de desafuero cuando dispone en su artículo que:

> "Todo extranjero que celebra actos de comercio en territorio español, por el mismo hecho se sujeta en cuanto a ellos y sus resultas e incidencias a los tribunales españoles, los cuales conocerán las causas que sobrevengan y las decidirán con arreglo al derecho común español y a las leyes de este código".

c.- Las causas de tráfico de negros, sobre la base del art. 7º del Tratado de Madrid de 28 de Junio de 1835 entre España e Inglaterra, para la abolición del tráfico de esclavos y según el cuál se establecían tribunales mixtos, en número de dos, integrados por igual número de miembros de ambas naciones, los cuales juzgarían sin apelación posible de las causas que les fuesen sometidas de acuerdo con las estipulaciones del tratado en cuestión (228).

d.- Los juicios de presas y naufragios así como las causas por delitos cometidos a bordo y en alta mar, pues de ellas conocen los intendentes de marina, tal y como

---

(226) Cf. Ibid.
(227) Ibid.
(228) Cf. CANTILLO, op.cit. p. 859.

se deduce de la Real Resolución de 10 de Noviembre de 1756 (229), y en la que se explica cómo de estas materias y en general de todos los delitos e incidentes ocurridos en el mar conocían los gobernadores de las plazas marítimas y cómo ahora conocen tan sólo cuando las presas son hechas entre extranjeros. Así se confirma por Real Orden de 19 de Diciembre de 1778 (230), y por Real Orden de 27 de Mayo de 1801 en la que se decide la competencia surgida entre el gobernador de Cartagena y el capitán general de la misma ciudad a raiz del conocimiento de la demanda interpuesta por el corsario francés Pedro Honorato Poulé en razón del depósito y consignación del valor de varias presas del corsario El Zenodoro y otros de la República francesa, en favor del gobernador militar, el cual era competente, como ya hemos apuntado, por tratarse de una presa entre extranjeros viniendo tan sólo obligado a comunicar al comandante general "... todo lo que ocurra y sea digno de noticia... pero ... puede y debe providenciar por sí lo conveniente para el recibo, venta y decisión de los asuntos relativos a las presas... sin independencia ni sujección del comandante general" (231).

---

(229) Cit. por COLON DE LARREATEGUI, op.cit. t. II, p. 159.

(230) Cf. el texto en COLON, op.cit., t. II, p. 159.

(231) Duda de que esta R.O. confirme el desafuero en materias de presas el profesor PECOURT quien entiende mas bien que se manifiesta en sentido contrario. Cf. PECOURT, E., "Una institución singular...", cit. p. 892, nota 39.

e.- Las causas criminales, en virtud de Real Cédula de 24 de Octubre de 1782, que forma la ley VIII, título XXXVI libro VI de la Novísima Recopilación (232), dirigida a las justicias del reino en la que se les ordena proceder

> "... siguiendo la regla de la reciprocidad contra los extranjeros domiciliados o transeúntes de cualquier nación que delinquieren en vuestros distritos, o infringieren los bandos públicos, formándoles causa e imponiéndoles las penas correspondientes conforme a las leyes del Reyno, Reales Pragmáticas y bandos públicos, del mismo modo que se executa con los naturales de estos mis Reynos sin permitir que se forme sobre ello competencia alguna..."

Confirma lo que antecede la ya citada Real Cédula de 24 de Mayo de 1801 (233), siendo objeto de ulterior desarrollo en los Reales Decretos de 17 de Abril de 1821 sobre las causas de conspiración y sobre el modo de proceder en las mismas (234), que disponen respectivamente en el art. 34 que:

> "Todos los delitos contra la constitución, comprendidos en los treinta y dos primeros artículos de esta ley causarán desafuero y los que los cometan serán juzgados por la jurisdicción ordinaria", y en el art. 14 que: "En las causas de esta ley no habrá lugar a competencia alguna fuera de las que pudiesen suscitarse entre las jurisdicciones ordinaria y militar, según los límites que aquí se señalan".

---

(232) Cf. también el texto en COLON DE LARREATEGUI, op.cit. t. II, p. 53-4; y también en R.C. y P. del C.S. t. 3/1780-84, p. 166.

(233) Cf. también el texto en Continuación y suplemento del Prontuario de S. Aguirre, por J. GARRIGA, año 1801, Madrid 1802, p. 123.

(234) Cf. RIQUELME, Apéndice, cit. p. 322, cf. también el texto del D. en Col.Ds. y Os., t. VII/1821, Madrid, p. 36 s.s.

Ambos decretos fueron posteriormente confirmados en su fuerza y vigor por el Real Decreto de 30 de Agosto de 1836 (235). Sin embargo una Real Orden de 3 de Febrero de 1845 (236) dictada sobre la base del ya citado dictamen del Tribunal Supremo de Guerra, Marina y Extranjería de 18 de Enero de 1845, dispone a propósito de un delito de robo imputado al súbdito francés Pedro Angel Alger, preso y puesto a disposición del juez de primera instancia que se reclame de éste el conocimiento de la causa, formalizando en otro caso la correspondiente competencia. Este estado contradictorio de cosas no fue aclarado por el Real Decreto de 22 de Septiembre de 1848, dictado para ampliar las disposiciones de la ley provisional dada para la ejecución del código penal, ya que en su art. 14 se dice que:

> "No obstante cualquier indicación que se haga en el código sobre diversidad de fueros, no se entiende por ello prejuzgada ni resulta cuestión alguna en este punto debiendo por lo mismo atenerse los tribunales a la legislación ritual hasta tanto que terminantemente se decida otra cosa" (237).

Sobre la base de estas disposiciones, la doctrina se divide en dos líneas; una que entiende que existe desafuero en todas las causas criminales (238), y otra que

---

(235) Cf. RIQUELME, Apéndice, p. 322.

(236) Cf. el texto en BACARDI, op.cit. p. 36, nota 92.

(237) Cf. el texto en RIQUELME, Apéndice, p. 325 s.s.

(238) Es la orientación seguida por la mayor parte de los autores, así, GARCIA GOYENA y AGUIRRE, op.cit. t. 6, p. 26; ESCRICHE, op.cit.p. 763; ORTIZ DE ZUNIGA y HERRERA, op.cit. p. 156, ... etc...

entiende que la Real Cédula de 1782 no debe ser interpretada como una ley general, sino como un caso particular de desafuero, concretamente en los delitos contra el orden público (239), idea que vendría confirmada por la promulgación de la ley de 17 de Abril de 1821 referida a los crímenes de sedición. Abonaría todavía este razonamiento el hecho de que aún considerando la Real Cédula de 1782 como una disposición de carácter general, ésta habría sido posteriormente derogada por los tratados que después se concluyeron, tales como el de Versalles de 3 de Septiembre de 1783 y de Madrid de 5 de Julio de 1814 con la Gran Bretaña, el de Londres de 14 de Agosto de 1814 con Dinamarca ... etc..., los cuales redujeron el fuero de extranjería a sus primitivos cauces respecto de estos estados pero que obligaría "por razones de equidad y conveniencia a entenderlo de igual modo respecto de todos los demás extranjeros (240). Sin embargo, si consideramos esta Real Cédula de 1782 como una disposición relativa al caso particular citado, no se plantearía problema alguno con "lo pactado en los convenios con otras potencias, porque los casos a que la ley se refiere suponen un estado de hostilidad abierta entre los súbditos y el gobierno, y en tal situación la propia defensa autoriza para toda clase de medidas escepcionales, tanto con respecto a los extran-

(239) Cf. BACARDI, op.cit. p. 35 s.s.
(240) Ibid. p. 36.

jeros como a los nacionales." (241).

En favor del desafuero general en todas las causas criminales se pronuncia el Tribunal Supremo, deplorando al mismo tiempo el que los tribunales militares se hayan apropiado el conocimiento de causas criminales contra extranjeros o hayan formado competencias sobre las mismas (242). Pero no podemos nosotros dejar de señalar o de llamar la atención sobre la contradicción en que el propio tribunal incurre, ya que 4 años más tarde declarará que la interpretación que entiende que la Real Cédula de 24 de Octubre de 1782 se refiere exclusivamente a aquellos que cometen algún delito público "es la más arreglada al espíritu de aquella Real Resolución" (243), porque constando en los tratados que el fuero se extiende a lo civil y a lo criminal no puede alterarse esta situación sino también convencionalmente y no por ley interna, y aún suponiéndo que así se hubiese hecho por la Real Cédula de 1782, ésta habría quedado sin efecto por el tratado de 3 de Septiembre de 1783 entre España e Inglaterra, en cuyo art. 2º se renuevan y confirman los tratados antiguos en los que constaba el carácter civil y criminal del fuero.

---

(241) Cf. RIQUELME, op.cit. p. 388.
(242) Cf. Dictamen del 18 de Octubre de 1841, cit.
(243) Cf. el Dictamen de 8 de Febrero de 1845, cit.

En la práctica, los tribunales militares conocían de las causas militares y también de las civiles:

> "... los juzgados militares han continuado conociendo en las causas civiles y criminales de los extranjeros remitiéndolas a este Supremo Tribunal como las demás del fuero de la guerra; habiendo el que suscribe despachado muchas que pudiera citar y de las que si se estimase oportuno podrá certificarse por la Escribanía de Cámara, y con la circunstancia notable de que algunas vinieron a los tribunales militares por inhibición de los jueces de primera instancia que habían principiado a conocer de ellas". (244).

Pero esta práctica no era del todo uniforme, ya que en algunas capitanías, y concretamente en las de Guipúzcoa, Canarias y Mallorca, comandancias generales como las de Alicante y San Sebastián, y gobiernos militares, tales como los de Mahon, Menorca, Rosas y Santoña, se conocía tan sólo de las causas civiles (245).

En un posterior dictamen, el Tribunal Supremo de Guerra, Marina y Extranjería, sostiene una opinión semejante a la expresada en el de 1845, añadiendo además que es útil el que el fuero de extranjería se extienda a lo criminal, por los siguientes motivos:

- porque "egercida esta jurisdicción por autoridades militares, ha de tenerse de suyo mayor fuerza, especialmente para la egecución de sus disposiciones; e importa que se repriman y castiguen las demasías y

(244) Ibid.
(245) Ibid.

delitos de los extraños más fuertemente si cabe que las de los vecinos de otros Reynos".

- porque al reconocerse un "sólo y exclusivo tribunal superior... se hallará naturalmente más garantía del acierto y uniformidad en la práctica de la jurisprudencia internacional".

- porque, en fin, es muy práctico el hecho de que se encuentre la residencia de V.A. en la Corte cerca del Gobierno de S.M. a quien a veces puede importar en gran manera el conocimiento de los delitos cometidos por los extranjeros y de su represión o castigo para poder contestar fácil, segura y prontamente a los representantes de otras potencias" (246).

f.- Las causas de motín, desorden o conmoción popular y desacato los magistrados, en virtud de Real Resolución de 7 de Agosto y Real Cédula de 2 de Octubre de 1766, que forman la ley IV, título XI, libro XII de la Novísima Recopilación confirmadas posteriormente por la Pragmática de 17 de Abril de 1774, que forma le ley V, título XI, libro XII de la Novísima Recopilación en la que, tras resaltar la importancia que tienen el contener a los "espíritus inquietos, enemigos del sosiego público", y recordar la promulgación de diversas leyes encaminadas a la consecución de esta finalidad, manda que se observen estas inviolablemente, declarando al

---

(246) Cf. Dictamen del T.S. de G.M. y E. de 12 de Abril de 1847 en Archº M.A.E., legajo 2821 sección política.

mismo tiempo que:

> "el conocimiento que estas causas toca privativamente a los que ejercen jurisdicción ordinaria: inhibo otros qualesquiera Jueces, sin excepción de alguno por privilegiado que sea: prohibo que puedan formar competencia en su razón: y quiero, que porten todo su auxilio a las Justicias ordinarias".

Añade en fin, la citada pragmática que:

> "en tales circunstancias no se puede valer fuero ni exención alguna aunque sea la más privilegiada y prohibo a todos indistintamente que puedan alegarla; y aunque se proponga, mandó a los jueces que no la admitan, y procedan no obstante a la pacificación del bullicio, y justa punición de los reos, de qualquiera calidad y preeminencia que sean".

Estas disposiciones fueron todavía reconfirmadas posteriormente por Real Orden de 8 de Abril de 1831 (247).

C) Cabe señalar en tercer lugar, el distinto ámbito territorial de ambos fueros, pues mientras el militar se aplica plenamente en Ultramar, no sucede así con el de extranjería, circunscrito a los territorios peninsulares.

Nos hemos referido, ya en páginas anteriores, a la rigurosidad de las leyes de Indias respecto de los extranjeros y también a como precisamente para ayudar al mantenimiento de su observancia, se hicieron concesiones en los mercados europeos, entre las que se contaba el fuero de extranjería. Pero, poco a poco, andando los

---

(247) Cit. por L.C. y C.F., art.cit. p. 36.

años ese rigor fue cediendo de tal manera que se empezó a aplicar también a los extranjeros el beneficio del fuero, no sólo por corruptela sino también porque, al menos en algunos casos era considerada, esta concesión, como "un medio de gobierno conveniente", y que así, se complacía, por una parte, a los extranjeros, quienes preferían los juzgados militares a los ordinarios por entender que les ofrecían mayores garantías, y por otra, porque era conveniente que, tratándose de extranjeros fuese la autoridad militar quien conociese (248).

Este estado de cosas dio lugar a que se diesen sucesivas disposiciones recordando que el fuero de extranjería no era extensivo a Ultramar, tales como la Real Cédula de 17 de Febrero de 1801 confirmada por la de 18 de Febrero de 1803 y por la de 12 de Octubre de 1844 dirigida esta última al comandante general del apostadero de La Habana en la que se le comunica que "... está fuera de toda duda que los extranjeros transeúntes no gozan del fuero de guerra en los dominios de las Indias por no estar estipulado, en los tratados según expresan las mencionadas Reales Cédulas (las de Febrero de 1801 y 1803) a las que V.E. debe atenerse ...". En el mismo sentido se expresa la R.O. de 2 de Julio de 1847, dirigida al capitán general de Puerto Rico en la que se de-

(248) Así se expresaba el capitán general de la isla de Cuba en un informe sobre la observancia del fuero de los extranjeros en aquellos dominios cf. Dictamen del fiscal togado del T.S. de G.M. y E. de 1847 cit.

clara que "... estinguido en las Indias el fuero de estrangería, corresponde a la marina el procedimiento en los casos de naufragio de buques estranjeros" (249).

Baste lo expuesto para demostrar que distintos ya en su origen, el fuero militar y el de extranjería, continúan su vida claramente diferenciados, siendo el único punto común el de que es la misma jurisdicción la competente para el conocimiento de las causas referentes a uno y otro fuero.

3. Balance de este período

A modo de balance de este segundo período en el desarrollo del fuero de extranjería, cabe señalar que a lo largo del mismo se plasma en una legislación un tanto caótica, con frecuencia contradictoria, que da lugar a múltiples titubeos y a decisiones divergentes.

En efecto, se duda del carácter activo o pasivo del fuero, de los casos en quiebra por intervenir una causa de desafuero, de su ámbito de aplicación territorial, incluso -y por los motivos que en el próximo capítulo expondremos- de su misma vigencia.

Cabe señalar a pesar de todo las siguientes características generales, las cuales suponen una evolución impor

(249) Cf. los textos en BACARDI, op.cit. p. 37, notas 93 y 94.

tante respecto de la etapa inmediatamente anterior:

a) es competente la jurisdicción militar.

b) se produce el desafuero en las causas de ilícito comercio, en los negocios mercantiles, en el tráfico de negros, en las causas criminales y en los juicios de presas y naufragios, en las causas de motín y desacato a los magistrados.

c) aprovecha a los extranjeros transeúntes en general.

d) es pasivo.

e) no es extensivo a ultramar pero sí a todo el territorio nacional (250).

(250) "... tanto en la Corte como en los pueblos del interior está en práctica el fuero de extranjería..." Cf. Dictamen del T.S. de G.M. y E. de 1845 cit.

Capítulo III

CRISIS Y SISTEMATIZACION DEL FUERO DE EXTRANJERIA

Sección 1ª.- Extranjería y competencia judicial internacional en la primera mitad del siglo XIX: aspectos comparativos

Sección 2ª.- La evolución del ordenamiento jurídico español

1. Las aspiraciones del pensamiento liberal en materia de extranjería y unificación de jurisdicciones: su proyección en el proceso codificador español
   - A) El período francés
     - a. La legislación napoleónica
     - b. La labor legislativa de las Cortes de Cádiz
   - B) La restauración borbónica
     - a. Los textos constitucionales
     - b. El proceso codificador: del Decreto de 15 de Marzo de 1821 a la creación de la Comisión General de Codificación (1843-1846)
     - c. Aspectos doctrinales
2. Los antecedentes del Real Decreto de 17 de Noviembre de 1852, llamado "de extranjería"
   - A) La nueva Comisión General de Codificación y el proyecto de Código civil de 1851
   - B) La comisión mixta de tribunales y el proyecto de ley de extranjería de 20 de Septiembre de 1850
3. Justificación y sentido general del Real Decreto "de extranjería".

Sección 1ª

Extranjería y competencia judicial internacional en la primera mitad del siglo XIX: aspectos comperativos

Aunque con raíces teóricas en siglos anteriores (D'Argentre, Grocio, Caseneuve) (251), se inicia en la segunda mitad del siglo XVIII, una reacción contra el estado de cosas entonces vigente. Dos órdenes de consideraciones mueven a los reformadores: unas filosófico-jurídicas según las cuales es lógico -se dice- que se prive al extranjero del beneficio de los derechos políticos, pues tanto éstos como los deberes que implican, encuentran su fundamento en la nacionalidad, pero ésta, nada tiene que ver con los derechos civiles, de carácter privado, los cuales han de pertenecer a todo hombre encuanto tal independientemente de su cualidad de ciudadano, como lo prueba el hecho del carácter temporalmente relativo del ámbito de los derechos reconocidos como naturales; en efecto, la historia nos muestra, cómo determinados derechos por haber tenido en un momento dado el carácter de civiles eran negados a todos los no ciudadanos y como fueron, sin embargo, después reconocidos como naturales a todo hombre. La distinción entre derechos naturales y civiles no depende de la esencia de unos y otros sino que es arbitraria y por

---

(251) Citados por FIORE, op.cit. p. 64.

lo tanto debe desaparecer reconociéndose a todos los hombres el goce de todo derecho privado (252).

Estas consideraciones a las que se unían otras de tipo económico, tales como la demostración de que los ingresos que proporcionaba al estado la vigencia del derecho de aubana estaba bien lejos de compensar el enorme perjuicio económico que sufría el país maltratando a los extranjeros y alejándolos así de él no fueron, sin embargo, suficientes para impulsar a la reforma a los legisladores del Antiguo Régimen, y será preciso esperar a que toda una conmoción histórica las lleve a la práctica. Tal fue la Revolución francesa del 89. En efecto, los revolucionarios empezaron por abolir mediante decreto de 6 de Agosto de 1760, completado por otro de 8 de Abril de 1791, el derecho de aubana. Poco tiempo después, el 3 de Septiembre del mismo año la Constitución elevaba de rango estos preceptos al consagrarlos en su artículo 335 en los siguientes términos:

> "Les etrangers etablis ou non en France, succedent a leurs parents etrangers ou francais; ils peuvent contracter, acquerir et recevoir des biens situes en France et en disposern de même que les citoyens francais pour tous les moyens autorises par les lois".

Esta generosidad no iba sin embargo a tener larga vida pues, pronto el código napoleónico al introducir en

---

(252) Cf. LAURENT, op.cit. t. XV, p. 63-4.

su artículo 11 la regla de la reciprocidad, le asestó un duro golpe. Pero el paso estaba ya dado, la brecha abierta, y el eco revolucionario se oirá en toda Europa. En efecto, en años sucesivos iremos viendo, cómo la condición del extranjero es sensiblemente mejorado en la mayor parte de los países europeos (253) en donde se le equipara al nacional, bien en términos absolutos, como hace por ejemplo el Código de Neufchatel que en su artículo 9 dispone que "todos los que residen o habiten el territorio neuchateles gozan de los derechos civiles aunque procedan del extranjero" (254), bien admitiendo, a veces, la existencia de supuestos excepcionales en los que la equiparación no es posible como en el caso previsto por la ley de 15 de Junio de 1829 holandesa en la que se establece (art. 9) que "El derecho civil del reino se aplica indistintamente a los holandeses y a los extranjeros mientras que la ley no establezca expresamente lo contrario" (255). En el mismo sentido también se expresan los códigos de Lucerna (art. 24), "Los extranjeros tienen los mismos derechos civiles y las mismas obligaciones que los ciudadanos del cantón a menos que se requiera expresamente para el goce de estos derechos la cualidad de ciudadano" (256), y de Austria de

---

(253) Cf. LAURENT, Droit Civil, cit. t. IV, p. 39 s.s.

(254) Cit. por TARRASA, M., op.cit. pp. 245-92.

(255) Cf. Les legislations de Droit International Privé, T.M.C., Oslo 1970, p. 30; STOERK, F., "De la condition legale des etrangers en Autriche", Clunet 1880, p. 330, nota 3; FOELIX, M., Traité de Droit International privé, 3ª ed. por Ch. DEMANGEAT, t. I, París 1856, p. 289.

(256) Cf. TARRASA, op.cit. p. 251.

1811 en la primera parte de su artículo 33 según el cuál, "Los extranjeros son titulares de los mismos derechos y están sujetos a las mismas obligaciones que los nacionales a la excepción de aquellos derechos y cargas especialmente reservados a los ciudadanos austríacos" (257).

Pero en la mayor parte de los casos la equiparación se hace bajo reserva de reciprocidad siguiendo así los pasos del Código francés de 1804 que en su artículo 11 disponía que el extranjero "... gozará en Francia de los mismos derechos civiles que son o serán concedidos por los tratados de la nación a que pertenece el extranjero" (258). En efecto, en este sentido se expresan también los códigos de Bélgica de 1804, artículo 11, según el cual "El extranjero gozará en Bélgica de los mismos derechos civiles que sean acordados a los belgas por los tratados de la nación a que ese extranjero pertenezca (259), de Baden (art. 11), de las Islas Jónicas (art. 18), de Módena (art. 33), de Parma (art. 32), de Valais (art. 7). Pero, si el extranjero está domiciliado en el reino, "... gozará de todos los derechos civiles en tanto continúa residiendo en el país"; así se expresa el Código napoleónico en su artículo 13, siendo seguido, también en este aspecto, por los códigos de Baden (art. 13) y Bélgica (art. 13).

---

(257) Cf. STOERK, art.cit. p. 329; también, Les legislations... cit, p. 89

(258) Cf. ROGNON, J.A., Code Civil expliqué de France, 19 ed., París 1887.

(259) Cf. Les legislations..., cit. p. 44.

En otros supuestos, la reciprocidad establecida no es de tipo diplomático sino legislativo como en el caso del código austríaco que en la segunda mitad de su artículo 33 establece que "En caso de duda para que sea tratado en pie de igualdad, el extranjero deberá probar que en su país el austríaco goza también de los mismos derechos que el regnícola". También en este sentido, el código polaco, cuyo artículo 11 *in fine* establece que "Si los polacos no tienen el goce completo de sus derechos civiles en un país extranjero, los habitantes de ese país son restringidos del mismo modo en el ejercicio de sus derechos civiles en Polonia" (260), el *Reglamento legislativo e giudiziario* de 1834 de los Estados Pontificios, artículos 427 y 472, el Digesto ruso, artículo 2294, el Edicto del rey de Baviera de 1818 respecto de Wurtemberg artículo 16 (261), el código serbio de 1844, artículo 47 según el cual, "El extranjero gozará en Sebia de los mismos derechos civiles que los acordados a los serbios por el estado a que ese extranjero pertenece. En caso de duda el extranjero deberá aportar pruebas (262). En la misma línea se encuentran los códigos de Dos Sicilias de 1819 artículo 9 según el cual,

> "Perteneciendo al ejercicio de los derechos civiles y políticos a los naturales del reino de las Dos Sicialias el de los derechos civiles solamente corresponde 1º) los extranjeros respecto de aquellos derechos que la nación a

(260) Cf. TARRASA, *op.cit.* p. 252.

(261) Todos ellos citados por FOELIX, *op.cit.* p. 354 s.s.

(262) Cf. PAVLOVITSCH, G., "De la condition juridique des etrangers en Serbie", *Clunet* 1844, p. 5 s.s.

> que pertenecen concede a los naturales salvo las excepciones a que puedan dar lugar las transacciones diplomáticas; 2º) a los extranjeros admitidos por el gobierno a establecer su domicilio en el reino durante todo el tiempo que sigan residiendo en él" (263).

También el del Cantón de Tessino, cuyo artículo 9 establece que

> "Las leyes favorecen y obligan igualmente al extranjero en cuanto habite, contrate, posea o pueda adquirir en el cantón. No obstante para disfrutar de los beneficios de la ley el extranjero deberá probar que los tessinenses son admitidos con iguales derechos en el estado a que él pertenece. El extranjero es excluído siempre de los derechos cuyo ejercicio exige esencialmente la cualidad de ciudadano tessinense" (264).

En el mismo sentido también se expresan los de Berna (art. 6º) y Friburgo (art. 10) (265).

El Landrecht prusiano de 1794 si bien admite en principio en su artículo 41 que "... los extranjeros gozan de los mismos derechos que los nacionales..." añade en su art. 43 que "... si un estado extranjero somete a los prusianos a reglamentaciones que les hacen de peor condición o si tolera conscientemente abusos de este género, se aplicará el derecho de retorsión".

---

(263) El texto en FIORE, P., op.cit. t. I, p. 74.

(264) Ibid, p. 77.

(265) "Cuando un estado extranjero tiene leyes vejatorias para los extranjeros, o cuando permite que nuestros nacionales no gocen de los mismos derechos que los suyos, nuestro pequeño Consejo puede para obtener la reforma del abuso ordenar en ciertos casos la reciprocidad" Cf. TARRASA, M., op.cit. p. 251.

Existen también ordenamientos en los que se prevé expresamente los derechos de los que el extranjero puede y no puede disfrutar. Tal es el caso de Polonia, en donde tras consagrar el principio de la reciprocidad, el mismo artículo 11 establece que:

> "los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que los polacos excepto: 1º) el del beneficio de la cesión de bienes; 2º) el de ser tutores de un polaco o miembros del consejo de familia; 3º) el de ser testigos en los actos públicos; 4º) el de no ser presos por deudas civiles a menos que tengan en Polonia fortuna, inmueble, o establecimiento industrial o den caución bastante" (266).

En fin, aunque raros, también hay códigos, como el de Vaud (art. 7), que nada disponen sobre esta cuestión; se dice allí, en efecto que: "Los extranjeros en el cantón de Vaud gozarán de los derechos civiles según las leyes que a ellos se refieren".

Por lo que se refiere al aspecto específico de la administración de justicia, superada ya definitivamente la concepción de un extranjero privado de los derechos civiles y con ella la idea de que los tribunales del estado no están establecidos más que para administrar justicia a los ciudadanos, se gana terreno en favor de una doctrina según la cual la declaración de incompetencia de los tribunales en los asuntos de extranjeros no sólo equivale a una denegación de justicia, que por contraria

---

(266) Ibid, p. 252.

al Derecho de Gentes, compromete la responsabilidad internacional del estado (267), sino que encierra en sí una contradicción, ya que, si tras admitir a los extranjeros en el país y permitirles contratar en él, no sólo con nacionales, sino también con otros extranjeros, se les priva del derecho de recurrir a los tribunales de dicho país para reclamar en su caso el cumplimiento de sus contratos, se les ha concedido un derecho ilusorio y desprovisto de sanción (268).

Es así como, bajo el influjo de estas ideas, la mayor parte de los ordenamientos jurídicos franquean a los extranjeros el camino a los tribunales del estado, bien de manera expresa y directa estableciendo una regulación más o menos minuciosa al respecto, bien de forma indirecta por

---

(267) A partir del siglo XVIII tras haber asumido el estado la función de proteger los intereses de sus nacionales en el extranjero, queda superada la etapa en la que el individuo, que habiendo sufrido un perjuicio en país extranjero y tras haberse dirigido infructuosamente al soberano de dicho país para obtener reparación recurría a su propio príncipe solicitando de él la expedición de las llamadas "cartas de represalias", que justificaban el recurso a la justicia particular. En la nueva perspectiva, las represalias privadas pierden su razón de ser y producida la denegatio iustitiae, es la responsabilidad internacional del estado, y no las represalias, lo que se deriva; así, "... a l'action des particuliers -dice TRIEPEL- s'est substitue celle de leus gouvernement". Cf. sobre esta cuestión principalmente, VISSCHER, Ch., de "Le deni de justice", en RCADI, vol. 52/1935, p. 369 s.s.; también ACCIOLY, H., "Les principes generaux de la responsabilite internationale d'apres la doctrine et la jurisprudence", en RCADI, vol 96/1959, p. 37 s.s.

(268) Cf. PRADIER'FOEDERE, op.cit. p. 979.

vía de una claúsula general en la que el derecho de acceso a los tribunales de justicia queda subsumido en el tratamiento general que a los extranjeros debe dispensarse. Tratándose de la primera de estas dos alternativas, los códigos, suele proceder a la fijación de una serie de reglas o criterios de competencia de sus tribunales en asuntos de extranjeros.

La regla fundamental, que preside todo el sistema sigue siendo, en cuanto a acciones personales, el menos en los países romanistas, la actor sequitur forum rei; pero, como quiera que su estricta aplicación llevaría a la sistemática declaración de incompetencia de los tribunales, en todos aquellos casos en los que el extranjero es demandado, que es precisamente lo que se trata de evitar, se suelen distinguir y regular separadamente tres situaciones distintas, a saber: extranjero demandado a regnícola, regnícola demandando a extranjero, extranjeros que se demandan entre sí.

Extranjero demandante contra regnícola

Como quiera que la declaración de competencia de los tribunales en estos supuestos implica el estricto cumplimiento de la regla actor, apenas se ocupan los códigos de regular este tipo de situaciones.

En efecto, se admite comúnmente que el extranjero pueda accionar contra el regnícola ante los tribunales

de éste, no sólo por obligaciones contraídas en el país de éste, sino también en el extranjero. No obstante cabe citar algunos cuerpos legales que han previsto expresamente esta posibilidad; así, tenemos el francés de 1804 cuyo artículo 15 se expresa en los siguientes términos: "Todo francés podrá ser emplazado ante un tribunal de Francia por razón de las obligaciones contraídas en país extranjero incluso con un extranjero". En el mismo sentido se expresan los códigos de Baden (art. 15), de Cerdeña (art. 30), de Vaud de 1821, (art. 9), de Haiti de 1825 (art. 17), de Polonia de 1826 (art. 14), de Dos Sicilias de 1819 (art. 16); también el Digesto ruso de 1833 regula, curiosamente, en su art. 2295 la situación de los rusos en el extranjero haciéndolos justiciables de los tribunales del país en sus litigios con los indígenas ("El ruso que se encuentre en el extranjero es justiciable de los tribunales del país en las diferencias con los indígenas salvo excepción en los tratados") por lo que hay que pensar que igual trato se dispensará a los extranjeros en Rusia los cuales podrán así también demandar a los rusos ante los tribunales rusos (269). Regulan igualmente esta situación los códigos de las Islas Jónicas (art. 26), de Bélgica (art. 15), de Neufchatel (art. 13), según el cual "un neuchatelés o un extranjero mientras residen en el cantón pueden ser citados ante los tribunales neuchateleses por obligaciones contraídas por ellos en el extranjero", y de No-

---

(269) Cf. FOELIX, op.cit. p. 291, s.s.

ruega (art. 10) para el que "los extranjeros lo mismo que los noruegos pueden ser demandados ante los tribunales del país en toda especie de pleítos aún entre los extranjeros por obligaciones contraídas en el extranjero (270).

Extranjero demandado por el regnícola

Cuando el extranjero es el demandado, ya por regnícola, ya por otro extranjero, una aplicación rigurosa del forum domicilii conduciría a la incompetencia de los tribunales del país en que se encuentra, por lo que los códigos se ocupan de regular esta situación determinado aquellos supuestos en los que la regla actor, quiebra en beneficio de un foro excepcional. En esta regulación se suele separar la hipótesis en la que el regnícola es demandante de la que, éste es a su vez otro extranjero. Nos ocuparemos en primer lugar de la primera de ellas.

Se refiere a la misma el Código napoleónico al disponer en su artículo 14 que:

> "El extranjero incluso el no residente en Francia, podrá ser citado ante los tribunales franceses para la ejecución de las obligaciones por él contraídas en Francia con un francés; podrá ser citado ante los tribunales de Francia por las obligaciones contraídas en país extranjero respecto de los franceses".

El Código de Haití se hace eco en sus artículos 15 y 16 de esta disposición así como también el de las Islas

---

(270) Cf. TARRASA, op.cit. p. 266.

Jónicas en su artículo 25, el de Bélgica, artículo 14 y el de los Países Bajos de 1838, cuyo artículo 127 se expresa como sigue: "El extranjero incluso no residente en los Países Bajos, puede ser citado ante juez holandés para la ejecución de las obligaciones contraídas respecto de un nacional holandés ya en los Países Bajos, ya en el extranjero".

No siendo del caso, el entrar en un análisis de las críticas y comentarios suscitados por esta orientación francesa, nos limitaremos a señalar, cómo los excesos en los que la misma incurre, son prudentemente corregidos en código como los de Neufchatel que se expresa sí en su artículo 12:

> "El extranjero aunque no resida en el Cantón podrá ser citado ante los tribunales del mismo: 1º Por toda acción resultante de crímenes, delitos y faltas cometidas por él en territorio neuchateles. 2º Por las acciones civiles resultantes de un perjuicio o delito cometido en el Canton. 3º Por las acciones reales relativas a inmuebles situados en el Canton. El extranjero que haya estado domiciliado en el Canton podrá igualmente ser citado ante los tribunales neuchateleses si no tiene domicilio fijo y conocido con tal que la acción quede entablada en los tres meses siguientes a su marcha" (271).

Prácticamente de la misma manera dispone el de Vaud, cuyo artículo 8 dice que:

> "El extranjero que se encuentre en el Canton, aunque no resida en él podrá ser citado ante los tribunales del Canton: 1º Por acciones civiles resultantes de una falta o delito come-

(271) Ibid. p. 273.

> tido en el Canton. 2º Por acciones reales sobre bienes situados en el Canton. 3º Por la ejecución de una convención escrita, incluso en país extranjero, en la que se hubiese estipulado que las diferencias que pudiesen surgir de la misma, serían juzgadas por los tribunales del Canton de Vaud; cuando el extranjero que tras haber estado domiciliado en el Canton, no tenga domicilio fijo y conocido con tal que la acción sea entablada en los tres meses siguientes a su marcha del Canton" (272).

En el mismo sentido se expresan los Códigos de Noruega, artículo 10 (273), de Polonia (art. 13) (274) y del reino de las Dos Sicilias, art. 15, para el que, "el extranjero aunque no resida en el reino podrá ser citado ante los tribunales del mismo para la ejecución de una obligación por él contraída en él" (275).

En Cerdeña el Código Civil de 1837 establece lo siguiente: art. 29:

> "Los extranjeros podrán ser citados ante los tribunales de los estados aunque no hayan contratado en ellos siempre que se trate de acciones reales, posesorias, o hipotecarias sobre bienes situados en el territorio".

El art. 30 añade que:

> "Los extranjeros que hayan contratado con un nacional podrán también ser citados ante los tribunales de los estados aunque no se encuentran en ellos si el contrato se concluye allí o si la obligación deberá ejecutarse allí".

---

(272) Ibid, p. 273.
(273) Citado supra. p. 150.
(274) "El extranjero aunque no resida en Polonia, podrá ser citado ante los tribunales polacos para la ejecución de las obligaciones que haya contraído en el reino. El extranjero no podrá ser citado ante los tribunales polacos respecto de obligaciones contraídas en país extranjero respecto de súbditos polacos a menos que esté presente en el reino o que su fortuna se encuentre en él". Cf. FOELIX, op.cit. p. 353.
(275) Ibid. p. 352.

Todavía se dispone en el art. 31 que:

> "Los extranjeros que hayan contratado en país extranjero con un nacional podrán ser citados ante los tribunales de los estados si se encuentran en ellos. Podrán también serlo aunque no se encuentren en ellos si en su país se actúa de esta forma respecto de los extranjeros. En este último caso el conocimiento del litigio será reservado al Senado en el ámbito del cual el extranjero está domiciliado" (276).

Como ya hemos apuntado anteriormente el Digesto ruso, ampliamente interpretado en su artículo 2295, permite también que el extranjero sea demandado ante los tribunales del país por el indígena y el Código de procedimientos civiles de Baden de 1835 establece que "Los extranjeros no domiciliados en el Gran Ducado pueden ser citados a instancia ya de un nacional ya de otro extranjero ante el tribunal que resulte competente según la naturaleza especial de la causa" (art. 45-2º) añadiéndose en el párrafo 3º del mismo artículo que:

> "Por lo que respecta a las demandas interpuestas por extranjeros para la ejecución de obligaciones personales contraídas en el Gran Ducado o que deban ejecutarse en él la demanda podrá ser presentada ante cualquier tribunal del país de primera instancia en el distrito en el cual se encuentra el demandado, a menos que en la especie concreta resulte competente otro tribunal del país por ley o por la elección convencional de un domicilio" (277).

En fin, el Código serbio de 1844 dice en su artículo 6 que:

---

(276) Cf. FOUCHER, V., Collection des lois civils et criminelles des etats modernes, 9me. ed. París 1844.

(277) Cf. FOELIX, op.cit. p. 288-9.

> "Si un extranjero ha contratado con un serbio o con otro extranjero en Serbia, se le hará justicia según las disposiciones de este código o menos que haya contratado en país extranjero, o que haya tenido presente la ley extranjera, o que las consecuencias del contrato hayan de producirse en país extranjero" (278)

Litigios entre extranjeros

Aunque básicamente esta hipótesis no difiere de la que acabamos de examinar puesto que nos encontramos al extranjero en calidad de demandado, de tal manera, que los códigos, si se detienen en su regulación, lo hacen conjuntamente, como el Código de procedimientos civiles de Baden, artículos 45-2º y 3º, de Serbia, artículo 6, de Cerdeña artículo 29 (279). El hecho de que el pleito tenga lugar exclusivamente entre extranjeros ha conducido a que en determinados cuerpos legales, en los que sin duda late todavía con fuerza la concepción feudal de la justicia, establezcan una reglamentación particular de estos supuestos. Tal es el caso de la Ordenanza del Gran Ducado de Hesse de 1827 que en su artículo 14 dispone que "El extranjero que contrata con otro extranjero en la parte del Gran Ducado situado en la margen izquierda del Rin, puede, si continúa residiendo en ella inmediatamente después del contrato, ser citado ante los tribunales en materia personal" (280), o del Código Civil de Cerdeña cuyo artículo 32 dice

---

(278) Cf. PAVLOVITSCH, G., op.cit. p. 5.
(279) Todos ellos ya citados. v. supra. p. 152-3.
(280) Cf. FOELIX, op.cit. p. 289.

expresamente que "El extranjero que se encuentre en el estado, podrá por razón de las obligaciones que en él hubiese contraído con otro extranjero ser citado ante los tribunales de dicho estado" (281).

Un lugar especial hemos de reservar a la vecina Francia, en donde en contra de la doctrina generalmente admitida en la materia, se establece, por vía jurisprudencial, que de los litigios entre extranjeros puede tan sólo conocer la jurisdicción francesa si uno de ellos, demandante o demandado, está domiciliado en el país.

Por lo que se refiere a Inglaterra, a los Estados Unidos, y en general en aquellos países en donde el derecho común inglés constituye la base del derecho local, todas las acciones personales se atribuyen al foro doméstico, cualquiera que sea el país en que tal acción haya nacido y cualquiera que sean las partes litigantes, sobre la base de la ficción de que el delito fue cometido, o el contrato realizado dentro de los límites de la jurisdicción local. En resumen, cabe afirmar que la jurisdicción de los tribunales puede ejercerse sobre todas las personas residentes en el territorio, incluso temporalmente (282).

---

(281) Cf. FOUCHER, op.cit. p. 13.

(282) Cf. WHEATON, Elementos de derecho internacional, 2ª ed., t. I., Leipzig 1852, p. 144 s.s.

Sección 2ª

La evolución del ordenamiento jurídico español

El 4 de Diciembre de 1808, un decreto de José Napoleón Bonaparte disponía, en su artículo 1º, que "El derecho feudal queda abolido en España" (283).

Con tal impresionante declaración se abre una nueva etapa en la historia jurídica de nuestro país por cuanto que con ella se introduce uno de los postulados básicos de la filosofía de la ilustración y del enciclopedismo francés, a saber, la soberanía de la ley y la igualdad de todos ante la misma. Pero como quiera que el "... racionalismo imperante exige que su formulación sea ordenada de modo jerárquico, en sentido vertical, partiendo de una norma superior, la Constitución, y en sentido horizontal, agrupando en cuerpos legales homegéneos las dispersas y contradictorias disposiciones..." (284), un gigantesto e irresistible movimiento se pone en marcha: el codificador.

En el sector de problemas que a nosotros nos interesan, dos ideas presiden su desarrollo:

- la unificación de fueros, en lo que se refiere a la administración de justicia, idea que mana naturalmente de la de igualdad revolucionaria, y

(283) Cf. RIOS, J.M., de los Código español del reinado intruso de José Napoleón Bonaparte, o sea, Colección de sus más importantes leyes, decretos e instituciones, Madrid 1845, p. 64.

(284) Cf. Crónica de la codificación española, t. I, Madrid 1970, p. 4.

- la reciprocidad, como criterio a seguir en el trato a dispensar a los extranjeros.

Veamos a continuación, cómo ambas ideas encuentran su lugar en el proceso codificador español.

1. Las aspiraciones del pensamiento liberal en materia de extranjería y unificación de jurisdicciones. Su proyección en el proceso codificador español

A) El período francés.-

a. La legislación napoleónica

Con fecha de 8 de Julio se promulga en 1808 en la ciudad de Bayona la constitución del mismo nombre que, a pesar de su carácter de carta otorgada, tiene especial importancia por representar el primer intento de transición entre absolutismo y constitucionalismo en nuestro país. Entre los principios revolucionarios que este texto incorpora, figura recogida en su artículo 98 la idea de la unificación de fueros con la consiguiente abolición de las jurisdicciones de privilegio y especiales, existentes hasta entonces, en los siguientes términos:

> "La justicia se administrará en nombre del Rey por Juzgados y Tribunales que el mismo establecerá.
> Por tanto los tribunales que tienen atribuciones especiales y todas las justicias de abadengo, órdenes y señoríos quedan suprimidas" (285).

Sobre estas bases se inicia en España durante el régimen napoleónico una profunda modificación de la organiza

(285) Cf. el texto en SAINZ DE VERANDA, R., Colección de leyes fundamentales, Zaragoza 1957, p. 13 s.s.

ción judicial. Vemos en efecto como al año siguiente, por Decreto de 6 de Febrero de 1809, con el objeto de no suspender la administración de justicia, se crean dos juntas, compuestas de cinco magistrados cada una y dotadas de un fiscal común, que habían de decidir los negocios contenciosos que pendían ante el Consejo Real, al tiempo de su extinción (286).

Meses después, también por Decreto de 19 de Julio de 1809, "se suprimen todas las justicias que no tengan nombramiento de S.M. y se manda reemplazarlas con otras que tengan esta circunstancia". Se dispone efectivamente en el art. 1º del citado Decreto que: "Todos los tribunales, jueces y justicias que no tengan nombramiento Real quedan suprimidos desde el día de la publicación del presente Decreto, y se declaran por nulos todos los actos que de ellos emanaren en lo sucesivo". Añadiéndose en el artículo 2º que "Dichas justicias serán reemplazadas inmediatamente por otras de nuestro Real nombramiento..." quedando encargado el ministro de justicia de la ejecución de este Decreto (287).

Ya en concreto se suprimen por Decreto de 8 de Agosto de 1809 los Consejos de Guerra, Indias, Marina, Ordenes, Hacienda, la Junta de Comercio y Moneda, y la Real Suprema

---

(286) Cf. Prontuario de las leyes y decretos del rey nuestro señor don José Napoleón I desde el año 1808, t. I, 2ª ed., Madrid 1810, p. 81-2.

(287) Ibid, p. 255-6.

Junta de Correos, asumiendo el conocimiento de los asuntos que ante éstos órganos estaban pendientes, las Juntas creadas por el Decreto de 6 de Febrero (288), y pasando en particular las causas de contraband , de las que conocía hasta su extinción el Consejo de Hacienda, a los tribunales ordinarios (289).

Por Decreto de 14 de Octubre de 1809 se establecen y organizan los tribunales de comercio (290). El Decreto de 16 de Diciembre de 1809 manda cesar al estado eclesiástico en el ejercicio de toda jurisdicción forense que se devuelve, tanto en lo civil como en lo criminal, como corresponde a los magistrados seculares (291).

En julio de 1810, otro Decreto suprime los juzgados de provincia que estaban a cargo de los alcaldes del crimen de las chancillerías y audiencias, pasando a conocer de sus asuntos los jueces de primera instancia o alcaldes mayores (292), cuyas atribuciones quedan fijadas por el D. de 5 de Noviembre del mismo año, tal como sigue: "los jueces de primera instancia y alcaldes mayores conocerán única y exclusivamente de todas las primeras demandas judiciales y no tendrán intervención alguna en el gobierno de los pueblos (293).

---

(288) Ibid, p. 291-2.
(289) Cf. texto D. 5 Septiembre 1809, art. 1º en RIOS, op.cit. p. 206.
(290) Cf. RIOS, op.cit.p. 281, y también Prontuario, cit. t. I, p. 377,
(291) Cf. RIOS, op.cit. p. 204 y también. Pronturio, cit.t.I,p. 448.
(292) Cf. Prontuario cit. t. I. p. 178-9.
(293) Ibid, t. II, p. 251-2 y también enRIOS, op.cit. p. 199.

En 16 de Noviembre de 1811, se suprime por Decreto la jurisdicción castrense (294) reorganizándose los tribunales militares por Decreto de 10 de Octubre de 1811 el cual en su título primero (arts. 1 a 7), al hablar de los individuos que han de ser juzgados por ellos no incluye en modo alguno a los extranjeros (295).

b. La labor legislativa de las Cortes de Cádiz

Sabido es como desde los comienzos mismos de la ocupación se organizaron en España las Juntas Provinciales que cedieron su puesto a una Junta Suprema Central, que para gobernar en nombre del rey ausente se instaló primero, en Aranjuez para terminar haciéndolo, tras su paso por Talavera y Sevilla, definitivamente en Cádiz.

Después de nombrar un Consejo de Regencia, acordó dicha Junta convocar Cortes generales que reunidas por primera vez en 24 de Septiembre de 1810, se propusieron como principal objetivo la promulgación de una constitución política para la monarquía. Se nombró a estos efectos una comisión que en poco más de un año llegó a un texto constitucional que presentado a las Cortes el 24 de Diciembre de 1811, se promulgó el 19 de Marzo del año siguiente.

Especial interés tiene para nosotros el discurso de presentación a las Cortes de dicho texto en el que en re-

---

(294) Cf. Prontuario, cit., t. III, p. 157.
(295) Ibid, t. III, p. 174 y también RIOS, op.cit. p. 265.

lación con la cuestión de la administración de justicia se dice que:

> "... una de las principales causas de la mala administración de justicia entre nosotros es el fatal abuso de los fueros privilegiados..."

por lo que se propone como remedio que se reduzca a

> "... uno sólo el fuero o jurisdicción ordinaria en los negocios comunes civiles y criminales. Esta gran reforma bastará por sí sola a restablecer el respeto debido a las leyes y a los Tribunales, asegurará sobre manera la recta administración de justicia y acabará de una vez con la monstruosa institución de diversos estados dentro de un mismo estado, que tanto se opone a la unidad del sistema en la Administración, a la energía del Gobierno, al buen orden y tranquilidad de la Monarquía".

Pero, por otra parte, consciente la Comisión de que

> "... la naturaleza de ciertos negocios y el método particular que concierne al fomento de algunos ramos de la industria, juntamente con los reglamentos y ordenanzas que más que al derecho privado, pertenecen al derecho público de las naciones, pueden exigir tribunales especiales y de un arreglo particular. Los Consulados, los asuntos de presas y otros incidentes de mar, las Juntas o Tribunales de minería en América, y tal vez el complicado y vicioso sistema de rentas, mientras no se reforme de su raíz podrán requerir una excepción de la regla general de los Tribunales. La naturaleza variable de sus negocios es la que ha de decidir si deben subsistir o extinguirse..." (296).

Sobre la base de estas consideraciones, se dispone en el artículo 248 de la Constitución que:

> "En los negocios civiles y criminales no habrá mas que un solo fuero para toda clase de personas".

---

(296) Cf. SAINZ DE VARANDA, op.cit. p. 52 s.s.

La idea de la unificación así proclamada va a ser objeto de posterior desarrollo en el decreto aprobatorio de los reglamentos de las audiencias y juzgados de primera instancia que las mismas Cortes extraordinarias promulgaron con fecha de 9 de Octubre del mismo año y en cuyo artículo 10 se dispone que salvo los negocios de los eclesiásticos y de los militares, quienes continuarán gozando de fuero propio, conocerán aquellos de todos los demás pléitos civiles o criminales que se originen en sus partidos respectivos cualesquiera que sean las personas implicadas y cualquiera que sea su clase o naturaleza. A mayor abundamiento se establece en el artículo 32 que:

> "no debiendo haber, según lo dispuesto en la Constitución, mas fueros privilegiados que el eclesiástico y el militar, cesarán en el ejercicio de jurisdicción todos los demás jueces privativos de cualquier clase que sean a excepción de los Juzgados de la Hacienda pública, los Consulados y los Tribunales de Minería" (297).

No llegaron sin embargo estas disposiciones a tener auténtica vigencia ya que como es sabido, Fernando VII a su llegada a Valencia, derogó por Decreto de 4 de Mayo de 1814 -el Manifiesto de Valencia-, tanto la Constitución como los decretos emanados de las Cortes.

B) La restauración borbónica.-

La restauración de Fernando VII, y con ella la implantación del absolutismo, no consiguió sino enrarecer

---

(297) Cf. Crónica, cit. p. 5-10

el ambiente político nacional que se caracterizará en los años subsiguientes por una permanente pugna entre absolutistas y constitucionalistas de cuyos éxitos y derrotas respectivas dan testimonio los diferentes textos constitucionales que se van sucediendo, y de la que es víctima el progreso codificador que, a remolque de los avatares políticos, se ve empujado ya en una dirección, ya paralizado, ya orientado en otra distinta. Es en este marco de contornos difusos y mal dibujados en donde hemos de seguir la pista a la idea unificadora, prestando especial atención a las vicisitudes sufridas por la jurisdicción privilegiada de extranjería.

a. Los textos constitucionales

La idea de la unificación se hace sobre todo potente en los textos constitucionales. En efecto, plasmada ya en la derogada constitución de 1812, es reactivada a raíz del triunfo constitucionalista de Riego que da lugar a que Fernando VII jure la antigua Constitución de 9 de Marzo de 1820, la cual permanecerá vigente hasta que el "trienio constitucional" deja paso a la "década ominosa" el 1 de Octubre de 1823, fecha en la que por decreto se declara nulo cuanto habían hecho los gobiernos constitucionalistas desde el 7 de Marzo de 1820.

Diez años tardará en salir de nuevo a flote la idea de la unificación. Habrá que esperar en efecto, a la regen

cia de la reina Dña Mª Cristina para ver, cómo otorgado el Estatuto Real se restaura la vigencia del título V de la Constitución de Cádiz.

Una nueva revuelta, la de los sargentos de La Granja en esta ocasión, dará lugar a la preparación de un nuevo texto constitucional que verá la luz en 18 de Junio de 1837 y en el que se persigue entre otras cosas, según se desprende de su exposición de motivos, "... la unidad de fuero para todas las clases de la sociedad en los negocios civiles y criminales..." (298), pensamiento que queda plasmado en su artículo 4 por el que se dispone que

> "Unos mismos códigos regirán en toda la Monarquía y en ellos no se establecerá mas que un sólo fuero para todos los españoles en los juicios comunes civiles y criminales".

Ya bajo el reinado de Isabel II, cuya mayoría de edad había sido anticipadamente proclamada por las Cortes el 8 de Noviembre de 1843, se empieza a preparar un nuevo texto constitucional durante el gobierno de Narvaez, que es promulgado el 20 de Mayo de 1845, y con el que la idea de la unificación de fueros sale definitivamente de la órbita constitucional porque, como se explica en el dictamen de la comisión encargada, la materia de fueros es ajena a las constituciones políticas, debiendo ser regulada por los códigos. Es así como en el proyecto del gobierno en el que se reformaba el artículo 4 del texto del 37 añadiéndole

---

(298) Cf. el texto en SAINZ DE VARANDA, op.cit. p. 154.

que "los eclesiásticos y militares seguirán disfrutando de su fuero especial en los términos que las leyes determinen o en adelante determinaren", fue enmendado por la Comisión, que por las razones expuestas, proponía que se suprimiese no sólo la adición hecha por el Gobierno sino también la segunda parte del original art. 4, de tal manera que el nuevo art. debería incorporar exclusivamente el principio de la unidad legislativa. Y efectivamente, la tesis prosperó, de forma que el texto aprobado decía: "Unos mismos códigos regirán en toda la Monarquía" (299).

b. El proceso codificador: del Decreto de 15 de Marzo de 1821 a la creación de la Comisión General de Codificación (1843-1846)

(300) Como consecuencia de su vinculación la política sobre todo en los primeros años de la restauración borbónica, desigual y de poca magnitud es el progreso del movimiento codificador en España. Vemos cómo en efecto, se ve frenado en su primer impulso, al ser lamentablemente derogada toda la labor legislativa desarrollada por las Cortes de Cádiz; este frenazo durará prácticamente hasta que se inicia el "trienio constitucional", en que las Cortes unicamerales imprimen nueva fuerza empujando la tarea codificadora en la misma línea que las de Cádiz habían señalado, como claramente se puede apreciar al examinar el aspecto jurisdiccional,

---

(299) Ibid. p. 189 s.s.

(300) Cf. sobre la codificación en España, ANTEQUERA, J.M., La codificación moderna en España, Madrid 1866, y sobre todo el importante trabajo que se está llevando a cabo por la Comisión General de Codificación, Crónica..., cit.supra. p. 156.

en donde la idea de la unificación, en lo que se refiere a la jurisdicción de extranjería, condenada en los primeros años de absolutismo, como consecuencia de la reactivación del antiguo derecho en la materia -es decir el mantenimiento del fuero de extranjería- (301) surge de nuevo a lo largo de este paréntesis en dos ocasiones:

La primera es con ocasión del Decreto de 15 de Marzo de 1821 por el que se dispone que "... todo extranjero exceptuando el cuerpo diplomático, quede sujeto a la jurisdicción ordinaria,... aboliéndose para siempre el fuero militar de extranjería de que han gozado hasta ahora"(302).

Acerca de esta importante disposición se pidió a Don Narciso de Heredia con fecha de 22 de Marzo de 1821 que informase con urgencia (303) sobre los posibles derechos de los extranjeros al disfrute del fuero, y el sobre el modo de contestar las eventuales reclamaciones que estos formulasen por la publicación de semejante decreto. Nueve días más tarde rendía su informe el Sr. Heredia, en el que tras hacer un bosquejo histórico de los tratados en que el fue-

---

(301) Buena prueba de esto nos ofrece la O. del T.S. de 3 de Agosto de 1819 en la que recoge el texto de una R.O. de 17 de Julio por la que se recordaba a todas las autoridades la vigencia del antiguo derecho en materia de extranjería prescribiendo su exacto cumplimiento "... sin permitir en su ejecución la menor arbitrariedad ni interpretación". Cf. el texto en R.C. y P. del C.S. cit. t. 10/1817-19, p. 1022.

(302) Cf. el texto en Archº M.A.E., legajo 2821 sección política; también en Col. Ds. y Os., t. VII, 1821.

(303) Cf. Informe, cita

ro estaba estipulado, de las causas que lo habían originado, de los progresos y modificaciones de que había sido objeto desde su nacimiento hasta el momento en que tal informe se le pedía y en fin de los constantes esfuerzos de los gobiernos anteriores para circunscribirlo a sus verdaderos límites, evitando los abusos que derivaban de su frecuente aplicación a extranjeros domiciliados, así como de su extensión a causas y negocios que deban lugar desafuero, concluye que:

- "... las estipulaciones positivas sobre el asunto, aunque en su origen hayan sido voluntarias después de pactadas se hacen obligatorias sin poder alterarse de otro modo que por el mutuo consentimiento de las partes contratantes y sin que sea razón suficiente para su inoservancia el que la estipulación no sea recíproca con todos los Gobiernos, pues cada Potencia se obliga por sus estipulaciones en la forma y modo que tiene pactado".
- "... si el objeto del decreto ha sido suprimir enteramente el fuero de extranjería para toda clase extranjeros y de negocios sin distinción (304), mientras exista la jurisdicción militar de los Gobernadores de las plazas y del Tribunal especial de Guerra y Marina, no encuentro el medio de conciliar esta determinación con el texto terminate de los tratados; ni veo el modo de satisfacer a las reclamaciones que puedan intentarse fundadas en dichas estipula-

(304) En el mismo informe Heredia manifiesta sus dudas a este respecto sobre la base de la consideración de que "si el Congreso se hubiese propuesto expedir un acto legislativo derogatorio de todas las leyes y cédulas expedidas en la materia, de las estipulaciones contenidas en los tratados solemnemente pactados y publicados que además de contratos políticos son también leyes del Reino, hubieran precedido todas las formalidades necesarias para la discusión y aprobación de las leyes; y por último se hubieran presentado a la sanción Real y publicado con todas las solemnidades de estilo; por cuyas circunstancias y trámites, creo no ha pasado la referida resolución, y sí por las acostumbradas para la expedición de los decretos".

ciones, ni de impedir que las Potencias extranjeras por el mero hecho de infringir nosotros unos artículos que les favorecen se conceptuen en libertad de quebrantar por su parte todos aquellos artículos que puedan sernos provechosos en los mismos tratados de que hacen parte".

- "estas conclusiones son válidas tanto para los gobiernos con los que se ha pactado el fuero expresamente como para aquellos otros que lo tienen con la claúsula general de gozar de las franquicias y exenciones de la nación más favorecida, pues el pacto de esta especie equivale a una estipulación expresa...".
- "sólo con respecto a aquellos con quienes no media estipulación alguna podría sostenerse lo acordado; enviándolos a los tribunales ordinarios en toda clase de negocios, si no pareciese chocante esta diferencia después de una práctica tan constante en contrario, y siendo en tanto número las naciones privilegiadas a quienes no podría alcanzar la generalidad del decreto".
- en fin, "para querer quitar del todo el fuero de extranjería sin exponerse a reclamaciones de los gobiernos extranjeros, sería necesario entablar una negociación fin de que la consientan, manifestándoles que ningún perjuicio experimentaría la administración recta y pronta de la justicia por esta innovación, que para nosotros tiene la ventaja de ser más conformeal espíritu de nuestras nuevas instituciones actuales: pero yo no debo tampoco ocultar a V.E. que hasta que en nuestros juzgados de primera instancia y audiencias territoriales sean más comunes los conocimientos del derecho de gentes y marítimo, y del derecho positivo de los tratados, no dejarán algunas veces de poner en compromisos al Gobierno con sus decisiones, y de exponernos a frecuentes reclamaciones e indemnizaciones".

Tan atinadas y prudentes consideraciones llegaban desgraciadamente tarde, pues el hecho estaba ya consumado, y los temores expresados por el Sr. Heredia en su informe, no tardaron en materializarse, pues los gobiernos extranjeros esgrimiendo los tratados que tenían suscritos se apresuraron a reaccionar ante tal decreto. En efecto Aus-

tria y los Países Bajos lo hicieron con fecha de 8 de abril del mismo año 1821, e Inglaterra al día siguiente. Sirva para ilustrar la forma en que estas protestas se llevaron a cabo un fragmento de la reclamación de los Países Bajos:

> "Estando sancionado por los tratados, el goce del derecho que acaba de ser abolido es de mi obligación el representar contra todo obstáculo que pueda impedir su [ilegible en el texto original].
> No entro en examinar, si los súbditos de los Países Baxos serían los menos agraviados en sus intereses por este nuevo método de enjuiciar que se les acaba de proporcionar en España y si la introducción de un nuevo código de procedimientos uniforme no hará desaparecer los motivos que hasta el presente les ha hecho preciosa la facultad de evocar sus causas de los tribunales ordinarios. Tampoco pretendo disputar ni limitar en modo alguno el derecho imprescriptible del Gobierno de organizar su Jurisprudencia y Chancillerías como le parezca más expeditivo y útil. Mi reclamación sólo se funda en la existencia de los tratados y sobre los graves inconvenientes que habría en derogarlos sin aquél consentimiento unánime tan necesario para la formación de los convenios como lo es para su anulación o para cualquier explicación de ellos" (305)

Pocos días más tarde de haberse recibido estas reclamaciones en el Despacho de Estado, se recogió en éste la sugerencia formulada por el Sr. Heredia en su informe, de consultar al Consejo de Estado, "... para que con sus luces y prudencia proponga a S.M. aquello que estime más conveniente a fin de que se concilie lo resuelto por las Cortes con el cumplimiento de lo estipulado en los tratados, y el interés de la Nación con lo que requiere la buena fe

---

(305) Cf. en legajo 2821. Archº M.A.E., sección política el texto integro de esta reclamación, así como también los de las de Austria e Inglaterra.

que es característica de los Españoles y del Gobierno de S.M.". Así se hizo por Real Orden de 18 de Abril rindiendo el Consejo su dictamen el 2 de Junio de 1821 (306), dictamen en el que el Consejo llega a conclusiones totalmente opuestas a las de Heredia.

En efecto, el Consejo, partiendo de la base de que es absolutamente necesario que los tratados hayan de ser respetados no sólo porque de su inobservancia se derivaría un clima de desconfianza y perpetua discordia que pondría en peligro la prosperidad de las naciones, sino también porque sería incongruente que un Gobierno castigase a sus súbditos por infringir las leyes mientras que él mismo falta a las obligaciones que tiene contraídas respecto de los demás Gobiernos, hace dos tipos de consideraciones, tendentes unas a demostrar cómo el decreto de 15 de Marzo es, jurídicamente, perfectamente válido por constituír una de las excepciones que el derecho de gentes admite a la regla pacta sunt servanda, y otras en las que aconseja al Gobierno la conveniencia de observar una actitud extremadamente cortés respecto de los demás Gobiernos en este asunto.

Recurre el Consejo a la teoría de la claúsula rebus sic stantibus con objeto de fundar y justificar la aprobación del decreto, expresándose de la siguiente manera:

---

(306) Cf. Ibid.

> "... todo Gobierno qualesquiera que sea su naturaleza, como instituído con el designio de procurar la felicidad de los Pueblos, debe considerar como su primer deber, el preferir la salud del estado a la reputación de observador escrupuloso de unos tratados, cuya observancia sobre no ser compatible con el actual estado de cosas, es en gran manera perjudicial a la causa pública. Cuando cambian las circunstancias políticas de un Estado, lo que parece más digno de un Gobierno justo adquiere un carácter totalmente opuesto de modo que la misma justicia prohíbe lo que la buena fe hubiera prescripto, si las circunstancias no hubiesen cambiado".

Esto supuesto, no debe extrañar que el Gobierno, habiendo visto como una de las principales causas de la mala administración de justicia en España lo constituía:

> "... el fatal abuso de los fueros privilegiados, que llevan en pos de si la ruina de la libertad civil, el oprobio de los códigos, el conflicto de las autoridades, la mengua en el imperio de las leyes, la impunidad de los delitos, la guerra de competencias, los subterfugios, las dilaciones y las ingeniosas arbitrariedades que tanto acrecientan la temeridad de los litigantes y la lentitud y poca delicadeza de los jueces..."

hubiese decidido poner remedio a ello, aboliendo la jurisdicción de privilegio, aún sacrificando los tratados suscritos, en aras de la salud y prosperidad del estado, objetivo que justifica esta actuación plenamente, según se ha indicado, y como lo demuestra el hecho de que el fuero de extranjería fue modificado unilateralmente durante su vida en varias ocasiones, tales como cuando se redujo su aplicación los transeúntes exclusivamente, o cuando se suprimieron los jueces conservadores en beneficio de los gobernadores militares, o cuando se excluyeron de su ámbito

las causas criminales, las de contrabando, las mercantiles... etc... sin que hubiese mediado oposición alguna por parte de los gobiernos extranjeros, quienes "reconocieron que no debían exigir de la España, el que diese a sus tratados toda la latitud a la que parecía por ellos haberse querido obligar".

No tienen pues razón alguna los gobiernos extranjeros, que por otra parte reconocieron además el nuevo gobierno español y vieron sin formular objección alguna cómo en sus leyes fundamentales figuraba como principal objetivo la construcción del "edificio de la justicia sobre las ruinas de los fueros de privilegio", al reclamar ahora a la vista del Decreto de 1821 el mantenimiento de los privilegios concedidos por la antigua legislación, ni deben considerarse ofendidos por la abolición, ni entender ésta como un exceso de autoridad y desprecio de la buena fe en el cumplimiento de los tratados. Antes al contrario:

> "... todo lo que el extranjero necesita para que sus negocios no padezcan demora es la celeridad y la rectitud en la administración de justicia, y todo esto se le asegura por medio de la justicia ordinaria, después que esta se ha planteado sobre bases sencillas, y desnudas de las trabas de competencias y de las distinciones de fueros en que hasta ahora han estado embueltos los procesos de extranjeros".

Hasta aquí las consideraciones de justicia hechas por el Consejo. Juntamente con ellas, como ya hemos señalado, el mismo órgano hace otras que tienden a poner de manifiesto, no sólo la conveniencia de no disgustar a las Po

tencias extranjeras, sino también el deber de mantener con ellas unas buenas relaciones, por lo que:

> "... se hace preciso que el Gobierno entre en Conferencia con los Gabinetes en cuyo favor se pactó el fuero militar de extranjería, para hacerles saber, que la España, religiosa en la observancia de los tratados y celosa en la conservación de sus relaciones de amistad, no cree que vulnera tan respetables consideraciones abo liendo el fuero militar de extranjería, quando para esta novedad ha sido forzada por la imperiosa necesidad de restablecer el respeto debido a las leyes y a los tribunales, y de asegurar la recta administración de justicia, acabando de una vez con la monstruosa institución de diferentes estados dentro de un mismo estado. Las Potencias extranjeras que conocerán todo el valor de estos motivos, harán justicia a la sabiduría de nuestra legislación, y verán en este paso aquél espíritu de conciliación, que honra la prudencia de los gobiernos, y conduce para mantenerlos en la confianza y buena fe que tanto conducen a la prosperidad de las naciones ...Si este paso se omitiese, el Gobierno faltaría a lo que a su reputación, daría a sus providencias un ayre de ligereza, no presentándolas acompañadas de los motivos poderosos que las impulsaron, y dejaría quexosos a los Gobiernos extranjeros, quienes tal vez, tomarían de aquí ocasión para considerarse exentos de cumplir otros artículos de los tratados, en cuya observancia son interesados los españoles".

La idea de la unificación en cuanto que hace referencia a la bolición de la privilegiada de extranjería surge por segunda vez con ocasión del Proyecto de Código Civil que la Comisión especial de las Cortes, nombrada en 22 de Agosto de 1820, presentó el 14 de Octubre de 1821. Ya en el discurso preliminar se da por sentada la abolición que del fuero de estranjería se había operado pocos meses antes, pero es el art. 191 el que recoge de nuevo esta situación en los siguientes términos categóricos:

> "La ley no reconoce fuero alguno especial respecto de los extranjeros, así en lo contencioso, civil o criminal como en lo gubernativo". (307).

La abolición del más importante privilegio de que gozaban los extranjeros en nuestro país, y su justificación para tranquilidad del Gobierno, condujo a una reconsideración general de la condición de que los extranjeros disfrutaban en España, no encontrándose motivo alguno por el que debiesen gozar de un trato distinto del basado, como en la mayor parte de los países europeos, en un criterio de estricta reciprocidad, salvo que en los tratados se pactase otra cosa. Esta idea queda también perfectamente reflejada en el discurso preliminar al proyecto, en el que se dice, cómo el principio de reciprocidad, encontrando su base en los usos y costumbres de las naciones civilizadas, es tan general que un régimen diferente, sólo es concebible sobre la base de un tratado o de excepciones que en el ejercicio de su soberanía haya dictado algún estado.

Vemos, pues, como en estos tres años de constitucionalismo, la condición del extranjero en España experimentó un notable cambio alineándose con lo dispuesto en los demás ordenamientos jurídicos europeos. Sin embargos, habiendo recuperado, como sabemos, Fernando VII su gobierno absoluto, derogó en 1823 por Decreto de 1 de Octubre, cuanto

---

(307) Cf. el texto en Textos y Materiales de Derecho Internacional Privado, Madrid 1970, p. 21 s.s.

habían hecho los anteriores Gobiernos desde 1820, con lo que el antiguo Derecho recuperó, en aquella parte en que había sido modificado, plena vigencia, y con él el fuero de extranjería, para satisfacción de las Potencias extranjeras y vergüenza nacional, pues el pequeño progreso legislativo que tan costosamente se había conseguido se ve así, una vez más, no sólo detenido sino mutilado por un ciego apasionamiento político. Afortunadamente los principios jurídicos que inspiraban y presidían el movimiento codificador, habían prendido también en el ánimo de los absolutistas, y los Gobiernos que se suceden desde entonces a lo largo de la llamada "década ominosa", no desconocieron la conveniencia y necesidad de una reforma legislativa, tantas veces iniciada y nunca concluída.

Se reanudan así, las tareas codificadoras siendo el primer fruto, un Código de Comercio que sancionado el 30 de Mayo de 1829, derogó las leyes, órdenes y reglamentos que hasta entonces regían en asuntos de comercio, especialmente las ordenanzas de los Consulados, los cuales fueron suprimidos, en favor de unos tribunales especiales de comercio que conocerían en adelante de los asuntos mercantiles, en primera instancia. Es este cuerpo legal el único que para nosotros reviste interés de entre todos los llevados a cabo en este período (308), pues en su artículo 20,

(308) Nótese que además del citado Cº de Cº, se aprobó una ley de enjuiciamiento mercantil el 24 de Julio de 1830, y se elaboró un proyecto de Código Criminal, remitido al Gobierno en su última redacción, el 16 de Julio de 1834.

al tiempo que se afirma la vigencia del forum contractus en perjuicio de la regla general actor sequitur, se reitera el desafuero, que ya la Real Orden de 2 de Abril de 1768 había establecido en los asuntos mercantiles, de los que conocerán en adelante y en primera instancia, como ya hemos señalado, los tribunales especiales de comercio.

Dice en efecto el artículo 20:

> "Todo extranjero que celebra actos de comercio en territorio español, por el mismo hecho se sujeta en cuanto a ellos y sus resultas e incidencias a los tribunales españoles, los cuales conocerán las causas que sobrevengan y las decidirán con arreglo al Derecho común español y a las leyes de este código".

La muerte de Fernando VII en 1833 no ejerce influencia alguna sobre los trabajos legislativos ya realizados ni altera el rumbo del proceso codificador que discurre ya, afortunadamente, por cauces distintos e independientes de los acontecimientos políticos, Importa sin embargo destacar, cómo las ideas de unidad de fuero y de reciprocidad en el trato, adormecidas desde la caída del régimen constitucional van a revivir a lo largo de este período isabelino, que se abre con la regencia de Dñª Mª Cristina, a la luz de los antiguos textos constitucionales ahora restaurados.

De los numerosos e importantes trabajos legislativos que se acometen en esta época, el primero en el que se aborda la cuestión de la condición del extranjero en España, y

en particular su posición ante los tribunales de justicia, es el proyecto de Código Civil de 16 de Noviembre de 1836 que presentó al Gobierno la comisión compuesta por Don José Ayuso y Navarro, Don Eugenio de Tapia y Don Tomás Vizmanos, nombrada el 29 de Febrero de 1834 con el fin de continuar la labor iniciada por Don Manuel Mª Cambronero, a la muerte de éste.

Adoptaba el Proyecto el principio de reciprocidad como criterio determinante de la condición del extranjero transeúnte, estableciendo por el contrario la asimilación al nacional, cuando aquél estaba domiciliado. Dice en efecto el artículo 29:

> "El extranjero que se hallare en tránsito en España disfrutara de la protección y derechos que están concedidos a los españoles de igual clase por los usos o tratados existentes con la nación a que el mismo extranjero pertenezca".

Añadiendo el art. 31 que:

> "El extranjero domiciliado gozará en el pueblo de su residencia desigual protección que los españoles domiciliados, y estará sujeto a las contribuciones que se impusieren a estos, pero no podrá adquirir vecindad sin estar domiciliado", (309).

En cuanto a la situación de los extranjeros ante los tribunales de justicia, es importante señalar, cómo aunque de manera oscura, incompleta e imperfecta, pretende el Proyecto y este es su mérito, llevar a cabo una primera re

---

(309) Cf. el texto en Textos y Materiales..., cit. p. 22 s.s.

gulación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles. En efecto, omitiendo toda mención del fuero privilegiado, y estando por otra parte lejos de establecer una regulación detallada de las distintas situaciones que ante la jurisdicción ordinaria pueden plantearse se declara, salvando el principio de autonomía de la voluntad, que ésta es competente para conocer de los pleítos que se sigan contra extranjeros, ya a instancia de nacional ya a instancia de otro extranjero por obligaciones contraídas fuera del reino, con la única condición de que el extranjero demandado se encuentre en él, condición reveladora de la firme intención del legislador, no sólo de eludir las críticas -en las que incurrió por ejemplo el Código Napoleónico a raíz de lo dispuesto en su artículo 14- y que ciertamente se derivarían de una ruptura con la regla general actor sequitur mediante el establecimiento de un fuero atractivo activo como el fundado exclusivamente en la condición de regnícola del demandante, o lo que es peor, en ausencia de toda conexión con el foro si el demandante es a su vez extranjero, sino también de dotar a las sentencias de sus tribunales de verdadera efectividad, de la que ciertamente caracerían si se pretendiese, que una decisión judicial rendida en semejantes condiciones fuese ejecutable en un país extranjero.

Dice en efecto el artículo 32:

"Todo extranjero estará sujeto a las leyes de España con respecto a los bienes inmuebles

> que posea en territorio español; e igualmente por contrato hecho o por delito cometido en el mismo territorio; y hallándose dentro de él podrá ser demandado ante los tribunales españoles por obligaciones que haya contraído fuera de España aún cuando el demandante sea extranjero, a no ser que hubiere pacto en contrario. También obligan a todo extranjero las leyes sanitarias y de policía", (310).

Vemos cómo se omite toda regulación del ejercicio de las acciones reales en las cuales, entendemos, por analogía con lo que se establece para la competencia legislativa, regirá el forum rei sitae.

También observamos, cómo en materia de acciones personales, se silencia la hipótesis en la que el extranjero es demandante contra regnícola, hipótesis cuya reglamentación, pensamos, abandona el Proyecto a lo dispuesto en los dos artículos precedentes y al principio general actor sequitur.

En los supuestos en los que el extranjero es demandado, únicos a los que se refiere, la amplitud de criterio que supone la declaración de competencia de nuestros tribunales, en la hipótesis que menor conexión guarda con ellos -contratos en el extranjero entre extranjeros- y lo dispuesto en cuanto a la competencia legislativa, nos induce a pensar que, aún cuando no se diga expresamente, con mayor motivo lo serán cuando el contrato se concluyó en España, o cuando en este país haya de ser ejecutado.

---

(310) Ibid. p. 22 s.s.

"La inestabilidad del Gobierno, los frecuentes trastornos políticos y las dificultades peculiares de la codificación en España -decía Francisco de Cárdenas- (311) han malogrado muchos esfuerzos y esterilizado los mejores propósitos". Fue esta triste experiencia, lo que indujo al Gobierno, presidido a la sazón por Don Joaquín Mª López, a publicar con fecha de 19 de Agosto de 1843, un D. por el que se autorizaba la constitución de una Comisión General de Codificación con la misión de "elaborar códigos completos y en consonancia con las instituciones de su tiempo" (312). Una vez constituída, inicia aquella sus trabajos el 17 de Septiembre del mismo año dividiéndose en cuatro secciones dedicadas respectivamente a la elaboración de un Código Civil, de un Código Penal, de un Código de procedimientos civiles y de un Código de procedimientos criminales, quedando además estas dos últimas secciones encargadas de confeccionar un proyecto de organización de los tribunales. Con fecha de 21 de Septiembre, publica la Comisión las bases que iban a presidir su futuro trabajo, entre las cuales se contaba la unidad de fuero, no admitiéndose más excepción que por razón de las cosas o de la materia (313). Aceptadas estas bases por el Gobierno, inició la Comisión su labor siendo el primero de sus frutos, tal y como se había proyectado, un proyecto de ley constitutiva de los

---

(311) CARDENAS "Memoria histórica de los trabajos de la Comisión General de Codificación", en RGLJ, t. 38/1871, p. 62 s.s.

(312) Cf. Cronica, t. I, cit. p. 47.

(313) Ibid. p. 48.

tribunales que fue elevado al gobierno el 12 de Junio de 1846. Tal proyecto había sido elaborado a su vez, sobra la base de las ponencias de Don José de la Peña Aguayo y de Don Manuel García Gallardo, vocales ambos de la Comisión, y veremos, cómo en él palpita, al igual que en éstas, la idea unificadora.

En efecto en el proyecto de Peña Aguayo (314) se enumeran, en el artículo 116, cuáles son los pléitos de cuyo conocimiento deberán abstenerse los tribunales ordinarios, no mencionándose entre ellos, los de extranjeros, que habrán de considerarse, por lo tanto, como dentro de su esfera de competencia.

> Artículo 116: "Los tribunales y jueces ordinarios quedan inhibidos de conocer: 1º.- De los juicios de tanteo de oficios públicos. 2º.- De los pléitos de reversión o incorporación de bienes a la Corona. 3º.- Del paso o retención de las Bulas, breves o rescriptos pontificios. 4º.- Del pase de las preces que se dirigen a su Santidad. 5º.- De los recursos de protección del Santo Concilio de Trento. 6º.- De los asuntos pertenecientes al Real Patronato de España e Indias...",

disponiéndose para mayor precisión en el artículo 122, la abolición del fuero civil militar

> Artículo 122: "Los Jueces y Tribunales de Guerra y Marina no podrán conocer de ninguna demanda civil aunque sea contra militares en actual servicio, a escepción del conocimiento que corresponda al Supremo Tribunal de Guerra y Ma-

(314) Cf. Archº CGC, legajo 3º de Organización de Tribunales, carpeta nº 9.

> rina respecto a los negocios de Ultramar en los cuales continuará conociendo como hasta aquí mientras no se haga un nuevo arreglo por leyes especiales".

En el mismo sentido, el proyecto de García Gallardo, (315) que proclama en su artículo 269 la universalidad a competencia de la jurisdicción ordinaria:

> Artículo 269: "Los Jueces y Tribunales comunes conocerán de toda demanda cuyo conocimiento no estuviese reservado expresa y claramente a otros excepcionales",

con las excepciones que se establecen en el art. 270:

> Artículo 270: "Los Jueces y Tribunales comunes quedan inhibidos de conocer 1º.- De los juicios de tanteo de oficios públicos, jurisdicciones y señoríos, de revisión e incorporación a la Corona. 2º.- Del pase o retención de las Bulas, breves y rescriptos pontificios. 3º.- Del pase de las preces que se dirigen a S.S. 4º.- De los recursos de protección del Santo Concilio de Trento. 5º.- De los asuntos pertenecientes al Real Patronato de España e Indias, aunque sean contenciosos",

y decretándose en su art. 274, la abolición del fuero civil militar:

> Artículo 274: "Los Jueces y Tribunales de Guerra y Marina, no podrán conocer de ninguna demanda civil, aunque sea contra militares en actual servicio".

La idea de la unificación, está todavía más claramente reflejada en el artículo 19 del proyecto de ley constitutiva de tribunales, inserto en el voto particular de Don

---

(315) Cf. Archº CGC, legajo 3º de Organización de Tribunales, carpeta nº 10.

Domingo Vila de 14 de Marzo de 1846 (316), según el cual, "A la jurisdicción de los tribunales de justicia del fuero general, están sujetas todas las personas y todos los negocios. Para que dependan de fueros especiales es preciso que las leyes particularmente los designen".

Veamos ahora como efectivamente el proyecto de Junio del 46 recoge en su artículo 231 la idea expuesta en el 269 del de García Gallardo, en relación con la generalidad de la competencia de la jurisdicción ordinaria:

> Artículo 231: "Los Jueces y Tribunales del fuero común conocerán de toda demanda que no esté reservada clara y expresamente a otros especiales" (317),

y cómo declara abolido, en el 235, al igual que en los 122 y 274 de los proyectos de Peña y de Gallardo, el fuero civil militar:

> Artículo 235: "Los Jueces y Tribunales de Guerra y Marina no podrán conocer de ninguna demanda civil aunque sea contra militares en actual servicio".

En cuanto a reglas de competencia judicial internacional, consagra el proyecto de la Comisión en su artículo 216, idéntico al 248 del proyecto de García Gallardo, la regla actor:

---

(316) El texto en Archº CGC, legajo 4º de Organización de la Comisión, carp. nº 1.

(317) Cf. el texto en Archº CGC, legajo 1 de Organización de Tribunales, carp. nº 1 bis.

> Artículos 216: "Será competente para conocer de las acciones personales el Juzgado o Tribunal en cuya demarcación tenga su domicilio el demandado, o donde resida si cuando se entable la acción no tiene domicilio fijo",

a la que hace, no obstante, quebrar en favor del forum contractus o solutionis en aquellos casos en que los extranjeros sean demandados por razón de las obligaciones contraídas por un español, ya en España ya en el extranjero si, en este último caso, en el reino habían de ser ejecutadas. Dice en efecto, el artículo 217, idéntico al 249 del proyecto de Gª Gallardo que:

> "Los ausentes cuyo paradero se ignore y los fugitivos aunque aquél sea notorio deberán ser demandados en el punto de su última residencia o en aquel donde hubieren celebrado u ofrecido ejecutar las obligaciones sobre las cuales se les demande".

Por su parte el artículo 218 se expresa así:

> "Los que se ausenten a Ultramar o a países extranjeros podrán ser demandados en los puntos de la península e islas adyacentes que determina el artículo anterior aunque se sepa su paradero. Esta disposición es aplicable a los extranjeros que hubieren contraído obligaciones con algún español dentro o fuera del Reyno",

con lo que se separa ligeramente de lo expuesto en el artículo 250 del proyecto de García Gallardo, que más realista y práctico, se refiere tan sólo a la hipótesis de contrato celebrado en España, previendo, además el que el extranjero tenga bienes en territorio español.

> Artículo 250: "También deberán ser demandados en los puntos dichos en el artículo anterior por contratos celebrados en la península e islas adyacentes, los españoles que habiendo residido habitualmente en ellas por diez años a lo menos, trasladasen su domicilio después de otorgarlo a los dominios ultramarinos del Reyno o emigrasen a país extraño. Esta disposición es aplicable a los extranjeros que se hallasen en los mismos casos siempre que posean en territorio español bienes de cualquier clase"

para alinearse de esta manera con la idea contenida en el artículo 26-2º del proyecto de Peña Aguayo (318) del que por el contrario difiere en lo que toca al ejercicio de las acciones reales, pues a diferencia de lo que en él se prevé, omite el proyecto de la Comisión toda mención acerca de esta materia, que como decimos encuentra su regulación en el art. 26-1º de Peña Aguayo, que consagra el forum rei sitae en estos términos:

> Artículo 26-1º: "Quedan sujetos a la jurisdicción de los tribunales ordinarios aún cuando sean estrangeros los propietarios o usufructuarios de inmuebles situados en los dominios de España, o los acreedores hipotecarios de estos mismos bienes en todas las acciones relativas a ellos"

c. Aspectos doctrinales

Tema tan importante como el de la competencia no escapa a la atención de los tratadistas en cuyos estudios ocupa un lugar destacado y quienes lo abordan reivindicando, en pri

---

(318) Art. 26-2º: "Lo están [sujetos a la jurisdicción de los tribunales ordinarios] igualmente los extranjeros en razón al cumplimiento de las obligaciones que hubieren contraído con españoles o con otros extranjeros domiciliados en España".

mer lugar, la absoluta competencia del estado para establecer de la forma que estime más conveniente las reglas que han de determinar la competencia de sus tribunales (319), así como el procedimiento que ha de seguirse ante los mismos, afirmando de igual manera la competencia de la ley del estado en el que se entabla la demanda como reguladora de estas cuestiones, independientemente de las leyes que hayan de regir el negocio jurídico litigioso (320).

Sobre estas bases, aborda la doctrina este tema, distinguiendo generalmente entre tres hipótesis: extranjero demandante contra regnícola, extranjero demandado por regnícola y pleítos entre extranjeros.

Por lo que se refiere a la primera de ellas, afirman la posibilidad, al igual que en la mayor parte de los países civilizados, de que el extranjero pueda demandar al na

---

(319) Define RIQUELME la competencia como "la facultad que con arreglo a los principios del derecho de gentes o a los tratados corresponde a un juez para conocer, intervenir y fallar en negocios de extranjeros", Elementos... cit. p. 365.

(320) Ibid. p. 365 s.s.; Cf. también FERRATER, Esteban de, Código de derecho internacional, t. II, Barcelona, 1847, p. 263 s.s. para quien, "La competencia de los tribunales y la forma de sustanciación o procedimiento se determinan por la ley del país donde se entabla la demanda, cualquiera que de otra parte sea la legislación bajo la cual hayan pasado los actos en que aquella se funda... Por las leyes del país donde se entabla la demanda se decide igualmente si el extranjero, actor o convenido está sujeto a un procedimiento especial, distinto del que se sigue para los regnícolas".

cional, y esto por varias razones: porque no sólo es de justicia que se dispense a los extranjeros, en cuanto a la jurisdicción civil, igual protección que a los nacionales, sino porque también es lógico, que estando aquellos sometidos al poder jurisdiccional del estado por el mero hecho de estar en su territorio, en el cual ejerce su soberanía, han de poder solicitar, en contrapartida, la intervención de sus órganos judiciales, a los que además, tácitamente se somete por el hecho de presentar ante ellos su demanda; también, porque es necesario evitar la inmoralidad e injusticia que resultaría de que, por el simple hecho de estar en su patria, pudiese el nacional sustraerse al cumplimiento de los compromisos contraídos con los extranjeros, en fin, porque sometiéndose el extranjero al fuero del demandado recibe la regla actor sequitur, seguida en nuestro país como en la mayoría de los países romanistas, plena aplicación. Y porque, por último, interesa que así sea, con objeto de que en los demás países se actúe de igual manera respecto de los españoles.

Además de estas consideraciones de carácter general cabe añadir, a mayor abundamiento que, ya se trate de obligaciones contraídas en España, ya fuera, pero ejecutables en ella, al habérsele permitido contratar, no ha de negársele la posibilidad de ejercer las acciones competentes, pues en otro caso la concesión de aquel derecho sería ilusoria. Por otra parte, considerando que habiendo contrata-

do en el país, quedaría sujeto a la jurisdicción de sus tribunales, caso de ser demandado, es justo que pueda ser a su vez demandante. Mas si se trata de obligaciones contraídas en el extranjero y allí ejecutables, es también allí donde propiamente debe presentarse la demanda, y obteniendo una sentencia favorable, que no pudiese ser ejecutada en tal lugar, deberá pedir que se le conceda la ejecución en España, por lo que si se le permite en estos supuestos demandar en España es sólo por un favor especial que sólo para obtener la reciprocidad puede otorgarse.

Respecto de las demandas entabladas por nacional contra extranjero para el cumplimiento de obligaciones personales, el cumplimiento de la regla actor conduce a la declaración de incompetencia de los tribunales del país en favor de los del domicilio del extranjero demandado, a menos que exista algún motivo justificado generalmente, por la búsqueda de una mayor facilidad en la ejecución de los fallos que, constituyendo un foro excepcional, haga quebrar aquella regla general, como puede ser:

- la continencia de la causa (forum conexitatis causarum) que justifica que sesujete a una persona ante un tribunal extranjero si la cuestión litigiosa tiene su origen en otro asunto pendiente ante dicho tribunal.

- la imperiosa necesidad de adoptar medidas urgentes y provisionales, con objeto de que los intereses en juego queden convenientemente salvaguardados (forum necessitatis accidit).
- la sumisión voluntaria de parte del extranjero al tribunal, pues así lo exige el respeto al principio de autonomía de la voluntad, presumiéndose dicha sumisión por el hecho de contratar en el país (forum contractus), de convenir que la obligación ha de ejecutarse en él (forum executionis) o de reconvenir a la demanda.
- la domiciliación del extranjero en el país.

El hecho en fin, de que el litigio tenga lugar entre extranjeros no hace más que dar un tinte o color especial a la hipótesis que acabamos de examinar ya que si bien tuvo importancia en una época en la que se consideraba que la administración de justicia era patrimonio exclusivo de los ciudadanos, hoy en día se reduce su reglamentación habiéndose superado esta concepción, a lo expuesto en las dos anteriores hipótesis; en efecto, la competencia respecto del actor es clara, ya que, como hemos señalado, éste se somete por el mero hecho de presentar la demanda, y en cuanto al reo, habrá que estar a la existencia de algún foro excepcional que justifique la competencia a su respecto, ya que, en otro caso, deberá seguirse la solución que impone el respeto del forum domicilii.

2. Los antecedentes del Real Decreto de 17 de Noviembre de 1852, llamado "de extranjería"

A) La nueva Comisión General de Codificación y el Proyecto de Código Civil de 1851.-

Por importantes que fuesen los trabajos de la Comisión, su producción al cabo de tres años de trabajo era francamente escasa, sin duda como consecuencia del hecho de lo interminable de las discusiones que tenían lugar en su seno, y esta circunstancia impulsó al Gobierno, por razón de su presumible mala organización interna y excesivo número de componentes, a suprimirla por Real Decreto de 31 de Julio de 1846, creando en su lugar, el 11 de Septiembre del mismo año, otra, más reducida, que debía de concluir los trabajos pendientes, la cual se dividió, a estos efectos en dos grupos: civil y de procedimientos.

El primer trabajo de la nueva Comisión, fue un proyecto de bases sobre el fuero civil de los militares y de extranjería, en el que tras proclamar en la base primera "la abolición completa y absoluta del fuero militar civil" (321), dispone en la segunda el cese de la jurisdicción militar en el conocimiento de los pléitos contra los extranjeros beneficiarios del llamado fuero de extranjería, de cuyos pléitos conocerán en lo sucesivo, los tribunales or

---

(321) Dice en efecto la base 1ª: "Abolición completa y absoluta del fuero militar civil, quedando en consecuencia sujetos todos los aforados de guerra hoy a la jurisdicción ordinaria" Cf. el texto en Archº CGC, legajo 4 de Organización de Tribunales, carpeta nº 6.

dinarios que el Gobierno determinará, teniendo en cuenta los tratados existentes y los principios del derecho internacional (322).

Instruída, el 10 de Septiembre de 1847 la Comisión, de que debía de dedicarse preferentemente a la elaboración de las leyes procesales y, en especial, de una ley orgánica de tribunales, presentó al gobierno el 21 de Diciembre de 1847, un proyecto de ley sobre organización, competencia y facultades de los tribunales del fuero general (323), que pasó prácticamente inadvertido. El proyecto que reproduce prácticamente el elaborado en 1846 por la anterior Comisión, dedica su título tercero a la "competencia en general de los tribunales y jueces", disponiendo en su artículo 231 que el extranjero que haya contratado con español dentro o fuera del reino, podrá ser demandado en España, por razón de tales obligaciones (324). Se recuerda también

---

(322) Dice la base 2ª: "Cesará la jurisdicción militar en el conocimiento de los pléitos contra extranjeros a quienes corresponda el llamado fuero de extranjería, cuidando el Gobierno de determinar y fijar con arreglo a los tratados existentes y a los principios de derecho internacional en defecto de ellos, quienes haya de conocer de dichos pleitos en lo sucesivo". Ibid, también cit. en Crónica, cit. p. 59-60, en donde se indica asímismo la posibilidad de que, habida cuenta de que el proyecto carece de fecha, pueda ser considerado como uno de los últimos trabajos de la Comisión anterior.

(323) Cf. el texto en la Gaceta de Madrid, días 7 a 15 de Marzo de 1848.

(234) Art. 231: "Los ausentes a Ultramar o a países extranjeros podrán ser demandados en los puntos de la Península e islas adyacentes que determina el artículo anterior, aun que se sepa su paradero. Esta disposición es aplicable a los extranjeros que hubiesen contraído obligaciones con algún español dentro o fuera del reino". Art. 244: Los tribunales y jueces del fuero general conocerán de toda demanda que no esté clara y expresamente reservada a otros especiales. Art. 248: "Los tribunales y jueces de guerra y marina no podrán conocer de ninguna demanda civil aunque sea contra militares en actual servicio".

que de tales pleitos conocerán, como se desprende del artículo 244, los tribunales ordinarios salvo que tal asunto esté expresamente reservado a los especiales -se mencionan tan sólo en el proyecto a los eclesiásticos y militares- y determinando, al tiempo, la abolición del fuero militar civil en su art. 248.

Por su parte, la sección civil de la Comisión, que había orientado exclusivamente sus esfuerzos a la formación de un Código civil, presentó finalmente al Gobierno el 5 de Mayo de 1851 un proyecto que introducía importantes reformas especialmente en materia de derecho de familia y de legislación foral, por lo que el Gobierno tras solicitar pareceres diversos tales como los de los tribunales del fuero común y también de los especiales, los de las facultades de Jurisprudencia, colegios de abogados, y en fin los de todas aquellas personas y autoridades a quienes pudiese interesar y que pudiesen aportar alguna idea, decidió no ponerlo en ejecución (325).

Aborda el Proyecto la fundamental cuestión de la condición de los extranjeros en España, prestando particular atención al punto de su situación ante los tribunales de justicia (arts. 26 a 32), sin duda porque, consciente la Comisión de que entrañando la idea de la unificación de

---

(325) Cf. el fundamental comentario que del Proyecto hizo uno de los vocales de la Comisión, Don Florencio GARCIA GOYENA, Concordancias, motivos y comentarios del código civil español, Madrid 1852; Cf. también TARRASA, M. op.cit. Cf. también R.O. de 12 de Junio de 1851 cit. por Gª GOYENA, op.cit. p. 7

fueros la abolición del privilegiado de extranjería, y consciente también de que esta fundamental reforma, tantas veces intentada, no iba ya a tardar en producirse, consideró, con acierto, absolutamente necesario regular, ya anticipadamente, una situación que si bien hasta entonces no era conflictiva, al menos en medida apreciable, al encontrarse ensombrecida por una pura cuestión de competencia entre jurisdicciones nacionales -ordinaria y de extranjería- iba indudablemente a cobrar tal carácter, en cuanto los mismos problemas se planteasen en su verdadera dimensión internacional.

La importancia del proyecto merece que nos detengamos a examinar el sistema que propone, pero, manteniendo la línea que hasta ahora hemos seguido, indiquemos previamente algunas ideas acerca del criterio que propone, como inspirador del trato que a los extranjeros ha de dispensarse.

Dispone el Proyecto en su artículo 26, tras haber desarrollado previamente, y en buena lógica, las reglas relativas a la adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad, que:

> "Los extranjeros gozarán en España de los mismos derechos civiles que gocen en su país los españoles, salvo lo dispuesto o que se dispusiere por los tratados o leyes especiales".

TARRASA, para quien la reciprocidad es, en lo que respecta a los derechos civiles -únicos a los que por otra

parte se refiere el artículo 26-, un criterio no sólo aceptable, puesto que no siendo debidos a los extranjeros en rigurosa justicia debe el Estado buscar, al concederlos, una compensación semejante para sus súbditos, sino también eminentemente útil y sencillo ya que practicada entre los estados les permite realizar sus deseos en la medida en que así lo quieren, bastando para obtener un determinado derecho, el concederlo en la misma medida, critica su adopción de manera aislada, tal como lo hace el Proyecto, ya que siendo la reciprocidad un principio esencialmente relativo, se hace imposible su cumplimiento en ausencia de términos concretos a los que referirse (326). Es por ello por lo que el legislador -continúa diciendo este mismo autor- debe consignar, primero, los derechos concretos de los que el extranjero disfruta, para someterlos luego a la reciprocidad, y de tal manera, que en ningún caso resulten los extranjeros de mejor condición que los propios nacionales. Termina en fin TARRASA, sus consideración sugiriendo como óptima, la siguiente redacción:

> "Los extranjeros gozarán en España de los mismos derechos civiles que los españoles, mientras las leyes no dispongan expresamente lo contrario. No podrán disfrutar de más derechos o más extendidos de los que gozan los españoles a pretesto de reciprocidad establecida o que se establezca por los tratados y leyes especiales. Tampoco gozarán de aquellos derechos que las leyes de su país deniegan a los españoles" (327).

Como cuestiones, también reprochables, dentro del mismo artículo 26, cabría citar, el que se hable de "goce"

(326) Cf. TARRASA, op.cit. p. 262.
(327) Ibid. p. 263.

de los derechos civiles -los cuales tampoco define- cuando hubiese sido preferible el hablar de "concesión" o de "denegación", al igual que otros códigos extranjeros. También, el que se omita toda precisión en torno al tipo de reciprocidad adoptada, legislativa o jurisprudencia. Define ésta GARCIA GOYENA como "absoluta" (328) , lo que, entendemos, habrá de ser interpretado en el sentido de "general", como referida, en primer lugar, a las leyes, y en segundo, como supletorio, en ausencia de disposiciones concretas al respecto, a los fallos de los tribunales extranjeros. Sobre la base de las consideraciones que preceden cabe afirmar que el proyecto del 51 no sólo no mejora especialmente el texto del de 36 sino que aparece incluso como ligeramente más imperfecto, al dar una idea todavía más vaga acerca del tipo de reciprocidad adaptado.

Si bien es cierto, como hemos dicho, que no sólo no se detiene el proyecto en un examen de cada uno de los derechos civiles cuyo disfrute extiende a los extranjeros, sino que ni siquiera los define o enuncia de manera alguna, cabe señalar la existencia de una categoría dentro de ellos, los procesales, a los que dedica especial atención, no considerando sin duda, suficiente, por las razones arriba apuntadas, una regulación basada únicamente sobre la regla de la reciprocidad, que por otra parte preside y orienta permanentemente este sector de nuestro ordenamien-

---

(328) Cf. GARCIA GOYENA, op.cit. p. 38.

to Jurídico, tal y como se dispone en el artículo 32 según el cual, "Lo dispuesto en los cinco artículos anteriores, se entiende sin perjuicio del principio de reciprocidad consignado en el artículo 26".

Así pues, la articulación que el Proyecto realiza acerca de la posición de los extranjeros ante nuestros tribunales de justicia ha de considerarse como complementaria, y de segundo grado respecto de este principio general. Según el Proyecto (artículos 27 a 31) el extranjero queda sometido a las siguientes reglas:

- Cuando es demandante contra nacional, dispone el artículo 27, a diferencia del Código del 36 en el que esta situación no se preveía expresamente que:

> "Todo español puede ser demandado en España por las obligaciones contraídas fuera del reino con un extranjero u otro español".

No nos detendremos aquí en examinar cada uno de los argumentos que los autores suelen esgrimir para justificar o demostrar, cómo es justo que el extranjero pueda ser actor ante los tribunales en pleito seguido contra regnícola -regla admitida como sabemos en la mayoría de los países civilizados- por lo que nos limitaremos a señalar que, dada la generalidad de la redacción del artículo, parecen tener en él cabida supuestos tan desconectados de nuestro foro como los constituídos por contratos celebrados en el extranjero y en él también ejecutables, y respecto de los cuales, si bien cabe teóricamente la posibilidad de que

sean competentes nuestros tribunales, habrán de serlo con mejor derecho los extranjeros del país en el que el contrato se celebró o ejecutó. Por ello, dice TARRASA, "la concesión de este derecho a un extranjero en un favor especial que sólo para obtener la reciprocidad puede otorgarse (329) y por ello dice el artículo 27, consciente de que en la mayor parte de los casos la demanda será planteada en el extranjero, que el español "puede ser demandado", con lo que abre al extranjero demandante, la opción entre hacerlo en España o en su país, en cuyo caso obtenida una sentencia favorable, se verá obligado a pedir la ejecución de la misma en España, trámite y riesgo que evitaría en el primer caso.

Obviamente, habiéndose declarado la competencia de los tribunales españoles en este supuesto que hemos considerado, único que el artículo 27 recoge, ha de entenderse que aquellos son también competentes, con mayor motivo, cuando el contrato se concluyó en España o cuando en ella haya de ser ejecutado, ya que en éstos, los argumentos generales que avalan la competencia de los tribunales para conocer de las demandas de los extranjeros contra los regnícolas, se verán reforzados por la existencia de un *forum contractus o solutionis* o de ambos.

- Cuando el extranjero es demandado, distingue el Proyecto, a diferencia del de 36, los supuestos en que aquél lo sea

---

(329) Cf. TARRASA, *op.cit.* p. 268.

por nacional (artículo 28 y 29) de aquellos otros en los que lo es por extranjero a su vez (artículo 31).

En relación con la primera de estas dos situaciones dispone que en el artículo 28 que:

> "El extranjero aunque no resida en España puede ser demandado ante los tribunales españoles por las obligaciones contraídas con un español en el reino, o que deban tener en él su ejecución".

Y en el artículo 29 que:

> El extranjero puede ser demandado ante los tribunales españoles por las obligaciones que ha contraído en país extranjero para con un español".

Observamos como al facultar simplemente al nacional para demandar, está sobrentendiendo, sin duda, el Proyecto, la aplicabilidad de la regla actor, que llevará normalmente, a la declaración de incompetencia de los tribunales nacionales en favor de los del extranjero demandado por lo que silencia toda alusión a la misma, limitándose a establecer los foros que como excepcionales la han de hacer quebrar, así como los límites de los mismos. Obligada nos resulta aquí también, la comparación entre estas disposiciones y las del anterior proyecto de 1836, y en este sentido hemos de señalar que, a diferencia de lo que en éste se articulaba, omite el actual artículo 28 toda mención del forum prorrogatum, no exigiendo, por otra parte la presencia del extranjero en el territorio, como requisito para la introducción de la demanda.

Reprochan los comentaristas de la época (330) la imprevisión por una parte de criterio tan importante de competencia como en la sumisión expresa, y la no obligatoriedad por otra, de la condición de resistencia, que sí -por razones evidentes- está plenamente justificada en aquellos supuestos de extranjero vagabuendo o sin domicilio conocido, y se admite sin especial esfuerzo cuando la obligación fue contraída en España, por entenderse que en este caso media sumisión tácita a los tribunales del país, parece infundado el someterles a los mismos cuando la obligación aunque ejecutable en España fue contraída fuera de ella, porque no sólo parece aventurado el pensar que por este mero hecho se sometió el extranjero tácitamente a la jurisdicción de aquellos, sino también porque la sentencia que el nacional podría obtener de sus tribunales no sería normalmente ejecutable, ya que el extranjero no poseerá generalmente bienes en el país, con lo que en definitiva habrá que recurrir a los tribunales extranjeros, solicitando de ellos la ejecución, que era precisamente lo que el artículo trataba de evitar.

Pero si alguna crítica ha de hacerse a la reglamentación que hace el Proyecto en relación con los supuestos en los que los extranjeros son demandados, es la de haber introducido el excepcional fuero que la doctrina conoce bajo el nombre de "atractivo activo", al declarar la compe-

---

(330) Cf. TARRASA, op.cit. p. 270 s.s.

tencia de los tribunales españoles incluso en aquellos casos en los que no sólo la conclusión sino también la ejecución de la obligación tiene lugar en el extranjero -la generalidad de la redacción permite incluír esta hipótesis- de tal manera que la única base sobre la que dicha competencia se apoya es la nacionalidad del demandante.

Dice en efecto el artículo 29:

> "El extranjero puede ser demandado ante los tribunales españoles por las obligaciones que ha contraído en país extranjero con un español".

De este fuero que la doctrina considera como el mayor de los privilegios que al nacional puede acordarse, ya que no hay motivo alguno para presumir que el extranjero quiso someterse a la jurisdicción de los tribunales españoles (331) nos remitimos revigorizándolas a las consideraciones que anteriormente hemos expuesto respecto de aquellos casos en los que el extranjero es demandado en España sobre la base del forum solutionis, ya que en este caso ni siquiera existe la conexión que determina el locus executionis.

Cabe señalar también, las dudas que de la redacción se desprenden en torno a la necesidad de residencia del extranjero en el país, al tiempo de presentación de la demanda. Considerado el artículo en sí mismo, aisladamente, no parece, dada su generalidad, que tal condición sea exigible, pero interpretado en conexión con el 28, parece que

---

(331) Cf. GARCIA GOYENA, op.cit. p. 43; también TARRASA, op.cit. p. 274 s.s.

sí se requiere. Se inclina TARRASA (332), por esta última interpretación pues así, -dice este autor- tendrán los tribunales al menos un motivo en el que fundar su competencia, pudiendo además ser sus sentencias ejecutables sobre los bienes que el extranjero lleve consigo, y caso de que éstos no fuesen bastantes de manera que hubiese de pedirse su ejecución en el extranjero, no serían quizás aquellas sistemáticamente rechazadas, como ciertamente lo serían si tuviesen como único fundamento la nacionalidad del actor.

Se ocupa en fin el Proyecto de los litigios entre extranjeros, regulándonos en su artículo 31 de la siguiente manera:

> "El extranjero que se encuentre en España puede ser demandado por otro extranjero por las obligaciones contraídas en el reino".

Comparado con lo que el Proyecto del 36 disponía, vemos cómo en la presente redacción se restringen considerablemente los supuestos en que los tribunales españoles son competentes para conocer de este tipo de litigios, al establecerse como único fuero el contractus subordinado a la presencia del extranjero demandado en el territorio nacional, punto en el que coincide con lo que ya disponía el artículo 32 del antiguo proyecto. En relación con esta condición de residencia, entiende TARRASA que no ha de ser interpretada en el sentido de que haya de encontrarse el extranjero en España al tiempo de presentación de la demanda

(332) Ibid. p. 275.

sino que ha de bastar el que lo haya estado al tiempo de contratar ya que por ese mero hecho los tribunales adquieren competencia, y, además la residencia en cuanto que no constituye domicilio no es causa bastante para fundar la competencia, pues ésta no ha depender de accidentes pasageros (333).

Con tal interpretación, entendemos incurre TARRASA en flagrante contradicción, por cuanto que al comentar el artículo 29 del Proyecto, y en relación con la duda que allí se suscitaba en torno a la necesidad de residencia del extranjero en España al tiempo de la demanda, afirmaba que así debería entenderse, entre otras cosas, porque de esa manera "hay ya algún motivo para fundar la competencia de los tribunales españoles" y añadía que "si el extranjero fuese domiciliado, esto daría más competencia a los tribunales". La contradicción es tanto más acusada cuanto que si aceptamos una tal interpretación -residencia al tiempo del contrato-, no se explicaría el por qué niega el mismo autor que el forum solutionis se halle excluído del artículo 31. En efecto, dice TARRASA, concordado este artículo con el 28, en el que se prevé expresamente el forum solutionis, hemos de concluír necesariamente que al no hacerlo así el 31, es que lo rechaza, con lo que, dicho de otra forma, los tribunales españoles serán incompetentes en los pléitos sobre obligaciones contraídas en el extranjero aunque sean ejecutables en España. Pero por otra

(333) Ibid, p. 284.

parte, al entender la residencia como bastante, al tiempo del contrato, está admitiendo la competencia de nuestros tribunales fundada sobre la base de la sumisión que tácitamente se prestó a los mismos por el hecho de contratar en España.

Y, ¿qué es el forum solutionis sino también un supuesto de sumisión tácita, que se considera además como equivalente al contractus en el espíritu del Proyecto (art. 28)? Cabría todavía llevar más lejos nuestros razonamientos, diciendo que aceptándose en el Proyecto, la competencia fundada sobre la base de la sumisión tácita, con mayor motivo deberá aquella declararse cuando ésta se formula expresamente, aún cuando así no se disponga en el artículo 31.

Vemos las consecuencias a las que nos llevaría una interpretación de la condición de residencia como la que hace TARRASA. Por ello, con objeto de devolver el artículo 31 a sus verdaderos cauces, no diciendo más de lo que entendemos que en él se quiere decir, pensamos que el requisito que se adiciona al forum contractus ha de cumplirse al tiempo de presentación de la demanda, interpretación que es además coherente con la dada en el artículo 29.

B) La Comisión Mixta de Tribunales y el Proyecto de Ley de Extranjería de 20 de Septiembre de 1850.-

En un cauce distinto, aunque paralelo, se movía el Ministerio de la Guerra, en donde se había sentido también

la necesidad de unificar la normativa existente en este problemático sector y quien había solicitado de la primera Secretaría de Estado un informe sobre el fuero de extranjería, el cual fue rendido el 9 de Septiembre de 1849 (334) y en el que tras haber constatado el conflicto existente entre los tribunales Supremo de Justicia y Supremo de Guerra, Marina y Extranjería, en cuanto a la existencia del citado fuero se concluye diciendo que

> "... este estado de cosas no puede continuar así, pues da margen continuas reclamaciones de las legaciones extranjeras. Por tanto insiste en que se reúna una comisión de los fiscales de estos dos tribunales que en unión con un Gefe de Sección de este Ministerio propongan un proyecto de ley para presentarlo a las Cortes".

Sabemos que constituída efectivamente dicha comisión, ésta entregó un proyecto de ley con fecha de 20 de Abril de 1850, que entendemos es el que, sin fecha, figura bajo el título de "Idea de una ley que determine comparativamente las categorías y derechos de los extranjeros y naturales en España" (335) y que hemos de considerar indudablemente como uno de los precedentes más inmediatos del Real Decreto de 17 de Noviembre de 1852.

El proyecto, sin embargo, no llegó nunca a convertirse en Ley, sin duda, porque su inspiración liberal y corte francés se separaban en dos puntos fundamentales, no sólo de la tradición histórica española, sino quizás también, de la propia opinión del Ministerio de Estado, quien había

(334) Cf. el texto, en Archº M.A.E., legajo 2821 sección política.
(335) Cf. el texto en Archº M.A.E., legajo 2821, sección política.

promovido, paradójicamente, la formación de la comisión y la elaboración del proyecto, al incorporar, por una parte, en su artículo 17 la regla de la reciprocidad que quedaba consagrada en los siguientes términos:

> "Los extranjeros transeuntes que residan en España gozarán de los derechos civiles que se hallen concedidos a los españoles de igual clase por los usos o los tratados existentes con la nación a que los mismos extranjeros pertenezcan".

pero sobre todo, porque dicho proyecto consideraba como abolido el fuero de extranjería según lo que se dispone en su artículo 32:

> "Los extrangeros están generalmente sugetos en la decisión de sus negocios civiles y en la formación de sus causas criminales a la jurisdicción real ordinaria del pueblo en que residan o bien a la privilegiada a la que corresponda el asunto por la naturaleza del juicio o por la calidad de las personas que hayan intervenido en sus asuntos".

Suprimida así, la jurisdicción privilegiada, no podía menos de establecer unas reglas que diesen solución a las cuestiones de competencia internacional que a partir de entonces habían, lógicamente, de presentarse con más frecuencia, y que sustituyesen al rudimentario sistema hasta entonces existente, y en efecto, incorpora el proyecto en sus artículos 17 y 19 a 23 un conjunto de reglas cuyo contenido nos proponemos examinar:

Adopta el proyecto de ley el esquema tradicional, planteándose distintas hipótesis en función de la nacionalidad de

las partes, si bien formula y regula, tan sólo, dos de las tres que se suelen distinguir. En efecto, descuida el supuesto en que el extranjero es demandante contra regnícola, respecto del cual, entendemos, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 17, de tal manera, que el extranjero podrá demandar al nacional ante los tribunales de éste siempre que en su país se conceda igual derecho a los españoles. Se ocupa, por el contrario, de regular aquellos casos en los que el extranjero es demandado, distinguiendo a su vez según que lo sea por español o por otro extranjero. En el primero de los casos, establece todavía, una segunda distinción, en función del carácter, transeunte o domiciliado, que tenga el extranjero. Siendo éste transeunte, serán en principio competentes los tribunales de su domicilio, ya que la regla general de que el actor ha de seguir el fuero del reo se respeta en España; sin embargo, deberá quebrar esta regla, en beneficio de los tribunales españoles, cuando exista sumisión expresa a los mismos (forum prorrogatum), cuando se trate de obligaciones que hayan sido contraídas en España (forum contractus), no siendo por otra parte preciso que el extranjero se encuentre en territorio español al tiempo de presentación de la demanda y también independientemente del lugar en el que tales obligaciones hayan de ser cumplidas, y en fin cuando tratándose de obligaciones pactadas fuera de nuestro país, hayan de recibir en él su ejecución (forum executionis), si bien en este caso se requerirá, adicionalmente, que el extranje

ro se encuentre en España al tiempo de introducción de la demanda. Dice en efecto el artículo 19:

> "El estrangero transeunte podrá ser demandado ante los tribunales de estos reynos: 1.- Sobre el cumplimiento de que cualquiera obligación contraída en España con un español, aún cuando el estrangero se halle después fuera del territorio español. 2.- Sobre la egecución de las obligaciones otrogadas fuera de España entre naturales y estrangeros si el estrangero obligado se encontrase dentro del territorio español al tiempo de instaurarse la demanda. Dejarán de tener efecto estas dos reglas si el que ha de ser demandado tuviese su domicilio en país estrangero cuando otorgó el contrato y cuando las partes hubieren en él designado el tribunal a donde debieran acudir para su ejecución pues en el primer caso se observara la regla común de seguirse por el actor el fuero del reo; y en el segundo se ejecutará lo convenido".

Pero si el extranjero está domiciliado en España, será todavía necesario establecer una subdistinción entre las obligaciones asumidas por éste, antes o después de la domiciliación, pues en el primer caso se les considerará como transeuntes quedando en consecuencia sujetos a lo dispuesto en el ya examinado artículo 19. Dice en efecto el artículo 22:

> "Los estrangeros domiciliados serán considerados como transeuntes, cuando hayan de aplicárseles las disposiciones de los artículos precedentes respecto a las obligaciones que hubieren contraído antes de domiciliarse en España".

Respecto de las obligaciones contraídas después de su domiciliación, se refiere tan sólo el proyecto de ley a las contraídas fuera de España estableciendo la competencia de los tribunales españoles para el conocimiento de

las mismas independientemente de que éstas hayan de ejecutarse o no en España. Esto supuesto, cabe pensar que con mayor motivo serán competentes los tribunales patrios cuando se trata de obligaciones que, además, han sido contraídas en España. Dice en efecto el artículo 20:

> "El estrangero naturalizado o domiciliado en estos reynos, puede ser demandado en los tribunales españoles por las obligaciones que haya contraído fuera de España, aún cuando sea estrangero el demandante".

En definitiva, tanto en este caso como en el anterior el pleito queda sometido a las mismas reglas que si se tratase entre españoles.

Si el litigio tiene lugar entre extranjeros, adopta el proyecto una postura incomprensiblemente retrógrada, al declarar la incompetencia de los tribunales españoles fuera de los tres supuestos siguientes: que haya mediado sumisión expresa de ambos contendientes al tribunal, que se trata de un asunto mercantil o que el extranjero que es demandado esté domiciliado en España y la obligación haya sido contraída después de tal domiciliación ya que en otro caso al quedar asimilado al transeunte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 no podrían los tribunales conocer de su causa. Dice en efecto el artículo 21:

> "El estrangero transeunte que haya otorgado una obligación con otro estrangero de la misma clase dentro o fuera del territorio español, no podrá ser demandado en los tribunales de este reyno, aunque se hallen los dos en España, a no ser que la obligación se refiera cosas de comer

cio terrestre o marítimo, de conformidad con lo dispuesto en art. 20 Cº 1829, o bien que las partes se hayan sometido voluntariamente y reconocido la competencia del tribunal español".

3. Justificación y sentido general del Real Decreto "de extranjería"

El fracaso del proyecto de Código Civil del 51 suponía para el derecho de extranjería una vuelta a la tradicional situación de obscuridad, dudas e imprecisiones causa de tantos conflictos y reclamaciones, de las que dan buena prueba las realizadas en los meses siguientes -y que a título ilustrativo citamos- en contra de la práctica seguida por el Tribunal Supremo de decidir, casi sistemáticamente las competencias en favor de la jurisdicción ordinaria, por los embajadores de Francia el 12 de Junio, de Prusia el 3 de Junio, de Nápoles el 30 de Mayo, de Cerdeña el 28 de Mayo, de los Países Bajos el 30 de Mayo, de Inglaterra el 21 del mismo mes y el 23 de Septiembre (336).

Queriendo salvar esta incómoda situación y decidido a clarificar lo que sobre esta materia estaba legislado, no quiso el Gobierno esperar a que un nuevo proyecto de Código Civil fuese redactado, pensando, sin duda con acierto, que las dificultades con las que tal empresa se enfrentaba, no siendo fácilmente salvables, iban a dilatarla todavía algún tiempo, como de hecho sucedió, por lo que deci

(336) Cf. los textos de estas reclamaciones en Archº M.A.E., legajo 2821, sección política.

dió, valiéndose seguramente de los trabajos realizados, por la comisión mixta de los tribunales, en abril del año anterior, y del fracasado proyecto del Código, promulgar una ley especial que ordenando este sector de nuestro ordenamiento jurídico terminase de una vez para siempre con las continuas discusiones y quejas que se venían produciendo.

Es así, cómo con fecha de 17 de Noviembre de 1852, ve la luz un Real Decreto, llamado "de extranjería" con el que se pretendía como dice el ministro Bertran de Lis en sus explicaciones introductorias, no formar una ley nueva sino "reunir en una sola disposición cuanto se haya hoy prevenido respecto de los extranjeros".

El Real Decreto se nos presenta pues como un texto refundido, diríamos hoy, de la legislación relativa a los extranjeros, con el que se trataba de poner orden y establecer una unidad de criterio en un sector de nuestro ordenamiento jurídico en el que las disposiciones datando en buen número de épocas remotas, correspondiendo a períodos muy diversos de gobierno y encontrándose en fin bastante diseminadas, daban lugar a que contradicciones, dudas y conflictos se sucediesen interminablemente y en el centro de los cuales se encontraba, sin discusión, el privilegio de extranjería.

Frente a la realidad histórica que en los capítulos y páginas que preceden hemos examinado, rehuye el Real De-

creto todo compromiso, adoptando una posición intermedia, puramente declarativa, al plasmar francamente en su articulado la pretensión o finalidad que en su preámbulo se dice debe cumplir. En efecto, mientras que por un lado afirma la vigencia del fuero de extranjería, bagaje histórico que no puede ignorar, y que regula en sus artículos 30 y 31, establece, por otra, un depurado sistema de reglas reglamentadoras de la competencia judicial internacional de los tribunales en los artículos 29, 32 y 33, fruto del ambiente jurídico propio del momento en que se dicta y al que no puede sustraerse.

Es históricamente el Real Decreto, el punto de confluencia de dos líneas de evolución absolutamente independientes: tradicionalista y conservadora una que arrancando en el siglo XVII propugna el mantenimiento de los privilegios clásicos a lo largo de dos siglos y medio, de los que dos en solitario y sin competencia alguna hasta principios del siglo XIX, momento en el que surge una idea nueva, progresista y renovadora que se opone a la supervivencia de los mismos, por considerarlos poco a tono con los tiempos y en definitiva deshonrosos para la nación que ha de soportarlos.

La pugna entre ambas orientaciones se inicia así, y aunque por naturaleza irreconciliables, se verán forzadas a converger en un punto, encarnado en el Real Decreto de 17 de Noviembre con el que se cierra esta primera etapa de lucha de medio siglo de duración.

PARTE SEGUNDA

EL SISTEMA DEL FUERO DE EXTRANJERIA Y SU DESAPARICION (1852-1868)

Capítulo IV

EL SISTEMA DEL FUERO DE EXTRANJERIA SEGUN EL REAL DECRETO DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1852

Sección 1ª.- Los presupuestos del régimen de extranjería. Clasificación de extranjeros y problemas de inscripción

Sección 2ª.- El sistema de competencia judicial internacional en el Real Decreto de 17 de Noviembre de 1852

1. El régimen general. Análisis comparativo de las reglas de competencia.
2. El fuero de extranjería como régimen especial: la competencia de los tribunales de guerra y marina.

Sección 3ª.- La aplicación judicial del régimen de competencia judicial internacional

Sección 1ª

Los presupuestos del Régimen de Extranjería. Clasificación de extranjeros y problemas de inscripción

Tras definir curiosamente en su artículo primero quienes tienen la consideración de extranjeros distingue el Real Decreto tres, o incluso hasta cuatro categorías diferentes (considerando los naturalizados como categoría separada, independiente de los avecindados) con lo que amplía el esquema tradicional, en el que solamente se distinguía entre avecindados y transeuntes. La introducción de categorías de domiciliados es calificada por un autor anónimo de la época (337) como una de las novedades más "útiles y convenientes" introducidas por el Real Decreto ya que de esta manera -continúa diciendo el mismo autor- se ha encontrado el medio de evitar el fraude derivado de la oposición que buen número de extranjeros transeuntes, convencidos de la superioridad de su condición sobre la de los avecindados (338) presentaban para avecindarse legalmente, cuando en realidad eran verdaderos vecinos de los pueblos en que residían.

En efecto dispone el Real Decreto que serán extranjeros naturalizados o avecindados (339) quedando en tal

---

(337) Cf. ANONIMO "Del fuero de extranjería", cit. p. 601 s.s.

(338) Cf. sobre esta distinción, Nov.Rec., ley III, tit.XI, lib. VI.

(339) Nótese que en la ley III, tít. XI, lib. VI de la Nov. Rec., los naturalizados son considerados como avecindados, siendo precisamente la obtención del privilegio de naturaleza uno de los medios de ganar este status, pero no se habla de ellos como categoría separada, aunque equiparada, hasta el Real Decreto de Extranjería.

concepto equiparados a los españoles, con la salvedad establecida en el artículo 18 (340), aquellos que respectivamente hayan obtenido carta de naturaleza o ganado vecindad -con arreglo, pensamos, a alguno de los procedimientos que establece la Novísima Recopilación, al menos mientras no se promulgase la disposición especial de que se habla en el artículo 44 (341)- siendo tenidos todos los demás que residen en España, como domiciliados siempre que estén establecidos "con casa abierta o residencia fija o prolongada por tres años, y bienes propios o industria y modo de vivir conocido en territorio de la Monarquía con el permiso de la autoridad civil superior de la provincia", pues en otro caso serán tenidos como transeuntes (342). La condición de estas dos últimas categorías, queda descrita en el capítulo 3º del mismo Real Decreto (arts. 17 a 25) que subordina al mismo tiempo su disfrute al cumplimiento de la formalidad de la doble inscripción en los registros o matrículas que a estos efectos se llevarán en los gobier

---

(340) Art. 18: "Pueden también adquirir [todos los extranjeros, así avecindados como transeuntes] y poseer bienes inmuebles, ejercer las industrias y tomar parte en todas las empresas que no estén reservadas por las leyes y disposiciones vigentes a los súbditos españoles".

(341) Art. 44: Los derechos de los extranjeros que adquieran nacionalidad española por obtener carta de naturaleza o ganar vecindad con arreglo a la Constitución, así como las formalidades y condiciones para obtenerla, se fijarán en una disposición especial.

(342) Cf. arts. 2 a 5 del Real Decreto de Extranjería.

nos civiles y consulados de las provincias, tal y como se dispone en los artículos 9 a 12, so pena de perder la consideración legal de tales y ser castigados, por desobediencia, con pena de multa y expulsión del territorio (art. 13). Con ello, el Real Decreto no hace más que insistir, una vez más, en lo que ya estaba prevenido desde la Real Orden de 5 de Enero de 1754, confirmada posteriormente por las de 28 de Junio de 1764, 12 y 21 de Julio de 1791 y 29 de Septiembre del mismo año, si bien configura de manera distinta el procedimiento de inscripción. En efecto, en las citadas resoluciones se disponía, en vista de la irregularidad de las inscripciones que hasta entonces se venían practicando y de la resultante inexactitud de los registros o matrículas, llevados en las Juntas de Comercio y Moneda -que por Real Decreto de 21 de Diciembre de 1748 englobaban las Juntas de Extranjeros-, que se verificase por los Alcaldes de Barrio, o por los Corregidores y demás Justicias, donde aquellos no existiesen, la exactitud de tales registros, procediéndose a su rectificación, renovación o incluso creación, si así fuere necesario, debiéndose en otro caso especificar además en ellos todos los extranjeros y sus familias, con mención de sus nombres, patria, religión, oficio, objeto de su permanencia en España y su intención de avecindarse o permanecer como transeuntes (343).

---

(343) Cf. leyes VIII, IX, X, tít. XI lib. VI Nov. Rec.

El nuevo sistema que implanta el Real Decreto de Extranjería (arts. 9 a 13), consiste en la existencia de un doble registro que deberá llevarse en los gobiernos civiles y en los consulados, si bien estos últimos poseerán un carácter secundario pues tan sólo cuando hayan sido confrontados con los primeros, y estén conformes, surtirán los oportunos efectos legales. Las matrículas, que serán anualmente revisadas, deberán contener los nombres y circunstancias de los extranjeros, con separación entre transeuntes y domiciliados.

Sección 2ª

El sistema de competencia judicial internacional en el Real Decreto "De Extranjería"

1. El régimen general. Análisis comparativo de las reglas de competencia

Siguiendo el esquema tradicional adopta el Real Decreto, un sistema de competencia basado en la nacionalidad de las partes litigantes, distinguiendo tres hipótesis, según que la contienda judicial se plantee a instancia de nacional, de extranjero o entre extranjeros, y ocupándose no sólo del ejercicio de las acciones personales, sino también de las reales, con lo que se nos presenta, ya a primera vista, como más completo que los proyectos que le precedie

ron (344). Observamos también, en un primer examen de su articulado, que las previsiones que en él se contienen se refieren por igual a extranjeros transeuntes y domiciliados, con lo que difiere particularmente del proyecto de 1850 en el que regulaciones distintas eran establecidas para una y otras categorías (345).

A) Extranjero demandante, regnícola demandado.-

Se establece en el artículo 32, en relación con este supuesto, el forum rei sitae como competente para conocer de los pléitos en los que la demanda versa sobre bienes inmuebles, por lo que será conexión bastante, para que nuestros tribunales se declaren competentes, que el inmueble litigioso se halle sito en territorio nacional.

> Artículo 32: "Los extranjeros domiciliados y transeuntes tienen derecho a que por los tribunales españoles se les administre justicia con arreglo a las leyes, en las demandas que entablen para el cumplimiento de las obligaciones contraídas en España, o que deban cumplirse en España, o cuando versen sobre bienes sitos en territorio español".

No varía pues, en este aspecto el Real Decreto, la orientación seguida tradicionalmente, no sólo en nuestro país sino también en la generalidad de los europeos.

Tratándose del ejercicio de acciones personales, declara en el mismo artículo la competencia de los tribunales del lugar de conclusión del contrato (forum contractus) o de ejecución del mismo (forum solutionis) no estimando

---

(344) Proyectos de Cº Civil de 1851 y de Ley de extranjería de 1850, a los que nos iremos refiriendo a lo largo de nuestro análisis comparativo.

(345) V. supra. p. 206 s.s.

como bastante, a los efectos de fundar la competencia, el que el actor en cumplimiento de la regla actor sequitur presente su demanda ante los tribunales naturales del demandado. Así pues, la mera cualidad de regnícola del demandado no se considera como suficiente para defender la competencia de los tribunales españoles si el contrato u obligación se concluyó en el extranjero y allí debe también ser ejecutado. El forum domicilii necesita por lo tanto el concurso del forum contractus o del solutionis en la filosofía del Real Decreto de 17 de Noviembre, que rompe así con esta disposición, la orientación clásica en la materia no sólo en nuestro país, en el que el carácter absoluto de la regla actor había sido reconocida de manera expresa en el Proyecto de Código Civil de 1851 que autorizaba las demandas contra nacional incluso en los casos de obligaciones contraídas y ejecutables en el extranjero (art. 27) (346) y en el Proyecto de ley de 1850, que indirectamente, al regular la situación del extranjero domiciliado respecto de obligaciones contraídas con posterioridad a la domiciliación disponía, equiparándole al nacional, que podía ser demandado ante los tribunales españoles por obligaciones contraídas fuera de España y ejecutables también en el extranjero, sino también en la mayoría de los países extranjeros de tradición romanista en los que, como en el nuestro, el imperio del forum domicilii en la hipótesis

---

(346) V. supra, p. 196 s.s.

que consideramos no es objeto de excepción alguna (347).

Esta ruptura supone sin embargo un acercamiento a la orientación doctrinal dominante que considera, como en su momento indicamos, que la competencia de los tribunales en asuntos relativos a obligaciones contraídas y ejecutables fuera del territorio, era un favor especial que debía de otorgarse tan sólo para obtener la reciprocidad, siendo en estos casos normalmente competentes los tribunales del país de contratación, de cuya sentencia debería luego pedirse la ejecución en España, con arreglo a los trámites establecidos al respecto por las leyes.

B) Extranjero demandado, regnícola demandante.-

Dedica el Real Decreto sus artículos 29 y 33 a la regulación de esta hipótesis.

> Artículo 29: "Los extranjeros domiciliados y transeuntes están sujetos a las leyes de España y a los tribunales españoles por los delitos que cometan en territorio español, y para el cumplimiento de las obligaciones que contraigan en España, o fuera de España, siempre que sean a favor de súbditos españoles".
>
> Artículo 33: "En los negocios entre extranjeros o contra extranjeros aunque no procedan de acción real o de acción personal, por obligaciones contraídas en España, serán sin embargo competentes los jueces españoles cuando se trate de evitar un fraude, o adoptar medidas urgentes y provisionales para detener a un deudor que intente ausentarse para eludir el pago, o para la venta de efectos expuestos a perderse en almacenes, o para proveer interinamente de guardador a un demente u otros análogos".

---

(347) V. Cº de Francia, art. 15; de Baden, art. 15; de Cerdeña, art. 30; de Vaud, art. 9; de Haiti, art. 17; de Polonia, art. 14; de Dos Sicilias, art. 16; de las Islas Jonicas, art. 16; de Bélgica, art. 15; de Neufchatel, art. 13 y de Noruega, art. 10, todos ellos cit. supra. p. 141 ss.

El análisis de estos preceptos nos permite observar en primer lugar, que el forum rei sitae mantiene su vigencia por encima de la nacionalidad de las partes en litigio erigiéndose en el único competente cuando se trata del ejercicio de acciones reales. Tratándose de acciones personales, dispone el Real Decreto que la regla del forum domicilii, que habría de llevar a la declaración de incompetencia de los tribunales españoles en beneficio de los del extranjero demandado, ha de quebrar, si la obligación nace de delito, en favor del juez del lugar en el que éste se cometió (forum delicti commissi); naciendo la obligación de contrato, deberán tenerse como preferentes los tribunales españoles si la obligación se contrajo en nuestro país (forum contractus) o si la urgencia del asunto lo reclama así, como sucedería en el caso de que haya de detenerse al deudor que intente ausentarse a fin de eludir el pago, de venderse objetos perecederos expuestos en almacenes, de proveerse de guardador a un demente, o de adoptarse en fin cualquier otro tipo de medida urgente y provisional análoga (forum necessitatis accidit). Hasta aquí en nada se aparta el Real Decreto de los criterios tradicionales admitidos, tanto a nivel doctrinal, como legislativo, si bien se echa, quizás, de menos la mención expresa de foro tan importante como el prorrogatum (348), aunque podría entenderse como implícitamente admitido, ya que si se admite el forum contractus, que no supone sino una sumisión tácita

(348) En el art. 18 del Cº del Cantón de Vaud así se hace.

a los tribunales del país por el mero hecho de contratar en él, ha de admitirse con mayor motivo, la sumisión voluntaria y expresamente realizada a los mismos.

Dispone también el Real Decreto que los tribunales españoles serán competentes respecto de obligaciones contraídas fuera de España siempre que sean a favor de súbditos españoles; la generalidad de esta redacción, nos hace pensar que tienen en ella cabida tanto los supuestos en los que la obligación ha de ejecutarse en España, lo que supone la admisión de un forum solutionis, admitido por otra parte sin dificultad especial tanto a nivel doctrinal como legislativo, como aquellos en los que la obligacióncción contraída en el extranjero, también en él ha de encontrar su ejecución, con lo que el Real Decreto está dando entrada al excepcionalísimo fuero atractivo activo, fundado única y exclusivamente en la nacionalidad del actor. Si con ello sigue el citado cuerpo legal la misma orientación que el Proyecto del 51, recogiendo, al igual que otros códigos europeos (Bélgica, art. 14; Dos Sicilias, art. 15; Haiti, art. 16) la herencia napoleónica, se convierte con tal proceder en blanco de todas las críticas que contra el artículo 14 del Código francés se lanzaron en su día, de entre las que destaca la que se refiere a la ineficacia de la sentencia que eventualmente se pronunciase, la cual debiendo de ejecutarse en el extranjero, no obtendría ciertamente el exequatur necesario. Por ello, qui-

zás debiese el Real Decreto haber previsto, al igual que otros códigos europeos (Polonia, art. 13; Cerdeña, art. 30) para estos casos, la necesidad de que el extranjero, o su fortuna se encuentren en el país, cosa que posibilitaría la ejecución de la sentencia recaída, aunque quizás la postura más acertada sería la adoptada por códigos como los de Neufchatel y Vaud, que exigen en todo caso, la presencia del extranjero en el territorio salvo que éste carezca de domicilio conocido.

C) Litigios entre extranjeros.-

A aquellos supuestos en los que tanto actor como demandado son extranjeros se refiere expresamente al Real Decreto en su artículo 33 (349), declarando la competencia de los tribunales patrios sobre la base del forum contractus, rei sitae y necessitatis accidit.

Omite por el contrario el texto legal, la expresa mención de foro tan importante como el prorrogatum pero, entendemos, no deberá de haber dificultad para que nuestros tribunales conozcan sobre la base de esta conexión, ya que si se admite el forum contractus que no supone sino una sumisión tácita a los tribunales del país por el mero hecho de contratar en él, con mayor motivo habrá de admitirse la sumisión voluntaria y expresamente realizada a los mismos.

---

(349) Cit. supra. p. 220.

No parece posible, por el contrario, aplicar este razonamiento a los supuestos, también silenciados, que versan sobre obligaciones contraídas en el extranjero, aunque ejecutables en España, -claro es que si estas han de ejecutarse también en el extranjero, la incompetencia de nuestros tribunales estaría fuera de toda duda- por lo que hemos de entender que tratándose de asuntos entre extranjeros nuestros tribunales no podrán conocer sobre la base exclusiva del forum solutionis.

2. El fuero de extranjería como régimen especial: la competencia de los tribunales de guerra y marina

Junto al sistema general de competencia judicial en asuntos de extranjeros, que acabamos de analizar en la sección anterior, mantiene el Real Decreto de 17 de Noviembre, como ya sabemos, la vigencia del fuero privilegiado, en torno al cual se planteaban, como también conocemos, tantos problemas e incertidumbres, causa de innumerables conflictos, que determinaron en definitiva, con objeto de conseguir su liquidación, la formación del Real Decreto que nos ocupa.

¿Cuál es la postura que adopta el Real Decreto ante las discrepancias existentes? ¿Cómo queda estructurado tras su promulgación el fuero privilegiado? Reduciéndose el privilegio a cinco cuestiones fundamentales, relativas a: beneficiario, carácter, autoridad competente, causas de de-

safuero y extensión territorial, veamos cuál es el criterio que adopta en relación con cada una de ellas el Real Decreto, para poner fin a las fricciones existentes.

A) Cabe señalar en relación con la figura del beneficiario, cómo queda ésta de alguna manera modificada al ampliarse el ámbito de aplicación del mismo por razón de las personas, por cuanto que se concede su disfrute no sólo a los extranjeros transeuntes, únicos a los que tradicionalmente venía aprovechando, sino también a la nueva categoría, intermedia, por él introducida, cual es la de los domiciliados (arts. 30 y 31) (350).

Los avecindados, por su parte siguen estando excluídos del beneficio del fuero por lo que de sus pleitos conocerán los tribunales ordinarios de acuerdo con las reglas generales de competencia contenidas en los artículos 29, 32 y 33, ya analizados en la sección anterior.

---

(350) Art. 30: "Mientras que una nueva organización de los Juzgados y Tribunales del Reino y de las diversas jurisdicciones no lo impidan, conocerán en primera instancia de los pleitos y causas contra los extranjeros domiciliados y transeuntes los gobernadores de las plazas marítimas y los capitanes generales en los demás puntos; y en las segundas y demás instancias sucesivas, el Tribunal Supremo de Guerra y Marina y de extranjería".

Art. 31: "El fuero de extranjería de que habla el artículo anterior es meramente pasivo, y no gozarán de él los extranjeros domiciliados y transeuntes en los siguientes casos: 1º. En los delitos de contrabando. 2º. En los juicios que procedan de operaciones mercantiles. 3º. En los delitos de sedición y los demás que deban ser juzgados con arreglo a la Ley de 17 de Abril de 1821. 4º. En los delitos cometidos a bordo y en alta mar, y en los juicios de presas. 5º. En las causas por tráfico de negros. 6º. En

B) En cuanto a las dudas existentes en torno al carácter activo o pasivo del fuero, señalemos que quedan estas definitivamente zanjadas en virtud de lo dispuesto en el artículo 31 donde se afirma rotundamente que "el fuero de extranjería es meramente pasivo. Queda entendido en consecuencia, que sólo podrá invocarse en lo sucesivo, en los litigios en los que el extranjero sea demandado quedando sometido -el Real Decreto no lo dice expresamente- en los supuestos en los que es parte actora a la jurisdicción ordinaria, que aplicará las ya mencionadas reglas generales de competencia.

C) Respecto de las discusiones que se suscitaban en relación con la autoridad que como competente había de conocer, de los litigios de los extranjeros aforados, en primera instancia se pronuncia también el Real Decreto delimitando perfectamente en su artículo 30 las competencias de los capitanes generales y de los gobernadores militares, al atribuir a éstos competencia en las plazas marítimas en general, mientras que aquellos lo serán en los demás puntos.

D) Dispone también expresamente el Real Decreto que, por razón de la materia litigiosa se desplace la competencia a los tribunales ordinarios, en un cierto número de supuestos, conocidos bajo el nombre de causas de desafuero, con

---

los juicios de faltas que según el Código Penal no lo gozan los españoles de ninguna condición ni estado. En todos estos casos serán competentes para juzgar a los expresados extranjeros los Tribunales y Jueces establecidos respectivamente por las leyes".

lo que confirma así, en contra de los que sostenían que el privilegio es tan personal que no admite desafuero, la opinión que el Tribunal Supremo de Guerra, Marina y Extranjería mantenía en su informe de 1847 (351). Silencia sin embargo toda alusión a la posibilidad de renuncia del fuero, si bien pensamos que cabe afirmar, que al quedar privado éste de su presunto carácter personalísimo, por la admisión sin reserva alguna del desafuero, se está admitiendo implícitamente la posibilidad de renuncia del mismo .

Los supuestos que excepcionalmente dan lugar a desafuero quedan taxativamente enumerados en el artículo 31, no estableciéndose más variaciones respecto de lo que se encontraba ya legislado, que la generalización, por una parte, del desafuero en las causas por tráfico de negros, y la neta separación, por otra, dentro del marco de lo penal, entre los delitos de sedición y de orden público y los demás hechos delictivos, penados en las leyes, quedando establecido el desafuero tan sólo para los primeros, así como también para los juicios de faltas, en los que tampoco gozan los españoles de fuero privilegiado alguno. Con ello parece estar admitiendo el Real Decreto, fuera de los casos expresados, la extensión a lo criminal del fuero de extranjería aliándose así, con las últimas orientaciones, seguidas por el Tribunal Supremo de Guerra, Marina y Extranjería en sus informes de 1845 y 1847 (352).

---

(351) Cit. supra. p. 106.
(352) Cit. supra. p. 119.

Señalemos, en fin, cómo con fecha de 19 de Mayo de 1857 solicitó el ministro de justicia se incrementase la relación de supuestos de desafuero contenidos en el artículo 31, con un séptimo, referido a los delitos contra la religión del Estado, solicitud que la Secretaría de Estado consideró poco conveniente atender, habida cuenta de los problemas que se suscitarían no sólo en torno a la calificación de tales supuestos delictivos sino también por el hecho de estar sancionada en España la permanencia de extranjeros que no profesan la religión católica (353).

E) En fin, en relación con el ámbito de extensión territorial del fuero privilegiado, se limita a confirmar el artículo 41 la situación existente al tiempo de su promulgación, ya que circunscribe a la península e islas adyacentes, "subsistiendo en su fuerza y vigor en las provincias de Ultramar las disposiciones que allí rigen sobre extranjeros" (354).

Se concreta pues el fuero de extranjería, según lo que antecede, en el privilegio que tienen los extranjeros domiciliados y transeuntes de ser juzgados por la jurisdicción militar en las causas que contra ellos se sigan en el territorio metropolitano, con excepción de aquellas que se refieran a delitos de contrabando, por operaciones mercantiles, cometidos a bordo y en alta mar, sedición, pre-

---

(353) Cf. Informe de la Secretaría de Estado, Dirección Política, de 15 de Junio de 1857, inédito Arch. M.A.E. sección política, legajo 2821.

(354) V. sobre esta cuestión infra. p. 284ss. Cf. el texto íntegro del artículo en Textos y materiales... cit. p. 70.

sas, tráfico de negros y faltas en que según el Código Penal, no gozan los españoles, de ninguna condición ni estado, de fuero privilegiado alguno.

Sección 3ª

La aplicación judicial del Régimen de Competencia Judicial Internacional

A lo largo de los 16 años que median entre la promulgación del Real Decreto de Extranjería y el Decreto de Unificación de fueros, tiene ocasión nuestro Tribunal Supremo de pronunciarse en 49 ocasiones sobre asuntos de extranjeros. El estudio de esta jurisprudencia nos muestra que en 47 asuntos, la cuestión debatida es de competencia judicial. Sin embargo no es la competencia de los tribunales españoles, frente a la de los extranjeros la que está en juego, sino la de la jurisdicción ordinaria nacional frente a la igualmente nacional jurisdicción militar, como especial de extranjería.

No sabremos pues por el análisis de estas decisiones judiciales mas que como funcionaba y se entendía en la práctica el que hemos llamado régimen especial de competencia, encarnado en el fuero de extranjería, que el Real Decreto del mismo nombre consagra en sus artículos 30 y 31. No disponemos pues de dato alguno que nos permita conocer prácti

camente el juego de las restantes reglas de competencia judicial previstas en los ya examinados artículos 29, 32 y 33 del mismo cuerpo legal.

Adoptando un planteamiento semejante al seguido en el punto segundo de la sección anterior, empezaremos por examinar la figura del beneficiario. Confirma a este respecto nuestro Supremo Tribunal lo ordenado en el artículo 30 del Real Decreto, al declarar que sólo gozan del fuero de extranjería los extranjeros que tienen la consideración legal de domiciliados o transeuntes, quedando privados del disfrute del mismo los que no poseen tal condición, y en concreto los avecindados (355).

No ocupándose expresamente el Real Decreto de definir lo que ha de entenderse por extranjero transeunte, al limitarse a dar una noción negativa, por exclusión, de éste en su artículo 5º, ha debido nuestro Tribunal Supremo colmar esta laguna caracterizándole como "aquel que viene a nuestros reinos sin ánimo de permanecer" (356).

Completa también el Tribunal Supremo el contenido de la disposición legal en cuanto a la noción de vecindad al declarar que "el ganar vecindad" de que se habla en el

---

(355) T.S. de 17 de Octubre de 1853 Col.Leg. t. 60 nº 4; 9 de Mayo de 1854 Col.Leg. t. 62, nº 39; 31 de Octubre de 1857 Col.Leg. t. 74 nº 49; 14 de Noviembre de 1859 Col.Leg. t. 82 nº 86; 25 de Septiembre de 1862 Col.Leg. t. 7 nº 222; 2 de Diciembre de 1864 Jc, t. 10 nº 364; 23 de Julio de 1868 Jc. t. 18 nº 211.

(356) T.S. de 14 de Noviembre de 1859 cit. supra.; 3 de Julio de 1868, Jc. t. 18 nº 211.

artículo 2º, ha de interpretarse con arreglo a lo establecido en la antigua legislación, es decir conforme a la ley III, título XI, libro VI de la Novísima Recopilación que ha de estimarse como plenamente vigente, puesto que el Real Decreto, tal y como reza en su preámbulo, no ha pretendido formar una ley nueva, por lo que ha de entenderse que el fuero de extranjería se conserva en el mismo estado en que existía antes de la promulgación del mismo (357).

Pero no todos los extranjeros, domiciliados o transeuntes, pueden gozar del fuero, sino tan sólo aquellos que hayan ganado la consideración legal de tales por haber cumplido con el doble requisito que se establece en el artículo 12 del citado Real Decreto en conexión con lo dispuesto en los 9 y 10. Es decir, que no bastará tener la consideración de extranjero con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1º, sino que será preciso el encontrarse inscrito en las matrículas o registros de los gobiernos civiles de las provincias y de los consulados de sus respectivas naciones (358) siempre que hayan tenido términos hábi

---

(357) T.S. s. de 30 de Abril de 1861 Jc. t. 6 nº 128; 29 de Agosto de 1861 Jc. t. 6 nº 198; 17 de Diciembre de 1863 Jc. t. 8 nº 296; 3 de Julio de 1868, cit. supra. p. 230, nota 356.

(358) T.S. s. de 28 de Diciembre de 1853, Col.Leg. t. 60 nº 34; 9 de Enero de 1854 Col.Leg. t. 61 nº 5; 28 de Enero de 1854 Col.Leg. t. 61 nº 7; 28 de Febrero de 1854 Col.Leg. t. 61, nº 58; 9 de Mayo de 1854 cit. supra; 29 de Octubre de 1857 Col.Leg. t. 74 nº 47; 31 de Octubre de 1857, cit. supra; 24 de Marzo de 1858 Col.Leg. t. 75 nº 17; 8 de Mayo de 1858 Col.Leg. t. 76 nº 23; 12 de Agosto de 1858 Col.Leg. t. 77 nº 46; 15 de Enero de 1859 Col.Leg. t. 79 nº 1; 13 de Mayo de

les para ello (359).

La mencionada inscripción deberá además hacerse precisamente en el consulado y gobierno civil de la provincia en que se reside dejando de producir efecto en cuanto se traslade el domicilio a otra provincia distinta (360).

En relación con el carácter activo o pasivo del fuero tiene también ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo limitándose en este caso a confirmar lo dispuesto en el artículo 31 del Real Decreto (361).

Aborda por el contrario el Tribunal Supremo una cuestión, ignorada en el Real Decreto, cual es la de la renunciabilidad del fuero, cuestión íntimamente ligada con el debate acerca de su carácter personalísimo.

1859 Col.Leg. t. 80 nº 32; 30 de Mayo de 1859 Col. Leg. t. 80 nº 39; 1 de Agosto de 1859 Col.Leg. t. 81 nº 59; 10 de Diciembre de 1859 Col.Leg. t. 82 nº 92; 25 de Junio de 1860 Jc. t. 5 nº 228; 16 de Noviembre de 1860 Jc. t. 5 nº 327; 29 de Agosto de 1861 Jc. t. 6 nº 198; 15 de Febrero de 1862 Jc. t. 7 nº 38; 25 de Septiembre de 1862 Cit.supra.; 23 de Noviembre de 1863 Jc. t. 8 nº 267; 17 de Diciembre de 1863 Jc. t. 8 nº 296; 2 de Diciembre de 1864 Jc. t. 10 nº 364; 4 de Junio de 1866; 14 de Noviembre de 1866 Jc. t. 14 nº 467; 3 de Julio de 1868 cit.supra.; 23 de Julio de 1868 Jc. t. 18 nº 211.

(359) T.s. s de 26 de Junio de 1860 Jc. t. 5 nº 233: "Y considerando que el interesado de que se trata en su situación de naúfrago y encontrándose en un puerto del litoral le era absolutamente imposible intentar la referida inscripción que habría de realizarse en la capital de la provincia; Fallamos... que el conocimiento de estos autos corresponde al Juzgado de la Capitanía General de Granada, como de extranjería".

(360) T.S. s. de 4 de Junio de 1866, cit. supra. nota 358.

(361) T.S. s. de 16 de Marzo de 1857 Col.Leg. t. 61 nº 4; 23 de Noviembre de 1863 cit. supra. nota 358.

En relación con este tema, dos posturas son concebibles: o bien se considera que constituye el fuero de extranjería un derecho personalísimo, con lo que su renuncia, al igual que su transmisibilidad, prescriptibilidad y demás caracteres propios de este tipo de derechos, no sería posible, o bien se entiende, y esta es la posición que adopta nuestro Tribunal, que si bien es en efecto el fuero de carácter personal (362), por lo que participa de alguna de las peculiaridades propias de los derechos llamados de la personalidad, como por ejemplo la intransmisibilidad (363), no puede considerarse propiamente como tal pues es ante todo y sobre todo un privilegio, y como tal es perfectamente renunciable salvo disposición legal en contrario, inexistente en el caso que nos ocupa (364), ya expresa ya tácitamente en favor de la jurisdicción ordinaria (365)

---

(362) T.S. s. de 16 de Noviembre de 1860 cit.supra, nota 358; 27 de Junio de 1867 Jc. t. 16 nº 200.

(363) T.S. s. de 23 de Noviembre de 1863 cit.supra, nota 358.

(364) T.S. s. de 20 de Junio de 1859: "Considerando, que el fuero de extranjería debe estimarse como un privilegio, y que es un principio de derecho que cualquiera puede renunciar el que está establecido en su beneficio a no ser que la ley disponga lo contrario. Considerando que ni en la legislación antigua, ni en el Real Decreto de 17 de Noviembre de 1852 que establece la vigente respecto al fuero de extranjería, existe disposición alguna que prohíba a los extranjeros renunciar a su fuero, por lo que el principio de derecho que queda sentado, tiene aplicación exacta al caso presente".

(365) T.S. s. 25 de Octubre de 1853 Col.Leg. t. 60 nº 8: "Considerando que el fuero de extranjería a diferencia del militar es renunciable, y por lo mismo cabe por parte del que le goza la prorrogación ya tácita, ya expresa, de la jurisdicción Real ordinaria". También en el mismo sentido la s. de 9 de Enero de 1854:

única a la que cabe someterse de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 (366).

Señalemos en fin, que no considera el Tribunal Supremo como renuncia tácita la denuncia del hecho ante la jurisdicción ordinaria (367).

En fin, en cuanto a las causas de desafuero tan sólo tiene ocasión de manifestarse el Tribunal Supremo en relación con:

- las causas procedentes de asuntos mercantiles de las que, dice han de conocer los tribunales especiales de comercio y en donde no hubiere los ordinarios, siendo todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 31 del Real Decreto en conexión con el 20 del Código de Comercio (368).

- las causas criminales a las que definitivamente extiende el fuero de extranjería (369) con excepción de los jui-

---

"Considerando que prorrogado tácitamente por Java la jurisdicción del juez de primera instancia del distrito de San Antonio de Cádiz, mediante la contestación de la demanda de su hija política, Dñª Isabel Romero, perdió en este negocio el fuero de extranjería que le pueda corresponder conforme al Real Decreto de 17 de Noviembre de 1852 como súbdito sardo".

(366) T.S. s. de 9 de Abril de 1862 Jc. t. 6 nº 128 y 30 de Agosto de 1866 Jc. t. 14 nº 302.

(367) T.S. s. de 16 de Junio de 1864 Jc. t. 9 nº 183.

(368) T.S. s. de 7 de Enero de 1854 Col.Leg. t. 61 nº 4; 16 de Marzo de 1857 Col.Leg. t. 71 nº 10; 3 de Octubre de 1857 Col.Leg. t. 74 nº 42; 23 de Octubre de 1857 Col.Leg. t. 74 nº 45; 24 de Marzo de 1858 cit. supra, nota 358, 30 de Agosto de 1866 cit.supra, nota 358.

(369) T.S. s. de 25 de Junio de 1860 cit.supra, nota 358.

cios de faltas y de los delitos de sedición (370), pues así lo dispone el artículo 31-3º y 6º del Real Decreto.

Completa por último, el Tribunal Supremo lo dispuesto en el Real Decreto al incluír dentro de los supuestos de desafuero, el conocimiento de los cinco interdictos previstos en el artículo 691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (371), y los juicios incidentales, de los que habrá de conocer la jurisdicción que está entendiendo de la cuestión principal (372).

---

(370) T.S. s. de 30 de Abril de 1861 Jc. t. 6 nº 128.

(371) T.S. s. de 15 de Junio de 1861 Jc. t. 6 nº 176.

(372) T.S. s. de 22 de Julio de 1858 Col.Leg. t. 77 nº 35; 17 de Diciembre de 1866 Jc. t. 14 nº 467 y 23 de Octubre de 1857 Col.Leg. t. 74 nº 45.

Capítulo V

LA CRISIS Y DESAPARICION DEL FUERO DE EXTRANJERIA

Sección 1ª.- En la España peninsular

1. Los intentos de unificación de fueros entre 1852 y 1868.
2. La unificación de fueros de 1868: su incidencia sobre el régimen de competencia judicial internacional.
3. La supresión del fuero de extranjería y el derecho internacional público. Problemas que se plantean y defensa: la vía jurídica y la vía histórica.

Sección 2ª.- En los territorios de Ultramar

1. El fuero de extranjería en las provincias de Ultramar.
2. La ley de 4 de Abril de 1870.
   A) Su justificación y alcance
   B) Examen de su contenido
   C) Destino de la ley

Sección 1ª

En la España Peninsular

1. Los intentos de unificación de Fueros entre 1852 y 1868

Aunque en realidad nunca llegó a promulgarse, la Constitución que las Cortes votaron en 1856, en sustitución de la de 1845, encauzó en buena medida los trabajos legislativos de los años futuros, y especialmente en materia de organización judicial, sector en el que, como respuesta a lo previsto en el artículo 68 de la malograda constitución (373) se redacta un proyecto de bases (374) que la comisión parlamentaria encargada de su elaboración presentó a las Cortes con fecha de 14 de Febrero de 1856, y que reviste para nosotros un particular interés por cuanto que al delimitar el ámbito de las distintas jurisdicciones, reaviva la idea unificadora reconociendo únicamente como especiales, respecto de la general ordinaria, la eclesiástica y la militar, y reduciendo además, la competencia de esta última al conocimiento de las

---

(373) Art. 68: "Las leyes determinarán los juzgados y tribunales que ha de haber, la organización de cada uno, sus facultades, el modo de ejercerlas y las calidades que han de tener sus individuos". Cf. el texto en SAINZ DE VARANDA, op.cit. p. 241 s.s.

(374) Aunque aprobado tras larga discusión nunca se convirtió en texto articulado.

causas puramente militares, atendida la naturaleza del delito o la calidad de la persona que lo cometió (Militar en servicio activo de ejército y marina) (375).

Razones idénticas a las que condujeron a la desaparición de la primera Comisión General de Codificación se encuentran en el Real Decreto de 1 de Octubre de 1856 que determina la disolución de la segunda y la creación de una tercera, nueva, compuesta de siete vocales, a la que se encomienda la misión de elaborar, entre otros, los proyectos de ley de organización de tribunales y de código civil.

Con fecha de 13 de Junio de 1861, dirige la Comisión al ministro de Gracia y Justicia, una exposición, dándole cuenta del estado de sus trabajos, de las dificultades con que tropezaba para concluír su obra y de algunos vicios y defectos graves que notaba en la administración de justicia (376).

---

(375) Base 17: "La jurisdicción ordinaria será la competente para todas las causas civiles". Base 19: "La jurisdicción ordinaria es la única competente para entender en los delitos y faltas, sin más excepciones que las que establezcan las leyes respecto a las jurisdicciones eclesiástica y militar". Base 21: "La jurisdicción militar se limitará al conocimiento de las causas por delitos meramente militares y de los comunes cometidos por militares en activo servicio de ejército y marina". Base 22: "No habrá más jurisdicción militar que la ordinaria del ejército y de la marina". Cf. Diario de Sesiones de Cortes Constituyentes, 1856, Apéndice 3º al nº 313.

(376) C . CARDENAS, Memoria cit. t. 39/1871, p. 97 s.s.

En el sector de problemas que a nosotros nos interesa, se explica allí cómo la designación de los tribunales en función de "circunstancias transitorias, de influencias ilegales o de flaquezas propias de los tiempos", da lugar a que se produzcan frecuentes injusticias, y cómo la excesiva proliferación de resoluciones favorece, como consecuencia del confusionismo a que da lugar, el que se produzcan situaciones de abuso, de entre las que resalta particularmente, la que se refiere al fuero militar, el cual, habiéndose extendido a un número exagerado de personas (377), cuya mayor parte no posee vínculo alguno con el ejército, ha dado lugar, al quedar sujetas dichas personas a la jurisdicción militar, a que se divida la unidad de procedimiento judicial y se provoquen con ello "verdaderos y frecuentes escándalos". No cayeron estas reflexiones en el olvido, y el ministro de Gracia y Justicia, a la sazón D. Santiago Fernández-Negrete, decidió someter a la consideración del Consejo de Ministros, la cuestión de la reducción de los fueros privilegiados, y muy particularmente la del fuero militar (378). Acordó el Consejo que podría suprimirse el fuero civil militar siempre que los jueces del fuero común cesasen en el conocimiento de las faltas de los militares en beneficio de las autoridades propias de éstos, y así se hizo saber a la Comisión,

---

(377) Se enumeran hasta 35 categorías de personas, entre las que se cuentan los extranjeros -inclusión que se califica de "anomalía sin igual e inexplicable-.

(378) Cf. CARDENAS, Memoria, cit. t. 38/1871, p. 62 s.s.

de quien se solicitó si consideraba tal transacción aceptable, la redacción de unas bases sobre las que se inspirase un proyecto de ley que debería de redactarse en colaboración con el Ministerio de la Guerra. Discutió la Comisión el asunto, y tras valorar los inconvenientes que entrañaba por un lado la subsistencia del sistema vigente y por otro los que se derivarían de la aceptación de la oferta del citado Ministerio de la Guerra -a saber, impunidad de la mayor parte de las faltas que cometiesen los militares- entendió que eran aquellos, mayores que éstos, por lo que era aconsejable aceptar tal transacción. Las bases solicitadas, que fueron presentadas simultáneamente fueron las siguientes:

1º) - Abolición completa del fuero militar civil.

2º) - La jurisdicción militar dejará de conocer de los pléitos de extranjeros por razón del fuero de extranjería, determinando el Gobierno los jueces que habrían de entender de ellos con arreglo a los tratados y a los principios del derecho internacional.

3º) - Sólo disfrutarán fuero criminal los militares en activo servicio en cuartel o de reemplazo.

4º) - En tiempo de guerra también gozarán de él los que formen parte de los ejércitos, disfrutando en ellos de sueldo, prestaciones u otros auxilios y pasen revista, y los que residan en plazas fuertes declaradas en estado de guerra.

Entendió la Comisión que la segunda de las bases expuestas requeria una explicación complementaria, que aclarase su posición en relación con el fuero de extranjería, por lo que manifestó que el privilegio espitulado en los tratados, consistía en que los extranjeros tuviesen jueces especiales, pero no en que tales jueces fuesen precisamente los militares, como quedaba demostrado por el hecho de que antes que ellos conocían de las causas de los extranjeros los jueces conservadores; ahora bien, como quiera que el fuero de extranjería seguía vigente, propone la Comisión simplemente, un cambio similar al acaecido en 1758, aunque limitándose a aconsejar el cese en el conocimiento de tales causas de la jurisdicción militar, dejando al buen criterio del Gobierno la determinación de los jueces que en sustitución de ésta, serán competentes en el futuro para conocer de los citados negocios.

Paralelamente trabajaba la Comisión, en materia tan importante como era la relativa a la organización de los tribunales, que tan especialmente se le había encomendado, y el 4 de Noviembre de 1863, sometió a las Cortes unas bases para las leyes de Organización de los tribunales del fuero común y Enjuiciamiento criminal, que como se indica en la exposición de motivos que las precede, "se separan en gravísimos puntos no sólo de la legislación actual sino también de los diferentes proyectos que hasta ahora han visto la luz pública" (379). De todas ellas revisten inte-

(379) Cf. el texto en RGLJ, t. 23/1863, p. 315.

rés para nosotros tan sólo las 3ª y 9ª, cuyo texto es como sigue:

> Base 3ª.- "La jurisdicción de los jueces y tribunales del fuero común será la única competente en todos los juicios civiles y criminales sin más excepciones que las que a continuación se expresan:
> 1º. Los juicios de que deba de conocer el Senado con arreglo a las leyes.
> 2º. Los que deba conocer la jurisdicción eclesiástica con arreglo a los cánones y leyes del reino.
> 3º. Los juicios por delitos militares y por los comunes o faltas que cometan los militares en activo servicio en el ejército o armada.
> 4º. Los juicios mercantiles con arreglo al Código de Comercio".

Pretendía la Comisión, con esta base, zanjar de una vez, la ya tantas veces debatida cuestión de la unidad o multiplicidad de fueros, y lo hacía, como ha quedado expresado, tras haber considerado que:

> "... han pasado para no volver, los tiempos en que la debilidad del poder central tenía que sucumbir ante pretensiones exageradas de personas y de clases acomodándose a las inspiraciones de la época en que vivimos, imitando el ejemplo de las naciones cuya organización política tiene más puntos de contacto con la nuestra, tomando en cuenta solamente el interés público, procurando consultar las reglas eternas de justicia y siguiendo el espíritu de nuestro derecho público, en que domina el principio de igualdad ante la ley, enemigo de todos los privilegios personales. No rechaza por lo tanto, los fueros especiales, pero los deja subsistentes al lado del ordinario sólo en cuanto las necesidades públicas lo exigen", (380).

Estas reflexiones explican por qué reduce la Comisión el ámbito del fuero militar -al que dedica una especial

---

(380) Ibid. p. 325.

atención en la exposición de motivos y fundamentos que precede a las bases- no sólo en el aspecto material, al suprimirlo de forma absoluta en los negocios civiles, sino también en el personal, al reducir su goce a los militares en servicio activo, pues -tal y como se dice en la mencionada exposición de motivos- habida cuenta, por una parte, de que los tribunales militares se sujetan a las mismas leyes sustantivas y procesales que los ordinarios y de que, por otra, no garantizan ni de mejor forma ni más derechos que aquellos, su existencia en su actual extensión "sólo puede dar lugar a competencias poco edificantes muchas veces, a dilaciones a perjuicios, y a que la justicia no sea bien ni oportunamente administrada", (381).

Esta base tercera, es calificada por ORTIZ DE ZUÑIGA (382) como una de las más importantes pues trata de poner remedio a una situación gravísima cual era la de que como consecuencia de la exagerada proliferación de los privilegios y exenciones, eran menos los cometidos a la jurisdicción ordinaria que los sujetos a tribunales especiales, de entre los que eran objeto de especial preocupación los militares pues como consecuencia de un lamentable error, cual era el de considerar como "un privilegio inestimable el goce del fuero militar y el eximirse de comparecer ante

---

(381) Ibid. p. 328.

(382) Cf. ORTIZ DE ZUÑIGA, "Breves observaciones sobre las bases presentadas al Senado, relativas a las reformas judiciales", en RGLJ, t. 24/1864, p. 19 s.s.

los jueces comunes, tanto para contestar a reclamaciones civiles como para defenderse de acusaciones criminales", iban englobando un importante y creciente número de asuntos y de personas aún cuando fuesen totalmente ajenas a la milicia. Sin embargo, -continúa diciendo este mismo autor (383)- que,

> ... "debieran considerar los que así están dominados por tan funesta preocupación que desde que en el procedimiento y en la codificación penal se introdujeron grandes reformas que aconsejaba la ciencia, es hoy infinitamente mejor y por lo tanto preferible la administración de justicia de los tribunales comunes, que la de los juzgados militares, y estamos seguros de que si los forados de guerra y marina se parasen a hacer una comparación exacta invertirían el orden, teniendo por un bien el verse sometidos a la jurisdicción ordinaria, y por una escepción nociva a sus intereses y a su misma libertad individual, el depender de los tribunales de su propio fuero".

En la 9ª de las bases citadas se expresaba la Comisión como sigue:

> "Los jueces de partido y donde no hubiere más de uno, el más antiguo ejercerán como conservadores, la jurisdicción llamada de extranjería conociendo de todas las causas civiles y criminales contra extranjeros procedentes de naciones a que por tratados se halla actualmente otorgado dicho fuero. Los extranjeros procedentes de naciones a quienes por tratados no se halla concedido dicho fuero, serán juzgados por los mismos jueces y tribunales que los demás españoles".

Se reafirmaba así la Comisión en la postura sostenida en la segunda de las presentadas al Gobierno a raiz de

---

(383) Ibid. p. 23

la transacción ofrecida por el Ministerio de Guerra pero de forma más completa, pues, no sólo proponía el cese de la jurisdicción militar en los asuntos de extranjeros sino que preveía, al mismo tiempo, quien habría de sustituír la en el ejercicio de tal cometido. En efecto, aunque contraria la Comisión al mantenimiento del fuero de extranjería, al que califica de "condición irritante y vergonzosa" ya que implica una desconfianza inadmisible respecto de la forma en que los tribunales ordinarios administran la justicia, la cual es tanto más injustificada cuanto que jueces ordinarios y especiales son ambos del mismo país y se rigen para la resolución de los pleitos por las mismas leyes materiales y de procedimiento, se limita a proponer el cese de la jurisdicción militar como especial de extranjería, aunque no la supresión pura y simple de ésta, pues -dice- los tratados en que se estipuló se encuentran todavía vigentes, y aunque podría entenderse que tal privilegio se encuentra derogado por el juego de la cláusula rebus sic stantibus, es preferible que la derogación tenga lugar en virtud de los mismos medios que lo crearon. Sin embar, y como quiera que el privilegio se contrae a la existencia de una jurisdicción de privilegio, sin que esta deba de ser necesariamente la militar, propone la Comisión, sin que esto suponga infracción alguna de los tratados existentes, que, al suprimirse aquella en todo lo que no se refiera a delitos militares o comunes cometidos por los que se hallen en servicio activo de ejército y de marina,

sean los jueces de partido, y el más antiguo en las poblaciones en que hubiese varios, los que en el futuro ejerzan la jurisdicción especial de extranjería.

Se observa igualmente, en esta base novena el firme deseo de la Comisión de reducir el fuero de extranjería a sus verdaderos límites privándole de la exagerada extensión que en su aplicación se le había dado, por dejadez o por ignorancia, de forma que en el futuro, se aplique exclusivamente a aquellos extranjeros en los que concurra la condición de súbditos de países con los que tal fuero se halle expresamente estipulado.

Entiende en fin la Comisión que en los tratados que en lo sucesivo se celebren, habrá de evitarse la concesión de tales privilegios "que ni son ventajosos a los extranjeros, quienes por error se creen sin duda favorecidos con ellos, ni son dignos de una gran nación, ni conformes con los principios y con las prácticas de los demás estados, ni tienen siquiera la vana compensación de la reciprocidad (384).

Habiéndose llegado a este punto, se convocó según estaba previsto, una comisión compuesta por el presidente del Tribunal Supremo, el presidente y un vocal de la Comisión General de codificación y por tres magistrados del Tribunal de Guerra y Marina, que acordó, entre otros puntos, el confirmar la total supresión del fuero civil mili

(384) Ibid. p. 342.

tar, si bien las testamentarias y los abintestatos de los muertos en campaña o durante la navegación quedaban reservadas a la jurisdicción de guerra y marina (385).

Queda en fin, señalar que en el proyecto de ley reduciendo la extensión y límites de la jurisdicción militar que el ministro de la guerra, don Fernando Fernández de Córdoba, dirigió al Senado con fecha de 6 de Febrero de 1865, se decía en el artículo 1º que:

> "El fuero civil militar de que hasta ahora han disfrutado los individuos del ejército y demás clases a que estaba concedido queda suprimido en todos los dominios de España. En lo sucesivo, de todos los negocios civiles de que se conocía en dicho fuero, entenderá el común" (386).

Fruto de las bases presentadas por la Comisión General de codificación en 1863, fue también la elaboración de tres proyectos de ley relativos a la organización y atribuciones del Tribunal Supremo, a la reforma de la casación en lo civil y al establecimiento de ésta en lo criminal, los cuales fuero presentados por el Gobierno a las Cortes en noviembre del mismo año. En la base 3ª, afirma el gobierno la unidad jurisdiccional, admitiendo como únicas excepciones a la misma, los juicios de los que deba de conocer el propio Senado, los eclesiásticos, los mili-

---

(385) Cf. CARDENAS, Memoria, cit., apéndice 5º pp. 241 s.s.

(386) Cf. Diario de Sesiones del Senado, nº 23, Apéndice 1º; también RGLJ, t. 23/1863, p. 421.

tares y demás establecidos por leyes especiales (387), dedicando especial atención en la jurisdicción privilegiada de extranjería en la base décima en la que se expresa somo sigue:

> "Los jueces y tribunales ordinarios, en sus respectivos grados, ejercerán como conservadores la jurisdicción llamada de extranjería, conociendo de todas las causas civiles y criminales contra extranjeros procedentes de naciones a que por tratados este actualmente otorgado dicho fuero, si se hallaran inscritos en la clase de transeuntes o domiciliados en las matrículas de los gobiernos de las provincias y de los cónsules respectivos de sus naciones. Donde hubiere más de un juez de primera instancia, será el conservador el más antiguo. Los extranjeros procedentes de naciones a quienes por tratados no se haya concedido dicho fuero serán juzgados por los mismos jueces y tribunales que los españoles" (388).

Tras dictamen de la comisión correspondiente, que no dejó de introducir alguna modificación en el texto presentado por el Gobierno, en concreto en la base 3ª, punto 3º (389) y en la base décima en la que sugiere que en aque

---

(387) Base 3ª: "La jurisdicción de los jueces y tribunales del fuero común será la única competente en todos los juicios civiles y criminales sin más excepciones que las que a continuación se expresan: Primera.- Los juicios de que deba de conocer el Senado con arreglo a las leyes. Segunda.- Los que deban de conocer los tribunales eclesiásticos con arreglo a los cánones y leyes del reino. Tercera.- Los juicios por delitos militares y por los comunes o faltas que cometan los militares en activo servicio en el ejército o armada. Cuarta.- Los demás juicios establecidos o que se establezcan por leyes especiales que así lo determinan expresamente, Cf. el texto en Diario Sesiones del Senado, 1865, Apéndice 3º al nº 5.

(388) Ibid.

(389) La adición es aquí como sigue: "Pero a los retirados de una y otra clase, que a la fecha de la publicación de esta ley tengan el goce del fuero criminal, les será potestativo conservarlo o no, y una vez renunciado, no podrán reclamarlo en lo sucesivo". Cf. Diario sesiones Senado, 1865, Apéndice al nº 26.

llos casos en los que hubiere más de un juez de primera instancia, sea conservador, no el más antiguo de ellos como propone el Gobierno, sino el que el mismo Gobierno designe a estos efectos. De esta manera se logrará, dice la propia Comisión, que "los negocios de esta clase radiquen siempre en determinado juzgado, con los mismos subalternos y no pasen alternativamente de uno a otro, según sea la antigüedad del juez que lo desempeñe, lo cual ocasionaría gravísimos inconvenientes (390)-, las discusiones que sobre los mismos se inician en el Senado, sumen los citados proyectos en un letargo del que ya no saldrán sino cuatro años más tarde, merced a un nuevo proyecto de ley presentado al Senado el 13 de Enero de 1868 y en cuyo artículo primero se comprometía el Gobierno a elaborar una ley completa y definitiva sobre organización judicial y competencia de tribunales, introduciendo mientras tanto en la organización existente las reformas más urgentes con arreglo a cinco bases de las que la primera propugnaba la: "Supresión de los juzgados de guerra y marina y extranjería, en lo relativo a los negocios civiles, devolviendo el conocimiento de estos a los juzgados y tribunales del fuero común" (391).

El proyecto fue sancionado como ley el 11 de Abril, y en cumplimeinto de la misma la Comisión General de codificación elevó al Gobierno el 30 de Junio de 1868 cinco

---

(390) Ibid.
(391) Cf. Crónica, cit. p. 93.

proyectos de ley de entre los cuales merece particular interés para nosotros, el relativo a la organización provisional de tribunales, en cuyo capítulo primero, dedicado a los fueros especiales, se dispone que pasen al conocimiento de los tribunales ordinarios competentes, todos los negocios civiles pendientes en los tribunales de guerra, marina, comercio y hacienda en el estado en que se encontrasen, salvo los juicios de testamentaría y abintestato de los militares y marinos muertos en campaña o en navegación, respecto de los cuales habría de seguir conociendo la jurisdicción de guerra y marina (392).

Sin embargo, la revolución de Septiembre, que llevó al exilio a Isabel II, y en cuyo programa político figuraba, entre otros puntos, la declaración de la unidad de fueros en todos los ramos de la administración de justicia, rompió bruscamente el curso de estos acontecimientos y un decreto de 6 de Diciembre, llevó a cabo en el plazo de dos meses la ansiada unificación que en tantos años de trabajo no se había conseguido.

2. La unificación de fueros de 1868: Su incidencia sobre el régimen de competencia judicial internacional

> "La desmembración de la jurisdicción ordinaria -escribía MACAULAY- (393) con la instauración de jurisdicciones privativas, revela un

---

(392) Ibid. p. 95.

(393) Cit. por GONZALEZ DE ALBA, "La jurisdicción ordinaria y las jurisdicciones especiales", en RGLJ, t. 108, p. 5 s.s.

> mal sensible en el cuerpo social, porque resultan desintegradas las funciones inmanentes de la soberanía, creando privilegios que sustraen a los justiciables de los tribunales que debieran juzgarles, y estableciendo una excepción que no se compadece con la justicia, que es o debe ser igual en todas sus normas y manifestaciones".

Larga fue en nuestro país, como recuerda GOMEZ DE LA SERNA (394) "la lucha entre el derecho común y el privilegio" pues no fue sino al cabo de cincuenta y seis años de tenaz enfrentamiento, desde que la idea de la unificación fue proclamada en el artículo 248 de la Constitución de Cádiz, que ésta acaba por imponerse, viéndose plasmada en el Decreto de unificación de 6 de Diciembre. Comienza éste, por un largo preámbulo en el que tras insistir una y otra vez sobre los inconvenientes que derivan de la diversidad (tales como retrasos en la administración de la justicia, confusionismo y contradicciones en la interpretación de las leyes... etc... (395) viene a disponer por una parte, la

---

(394) Cf. GOMEZ DE LA SERNA "Discurso de apertura de tribunales de 1871: "Estado lamentable de administración de justicia en lo criminal y reformas que reclama" en RGLJ, t. 39, p. 320.

(395) Es especialmente significativo el siguiente pasaje: "La diversidad de fueros embaraza la administración de justicia; hace imposible que el malhechor sienta cuanto antes el castigo que merece su delito; da lugar a que el particular no vea reparado su derecho, violado por un tercero, con la prontitud que la justicia exige y la conveniencia reclama, puesto que empeñados conflictos entre las diversas jurisdicciones, se difiere por mucho tiempo la represión que la ley demanda cuando sus prescripciones han sido holladas o desconocidas por los que son súbditos. Mientras no se dedice la competencia mientras no se pone término a las pretensiones de los jueces que quieren conocer de un mismo negocio, por el Superior común, no se

desaparación de todos los privilegios jurisdiccionales por razón de las personas, con la única excepción de los eclesiásticos y militares cuyos fueros respectivos subsisten dentro de los límites que las marca el mismo Decreto títulos II y III, y por otra la supresión de los juzgados especiales de Hacienda y Comercio a los que dedica sus títulos IV y V. En relación con la jurisdicción especial de extranjería declara el Decreto, de forma breve pero terminante, en su artículo 1-6º que:

---

corrige el hecho criminal que ha introducido la alarma en la sociedad, lesionando justos intereses de los particulares que el Estado tiene obligación de proteger; no se compele al cumplimiento de la obligación al que, faltando a la santidad de lo estipulado, es reconvenido por el que invoca su derecho ante el juez que cree competente, y cuya jurisdicción trata acaso de eludir su adversario con mala fe dañada intención, apelando a su fuero y aprovechándose de las nebulosidades de nuestras leyes, que inmoderadamente han concedido privilegios y exenciones, en perjuicio muchas veces de aquellos mismos a quienes se trataba de favorecer. Pero no paran aquí los perjuicios. Con la diversidad de fueros son múltiples las jurisdicciones encargadas de aplicar unos mismos códigos; y no reconociendo un Tribunal superior común que fije la inteligencia de la ley, que uniforme la jurisprudencia, que ejerza alta inspección sobre todos ellos, de manera que pueda obligar con sus repetidos fallos a que los encargados de administrar justicia sin distinción, se atemperen a las doctrinas legales que sanciona, las más contrarias interpretaciones se consagran en las ejecutorias, los más absurdos principios se enseñorean del foro, la más ruinosa confusión prevalece en él, que redunda en perjuicio de los particulares que no saben fijamente cuáles son sus derechos, dada la divergencia en el modo de entender la voluntad del legislador, y de los mismos tribunales que se desautorizan con sus encontradas declaraciones". Cf. el texto en Colección legislativa, t. 100, p. 872 s.s.

> "Desde la publicación del presente decreto, la jurisdicción ordinaria será la única competente para conocer de los negocios civiles y causas criminales de los extranjeros domiciliados y transeuntes".

A diferencia de lo previsto respecto de las demás jurisdicciones, nada más añade el Decreto, sin duda porque no existiendo órganos judiciales específicos de extranjeros ni habiendo de seguirse procedimiento especial alguno en la tramitación de sus causas, la declaración del artículo 1-6º, disponiendo simplemente el trasvase de tales asuntos a la jurisdicción ordinaria, en combinación con la del artículo 30, derogando todas las leyes, reglamentos y órdenes anteriores en cuanto se opusiesen al mismo, se entendió ampliamente suficiente.

Esta sobriedad va a ser sin embargo causa de una desafortunada polémica cuyos ecos reforzados, a medida que en los años subsiguientes van apareciendo nuevas disposiciones sobre la materia, son todavía hoy perceptibles. En efecto, al no matizar el Decreto la manera en que incide sobre el régimen legal preexistente, facilitará la aparición de distintas posturas que interpretan de manera particular sus prescripciones cuando llega el momento de conjugarlas con las del Real Decreto de Extranjería de 1852, norma que, como sabemos, recoge prácticamente en su totalidad el régimen de extranjería.

Cabe en efecto entender en primer lugar, según una posición extremada que como quiera que el Real Decreto de

Extranjería de 1852 entra en colisión con el Decreto de unificación, queda aquél absolutamente derogado en base a lo dispuesto en el artículo 30 de este último. Más atenuada sería la posición, según la cual, no sólo sería descabellado dar al artículo 30 una interpretación semejante, sino que siendo el Decreto de 1868 una norma de carácter estrictamente procesal no ha de afectar a aquellas prescripciones del Real Decreto de Extranjería, que no posean tal carácter. En fin, una tercera postura, la más acertada sin duda a nuestro juicio es aquella que lo considera derogado, única y exclusivamente en lo que hace referencia al privilegio personal del fuero (artículos 30 y 31), conservando su pleno vigor no sólo las demás disposiciones de carácter material que incorpora, sino también las de carácter procesal, ya que sería absurdo entender que unas reglas como las de los artículos 29, 32 y 33, pensadas para ser precisamente aplicadas por la jurisdicción ordinaria, hayan de considerarse derogadas por un Decreto que tiene justamente por misión el atribuír a ésta las causas de las que con frecuencia se veía privada en beneficio de una jurisdicción de excepción. Y esta es en efecto la más importante consecuencia que deriva del Decreto que examinamos en relación con la jurisdicción de extranjeros, esto es, hacer que, en el futuro, los problemas de competencia judicial en asuntos de extranjeros se planteen en su auténtica dimensión internacional, enfrentando a jurisdicciones nacionales distintas, en lugar de suscitar a una cuestión de competencia entre jurisdicciones dentro de un mismo estado.

Al proclamar la unidad jurisdiccional, el Decreto de unificación de resueltamente vida jurídica a los principios de derecho público que tan sabiamente se habían formulado en los albores del siglo XIX, significando según nos dice GONZALEZ DE ALBA (396).

> "un formidable paso de avance en la reintegración de los derechos de soberanía que la jurisdicción representa como atributo de esencialidad en las funciones del Estado, reconociendo al propio tiempo que en la vida civil de las Naciones, el individuo no puede ser atraído a jurisdicciones especiales con desposesión evidente de su fuero común, sino en casos y por delitos realmente extraordinarios".

3. La supresión del Fuero de Extranjería y el Derecho Internacional Público

Cuando observamos, mirando hacia atrás en el tiempo, el celo con que los estados beneficiarios del fuero de extranjería han siempre defendido su privilegio, así como la desconfianza con que recibían y la susceptibilidad de que hacían gala ante cualquier actuación, legislativa o judicial, que pudiese presentar visos de atentar contra la vigencia del mismo (397) nada sorprende más al investigador, cuando aborda la cuestión de la abolición del fuero privilegiado, que la absoluta pasividad con que las potencias

---

(396) Cf. GONZALEZ DE ALBA, art.cit., p. 11.

(397) V. supra, en particular, las reclamaciones a que dio lugar la promulgación del D. de 1821 o la del mismo Real Decreto Extranjería de 1852, origen de la R.O. de 8 de Agosto de 1864; v. también las Notas de 20 de Marzo de 1857, del Ministro plenipotenciario británico, y de 23 de Marzo del mismo año, del Embajador francés, cit. ambas en Informe de la primera Secretaría de Estado de 1 de Abril de 1857, también cit. supra. p. 169 ss, 209 ss, e infra. p. 275 ss.

extranjeras reciben tal medida, habida cuenta sobre todo de que negociación alguna encaminada a la obtención de su beneplácito se hallaba en curso, cosa que dentro de la ortodoxia internacionalista aparecía, ya entonces, como absolutamente necesaria, pues sabido es que, en principio, lo estipulado en un tratado internacional no puede ser derogado sino en la misma forma. Habiendo sido el fuero de extranjería pactado según este procedimiento, y siendo el Decreto de unificación una disposición interna de rango inferior por lo tanto, ¿cómo explicar la derogación operada por éste sobre aquél? (398). ¿Tendremos que admitir que el Estado español infringió, y lo que es más asombroso ante la pasividad general, la más elemental norma de Derecho según la cual pacta sunt servanda? La contestación a esta pregunta no hemos de encontrarla sino en el derecho de los tratados y en la historia misma del fuero.

En el derecho de los tratados porque admitiéndose desde antiguo que la regla pacta sunt servanda no es tan absoluta como para no admitir excepción alguna, la existencia de una causa que válidamente excuse el incumplimiento

---

(398) Así se reconoce, pocos años antes de producirse la abolición, en la R.O. de 8 de Agosto de 1864, dada sin duda con objeto de cálmar las protestas de los representantes extranjeros que veían en el R.D.Ext. 1852 una amenaza a su privilegio. En efecto se dice allí que "... el Real Decreto de extranjería no tiene validez en todo lo que se halle en contradicción con lo estipulado en los tratados internacionales vigentes, así anteriores como posteriores a su fecha, porque un Real Decreto aunque sea posterior a un tratado o convenio, no lo altera en atención a que no puede modificarse por la sola voluntad de una parte y sin la aquiescencia de la otra lo estipulado en un pacto bilateral".

de lo pactado, impediría la consideración de que el Estado español es infractor. Pero también en la historia del fuero porque sí, tras un minucioso análisis, resultase que su naturaleza no es tan internacional como a primera vista parece, podríamos afirmar sin temor que, derogándolo no infringió el Decreto de unificación norma internacional alguna, ya que en tal caso, lo derogado no sería más que otra norma, tan interna y nacional como el mismo Decreto.

Recorramos serenamente cada uno de estos dos caminos.

A) La vía jurídica.- Partiremos en el presente recorrido de un precedente de excepción que nos brinda la historia de la jurisprudencia arbitral, no sólo por su proximidad cronológica con el Decreto de unificación, sino también por cuanto se refiere a una situación gemela de la existente en nuestro país.

Hemos visto en efecto en páginas anteriores (399), como el juez conservador de los extranjeros era también institución conocida en el vecino Portugal, en donde subsistió hasta el Tratado de 3 de Julio de 1842 por el que la Gran Bretaña renunció al beneficio del mismo. Fue pocos años antes de que tal renuncia se produjese, en época por lo tanto en la que el privilegio jurisdiccional se hallaba en pleno vigor, cuando nació el asunto litigioso Yuille,

---

(399) V. supra. p. 87 ss.

Shortridge y Cía, (400) cuyos hechos eran los siguientes: en 1810 el portugués Manuel José de Oliveira, devino, por razón de las relaciones comerciales que mantenía con la sociedad inglesa Murdech, Yuille, Wardrop y Cía., comerciante en vinos de Madeira, acreedor de la misma por la suma de 10.000 libras esterlinas aproximadamente. Ante la imposibilidad de cobrar la suma adeudada y tras distintos aplazamientos y negociaciones encaminados a tal fin, demandó Oliveira a dicha sociedad en 1830 ante el juez conservador de Madeira viendo rechazada su demanda por vicio de forma. Hasta tres veces intentó incansablemente Oliveira su demanda utilizando en su favor las reformas que en la organización judicial portuguesa habían introducido por una parte la promulgación en 1833 del Código de Comercio, y en 1835 el Decreto de 17 de Mayo reformando el recurso de revisión ante el Tribunal Supremo, por otra, pero siempre con resultados negativos, hasta que por fin, el Tribunal de Lisboa, decidió en 1840, reasumiendo el conocimiento del asunto, como consecuencia de la casación por el Tribunal Supremo de la sentencia dictada por el Tribunal de Comercio, que Oliveira era acreedor de la suma debida más los intereses del 5% acumulados desde 1813. Ante esta condena solicitó la citada sociedad la intervención del ministro británico quien, tras ser informado por el juez conservador de Madeira, que tal sentencia emanaba de una ju-

(400) Cf. RAI cit., pp. 78 s.s.

risdicción incompetente, presentó sus quejas al ministro portugués de asuntos exteriores, quien aconsejó a la sociedad que recurriese en casación contra la sentencia del Tribunal de Lisboa, consejo que la mencionada sociedad se apresuró a seguir. Intentaba mientras tanto Oliveira conseguir la ejecución de su sentencia sobre los bienes que la sociedad poseía en Madeira, dando con ello lugar a nuevas protestas del ministro británico quien exigía se pusiese fin de manera inmediata a tales actividades, que constituían una violación de los tratados existentes, haciendo al tiempo responsable al gobierno portugués de los perjuicios que sufriesen sus súbditos, en otro caso. Lo poco satisfactorio de la explicación de este último, dio lugar al franco planteamiento del conflicto diplomático, que las partes acordaron someter a la decisión del Senado de la ciudad libre de Hamburgo, por compromiso de 8 de Marzo de 1861. Frente a las tesis británicas, que hacían responsable al gobierno portugués de violación de los tratados de 1654 y de 1810, que establecían como sabemos un procedimiento particular en beneficio de los súbditos británicos, por la promulgación del Decreto de 1835 (401), el gobierno por-

(401) "L'etat -decía la memoria británica- use de son independence en soumettant les etrangers a ses lois et a ses tribunaux. Mais si par traité, il a pris l'engagement de suivre a l'egard des etrangers une procedure particulière il ne peut plus se retrancher derriere ses lois pour se soustraire a l'obligation contractée. Il doit prendre les mesures necessaires pour assurer l'observation de la procedure prescrite. Si une autre procedure a été suivie, fut-elle conforme aux lois locales, le traité est violé et l'etat dont relevent les etrangers lesés peuvent s'en plaindre comme de la violation d'un droit acquis". Cf. LA PRADELLE y POLITIS, R.A.I. cit. p. 90-91.

tugués sostenía, que no sólo los tratados habían sido respetados, no existiendo ni violación de las leyes locales ni denegación de justicia en perjuicio de los súbditos británicos, sino que, a mayor abundamiento

> "... il est de principe que les etrangers sont soumis aux tribunaux du pays oú ils resident. L-administrattion de justice est un atribut de la souverainete locale. Elle a lieu sans l'inmixtion des gouvernements etrangers. Pareille inmixtion serait contraire a l'independence du pays, car, par elle, le gouvernement etranger s'erigerait en juge des tribunaux locaux".

Añadiendo además a esta manifestación que

> "... les Etats ont le droit de se perfectionner; quand ils reforment leurs institutions on ne saurait pretendre que leur nouveaux système judiciaire ne s'applique pas aux procés des etrangers sous pretexte que les tratés avaient ulterieurement arreté, suivant l'organisation judiciare de l'époque, une autre forme de procedure; pareille pretention equivaudrait á nier le droit de developpment; elle signifierait que les traités obligent les Etats contractants a rester inmuables, a l'ecart de tout progres", (402).

Esta clara referencia a la teoría del cambio de circunstancias, que no constituía por otra parte, en modo alguno, el núcleo de la argumentación portuguesa, no siendo tampoco apreciada por el Senado de Hamburgo en su laudo, tiene para nosotros, sin embargo, especial importancia, por cuanto que tal excepción ha sido invocada, a distintos niveles, en varias ocasiones en nuestro país, en relación con la cuestión de la vigencia del fuero de extranjería.

---

(402) Ibid. p. 97.

Fue la primera de ellas a raiz de la promulgación del Decreto de 15 de Marzo de 1821, derogando el fuero militar de extranjería.

Recordemos cómo en efecto, 45 años antes del Decreto de unificación, una de las primeras actuaciones del gobierno, a la sazón también revolucionaria, fué la de abolir el privilegio. Sin embargo, serias dudas respecto de la legalidad de tal medida debieron surgir en el legislador por cuanto que solicitó pocos días más tarde al letrado Sr. Heredia un informe acerca del modo de contestar a las eventuales reclamaciones que formulasen como consecuencia de tal decisión las Potencias extranjeras, las cuales, como también sabemos, no se hicieron esperar (403). Lo expuesto hasta aquí nos muestra, que tanto en la mente del preocupado gobierno como en las de los países reclamantes se encontraba la idea del carácter convencional, pactado, del fuero de extranjería. Tal idea era compartida por el mismo Heredia quien en su Informe (404) tras reprochar al gobierno la ligereza con que tal medida había sido adoptada, pues negociación alguna, ordenada a la obtención del consentimiento de los estados interesados había sido entablada, concluye admitiendo la infracción y lamentándose de las consecuencias que de la misma podrían derivarse, tales como reclamaciones diplomáticas y utilización por tales estados

---

(403) V. supra. p. 169.
(404) Cf. Informe, cit.

de la exceptio non adimpleti contractus.

A conclusiones diametralmente opuestas llegó el Consejo de Estado, a la sazón también consultado (405) al negar el hecho de la infracción sobre la base de la excepción que para el cumplimiento de los tratados supone la cláusula rebus sic stantibus, y admitiendo, tan sólo, la posibilidad de que se reprochase al gobierno, el no haber respetado, dada la ausencia de negociación, una regla de pura cortesía o de buena vecindad.

En fecha más próxima a la de producirse la derogación, vemos como la cláusula rebus es invocada nuevamente, en relación esta bez con la presentación al gobierno en 4 de Noviembre de 1863 de las bases para la organización de los tribunales del fuero común y enjuiciamiento criminal. En efecto, en la exposición de motivos y fundamentos que las precede, se expresa la Comisión General de Codificación en el sentido de que el fuero privilegiado de extranjería debe entenderse como derogado pues, dice,

> "Cuando cesan las causas de la concesión de ciertos privilegios, cuando estos son incompatibles con la forma de gobierno establecido, cuando vienen a ser un anacronismo, sería absurdo sostener que han de considerarse como vivas las estipulaciones celebradas en épocas remotas bajo otro grado de civilización y bajo el imperio de diferentes y tal vez opuestas circunstancias" (406).

---

(405) Cf. Dictamen, cit.

(406) Cf. RGLJ, t. 23/1863, p. 344.

Mantiene sin embargo paralelamente el citado órgano, que es aconsejable que la derogación se efectúe utilizando el mismo medio que se empleó para la creación, por lo que no aconseja al Gobierno su abolición de forma unilateral.

Obligado es que nos preguntemos por el valor de estas consideraciones a la luz del derecho internacional vigente en el momento de la promulgación del Decreto de unificación, teniendo presente, ya desde ahora, que en este momento histórico siendo todavía muy escasa la jurisprudencia internacional, teniendo los tratados, bilaterales en su mayor parte, la consideración de meros Vertrag -que diría TRIEPEL- o instrumentos que contienen derechos y obligaciones correlativos, son las opiniones de los autores, dotadas de gran autoridad, las que desempeñan un papel fundamental en la creación del derecho internacional, debiendo pues principalmente a la luz de las mismas enjuiciar la admisibilidad de la cláusula rebus sic stantibus.

Desconocemos en efecto la existencia de precedente jurisprudencial alguno en el que se haya al menos discutido la posibilidad de recurrir a la cláusula rebus sic stantibus para justificar la denuncia unilateral de un tratado (407).

---

(407) Suele citarse por los autores, como el más antiguo, la sentencia rendida por el Tribunal federal suizo en 1882, 17 de Febrero, para zanjar la controversia entre los cantones de Lucerna y Argovia en relación con una servidumbre pública establecida por tratado, y en la cual se pronunciaba en favor de la admisibilidad de la citada claúsula, que interpretaba con una amplitud tal,

Tampoco el examen de la práctica diplomática nos ilumina gran cosa, pues si bien la claúsula es conocida y se invoca en determinadas ocasiones, no existe acuerdo en cuanto a sus condiciones de aplicación. Así por ejemplo, para el gobierno de los Estados Unidos de América, ha de tenerse en cuenta la opinión de los estados co-contratantes, de manera que la cláusula solo puede ser invocada cuando todos ellos estén perfectamente informados de que la denuncia no es un pretexto para sustraerse al cumplimiento de las obligaciones contraídas (408). En parecido sentido se expresa el Protocolo de Londres de 17 de Enero de 1831, al modificar el estatuto territorial acordado en el Congreso de Viena en relación con la independencia de Bélgica, una vez constatado por todas las partes interesadas el cambio de circunstancias y acordada la revisión de lo previamente pactado (409). También para el gobierno francés, es la revisión de los protocolos adoptados en Viena y no su denuncia unilateral sobre la base de la cláusu-

---

dando cabida dentro de ella a las nociones de "interés vital" y de "razón de estado" en la línea marcada por Wolff (v. infra. p. 266), que se hizo acreedora de las críticas más duras. Cf. TENEKIDES "Le pricipe rebus sic stantibus, ses limites rationnelles et sa recente evolution" en RGDIP, 1934, p. 272; también cf. McNAIR, Law of treaties, Oxford 1961, p. 690.

(408) Así se deduce de las declaraciones hechas por diferentes miembros del gobierno USA cuando en Abril de 1793 se discutió la posibilidad de denunciar los tratados existentes con Francia como consecuencia de la Revolución de 1789; Cf. MOORE, J.B. International Law Digest vol. V, p. 335-7; Cf. también BOGAERT, "Le sens de la clase rebus sic stantibus dans le droit de gens actuel", en RGDIP, 1966 p. 55-6.

(409) Cf. BOGAERT, art.cit. p. 56.

la rebus sic stantibus , lo que cree que procede en 1863 a raiz de los conflictos internos existentes en Alemania (410). En general cabe afirmar, que las Potencias se han mostrado hostiles a la ruptura unilateral de los tratados, prefiriendo o inclinándose por la revisión de los mismos, una vez constatado por todos los firmantes el cambio de las circunstancias.

Es sin embargo, en el plano doctrinal como ya hemos apuntado en donde encontramos mayores elementos de juicio. En efecto, la doctrina según la cuál ha de entenderse como implícita en todos los tratados la condición de que estos conservan su fuerza obligatoria en tanto en cuanto subsistan las circunstancias existentes al tiempo de su conclusión es ya conocida en el derecho clásico griego, en el islámico y en el canónico medieval, invocada por los glosadores en el ámbito del derecho civil como medio de sustraerse al cumplimiento de una obligación, se introduce en el derecho de gentes por la vía de la analogía con GROCIO (411) y GENTILIS (412).

Pero es a VATTEL a quien debemos la elaboración en términos claros y precisos de una teoría auténtica de la cláusula rebus. Dice en efecto este autor (413).

---

(410) Ibid. p. 57.

(411) Cf. GROCIO Le droit de la guerre et de la paix, lib. II, cap. XVI, ed. francesa por Pradier-Foederé, t. II, París 1867 p. 301.

(412) Cf. GENTILIS De iure belli, lib. III, cap. XIV, ns. 599 y 600, reimpresión de la ed. inglesa de J.C. Rolfe, Londres - N. York 1964 p. 365.

(413) VATTEL, Le droit de gens lib. II, cap. XVII, nueva ed. por Pradier-Foedere, t. II, París 1863 p. 277.

> "S'il est certain et manifeste que la consideration de l'etat present de choses est entré dans la raison qui a donné lieu a la promesse, que la promesse a été faite en consideration, en consequence de cet etat de choses, elle depend de la conservation des choses dans le même état".

Añade sin embargo este mismo autor que hay que ser extremadamente cauto en la utilización de tal doctrina que puede en otro caso, ser causa de múltiples abusos; así, hay que tener presente que no todo cambio en las circunstancias existentes al tiempo de pactar justifica la denuncia del tratado sino tan sólo el que se produzca, en aquellas que fueron motivo determinante para la conclusión del mismo (414).

De manera diferente entiende WOLFF la cláusula, a la que considera como una consecuencia del derecho del estado a su autosubsistencia. En efecto, dice este autor:

> "If that which is due by a treaty is in the category of duties of the nations towards nations and you yourself need it for the preservation of your nation, you ought to prefer your nation to another nation, nor is the treaty violated if you should not perform that which has been promised. For in case of the presant preposition the duty of the nation towards itself conflicts with its duty towards other nations. Therefore, since by nature the duty of a nation towards itself prevails over its duty towards

---

(414) "Ce serait en abuser honteusement que de s'autoriser de tout changement survenu dans l'etat de choses, pour se degager d'une promesse; il n'y en aurait aucune sur laquelle on put faire fond. Le seul etat de choses á raison duquel la promesse a été faite lui est essentiel; et le changement seul de cet état peut legitimement empêcher ou suspendre l'effet de cette promesse. Ce lá le sens qu'il faut donner a cette maxime des jurisconsulttes conventio omnis intelle gitur rebus sic stantibus". Ibid. p. 278.

> other nation, if there should be an agreement with a certain nation that should be performed for if by nature nations owe each other by way of duty there is in this agreement the tacit provision that the case should be expected in which you neceseraly need for the preservation of your own nation that which is to be performed for the other nation. Therefore in spite of the treaty you prefer your own nation to the other with whom the treaty was made, and since in this cse of conflict the other nation has been able to acquiere no right from the treaty, if that should not be performed which has been promised the treaty has not been violated" (415).

En el mismo sentido que WOLFF se expresa ZOUCHE (416) quien recoge la explicación que la reina Isabel de Inglaterra dio a las Provincias Unidas de los Países Bajos, en 1595, para justificar la inobservancia del tratado de ayuda mutua que entre ellos estaba concluído, diciendo que era la opinión de los juristas y hombres de estado que toda convención debe entenderse que obliga:

> "... only while thing remain in the same estate; That a man is strangly bound to his country than to a private promise; and that princes are not bound by their contract when the contract results in public injury".

Por el contrario, a la admisión de la cláusula rebus, y en particular bajo la concepción de WOLFF y ZOUCHE, se opone violentamente BYNKERSHOEK (417) quien entiende que

---

(415) Cf. WOLFF, Iusgentium methodo scientifica pertractatum cap. IV, nº 388, trad. inglesa por J.H. Drake, vol. II, Oxford / Londres 1934, p. 199.

(416) Cf. ZOUCHE, Juris et judicii fecialis sive iuris inter gentes explicatio, part. III, secc. IV, nº 25, trad. inglesa por J.L. Brierly, 1911 p. 102.

(417) Cf. BYNKERSHOEK, Quaestionum Juris Publici, lib. II, cap. X, trad. inglesa de Tenney Frank, Oxford/Londres 1930, p. 190 s.s.

al amparo de tan sutil argumentación puede rescindirse cualquier acto y en cualquier ocasión, por lo que tan sólo se sentiría uno ligado por los pactos concluídos mientras estos resultasen ventajosos

> "... the saving clause, rebus sic stantibus lies in every compact, and accordingly compacts can be broken: (1) if a new condition has arisen suitable for reopening discussion; (2) if circumstances have come to such a pass that one can not take action; (3) if the reasons that promoted the alliance have ceased to exist; (4) if the needs of the state or expedience demand a different course... In that manner, you can rescind any act whatsoever, on whatever occasion you can choose... In my opinion, a promise must be kept even when its observance is not expedient to the state, nay even when it is dangerous".

Ya en época más reciente (siglo XIX), aunque a veces con matices distintos, la cláusula se admite en autores como KLUBER (418), MARTENS (419), WHEATON (420) y HEFFTER (421), siendo particularmente interesante la interpretación de estos dos últimos autores que recogen la línea marcada por WOLFF y ZOUCHE. Así, WHEATON, se expresa de la siguiente manera:

> "Quand la constitution interieure de l'un ou de l'autre des etats est tellement changée qu'elle rend le traité inaplicable dans des circonstances differentes de celles en vue desquelles il a été conclu".

---

(418) KLUBER, Droit de gens moderne de l'Europe, t. I, París 1831, p. 289.

(419) MARTENS, G.F., Precis de droit de gens moderne de l'Europe, por Ch. Vergé, t. II París 1864, p. 384.

(420) WHEATON, op.cit. p. 255.

(421) HERRTER, op.cit. p. 193.

En el mismo sentido HEFFTER cuando dice que:

> "La partie obligée peut egalement refuser l'execution de l'engegement contracté dans les cas d'une impossibilité survenue et durable, bien que relative, de le remplir, notamment dans le conflit avec ses propres devoirs, avec le droit et le bien-être du peuple ou le droit des tiers, alors surtout que ces droits existaient déjà avant le traité".

Sobre la base de todo lo que antecede, cabe afirmar como conclusión que la cláusula rebus sic stantibus, como medio de denuncia unilateral de los tratados si bien se admite a mediados del siglo XIX, con algunas reservas en la práctica de los estados quienes se inclinan preferentemente por la revisión de los mismos previa constatación de la alteración de las circunstancias por todos los signatarios, encuentra amplio eco entre los autores de la época, entre los que una fuerte corriente de opinión la considera como un medio de defensa o como un elemento necesario para la autoconservación del Estado.

Pero no se agotan con la teoría de la cláusula rebus sic stantibus, los argumentos que para defenderse de toda pósible reclamación por la violación de los tratados existentes al tiempo de la unificación de fueros podría esgrimir nuestro país. En efecto, el derecho internacional decimonónico nos brinda todavía una segunda excepción a la regla pacta sunt servanda, conocida bajo el nombre de non adimpleti contractus.

La idea de que la violación por alguna de las partes contratantes de alguna de las obligaciones asumidas en virtud de un tratado es causa bastante para dispensar a la otra del cumplimiento de las que por el mismo le incumben, fue expuesta ya por GENTILIS (422) en los siguientes términos:

> "The whole of an agreement is invalidated by failure to keep a part of it, because all the chapters of a contract are connected and one agreement is made with reference to another",

y recogida también por GROCIO (423) como sigue:

> "Si une partie a violé le traité, l'autre pourra se retirer de la alliance, car chacun des articles du traité a la force d'une condition... a moins qu'on ne soit convenu autrement ce qui se fait quelque fois, afin qu'il ne soit pas permis de renoncer au traité pour n'importe quelles offences".

Para VATTEL (424), la parte ofendida tiene opción ya para exigir de la infractora el cumplimiento de sus compromisos, ya para considerar el tratado como roto, añadiendo el mismo autor, en contra de los que pretenden considerar a un mismo tratado como algo desprovisto de toda unidad considerando cada uno de los artículos que lo integran como tratados particulares a su vez, de tal suerte que la infrac

---

(422) Cf. GENTILIS, A., op.cit., lib. III, cap. 24, nº 703, p. 427.

(423) Cf. GROCIO, op.cit. lib. II, cap. XV, p. 265.

(424) Cf. VATTEL, op.cit. lib. II, cap. XIII, nº 200-202, p. 192 s.s.

ción de uno de ellos no liberaría a la parte lesionada del cumplimiento del resto sino tan sólo de las obligaciones que le incumbiesen en virtud de tal artículo, que incluso en los casos en los que no existe una conexión inmediata entre los artículos de un mismo tratado, ha de ser éste tenido como un todo, pues los contratantes pactan unos artículos con la vista puesta en los demás.

En el mismo sentido se expresan ZOUCHE (425) y WOLFF (426). En época más cercana a nosotros encontramos las opiniones de KLUBER (427), WHEATON (428), MARTENS (429), HEFFTER (430) y otros autores de la época.

---

(425) Cf. ZOUCHE, op.cit. part. III, secc. IX, nº 51, p. 111: "If one party to a treaty has broken it, the other may abandon it; because each clause of a treaty has the force of a condition".

(426) Cf. WOLFF, op.cit. cap. IV, nº 430, p. 225: If one party shall have violated a treaty, the other party also can withdraw from it. This is true concerning stipulations. Therefore, since those things which have been proved concerning stipulations are true also for treaties, if one party shall have violated a treaty, the other party also can withdraw from it".

(427) KLUBER, op.cit. p. 289: "Les traités cessent encore d'être obligatoires... par la defection d'une des parties qui refuse l'execution du traité, ou même d'un autre tout-a-fait different, l'autre partie est liberée de son côté".

(428) Cf. WHEATON, op.cit. p. 255.

(429) Cf. MARTENS, op.cit. p. 384: "... il n'est permis de se dedire unilareralement d'un traité validé et obligatoire que lorsque la propre conservation y autorise ou que le partie contractant a été le premier a s'en ecarter. Toute fois ce n'est pas chaque infraction d'un article du traité qui autorise a s'en dedire; elle ne donne d'abord que le droit d'en exiger l'accomplissement, ou de refuser cet accomplissement pour autant que notre satisfaction le demandé. Mais vu que tous les articles principaux d'un traite sont dans une liaison naturelle, en vertu de laquelle chacun a pour condition l'accomplissement des autres, la partie lesée peut successivement en venir jusqu'a se dedire de tout le traité, surtout en tant qu'elle n'a pas renoncé a ce droit".

(430) HEFFTER, op.cit. p. 194.

Hasta aquí las opiniones de los autores más significativos. Si abordamos ahora el plano jurisprudencial, tan sólo encontramos en el momento histórico que consideramos el precedente que nos ofrece la jurisprudencia norteamericana en el caso Ware v. Hylton (431), cuyos hechos eran los siguientes: antes del estallido de la Revolución americana de 1774, la firma Daniel Hylton y Cía., había recibido en préstamo de los súbditos británicos Farrel y Jones la cantidad de 15.000 dólares. Durante la guerra, y de acuerdo con una ley del estado de Virginia, Hylton y Cía, pagaron aproximadamente unos 3.000 dólares al departamento de préstamos de dicho estado quedando por tal pago liberados de su deuda con los británicos citados. En 1790, Ware, representante del acreedor Jones, demandó sobre la base del artículo 4º del tratado de paz entre los Estados Unidos y la Gran Bretaña de 1783, a Hylton y Cía., con objeto de cobrar la antigua deuda. Aducía el demandado en su defensa que, por una parte, la deuda estaba ya satisfecha de acuerdo con las leyes de Virginia, y que por otra, el tratado de paz de 1783 había caducado por razón de las violaciones que del mismo había hecho la Gran Bretaña, por lo que las previsiones del mismo no podrían servir de base para el pago de la deuda al demandante. Interpuesto recurso de casación contra la sentencia, favorable al demandado, rendida por el tribunal de instancia, el juez Iredall

(431) Cf. MOORE, op.cit. vol. V, nº 770, p. 320; McNAIR, "La terminaison et la dissolution des traités; RCADI 1928/II, p. 519 s.s.; BHEK PATI SINHA, Unilateral denunciation of treaty because of prior violations of obligations by other party, La Haya 1966, p. 40.

declaró, que si bien el acreedor británico tenía derecho al cobro de su crédito, que subsistía a pesar de la ley de Virginia, no estaba facultado para cobrarla del demandado, añadiendo, en relación con la cuestión de la caducidad del tratado, que:

> "It is a part of the law of the nations that if a treaty is violated by one party, it is at option of the other party, if innocent, to declare in consequence of the breach, that the treaty is void. If Congress, therefore (who I conceive, alone have such authority under our goverment) shall make such a declaration in any case like the present, I shall deem it my duty to regard the treaty as void, and then to forbear any share in executing it as a judge. But the same law of nations tells me that until that declaration is made, I must regard it (in the lenguage of the law) valid and obligatory".

Ha sido sin embargo en el plano político y diplomático, donde la excepción ha sido invocada con mayor frecuencia (432) para liberarse de las obligaciones impuestas por un tratado, cuya denuncia se entendía así, perfectamente lícita. En este sentido se expresaban por ejemplo los entonces respectivamente senador y secretario de estado James Madison y Thomas Jefferson en relación con las violaciones de parte de la GB del tratado de paz de 1783. La misma postura mantuvieron los representantes USA a lo largo de las conversaciones mantenidas con Francia a raiz del conflicto surgido, por la pretendida incompatibilidad de los tratados franco-americanos 1778/1790 con el tratado anglo-americano de 1796. También en el mismo sentido se

---

(432) Cf. BHEK PATI SINHA, op.cit. p. 104 s.s.

expresa el King's Advocate con ocasión de la pretendida violación por parte de España de los antiguos tratados firmados con Inglaterra, en 6 de Abril de 1825. Igualmente, y en relación con los tratados de 16 de Noviembre de 1831 entre Gran Bretaña y Rusia, y de 19 de Mayo de 1815, entre Gran Bretaña, Rusia y los Países Bajos, relativos al empréstito ruso-holandés, se pronunciaron en 1831, los consejeros legales de la Corona, en 1847, Mr. Hume, en 1847 también Lord Palmerston, y en 1854, Lord Dudley Stuart. De la misma forma, Lord Phillimore, el 21 de Junio de 1864, en relación con las pretensiones de Prusia de retirarse de la Declaración de París de 1856, ante la insuficiencia del bloqueo danés, y Mr. Travers Twiss, Queen's Advocate, el 29 de Octubre de 1868, en relación con la violación por la República del Transvaal-Boers del tratado de 1852 con la Gran Bretaña.

Supuesto todo lo que antecede, podemos afirmar que, si se admitía en el siglo XIX -y se sigue admitiendo fundamentalmente hoy en día lo mismo (433)- que si bien la violación de un tratado no da lugar a la anulación ipso facto del mismo, faculta a la parte inocente para optar, ya por denuncia unilateralmente la totalidad o parte de las obligaciones que le incumben en virtud de tal tratado, ya por alguna de las siguientes alternativas menos radicales como son, ignorar o condenar la infracción y seguir

(433) Ibid. p. 84 s.s.

considerando el tratado como subsistente, limitarse a formular una protesta diplomática, exigir su ejecución y/o indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

La excepción que queda descrita no era desconocida en la práctica estatal de nuestro país, habiendo acudido a ella la Primera Secretaría de Estado en su Informe de 1 de Abril de 1857 (434) rendido con objeto de responder a las protestas formuladas por los representantes de Francia, el 23 de Marzo de 1857, y de la Gran Bretaña, el 20 del mismo mes y año (435) a raiz de la declaración por el Tribunal Supremo de que el fuero de extranjería era meramente pasivo. Se invoca en efecto en el citado Informe la exceptio non adimpleti contractus como una de las vías de oposición que España podría seguir para poner fin a las protestas de las potencias extranjeras en el hipotético supuesto (hipotético, porque en realidad, tal y como se expresa en el informe citado, no hay violación por el hecho de declarar pasivo el fuero, pues con tal carácter estaba pactado) de que España hubiese violado, tal y como mantienen dichas potencias, los tratados en los que el fuero estaba inserto. Dice en efecto DIAZ del MORAL en tal Informe que:

---

(434) Inédito, Archº M.A.E., Legajo 2821, sección política.
(435) Ambas cit.supra. p. 255.

> "verdad es que se establecen reglas para el goce del citado fuero por tratados con Inglaterra y Francia, más estos se hallan parcialmente anulados precisamente por las leyes interiores de la Gran Bretaña y del vecino imperio... No ofrece pues duda de que la invocación de los tratados es por lo menos inconveniente "(436).

Todas estas ideas, tanto en relación con la exceptio non adimpleti contractus como con la cláusula rebus sic stantibus, son recogidas y aunadas por un autor de la época (437) que arranca en su argumentación de un acontecimiento histórico con relevancia jurídica fundamental, cual es la guerra como causa de extinción de los tratados entre los beligerantes. Explica en efecto TOLEDANO cómo España, terminado el estado de guerra general que la Revolución francesa había provocado, y que la había, ya aliado, ya enemistado con la mayoría de las naciones europeas, se encontraba, restablecida la paz, enteramente libre bien para renovar sus antiguas estipulaciones, bien para continuar en su recién estrenado estado, sin sujeción a ninguna.

> "Quizás -dice este autor- no se había presentado una ocasión más favorable durante el mando de la casa de Borbón, para enmendar las faltas y corregir los daños que el abandono e incuria de nuestros estadistas, la decadencia de la Monarquía y la escesiva y no bien justificada condescendencia de nuestros gobernantes, habían introducido en la legislación internacional".

---

(436) Se extiende el informe explicando, como buen número de disposiciones sobre cabotaje, visitas, derechos de navegación, aranceles... etc... han sido dictadas por los citados gobiernos con ignorancia de los tratados suscritos.

(437) Cf. TOLEDANO, op.cit. p. 52 s.s.

Sin embargo, la implantación del gobierno absoluto de Fernando VII, malogró esta buena oportunidad, pues, bajo el mismo, lograron los estados extranjeros la renovación de sus antiguos tratados, si no en su totalidad, sí por lo menos en lo tocante a los derechos civiles y a las relaciones comerciales. No obstante, continúa el mismo autor, no es seguro que las antiguas estipulaciones hayan sido revalidadas, pues tal ha sido, por una parte, la variación de las circunstancias y tantas y tan frecuentes las infracciones que de los mismos se han venido haciendo, por otra, que realmente puede afirmarse que tales tratados son ya caducos, no estando por lo tanto España, en modo alguno vinculada por las estipulaciones hechas en los siglos pasados.

Vemos en efecto como a principios del siglo XIX, siempre según TOLEDANO no sólo las condiciones e importancia de las partes contratantes han cambiado considerablemente, pues España ya no es dueña -como lo era en el siglo XVIII- de las Indias, cuya posesión monopolística había contribuído decisivamente a la concesión de buen número de privilegios, sino que también, puede nuestro país responder a cualquier reclamación que se le formule, con ocasión de la violación de lo antiguamente pactado, con el tu quoque, pues conocido es, por no citar más que los dos ejemplos más representativos, cómo en Inglaterra, a pesar de tener los españoles derecho a ser tratados como los naturales y be-

neficiándose de los efectos de la cláusula de la nación más favorecida, han visto sus derechos violados, al no poder acceder al pleno dominio de los bienes inmuebles, o al pagar, por razón del faro y pilotaje dobles derechos que otras naciones privilegiadas. Iguales ejemplos podrían citarse en relación con la vecina Francia, quien nada más restablecidos los antiguos tratados, los violó elevando lor aranceles, prohibiendo la navegación de cabotaje en sus costas... etc... Así, infracción por infracción también nuestro país dejó de atenerse a la letra de los tratados, legislando según lo exigían sus necesidades, sin atender a aquellos, y orientándose por la vía de la reciprocidad. Concluye TOLEDANO su argumentación, diciendo que, sobre la base de estas consideraciones, cabe afirmar que todos los convenios y pactos antiguos han caducado y son inoperantes, constituyendo la mejor prueba de ello la actitud pasiva con que en la mayoría de los casos los co-contratantes acogían las infracciones que de los mismos se iban produciendo.

Terminamos aquí el recorrido del primero de los dos posibles caminos en los que, decíamos, cabría quizás encontrar la respuesta a la cuestión de la posible violación por nuestro país de la norma fundamental del derecho internacional público. En este recorrido buscando argumentos capaces de justificar la aparente violación realizada por el Decreto de 1868, hemos considerado en todo momento como indiscutible punto de partida que el fuero de extranjería

era algo convencionalmente pactado, de naturaleza, por lo tanto internacional y que precisaba en consecuencia de excusas o excepciones también admitidas internacionalmente que pudiesen válidamente invocarse como fundamento de su derogación. Creemos haber encontrado, en la teoría de la cláusula rebus sic stantibus y en la exceptio non adimpleti contractus, dos líneas de argumentación con el peso y la entidad suficiente para salir al paso de cualquier acusación de violación del derecho internacional, habida cuenta -bien entendido- del estado en que el mismo se encontraba a mediados del siglo XIX, por parte del estado español. A mayor abundamiento, queremos sin embargo recorrer la vía histórica, convencidos de que encontraremos en ella una explicación más simple que la que hasta aquí hemos aducido.

B) La vía histórica.- Volviendo con el necesario detenimiento sobre la historia del fuero tropezamos con una serie de datos que nos llevan a albergar serias dudas, y a poner en tela de juicio su presupuesta naturaleza internacional, por lo menos en el momento en que la derogación se produce.

Fijándonos particularmente en las condiciones que rodean su nacimiento y progresiva generalización, observamos que tan sólo en dos ocasiones, con la Liga hanseática desde el 28 de Septiembre de 1607 y con la Gran Bretaña desde el 23 de Mayo de 1667, se ha pactado el fuero de extranjería de manera expresa y directa, gozando

del mismo todos los demás estados, bien por vía de la cláusula de la nación más favorecida, bien por mera concesión graciosa.

Como quiera que no es, sino a mediados del siglo XVIII que se produce una aplicación generalizada e indiscriminada del fuero de extranjería respecto de todos los extranjeros, cabe afirmar que hasta entonces, los que lo disfrutan, lo hacen en base a los tratados que sus estados respectivos tienen suscritos con España, los cuales, aunque no les proporcionen una base especialmente firme en cuanto al contenido del fuero, pues por incorporar simplemente la cláusula de la nación más favorecida hacen que se esté a expensas de la evolución que éste experimente en el marco de las relaciones hispanobritánicas, si son base suficiente para conferir al régimen de extranjería un carácter internacional (438).

Cuando a mediados del siglo XVIII el fuero de extranjería empieza, por corruptela o ignorancia, a aprovechar como sabemos, incluso a aquellos extranjeros cuyos estados respectivos no tienen suscrito tratado alguno en este sentido con nuestro país, claro es que, para ellos,

---

(438) Observemos que la Hansa, moribunda desde el inicio de la guerra de los treinta años, ante la imposibilidad de llegar por una parte, a la adopción de una política común frente a los acontecimientos bélicos que se iban produciendo, y ante la impotencia de mantener una posición neutral por otra, declina progresivamente a todo lo largo de la primera mitad del siglo XVII hasta extinguirse totalmente, por lo que la Gran Bratańa se convierte así en el único depositario del privilegio del fuero. Cf. Ph. DOLLINGUER, op.cit. pp. 444-55.

el fuero, representa simplemente un elemento más de los que integran el régimen español de extranjería, que puede ser, por lo tanto, al ser nacional e interno, libremente modificado o abolido por nuestro legislador con arreglo a los procedimientos que se hallen establecidos al efecto.

El sistema del fuero de extranjería, adquiere así, un carácter mixto, internacional, en relación con la Gran Bretaña y demás países que tengan pactada la cláusula de la nación más favorecida, e interno, respecto de todos aquellos que se benefician de él por mera concesión graciosa.

Este carácter se acentúa todavía más a partir de 1814, fecha a partir de la cual podemos considerar como globalmente extinguido, por razón de las guerras napoleónicas todo el derecho convencional pre-existente, pues en los nuevos tratados que se concluyen ninguna mención se hace del régimen privilegiado ni de las antiguas estipulaciones, con las tres únicas excepciones de Gran Bretaña, Francia y Dinamarca.

En efecto, con Gran Bretaña se concluye el 5 de Julio de 1814 el tratado de Madrid (439) cuyo primer artículo adicional previene que mientras no se negocie un nuevo tratado, se estará a lo dispuesto por los que estaban vigentes en 1796. En el mismo sentido se expresa el artículo

---

(439) Cf. CANTILLO, op.cit. p. 733 s.s.

adicional 2º, del tratado de 20 de Julio del mismo año concluído con Francia, y los artículos 3, 4 y 9 del de Londres de 14 de Agosto del mismo 1814 con Dinamarca (440). Así pues, salvo estos tres países, respecto de los cuales el régimen privilegiado recobra su vigencia por vía convencional, cabe afirmar que frente a todos los demás es éste un régimen interno y nacional, cuya aplicación y vigencia mantiene voluntariamente el legislador español con independencia de todo compromiso internacional, pudiendo ser en todo momento reformado o abolido unilateralmente. Por lo tanto, la cuestión de la eventual violación del Derecho internacional por nuestro país al derogar unilateralmente el fuero de extranjería, ha de plantearse tan sólo, de manera exclusiva cara a la Gran Bretaña (441). Planteando así el problema, la pregunta debería de formularse en los términos siguientes: ¿Faltó España a los compromisos que con la Gran Bretaña tenía contraídos desde 1667, cuando en 1868 abolió por decreto el fuero de extranjería? Nuestra respuesta no puede ser si no negativa, pues tan grande han sido las modificaciones introducidas -sin duda con arreglo a procedimientos no siempre ortodoxos, pero que eran tácitamente aceptados-, tan importante ha sido la evolución experimentada en el contenido mismo del fue

---

(440) Ibid. pp. 741-2.

(441) Ni siquiera frente a Francia o Dinamarca, por ser estos países tributarios, en lo que se refiere no sólo a las condiciones de aplicación sino también a la existencia misma del fuero, de la Gran Bretaña por razón del juego de la cláusula de la nación más favorecida, en virtud de la cual disfrutan del mencionado fuero.

ro, que realmente, entre el originalmente otorgado en las Reales Cédulas de 1645, elevadas a rango internacional por el tratado de 1667, y el consagrado en el Real Decreto de 1852, que el Decreto de unificación deroga, apenas queda en común mas que el nombre. Entendemos por ello que el sistema del fuero de extranjería como régimen internacional, pactado, devino progresivamente caduco, por desuso, a medida que un nuevo régimen, de carácter puramente interno y nacional se iba consolidando sobre sus ruinas. En nada contradice esta conclusión el hecho de que los tratados antiguos en los que el fuero estaba consignado se hayan ido renovando a lo largo del tiempo, pues claro es que esta renovación habrá lógicamente de entenderse como una revitalización del tratado tal y como se aplicaba al tiempo de producirse la causa -la guerra, casi siempre- que había dado lugar a la ruptura, como una vuelta al estado de cosas entonces existente, como si nada hubiese pasado, por lo que habrá de considerarse no ya únicamente el texto originalmente pactado sino también junto con él, todas las interpretaciones, correcciones y adiciones que para entonces se hayan hecho. En la especie que nos ocupa hemos pues de tener en cuenta que, cuando en los modernos tratados leemos en ocasiones que por su virtud los pactos antiguos quedan renovados, es ésta una declaración de carácter general, que no apunta expresamente al fuero de extranjería, ni hay motivo alguno para pensar que lo haga tácitamente, que tales tratados antiguos contenían, además del privilegio lla

mado de extranjería otras muchas disposiciones -privilegiadas algunas de ellas- relativas al tráfico mercantil cuyo mantenimiento podía interesar en la misma medida, que se renueva por ella, en fin, el texto antiguo única y exclusivamente en la medida en que este se encuentra vigente en ese momento y que en esa medida no está incluído el fuero de extranjería, cuya naturaleza es, en 1868, puramente interna y cuya extinción no es mas que una consecuencia de la aplicación de una regla universalmente admitida cual es la de que la ley posterior deroga la anterior.

Sección 2ª

En los territorios de Ultramar

1. El fuero de extranjería en las provincias de Ultramar

Conocido es el riguroso trato que las leyes españolas dispensaron desde el primer momento del descubrimiento a todo elemento extraño que pudiese poner en peligro la seguridad del hallazgo, y no sólo en base a una motivación religiosa como la que ya apuntaba el almirante Colón (442), sino por motivos políticos, militares y sobre

(442) "Y digo que vuestras Altezas no deben consentir que aquí trate ni faga pie ningun extranjero salvo catolicos cristianos; pues esto fue el fin y el comienzo del propósito que fuese por acrecentamiento y gloria de la Religión cristiana, ni venir a estas partes ninguno que no sea buen cristiano". Cit. por LAZARO DE ASPURUZ, La aportación extranjera a las misiones españolas del patronato regio, Madrid 1946, p. 19.

todo económicos, pues, grande era el recelo y temor que inspiraba la idea de que las riquezas que las nuevas tierras prometían, fuesen a parar a arcas distintas de las reales (443).

Aunque este rigor fue atenuándose de forma progresiva bajo el reinado de los austrias, y sobre todo de los borbones, en vista de los útiles servicios que en no pocas ocasiones prestaba el elemento extranjero, no ha de pretenderse que llegó hasta el punto de conceder a los extranjeros el beneficio del fuero, por la doble razón de que, primero, cuando el mismo se estipuló, no sólo se encontraba todavía vigente el régimen inicial en toda su dureza sino que, segundo, representaba el fuero en sí mismo como ya hemos señalado un privilegio que se concedía a los extranjeros en los territorios metropolitanos para contribuír precisamente a alejarlos de los ultramarinos, por lo que es impensable que, al menos en su origen el fuero de extranjería haya sido extensivo a tales territorios. En este sentido se expresan las Reales Cédulas de 17 de Febrero de 1801 y de 18 de Febrero de 1803 (444).

---

(443) Sobre el trato dispensado a los extranjeros en Indias y su evolución, cf. ASPURUZ, op.cit. pp. 19 s.s. donde se cita una importante bibliografía al respecto. cf. GIBERT, art.cit. pp. 179-80, y espec. la Recopilación de las leyes de los reinos de las Indias, lib. 9, tit. 27.

(444) Ambas cit. por BACARDI, op.cit. p. 36 y también por PECOURT, "Una institución singular"..., cit. p. 891, nota 32.

Parece ser, sin embargo, que por corruptela, en la práctica, los tribunales se lo concedían a los extranjeros transeúntes, por lo que se hizo necesario recordarles cuáles eran sus justos límites. En efecto, por Real Orden de 12 de Octubre de 1844, dirigida al Comandante General del apostadero de La Habana se dispone que:

> "... está fuera de toda duda que los extranjeros transeúntes no gozan del fuero de guerra en los dominios de Indias por no estar estipulado en los tratados..."

lo cual fue confirmado por otra Real Orden de 2 de Julio de 1847, dirigida al Capitán General de Puerto Rico a raíz de un caso de naufragio de buques americanos del que había comenzado a conocer la capitanía general en calidad de juzgado de extranjería, en la que se aconseja al Capitán General que:

> "... pasase los espedientes a los jueces territoriales a quienes, en su concepto, correspondía entender en ellos, hallándose estinguido el fuero de estranjería..." (445).

2. La Ley de 4 de Abril de 1870

A) Su justificación y alcance.- Valga lo hasta ahora expuesto para indicarnos que el confusionismo y las contradicciones en materia de extranjería no eran en absoluto patrimonio exclusivo de los territorios metropolitanos. Pero así

---

(445) Ambas Rs.Os. cit. por BACARDI, op.cit. p. 37 y también por RIQUELME, Elementos, p. 384.

como en éstos un cierto orden logró imponerse en virtud de los decretos de 17 de Noviembre de 1852 y de 6 de Diciembre de 1868, la situación en Ultramar continuó igual de desordenada que antes pues en efecto, la ordenación que en aquellos instauraron los citados decretos, no aprovechó en modo alguno a las provincias ultramarinas que quedaron, por una parte expresamente excluídas del ámbito de aplicación del Real Decreto de 1852 en virtud de su artículo 41 según el cuál:

> "Todas las disposiciones del presente Decreto, son únicamente aplicables a la Península e Islas adyacentes, subsistiendo en su fuerza y vigor en las provincias de Ultramar las disposiciones que allí rigen sobre extranjeros",

y fueron, por otra, ignoradas por el de unificación, en donde a pesar de no hacerse alusión expresa alguna, al ámbito de aplicación territorial, es evidente que no podía entenderse como aplicable a Ultramar, habida cuenta de que la idea entonces dominante era la de que la legislación peninsular, cualquiera que fuese su objeto, no era aplicable a las provincias ultramarinas.

Nada pues más urgente que llevar a cabo en éstas una reestructuración de la condición del extranjero, semejante a la realizada en la Península. A esta necesidad responde sin duda el proyecto de ley de extranjería que con fecha de 22 de Marzo de 1870, y sobre la base del artículo 108 de la nueva constitución de 1869 (446) sometió a las Cor-

---

(446) Art. 108: "Las Cortes constituyentes reformarán el sistema actual del gobierno de las provincias de Ul

tes el entonces ministro de Ultramar en cuyo preámbulo se expresaba como sigue:

> "Entre los puntos de más notorio interés para el régimen y vida jurídica de nuestras provincias de ultramar, debe sin duda contarse una ley de extranjería, cuya falta deja en grave perturbación y desconcierto multitud de relaciones necesarias, dando con ello margen a que la autoridad las fije de diverso modo, y siempre con criterio individual y arbitrario. No hay en los territorios españoles ultramarinos legislación general sobre tan interesante materia, y las disposiciones que existen sea en las antiguas leyes de Indias sea en bandos de buen gobierno y reglamentos de las autoridades, obedecen más al espíritu receloso y restrictivo de los tiempos en que la universalidad del derecho se tenía por doctrina subversiva y condenable, otras son insuficientes, todas parciales y a veces discordes entre sí. En la Península, este mal que también de antiguo existía se remedió en parte con el decreto de 17 de Noviembre de 1852, el cuál vino a fijar de un modo general y uniforme las condiciones de residencia así como el estado político y civil de los extranjeros en España. Más dominando entonces el sentido de que la legislación de la Península, cualquiera que fuese su objeto, no era aplicable a las provincias de ultramar, no se trató ni después se ha tratado de llevarlas una mejora de tanta trascendencia; como si allí, no fuera quizás más necesaria que en la Península; como si las condiciones todas de aquellos países no exigieran imperiosamente y con urgencia que se fijaran las relaciones entre el Estado y los extranjeros en ellos residentes, no sólo de un modo general, sino rigurosamente ajustado, con desprecio de añejas y ya insostenibles preocupaciones, a los principios generales del derecho.
>
> El Ministro que suscribe está muy lejos de tal sentido, y por el contrario, creería no interpretar fielmente los propósitos y aspiraciones de la revolución española si no procurara en cuanto a su esfuerzo sea posible, llevar los principios proclamados a las provincias españo-

---

tramar, cuando hayan tomado asiento los diputados de Cuba o Puerto Rico, para hacer extensivos a las mismas con las modificaciones que se creyeren necesarias, los derechos consignados en la Constitución". Cf. texto en SAINZ DE VARANDA, op.cit. p. 298.

> las de ultramar. Por esta consideración y porque está convencido de la alta necesidad y conveniencia de una ley de extranjería para Ultramar, ha fijado en ella su atención y redactado el adjunto proyecto, respecto del cuál poco es necesario decir para dar a conocer los fundamentos en que descansa", (447).

Tras estudio y dictamen de la comisión correspondiente, el citado proyecto de ley fue aprobado sin discusión con fecha de 4 de Julio de 1870 (448).

B) Examen de su contenido.- Al igual que el Real Decreto del 52, se ocupa la ley, de delimitar su ámbito de aplicación personal refiriéndose en primer lugar a los sujetos que habrán de considerarse como extranjeros a los efectos de la misma (art. 1º), distinguiendo junto a las ya conocidas categórías de avecindados, transeúntes y domiciliados, la de los extranjeros emigrados, a los que caracteriza como transeúntes no inscritos, y con una permanencia en la provincia superior a los tres meses (arts. 2º y 3º).

Tras fijar en un segundo momento, y siempre según el modelo ofrecido por el Real Decreto citado, las condiciones de residencia y la condición política y civil de unas y otras categorías, aborda la ley la cuestión de la competencia judicial internacional, estableciendo, a diferencia de aquél, una única serie de reglas o criterios que habrán de observarse en todo caso con carácter general y sin ex-

(447) Cf. el texto íntegro en Diario de sesiones de Cortes, legislatura 1869, apénd. 4º al nº 246.

(448) Cf. texto en Col.Leg., vol. 104/1870, p. 23 s.s.

cepción alguna, pues, y si por si todavía quedase alguna duda en este sentido, se declara en el art. 47 que "los extranjeros como tales, no gozarán de fuero alguno especial ni privilegiado, y estarán sujetos a los mismos tribunales que, según los casos, conozcan de los negocios de los españoles".

Aunque esencialmente idéntico al fijado años antes por el decreto de 17 de Noviembre, presenta este régimen general, único pues que se establece, dos notas diferenciadoras que no hemos de dejar de señalar, y que se traducen en definitiva por una ampliación de la esfera de competencia de nuestros tribunales. La ley aparece así, diríamos hoy, utilizando la terminología de QUADRI, como más imperialista que el Real Decreto.

Se refiere la primera de ellas al sector de litigios entre extranjeros por obligaciones contraídas fuera de España, a las cuales como sabemos no aludía el Real Decreto, y que por los motivos entonces expuestos (449) considerábamos excluídas del ámbito de competencia de nuestros tribunales, incluso en los casos en que aquellas habían de ejecutarse en España. Cambia de sentido ahora la ley -con buen criterio, entendemos-, extendiendo la competencia de nuestros tribunales a estos supuestos, sobre la exclusiva base del forum solutionis. Dice en efecto el art. 43:

---

(449) V. supra. p. 224.

> "Los tribunales españoles serán también competentes y deberán conocer de las demandas entre extranjeros que ante ellos se entablen, y que versen sobre el cumplimiento de obligaciones contraídas o cumplideras en España".

Hace referencia la segunda variante a los litigios en los que el extranjero es actor contra el regnícola, para los que vuelve la ley a adoptar el criterio tradicional, generalmente aceptado, al restaurar la vigencia del fuero atractivo pasivo, eliminando los foros que como complementarios del domicilii se establecían en el Real Decreto, y sujetando a los extranjeros a los tribunales españoles, aún en los supuestos de obligaciones contraídas y ejecutables en el extranjero.

No altera, por lo demás la ley que comentamos, el régimen creado por el decreto de 1852, pero esta mayor madurez y coherencia con que se presenta hará de ella, privada de su razón de ser tras la pérdida de nuestro imperio ultramarino, un valioso elemento interpretador del Real Decreto mismo, según se deduce de la jurisprudencia que nuestro Tribunal Supremo tiene establecida a este respecto en sentencias como las de 15 de Noviembre de 1898 (450), en la que expresamente se declara que:

> "Considerando: Que no se cometen en la sentencia recurrida las infracciones del decreto de extranjería de 17 de Noviembre de 1852, en sus artículos 32 y 33, porque la competencia atribuída en ellos a los tribunales españoles en los casos que refiere, no excluye la de otros, dados los términos genéricos del artículo 33, interpretación que no desvirtúa el artículo 42 de la ley de extranjería en Ultramar de 4 de 1870..." (451).

---

(450) J.C., t. 85, nº 69, p. 306.

(451) Cf. también en el mismo sentido la s. de 17 de Octubre de 1901, en J.C., t. 92, p. 305.

C) Destino de la ley.- Aunque la pérdida de nuestras últimas provincias ultramarinas, acaecida poco más de un cuarto de siglo más tarde, desde la fecha de promulgación de la ley, privó de su razón de ser a toda la legislación que para aquellos territorios se había dictado, no deja de resultar interesante, conocer en qué medida el cambio de rumbo que experimenta la política legislativa respecto de estos territorios tras la restauración borbónica, afectó a la ley que en particular estamos comentando. Sabido es cómo aunque bajo el reinado de Fernando VII se habían expedido para aquellas provincias abundantes decretos, eran éstos fundamentalmente de tipo administrativo y económico, de suerte que tanto el sistema de administración de justicia como la legislación en general se encontraba en aquellos territorios en situación deficitaria. Un remedio a esta situación se intenta a través del artículo 89-1º de la recién estrenada Constitución, según el cuál,

> "Las provincias de Ultramar serán gobernadas por leyes especiales, pero el Gobierno queda autorizado para aplicar a las mismas con las modificaciones que juzgue convenientes y dando cuenta a las Cortes las leyes promulgadas o que se promulguen en la Península".

Sobre esta base un buen número de leyes metropolitanas fueron, con las adaptaciones que las particulares condiciones sociopolíticas de aquellos territorios exigían, trasplantadas a los mismos que van recibiendo así sucesivamente entre otros, el Código penal y la ley para el enjuiciamiento criminal en 1879, la ley hipotecaria y su

reglamento de ejecución en 1880, la ley de enjuiciamiento civil en 1885, el Código de comercio en 1886, el Código civil en 1889... etc... (452).

De entre los textos que a título ilustrativo hemos citado, dos -la ley de Enjuiciamiento civil y el código civil- hubieren podido sin embargo, tener particular incidencia sobre las disposiciones que sobre competencia se contienen en la ley que nos ocupa, pero desgraciadamente carecemos de las necesarias fuentes de conocimiento para llevar a cabo una evaluación de la misma. En efecto, a diferencia de lo sucedido en territorio metropolitano no encontramos ni en los autores ni en la jurisprudencia referencia alguna a la cuestión apuntada, pero como quiera que los preceptos implicados -artículos 51, 70 y 2182 de la ley de Enjuiciamiento y artículo 27 del Código civil- no experimentaron en su redacción variación alguna por el hecho de su trasplante a Ultramar, entendemos que la cuestión puede a título de curiosidad científica y sin interés práctico alguno, plantearse en los mismos términos que en la España peninsular. Así pues, nos remitimos a lo que a este respecto, expondremos en los próximos capítulos.

---

(452) Cf. sobre esta cuestión en general, ANTEQUERA, op.cit. p. 179 ss.; también SANCHEZ ROMAN, t. I, p. 437 ss.

PARTE TERCERA

LA NUEVA ORDENACION: LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN UNA PERSPECTIVA CONFLICTUAL

Capítulo VI

LA FORMACION DEL SISTEMA VIGENTE

Sección 1ª.- El progreso legislativo

1. En el seno de la nueva comisión legislativa: la Ley Orgánica del Poder Judicial de 17 de Septiembre de 1870.
2. El restablecimiento de la Comisión General de Codificación: la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de Febrero de 1881 y el Código Civil de 1889.

Sección 2ª.- La interpretación jurisprudencial del sistema vigente

1. Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones.
2. El carácter atractivo de la jurisdicción nacional.
3. Competencia internacional y competencia interna.

Sección 3ª.- Posiciones doctrinales: sus diferentes aspectos

1. Posiciones iniciales.
2. La doctrina moderna.
   A) La orientación tradicional
   B) La orientación moderna
   C) La orientación realista

Sección 4ª.- Perspectivas de futuro

1. Desde el interior del propio sistema.
2. En una perspectiva comparatista.

Sección 1ª

El progreso legislativo

1. En el seno de la nueva Comisión Legislativa: la Ley Orgánica del Poder Judicial de 17 de Septiembre de 1870

Constituído el gobierno provisional de Serrano, tras el triunfo de las fuerzas revolucionarias, se apresuró éste a convocar con fecha de 6 de Febrero de 1869, Cortes constituyentes en cuyo seno se nombró una comisión encargada de redactar, cómo no, un nuevo código político que fue promulgado el 6 de Junio del mismo año. Esta nueva constitución que refleja naturalmente los principios revolucionarios del gobierno provisional (453), entre los que se contaban el sufragio universal, la libertad religiosa, la libertad de enseñanza, la libertad de prensa, reunión y asociación pacíficas, el juicio por jurados en lo criminal, la unidad de fueros y la inamovilidad judicial, a los que eleva a rango constitucional, va a presidir e inspirar un período de intensa actividad legislativa bajo el impulso de una nueva comisión de codificación que habrá de llamarse en adelante Comisión legislativa, y que habría de infundir, según reza el preámbulo del decreto de 2 de Octubre de 1869, por el que se constituye, el espíritu de la Constitución a toda la legislación así como animar y vivi-

---

(453) Cf. el texto del manifiesto de dicho gobierno de 25 de Octubre de 1868, en SAINZ DE VARANDA op.cit. p. 275 s.s.

ficar las instituciones de la vida privada.

Antes de abordar el estudio de los distintos trabajos llevados a cabo por la citada comisión, queremos referirnos, si bien no tuvo ésta participación alguna en su elaboración, al proyecto del libro primero del Código civil presentado a las Cortes por el entonces Ministro de Justicia, Don Antonio Romero Ortíz con fecha de 21 de Mayo de 1869, por cuanto que en él se contienen una serie de normas reguladoras de la competencia judicial internacional de nuestros tribunales (454).

El citado proyecto, de espíritu innovador y reformista, especialmente en lo concierne al estado civil de las personas, recoge las ideas expuestas en el proyecto de Código civil, presentado por la 2ª Comisión de codificación en 1851, distinguiendo entre las tres típicas situaciones que pueden plantearse según que el litigio tenga lugar entre extranjeros o entre extranjero y nacional, y establece en su artículo 29, extranjero actor contra nacional, igual regulación que la contenida en el artículo 27 de aquél, a cuyo comentario nos remitimos (455). Tratándose de extranjero demandado, distingue el proyecto Romero, siguiendo la tradición establecida, según que el actor sea nacional o extranjero también, regulando la primera de es-

---

(454) Cf. el texto íntegro en el Diario de sesiones de Cortes, legislatura 1869, anexo al nº 21 de Mayo.

(455) V. supra. p. 196.

tas dos situaciones de forma idéntica a la adoptada por el Proyecto del 51, cuyo artículo 28 es literalmente reproducido ahora, bajo el número 32, y no difiriendo la regulación de la segunda, mas que en la atenuación del fuero atractivo activo, al exigir expresamente la residencia del extranjero en el Reino al tiempo de la introducción de la demanda. Dice en efecto el actual artículo 33 -correspondiente al 29 de entonces- que:

> "El extranjero que se encontrare en el reino, puede ser demandado ante los tribunales españoles por las obligaciones que hubiere contraído en país extranjero para con un español".

Por lo que se refiere en fin a los litigios entre extranjeros, mantiene el moderno artículo 35, la ordenación marcada por el artículo 31 en el Proyecto del 51, con la única diferencia de dejar expresamente a salvo, las posibles alteraciones que en esta materia se introdujesen por vía de tratados internacionales. Dice el artículo 35:

> "El extranjero que se encuentre en España puede ser demandado por otro extranjero por las obligaciones contraídas en el reino, mientras por tratados internacionales no se dispusiere lo contrario".

Y pasemos ya ahora a considerar la labor legislativa de la recién nacida Comisión legislativa.

Fue uno de sus primeros trabajos la redacción de una ley provisional sobre organización del poder judicial, que con tal carácter, y debido precisamente al mismo, en-

tró en vigor el 17 de Septiembre de 1870. En efecto, consciente el Gobierno de la necesidad de dotar al poder judicial del Estado de una organización adecuada, sobre todo tras los profundos cambios operados a raiz de la revolución de septiembre del 68, pero conocedor también de los trites destinos de los numerosos proyectos y tentativas de reorganización que, y sobre todo desde la creación de la 1ª Comisión General de Codificación en 1843, se habían venido elaborando, decidió, sobre la base de la 2ª disposición transitoria de la Constitución, que le autorizaba a tomar lasmedidas necesarias en materia de organización judicial hasta que se promulgase una ley orgánica de tribunales (456), proponer a las Cortes, aunque con el carácter de provisional, la aprobación del proyecto que, sobre la base de los abundantes y valiosos antecedentes que obraban en su poder, había, ya para entonces, elaborado la Comisión legislativa. La provisionalidad de la medida decidió indudablemente la aprobación del mismo, que todavía hoy permanece vigente. En la exposición de motivos que presentando la citada ley provisional dirigió el Gobierno a las Cortes (457), no pierde aquél la ocasión de aludir, una vez más, al "maligno influjo" que las jurisdicciones privilegiadas habían ejercido en nuestra organización de justicia, ni de ensalzar la recién estrenada unidad de fueros, felicitándose de que tras 58 años de tenaz

---

(456) Cf. el texto en SAINZ DE VARANDA, op.cit. p. 299.
(457) Cf. Crónica... cit. p. 104 a 116.

lucha se hubiese por fin "destruído el privilegio, rescatado el Derecho común hollado y restablecido el principio de igualdad escarnecido". En concreto el hecho de la unificación se recoge en la parte dispositiva cuyo artículo 267 dice:

> "La jurisdicción ordinaria será la única competente para conocer de los negocios civiles que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros".

Aunque provisional, no podía menos la Ley, de ocuparse tras la desaparición de los tribunales de extranjería, de regular la forma en que los ordinarios, ya únicos competentes, como declara el artículo 267, habrían de conocer de los asuntos que aquellos tenían encomendados siendo a estos efectos por lo que se dispone en el artículo 319 que:

> "Lo establecido en este capítulo comprenderá a los extranjeros que acudieren a los juzgados y tribunales españoles promoviendo actos de jurisdicción voluntaria interviniendo en ellos como compareciendo en juicio como demandantes o como demandados, contra españoles o contra otros extranjeros cuando proceda que conozca la jurisdicción española con arreglo a las leyes del Reino o a los tratados con otras potencias".

Provisional como era, no suspendió, lógicamente, la aprobación de esta ley, los trabajos encaminados a la formación de otra más depurada, y es así como veremos surgir en los años siguientes, distintos proyectos, parciales unos, como el de 14 de Septiembre de 1872 -para la organi

zación y planteamiento del jurado- y generales otros, como el del ministro Alonso Colmenares, en cuyo examen, por no contener referencia alguna a la cuestión de la competencia judicial internacional, nos abstenemos de entrar (458).

2. El restablecimiento de la Comisión General de Codificación: la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de Febrero de 1881 y el Código Civil de 1889

Con la restauración de la dinastía borbónica, tras el pronunciamiento de Sagunto de 29 de Diciembre de 1874, se operó un cambio de rumbo tal en la dirección política del país -que, bien entendido, se plasma en un nuevo texto constitucional de fecha de 30 de Junio de 1876- que profundas reformas y cambios en el ordenamiento jurídico entonces vigente se hicieron sentir. Para materializarlas, se empezó por restablecer, por decreto de 10 de Mayo de 1875, la antigua Comisión de Codificación, de cuyos numerosos trabajos, tienen para nosotros especial interés los concluídos bajo la dirección de Manuel Alonso Martínez, para la revisión y reforma de la ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, fruto de los cuales fue la, todavía hoy vigente ley, también de enjuiciamiento, de 3 de Febrero de 1881. Fiel a las bases que para la reforma del enjuiciamiento civil se habían dictado en junio de 1880, y en particular a la base 2ª, en la que se preveía la refundición en la

(458) Cf. Crónica... cit. p. 134-8.

ley reformada, de las disposiciones y asuntos que siendo peculiares del procedimiento civil estuviesen contenidas en la ley orgánica del poder judicial, consagra la nueva ley su título segundo, a la cuestión de la competencia y a las contiendas de jurisdicción, reproduciendo casi literalmente en su artículo 51, el texto del artículo 267 de la provisional ley orgánica, pues no difiere de ella, más que en el especial énfasis con que afirma el hecho de la unificación de jurisdicciones -del que ya se hacía también eco el nuevo texto constitucional de 1876 en su artículo 75 (459)-. En efecto, frente a la simple declaración de competencia del citado artículo 267, dice el artículo 51 que la jurisdicción ordinaria será la única competente.

También, con el mismo espíritu, se ocupa la nueva ley procesal de regular en su artículo 70, la competencia de los tribunales del país en asuntos de extranjeros, no alterando en modo alguno el sistema establecido en el artículo 319 de la ley orgánica al poder judicial también ya citado, el cual reproduce literalmente. En este sentido se expresan los comentaristas de la época, de entre los que cabe mencionar por su particular intervención en la elaboración de la citada ley a MANRESA (460) de cuyos Comentarios reproducimos aquí las siguientes líneas:

---

(459) Cf. texto en SAINZ DE VARANDA, op.cit. p. 378.

(460) Era MANRESA y NAVARRO, vocal de la Comisión de códigos, especialmente encargado de la revisión general, pudiendo decirse que fue él, el principal artífice de la reforma.

> "Con ligeras modificaciones, mas bien de redacción que de concepto, concuerdan estos dos artículos [se refiere a los arts. 51 y 52] con el 267 y 268 de la ley orgánica del Poder judicial de 1870 y el 1º y 7º del decreto-ley de 6 de Diciembre de 1868 sobre unificación de fueros. Dada la supresión de todos los fueros especiales, consignada también en el artículo 75 de la Constitución de 1876 al ordenar que no se establecerá mas que un sólo fuero para todos los españoles en los juicios comunes civiles y criminales, su consecuencia natural era la declaración que se hace en el artículo 51 para evitar todo motivo de duda, y confirmar implícitamente dicha supresión en cumplimiento del precepto constitucional..." (461).

No podríamos terminar nuestra exposición sin referirnos, aunque sea brevemente, al Código civil de 1889, y no porque en él se estructure un nuevo sistema de competencia judicial internacional, sino porque, y sin duda sin proponérselo, ha incidido decisivamente en este sector de nuestro ordenamiento jurídico al haber dado lugar, regulando en su artículo 27 la condición de los extranjeros en España, a la formación de una corriente de opinión que tomándolo como base ha contribuído a oscurecer todavía más, la interpretación del sistema vigente.

En su redacción inicial, idéntica a la contenida en el Anteproyecto de 1882 y muy similar a la prevista por el artículo 30 del Proyecto de 1869 y por el 27 del Código de 1888 (462), quedaba dispuesto por el mencionado artículo que:

---

(461) Cf. MANRESA Y NAVARRO, JM., Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil, t. I, 3ª ed., Madrid 1910, p. 165-6.

(462) Cf. los textos en Textos y Materiales... cit. p. 28, 30 y 37.

> "Los extranjeros gozan en España de los derechos que las leyes civiles conceden a los españoles salvo lo dispuesto en el artículo 2º de la Constitución del Estado o en tratados internacionales" (463),

lo cual supone en comparación con la línea de pensamiento que tradicionalmente se venía propugnando en la materia, un notable cambio de orientación, y no sólo porque, omite toda diferencia entre clases o tipos de extranjeros dotando de un único contenido a este concepto (464), sino también y lo que es más importante, porque el principio napoleónico de la reciprocidad de trato adoptado por la corriente liberal codificadora y sucesivamente plasmado en los Proyectos de 1821, 1836 y 1851 queda definitivamente proscrito en beneficio de un criterio de asimilación en la condición civil entre nacionales y extranjeros que es entusiásticamente recibido por los autores del momento, que considerándolo "conforme con los precedentes legislativos de

---

(463) Nótese que la actual redacción del mismo artículo se debe a la reforma operada por la ley de 24 de Abril de 1958. En cuanto al artículo 2º de la Constitución de 1876, nótese que se establecía por su virtud que "Los extranjeros podrán establecerse libremente en territorio español ejercer en él su industria o dedicarse a cualquiera profesión para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las autoridades españolas". Cf. el texto en SAINZ DE VARANDA, op.cit. p. 369.

(464) En el motivo 3º del último de los resultados de la s. de 10 Febrero de 1915 J.C. t. 132/1915, nº 621 dice el T.S.: "... el artículo 27 se refiere a extranjeros que habiten, que vengan, que siquiera de paso o accidentalmente, se encuentran en nuestro territorio nacional, bien por sí mismos o por sus representantes legítimos, sin que pudiera ser de otro modo, pues la efectividad de un derecho cualquiera exige ante todo colocarse al amparo de la soberanía que lo dicta...".

nuestra patria, que ha marchado siempre la primera en el camino de reconocer la capacidad a los extranjeros" (465) y "muy adecuado a los principios de nuestra época" (466), rechazan las razones de conveniencia política y de diversidad entre derechos naturales y derechos civiles, sobre las que se hace descansar la reciprocidad, por estimarlas injustas, poco científicas y conducentes en definitiva a decisiones que de alguna manera habrán de ser más o menos arbitrarias.

> "Afirmar que un extranjero -leemos en MUCIUS SCAEVOLA (467)- tendrá en un país sólo los derechos que la Nación de aquel conceda a los naturales de ésta, es hacer depender la capacidad del individuo de lo variable y accidental, de la voluntad de los hombres, y la capacidad es fija, permanente, fundamental en la persona, porque depende precisamente de esta cualidad. Es capaz porque es persona, y tal capacidad no le puede ser negada nunca. La negación de la personalidad humana, es en la esfera científica el retroceso a los tiempos en que el extranjero era un extraño, un enemigo, un barbaro. La igualdad es, por el contrario, el reconocimiento más esplícito de la personalidad humana, porque hace derivar el goce de los derechos del concepto de persona. Este es el fundamento del principio de igualdad".

Pero la igualdad proclamada en el artículo 27 que comentamos dista de ser absoluta pues se refiere, por una parte, de forma exclusiva al goce, y por otra al carácter civil de los derechos. Dicho de otra manera el artículo 27 cumple la función de invertir los términos del princi-

---

(465) Cf. NAVARRO AMANDI, Cuestionario del código civil reformado, t. I, Madrid 1889, p. 61.

(466) MANRESA, Comentarios, cit. p. 101.

(467) Cf. MUCIUS SCAEVOLA, Código civil comentado, t. I, 5ª ed., Madrid 1912, p. 418 ss.

pio clásico en materia de extranjería, en el sentido de que por su virtud el extranjero queda capacitado o facultado para ser titular de todos los derechos que estando reconocidos a los españoles, no se le hayan prohibído expresamente, no precisándose por lo tanto declaración especial alguna para el disfrute de los mismos. Quiere decir esto que, tanto la extensión como los términos de dicho disfrute no habrán de ser necesariamente idénticos, pues el extranjero queda sometido en el ejercicio de tales derechos a su ley nacional en lo que respecta a su estatuto personal.

La segunda matización que de la igualdad proclamada ha de hacerse es la de que este principio general permisivo se extiende solamente al campo de los derechos civiles, entendidos en el sentido de privados, en oposición a aquella otra categoría de derechos -públicos- que por encontrarse estrechamente vinculados a la organización política estatal se consideran privativos de los nacionales. Así mismo, habrán de tenerse en cuenta las restricciones que se deriven o puedan derivarse de la Constitución y de los tratados internacionales existentes, así como también, aunque no se menciona expresamente en el texto del artículo 27, de otras leyes especiales.

Entienden también, por último, los autores, que las leyes civiles que a los efectos de este artículo habrán de tenerse en cuenta en cada caso serán las que rijan en la

comarca en la que el extranjero se encuentra, "so pena de admitir no ya la igualdad sino también la superioridad de aquellos" (468).

En fin, nuestro Tribunal Supremo ha entendido, y así lo declaró en sentencia de 1 de Julio de 1897 (469) que habrán de comprenderse en el concepto de derecho civil, en el sentido del artículo 27 del Código civil, las garantías que para los nacionales en la ley se establecen para la defensa y protección de los citados derechos. En efecto, dice la mencionada sentencia:

> "Considerando: Que, según el artículo 27 del Código Civil, los extranjeros..., de donde se deriva la consecuencia reconocida y sancionada por el derecho internacional, de que todas las medidas de seguridad y de amparo o protección establecidas por la ley en favor de los nacionales, son extensivas a los extranjeros que residan accidental o habitualmente en el país, ora se refieran a la libertad o integridad de sus personas, ora a la garantía de sus derechos".

Habiendo completado de esta manera el panorama legislativo, tras haber recorrido las distintas disposiciones legales que de alguna manera han ejercido influencia sobre cuestión tan importante como la de la competencia judicial internacional de nuestros tribunales, creemos llegado el momento de preguntarnos cómo ha funcionado en la práctica y cuál es la opinión que el sistema así creado merece a nuestros juristas.

---

(468) MANRESA, en op.cit. p. 161, en donde pone el ejemplo de un extranjero que residiendo en Ultramar, solicitase el goce de los derechos que regulase una ley civil metropolitana todavía no extendida a Ultramar; Cf. también en el mismo sentido ROBLES POZO, J., El Código civil y su jurisprudencia, Madrid 1896, t. I, p. 148.

(469) J.C., t. 82 nº 4, p. 18 ss.

Sección 2ª

La interpretación jurisprudencial del sistema vigente

Un examen de conjunto de la jurisprudencia que en materia de competencia judicial internacional, ha sentado nuestro Tribunal Supremo a lo largo de los años transcurridos entre el decreto de Unificación y el momento presente (470) no puede reflejarnos un panorama más confuso y equívoco. En efecto, a lo largo de este lapso de tiempo, poco más de un siglo, y a través de 43 únicos fallos, nuestro Alto Tribunal ha conseguido sembrar en este sector de nuestro Ordenamiento Jurídico un desorden de tal magnitud que no puede sino asombrar al investigador habida cuenta de la parquedad de medios.

Trataremos de exponer a continuación los principios que en esta materia y en relación con los preceptos legales potencialmente aplicables -Real Decreto de extranjería de 1852 artículo 29, 32 y 33, Ley de Enjuiciamiento civil artículos 51 y 70 y Código civil artículo 27- (471) se en

---

(470) Nótese que nuestro estudio no llega sino hasta el año 1974 inclusive. Por lo que se refiere a la jurisprudencia anterior a 1868, v. supra. p. 229 s.s.

(471) Omitimos, por desbordar nuestro campo de investigación -v. Introducción, supra, p. - el examen de otros aspectos o características, de origen también jurisprudencial, que contribuyen a configurar nuestro sistema de competencia judicial internacional, ciñéndonos por lo tanto exclusivamente al estudio de aquellas sentencias a través de las cuales nuestro Tribunal Supremo ha establecido el sentido y alcance de las citadas disposiciones legales, así como las relaciones de las mismas entre sí.

cuentran consagrados en mayor o menor medida por nuestra jurisprudencia.

1. El T.S. ha visto en el artículo 51 la base positiva de un principio de independencia en el tratamiento de los conflictos legislativos y jurisdiccionales.

Así lo tiene efectivamente declarado nuestro Tribunal de manera reiteraca en sentencias como las de 17 de Octubre de 1901 (472), de 10 de Febrero de 1915 (473), de 27 de Enero de 1933 (474) en la que se expone con toda claridad que "como no es lo mismo discutir las normas relativas a la competencia jurisdiccional de un determinado fuero o tribunal que fijar la legislación que debe ser aplicada para fallar una cuestión litigiosa, se impone un detenido examen de ambos aspectos del problema planteado".

En el mismo sentido se han expresado también las sentencias de 10 de Julio de 1934 (475), de 4 de Diciembre de 1935 (476), de 25 de Enero y 29 de Septiembre de 1956 (477), de 2 de Marzo y 30 de Diciembre de 1966 (478), de 15 y 20 de Junio y 31 de Octubre de 1968 (479) y de 22 de Mayo de 1972 (480) en la que con toda nitidez vuelve a afirmar que:

---

(472) JC, t. 92, nº 83, p. 305.
(473) JC, t. 132,nº 62, p. 381.
(474) J.C. t.207,nº 56, p. 389.
(475) JC, t. 214 nº 73, p. 422.
(476) JC, t. 221, nº 73, p. 422.
(477) R. 1956: 661 y 3168.
(478) R. 1966. 1619 y 5511.
(479) R. 1968. 2731. 3031 y 966 respectivamente.
(480) R. 1972. 2893.

> "... una cosa es el problema jurídico-material conforme al cual los tribunales habrán de aplicar el derecho pertinente según la norma de derecho internacional que corresponda, bien para regular la capacidad de los contratantes, las obligaciones contraídas o los modos de ejecución, y otra distinta el meramente jurisdiccional de que aquí se trata".

Esta constante aplicación del principio disparitatis legis et jurisdictionis -utilizando la terminología de SZASY- que como hemos apuntado, asienta nuestro Tribunal Supremo sobre el artículo 51 a tenor de lo dispuesto por la ya citada sentencia de 10 de Febrero de 1915 según la cual:

> "Considerando: Que con sujección al art. 51 de la ley de Enjuiciamiento civil la jurisdicción ordinaria será la única competente para conocer de los negocios civiles que se susciten en nuestro territorio entre españoles y extranjeros, principio del que se desprenden dos consecuencias: primera..., y segunda, que tal principio de competencia y jurisdicción es independiente de cuantas leyes y reglas pueden ser aplicables por los tribunales de España conforme a la teoría de los respectivos Estatutos, y exclusivamente cuando surge contienda entre los mismos..." (481)

no ha sido óbice para que en una ocasión se haya hecho aplicación, en una de sus modalidades del principio contrario -unitatis legis et juris dictionis, siguiendo de nuevo a SZASY-, al fundarse la competencia judicial internacional en una norma de conflicto, como es el artículo 10-2º de nuestro Código civil. En efecto, en la sentencia de 22 de Febrero de 1960 (482), se declara que:

---

(481) Cf. también en el mismo sentido, aunque más veladamente, sentencias de 2 de Marzo de 1966 y 22 de Mayo de 1972, ambas cit. supra. p. 309. Nótese que, salvo indicación en contrario, el subrayado de los fragmentos de sentencias que se reproducen, es mío.

(482) R. 1960. 2774.

"... la excepción de incompetencia que por exceso de jurisdicción en relación a la materia se formula en el motivo segundo del recurso al amparo del nº 6 del artículo 1692 del Ordenamiento procesal civil, ha de ser acogida puesto que no se da el supuesto que prevé su artículo 51, al no suscitarse la cuestión litigiosa entre españoles, entre extranjeros o entre españoles y extranjeros, por consecuencia de relaciones jurídicas surgidas en España desde el momento en que unos extranjeros residentes en San Juan de Puerto Rico, demandan en nuestra Nación a quien según el encabezamiento de la sentencia recurrida es vecino de Riberalta, departamento del Beni, República de Bolivia, sobre nulidad de una institución hereditaria de bienes radicantes en esta Nación, omitiendo, en cambio la aplicación del párrafo 2º del art. 10 del C.c., preceptivo de que las sucesiones legítimas y las testamentarias, así respecto al orden de suceder como a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de sus disposiciones, se regularán por la ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate, cualesquiera que sea la naturaleza de los bienes y el país en el que se encuentran, de suerte que todo ello se regula por la ley nacional del causante, que al ser en este caso nacionalizado en Bolivia, según aparece, la de este país es la ley aplicable al litigio planteado ante los tribunales de nuestra Patria, pues otra cosa implicaría merma del principio de territorialidad de la jurisdicción en función de la soberanía de los Tribunales de Bolivia, si se aplicaran al caso las disposiciones de nuestro C.c...." (483).

2. El T.S. ha encontrado, partiendo del presupuesto de que la íntima conexión existente entre Jurisdicción y Soberanía confiere al Estado sin más límite que los derivados

---

(483) Cf. crítica que de esta sentencia hacen: ARAGONESES, P., "Problemas del proceso civil con elementos extranjeros", en RD Proc., 1961, espec. p. 364 s.; RUIZ GUTIERREZ, U., "La competencia de los tribunales en actos en que intervienen elementos extranjeros, con referencia a los de jurisdicción voluntaria", en RD Proc., 1962, espec. p. 25; también PECOURT, E. "Las normas... p. 203, nota 20.

del derecho internacional general y convencional, la plenitudo jurisdictionis, al decir de MIAJA DE LA MUELA, en el artículo 51 el fundamento jurídico-positivo, para afirmar bajo la forma de un principio de indeclinabilidad de la competencia el carácter atrayente de la jurisdicción española para conocer de los negocios civiles que se susciten en territorio español.

Así se declara en efecto en sentencias como las de 15 de Febrero de 1915 según la cual:

> "Considerando: que, con sujección al artículo 51 de la ley de Enjuiciamiento civil, la jurisdicción ordinaria será la única competente..., principio del que se desprenden dos consecuencias: primero, que nuestros tribunales no pueden declinar su jurisdicción en favor de los extranjeros, salvo cuando otra cosa se halle pactado en los tratados internacionales..."

y también en la de 31 de Enero de 1921 (484) por la que:

> "... la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales atribuída a los Jueces y Tribunales por el art. 76 de la Constitución determina una delegación de la Jurisdicción de la Soberanía nacional de la cual no pueden desprenderse ni les es dable declinar en favor de otra soberanís sin previo tratado que lo permita..."

Como confirmatorias de lo que antecede cabe mencionar las sentencias de 24 de Noviembre de 1928 (485), en la que se afirma expresamente el carácter atrayente de la Juris-

---

(484) JC, t. 152 nº 32, p. 241.
(485) JC, t. 186 nº 61, p. 315.

dicción, la de 10 de Julio de 1934, 21 de Enero de 1936 (486), 30 de Mayo de 1961 (487), 30 de Diciembre de 1966, 15 de Junio y 31 de Octubre de 1968 y 11 de Julio de 1970 (488).

Aunque afirmado, como hemos visto en términos generales, este carácter atractivo se ha manifestado con particular insistencia frente a la voluntad de los particulares sin distinción de nacionalidad a la que se ha privado de toda relevancia a los efectos de determinar la sumisión a tribunales extranjeros. En efecto la prórroga de la jurisdicción en perjuicio de los tribunales españoles queda proscrita en las sentencias de 21 de Noviembre de 1894 (489), 17 de Enero de 1912 (490), 10 de Febrero de 1915, 13 de Junio de 1917 (491), 10 de Junio de 1933 (492), 25 de Enero de 1956 y 31 de Diciembre de 1968 en la que se afirma lo siguiente:

> "Considerando: que respecto al valor de la cláusula de sumisión a una jurisdicción extranjera, como ha declarado esta sala en sentencia de 25 de Enero de 1956, la función jurisdiccional... está organizada en nuestro ordenamiento jurídico de modo fundamentalmente distinto, según se trate de colisión jurisdiccional entre Tribunales españoles o entre estos y los extran-

(486) R. 1936. 480.
(487) R. 1961. 2343.
(488) R. 1970. 3489.
(489) JC., t. 76, nº 101, p. 776.
(490) JC., t. 123, nº 26, p. 176.
(491) JC., t. 140, nº 111, p. 621.
(492) JC., t. 209, nº 350, p. 486.

> jeros, pues mientras en el primer caso, gobernado por normas de derecho dispositivo, nada obsta en principio a la entrada en juego de la voluntad de los litigantes, con la limitación del respeto debido a lo dispuesto en la Ley por razón de la materia o de la cuantía litigiosa y del órgano jurisdiccional ante el que se postula (arts. 53, 54 y 56 de la Ley procesal) en el supuesto segundo rigen normas de derecho imperativo que ligan la Jurisdicción a la Soberanía de la Nación sobre su propio territorio sin posibilidad de que quienes litiguen se sustraigan a ella con actos que la desvirtúen o alteren, como así se infiere de los artículos 267 de la ley sobre organización del Poder judicial y 51 de la ley de Enjuiciamiento civil..."

A pesar de todo, tampoco la solidez de este principio queda exenta de toda duda pues la sentencia de 1 de Junio de 1929 (493), se declaró que:

> "Considerando: Que del precepto del art. 51 de la ley de Enjuiciamiento civil ...es consecuencia irrefragable erigida en inconcuso principio fundamental de que los Tribunales nacionales salvo pacto en contrario en tratado internacional o de valida y expresa sumisión de las partes, no pueden declinar su jurisdicción en favor de los tribunales extranjeros, en razón de que tal potestad radica en la soberanía de la Nación y al ser rogada para dirimir cuestiones de derecho privado no cabe que se deniegue si la cuestión o negocio se ha suscitado en territorio español...".

Aunque la sumisión no se hacía a jurisdicción contenciosa alguna sino a tribunal arbitral, preciso es indicar, por cuanto constituyen también una importante excepción al principio general de la indeclinabilidad, que la incompetencia de los tribunales españoles ha sido no ya meramente reconocida sino efectivamente declarada sobre

---

(493) JC., t. 189, nº 84, p. 536.

esta base, en las sentencias de 28 de Octubre de 1921 (494) y de 3 de Mayo de 1929 (495). En efecto, en la mencionada sentencia de 28 de Octubre se dice claramente que:

> "Considerando: que ...toda persona judicialmente capaz tiene absoluta libertad para dirimir sus controversias, con tal que el compromiso o contrato consensual celebrado se inspire en el bien moral y en la ley, siempre dispuesta a proteger el bien social en todas sus esferas.
>
> "Considerando: Que ...los contratantes debían someterse para solucionar sus diferencias, a un solo Juez árbitro en Inglaterra, nombrado de común acuerdo y para el caso de que no se entiendan en el nombramiento, entonces se designará a petición de cualquiera de las partes, por el Board of Trade.
>
> "Considerando: Que este pacto emanado de un contrato consensual ...lejos de infringir lo convenido, excluye, por inaplicación, el artículo 51 de la ley de Enjuiciamiento civil, invocado en uno de los apartados del recurso, una vez que su doctrina, como la de otras disposiciones que en el escrito de interposición se citan, en tanto serían de aplicar en cuanto la sumisión pactada, garantía esencial de la justicia en este asunto, no se opusiera, por voluntad de las partes, a cuanto sanciona aquella regla general, legalmente preceptiva para otros casos diversos.

Con igual claridad se expresa también la ya mencionada sentencia de 3 de Mayo. Veamos:

> "Considerando: Que declarado por la sentencia de esta Sala de 28 de Octubre de 1921, que el arbitraje estipulado en la cláusula veititres del contrato entre la Orconera y Krupp, confiere el árbitro extranjero que había de resolver las diferencias que lo convenido suscitase, la autoridad necesaria para ello, e impide que los Tribunales españoles puedan decidirlas, es inconcuso que tal impedimento a la jurisdicción de los mismos, tan sólo ha de haber

---

(494) JC., t. 154, nº 82, p. 324.

(495) JC., t. 189, nº 11, p. 65.

> cesado cuando, agotado por una de las partes el procedimiento marcado en el pacto para la fijación de las diferencias y al nombramiento del árbitro, por causas no imputables a esa parte ni dimanante del contrato quede de hecho o de derecho ineficaz la cláusula arbitral".

Especial interés merece en el marco de estos supuestos excepcionales en relación con la lavis atractiva atribuída a nuestra jurisdicción, la sentencia de 11 de Julio de 1970 (496) por cuanto que en ella se ha reconocido y declarado por primera la incompetencia de los tribunales españoles para conocer de un negocio por falta de conexión bastante con el foro, reconociéndose igualmente la posibilidad de una declaración de incompetencia fundada en el principio de efectividad del pronunciamiento. Dice en efecto la citada sentencia:

> "Considerando: Que, si bien es cierto que el artículo 51 de la L.E. Civil y el 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial disponen que la jurisdicción ordinaria será la única competente para conocer de ... ello no significa, cuál se sostiene en el recurso, que en todo caso sea competente la Jurisdicción española para el conocimiento de cuantas demandas se promuevan en territorio español contra toda clase de personas y entidades extranjeras y cualquiera que sea la pretensión objeto de las mismas, pues existen otras diferentes normas, bien de derecho internacional contenidas en los tratados y en las costumbres, bien de derecho interno..., de las cuales se deduce que la jurisdicción española tiene diferentes límites personales y territoriales; así, en relación a las personas, mientras por regla general todos los súbditos españoles se encuentran sujetos a la misma, no sucede lo propio con los extranjeros, ya que conforme a las normas aludidas se estima que no están en general sometidos a ella, los Estados extranjeros, los Soberanos o Jefes de los mis-

(496) Sala 6ª, R., 1970. 3489.

> mos y los Jefes y miembros de misiones diplomáticas extranjeras; y por razón del territorio, de las mencionadas normas se deduce igualmente que no son competentes los tribunales españoles para conocer de las acciones reales relativas a bienes inmuebles situados en el extranjero, ni de las personales cuando el lugar del nacimiento o de la ejecución o cumplimiento de la relación no se encuentre en territorio español y el demandado no sea español ni extranjero domiciliado o transeunte en España ni se haya sometido a los tribunales españoles, puesto que cuando no concurra alguna de estas circunstancias no existe ningún punto de conexión que justifique la actuación de la jurisdicción española, ni sería factible la ejecución de las resoluciones dictadas por la misma.

Esto supuesto, no nos queda sino preguntarnos por el sentido atribuído por nuestro Tribunal Supremo a la expresión negocios civiles suscitados en España, que se contiene en el artículo 51.

En este sentido hemos de indicar que nuestro Supremo Tribunal tiene sentada una doctrina poco feliz, ya que mientras en sentencias como las de 1 de Junio de 1929, 30 de Mayo de 1961 (497), 31 de Octubre de 1968, 11 de Julio de 1970 y 7 de Marzo de 1973 (498) se refiere a las relaciones jurídico procesales, parece en otras, como las de 22 de Febrero de 1960 (499) y 20 de Junio de 1968, conferir un carácter material a las mismas.

En cuanto al término suscitarse, ha sido definido desde la sentencia de 1 de Junio de 1929 como equivalente a "originarse, promoverse, tener nacimiento o moverse por primera vez".

---

(497) R. 1961. 2343.
(498) R. 1973. 902.
(499) R. 1960. 2774.

3. El T.S. ha encontrado en el artículo 70 de la ley de Enjuiciamiento civil, el necesario complemento del artículo 51 -sentencias de 10 de Junio de 1933, de 3 de Marzo de 1966 y de 7 de Marzo de 1973-, al preverse en aquél la extensión de las reglas de competencia territorial a los litigios de extranjeros, una vez que la competencia general haya sido reconocida con arreglo a las "leyes del Reino". Así se tiene efectivamente declarado desde la sentencia de 1 de Julio de 1897 y confirmado posteriormente por la de 1 de Junio de 1929 en donde claramente se dice que:

> "Considerando que las reglas que para determinar la competencia fijan los artículos 62 y 63 de la ley rituaria y los con estos concordantes de la misma y de los códigos sustantivos no pueden ser aplicadas en contradicción del principio sentado en el fundamento precedente por la condición del mismo de primario y básico de la Jurisdicción civil de los Tribunales españoles, y en su consecuencia las reglas de aquellos preceptos no tienen acomodación ni son de observancia, sino cuando se trata de fijar la competencia entre Jueces y Tribunales de la Nación.

También, recientemente, en el mismo sentido, la st. de 3 de Marzo de 1973.

Sin embargo, tampoco esta jurisprudencia, con arreglo a la cual habríamos de pensar que en nuestro sistema tiene lugar un tratamiento independiente para las competencias interna e internacional, escapa a toda duda, pues la ambigüedad con que el Tribunal Supremo se expresa en alguna de sus sentencias, como las de 31 de Enero de 1921 y de 30 de Mayo de 1961 puede dar pie para pensar que las re-

glas de competencia territorial interna pueden transponerse a la esfera internacional, si bien esta transposición quedaría sujeta a un duro juicio por el carácter nacionalista con que se lleva a cabo, ya que únicamente jugaría en favor de los tribunales españoles. Dice en efecto la citada sentencia de 31 de Enero de 1921:

> "Considerando: Que estos preceptos legales (los que se refieren a la competencia territorial) que definen, regulan y fijan la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de las cuestiones que se susciten entre las personas anteriormente citadas, se refieren y son aplicables exclusivamente a los Tribunales españoles, sin que en defecto de tratados puedan estimarse cuando se aleguen en relación a Tribunales extranjeros...".

Y la sentencia de 30 de Mayo de 1961, también citada:

> "Considerando que ...es visto que de conformidad con esta disposición legal y el art. 70 de la propia Ley, las reglas sobre competencia establecidas en la sección primera y segunda del Título 2º alcanzan a los extranjeros, ora comparezcan como demandante, ora como demandados en los Tribunales españoles..."

Sin embargo, la interpretación del reproducido considerando de la sentencia de 31 de Enero de 1921 en combinación con el que inmediatamente le precede, del que es casi copia el también reproducido de la sentencia de 30 de Mayo de 1961, y según el cual,

> " ...no existiendo ley del Reino que impida a la Jurisdicción española conocer de este litigio promovido entre dos súbditos ingleses ni tratado sobre estas cuestiones con Inglaterra, es visto que de conformidad con la disposición legal anteriormente citada y el art. 70 de la misma Ley, las reglas sobre competencia establecidas en la sección 1ª y 2ª del título II alcanzar a los extranjeros...

nos anima a pensar que nuestro Tribunal Supremo se inclina efectivamente por un tratado diferenciado de las competencias internacionales e interna. Resultaría así que, las reglas de competencia interna se aplicarían en un segundo momento... entre tribunales españoles, con objeto de decidir cuál de entre ellos habrá especialmente de conocer una vez que la competencia de la jurisdicción nacional haya sido reconocida de acuerdo con unas leyes que como del Reino, habrán sido previamente aplicadas. Ahora bien, ¿cuáles son esas "leyes del Reino"? El T.S. no sólo nunca se ha definido a este respecto con la claridad necesaria, sino que la doctrina legal sentada en relación con las normas de derecho positivo que habrán de tenerse en cuenta a la hora de apreciar la competencia judicial internacional, no puede ser más dispar. Cabe en efecto señalar como nuestro Alto Tribunal se ha orientado en este sentido, por distintos caminos, recurriendo ya aislada, ya conjuntamente, a las disposiciones contenidas en el Real Decreto de 1852, en las leyes orgánicas del poder judicial y de enjuiciamiento civil, y en el Código civil. Veámoslo:

A) El T.S. ha recurrido al Real Decreto de extranjería de 1852, exclusivamente en sentencias de 23 de Octubre de 1873 (500), 29 de Mayo de 1894 (501), 15 de Noviembre de 1898 (502), según la cual "no se cometen en la sentencia

(500) JC., t. 28, nº 305, p. 498.
(501) JC., t. 75, nº 154, p. 693.
(502) JC., t. 85, nº 69, p. 306.

recurrida las infracciones del decreto de extranjería de 17 de Noviembre de 1852, en sus arts. 32 y 33, porque la competencia atribuída en ellos a los tribunales españoles en los casos que se refiere no excluye la de otros, dados los términos genéricos del art. 33".

También en la sentencia de 17 de Octubre de 1901:

> "... es un principio inconcuso derivado de la soberanía inherente a cada Estado, el de su absoluta e indiscutible competencia para resolver las cuestiones que sobre los bienes sitos en su territorio, cualquiera que sea la naturaleza de estos, se susciten lo mismo entre nacionales que entre extranjeros, según claramente se consigna en la ley 15, tit. 14, Partª 3ª, art. 32 del R.D. de 17 de Noviembre de 1852, art. 42 de la ley de 4 Julio de 1870..."

En fin, también en la sentencia de 13 de Junio de 1917 se patentiza este recurso:

> "Considerando: Que en el caso concreto de autos los tribunales españoles requrridos por los cargadores no pueden inhibirse del conocimiento del asunto aún cuando se trate de contratos celebrados en el extranjero entre extranjeros y con cláusula especial de sumisión a un Tribunal que no sea español, mientras limiten la extensión de su competencia a las medidas conservatorias urgentes y obligaciones que en España se han de cumplir, pues este carácter revisten las hasta ahora demandadas, porque impone el deber de entender a los tribunales el art. 32 del R.D. de 17 de Noviembre de 1852, que en el primer motivo del recurso se cita subsidiariamente como infringido en el supuesto de que rija, como en efecto se halla vigente, y en vista también...".

En otras sentencias, el Tribunal Supremo ha usado el Real Decreto de extranjería, en conexión con el artículo 319 de la LOPJ, como en sentencia de 10 de Mayo de 1876 (503)

---

(503) JC., t. 57, nº 89, p. 381.

con el artículo 51 de la LEC, considerándolo como confirmatorio de lo contenido en el citado Real Decreto, en sentencia de 29 de Septiembre de 1956 y también simultáneamente con este último y con el 7º del mismo cuerpo legal, como en sentencia de 11 de Julio de 1970.

Esta reiterada aplicación, no le ha impedido sin embargo dudar en ocasiones de la vigencia del Real Decreto, como en sentencia de 10 de Febrero de 1915, o incluso llegar a considerarlo como derogado en otra de 22 de Junio de 1964 (504).

Se dice en efecto en el segundo de los considerandos de la mencionada sentencia de 10 de Febrero de 1915 que:

> "... es evidente que, aún estimándose en vigor las disposiciones del Real decreto de 17 de Noviembre de 1852, que se citan en el tercer motivo, por admitir que no se oponen en el artículo 51 de la ley Procesal, antes mencionada, ni a los demás preceptos que abolieron el fuero de extranjería, ni a los que invoca el fallo recurrido, siempre resultarían aquellis inaplicables a este pléito..."

declaración ésta, que no deja de resultar sorprendente a la vista de las consideraciones formuladas en el motivo 3º del último resultando de la misma sentencia, donde textualmente se dice que:

> "... ni existe derogación expresa ni virtual del expresado Real decreto ni hay tratadista español de internacional privado que lo estime abolido..." (505).

---

(504) R. 1964. 3386.

(505) Nótese que esta afirmación no es totalmente exacta pues, ya en esta época, un sector de la doctrina consideraba que de RDExtr. estaba derogado. Sobre esto, v. infra. p. 329 s.s.

y que podría quizás tan sólo encontrar una explicación en la curiosa interacción que entre el artículo 27 del Código civil y el Real Decreto de 17 de Noviembre, parece apuntar el Tribunal Supremo en el mismo motivo y resultando, en el sentido de que refiriéndose el artículo 27 exclusivamente a los extranjeros "que siquiera de paso o accidentalmente se encuentren en el territorio nacional", habría derogado el Real Decreto, en relación con estos, conservando sin embargo todo su vigor frente a los no domiciliados ni transeúntes. Dice en efecto el Tribunal Supremo:

> "... y en cuanto a la consideración de la Sala de que el expresado Real decreto no está en vigor habiendo dado nuevo concepto de la capacidad civil de los extranjeros la Constitución de 1869 y la ley de 4 de Julio de 1870, quedando hoy garantizada la personalidad jurídica de los extranjeros por la vigente Constitución de 1876 y el art. 27 del Código civil, precisan breves razonamientos para rebatirla porque en primer término, el hecho de que el fuero de extranjería en cuanto a organización de Tribunales y reglas de procedimiento haya perdido su vigor no empece para que continúe vigente en orden a lo estatuído sobre requisitos para que sean demandados en España los extranjeros no domiciliados ni transeúntes..."

B) El T.S. ha invocado en una ocasión el artículo 27 del Código civil, en sentencia de 1 de Julio de 1897 en conexión con el 70 de la ley de Enjuiciamiento civil. Dice en efecto la mencionada sentencia:

> "Considerando que según el artículo 27 del Código civil, los extranjeros gozan en España de los derechos que las leyes civiles conceden a los españoles salvo lo dispuesto en los Tratados internacionales o en el art. 2º de la Constitución del Estado..."

> "Considerando que es juez competente para decretarle, según el art. 70, en relación con la segunda de las reglas consignadas en el nº 20 del 63 de la ley procesal, con el 64 de la misma ley y con el 40 del Cº civil, el de la residencia habitual del marido, toda vez que a tenor de lo dispuesto en el primero de estos artículos dicha regla de competencia es aplicable a los extranjeros que acudan a los tribunales españoles promoviendo actos de jurisdicción voluntaria, siempre que por razón de la materia deba conocer la jurisdicción española, como sucede en el caso actual, con arreglo a las leyes del Reino".

C) El Tribunal Supremo se ha servido, en la mayor parte de los casos, de los artículos 267 de la ley orgánica del poder judicial y/o 51 de lo de enjuiciamiento civil a los que ha considerado, bien aisladamente como principios generales aplicables en la materia, como en sentencias de 12 de Mayo de 1886 (506), 16 de Diciembre de 1927 (507), 24 de Noviembre de 1928, 1 de Junio de 1929 (508), 27 de Enero de 1933 (509), 9 de Febrero de 1933 (510), 21 de Febrero de 1935 (511), 4 de Diciembre de 1935, 5 de Febrero de 1936 (512), 21 de Febrero de 1936 (513), 25 de Enero de 1956, 22 de Junio de 1964 (514), 2 de Marzo y 30 de Diciem-

---

(506) JC., t. 59, nº 206, p. 893.
(507) JC., t. 179, nº 77, p. 475.
(508) JC., t. 186, nº 84, p. 715.
(509) JC., t. 207, nº 56, p. 889.
(510) JC., t. 207, nº 97, p. 560.
(511) JC., t. 217, nº 111, p. 567.
(512) R. 1936. 249.
(513) R. 1936. 480.
(514) R. 1964. 3386.

bre de 1966, 15 de Junio de 1968, 13 de Marzo de 1969 (515), y 22 de Mayo de 1972, bien en conexión, en otras ocasiones, con los artículos 70 de la ley de enjuiciamiento civil, como en sentencias de 10 de Julio de 1934, 30 de Mayo de 1961 y 31 de Diciembre de 1968.

Interesante resulta el destacar cómo recientemente, por sentencia de 7 de Marzo de 1973 el Tribunal Supremo parece haber adoptado una posición más terminante en relación con el sentido del artículo 51; dice en efecto la mencionada sentencia:

> "Considerando: que el órgano jurisdiccional ha de desarrollar su actividad, como tal, dentro de la esfera de sus atribuciones, ya que en otro caso esa actuación adolecería de defecto de jurisdicción: esas atribuciones tienen un ámbito que se determina en función de ciertos límites, que están establecidos en el artículo 51 de la ley procesal civil, precepto que ha sido tenido en cuenta por el Tribunal de instancia, así como el 70, subordinado al anterior en su aplicación, alegados como infringidos por violación...

Con ello, parece contradecir abiertamente la consideración que respecto de la significación y alcance del mismo precepto hacía en el tercer motivo del último de los resultandos de la sentencia de 15 de Febrero de 1915 en la que venía a manifestarse que el mero hecho de que el negocio se hubiese suscitado en España no bastaba para atribuír jurisdicción a los tribunales españoles, sino que tal circunstancia era presupuesto ineludible para la aplicación de las reglas determinativas de la misma. Decía en efecto la mencionada sentencia:

---

(515) R. 1969. 1276.

> "... y del mismo modo es aplicable toda esta argumentación a los artículos 51 y 70 de la ley de Enjuiciamiento civil, que tienen también su fundamento en el 267 de la ley orgánica del Poder Judicial, pues su significación y alcance ha de referirse al designio legislativo de unidad de fuero bajo la soberanía territorial que la preside, pero bajo la indispensable condicional de que sea competente para conocer de esos negocios civiles suscitados en nuestro país, la jurisdicción española, lo cual no sucede en este pléito...".

A la vista de este confuso panorama jurisprudencial que hemos expuesto no deberá extrañarnos por qué los autores españoles, fuertemente influenciados, en este sector problemático de nuestro ordenamiento jurídico, por la orientación jurisprudencial, "no han llegado todavía a la formulación de una opinión unánime -al decir de PECOURT- sobre los principios y normas determinantes de la competencia judicial internacional en el derecho español" (516).

Sección 3ª

Posiciones doctrinales: sus diferentes aspectos

1. Posiciones iniciales

Es en los años que rodean la promulgación de la ley de enjuiciamiento civil -fines siglo XIX y principios del actual- el único momento en nuestra historia doctrinal en el que encontramos una cierta unidad de criterio

---

(516) Cf. PECOURT, e., "Las normas..." cit. p. 201.

entre nuestros autores en cuanto a la determinación de las reglas con arreglo a las cuáles habrá de estimarse la competencia judicial internacional de los tribunales españoles. En efecto, juristas como MANRESA (517), GESTOSO, MIÑANA (518), TORRES CAMPOS (519), TRIAS Y GIRO (520) convienen en señalar los tres principios siguientes:

- Ningún otro tribunal sino los pertenecientes a la jurisdicción ordinaria será, lograda ya la unidad de fueros, competente para conocer de los litigios de extranjeros. Así se declara en el artículo 51 de la ley de Enjuiciamiento civil concordante con el 267 de la ley orgánica del poder judicial y con el 1-7º del decreto de unificación, que no tiene otra razón de ser que la de "evitar todo motivo de duda y confirmar implícitamente dicha supresión" la de los fueros especiales (521).
- El Real Decreto de extranjería de 1852, derogado en alguna de sus disposiciones, no lo está en sus artículos 29, 32 y 33, en los que se establecen los límites dentro de los cuales la jurisdicción española es competente para

---

(517) MANRESA Y NAVARRO, op.cit. t. I, p. 160 s.s. y 228 s.s.

(518) GESTOSO Y ACOSTA, Apuntes de derecho procesal internacional, Valencia 1889, p. 12 y 13; MIÑANA y VILLAGRASA, Derecho internacional privado (contestaciones al programa de oposiciones a notarías determinadas y al cuerpo de aspirantes al notariado), Madrid 1904, p. 247 s.s.

(519) TORRES CAMPOS, Elementos de derecho internacional privado, Madrid 1913, p. 346 s.s.

(520) TRIAS y GIRO, Estudios de derecho internacional privado, Barcelona 1921, t. I, p. 342 s.s.

(521) Cf. MANRESA, op.cit. p. 165.

conocer de los negocios con elementos extranjeros. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 70 de la ley de Enjuiciamiento civil, concordante con el artículo 319 de la ley orgánica del poder judicial, que condiciona la aplicación de las reglas territoriales de competencia a los asuntos de extranjeros, al hecho de que se haya apreciado la competencia de la jurisdicción española con arreglo a las "leyes del Reino", que no son sino los citados artículos 29, 32 y 33. Dice en efecto MANRESA (522):

> "... añade el artículo 70 que lo antedicho se entenderá cuando proceda que conozca la jurisdicción española con arreglo a las leyes del Reino o a los tratados con otras potencias". Y cuando procederá que conozcan los jueces españoles de pleitos y actos judiciales en que intervengan extranjeros? Debemos indicarlo para llenar el objeto de esta obra.
>
> Las disposiciones de las leyes del Reino vigentes sobre esta materia se hallan en los artículos 29, 32 y 33 del Real Decreto de 17 de Noviembre de 1852 sobre extranjeros, que dicen así...".

- El tribunal ordinario que en particular será competente para conocer vertical y horizontalmente del caso de especie, vendrá determinado por las reglas de competencia interna, que se aplican así en un segundo momento, una vez que la competencia de la Jurisdicción ha sido reconocida con arreglo a las leyes del Reino. Así se dispone en el artículo 70 y es lógico y justo que así se haga. Es justo, porque estando sujetos españoles y extran

---

(522) Ibid., p. 299.

jeros a la misma jurisdicción, justo es que también lo estén a las mismas reglas de competencia. Pero lógico igualmente, porque no estableciéndose en los tratados ni en el Real Decreto de extranjería, reglas especiales de competencia, debía, y así lo ha hecho la LEC, colmar tal laguna.

El artículo 70 de la ley de Enjuiciamiento nos dice MANRESA:

> "... es el complemento del artículo 51, pues siendo según éste, la jurisdicción ordinaria la única competente para conocer de los negocios civiles que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros, justo era que todos estuviesen sujetos a unas mismas reglas de competencia, Así lo dispone el artículo que estamos comentando (523).
>
> Indicaremos por último que ni en los tratados internacionales, ni en el Real Decreto de 17 de Noviembre de 1852 se establecen reglas especiales de competencia, y por esto suple tal omisión el artículo que es objeto de este comentario, ordenando que las establecidas en los artículos que la preceden, comprenden a los extranjeros que acudan a los tribunales españoles como demandantes o como demandados, contra españoles o contra otros extranjeros" (524).

Estas consideraciones, sin duda dominantes en la época a la que nos estamos refiriendo, no eran sin embargo unánimemente compartidas. Encontramos así en efecto a un NAVARRO AMANDI (525) que sostiene que habiendo sido derogados por la promulgación del código civil todos los artículos de índole civil contenidos en el Real Decreto de 1852, entre los que -defiende- se encuentran los 29,

---

(523) Ibid. p. 299.
(524) Ibid. p. 233.
(525) Cf. NAVARRO AMANDI, op.cit. loc.cit.

32 y 33, han desaparecido las limitaciones que pesaban sobre la administración de justicia a los extranjeros, que podrán así ejercitar, a partir de ahora, sobre la base del artículo 27 del Código civil sus derechos ante nuestros tribunales en la forma prevenida por las leyes procesales del país. Se interroga en efecto el referido autor en sus comentarios al artículo 27 del Código civil, acerca de si tienen o no derecho los extranjeros a que los tribunales españoles les administren justicia en todos los casos, para continuar preguntándose en segundo lugar por la vigencia del Real Decreto de extranjería. A la primera cuestión responde NAVARRO:

> "El Real Decreto hacía una distinción, reconociendo este derecho a los extranjeros en las demandas que entablen para el cumplimiento de las obligaciones contraídas en España, o que deban cumplirse en España o cuando versen sobre bienes sitos en territorio español, y limitando la intervención de los jueces españoles en los negocios entre extranjeros o contra extranjeros que no procedan de acción real ni personal por obligaciones contraídas en España, a lo necesario para evitar fraudes o adoptar medidas urgentes y provisionales para detener a un deudor que intente ausentarse a fin de eludir el pago o para la venta de efectos expuestos a perderse en almacenes y para proveer interinamente de guardador a un demente u otros análogos. Pero derogado este Real Decreto al menos en esta parte por el artículo que examinamos, creemos que los extranjeros pueden ejercitar ante nuestros tribunales sus derechos en todo caso en la forma prevenida en las leyes de procedimientos en nuestro país.

En cuanto a la pregunta de si está vigente el Real Decreto de 17 de Noviembre de 1852, responde el mismo autor que "en este Real Decreto hay disposiciones de índole civil

como las contenidas en los artículos 3, 4, 5, 17, 18 19, 20, 28, 32, 33 ...etc. ..., y estas deben estimarse derogadas por el Cº...".

Cabe citar en fin a un reducido grupo de autores como CONDE y LUQUE (526), MORALES (527) y BRAVO (528) que aunque guardando silencio en torno a la derogación del Real Decreto llegan a similares conclusiones al defender la aplicación directa, a los asuntos de carácter internacional, de las reglas de competencia interna contenidas en la ley de Enjuiciamiento. Dice en efecto BRAVO:

> "Foelix y otros autores se extienden mucho en explicar la diferencia entre el extranjero demandante y el extranjero demandado; pero si esto puede ser práctico respecto de otras naciones, en cuyo caso ya lo recogeremos cuando se trate de los españoles en el extranjero, en cuanto a España no tiene interés alguno. La razón está en que la ley es aquí igual para ambos, y que sólo hay en cuanto al demandante, la circunstancia de haber de prestar la fianza de arraigo. Además Foelix funda estas diferencias principalmente en la competencia del juez, pero como ésta la fija la ley, cuanto dijéramos de ella sería ocioso, pues basta con repetir que lo mismo es aplicable a los regnícolas que a los extranjeros. En este concepto, y fuera de los casos de sumisión expresa o tácita, la competencia es la siguiente: (529)".

---

(526) Cf. CONDE Y LUQUE, Derecho internacional privado, t. II, Madrid 1907, pp. 361 ss.

(527) Cf. MORALES, Contestaciones a la parte de derecho internacional privado del programa para oposiciones al cuerpo de aspirantes al notariado y a notarías determinadas, Madrid 1906, 2ª ed. pp. 133 ss.

(528) Cf. BRAVO, Derecho internacional privado, Madrid 1886, t. II, pp. 5 ss.

(529) Reproduce a continuación BRAVO el texto del artículo 62 de la LEC., BRAVO, op.cit. p. 12.

2. La doctrina moderna

La división o enfrentamiento que, hemos visto, se apuntaba ya entre nuestros autores en el punto de arranque, no ha hecho mas que agudizarse con los años hasta el punto de que a la hora actual nos enfrentamos a un sin fin de matices interpretativos, polarizados en torno a dos cuestiones fundamentales, a saber:

- Determinación del sentido y alcance del artículo 51 de la ley de Enjuiciamiento civil.

- Determinación de las "leyes del Reino" de que habla el artículo 70 de la misma ley. Dentro de este variopinto panorama son sin embargo perceptibles dos orientaciones básicas a las que tradicionalmente se las viene designando como tradicional y moderna respectivamente.

A) La llamada orientación tradicional.-

Capitaneada por TRIAS DE BES, fiel seguidor de MANRESA, se presenta esta corriente como la heredera de las tesis tradicionales más conservadoras, pudiendo sistematizarse su pensamiento en los siguientes principios:

a. Afirmación del sentido histórico del artículo 51 de la ley de Enjuiciamiento cuya finalidad más primaria no es sino la de insistir una vez más en el hecho de la unidad de la jurisdicción civil.

Con absoluta claridad queda reflejado este principio en el siguiente pasaje de LUNA GARCIA Y HERNANDEZ CA-

NUT (530). El artículo 51 de la ley de Enjuiciamiento -dicen los mencionados autores- "se refiere sólo a la desaparición de los antiguos tribunales para extranjeros y al fuero sobre extranjería".

b. Reconocimiento de la evolución experimentada a impulsos jurisprudenciales en la interpretación del artículo 51, que ha fundamentado de esta manera el carácter atractivo atribuído a la jurisdicción española. Es ahora en TRIAS DE BES (531), donde este principio encuentra su mejor reflejo:

> "... importa observar -dice- que varias sentencias del Tribunal Supremo dando, al parecer, mayor alcance al artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento civil, asignan carácter "atrayente" a la jurisdicción española frente a las extranjeras... Estimamos, sin embargo, que el "carácter atrayente asignado por dicha doctrina a nuestra jurisdicción no debe aplicarse rigurosamente, pues lo contrario conduciría al reconocimiento de la absoluta e ilimitada competencia de los Tribunales españoles, lo cual, sobre desmentirlo la realidad, implicaría una desnaturalización del precepto legal, desvirtuando su verdadero alcance, consistente en afirmar, como base del procedimiento civil actual, el principio de unidad y unicidad de jurisdicción para todos los asuntos civiles".

c. Denuncia de la viciosa técnica utilizada por el legislador español en la regulación de los conflictos de com-

---

(530) Cf. LUNA GARCIA y HERNANDEZ CANUT, "Dictamen sobre la competencia de los tribunales españoles en juicio de alimentación provisionales entre extranjeros", en A.D.C., 1951, pp. 1527 a 1533.

(531) TRIAS DE BES, JM., Derecho internacional privado, 2ª ed. Barcelona 1940, p. 126 ss.; también del mismo autor, "Las reglas de competencia general: ensayo de derecho procesal internacional español", en R.J.C., 1960, p. 7 ss.

petencia general al limitar a una genérica referencia, en el artículo 70 de la ley de Enjuiciamiento a lo establecido en las leyes y en los tratados (532).

d. Defensa de la vigencia de los preceptos que sobre competencia general se contienen en el Real Decreto de extranjería, frente a las pretendidas disposiciones derogatorias de los mismos comprendidas en la ley de Enjuiciamiento y Código civil, apelándose para ello a argumentos tales como:

- sentido histórico del artículo 51 de la ley de Enjuiciamiento civil.
- recta interpretación del principio de asimilación contenida en el artículo 27 del Código civil.
- ausencia de derogación tanto en los textos positivos como en jurisprudencia.
- exclusión del ámbito de aplicación del artículo 2182 de la ley de Enjuiciamiento de los preceptos relativos a la competencia judicial internacional.

> "El Decreto de extranjería -dice FERNANDEZ VIAGAS (533)- no puede estar derogado, ni por el artículo 51, que es sólo una regla de primacía de la jurisdicción ordinaria sobre las especiales, como hemos dicho, y demuestra el sentido de la restricción que se opera en el artículo siguiente, ni por el 2182, que al derogar todas las disposiciones legales en que se hubieran dictado normas para el Enjuiciamiento civil, se refiere a las disposiciones donde consten normas de jurisdicción interna y no a las de derecho internacional privado. Tampoco lo está por el artículo 27 del Código civil, que se refiere

(532) Cf. TRIAS DE BES, Las reglas..., cit. p. 8.

(533) Cf. FERNANDEZ VIAGAS, P., "Cuestiones de competencia inter-jurisdiccional entre tribunales de distinta nacionalidad", en RDP Proc., 1958, pp. 325 ss.

a los derechos de los extranjeros, no a las reglas de competencia que determinen la jurisdicción ante la que esos derechos puedan discutirse" (534).

e. Interpretación literal del artículo 70 de la ley de Enjuiciamiento, cuyo alcance se limita a los supuestos de competencia especial, negándose su extensión al ámbito internacional. Es decir, que las leyes deccompetencia territorial contenidas en la ley de Enjuiciamiento civil sólo pueden invocarse respecto de los tribunales españoles, habiendo de estar, para la regulación de los supuestos de competencia general a lo dispuesto por

---

(534) Cf. también en el mismo sentido, TRIAS DE BES, Las reglas... cit. p. 8; GUASP, J., Comentarios a la LEC, t. I, Madrid 1943, p. 221; VERPLAETSE, Derecho internacional privado, Madrid 1954, p. 643 ss. para quien "parece lógico y razonable opinar que la equiparación total del extranjero con el español pertenece aún a la esfera de las teorías. Si ciertos textos no hacen ninguna distinción entre súbditos y forasteros, la jurisprudencia ha mantenido según un sistema de casos concretos una diferenciación entre ambos. Por lo demás parece exagerado el descartar los textos del Real Decreto de extranjería, que nunca han sido abrogados, toda vez que las modificaciones por cierto numerosas, de dicho decreto no pueden interpretarse por vía implícita y de manera parcial, manteniéndose parte del precepto y rechazando otra"; LUNA GARCIA y HERNANDEZ CANUT, art. cit. p. 1530, para quienes el artículo 27 del Código se refiere al goce de los derechos civiles a menos de admitir "la anticuada doctrina de que el ejercicio de las acciones ante los tribunales pertenece al campo del derecho civil; pero aún en este caso, se hace en favor del extranjero como un privilegio, pues los extranjeros, si quieren, pueden someterse a tribunal español"; ANGULO, M. de, Lecciones derecho procesal internacional, Granada 1974, espec. pp. 28 a 36, para quien el artículo 27 "no puede esgrimirse, contrariamente a su espíritu, para desfavoreciendo a aquellos -los extranjeros- con tal equiparación privar de jurisdicción a sus jueces naturales".

las "leyes del Reino" que no son sino los artículos 29, 32 y 33 del Real Decreto de extranjería, como se deduce del pensamiento de LUNA GARCIA y HERNANDEZ CANUT,

> "tanto por la interpretación literal -leyes, otras leyes, no artículos de la misma ley- como por el sentido de la disposición, que se refiere a la posibilidad de que no proceda conozca la jurisdicción española y que, por lo tanto no se puedan aplicar las reglas de competencia, esto es, los artículos 51, 56 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil" (535).

Abona este razonamiento, según FERNANDEZ VIAGAS, no sólo el hecho de que otra interpretación sería redundante, sino también porque con "la oposición que estableció bien claramente el legislador entre las disposiciones de competencia de la ley de Enjuiciamiento y las contenidas en las leyes del Reino, pretendió señalar que la competencia interjurisdiccional es preciso buscarla en otras disposiciones que dejaba vigentes" (536).

---

(535) Cf. LUNA GARCIA y HERNANDEZ CANUT, art.cit. pp. 1528.

(536) FERNANDEZ VIAGAS, art.cit. pp. 378. Cf. también en el mismo sentido, TRIAS DE BES, art.cit. p. 6 y 10; VERPLAETSE, op.cit. p. 643; BORRELL, "Los tribunales españoles son competentes para conocer del procedimiento de quiebra de la B.T.", Dictamen, inédito, Madrid 30.4.1963; DE PAZ, "Jurisdicción y competencia de los tribunales españoles en la quiebra de la B.T.", Dictamen inédito 1963; ANGULO, op.cit. p. 33, quien no deja por otra parte de constatar que "dado el carácter incompleto de este sistema, la jurisprudencia ha resuelto numerosos casos al margen de los criterios contenidos en dicho Real Decreto".

B) La llamada orientación moderna.-

Con raíces en las ideas que en el punto de partida se presentaban como disidentes, cabe señalar, modernamente, la existencia de una corriente doctrinal en la que, a pesar del menor grado de aglutinamiento que presenta, por razón de la mayor riqueza de matices interpretativos, en comparación con la que hemos anteriormente calificado de tradicional, pueden descubrirse los siguientes puntos comunes:

a. Consideración de que el Real Decreto de Extranjería se encuentra derogado.

b. Aplicabilidad de las reglas de competencia territorial interna, a los suspuestos de competencia general.

Aunque es posible descubrir en estos dos puntos, las líneas maestras de la construcción moderna, cabe señalar, como ya hemos apuntado, la existencia de matices diversos dentro de cada una de ellas. Veamos en efecto, en primer lugar, como la derogación del Real Decreto de extranjería, se apoya en distintas consideraciones:

Para DE LA PLAZA, es en el artículo 51 donde ha de buscarse el fundamento de tal derogación. Según este autor:

> "Los términos del expresado artículo 51 de nuestra ley procesal no permiten invocar después de su vigencia el Decreto de extranjería, mucho más restrictivo de la competencia de nuestros tribunales que lo que actualmente consiente la normal aplicación de aquél artículo, que en el

> fondo responde al criterio de la territorialidad de las leyes procesales, a cuyo tenor -como dice Chiovenda- cuantos se encuentren en el territorio de un Estado, están sometidos potencialmente a su jurisdicción, y lo están, en acto, si concurren los presupuestos exigidos para que así ocurra conforme a los tratados, si existiesen, o a la legislación nacional en el evento que faltasen" (De la PLAZA, "Excepciones procesales con carácter internacional", en RDP, 1945, pp. 673 ss.).

Por el contrario, otro grupo de autores entre los que cabe nombrar a RUIZ GUTIERREZ (537), GUASP (538) y GOLDSCHMIDT (539) sostienen que es en el artículo 27 del Código civil, "expresivo de la igualdad de todos ante las leyes civiles" (540), donde radica la causa de la derogación (541). En apoyo de esta tesis, cita GOLDSCHMIDT una sentencia de la Sala de 10 Civil de la Audiencia Territorial de Madrid que según este autor, el Tribunal Supremo parece confirmar en el tercer motivo del último de los resultados de la sentencia de 10 de Febrero de 1915 (542), opinión desafortunada, a nuestro juicio, salvo la interpretación relativa a la diferenciación entre extranjeros domiciliados y transeúntes y los que no lo son, que hemos tenido ocasión de apuntar en páginas anteriores (543).

---

(537) RUIZ GUTIERREZ, U., "La competencia de los tribunales españoles en actos en que intervienen elementos extranjeros, con referencia a los de jurisdicción voluntaria", en RDProc., 1962, pp. 9 a 32.

(538) GUASP, Derecho procesal civil, Madrid 1956, p. 108.

(539) GOLDSCHMIDT, W., "Problemas de competencia en el derecho internacional procesal de España", en Melanges Streit, t. I, Atenas 1939, pp. 438 ss.

(540) Ibid. p. 438 in fine.

(541) Cf. también en el mismo sentido, ARAGONESES ALONSO, P. "Problemas del proceso civil con elementos extranjeros, comentarios a la sentencia de 22 de Febrero de 1960" en RDProc., 1961, pp. 349 ss.

(542) s. y resultando, cit.supra. p.309.

(543) V. supra. p. 232.

> "El primer punto de importancia -dice GOLDSCHMIDT- es que el Real Decreto de 17 de Noviembre de 1852 estableciendo diferencias entre españoles y extranjeros en la cuestión de la competencia ha sido derogado por el artículo 27 del Código Civil expresivo de la igualdad de todos ante las leyes civiles. Así opina la Sala de lo Civil de Audiencia Territorial de Madrid... opinión hacia la cual el Tribunal Supremo... parece inclinarse" (544).

La tercera variante dentro de esta orientación moderna, la protagoniza el profesor MIAJA DE LA MUELA (545), al defender a pesar de una interpretación que como la de MANRESA, puede calificarse de auténtica la derogación de las normas de competencia judicial internacional del Real Decreto de 1852, pero, no como consecuencia del juego de los artículos 51 y 2182 de la Ley de Enjuiciamiento, ni tampoco por virtud del artículo 27 del Código civil, sino a raiz de la promulgación del Decreto de Unificación de 1868. En efecto, dice MIAJA que:

> "... el primero de estos artículos (art. 51) mal pudiera poner fin a la vigencia de unas disposiciones inspiradas en diferente criterio, cuando no es otra cosa que la reproducción de lo dispuesto once años antes por el artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, a su vez, no hacía más que expresar el hecho de que los asuntos civiles y criminales antes atribuídos a la jurisdicción de extranjería, habían pasado a la de los tribunales ordinarios según disponía el Decreto de Unidad de Fueros.
>
> En cuanto al artículo 2182 es una cláusula derogatoria de todas las leyes, Reales Decretos, reglamentos, órdenes y fueros en que se hayan dictado reglas para el enjuiciamiento civil: es perfectamente explicable que si en 1881 no es-

---

(544) Cf. GOLDSCHMIDT, W., artículo cit. p. 438-9.

(545) MIAJA DE LA MUELA, A., El imperialismo... cit. p. 89 ss.; cf. también del mismo autor, Derecho internacional privado, Madrid 1970, t. II, 5ª ed. pp. 437 s.s.

> tuviesen aún derogadas las reglas tantas veces citadas del Real Decreto de Extranjería, lo fuesen por el artículo 2182 puesto que nadie puede negar la inclusión de las normas sobre competencia entre las referentes al enjuiciamiento.
>
> Menos fundada parece la postura de quienes estiman dicha derogación producida por el artículo 27 del Código Civil, es decir en 1888 al haber establecido la igualdad de derechos civiles entre extranjeros y españoles, igualdad que, al menos en materia de capacidad para ser parte en un proceso no constituía ninguna novedad.
>
> Resulta por consiguiente, que el momento decisivo, es el de 1868, y por ello, el autor de este trabajo, ha afirmado en otra ocasión que la vigencia de las reglas de competencia judicial del Real Decreto de 1852 desaparece con el de Unificación de Fueros..." (546).

Derogado el R.D. de Extranjería, sea cual fuere la causa, se produce un vacío legislativo en la regulación de la competencia judicial internacional que vendrá a colmar por analogía el sistema previsto para la ordenación de la competencia interna, que se aplicará así a título supletorio, en calidad de "ley del Reino".

Esta es la conclusión a la que llegan la mayor parte de los autores agrupados dentro de esta tendencia moderna quienes propugnan así, un trato indiferenciado, a base de reglas internas, para las competencias generales y especiales.

Fue también esta tesis, la que como representativa del estado legislativo vigente en la materia expuso el Gobierno español en la décima sesión extraordinaria de la

---

(546) Cf. MIAJA DE LA MUELA, El imperialismo... cit. p. 103.

Conferencia de La Haya de 1966. Se declaraba en efecto en aquella ocasión que:

> "L'artible 51 de la loi de procedure civile etablit que la jurisdiction ordinaire est la suele competente pour connaître des affaires civiles (ceci inclut les affaires commerciales) qui sont souleves sur le territoire espagnol entre des espagnols, entre des etrangers et entre des Espagnols et des etrangers.
>
> On admet ainsi expressement la possibilité que les tribunaux espagnols puissent connaitre des affaires souleves non seulement entre des Espagnols et des etrangers, mais aussi entre deux etrangers. (...). Les sueles limites a cette regle generale, Lorsqu'il y a une partie etrangere au litige sont au nombre de deux; l'une tres specifique resulte de l'article 534 de la loi de procedure civile se referant a (...). La seconde limite est constituée par une serie de dispositions generiques etablissant les regles concretes pour la determination du juge competent. Chaque cas d'espece devra pouvoir être inclus dans le cadre de ces regles, afin qu'un juge espagnol puisse être competent. Ces regles sont etablies a l'artcle 62 de la loi de procedure civile et sont les suivants (...) (547).

Especial consideración merece la postura de RUIZ GUTIERREZ para quien la aplicación del sistema interno de competencia se impone como solución de justicia. llega este autor a tal conclusión a través de una interpretación espiritualista del artículo 27 del Código civil, reflexionando como sigue:

> "... conforme al artículo 27 CC los extranjeros gozan de los mismos derechos que las leyes civiles otorgan a los españoles. La cuestión está, pues, en determinar el ámbito de esta norma y si realmente puede considerarse que deroga el R.D. de extranjería (y tal vez algún precepto de la LEC como el artículo 69

---

(547) Cf. el texto en Actes et Documents..., cit. pp. 398.

en lo que tiene de discriminatorio para los extranjeros) y en caso afirmativo, dada la laguna legal que se produce, qué normas deben aplicarse en sustitución de aquél.

Si entendemos por "Leyes civiles" las "Leyes no políticas o administrativas", es decir, incluímos dentro de aquél término la LEC, no cabe duda que el extranjero, para no ser de peor condición que el español debe gozar de los mismos derechos procesales que este:Si se establece para un español el fuero de situación de la cosa, este fuero ha de surtir efecto igualmente para el extranjero.

Si por el contrario entendemos que el artículo 27 hace referencia a "Leyes civiles" en el sentido de "leyes de derecho privado" o que confieren derechos subjetivos privados se llegaría a la misma conclusión. Porque considerado el derecho de acción (entendido como un derecho político a comparecer ante los Tribunales a pedir la aplicación de la Ley) como un derecho medio que tiende a la protección de unos determinados derechos subjetivos, cuando la LEC establece el fuero de la situación de la cosa es que considera que el Tribunal correspondiente es el más adecuado para conocer por que es el que protegerá más íntegramente el derecho subjetivo, ínsito en el caso. No hay pues que tratar de resolver la cuestión con criterios publicísticos derivados de categorías políticas: soberanía, territorio del Estado ...etc., ... sino limitarse meramente a considerar que la LEC establece unos fueros para proteger de la manera mejor y más justa unos derechos subjetivos y que al hacerlo implícitamente está diciendo que otros fueros no son tan aptos para aquella protección. Por ello cualquier atribución a los Tribunales nacionales de competencia, desconociendo las reglas de competencia interna, es evidente que pone en peligro de que sean desconocidos aquellos derechos subjetivos que se quieran proteger y proteger íntegramente, y no por defecto intrínseco en el Tribunal, sino por imperativo de las circunstancias. La existencia de un elemento extranjero, sea de personas, sea de cosas, sea de otro tipo, carece por tanto de relevancia para determinar la competencia de un Tribunal español frente a un extranjero, siempre que existan normas de competencia interna que ya dispongan sobre la materia, (548).

---

(548) Cf. RUIZ GUTIERREZ, art.cit. pp. 27 ss.

No nos queda sino apuntar, por último el enfrentamiento que tiene lugar entre estos autores modernos, en relación con el sentido a atribuír al artículo 51 de la ley de Enjuiciamiento, pues mientras unos -RUIZ GUTIERREZ, MIAJA DE LA MUELA, ORUE-, están de acuerdo en reconocer el sentido histórico del mismo y su relación con el hecho de la unificación fueros (549), mantienen otros, GOLDSCHMIDT, ARAGONESES, el carácter de regla de competencia, por razón del lugar, del mismo y su consideración como una de las leyes del reino de que habla el artículo 70, juntamente con los 56 y siguientes del mismo cuerpo legal.

Junto a estas dos orientaciones -tradicional y moderna- clásicas que hemos expuesto recorriendo el pensamiento de sus principales representantes, cabe señalar la presencia de una tercera, muy de nuestros días, que empieza a abrirse camino y que hemos convenido en calificar de realista.

---

(549) Cf. a este respecto RUIZ GUTIERREZ, art.cit. p. 19 ss. quien rechaza la consideración del citado artículo como regla de competencia general, no sólo por responder a razones distintas, sino también por el peso de la opinión de ciertos autores como Manresa al que por su activa participación en las tareas codificadoras se le supone un perfecto conocimiento de la finalidad perseguida por dicho artículo, cabiendo todavía aducir, a mayor abundamento, razones de conveniencia y justicia como la de no incurrir en una especie de chauvinismo jurídico, o la de frenar el progreso del derecho internacional que evoluciona hacia un reconocimiento creciente de los actos de otros Estados.

C) La orientación realista.-

Protagoniza esta modernísima línea de argumentación el profesor Enrique PECOURT (550) quien se expresa como sigue:

> "Una valoración conjunta de los datos obtenidos en los tres planos -iuspositivo, jurisprudencial y doctrinal- demuestra ante todo, la imposibilidad de formular una solución concluyente en términos absolutos. Las dos tesis doctrinales en presencia (ya que las restantes soluciones adoptadas en algunos casos por el T.S., son dogmáticamente inviables) cuentan con argumentos ajustados, pero ni en una ni en otra definitivos. Las lagunas existentes en la normatividad positiva, y, más aún, las contradicciones jurisprudenciales (que permiten "manejar" la doctrina del T.S. en cualquiera de las direcciones elegidas) hacen insuficientes las puras razones hermeneúticas, limitadas a los textos escritos, y, con mayor motivo, el testimonio de los fundamentos de derecho positivo utilizados por una jurisprudencia equívoca cuando no netamente contradictoria.
>
> Con estas perspectivas, nosotros nos inclinamos por la formulación de una respuesta basada en los principios directivos de la práctica jurisprudencial y, más concretamente de los resultados buscados por dicha práctica. En tal sentido, como ha podido advertirse, nuestros tribunales han sido claramente favorables a una interpretación maximalista de la virtualidad de la jurisdicción española en las hipótesis de competencia judicial internacional. En cualquier caso, la base de derecho positivo elegida, ha tendido a dicha finalidad".

En esta perspectiva, concluye este autor afirmando el difícil encaje que tiene en la práctica la tesis tradicional, dado que aquella parece responder en general "a

---

(550) PECOURT, E., Las normas... cit. p. 206 ss.

los criterios seguidos por los sistemas germánicos, es decir, a la aplicación de las normas de competencia territorial interna en los supuestos de competencia judicial internacional".

En esta dirección realista, internacionalista de origen, se alínea también el procesalista CARRERAS (551), quien pone de manifiesto lo bizantina que resulta la discusión acerca de la vigencia del Real Decreto de extranjería, habida cuenta de la indiscutible preferencia que sobre el mismo posee el artículo 51 de la ley de Enjuiciamiento del cual dice que,

> "Aún admitiendo que la intención del legislador al redactar el art. 51 de la Ley de enjuiciamiento civil hubiese sido ratificar la supresión de las jurisdicciones especiales internas es evidente que el sentido y alcance de un precepto no depende de tal intención oculta, sino de la aplicación e interpretación que los Tribunales hayan hecho del mismo a través de los años de vigencia de la Ley".

Sobre esta base es indiscutible reconocer, continúa diciendo este autor, que el citado artículo 51 se ha convertido en una regla de competencia judicial internacional que asigna a la jurisdicción española un carácter atractivo frente a las extranjeras, lo cual no quiere decir, por otra parte que sea aquella en todo caso competente, pues el mismo artículo condiciona la competencia de la juris-

---

(551) CARRERAS, J., La jurisdicción de los tribunales españoles en el caso de la B.T., en REDI, vol. 23/1970, pp. 398 s.s.; cf. también del mismo autor, Dictamen sobre "Jurisdicción y competencia", San Hilario, 1967, Inédito.

dicción española a la existencia de un elemento de conexión entre el asunto de que se trate y el ordenamiento español, cuál es, el que el negocio se suscite en España.

En cuanto al verdadero sentido y alcance del artículo 70 de la misma ley, añade que:

> "... estriba en que, si por aplicación del art. 51 corresponde a los tribunales españoles la jurisdicción para conocer de un litigio en que se dan elementos de extranjería, se aplicarán al mismo las reglas de competencia interna previstas con carácter general para los españoles; pero con la limitación de que estas normas de competencia, strictu sensu, jamás pueden conducir a que se atribuya la competencia a un juez extranjero, pues sólo pueden ser aplicadas para determinar qué Juez español es competente".

De autónoma hemos en fin también de calificar la posición de GUTIERREZ DE CABIEDES quien, tras hacer, por una parte, gala de realismo calificando de bizantina más que científica la discusión acerca de si el artículo 51 constituye una norma de competencia judicial internacional o si se trata por el contrario de una mera reiteración del principio de unidad de fueros, rechaza de plazo, por otra, en base a la enormidad a que conduciría tal interpretación, su carácter de norma de competencia judicial internacional. Dice en efecto este autor que:

> "Dejando a un lado la discusión más bizantina que científica, de si los artículos 51 y 267 mas que normas de competencia judicial internacional son preceptos nacidos de la aplicación del Decreto Ley de unificación de fueros, y tendentes a declarar la exclusividad de la juris-

> dicción ordinaria, interesa dejar claro, que aún utilizados sus preceptos como normas de derecho procesal internacional, poco o nada dicen de los supuestos que deba de conocer nuestra jurisdicción, a no ser que se les interprete en sentido gramatical absoluto, en cuyo caso, se llegaría a la conclusión absurda de que la jurisdicción española debe conocer en todo caso que se le plantee" (552).

Esto supuesto, aboga por una interpretación amplia del artículo 51, en el sentido de que lo que hay que entender que de él se deriva es la exigencia de que exista algún vínculo de conexión entre el litigio y el foro, interpretación que supone una postura de síntesis de las orientaciones tradicional y moderna al defender la compatibilidad, en calidad de "vínculos de conexión totales" (553), de los preceptos contenidos en el R.D. de Extranjería -cuya vigencia defiende frente al Decreto de unificación, Código Civil, artículo 27 y ley de Enjuiciamiento civil artículos 51 y 2182- y de las normas de competencia territorial interna que extiende así sobre la base de la generosa ambigüedad jurisprudencial, a los conflictos internacionales (554).

---

(552) Cf. GUTIERREZ DE CABIEDES, E., "La incompetencia de jurisdicción", en RDProc., 1971, p. 433 ss.

(553) Entiende este autor que son vínculos de conexión totales, "aquellos que tienden a dar un repertorio exhaustivo de puntos que si se dan confieren competencia a la jurisdicción española", calificando de "parciales" a aquellos respecto de los que "se sostiene su idoneidad para atribuír jurisdicción individualizadamente sin afirmar ni negar que puedan existir otros". Ibid. p. 435.

(554) Ibid. p. 436 ss.

Sección 4ª

Perspectivas y futuro

1. Desde el interior del propio sistema

No podemos terminar nuestro trabajo sin mencionar, en vista de su posible y decisiva incidencia sobre el tema que ha sido objeto del mismo los trabajos legislativos en curso y la acogida que en la doctrina española se les ha dispensado.

Hemos de referirnos, así, a los dos anteproyectos de ley orgánica de la justicia y de código procesal civil en cuya preparación se sumió la Comisión General de Codificación a raiz del programa de trabajo trazado por el Ministerio de Justicia en 1964 (555) en cumplimiento de la declaración de propósitos que con fecha de 12 de Julio de 1962 formuló el Gobierno y según la cuál, "dentro de los principios del estado de Derecho en que España está constituída, se perfeccionaran la organización y procedimientos de la justicia, principio este que ha de regular todas las actividades de la sociedad y del Estado".

---

(555) Incluía el citado programa, presentado por el entonces ministro titular, Antonio Iturmendi, en su discurso de apertura de tribunales, y dirigido a "lograr un perfeccionamiento en la organización y procedimientos de la Justicia que responda a las necesidades de la sociedad actual", la elaboración de una ley Orgánica de la Justicia, nuevos códigos procesales civil y penal y la modernización y perfeccionamiento de la mecánica de los servicios judiciales. Cf. ORIOL Y URQUIJO A. Mª., "El plan de reforma de la justicia y su estado actual", discurso leído en la solemne apertura de los tribunales de 16 de Septiembre de 1968, en RDProc., 1968 pp. 497 ss.

Ambos proyectos, con los que, como decía el ministro ORIOL (556) "no se trata de conseguir mejoras parciales, sino instaurar nuevos sistemas de enjuiciamiento conforme a directrices socioeconómicas muy diferentes de las informan los sistemas en vigor", no resultan, como indicábamos, ajenos al tema de la jurisdicción, que se aborda en el anteproyecto de ley de bases para la redacción de una ley orgánica de la justicia, presentado en 1967, en sus bases 4ª y 5ª, en las que se establecen dos principios básicos, en cuanto a la determinación de la extensión y límites de la jurisdicción. Es el primero de ellos el de la territorialidad, si bien se reconoce que ha de conjugarse con otros que bien lo ampliarán, bien lo restringirán; así, en el orden civil se determinarán los casos y criterios conforme a los cuáles los extranjeros podrán ser demandados. Es el segundo el del carácter imperativo y público de las normas reguladoras de la extensión y límites de la jurisdicción.

He aquí el texto de las citadas bases:

> Base 4ª.- De la extensión y límites de la jurisdicción.
> 1.- La extensión y límites de la jurisdicción española vendrán determinados según el principio tradicional de la territorialidad.
> 2.- En el orden judicial civil se señalarán los casos en que los extranjeros podrán ser demandados en base a criterios de sumisión, naturaleza de la acción, conexidad, eficacia de las resoluciones, reciprocidad y orden público.

---

(556) Cf. Discurso cit., p. 127.

> Base 5ª.- Carácter de las normas reguladoras de la jurisdicción. Se señalará la naturaleza no dispositiva de las normas que regulan la extensión y límites de la jurisdicción.

Crítica GUTIERREZ-ALVIZ (557) las citadas bases por la indeterminación en la que incurren, pues "no se adoptan -dice- criterios respecto al supuesto de que los extranjeros puedan ser demandados, ya que únicamente se señalan unas reglas conforme a las que aquellos habrán de ser fijados; se omite el caso relativo al extranjero demandante, tratamiento que habrá también de establecerse".

Por su parte el anteproyecto de bases para un código procesal civil presentado en 1966, se expresa en su base 7ª en términos más sobrios, si bien contiene, como lógica consecuencia del carácter no dispositivo atribuído en el anteproyecto de ley orgánica a las normas reguñadoras de la jurisdicción, la afirmación del principio del control de oficio de tal jurisdicción, confirmando con ello la reciente orientación jurisprudencial. Dice en efecto la base 7ª:

> "En lo que se refiere a la jurisdicción, el Código señalará sus límites en relación con los sujetos y con el objeto, regulando el tratamiento de este requisito que los tribunales examinarán de oficio; asímismo determinará el régimen de auxilio jurisdiccional".

---

(557) GUTIERREZ-ALVIZ, "Informe sobre el anteproyecto de bases para una Ley Orgánica de la Justicia" en RDProc., 1969, pp. 221.

Como quiera que era deseo del Gobierno (558) de que la ingente obra emprendida sea fruto de la labor conjunta de los juristas españoles", estaba previsto, al término de la primera fase, de estudio, una segunda, de información, con objeto de dialogar con todos cuantos tenían algo que decir al respecto y de recibir sugerencias. Dentro de este marco de trabajo, un grupo de profesores de derecho procesal, presentó al Gobierno, sobre la base de una Exposición que en Septiembre de 1970 ya le había dirigido aconsejando la mayor conveniencia de actualizar las antiguas leyes procesales que elaborar otra de nueva planta, una sugerencia materializada en un proyecto de ley de Enjuiciamiento Civil, fruto de la corrección y actualización de la vigente de 1881, y que respondía a la doble razón de evitar "una ruptura dolorosa con nuestras leyes procesales y orgánica, demostrando con la indiscutible fuerza de los hechos, que es posible y hacedero corregir y actualizar aquellas leyes sin romper con la tradición española "y la de" reforzar, por otra, la opinión mayoritaria del país que no considera viables los anteproyectos legislativos aparecidos (559).

En apoyo de su propuesta aducían los profesores una serie de argumentos que nos permitimos aquí reproducir

---

(558) Así lo expresó al menos el ministro ITURMENDI en su discurso de apertura de tribunales de 15 Septiembre de 1964.

(559) Cf. Corrección y actualización de la ley de Enjuiciamiento civil, t. I, Madrid, 1972 p. 7.

por el máximo interés que entrañan:

1º.- Que en la historia legislativa española, nunca se había procedido "con el propósito de reducir a la nada las obras legislativas que los predecesores legaron".

2º.- Que "la total sustitución de un cuerpo legal que ha regido la justicia civil durante más de un siglo (pues la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 continuó, fundamentalmente, viviendo incorporada a la de 1881), pugna con el valor que hemos de asignar a una tradición legislativa española ciertamente ilustre susceptible de ser templada con la introducción y las innovaciones que la ciencia y la experiencia aconsejan".

3º.- Que la legislación de Enjuiciamiento civil española ha regido en Ultramar, y continúa rigiendo en algunos países hispano-americanos, plenamente o en sus ideas básicas, sin que la influencia, sobre todo de Italia y Francia, haya logrado borrar las huellas de los principios rectores y aún del tecnicismodde dicha legislación -aunque si no se procede con suma discrección hay el peligro de que así ocurra.

4º.- Que "el Gobierno español deberá meditar profundamente si convendría, para nuestra política hispanoamericana hacer tabla rasa de la Ley de E.C. que nos ocupa, originando una gran desilusión en aquellos pueblos de Ultramar, o si es preferible ofrecerles el ejemplo de una continuidad legislativa, que simplemente entraría ahora en una fase de acomodación a lo que los avanzados años del siglo en que nos hallamos exigen".

5º.- Que "no parece abonado dar la impresión de que la ley que todavía nos está rigiendo es tan deplorable que no merece que se le dedique el esfuerzo de su modernización, conservándola en su esencia y así evitar que se pudiera pensar que es ahora, con una ley nueva, cuando España nace a la vida de una legislación enjuiciatoria, sin que el pasado cuente para nada".

6º.- Que "una nueva ley podría recoger casi todos los materiales de la que hay en vigor, pero sería una ley de los años setenta del siglo XX" mientras que "lo que tiene valor, para nuestra historia, nuestro presente y nuestra proyección hispanoamericana es una Ley de 1881 con materiales incorporados de los años setenta, es decir, a la inversa".

7º.- Que es preciso "pensar en los efectos de un cambio radical de la estructura de un cuerpo legal con vigencia centenaria: Jueces y Abogados, que ya vienen abrumados por la enorme pletora de legislación y de disposiciones administrativas, verían aumentado su respectivo trabajo de impartición y postulación de la Justicia por la súbita presencia de un cuerpo legal sustitutorio" en el que se echaría en falta "el rancio léxico español, puro, rico y expresivo que campea en nuestros cuerpos legales antiguos".

Dedica el proyecto de ley el título segundo del único libro que compone su primera parte a la jurisdicción y competencia, abordando decididamente la regulación de la general de los tribunales españoles en sus artículos 64 a 66. Se reproduce en el artículo 64 el texto del antiguo artículo 51, expresivo del carácter atrayente de la jurisdicción ordinaria, pero convencidos los redactores de que el legislador del 81 no concibió en ningún momento el citado artículo 51 como norma de derecho procesal internacional sino con la única intención de insistir en el hecho de la unidad de fueros, critican la interpretación jurisprudencial del mismo y manifiestan la conveniencia de "reducir el art. 64 del Proyecto (artículo 51 vigente) a su prístimo significado, y clarificar en cambio, en el artículo 66, lo que constituyen normas de derecho internacional privado español en materia del ámbito de la jurisdicción civil, resolviendo así, la interrogante a que da lugar el artículo 70 actual, que desaparece. "Es con este espíritu, cómo se redacta un nuevo e importantísimo artículo inspirado,

según comentario de sus propios autores (560) en la idea de que las reglas contenidas en la ley han de tener 1º) carácter supletorio respecto de los tratados internacionales, las leyes especiales y la autonomía de la voluntad y 2º), carácter dispositivo, no de orden público, por lo que los tribunales no podrán controlar de oficio su propia jurisdicción, con la única excepción del supuesto en que ésta venga regulada por tratado internacional pues en tal caso, lo más importante es evitar que la responsabilidad internacional del Estado pueda quedar comprometida, por la violación de tal instrumento.

He aquí el texto del artículo que comentamos:

"Ambito de la jurisdicción española.-

I. Para que la jurisdicción española pueda conocer de negocios civiles con elementos extranjeros será necesario:
   1º.- Que el conocimiento le venga atribuído por tratado, ley especial o pacto expreso de las partes, o que estas se sometieren tácitamente a un tribunal español conforme a lo previsto en el artículo 93.
   2º.- Que si en la demanda se ejercitan acciones reales sobre bienes inmuebles, estos se hallen sitos en territorio español.
   3º.- Que ejercitándose cualesquiera otras acciones, se de el supuesto de ser el demandado español o extranjero naturalizado en España, o tener en territorio español su domicilio o residencia; o bien el supuesto de referirse la demanda a actos o contratos otorgados en España, o a obligaciones que deban cumplirse, aún parcial o alternativamente, en territorio español, o a responsabilidades en que hubiese podido incurrir el extranjero no residente que tenga en dicho territorio bienes o representante o que,

---

(560) Cf. Corrección y ... cit. p. 62.

por sí o por medio de agente, haya ejercido en España comercio, industria, profesión u oficio, apelado al crédito público, obtenido de la Administración concesiones o contratas, o realizado actividades que entrañen conexión evidente con el sistema jurídico español.

4º.- Que si se trata de cuestiones previas o incidentales, sean suscitadas en asunto de que esté conociendo un tribunal español.

II. Ningún tribunal español podrá declinar su jurisdicción cuando le venga atribuída conforme a las reglas del párrafo anterior por el hecho de que las partes se hubiesen sometido a tribunales extranjeros o a árbitros que deban emitir su decisión fuera de España, o de que unos u otros estuvieren conociendo del mismo asunto o de otro conexo.

III. Los tribunales españoles, en todo caso, se abstendrán de conocer de los asuntos que un tratado internacional atribuya con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro estado. Será de aplicación en tal supuesto lo que prevé el artículo 68.

IV. Los tribunales españoles tendrán asímismo jurisdicción para la adopción de las medidas cautelares que procedan en los casos previstos en el párrafo I del presente artículo", (561).

La indeterminación de las bases de los anteproyectos gubernamentales, que hablaba GUTIERREZ-ALVIZ nos da pie, únicamente, para apreciar cómo una clara e importante divergencia, separa a la mayor parte de nuestros autores no sólo de lo que parece que desea nuestro legislador, sino también de la orientación que parece adoptar la jurisprudencia, pues mientras aquellos confieren una primacía casi absoluta al principio de la autonomía de la voluntad, se inclinan y aconsejan éstos, un control de oficio de la

(561) Cf. el texto en Corrección y ... cit. p. 211-12.

competencia general, lo que equivale en otras palabras a la proscripción de tal principio.

En relación con las distintas posiciones doctrinales que hasta el momento presente se han venido sustentando, parece propugnar este grupo de profesores, una solución autónoma de tipo realista que se caracteriza por:

- la defensa del sentido histórico del artículo 51 de la ley de Enjuiciamiento.
- el tratamiento diferenciado de la competencia judicial internacional y de la interna, atribuyendo a cada una de ellas reglas propias, y rechazando respecto de la primera una reglamentación enraizada en el Real Decreto de Extranjería.

Esperamos en fin, que del diálogo que parece inspirar y presidir la actuación del Gobierno en esta importante reforma procesal que se ha acometido, surja un sistema tal, que superando todas estas diferencias, nos compense de todas las privaciones e inseguridades que hasta el día de hoy han reinado, y reinan aún, en este importante sector de nuestro ordenamiento jurídico, largo tiempo descuidado.

2. En una perspectiva comparatista

Un examen, incluso superficial, en una perspectiva comparatista, de la realidad jurídica internacional cir-

cundante, en su triple plano doctrinal, legal y jurisprudencial, nos muestra que la cuestión de la competencia judicial internacional ha sido objeto en la mayor parte de los países integrados en los círculos europeo continentales y anglosajones de un tratamiento considerablemente más especializado y abundante de lo que hasta la fecha lo ha sido entre nosotros (562).

En la presente sección, en modo alguno nos proponemos abordar el estudio aunque tan sólo fuese en sus rasgos fundamentales de alguna o algunos de las familias o círculos jurídicos en los que desde el ya clásico trabajo del profesor FRAGISTAS se vienen doctrinalmente agrupando los distintos sistemas nacionales, a los efectos de, mediante el establecimiento de concordancias y divergencias, clasificar el nuestro propio. Tal tarea, por sugestiva que nos parezca exorbitaría el objeto de nuestro estudio en el que únicamente hemos pretendido sacar a laz luz alguno de los principios rectores del sistema de competencia judicial internacional vigente hoy en nuestro país, buscando en la Historia una explicación a sus contradicciones más íntimas. Lo que ahora perseguimos es poner de manifiesto, en un momento en que nuestro legislador ha decidido abordar de frente la cuestión

---

(562) Cf. para una bibliografía actualizada sobre el tema, la recogida por MIAJA DE LA MUELA, A., en "Les principes..." cit. p. 93 ss.

(562 bis) Cf. FRAGISTAS, Ch., La competence internationale en droit prive, art. cit. p. 205 ss.

de la competencia general de nuestros tribunales y en un momento en el que el elemento doctrinal tiene la oportunidad de tomar parte activa en la reforma legislativa, la tendencia que en la ordenación de la competencia judicial internacional se registra dentro de los países componentes de nuestra familia jurídica o de círculos vecinos, en la creencia de rendir así tributo al principio calificado por SZASZY (563) de harmonie jurisdictionis internationalis.

En nuestra exposición, pasaremos sin embargo de largo por el examen de la evolución que en este sector de problemas se registra a nivel particular o nacional, en donde damos por bien fundadas las consideraciones que en este sentido expone el profesor Enrique PECOURT (564), para detenernos tan sólo en aquél aspecto de la misma que entendemos resulta hoy más significativo. Nos referimos al proceso de internacionalización que en nuestros días se está desarrollando en el campo de la competencia general directa y del que son sus exponentes más significativos el Proyecto de Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y comercial adoptado en la sesión extraordinaria de la Conferencia de La Haya el 22 de Abril de 1966, y la Convención de 27 de Septiembre de 1968 que en relación con la competencia judicial

---

(563) Cf. SZASZY, op.cit. p. 308.
(564) Cf. PECOURT, E., Las normas ..., cit. p. 201.

y la ejecución de sentencias se firmó en Bruselas entre los estados entonces integrantes de la Comunidad Económica Europea (565).

Es nota característica de este proceso la positivación que a través del mismo se está llevando a cabo de una serie de distinciones que entre los diferentes criterios de competencia ha venido elaborando la doctrina científica a los efectos de su oponibilidad a otros estados, y es en esta perspectiva que hoy en día se habla ya en este doble plano doctrinal y convencional de competencias normales, exclusivas y exorbitantes (566), manifestándose

---

(565) Cf. principalmente entre la numerosa bibliografía existente; 1) sobre la Conferencia de La Haya 1966 mencionada, FRAGISTAS, Ch., "La competence internationale aux Conferences de La Haye de droit international privé", en Festschrift fur Spiropoulos Bonn, 1957, pp. 139 ss.; cf. también del mismo autor su "Rapport explicatif", en Actes et Documents de la session extraordinaire de 1966, La Haya 1969, p. 360 ss. 2) sobre la Convención de Bruselas de 1968 citada, DROZ, G., Competence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun, París 1972; también GOTHOT y HOLLEAUX, "La convention entre les Etats membres de la Communaute economique europeenne sur la competence judiciaire et l'execution des jugements en matiere civile et commerciale", Clunet 1971, pp. 747 ss. 3) para un estudio comparado de ambas, cf. FRAGISTAS, Ch., Deux conventions multilaterales recentes sur la reconnaissance des jugements etrangers, en Riv. D.I.P e Proc., 1968, pp. 745 ss.; también MENGOZZI, P., Note sulla clausola di "competenza esclusiva" nelle convenzioni dell'Aja e di Bruxelle in materia di diritto processuale internazionale, en Riv. D.I.P. e Proc., 1969, pp. 72 ss.

(566) Cf. sobre las competencias exclusivas principalmente, FRAGISTAS, Ch., "La competence internationale exclusive en droit privé", art. cit. pp. 197 ss. En relación con las competencias exorbitantes, cf. sobre

claramente una tendencia a precisar cuáles son aquéllos criterios que merecen una u otra calificación.

En efecto, y por lo que se refiere a las competencias exclusivas, el artículo 23-12 de la Convención de La Haya de 1966, faculta a los Estados contratantes para que precisen en los acuerdos que adopten de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la misma, y a los efectos de la aplicación del artículo 12, "los criterios de competencia que son exclusivos por razón de la materia". En una perspectiva más amplia, derivada sin duda de su carácter de tratado doble, el artículo 16 del Convenio europeo de 1968 se expresa como sigue:

> "Unicamente son competentes, sin consideración al domicilio:
> 1º. en materia de derechos reales inmobiliarios y de arrendamientos de inmuebles, los Tribunales del Estado contratante donde está sito el inmueble;
> 2º. en materia de validez, nulidad o disolución de las sociedades o personas morales, con sede en el territorio de un Estado contratante, o de decisiones de sus órganos, los Tribunales de este Estado;
> 3º. en materia de validez de las inscripciones de los registros públicos, los Tribunales del Estado contratante en cuyo territorio se encuentran estos registros;
> 4º. en materia de inscripción o validez de patentes, marcas, dibujos y modelos y otros derechos análogos que dan lugar a un depósito o a un registro, las jurisdicciones del Estado con

---

todo, FRAGISTAS, Ch., "Les competences exorbitantes dans les travaux de la Conference de droit international privé de La Haye, en Revue Roumaine des Sciences Juridiques, 1968, pp. 175 ss.; cf. DE WINTER, The excessive jurisdiction in private international law", en ICLQ, 1968, pp. 706 ss.; MARMO, L., "La competence internationale exorbitante et les articles 2 et 3 du code de procedure italien, en NTIR, 1962, pp. 324 ss.; MIAJA DE LA MUELA, A., El imperialismo jurisdiccional, 1968, pp. 81 ss.

> tratante en cuyo territorio ha sido pedido el depósito o el registro o ha sido efectuado o se considera haber sido efectuado en los términos de un convenio internacional;
> 5º. en materia de ejecución de decisiones, los Tribunales del Estado contratante del lugar de ejecución".

En relación con las competencias exorbitantes, resulta obligado señalar cómo con ocasión de los debates sostenidos en la sesión extraordinaria de la Conferencia de La Haya de 1966, para la elaboración del ya citado proyecto de convención de 22 de Abril, las delegaciones del Reino Unido y de los Estados Unidos de América, presentaron conjuntamente una proposición ordenada a conseguir la supresión de la aplicación de ciertos nexos de competencia entre los Estados contratantes, así como también a impedir la recíproca ejecución de las sentencias dictadas sobre la base de tales nexos. He aquí el texto íntegro de la misma:

> "En las relaciones entre los Estados que han concluído un acuerdo complementario en el sentido de la presente Convención, las reglas, por las cuales uno de estos Estados atribuirá competencia a sus jurisdicciones sobre la única base de la nacionalidad del demandante o de la del domicilio o residencia habitual de éste sobre su territorio o por la única razón de que el demandado se encontraba temporalmente presente sobre su territorio o de que tenía bienes en él, cesarán de aplicarse cuando el demandado posea su residencia habitual sobre el territorio del otro Estado en la medida en que el litigio caíga dentro del campo de aplicación de la presente Convención.
> Asímismo, ninguna de las sentencias relativas a alguna de las materias reguladas por la presente Convención, que haya sido dictada en otro Estado sobre la base de tales competencias, no será reconocida ni ejecutada por los tribunales de los Estados que hayan concluído tal acuerdo complementario en contra de un demandado que

> tenga su residencia habitual en el territorio del otro Estado.
> Las partes en el acuerdo complementario pueden reservarse la competencia de sus jurisdicciones cuando se funde sobre la existencia de bienes sobre sus territorios, dentro del límite del valor de esos bienes" (567).

Tras un largo debate y con objeto de evitar que los esfuerzos realizados en pro de la elaboración de la convención general sobre ejecución de sentencias se viesen comprometidos, se estimó más prudente dar fin a ésta, sin abordar los problemas planteados por la proposición angloamericana, decidiéndose sin embargo que la convención no se presentaría a la firma sin la previa elaboración de un Protocolo adicional relativo a los problemas que tal proposición suscitaba (568). Con fecha de 15 de Octubre del mismo año 1966 la comisión especial encargada, ultimaba la elaboración de un protocolo en cuyo artículo 4º se precisan, como puntos de competencia que no darán lugar ni al reconocimiento ni a la ejecución de las sentencias que sobre ellos mismos se dicten, á instancias de la persona en contra de la cual se pretende tal reconocimiento o ejecución, los siguientes:

> a. la presencia de bienes del demandado o la captura de los mismos por el demandante sobre el territorio del estado de origen, salvo:
> - si la demanda versa sobre la propiedad o posesión de los citados bienes o se refiere a

---

(567) Cf. el texto original en Actes et Documents... cit. p. 288, Docto. nº 30.

(568) Cf. el informe explicativo por DROZ, G., en Actes et Documents... cit. p. 498 ss.

otro litigio que los concierna;
- o si el litigio versa sobre un crédito garantizado sobre el territorio con garantía real;
b. la nacionalidad del demandante;
c. el domicilio o la residencia habitual o temporal del demandante en el Estado de origen, salvo si ésta competencia es admitida en ciertas relaciones contractuales por razón del carácter particular de la materia;
d. el hecho de que el demandado haya negociado en el Estado de origen, no refiriéndose el litigio a tales negocios;
e. la citación hecha en el Estado de origen durante una estancia temporal del demandado;
f. la designación unilateral de tribunal hecha por el demandante, concretamente en una factura" (569).

Por su parte, la Convención de Bruselas considera exorbitantes, y en consecuencia inoponibles, en contra de las personas domiciliadas en uno de los Estados contratantes, los criterios de competencia que se contienen en aquellas disposiciones legales de los Estados contratantes, que se numeran en el artículo 3-2 de la Convención, a saber:

- en Bélgica: el art. 15 del Cº Civil y los arts. 52, 52 bis. y 53 de la ley de 25 de Marzo de 1876 (arts. estos últimos, que han sido sustituídos por los 635-5º y 638 del nuevo Cº judicial.
- en Alemania R.F.: el art. 23 del Cº de procedimiento civil.
- en Francia: los arts. 14 y 15 del Cº civil.
- en Italia: los arts. 2 y 4, 1º-2º del Cº de procedimiento civil.
- en Luxemburgo: los arts. 14 y 15 del Cº civil.

---

(569) Cf. el texto original en Actes et Documents... cit. p. 495.

- en Países Bajos: los arts. 126-3º y 127 del Cº de procedimiento civil (570).

Con ello se alínea la convención con lo dispuesto al respecto en el protocolo de La Haya con la única salvedad del nexo relativo a la citación del demandado transeúnte, que por existir solamente en los países anglosajones no tenía por qué incluírse en un tratado en el que ningún país de este círculo jurídico era entonces parte (571).

Veamos pues, que la tendencia que anteriormente apuntábamos, hacia una gradación de los criterios de competencia judicial internacional empieza a tomar en nuestros días, a nivel convencional, el cuerpo necesario. Asistimos en definitiva a un proceso de progresivo reconocimiento en el plano internacional, de un principio de jerarquización de competencias -empleando la terminología de MIAJA DE LA MUELA- que viene así a limitar de alguna manera la casi absoluta libertad de que en principio sabemos que gozan los Estados en el establecimiento de sus respectivos sistemas de competencia judicial internacional.

---

(570) Cf. el texto de estas disposiciones en Les legislations de droit international prive, T.M.C. Asser Institut, Oslo 1971.

(571) Cf. MIAJA DE LA MUELA, "Les principes..." cit. p. 84.

CONCLUSIONES

- I -

Un enjuiciamiento del sistema de competencia judicial internacional hoy vigente en nuestro país sobre la única base de un mero examen de los textos legales potencialmente aplicables, de la práctica tanto estatal como jurisprudencial y de las distintas opiniones doctrinales que se han emitido, ha de pecar en buena medida de superficial.

Si el Derecho es vida social positivizada, si el dato histórico constituye en general pieza clave para una justa explicación y valoración de las instituciones y estructuras jurídicas existentes, creemos al menos haber puesto de manifiesto la especial relevancia que este dato adquiere dentro del específico sector de problemas que hemos abordado.

Nuestro actual sistema de competencia general resulta así, en esta perspectiva, íntimamente conectado con la historia política y económica de nuestro país. Su historia ha sido, en efecto, un poco la historia del desarrollo del comercio internacional y de las relaciones internacionales entre los pueblos, y especialmente la historia de la particular incidencia de tales fenómenos en la formación de nuestro ordenamiento jurídico, dentro de nuestro peculiar contexto político. No puede hacerse en efecto una justa valoración de la legalidad vigente ignorando el

trauma que supuso para los españoles la existencia de una institución como el fuero de extranjería, o, para mayor exactitud, la existencia de una multiplicidad de jurisdicciones privilegiadas, en cuya abolición estuvieron largo tiempo empeñados los esfuerzos del pensamiento liberal.

La tardía y especial regulación que de la competencia general se hace en España, comparativamente con otros estados europeos, no se explica tampoco si no es teniendo presente por una parte, las constantes e importantes dificultades con que chocó en nuestro país el movimiento codificador, así como, por otra, el hecho de que la idea de la unidad de fuero polarizó durante largo tiempo el esfuerzo legislativo y la atención general, que ignoraron así aquella cuestión que aparecía comparativamente como secundaria. Sólo así, se explica también el por qué de esa machacona repetición que del ideal, primero y de la realidad, después, de la unificación, se hace a todos los niveles legislativos.

- II -

En cuanto a la práctica jurisprudencial, un examen de conjunto de los 90 fallos emitidos por el T.S. en materia de competencia judicial internacional a lo largo del casi siglo y medio transcurrido entre la promulgación del

R.D. de Extranjería y el momento presente, nos permite apreciar cómo el camino se ha recorrido en tres etapas. Una primera, entre 1852 y 1868, en la que la vigencia práctica del fuero de extranjería da lugar a un fenómeno de subsunción de las cuestiones de competencia general en las de competencia especial impidiendo que aquellas se planteen abiertamente; en esta etapa, la litis gira en torno a la lucha o enfrentamiento por la primacía entre dos jurisdicciones nacionales, ordinaria y militar, no surgiendo en momento alguno la duda acerca de la competencia de la jurisdicción nacional para conocer del caso de especie. Los tribunales limitan así su función a una mera comprobación de si en el extranjero concurren o no las circunstancias exigidas para el beneficio del fuero privilegiado. Por ello, también, las normas de derecho positivo reguladoras de la competencia internacional, indudablemente materializadas en esta época en los artículos 29, 32 y 33 del R.D. de Extranjería, llevan una vida lánguida y espectante, no presentando beligerancia práctica alguna.

La derogación formal que del fuero privilegiado de extranjería llevó a cabo el decreto de unificación de 1868, abrió una segunda etapa en la que las cuestiones de competencia general salen a la luz al tener que afirmarse, en los asuntos de extranjeros, no ya la competencia de la jurisdicción ordinaria sino la de la nacional, para cuya medición las normas que sobre competencia judicial inter-

nacional, decíamos se contenían en el R.D. de Extranjería, salen de su estado letártigo siendo así por primera vez aplicadas por nuestros tribunales como criterios estimativos de su competencia. Corta vida van a tener, sin embargo, los mencionados artículos, pues los mismos tribunales que se la dieron pronto empezarán, no sin, es cirto, algunas vacilaciones, a ignorarlos en sus sentencias, para terminar, en fin, sobre todo a partir de la sentencia de 31 de Enero de 1921, a desactivarlos definitivamente y minimizarlos en favor de las disposiciones que sobre competencia se contienen en la LEC y más especialmente, en favor de su art. 51. Este precepto, aunque puro recordatorio del hecho de la unificación, se convierte así en principio rector y base de la competencia general de los tribunales españoles. Este hecho, caracterizador de la tercera y última etapa, perfectamente constatable por una mera observación de la realidad jurisprudencial, no es, a nuestro juicio algo caprichoso o fortuíto producto del azar, sino que constituye el lógico resultado de la fusión de dos circunstancias históricas; es la primera de ellas la identificación casi absoluta que tras la unificación del 68 se operó en la práctica entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción nacional, al atraer aquella hacia sí -con las dos únicas excepciones de los militares y eclesiásticos- el conocimiento de la generalidad de los procesos, dando con ello lugar a que ambos términos deviniesen sinónimos

y a que los tribunales españoles, inexactamente, por corrupción de lenguaje, continuasen afirmando en sus sentencias la competencia de la jurisdicción ordinaria frente a las extranjeras cuando en realidad, lo que estaba en juego era la jurisdicción española.

Esta circunstancia, sumada al hecho de que la base positiva de la nueva esfera de competencia de la jurisdicción ordinaria fuere el art. 51 de la LEC, dio lugar, alejado ya el fantasma de la diversidad de jurisdicciones, a que se operase una transposición del mismo al terreno de la competencia internacional, empezando así a entenderse también como base y fundamento de la jurisdicción nacional.

Es en esta tercera etapa cuando, como consecuencia del vacío producido por el olvido del R.D. de Extranjería y habida cuenta de la natural parquedad del art. 51, se ve obligado el T.S. a construír un sistema de reglas ordenadoras de la competencia judicial internacional, tarea en la que, como sabemos, no acertó a marchar con paso firme incurriendo en constantes y frecuentes vacilaciones, ambigüedades y contradicciones.

- III -

Es este panorama complejo el que sin duda ha provocado el que una doctrina fuertemente influenciada por la

orientación jurisprudencial y carente de una base positiva firme en la que apoyarse haya marchado por el mismo camino, presentándose así, ya aglutinada, al principio, mientras las decisiones jurisprudenciales guardan entre sí una cierta unidad de criterio, ya francamente escindida, cuando un sector de la misma, apegado a los antiguos textos y decisiones, que sin duda defiende con sesudos y pesados argumentos, no acierta a seguir el nuevo rumbo jurisprudencial, que es duramente criticado; mientras que otro sector, aceptando el cambio como más actual y acorde con las circunstancias del momento, trata de justificarlo con argumentos que en modo alguno resultan menos convincentes.

Es tan sólo en época reciente que una nueva orientación que hemos calificado de realista, consciente de la infructuosidad de las disensiones hasta entonces sostenidas, irrumpe dotada de un espíritu práctico y constructivo desembarazándose de la pesada inercia argumental, y sin perjuicio de una justa valoración del dato histórico, acepta la simple realidad del momento.

- IV -

Sobre la base de lo que precede, cabe establecer las siguientes conclusiones particulares:

A) - Que los textos positivos que se dirigen directa y expresamente a una regulación de la competencia de nuestros tribunales en asuntos de extranjeros surgen en nuestro país en época tardía y en escaso número, incorporando un sistema de tipo personalista.

B) - Que desde entonces, nuestro O.J. ha evolucionado hacia un sistema de creación jurisprudencial, que encontrándose todavía en plena ebullición no cabe formular con rigurosa exactitud, sino tan sólo destacar sus rasgos más acusados.

C) - Que la inicial base positiva, encarnada en los arts. 29, 32 y 33 del R.D. de Extranjería de 1852, si bien nunca ha sido objeto de derogación expresa y formal ni en el plano iuspositivo ni en el jurisprudencial, no puede menos de entenderse como derogada.

D) - Que aunque resulte históricamente insostenible y de lugar a una interpretación gramaticalmente forzada, hay que entender que las llamadas "leyes del Reino", a las que se refiere el art. 70 LEC, han de buscarse hoy en el art. 51 del mismo cuerpo legal.

E) - Que la íntima conexión existente entre soberanía y administración de justicia, hace incuestionable la plenitud de la jurisdicción española para establecer, sin más límites que los que se derivan de las convenciones internacionales y del derecho internacional

general, especialmente en relación con las inmunidades personales de jurisdicción y con el deni de justice, el sistema de competencia que tenga por más conveniente.

F) - Que el sistema así establecido se caracteriza de una parte por la independencia en el tratamiento de los conflictos de competencia legislativa y de competencia jurisdiccional. De otra, por la inaplicabilidad de las reglas de competencia territorial interna a los supuestos de competencia general. Y sustancialmente, por la vis atractiva de la jurisdicción nacional, que se manifiesta a través de un principio general de indeclinabilidad de la misma respecto de todos los pleitos que hayan tenido su nacimiento en territorio español, el cual principio no se ve en modo alguno alterado como consecuencia de las excepciones que en ocasiones se le han opuesto, habida cuenta de su reducido número y carácter excepcional.

INDICE DE SENTENCIAS CITADAS

Año 1853

s. de 17 de Octubre, col.leg., t.60/1853, nº 4
s. de 25 de Octubre, col.leg., t.60/1853, nº 8
s. de 28 de Diciembre, col.leg., t.60/1853, nº 34

Año 1854

s. de 7 de Enero, col.leg., t.61/1854, nº 4
s. de 9 de Enero, col.leg., t.61/1854, nº 5
s. de 28 de Enero, col.leg., t.61/1854, nº 7
s. de 28 de Febrero, col.leg., t.61/1854, nº 58
s. de 9 de Mayo, col.leg., t.62/1854, nº 39

Año 1857

s. de 16 de Marzo, col.leg., t.71/1857, nº 10
s. de 3 de Octubre, col.leg., t.74/1857, nº 42
s. de 23 de Octubre, col.leg., t.74/1857, nº 45
s. de 29 de Octubre, col.leg., t.74/1857, nº 47
s. de 31 de Octubre, col.leg., t.74/1857, nº 49

Año 1858

s. de 24 de Marzo, col.leg., t.75/1858, nº 17
s. de 8 de Mayo, col.leg., t.76/1858, nº 23
s. de 22 de Julio, col.leg., t.77/1858, nº 35
s. de 12 de Agosto, col.leg., t.77/1858, nº 46.

Año 1859

s. de 15 de Enero, col.leg., t.79/1859, nº 1
s. de 13 de Mayo, col.leg., t.80/1859, nº 32
s. de 30 de Mayo, col.leg., t.80/1859, nº 39

s. de 20 de Junio, col.leg., t.80/1859, nº 46
s. de 1 de Agosto, col.leg., t.81/1859, nº 59
s. de 14 de Noviembre, col.leg., t.82/1859, nº 86
s. de 10 de Diciembre, col.leg., t.82/1859, nº 92

Año 1860

s. de 25 de Junio, j.c., t.5/1861, nº 228
s. de 26 de Junio, j.c., t.5/1861, nº 233
s. de 16 de Noviembre, j.c., t.5/1861, nº 317

Año 1861

s. de 30 de Abril, j.c., t.6/1861, nº 128
s. de 15 de Junio, j.c., t.6/1861, nº 176
s. de 29 de Agosto, j.c., t.6/1861, nº 198

Año 1862

s. de 15 de Febrero, j.c., t.7/1861, nº 38
s. de 9 de Abril, j.c., t.7/1861, nº 94
s. de 25 de Septiembre, j.c., t.7/1861, nº 222

Año 1863

s. de 23 de Noviembre, j.c., t.8/1863, nº 267
s. de 17 de Diciembre, j.c., t.8/1863, nº 296

Año 1864

s. de 16 de Junio, j.c., t.9/1864, nº 183
s. de 2 de Diciembre, j.c., t.10/1864, nº 364

Año 1866

s. de 4 de Junio, j.c., t.14/1866, nº 240
s. de 30 de Agosto, j.c., t.14/1866, nº 302
s. de 14 de Noviembre, j.c., t.14/1866, nº 415
s. de 17 de Diciembre, j.c., t.14/1866, nº 467

Año 1867

s. de 27 de Junio, j.c., t.16/1867, nº 200

Año 1868

s. de 3 de Julio, j.c., t.18/1868, nº 188
s. de 23 de Julio, j.c., t.18/1868, nº 211

Año 1873

s. de 23 de Octubre, j.c., t.28/1873, nº 305

Año 1876

s. de 10 de Mayo, j.c., t.34/1876, nº 189

Año 1886

s. de 12 de Mayo, j.c., t.59/1886, nº 206

Año 1894

s. de 29 de Mayo, j.c., t.75/1894, nº 154
s. de 21 de Noviembre, j.c., t.76/1894, nº 101

Año 1897

s. de 1 de Julio, j.c., t.82/1897, nº 4

Año 1898

s. de 15 de Noviembre, j.c., t.85/1898, nº 69

Año 1901

s. de 17 de Octubre, j.c., t.92/1901, nº 83

Año 1912

s. de 17 de Enero, j.c., t.123/1912, nº 26

Año 1915

s. de 10 de Febrero, j.c., t.132/1915, nº 62

Año 1917

s. de 13 de Junio, j.c., t.140/1957, nº 111

Año 1921

s. de 31 de Enero, j.c., t.152/1921, nº 32
s. de 28 de Octubre, j.c., t.154/1921, nº 82

Año 1927

s. de 16 de Diciembre, j.c., t.179/1927, nº 17

Año 1928

s. de 24 de Noviembre, j.c., t.186/1928, nº 61

Año 1929

s. de 1 de Junio, j.c., t.189/1929, nº 84
s. de 3 de Mayo, j.c., t.189/1929, nº11

Año 1933

s. de 27 de Enero, j.c., t.207/1933, nº 56
s. de 9 de Febrero, j.c., t.207/1933, nº 97
s. de 10 de Junio, j.c., t.209/1933, nº 356

Año 1934

s. de 10 de Julio, j.c., t. 214/1934, nº 73

Año 1935

s. de 21 de Febrero, j.c., t.217/1935, nº111
s. de 4 de Diciembre,j.c., t.22/1935, nº 73

Año 1936

s. de 5 de Febrero, R.1936.249
s. de 21 de Febrero, R.1936.480

Año 1956

s. de 25 de Enero, R.1956.661
s. de 29 de Septiembre, R.1956.3168

Año 1960

s. de 22 de Febrero, R.1960.2774

Año 1961

s. de 30 de Mayo, R.1961.2343

Año 1964

s. de 22 de Junio, R.1964,3386

Año 1966

s. de 2 de Marzo, R.1966.1619
s. de 30 de Diciembre (sala 6ª), R.1966.5511

Año 1968

s. de 15 de Junio (sala 6ª), R. 1968.2731
s. de 20 de Junio (sala 6ª), R.1968.3031
s. de 31 de Octubre, R.1968.4926

Año 1969

s. de 13 de Marzo, R. 1969.1276

Año 1970

s. de 11 de Julio (sala 6ª), R.1970.3489

Año 1972

s. de 22 de Mayo (sala 6ª), R. 1972.2893

Año 1973

s. de 7 de Marzo, R.1973.902

INDICE DE DISPOSICIONES LEGALES (*)

Código de las Siete Partidas

Partida I, título I, ley 15
Partida I, título XXIV, ley 3 y 4
Partida III, título II , ley 32
Partida III, título III, ley 4
Partida III, título XIV, ley 15
Partida V, título VII, ley 4
Partida V, título VII, ley 27
Partida V, título IX, leyes 7,10 y 11
Partida VI, título I, leyes 30, 31 y 32

Año 1623

Pragmática, sin fecha, permitiendo a los extranjeros católica y amigos de la Corona, venir a los reinos de España para ejercer sus oficios.

Año 1645

Real Orden de 19 de Marzo, concediendo el privilegio del fuero de extranjería a los súbditos ingleses.

Real Cédula de 26 de Junio, confirmando y ampliando la Real Orden de 19 de Marzo del mismo año.

Real Cédula de 19 de Noviembre, modificando el privilegio concedido en las reales Orden y Cedula de 19 de Marzo y 26 de Junio del mismo año.

Año 1648

Real Cédula de 22 de Noviembre, nombrando juez conservador al licendiado D. Gerónimo Pueyo Aracial.

(*) Españolas.

Año 1667

Real Cédula de 28 de Agosto, nombrando juez conservador a D. Rodrigo Serrano y Trillo

Año 1670

Real Cédula de 20 de Marzo, ordenando el estricto cumplimiento de lo establecido en el año 1645 en relación con el fuero de extranjería.

Año 1716

Real Resolución de 8 de Marzo (1.7, tit.11, lib.VI Nov.Rec.), determinando las circunstancias que deben de concurrir en los extranjeros para considerarse por vecinos de estos reinos.

Año 1727

Real Cédula de 7 de Julio (1.5,tit.11, lib. VI, Nov.Rec.) para obviar las dudas e interpretaciones en relación con la jurisdicción de los jueces conservadores de extranjeros.

Año 1756

Real Resolución de 10 de Noviembre, estableciendo el desafuero en los juicios de presas y nafragios así como también respecto de los delitos cometidos a bordo y en alta mar.

Año 1758

Real Orden de 26 de Agosto, concediendo a los gobernadores militares el conocimiento de las causas de los extranjeros transeuntes.

Año 1759

Real Decreto de 21 de Diciembre, estableciendo el desafuero en las causas de ilícito comercio y contrabando.

Año 1760

Real Orden de 21 de Mayo, encargando el conocimiento de las causas de los extranjeros a los gobernadores militares en defecto de capitanía general en el territorio.

Año 1761

Real Orden de 1 de Diciembre, para que el gobernador de Cádiz conozca privativamente de las causas de los extranjeros transeuntes.

Año 1766

Real Resolución de 7 de Agosto, (1.4, tit.11, lib.XII,Nov.Rec.) estableciendo el desafuero en las causas de motín, desorden o conmoción popular y desacato a los magistrados.

Real Resolución de 2 de Octubre (1.4,tit.11, lib.VI, Nov,Rec.) confirmando lo dispuesto en la Real Resolución de 7 de Agosto del mismo año.

Año 1768

Real Orden de 2 de Abil, declarando a favor del Consulado de Bilbao el conocimiento de una causa de un extranjero.

Año 1774

Pragmática de 17 de Abil, (1.5, tit.11, lib.XII, Nov.Rec.), confirmando las reales resoluciones de 7 de Agosto y 2 de Octubre de 1766.

Año 1775

Real Orden de 15 de Septiembre, para que el capitán general de Andalucia no se mezcle en el conocimiento de las causas de extranjeros, que corresponden al gobernador militar.

Año 1778

Real Orden de 19 de Diciembre, dirigida al capitán general de Galicia para que no se mezcle en las causas de los extranjeros, que corresponden al gobernador militar.

Año 1781

Real Orden de 15 de Marzo, para que el juzgado de extranjeros de Cádiz se considerase separado, sin embargo de haberse unido la capitanía general y el gobierno.

Año 1782

Real Cédula de 24 de Octubre (1.8, tit.36, lib.VI, Nov.Rec.), dirigida a las justicias del reino, estableciendo el desafuero para los delitos e infracciones de los bandos públicos.

Año 1785

Real Orden de 21 de Octubre, dirigida al Consulado de Alicante y circulada a los demás del reino, concediendo la precisa jurisdicción militar al prior y cónsules, para que conozcan en primera instancia de las causas de comercio de los extranjeros.

Año 1791

Real Resolución y Orden de 12 de Julio (1.7,tit.11,lib.VI, Nov.Rec.), ordenando la formación de matrículas de extranjeros residentes en estos reinos, con distinción de transeuntes y domiciliados.

Instrucción de 21 de Julio, estableciendo las reglas necesarias para la ejecución de la Real Resolución y Orden de 12 de Julio del mismo año.

Real Orden de 29 de Noviembre, ordenando la rectificación anual de las matrículas de extranjeros en todos los pueblos del reino.

Año 1801

Real Cédula de 17 de Febrero, recordando que el fuero de extranjería no es extensivo a Ultramar.

Real Orden de 24 de Mayo, confirmando lo dispuesto por la Real Cédula de 24 de Octubre de 1782.

Real Orden de 25 de Mayo, confirmando lo dispuesto por el Real Decreto de 21 de Diciembre de 1759.

Real Orden de 27 de Mayo, resolviendo la competencia suscitada entre gobernador y el capitán general de Cartagena en un negocio de extranjeros.

Año 1803

Real Cédula de 18 de Febrero, recordando que el fuero de extranjería no se extiende a los territorios de ultramar.

Año 1808

Decreto de 4 de Diciembre, aboliendo el derecho feudal en España.

Constitución de Bayona de 8 de Julio.

Año 1809

Decreto de 6 de Febrero, creando dos Juntas para conocer de los negocios pendientes ante el Consejo Real.

Decreto de 19 de Julio, suprimiendo todas las justicias que no tengan nombramiento de Su Majestad.

Decreto de 8 de Agosto, suprimiendo los Consejos de Guerra, Marina, Indias, Ordenes y Hacienda, y las Juntas de Comercio, Moneda y Correos.

Decreto de 14 de Octubre, estableciendo y organizando los tribunales de Comercio.

Decreto de 16 de Diciembre, mandando cesar el estado eclesiástico el ejercicio de toda jurisdicción forense.

Año 1810

Decreto de Julio, suprimiendo los juzgados de provincia a cargo de los alcaldes del crimen.

Decreto de 5 de Noviembre, fijando las atribuciones de los juzgados de primera instancia y alcaldes mayores.

Año 1811

Decreto de 16 de Noviembre, suprimiendo la jurisdicción castrense.

Decreto de 10 de Octubre, reorganizando los tribunales militares.

Año 1812

Constitución de Cádiz, de 19 de Marzo.

Decreto de 9 de Octubre aprobando los reglamentos de las audiencias y juzgados de primera instancia.

Año 1814

Decreto de 4 de Mayo, derogando la Constitución y decretos emanados de las Cortes de Cádiz.

Año 1819

Orden del Tribunal Supremo de 3 de Agosto, recordando la vigencia del fuero de extrajería.

Año 1821

Decreto de 15 de Marzo, aboliendo el fuero militar de extranjería.

Decreto de 17 de Abril, estableciendo el desafuero en las causas de conspiración.

Real Orden de 18 de Abril, solicitando del Consejo de Estado un dictamen acerca del fuero de extranjería.

Año 1823

Decreto de 1 de Octubre, anulando la labor de los gobiernos constitucionales desde el 7 de Marzo de 1820.

Año 1829

Código de Comercio de 30 de Mayo.

Año 1831

Real Orden de 8 de Abril, estableciendo el desafuero en las causas de desacato a las autoridades judiciales.

Año 1834

Estatuto Real de 10 de Abril.

Año 1836

Real Orden de 30 de Agosto, mandando se restablezcan en su fuerza y vigor los decretos de Cortes de 17 de Abril de 1821, relativos a las penas que se han de imponer a los conspiradores contra la constitución política de la Monarquía.

Año 1837

Constitución de la Monarquía española de 18 de Junio.

Año 1843

Decreto de 19 de Agosto, creando la Comisión General de Codificación.

Año 1844

Real Orden de 12 de Octubre, dirigida al comandante general del apostadero de La Habana, recordándole que el fuero de extranjería no se extiende a Ultramar.

Año 1845

Real Orden de 3 de Febrero, declarando subsistente el fuero de extranjería.

Constitución de la Monarquía española de 20 de Mayo.

Año 1846

Real Decreto de 31 de Junio, suprimiendo la Comisión General de Codificación.

Real Decreto de 11 de Septiembre, creando una nueva comisión de Código

Año 1847

Real Orden de 2 de Julio, dirigida al capitán general de Puerto Rico, recordándole la extinción del fuero de extranjería.

Año 1848

Real Decreto de 22 de Septiembre, declarando que el Código penal no altera los fueros existentes.

Año 1852

Real Decreto de 17 de Noviembre, fijando los derechos de extranjería en España.

Año 1856

Constitución (no promulgada) de la Monarquía española.

Real Decreto de 1 de Octubre, disolviendo la segunda Comisión General de Codificación y creando una tercera.

Año 1868

Decreto de 6 de Diciembre, de unificación de fueros.

Año 1869

Constitución de la Monarquía española de 6 de Junio.

Decreto de 2 de Octubre, crando una Comisión legislativa.

Año 1870

Ley de 4 de Julio, fijando el carácter y las condiciones civil y política de los extranjeros en las provincias españolas de Ultramar.

Ley de 17 de Septiembre, orgánica del poder judicial.

Año 1875

Decreto de 10 de Mayo, restableciendo la antigua Comisión General de Codificación.

Año 1876

Constitución de la Monarquía española de 30 de Junio.

Año 1881

Ley de 3 de Febrero, de enjuiciamiento civil.

Año 1889

Código Civil de 24 de Julio.

RESEÑA BIBLIOGRAFICA

1.- OBRAS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

A.- Españolas

AGUILAR NAVARRO, M., Derecho internacional privado, vol.I, t.I, Madrid 1970.

ANGULO, M. de, Lecciones de derecho procesal internacional, Granada 1974.

BRAVO, Derecho internacional privado, t.II, Madrid 1886.

CONDE Y LUQUE, Derecho internacional privado, t.II, Madrid 1907.

GESTOSO Y ACOSTA, Apuntes de derecho procesal internacional, Valencia 1889.

MIAJA DE LA MUELA, A., Derecho internacional privado, t.II, 5ª ed. Madrid 1970.

MIÑANA Y VILLAGRASA, Derecho internacional privado (contestaciones al programa de oposiciones a notarias determinadas y al cuerpo de aspirantes al notariado) Madrid 1904.

MORALES, Contestaciones a la parte de Derecho internacional privado del programa para oposiciones al cuerpo de aspirantes al notariado y a notarías determinadas, 2ª ed. Madrid 1906.

TORRES CAMPOS, Elementos de Derecho internacional privado, Madrid 1913.

TRIAS DE BES, Derecho internacional privado, 2ª ed. Barcelona 1946.

TRIAS Y GIRO, Estudios de Derecho internacional privado, Barcelona 1921.

VERPLAETSE, Derecho internacional privado, Madrid 1954.

B.- Extranjeras

CHESHIRE, Private international law, 7ª ed. Londres 1965.

FOELIX, Tratado de Derecho internacional privado, 3ª ed. española por la RGLJ, t.I, Madrid 1860.

FOELIX, Traité de droit international privé, 3ª ed. por CH. Demangeat, t.I., Paris 1856.

KLUBER, Droit de gens moderne de l'Europe, t.I, Paris 1831.

LAURENT, Droit civil international, t.I y t.IV, Paris/Bruselas 1880

MARTENS, G.F., Precis de droit de gens moderne de l'Europe, por Ch. Vergé, t.II, Paris 1864.

SZASZY, International civil procedure - A comparative study, Leyden 1967

2.- ESTUDIOS MONOGRAFICOS

A.- Libros

ASPURUZ, La aportación extranjera a las misiones españolas del patronato regio, Madrid, 1946

ARRIAT, Le preteur peregrin, Paris 1955.

BARTIN, Principes de droit international privé d'aprés la loi et la jurisprudencé françaises, t.I., Paris 1930

BHECK PATI SINHA, Unilateral denunciation of treaty because of prior violations of obligations by other party, La Haya 1966.

DOLLINGER, La Hanse, XII-XVII siécles, Paris 1964

DROZ, Competence judiciare et effets des jugements dans le Marché Commun, Paris 1972.

GAUDEMET-TALLON, Recherches sur les origines de l'article 14 du code civil, Paris 1964.

KING, Law and society in the visigotic Kingdom, Cambridge 1972

SERRAO, La iurisdictio del pretore peregrino, Milan 1954

B.- Artículos de revistas

ACCIOLY, "Les principes generaux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence", R.C.A.D.I. vol. 96/1959, pp. 353 ss.

ANONIMO, "Del fuero de extranjería", El Faro Nacional, 1853, pp. 89 ss.

ARAGONESES, "Problemas del proceso civil con elementos extranjeros" R.D. Proc., 1961, pp. 349 ss.

BATIFFOL. "Observations sur les liens de la competence judiciare et de la competence legislative", De conflictu legum, Melanges offertes a R.D.Kollevijin et J. Offerhaus, Leyden 1962, p.56.

BOGAERT, "Le sens de la clause rebus sic stantibus dans le droit de gens actuel", R.G.D.I.P., 1966, pp. 48 ss.

BONGERT, "Recherches sur les recuperateurs", Varia (Etudes de droit romain), 1, pp.99 ss.

CARDENAS, "Memoria histórica de los trabajos de la Comisión General de Codificación", R.G.L.J., t. 38/1871, espec. pp. 62 ss., y t. 39/1871. pp. 97 ss.

CARRERAS, "La jurisdicción de los tribunales españoles en el caso de la B.T.", R.E.D.I., vol., 23/1970, pp.375 ss.

TENEKIDES, "Le principe rebus sic stantibus, ses limites rationelles et sa recente evolution", R.G.D.I.P., 1934 pp.272 ss.

THIEME, "Die Rechtsstellung der Fremdem in Deutschland", L'Etranger, t. II, Bruselas 1957, pp. 201 ss.

TORRES CAMPOS, "Histoire de la condition juridique des etrangers dans la legislation espagnole", Clunet, 1891, pp.108 ss.

TRIAS DE BES, "Las reglas de competencia general: ensayo de derecho procesal internacional español", R.J.C., 1960 pp. 7 ss.

VILLIERS, "La condition des etrangers en France dans les trois derniers siecles de la monarchie", L'etranger, t.I, Bruselas 1957 pp. 139 ss.

WINTER, "The excessive jurisdiction in private international law", I.C.L.Q., 1968, pp. 130 ss.

ZOUREK, "Relaciones e inmunidades consulares", Anuario de la Comisión de Derecho internacional, Doc. A.C.N. 4/108, 1957-II, pp. 77 ss.

3.- VARIOS

ANTEQUERA, La codificación moderna en España, Madrid 1866.

ANTOKOLETZ, Tratado teórico y práctico de derecho diplomático y consular, t.II, Bruselas 1968.

ARRAZOLA, GOMEZ DE LA SERNA Y MANRESA Y NAVARRO, Enciclopedia españpla de Derecho y Administración, o Nuevo teatro universal de la legislación de España y de las Indias, t.II, Madrid 1870.

AVECILLA, Legislación militar de España, t.I., Madrid s.d.

BACARDI, Nuevo colon, o sea, Tratado de derecho militar de España y sus Indias, t.I., Barcelona 1864.

BAKER, First steps in international law, Boston 1899.

BERNAL DE O'REILLY, Elementos para el ejercicio de la carrera consular, Bayona 1833.

BLACKSTONE, Commentaries on the laws of England, t.I., Oxford 1865, reimpresión de 1966.

BORRELL, "Los tribunales españoles son competentes para conocer del procedimiento de quiebra de la B.T.", "Dictamen inédito, Madrid 1963.

BYNKERSHOEK, Questiounum jurispublici, lib. II, cap. X, traducción inglesa de T. Frank, Oxford/Londres 1930

CANDIOTI, Historia de la institución consular en la antigüedad y en la Edad Media, t.I., Buenos Aires 1925.

D'ORS, "Los transmarini negotiatiores en la legislación visigótica", Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Barcia Trelles, Santiago de Compostela 1958, pp. 467 ss. y también en Estudios visigóticos, t.II., Roma y Madrid, 1960, pp. 130 ss.

ENGELHARDT, "Consuls et diplomates", Rev. de hist. dip., 1890 pp. 28 ss.

FEENSTRA Y KLOMPMAKER, "Le statut des etrangers au Pays Bas", L'etranger, t.II, Bruselas 1958 pp.333 ss.

FERNANDEZ VIAGAS, "Cuestiones de competencia interjurisdiccional entre tribunales de distinta nacionalidad", R.D.Proc., 1958 pp. 325 ss.

FRAGISTAS, "La competence internationale aux Conferences de La Haya de droit international privé" Festschrift fü Spiropoulos, Bonn 1957, pp. 139 ss.

- "La competence internationale exclusive en droit privè", Studi in onore di Antonio Segni, Milan 1967, pp. 199 ss.
- "Les competences exhobitantes dans les travaux de la Conference de droit international privè de La Haye", Revue roumaine de sciences juridiques, 1968 pp. 175 ss.
- "Deux conventions multilaterales recentes sur la reconnaissance des jugements étrangers", Riv.D.I.P.P., 1968 pp. 745 ss.

GARCIA ARIAS, "El derecho internacional privado español anterior al Código civil y los proyectos de reforma del vigente sistema conflictual español", El derecho internacional privado anterior al Código civil de 1889, Zaragoza, 1968 pp. I ss.

GARCIA DE CORTAZAR, "Los nuevos métodos de investigación histórica", Boletín informativo de la Fundación J. March, nº 41/1975, pp. 3 ss.

GIBERT, "La condición de los extranjeros en el antiguo derecho español", L'etranger, t. II, Bruselas 1958, pp. 151 ss.

GILISSEN, "Le Statut des etrangers a la lumiere de l'histoire comparative" L'etranger, t.I. Bruselas 1957, pp. 5 ss.

GLASSON, "Les juges et consuls des marchands", Nouvelle revue historique de droit français et etranger, 1897 pp. 5 ss.

GOLDSCHMIDT, "Problemas de competencia en el derecho internacional procesal de España", Melanges Streit, t.I., Atenas 1939, pp. 492 ss.

GOMEZ DE LA SERNA, "Estado lamentable de la administración de justicia en lo criminal y reformas que reclama", Discurso de apertura de tribunales de 1871, R.G.L.J., t. 39/1871, pp. 320 ss.

GONZALEZ DE ALBA, "La jurisdicción ordinaria y las jurisdicciones especiales, R.G.L.J., t. 108, pp. 5 ss.

GOTHOT Y HOLLEAUX, "La convention entre les Etats membres de la Communautè economique européenne sur le competence judiciaire et la execution des jugements en matiere civile et commerciale", Clunet, 1971 pp. 747 ss.

GUTIERREZ ALVIZ, "Informe sobre el anteproyecto de bases para una ley orgánica de la justicia", R.D.Proc., 1969 pp. 221 ss.

GUTIERREZ DE CABIEDES, "La incompetencia de jurisdicción", R.D.Proc., 1971 pp. 419 ss.

GUTTERIDGE, "Les conflits de lois de competence judiciare dans les actions personnels", R.C.A.D.I., vol. 44/1933, pp. 115 ss.

KIRKPATRICK, "Le statut des etrangers en droit anglais au cours des derniers siecles", L'ètranger, t.II, Bruselas 1958 pp. 451 ss.

LAIGE, "L'institution consulaire", Rev.d'hist.dip., 1890, pp. 534 ss.

LASSO GAITE, "El proceso histórico de la unificación de jurisdicciones en España", Miscelánea en honor de Juan Becerril y Anton Miralles, t.I., pp. 291 ss.

LEWALD, "Conflits de lois dans le monde grec et romain", Rev. Crit., 1968, pp. 419 ss.

LUNA GARCIA Y HERNANDEZ CANUT, "Dictamen sobre la competencia de los tribunales españoles en juicio de alimentos provisionales entre extranjeros", A.D.C., 1951 pp. 1527 ss.

MARMO, "La competence internationale exorbitante et les articles 2 et 3 du code de procedure italien", Melanges offertes a R.D. Kollevijin et J. Offerhaus, Leyden 1962, pp. 324 ss.

MENGOZZI, "Note sulla clausola di "competenza esclusiva" nelle conventioni dell'Aja e di Bruxelle", Riv.D.I.P.P., 1969 pp. 72 ss.

MIAJA DE LA MUELA, "El imperialismo jurisdiccional español y el derecho internacional", Melanges Fragistas, vol. I-B, Tesalonica 1968, pp.89 ss.

- "Les principes directeurs des regles de competence territoriales des tribunaux internes en matiere de litiges comportant un element international", R.C.A.D.I., col. 40/1932 pp. 1 ss.

McNAIR, "La terminaison et la dissolution des traites", R.C.A.D.I., vol. 22/1928 pp. 463 ss.

NIBOYET, "Le rôle de la justice internationale en droit international privè", R.C.A.D.I., vol. 40/1932 pp. 157 ss.

ORIOL Y URQUIJO, "El plan de reforma de la justicia y su estado actual", Discurso de apertura de tribunales de 1968, R.D.Proc., 1968 pp. 113 ss.

ORTIZ DE ZUÑIGA, "Breves observaciones sobre las bases presentadas al Senado, relativas a las reformas judiciales". R.G.L.J., t. 24/1864 pp. 19 ss.

PAVLOVITSCH, "De la condition juridique des etrangers en Serbie", Clunet, 1884, pp. 5 ss.

PECOURT, "Las normas de competencia judicial internacional en Derecho español", A.H.L.A.D.I., vol 2/1963 pp. 195 ss.

- "La voluntad de las partes y su posible virtualidad en la determinación de la competencia judicial internacional", R.E.D.I., 1964 pp. 60 ss., 370 ss. y 528 ss.
- "Control e impugnación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles", Festschrift für Wengler, t.II, Berlin, 1973 pp. 636 ss.
- "Una institución singular en el derecho internacional privado español", Estudios de derecho internacional público en Homenaje al profesor Luis Sela Sampil, Oviedo 1970, pp.883 ss.

PLAZA, "Excepciones procesales con carácter internacional", R.D.P., 1945, pp. 669 ss.

RUIZ GUTIERREZ, "La competencia de los tribunales en actos en que intervienen elementos extranjeros con referencia a los de jurisdicción voluntaria", R.D.Proc., 1962 pp. 9 ss.

SALLES, "L'institutión des consulats, son origine, son developement au moyen âge chez les differents peuples", Rev.d'hist. dip., 1897 pp. 161 ss, 409 ss. y 565 ss.

SCHAUBE, "La proxenie au moyen âge", Revue de droit international et legislation comparée", vol. 28/1896 pp. 526 ss.

STOERK, "De la condition civile des etrangers en Autriche", Clunet, 1880 pp. 329 ss.

STUART, "Le droit et la practique diplomatique et consulaires", R.C.A.D.I., vol. 48/1934 pp. 463 ss.

CANGE DU, Glossarium mediae et infimae latinitatis, vol, VIII/X, Graz 1954.

CAPMANY, Memoria histórica sobre la marina, comercio y artes de la antigua ciudad de Barcelona, reedición anotada, Cámara Oficial de Industria y Comercio de Barcelona, 1961/63

CARRERAS, "Jurisdicción y competencia", Dictamen inédito, San Hilario 1967.

COLON DE LARREATEGUI, Juzgados militares de España y sus Indias, t.I y II., Madrid s.d.

CUSSY, Reglements consulaires, Leipzig 1851

Crónica de la codificación española, t.I., Madrid 1970

DESPAGNET, Cours de droit international public, 4ª ed. por Ch. de Boeck, Paris 1910.

DOU, Instituciones de derecho público general de España con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en cualquier estado, t.I. y II, Madrid 1800.

FAUCHILLE, Traité de droit international public, t.I., 3ª parte., 8ª ed. por H.Bonfils, Paris 1926.

FERRATER, Código de derecho internacional, t.II., Barcelona 1847.

FIORE, Derecho internacional público, 2ª ed. española por A. García Romero, Madrid 1899.

GARCIA GOYENA, Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, t.I., Madrid 1852.

GARCIA COYENA Y AGUIRRE, Febrero o Libreri a de jueces, abogados y escribanos, t. VI., Madrid 1842.

GENTILI, De iure belli, Lib. III, cap. XIV, nº 599-600, reimpresión de la edición inglesa de J.C.Rolfe, Londres/Nueva York, 1964.

GOMEZ ORBANEJA Y HERCE QUEMADA, Derecho procesal civil, Madrid 1969.

GOMEZ DE LA SERNA Y MONTALBAN, Tratado académico forense de procedimientos judiciales, 2ª ed., Madrid 1855.

GROCIO, Le droit de la guerre et de la paix, lib.,II, cap.XVI, edición francesa por P. Pradier-Foedere, t.II, Paris 1867.

GUASP, Comentarios a la ley de Enjuiciamiento civil, t. I. Madrid 1943.
Derecho procesal civil, Madrid 1956.

HEFFER, Le droit international public de l'Europe, edición francesa J. Bergson, Bruselas/París 1866.

HERNANDEZ GIL, Metodología de la Ciencia del Derecho, vol. I, Madrid 1971.

LAURENT, Etudes sur l'histoire de l'humanitè, t. VII, París 1861 y t. XV, París 1869.

LOUTER, Le droit international public positif, t. II, Oxford 1920.

MANRESA Y NAVARRO, Comentarios a la ley de Enjuiciamiento civil, t. I, 3ª ed. Madrid 1910.

MARTENS, Tratado de derecho internacional, Madrid s.d.

MERA, Cónsules y consulados, Madrid 1913.

MILTITZ, Manuel de Consuls, t. I, II y III, Londres/Berlín 1837.

MUCIUS SCAEVOLA, Código civil comentado, t. I, 5ª ed., Madrid 1912.

Mc NAIR, Law of treaties, Oxford 1961.

NAVARRO AMANDI, Cuestionario del código civil reformado, t. I, Madrid 1889.

NUSSBAUM, Historia del derecho internacional, Madrid s.d.

OLIVART, Tratado y notas de derecho internacional público, t. I. Madrid 1887.

OLMEDA Y LEON, Elementos de derecho público de la paz y de la guerra, Madrid 1771.

ORTIZ DE ZUÑIGA, Biblioteca judicial o Tratado original y metódico, 2ª ed. Madrid 1840.

ORTIZ DE ZUÑIGA Y HERRERA, Deberes y atribuciones de los corregidores, justicias y ayuntamientos de España, t. IV, Madrid 1832.

PANDO, Elementos de derecho internacional, obra póstuma, Madrid 1843.

PAZ DE, "Jurisdicción y competencia de los tribunales españoles en la quiebra de la B.T." Dictamen inédito, 1963.

POLLOCK y MAITLAND, The history of the english law, 2ª ed., vol. I, Cambridge 1968.

PRADIER-FOEDERE, Traité de droit international public europeen et americain, t. III, París 1887.

REDSLOB, Traité de droit de gens, París 1950.

RIQUELME, Elementos de derecho público internacional, t. I, Madrid 1849.

ROBLES POZO, El código civil y su jurisprudencia, t. I, 4ª ed., Madrid 1896.

ROGNON, Code civil expliqué de France, 19ª ed., París 1887.

RUIZ MORENO, El derecho internacional público antes de la era cristiana, Buenos Aires 1946.

TARRASA, Estudios de derecho civil de España, comparado con el romano y el extranjero según el orden del proyecto del código civil español, Salamanca 1866.

TOLEDANO, Historia de los tratados, convenciones y declaraciones de comercio entre España y las demás potencias, Madrid 1858.

TORROBA, Derecho consular, Madrid 1927.

VALDEAVELLANO, Curso de historia de las instituciones españolas, Madrid 1968.

VATTEL, Le droit de gens, Lib. II, cap. XVII, nueva edición por P. Pradier-Foedere, t. II, París 1863.

WEISS, Traité theorique et practique de droit international public, t. II, París 1894.

WHEATON, Elementos de derecho internacional, t. I, 2ª ed. Leipzig, 1852.

WOLFF, Jus gentium methodo scientifica pertractatum, cap. IV, nº 388, traducción inglesa por J.H. Drake, vol. II, Oxford/Londres 1934.

ZAMORA Y CORONADO, Biblioteca de legislación ultramarina, t. III, Madrid 1845.

ZOUCHE, Juris et judii fecialis sive iuris intergentes explicatio, part. III, sección IV, nº 25, traducción inglesa por J.L. Brierly 1911.

4.- DOCUMENTOS

Actes et documents de la dixiéme session extraordinaire, La Haya 1969.

Apéndice al derecho internacional de España, por A. RIQUELME, Madrid 1849.

Biblioteca de legislación ultramarina, por J.M. ZAMORA Y CORONADO, Madrid 1845.

Código español del reinado intruso de José Napoleón Bonaparte, o sea, Colección de sus más importantes leyes, decretos e instituciones, por J.M. RIOS, Madrid 1845.

Código de las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio, por la Real Academia de la Historia, t. II, Madrid 1807.

Colección de leyes fundamentales, por R. SAINZ DE VARANDA, Zaragoza 1957.

Colección legislativa de España, edición oficial del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid.

Colección de decretos y órdenes generales expedidos por las Cortes ordinarias, Madrid 1821.

Colección general de las ordenanzas militares, sus innovaciones y aditamentos, por PORTUGUES, t. II, Madrid 1764.

Colección de los tratados de paz en España, por ABREU Y BERTODANO, Reinado de Felipe III, parte I, Madrid 1740, Reinado de Felipe IV, t. V, Madrid 1750 y t. VI, Madrid 1751, Reinado de Carlos II, t. I, Madrid 1751.

Colección de tratados de paz, por A. de CAPMANY, t. I, Madrid 1796 y t. III Madrid 1801.

Collection des lois civils et criminels des etats modernes, por V. FOUCHER 9ª ed. París 1844.

Consolidated treaty series, The, por C. PARRY, vols. 1, 3, 5, 6, 11, 29, 38, 39, 48, y 49 Nueva York s.d.

Continuación y suplemento del Prontuario de Don Severo Aguirre, por J. GARRIGA (año 1801), Madrid 1802.

International law digest, por J.B. MOORE, vol. V, Washington 1906.

Jurisprudencia civil, por la R.G.L.J. hasta vol. 71/1959 y edición oficial del Ministerio de Justicia a partir de vol. 81/1959.

Legislations de droit internacional prive, T.M.C. Asser Institut, Oslo 1970.

Novísima recopilación de las leyes de España, Madrid 1805-1807.

Prontuario de las leyes y decretos del rey nuestro señor don José Napoleón I, desde el año 1808, t. I, II y III, 2ª ed. Madrid 1810.

Reales cédulas y pragmáticas del Consejo de Castilla, t. III/1780-1784 y t. X/1817-1819, coleccionadas por el Conde de Torreanaz, Archº. Universidad de Deusto.

Recopilación de las leyes de los reinos de las Indias, t. III., 5ªed. corregida y anotada por la Sala de Indias del Tribunal Supremo de Justicia, Madrid 1841.

Teatro de la legislación universal de España e Indias, por A.J. PEREZ Y LOPEZ, t. XIII, Madrid 1746.

Textos y materiales de derecho internacional privado, por la Cátedra de Derecho internacional privado de la Universidad de Madrid, Madrid 1970.

Tratados de paz y de comercio, por A. del CANTILLO, Madrid 1843.

5.- OTRAS FUENTES

(por orden cronológico)

Informe del letrado Narciso de HEREDIA acerca del derecho que puedan tener los extranjeros al goce del llamado fuero de extranjería, Madrid a 31 de Marzo de 1821, inédito, Archº. M.A.E., sección política, legajo 2821.

Informe del Consejo de Estado relativo al decreto de las Cortes de 15 de Marzo de 1821, sobre la abolición del fuero militar de extranjería, Palacio a 2 de Junio de 1821, inédito, Archº. M.A.E., sección política, legajo 2821.

Reclamaciones de los gobiernos de Holanda, Austria e Inglaterra de 8,8 y 9 de Abril de 1821 respectivamente, por razón de la publicación del decreto de las Cortes de 15 de Marzo de 1821 aboliendo el fuero de extranjería, inédito, Archº. M.A.E., sección política, legajo 2821.

Nota de la primera secretaría del Despacho de Estado en relación con la protectoría que sobre los extranjeros ejercen los jefes políticos, Palacio a 29 de Marzo de 1838, inédito, Archº. M.A.E., sección política, legajo 2821.

Dictamen del Tribunal Supremo de Justicia dirigido al Regente del Reino acerca de si existe en la actualidad y en caso de existir, si debe continuar existiendo el llamado fuero de extranjería, de 18 de Octubre de 1841, inédito, Archº. M.A.E., sección política, legajo 2821.

Informe del Ministerio de la Guerra sobre la supresión del fuero de extranjería, de 29 cd Septiembre de 1842, inédito, Archº. M.A.E., sección polícica, legajo 2821.

Informe del Tribunal Supremo de Guerra y Marina sobre el fuero de extranjería, Madrid a 8 de Febrero de 1845, inédito, Archº. M.A.E., sección política, legajo 2821.

Comunicaciones del Capitán General de Cataluña manifestando las dificultades que opone la jurisdicción ordinaria respecto de la observancia del fuero de extranjería, Barcelona, 1 de Febrero y 24 de Septiembre de 1845, 7 de Marzo de 1846,1 de Febrero y 25 de Marzo de 1847, inéditos, Archº. M.A.E., sección política, legajo 2821.

Dictamen del Tribunal Supremo de Guerra y Marina acerca del goce del fuero militar por los extranjeros transeúntes, Madrid 31 de Mayo de 1847, inédito, Archº. M.A.E., sección política, legajo 2821.

Informe de la primera secretaría del Despacho de Estado sobre el fuero de extranjería, Palacio a 9 de Septiembre de 1849, inédito, Archº. M.A.E., sección política, legajo 2821.

Nota de la Secretaría de Estado a los ministerios de Guerra, Gracia y Justicia y Gòbernación, Palacio a 22 de Mayo de 1851, inédito, Archº. M.A.E., sección política, legajo 2821.

Reclamaciones de los gobiernos de Cerdeña, Nápoles, Países Bajos, Prusia, Francia e Inglaterra de Mayo, Junio y Septiembre de 1851, motivadas por la práctica seguida por el Tribunal Supremo de decidir las competencias en favor de la jurisdicción ordinaria, inéditos, Archº. M.A.E., sección política, legajo 2821.

Nota de la primera Secretaría de Estado, dirección comercial, acerca del disfrute del fuero de extranjería en los negocios mercantiles, Palacio, a 1 de Abril de 1857, inédito, Archº. M.A.E., sección política, legajo 2821.

Nota de la primera Secretaría de Estado, dirección política, relativa al desafuero en los delitos contra la religión del Estado, de 15 de Junio de 1857, inédito, Archº. M.A.E., sección política, legajo 2821.

APENDICE DOCUMENTAL

APENDICE I

Informe del letrado Narciso de Heredia acerca del derecho que puedan tener los extranjeros al goce del llamado fuero de extranjería, Madrid 31 de Marzo de 1821.

APENDICE II

Informe del Consejo de Estado en relación con el decreto de Cortes de 15 de Marzo de 1821, sobre la abolición del fuero militar de extranjería, Palacio a 2 de Junio de 1821.

APENDICE III

Reclamaciones de Gobiernos extranjeros, por razón de la publicación del decreto de Cortes de 15 de Marzo de 1821, aboliendo el fuero de extranjería.

- Documento nº 1:

  Reclamación del gobierno de Holanda de 8 de Abril de 1821

- Documento nº 2:

  Reclamación del gobierno de Austria de 8 de Abril de 1821

- Documento nº 3:

  Reclamación del gobierno Británico de 9 de Abril de 1821.

APENDICE IV

Nota de la primera secretaría de Estado, en relación con la protectoría que sobre los extranjeros ejercen los jefes políticos, Palacio 29 de Marzo de 1838.

APENDICE V

Dictamen del Tribunal Supremo de Justicia dirigido al Regente del Reino acerca de si existe en la actualidad y en caso de existir si debe continuar existiendo el llamado fuero de extranjería, 18 de Octubre de 1841.

APENDICE VI

Informe del Ministerio de la Guerra sobre la supresión del fuero de extranjería de 29 de Septiembre de 1842.

APENDICE VII

Informe del Tribunal Supremo de Guerra y Marina sobre el fuero de extranjería, Madrid 8 de Febrero de 1845.

APENDICE VIII

Comunicaciones del capitán general de Cataluña, manifestando las dificultades que opone la jurisdicción ordinaria respecto de la observancia del fuero de extranjería.

- Documento nº 1:
  Comunicación de 10 de Febrero de 1845
- Documento nº 2:
  Comunicaciones de 24 de Septiembre de 1845 y de 7 de Marzo 1846
- Documento nº 3:
  Comunicación de 1 de Febrero de 1847
- Documento nº 4:
  Comunicación de 25 de Marzo de 1847
- Documento nº 5:
  Copia circular del Tribunal Supremo de 30 de Abril de 1843

APENDICE IX

Dictamen del Tribunal Supremo de Guerra y Marina acerca del goce del fuero militar por los extranjeros transeúntes, Madrid 31 de Mayo de 1847.

APENDICE X

Informe de la primera secretaría de Estado sobre el fuero de extranjería, Palacio a 9 de Septiembre de 1849.

APENDICE XI

Nota de la secretaría de Estado a los ministerios de Guerra, Gracia y Justicia y Gobernación, Palacio a 22 de Mayo de 1851.

APENDICE XII

Nota de la primera secretaría de Estado, dirección comercial, acerca del disfrute del fuero de extranjería en los negocios mercantiles, Palacio a 1 de Abril de 1857.

APENDICE XIII

Nota de la primera Secretaría de Estado, dirección política, relativa al desafuero en los delitos contra la religión del Estado, de 15 de Junio de 1857.

A P E N D I C E I

Informe del letrado Narciso de Heredia acerca del derecho que puedan tener los extranjeros al goce del llamado fuero de extranjería, Madrid 31 de Marzo de 1821.

Exmo. Señor.

He recibido la R. orden que V.E. se sirve comunicar me con fha. de 26 del presente, acompañada de un egemplar del R. Decreto de 15 del cor.te circulado en 22 del mismo, por el cual han resuelto las Cortes quede abolido para siempre el fuero militar de Extrangeria; previniendome ser la voluntad de S.M. que informe con urgencia sobre el derecho q.e puedan tener los extrangeros al citado fuero, expresando los tratados en que se apoye, y el modo de evitar, o de contextar a las reclamaciones que harán sobre la ejecución del citado decreto.

La calidad de urgencia con que se me previene el pronto despacho del informe no me permite entrar en mui prolijo examen historico sobre este punto de nuestra legislacion desde el tiempo de la Dinastía Austriaca, a que debe su origen; pero si diré que en los Reynados de Felipe 3º Felipe 4º y Carlos 2º se halla ya establecido por diferentes R.s Cedulas y estipulaciones de Tratados, especialm.te con la Inglaterra, Francia y Ciudades Anseaticas, el privilegio de que los mercaderes y otros subditos de otras Naciones, que se hallaban en España transeuntes, tubiesen en los diferentes puertos que solían frecuentar, un Juez Conservador que con inhibicion de todo otro Tribunal conociese en primera instancia de las causas y negocios en que fuesen interesados otros extrangeros transeuntes, con apelaciones al Consejo del Rey y no a otro Tribunal alguno. Asi se halla terminantemente pactado en los art.s 9 y 38 del Tratado celebrado en Madrid a 23 de mayo de 1667, por cuyos articulos se ratifican y confirman las R.s Cedulas de 10 de marzo, 26 de junio, y 9 de noviembre de 1645, en las que se concedieron esta y otras franquicias a los Comerciantes Ingleses en España; asimilandolos en el articulo 38, del Tratado a los subditos del Rey Cristianisimo, Provincias Unidas y Ciudades Anseaticas, que gozaban de los mismos privilegios. Estos articulos del referido tratado de 1667 y las R.s Cedulas en el insertas fueron trasladadas despues al Tratado de Comercio y Amistad concluido en Utrecht entre España e Inglaterra en 9 de Diciembre de 1713, de que forman parte integrante; y en el art.o 15 del mismo tratado de Utrecht se expresa literalm.te lo siguiente:

"En cuanto al Juez Conservador, y a los otros que el hubiere de substituir, concedida esta libertad a otra cualquier Nacion extrangera, deben gozar igualmente de ella los subditos Ingleses; y en el interin y hasta que se haya dispuesto cosa fija en esta materia Su R. M.d Catolica dará orden expresa a todos y cualesquier Jueces de su Reyno, y a

otros cualesquiera a quienes toca la administracion o ejecución de la justicia, y les encargará bajo de gravisimas penas, que en todas las causas de los subditos Ingleses administren justicia, y la hagan ejecutar sin dilacion, y sin inclinación, favor, o aficion a las partes. Consiente el Rey Catolico que las apelaciones de las sentencias, dadas en causas pertenecientes a los subditos Ingleses, se lleben al Tribunal del Consejo de Guerra de Madrid, y no a otra parte."

Este articulo y los demás pactados anteriormente con la Inglaterra, que no se hallen expresamente derogados, fueron confirmados por el art.º 3º del Tratado de Aixla-Chapelle, a que accedió el Sr. D.n Fernando 6º en 20 de octubre de 1748; por el art.º 23 del Tratado de 10 de febrero de 1763; por el art.º 7º del Tratado de Versalles firmado en 3 de setbre. de 1783; y por los posteriores celebrados con Inglaterra, incluso el ultimo de 1814.

En iguales terminos se hallan concebidos diferentes articulos de los tratados celebrados entre la España y los Estados Generales de las Provincias-Unidas, y con especialidad el de 26 de junio de 1714, cuyo art.º 29 dice asi=

" El dicho Sr. Rey conservará a los subditos de los dichos Sres. Estados Generales, en las Ciudades mercantiles de su Reyno, en donde han tenido Juezes Conservadores en tiempo del difunto Rey Carlos 2º, la misma facultad, y la gozarán tambien en las demás Ciudades donde otras Naciones la gozan, o podrán todavia gozar en adelante, todo de la misma manera y con la misma autoridad de que los Juezes conservadores han usado durante el reynado del difunto Rey Carlos 2º y la apelación de las sentencias de estos Juezes conservadores podrá también ser interpuesta y proseguida conforme ha sido practicado en el mismo reynado: todo lo cual se observará, a menos de que se convenga otra cosa sobre esto."

En el Tratado de Comercio y Navegacion celebrado entre la España y el Emperador de Alemania Carlos 6º en 20 de mayo de 1725, se estipula en el art.º 30 lo siguiente=

"Por lo que toca a los Juezes Conservadores, que en los antecedentes reynados ejercian en España el oficio de un magistrado muy considerable, y que antiguamente era concedido por los Reyes a las Naciones mas favorecidas, con potestad de conocer y juzgar privativamente sobre todas las causas de sus nacionales, asi civiles, comocriminales; se ha convenido, que si su Mag.d R. Catolica concediere en

adelante este privilegio a otra Nacion, cualquiera q.e sea, se deba entender concedido igualmente el mismo a los Subditos de Su Mag.d Cesarea. Pero en el interin se mandará severamente a todos los Jueces Ordinarios y Magistrados que les administren pronta justicia y la ejecuten sin dilación, parcialidad, ni favor alguno. Ademas de esto Su Mag.d Catolica consiente que de las sentencias en las causas pertenecientes a los subditos de Su Mag.d Cesárea se pueda apelar solamente al Consejo de Comercio, y no a otro Tribunal.

Para el cumplimiento de lo estipulado sobre esta materia en los diferentes tratados se expidio por el Sr. D.n Felipe 5º una R. Cedula en el año de 1716 sobre la Jurisdiccion de los Jueces Conservadores de las Naciones Extrangeras, en la cual se mandó que las apelaciones de las causas de extrangeros transeuntes se otorgasen para el Consejo de Guerra con arreglo a los Tratados de Paz, excepto las que tocasen a las Rentas y derechos R.s por tener estas sus Tribunales separados: cuya disposicion fue renovada por otro R. decreto de 17 de julio de 1727, y por la R. orden de 26 de agosto de 1758, en la cual se hace referencia a lo capitulado en los Tratados existentes, y con especialidad al de Utrecht; y por ultimo, en el R. Decreto de 21 de dicbre. de 1759. Se modificó el anterior de 1758, por lo respectivo a las causas de contrabando o ilícito comercio, que no séan contrabando de guerra.

La diferencia esencial q.e se introdujo desde el reynado del Sr. D.n Felipe 5º y siguientes, fue la de ir suprimiendo el nombramiento de Jueces Conservadores especiales para las diferentes Naciones Extrangeras, que se había acostumbrado en el Reynado de Carlos 2º y reunir este fuero privilegiado en los Gobernadores de las Plazas o Puertos de Comercio, que vinieron a reemplazar a los antiguos Jueces Conservadores: cuyo fuero no debe confundirse enteramente con el Militar, de que es esencialmente diferente, aunque se haya ejercido por los Gobernadores Militares de las Plazas en primera instancia, y en grado de apelación por el Consejo Sup.mo de la Guerra; pues hay entre uno y otro diferencias muy esenciales. El fuero militar se ejerce principalmente por los Capitanes Generales de las Provincias, que son los Jueces Ordinarios Militares, de quienes son dependientes en esta parte los Gobernadores de las Plazas o Puertos Marítimos; el de extrangería se ejerce unicamente por los Gobernadores, q.e han sucedido a los antiguos Jueces Conservadores de que hablan los Tratados, con total y absoluta independencia de los Capitanes Generales, y con apelaciones unicam.te al Consejo o Tribunal de Guerra en Madrid, con arrelo a lo estipulado en los mismos. El fue

ro de los Militares se extiende a las causas criminales y civiles; y el de los extrangeros transeuntes solo ha estado en practica para las causas civiles, y no para las criminales y de policia, como lo declara expresamente la R. Cedula de 24 de oct.e de 1782. El fuero militar se extiende siempre a todas las instancias; y el fuero de los extrangeros transeuntes tampoco tiene esta calidad en los negocios de comercio; en los cuales han conocido los Consulados de Comercio en las primeras instancias, y solo en las apelaciones conocia la jurisdiccion del Consejo de la Guerra con arreglo a los Tratados.

Basta lo dicho para manifestar que desde el reynado de Felipe 3º hasta nuestros dias han estado los extrangeros transeuntes de varias Naciones en España en la posesion de dho. fuero por estipulaciones expresas y por R.s Cedulas y leyes terminantes expedidas a su favor; pues aunque no todas las Naciones tienen estipulaciones tan explicitas como las que quedan referidas, hay muchas que tienen estipulado el constituirse en punto a franquicias y exenciones al nivel de las Naciones mas favorecidas, cuyo pacto equivale a una expresa estipulacion de todo aquello que conste estar concedido a favor de las otras. Sin duda por evitar estas reconvenciones, y por ordenar y metodizar el ejercicio de esta jurisdicción o fuero particular de extrangeria, se fue haciendo extensivo a todas insensiblemente en la practica. Había tambien la necesidad de corresponder a aquellas Naciones que por admitir la constitucion y naturaleza de sus Gobiernos iguales o semejantes concesiones en favor de los Españoles, nos habian puesto en posesion de disfrutar nosotros en sus territorios de iguales o semejantes franquicias; como sucede en Portugal, donde hemos mantenido el privilegio del Juez Conservador de los Españoles, y sucede en la Puerta Otomana y en las Regencias de Africa, donde tenemos expresamente estipulado a ntro. favor una especie de fuero privilegiado con exclusion de los Jueces Ordinarios del pays, como se reconoce por el art.º 31 del Tratado entre S.M. y la Regencia de Tripoli con fha. de 10 de Setbre. de 1784, que dice así=

"Cuando hubiere alguna disputa o diferencia entre un español y un mahometano, no deberá decidirse por los Jueces Ordinarios del pays, sino unicamente por el Consejo del Baxá de Tripoli, en presencia del Consul; o por el Comandante, si esto no sucediese en el mismo Tripoli."
= por el tratado celebrado entre S.M. y la Regencia de Argel en 14 de junio de 1786, cuyo art.º 13 está expresado en los terminos siguientes =

"Cuando hubiere alguna disputa o diferencia entre un español y un turco, o moro, no podrá juzgarse por los jueces ordinarios de la Ciudad, sinó unicamente por el Consejo del magnifico Baxá Dey, Divan, y Milicia de la Ciudad y Reyno de Argel en presencia del Consul, o bien por el Comandante en los Puertos fuera de Argel en q.e acaeciese la disputa o diferencia, concertandola segun justicia, y procurando conciliar las partes."=
= por el 16 del tratado entre S.M. y la Regencia de Tunez, en 19 de julio de 1791, cuyo contexto es el siguiente:=

"Si ocurriese algun altercado entre un español y un turco, el Baxá, el Dey, el Bey, ó el Divan han de ver su causa a presencia del Consul de España."=
= y por el tratado entre S.M. y la Puerta Otomana, cuyo art.o 5º está concebido en estos terminos:=

"No podrá ventilarse, ni sentenciarse en ningun pueblo de las Provincias Otomanas causa alguna en q.e sean demandados los Consules, o Interpretes de S.M. Cat.ca si excediese de la suma de cuatromil aspros, y las que ocurriesen se reservarán al juicio de la Sublime Puerta. En el caso que los Comerciantes y vasallos de la Sublime Puerta moviesen algun pleyto á los comerciantes ú otros vasallos de S.M. Cat.ca ó á los que se halláren bajo su proteccion, por venta, compra, ó negociacion de mercancias, o por otra cualquier causa, no podrá sentenciarle el Juez del pueblo ni admitir la demanda, si no se hallase presente algun Dragoman de los ultimos, ni tampoco los molestará sinó cuando la deuda ó fianzas sobre que fueren demandados estubiesen bien probadas. Originandose altercacion entre los Comerciantes vasallos de S.M. Cat.ca se examinará y terminará por sus Consules é Interpretes segun sus propias leyes y constituciones; y se procederá de la misma suerte con los subditos y mercantes del Imperio Otomano que se hallaren en los dominios de S.M. Catolica", debiendose advertir que en esto se halla expresamente pactada la reciproca respecto a los subditos Otomanos en los Puertos de España.

La razon que en lo antiguo pudo haber para la concesion de este fuero privilegiado, ademas del deseo de favorecer o distinguir á los extrangeros transeuntes de las Naciones á quienes expresamente se concedió, pudo ser, á mi entender, la consideracion de que como los negocios civiles de estos suelen versarse sobre puntos que no solo hán de decidirse por el derecho comun y leyes del Reyno, sino tambien por las estipulaciones de los tratados de paz y de comercio existentes con las diferentes Naciones, y como su infraccion aun en casos particulares podria ser tras

cendental á los intereses y miras politicas del Gobierno; Se creyó que convenia radicar el conocimiento de estos asuntos en las Autoridades de los mismos puertos como mas practicas en esta clase de negocios y sobre todo en un solo Tribunal de apelacion, cual era el Sup.^{mo} Consejo de Guerra, cuyos Ministros se supuso que podían y debian reunir mayores conocimientos y luces sobre el derecho de gentes y maritimo, y sobre el positivo de los tratados, que el que por lo comun podían tener los individuos de los Tribunales ordinarios en las Provincias. Por esta razon habían solido destinarse comunmente al Consejo de Guerra, hasta su extinción, algunos Ministros procedentes de la Carrera diplomatica, habiendo yo sido el ultimo de esta clase en dicho Consejo extinguido: en el cual estaba señalada antes de su ultima planta una plaza, como salida precisa para oficiales de la Secretaría de Estado; y aun en lo antiguo el Consejo de Estado y el de Guerra eran uno mismo.

El Gobierno anterior intentó varias veces en estos ultimos años suprimir del todo ó modificar esencialm.^{te} el fuero de los extrangeros transeuntes; pero siempre conceptuó preciso no desentenderse del compromiso que resuntaba de las estipulaciones positivas sobre el asunto; las cuales, aunque en su origen hayan sido voluntarias, despues de pactadas se hacen obligatorias, sin poder alterarse de otro modo que por el mutuo consentimiento de las partes contratantes, y sin q.^{e} sea razon suficiente para su inobservancia el que la estipulacion no sea reciproca con todos los Gobiernos, pues cada Potencia se obliga por sus estipulaciones en la forma y modo q.^{e} tiene pactado; fuera de que con algunas Potencias existe efectivam.^{te} la reciprocidad, como queda yá demostrado. En otras Naciones, donde no se conocen Tribunales o fueros especiales ni aun para clase alguna de sus subditos, no ha podido haber terminos habiles para semejante reciprocidad á favor de los españoles; sin que por esta circunstancia se invalide el derecho que les dan las estipulaciones de los Tratados, á lo menos mientras en España existan y se conozcan Tribunales especiales para alguna clase de sus subditos, a quienes puedan con propiedad aplicarse las clausulas de los tratados referidos. Por esta razon desde el reynado del Sr. D.^{n} Carlos 3º hasta el de S.M. no se dirigieron las miras politicas del Gobierno a destruir el fuero de los extrangeros y si solo a procurar circunscribirlo y limitarlo a los precisos y estrictos terminos de los tratados. La experiencia habia hecho ver que bajo dos conceptos se habia pretendido abusar en muchos casos del fuero de extrangeria: 1º. por atribuirlo ó extenderlo a extrangeros domiciliados ó avecindados, que no están en el caso de gozar de un privilegio limitado a los transeuntes:

2º. por hacerse extensivo a negocios y causas en que hasta los mismos extrangeros transeuntes están sugetos a la jurisdiccion ordinaria. Por lo que respecta al primer extremo, las leyes y ordenes demarcaban con bastante exactitud quienes eran los extrangeros q.e debian reputarse avecindados, y por contraposición cuales los que debían conceptuarse transeuntes; pues en la de 8 de marzo de 1716 se previene que debe considerarse por vecino cualquier extrangero que obtiene privilegio de naturaleza; el q.e nace en estos Reynos; el que en ellos se convierte a la Religion Catolica; el que viviendo sobre si, establece su domicilio; el que pide y obtiene vecindad en algun pueblo; el que se casa con muger natural de estos Reynos y habita domiciliado en ellos, ó la muger que se casa con natural de estos dominios; el que se arraiga comprando bienes y posesiones; el que siendo oficial, viene a morar y ejercer su oficio en estos Reynos, y del mismo modo el q.e mora y ejerce oficios mecanicos ó tiene tienda en q.e vende por menor; el que obtiene oficios de Concejos publicos honorificos, ó cargos de cualquier genero que solo pueden usar los naturales; el que goza de los pastos y comodidades que son propios de los vecinos; el que mora diez años en casa poblada en estos Reynos, a menos que el que tenga esta residencia de diez años con casa poblada se halle afecto al pabellon y Consulado de su Nacion, ó haya demostrado y hecho gestion para ello, en cuyo caso se reputará por transeunte, como tambien lo previene la R Orden de 10 de marzo de 1762. A fin de que los extrangeros en quienes concurriesen alguna o algunas de las circunstancias expresadas que los constituían naturales, ó por lo menos avecindados en estos Reynos, y les hacian partícipes de diferentes gozes y ventajas correspondientes a los subditos españoles; no quisieran al mismo tiempo retener los privilegios propios de los extrangeros transeuntes, usando de unos y de otros para cada caso, segun les dictase su propia conveniencia; se mandó por R. Orden de 5 de enero de 1754 q.e se formase anualmente por los Gobernadores respectivos una lista o matricula de extrangeros con expresion de los que son transeuntes y de los que son domiciliados; cuya observancia se mando repetir y reencargar por R. Orden de 28 de junio de 1764, expresandose en esta la manera en que habian de decidirse y resolverse las dudas que pudiesen ocurrir acerca de la cualidad de alguno o algunos de los extrangeros que se incluyesen en dichas, matriculas al tiempo de formarlas. Por lo respectivo al 2º punto, esto es la clase de causas y negocios en que los extrangeros transeuntes deban o no gozar del fuero de guerra en primera o segunda instancia; tambien se habia decidido con bastante metodo y regularidad por las leyes y ordenes vigentes; pues en ellas vemos establecido que en las causas

de contrabando, ilicito comercio y fraude contra las Rentas R.s debian conocer los Subdelegados de Rentas contra los extrangeros transeuntes, con apelaciones al Consejo de Hacienda, a menos que el contrabando fuese de guerra, en cuyo caso correspondia el conocimiento a la jurisdiccion militar, como estaba prevenido en el R. Decreto de 21 de Dicbre. de 1759. En la R. Cedula de 24 de Octubre de 1782 están tambien prevenidos los casos en que las Justicias ordinarias pueden y deben proceder contra los extrangeros transeuntes q.e delinquen o que infringen los bandos publicos en sus respectivos territorios, observandose en esta parte la mas estricta reciprocidad de lo que se practica con los naturales de estos Reynos en los payses extrangeros; y por lo tocante a los negocios mercantiles en que interviene la jurisdicción comercial de los Consulados, estaba declarado que debian conocer estos en primera instancia con apelaciones al Sup.mo Consejo de Guerra, como resulta de las R.s ordenes de 1º de Dicbre. de 1761, 21 de octubre de 1785, y 24 de mayo de 1801. Deslindadas asi las atribuciones de las diferentes jurisdicciones en los negocios pertenecientes a extrangeros transeuntes, no habia quedado mucho camino para que las diferentes Autoridades judiciales pudiesen confundiendo voluntariam.te la naturaleza de los casos, contrometerse unas al conocimiento de los negocios respectivos a otras. Solo habia quedado en esta materia un punto capaz de alguna ambigüedad, y se reducia a investigar, si el fuero de guerra que gozaban los extrangeros transeuntes en los casos y negocios que no eran exceptuados, era activo y pasivo, o meramente pasivo; esto es, si se extendia a los casos en que otros extrangeros intervenian de cualquiera modo, ya fuese como actores, o ya como reos demandados; o si solamente tenia lugar en los casos en que los extrangeros son demandados, como sucedía por lo comun en las demás jurisdicciones privilegiadas. Los Tribunales de Guerra apoyados en la R. orden de 26 de agosto de 1758, que es conforme al mismo texto de los tratados, en que se sienta el principio de que el fuero de extrangeria concedido a los transeuntes se extendiese a las causas y negocios en que Otros extrangeros sean interesados, han sostenido spre. q.e el fuero era activo y pasivo en los negocios a que por su naturaleza fuese extensivo dicho fuero. Fundabanse para ello en que la expresion generica de interesados en el juicio era tan apicable al actor demandante, como al reo demandado; y sobre todo no podían dejar de proceder asi despues de la R. orden declaratoria de 24 de mayo de 1801, en la cual se expresaba terminantemente que el goze del fuero correspondia a los extrangeros transeuntes, ora fuesen actores demandantes, ora reos demandados. Por el contrario los Tribunales Ordinarios alguna rara vez y los Consulados con mas frecuencia reclamaban y pretendian que el fuero de extrange-

ria solo se extendiese, a lo menos en los negocios de comercio, a los casos en q.e fuesen demandados los extrangeros transeuntes; fundandose para ello en las R.s ordenes de 21 de octubre de 1785 y 5 de setbre. de 1796. No podia negarse en realidad que existia una verdadera contradiccion entre unas y otras ordenes; aunque la practica de los Tribunales y el tenor de los Tratados parecia favorecer mas la interpretacion del fuero activo y pasivo. En esta situación tube yo el honor de ser uno de los Ministros elegidos por S.M. para dar un dictamen sobre el modo de remover toda ambiguedad, a mediados del año de 1819; pero en los mismos dias en que asi se me honraba empleandome en este y otros trabajos de la mayor consideracion e importancia por los Ministerios de Estado y de Guerra, se me desterró de Madrid por el de Gracia y Justicia, de que yo no dependia, sin haber podido evacuar dicho informe: por lo que ignoro el tracto sucesivo de este asunto.

Sentados estos antecedentes respectivos al origen, progresos, modificaciones y ultimo estado del fuero de extrangeria en España, resta solo tratar y contraernos a lo que es respectivo al Decreto ultimamente expedido por las Cortes, de que V.E. se ha servido remitirme un egemplar. En el se expresa que por parte del Gobierno de S.M. se ha hecho al Congreso la propuesta para la supresion perpetua del fuero de extrangeria, exceptuando solo al Cuerpo Diplomatico, y para que los pasaportes que pidan los extrangeros para dentro o fuera del Reyno se expidan por los Gefes Politicos y por los Alcaldes y Ayuntamientos Constitucionales respectivos; que son los dos extremos que abraza tam.n la resolucion de las Cortes. En cuanto al ultimo respectivo al punto de pasaportes, no conceptúo que haya ni pueda haber el menor reparo en que se cumpla lo propuesto por S.M. y acordado por las Cortes, ni que lo resistan en manera alguna los Tratados y leyes existentes: porque hallandose sugetos los extrangeros transeuntes a la jurisdiccion ordinaria y a las Autoridades politicas en todas sus causas criminales y en todo lo concerniente a los bandos de policia y buen gobierno como está declarado por el tenor de la R. Cedula de 24 de Octubre de 1782; no puede haber el menor inconveniente, ni se hace innovacion alguna esencial en mandar que por las mismas Autoridades a que están sugetos, se les expidan los pasaportes. Si hasta aqui se les han expedido por los Gobernadores Militares de las Plazas dimanará de que los Gobernadores eran tambien Corregidores, y de que antes del regimen Constitucional había la practica, aun para los mismos españoles de expedirse los pasaportes por los mismos que exercían la jurisdiccion contenciosa, como lo practicaban en Madrid los Alcaldes de Corte, y en los

Pueblos los Jueces, o Alcaldes Mayores; hasta que con la publicacion de la Constitución se han reducido los Jueces a sus atribuciones judiciales, reservando lo gubernativo y de policia para las Autoridades politicas.

No presenta las mismas facilidades para su ejecucion el contenido de la primera parte del referido decreto de las Cortes, en que se declara abolido para siempre el fuero militar de extrangeria de que han gozado hasta ahora los extrangeros en España, sugetandolos, sin distincion, a la jurisdiccion ordinaria. No teniendo yo a la vista el expediente seguido en el Gobierno, y que precedería a la insinuacion hecha a las Cortes por S.M. a que se refiere el mismo Decreto; no teniendo tampoco noticia del expedien te seguido en la Comision de las Cortes sobre el particular; no habiendo asistido yo a la discusion, ni habiendose hecho mencion de ella en los papeles publicos, sino de un modo muy sucinto; debo limitarme a congeturas sobre la mente y sobre los efectos del referido decreto. Si en el se ha que rido unicam.te hacerreferencia al fuero criminal y a los bandos de policia y buen gobierno, veo que este punto se ha llaba declarado expresam.te por la R. Cedula de 24 de octu bre de 1782, consentido por los Gobiernos extrangeros, y practicado en todos los Tribunales sin contradiccion alguna. Por consiguiente no parecía necesaria nueva disposición le gal sobre una materia que no ofrecia duda nireclamacion actualmente; y aun cuando se hubiese tenido por conveniente reproducir lo ya mandado, nunca podia decirse con propiedad que quedaba abolido el fuero que los extrangeros habian gozado hasta ahora: por que contrayendose al criminal y de policia, es muy cierto que no han gozado desde el año de 1782; y q.e aun antes de la expedicion de aquella R. Cedula siempre se habia procurado por ntro Gobierno reprimir la extension que por los extrangeros se habia querido dar al fuero de extrangeria estipulado en los tratados, deseosos de que comprendiese tambien el fuero criminal a su favor.

Si en el referido decreto de las Cortes, ademas de la supresion del fuero criminal y de policia, que no admitían disputa, se ha querido por el Congreso reprimir unica mente los abusos y extension del fuero civil de los extrangeros para que solamente se entienda con los transeuntes, y de ningun modo comprenda a los avecindados y domiciliados; esto se hallaba igualm.te prevenido por las leyes y cedulas existentes, necesitandose, cuando mas, tomar algunas precau ciones eficaces para que su contenido no quedase ilusorio: en cuyo caso hubiera sido oportuno añadir y especificar las mencionadas precauciones en el Decreto.

Si el objeto del Gobierno y del Congreso ha sido limitar a los extrangeros transeuntes al fuero pasivo en sus negocios civiles decidiendo por la negativa la cuestion del fuero activo y pasivo, q.e spre han pretendido, y sobre cuyo punto ha habido y hay en realidad bastante ambigüedad en los mismos tratados, en las leyes y ordenes expedidas, y aun en la practica de los Tribunales; parecia indispensable haberlo explicado asi terminantemente. Convengo en que no sería muy dificil al Gobierno sostener esta interpretacion con buenas y solidas razones apoyadas en los mismos tratados y leyes existentes; aunque no puede negarse que la practica contraria ha prevalecido hasta aqui en muchos casos y se hallaba también apoyada en diferentes R.s ordenes. Mas si la mente del decreto há sido privar enteramente a los extrangeros transeuntes de todo el fuero privilegiado, aun en las causas civiles en que son demandados por los españoles, que es la posesion indudable q.e han tenido y la interpretacion mas estricta que admiten los Tratados; confieso que mientras exista la jurisdiccion militar de los Gobernadores de las Plazas y del Tribunal especial de Guerra y Marina, no en cuentro el medio de conciliar esta determinacion con el texto terminante de los tratados; ni veo el modo de satisfacer a las reclamaciones q.e puedan intentarse fundadas en otras estipulaciones, ni de impedir q.e las Potencias extrang.s por el mero hecho de infringir nosotros unos articulos q.e les favorecen se conceptuen en libertad de quebrantar por su parte todos aquellos articulos que puedan sernos provechosos en los mismos tratados de que hacen parte.

Consultando el tenor literal del referido decreto, parece indudable, por lo menos a primera vista, que su objeto ha sido suprimir enteram.te el fuero de extrangeria para toda clase de extrangeros y de negocios, sin distinción: pero hay sin embargo una circunstancia que me hace recelar que no haya sido la mente de las Cortes el darle una extension tan trascendental; y es, que si el Congreso se hubiese propuesto expedir un acto legislativo derogatorio de todas las leyes y cedulas expedidas sobre la materia y de las estipulaciones contenidas en los tratados solemnemente pactados y publicados, que ademas de contratos politicos son tambien leyes del Reyno, hubieran precedido todas las formalidades necesaria para la discusion aprobacion de las leyes; y por ultimo se hubiera presentado a la sancion Real y publicado con todas las solemnidades de estilo; por cuyas circunstancias y trámites creo no ha pasado referida resolucion, y si por las acostumbradas para la expedicion de los Decretos.

Sea de esto lo que se quiera, si los Gobiernos extrangeros, y con especialidad ag.s con quienes median las referidas estipulaciones expresas, reclamasen el cumplimiento de ellas; no veo el medio de dejar de mantenerles en la posesion mientras exista la jurisdiccion militar de los Gobernadores de las Plazas maritimas, y la del Tribunal especial de Guerra y Marina en grado de apelacion. Lo mismo q.e de aquellos Gobiernos que lo tienen expresamente pactado, digo de los que lo tienen con la clausula general de gozar de las franquicias y exenciones, de la Nacion mas favorecida; pues el pacto de esta especie equivale a una estipulacion expresa. Solo con respecto a aquellos con quienes no media estipulacion alguna podría sostenerse lo acordado; enviandolos a los Tribunales Ordinarios en toda clase de negocios, si no pareciese chocante esta diferencia despues de una practica tan constante en contrario, y siendo en tanto numero las Naciones privilegiadas, a quienes no podría alcanzar la generalidad del decreto. Lo que si puede hacerse con todos sin el menor inconveniente, es mantener con energía las restricciones prevenidas por las mismas leyes existentes para evitar que se extienda otro fuero a las causas criminales, a los bandos de policia o de buen bobierno, y para que no comprenda a mas extrangeros q.e a los transeuntes, calificandose de tales unicam.te a los que tengan las circunstancias prevenidas por las mismas leyes. Tambien podrá sostenerse el que en los negocios de comercio se limite siempre a las segundas y terceras instancias, y de ningun modo a las primeras. Por ultimo puede intentarse el sostener que en los negocios civiles, unicos a que se reduce dicho fuero, no se entienda este activo y pasivo, sino meram.te pasivo y para el caso en que los extrangeros son demandados; aunque, repito que este ultimo punto es por su naturaleza muy ambiguo, y que los tratados, las leyes y la practica de los Tribunales presenta muchas contradicciones, habiendo decisiones y ejemplares opuestos, de los cuales los mas son a favor del fuero activo y pasivo. Para querer quitar del todo el fuero de extrangeria, sin exponerse a reclamaciones de los Gobiernos extrangeros, seria necesario entablar una negociacion a fin de que lo consientan, manifestandoles que ningun perjuicio experimentaria la administracion recta y pronta de la justicia por esta innovacion, que para nosotros tiene la ventaja de ser mas conforme al espiritu de ntras. nuevas instituciones actuales: pero yo no debo tampoco ocultar a V.E. que hasta que en ntros Juzgados de primera instancia y Audiencias territoriales sean mas comunes los conocimientos del derecho de gentes y maritimo, y del derecho positivo de los tratados, no dejarán algunas veces de poner en compromisos al Gobierno con sus decisiones, y de exponernos a frecuentes reclamaciones e indemnizaciones.

De proposito no he hecho mencion hasta el fin, de una especie de Tribunales especiales que conocen en causas de extrangeros, y que en casi todos los payses existen, aun despues de reformadas modernamente sus legislaciones, y son los Tribunales de Almirantazgo, que juzgan y deciden de la legitimidad o ilegitimidad de los apresam.tos en tiempo de guerra, violaciones de neutralidad Entre nosotros han co rrespondido las decisiones sobre estas materias en primera instancia a los Tribunales de Marina, y las segundas instancias hán venido al Consejo Sup.mo ahora Tribunal especial de Guerra, no como Tribunal militar, sino como Tribunal de Almirantazgo. Mas como sobre este punto no habla el referido decreto, ni el oficio de V.E. a que contexto; he creido deber limitarme a esta indicacion, y a advertir que muchos Gobiernos han reconocido las ventajas de procurar que estos negocios se decidan, por lo menos en sus ultimas instancias, por Jueces mui versados en el derecho de gentes, maritimo, y positivo de los Tratados, y a vista de las Auto ridades Sup.mas de la Nacion y en su Capital, por razon de los compromisos en que semejantes decisiones suelen poner a los mismos Gobiernos, sugetandoles despues a indemnizaciones y desembolsos cuando las decisiones son reclamables por el tenor de los Tratados: de lo q.e tenemos nosotros un reciente doloroso ejemplar en lo ocurrido con los Estados Unidos de America por haber ntros tribunales de Marina decidido muchos casos segun el tenor de la Ordenanza de Cor so, sin tener presente que esta se hallaba en contradiccion con lo estipulado en el articulo 13 de ntro. Tratado con los Estados Unidos, celebrado en 1795.

Es cuanto he creido deber informar a V.E. en cumplimiento de la R. orden que se ha servido comunicarme; y me parece que siendo un asunto de tanta importancia, sería muy conveniente se diese conocimiento de todo al Consejo de Estado para que con sus luces y prudencia proponga a S.M. aquello que estime mas conveniente a fin de que se concilie lo resuelto por las Cortes con el cumplimiento de lo estipulado en los Tratados, y el interés de la Nacion con lo que requiere la buena fe que es caracteristica de los Españoles y del Gobierno de S.M.

Dios que a V.E. m.s a.s

Madrid 31 de marzo de 1821.

Exmo. Señor.

Narciso de Heredia

Exmo. Sr. Secretario del Despacho de Estado.

A P E N D I C E II

Informe del Consejo de Estado en relación con el decreto de Cortes de 15 de Marzo de 1821, sobre la abolición del fuero militar de extranjería, Palacio a 2 de Junio de 1821.

D. Joaquin Blake, El Cardenal de Scala, D. Andres García, D. Pedro Cevallos, El Marques de Piedrablanca, D. Justo M.ª Ibar-Navarro, D. José Aycinena, D. Antonio Ranz Romanillos, D. Francisco Requena, D. Esteban Varea, D. Miguel Gayoso, D. Antonio Poncel, El Marques de San Francisco, El Obispo de Segorve, D. Gaspar Vigodet, D. Francisco Vallesteros, El Baron de Castellet, D. Fernando de la Serna, D. José Luyando, D. José Joaquín Ortiz, El Marques de Cerralvo, D. Ramon Cabrera, D. Mateo Valdemora, El Conde de Taboada, D. Tomas Gonzalez Carvajal, D. Manuel de Estrada, D. Francisco Montalvo, El Conde de San Xavier, El Principe de Anglona.

Señor.

El Secretario del Despacho de Estado remitió al Consejo con devolucion, y R. orden de 18 de Abril ultimo para que consulte su parecer, el expediente formado en la misma Secretaria, relativo al decreto de las Cortes de 15 de Marzo proximo pasado, sobre abolicion del fuero militar de extrangería.

Acompañan cinco piezas marcadas con los números desde el 1º al 5º. En la primera solo se incluye el referido decreto impreso: en la segunda, un oficio del Secretario del Despacho de la Gobernacion de la Peninsula, en que manifiesta el incidente que ha provocado al citado decreto: en la del numero tres, un informe de D. Narciso de Heredia, sobre el mismo asunto: en la del quarto, varias traducciones y copias de reclamaciones de algunos de los Embiados extrangeros cerca de V.M. a saber: Inglaterra, Austria, y Paises Baxos; y en la quinta, otro informe del mismo Don Narciso Heredia, acerca de los requisitos que hayan de exigirse sucesivamente en los pasaportes de los extrangeros que vengan a las Españas, el qual fue pedido tambien con motivo de dicho decreto.

El Consejo ha examinado y visto con la debida detencion, todos y cada uno de los documentos que constituyen este expediente, y con particularidad las notas de los Representantes diplomaticos; y despues de haber consultado los documentos en que los apoyan, no pueden ponerse en duda su existencia, antes bien, penetrado de que no fueron obra del error, del dolo, ni de la violencia sino el resultado del mismo consentimiento de los Gabinetes, reconoce en estos tratados dos caractéres; a saber, el de leyes que obligan a los subditos de los Estados contratantes, y

el de contratos con que éstos se ligaron. Por el primer concepto, una ley contraria sería poderosa para derogarlos mas por el segundo, es precisa la intervencion de un recíproco acuerdo para destruír su fuerza.

Este es un principio sancionado por el derecho de gentes: en su observancia está librada la prosperidad de las Naciones: su violacion las pondría en un estado de desconfianza y de perpetua discordia; y además sería de la mayor y mas extraña incongruencia el que los Gobiernos castiguen rigurosamente a los subditos que falten a sus obligaciones, al paso que ellos mismos se burlasen de los tratados, no mirandolos sino como un medio de engañarse los unos a los otros.

Pero esta regla no carece absolutamente de excepciones, reconocidas por el mismo derecho de gentes, pues que todo Gobierno qualesquiera que sea su naturaleza, como instituído con el designio de procurar la felicidad de los Pueblos, debe considerar como su primer deber, el preferir la salud del Estado a la reputacion de observador escrupuloso de unos tratados, cuya observancia, sobre no ser compatible con el actual estado de cosas, es en gran manera perjudicial de la causa publica.

Cuando cambian las circunstancias politicas de un Estado, lo que parece mas digno de un Gobierno justo, adquiere un carácter totalmente opuesto, de modo que la misma justicia prohibe lo que la buena fé hubiera prescripto, si las circunstancias no hubiesen cambiado. Así, pues, el fuero privilegiado concedido a los extrangeros, debió observarse religiosamente, quando por la antigua legislacion eran tan repetidos estos privilegios, que casi importaban mas que la regla general; pero no es posible que subsista, despues que se ha planteado, bajo de otros principios, el sistema de nuestra legislacion; despues que la prohibicion de los privilegios se ha considerado como una consecuencia de el íntimo enlaze y del recíproco apoyo, que debe haber en la estructura de una sabia constitucion; despues que el Congreso sentó sobre bases solidas y uniformes el edificio de la potestad judicial; despues que desembarazó el estudio de la jurisprudencia, de la confusión lamentable de principios a que habia venido: finalmente despues de todo era consiguiente que atacase las causas de la mala administracion de justicia, y que considerase como una las mas principales, el fatal abuso de los fueros privilegiados, que llevan en pos de sí la ruina de la libertad civil, el oprobio de los Codigos, el conflicto de las Autoridades, la mengua en el imperio de las leyes, la impunidad de los delitos, la

guerra de competencia, los suterfugios, las dilaciones y las ingeniosas arbitrariedades, que tanto acrecientan la temeridad de los litigantes, y la lentitud y poca delicadeza de los Juezes.

Estos males son de la mas dañosa influencia sobre la prosperidad del Estado su remedio establece el primer deber del Legislador; a su vista deben desaparecer todas las obligaciones de menor importancia; y los Gabinetes que actualmente reclaman la conservacion del fuero militar de extrangeria, no reparan en la inconsecuencia que embuelve esta gestion con las anteriores. Reconocieron nuestro sistema de gobierno representativo; han visto que las leyes fundamentales sentáron el edificio de la justicia sobre las ruinas de los fueros de privilegio, y no obstante pretenden que el fuero militar de extrangeria se mantenga en observancia, a pesar de la ley fundamental, en que se previene, que para los negocios comunes civiles y criminales, no habrá mas que un solo fuero para toda clase de personas.

No debe, pues, parecer ofensiva esta abolicion del fuero de extrangeria, ni reputarse como un exceso de autoridad y desprecio de la buena fe de los tratados, mucho mas si se considera, que antes que se plantease la Constitución, ya el Gobierno español había modificado los privilegios en materia de jurisdicción de que gozaban los extrangeros en virtud de tratados. Todos los extrangeros pretendieron ser comprehendidos en el privilegio, y el Gobierno le circunscribió á los transeuntes. Despues, cediendo á las observaciones que presentáron á V.M. las deformidades que embolvia la práctica de que los Juezes Conservadores, nombrados y pagados por las Potencias extrangeras, determinasen en las causas en que estaban interesados los españoles, se suprimieron dichos Juezes á pesar de los tratados, y se subtituyeron en su lugar los Gobernadores militares de los puertos.

Para causas de toda especie gazóron en otro tiempo de fuero privilegiado los extrangeros; pero el Gobierno consultando al pronto castigo de los delitos, y al mejor orden de la policia y de la tranquilidad publica, ordenó, que sus causas criminales y las infracciones de las leyes de policia estubiesen sugetas a la jurisdiccion ordinaria.

Tambien se previno, que en las causas de contraban do, que no fuese de guerra, estubiesen sugetos los extrangeros a los Tribunales de hacienda: en los contratos mercantiles á los Consulados; y en las causas de averias y presas, a la jurisdiccion de marina.

Estas y otras modificaciones que precedieron a la Constitucion, despues de presentar un laberinto de excepciones, en el que se pierde y embaraza el estudio de la jurisprudencia, hacen ver que ni el Gobierno ha creído que debía llevar la buena fe de los tratados hasta un punto tan dañoso á el mayor de los bienes, que és la recta y pronta administracion de justicia, sino tambien que los Gabinetes extrangeros reconocieron que no debian exigir de la España, el que diese a sus tratados toda la latitud, á que parecia por ellos haberse querido obligar.

No puede servir de apoyo a la reclamacion de los Ministros extrangeros, el que las Cortes hayan conservado el fuero de los Clerigos, y el de los Militares, por que la diferencia de motivos es muy notable.

La nacion está acostumbrada á ver que desde tiempos muy remotos, las causas, de los clerigos se han sustanciado en juicios particulares, y el bien de la Iglesia se interesa en que las faltas de sus Ministros sean ventiladas con aquella cautela que tanto importa á su reputacion, sin la qual vendrían á ser inutiles para el desempeño de su sagrado ministerio.

Tambien ha parecido indispensable conservar á los militares, aquella parte del fuero militar que tanto conduce para mantener la disciplina y la subordinacion de las tropas en el Exercito y en la Armada.

Por el contrario, todo lo que el extrangero necesita para que sus negocios no padezcan demora, es la celeridad y la rectitud en la administracion de justicia, y todo esto se le asegura por medio de la justicia ordinaria, despues que ésta se ha planteado sobre báses sencillas, y desnudas de las trabas de competencias, y de las distinciones de fueros en que hasta ahora han estado embueltos los procesos de los extrangeros.

Nada habría que añadir á lo dicho, si sola se tratase de fundar la justicia con que un Gobierno puede considerarse exento de la obligacion de observar ciertas estipulaciones con las Potencias extrangeras; pero como hay otro deber muy importante, que es él de no distusgarlas y mantener con ellas la buena inteligencia y armonía, se hace preciso que el Gobierno entre en conferencia con los Gabinetes, en cuyo favor se pactó el fuero militar de extrangeria, para hacerles saber, que la España, religiosa en la observancia de los tratados, y celosa en la conservacion de sus relaciones de amistad, no cree que vulnera tan respetables

consideraciones, aboliendo el fuero militar de extrangeria, quando para esta novedad ha sido forzada por la imperiosa necesidad de restablecer el respeto debido á las leyes y á los Tribunales, y de asegurar la recta administracion de justicia, acabando de una vez con la monstruosa institucion de diferentes Estados dentro de un mismo Estado.

Las Potencias extrangeras que conocen todo el valor de estos motivos, harán justicia a la sabiduria de nuestra legislacion, y verán en este paso aquel espiritu de conciliacion, que honra la prudencia de los Gobiernos, y conduce para mantenerlos en la confianza y buena fe que tanto conducen a la prosperidad de las Naciones.

A estas consideraciones debe añadir el Negociador, que si por este punto se han sugetado los procesos de los extrangeros a los Juzgados ordinarios, tambien por otro se favorece á los extrangeros, exuniendolos del derecho de represa.

Si éste páso se omitiese, el Gobierno faltaría á lo que debe á su reputacion, daría á sus providencias un ayre de ligereza, no presentandolas acompañadas de los motivos poderosos que las impulsáron, y dejaría quexosos los Gobiernos extrangeros, quienes tal vez tomarían de aqui ocasion para considerarse exentos de cumplir otros articulos de los tratados, en cuya observancia son interesados los españoles. Este resultado es de temer, sino se maneja con mucho pulso la negociacion, respecto de la Sublime Puerta, y de las Regencias berberiscas, con cuyos Gabinetes se ha pactado el fuero privilegiado en favor de los españoles.

La legislacion de estos Gobiernos, como hija del mas atroz despotismo, está muy distante de los sublimes principios en que descansa la nuestra, y son bien conocidos de la culta Europa. Así pues será preciso negociar con la Sublime Puerta, y con las Regencias para que no nos sugeten a la reciproca, y para que conserven á los subditos españoles el fuero privilegiado de que gozan.

En quanto á la medida que conviene tomar para que las causas de extrangeros, radicadas en el Tribunal especial de Guerra y Marina, no padezcan el atraso que es consiguiente á el decreto de 15 de Marzo, que es el segundo punto sobre que versa la nota del Embaxador britanico, nada tiene que opinar el Consejo, despues que las Cortes han hecho la declaracion favorable á los deseos del Embaxador, en consecuencia de la consulta del Consejo sobre este particular.

Acerca de la expedicion de pasaportes á los extrangeros para pasar de una provincia á otra de la Monarquía española y para salir de sus confines, observa el Consejo: que los Representantes extrangeros no han reclamado la nueva providencia que han adoptado las Cortes en este punto, y así debe creerse que no la miran como ofensiva, y que no encuentran razon para reclamarla, siendo cierto que no hay tratado alguno que contenga claras y terminantes estipulaciones para el arreglo en la expedicion de pasaportes á los extrangeros transeuntes.

Este es el dictámen del Consejo, y V.M. sin embargo resolverá lo que tubiere por mas conveniente.

Palacio 2 de Junio de 1821.

A P E N D I C E III

Reclamaciones de Gobiernos extranjeros, por razón de la publicación del decreto de Cortes de 15 de Marzo de 1821, aboliendo el fuero de extranjería.

Documento Nº 1

Reclamación del Gobierno de Holanda de 8 de Abril de 1821.

Documento Nº 2

Reclamación del Gobierno de Austria de 8 de Abril de 1821.

Documento Nº 3

Reclamación del Gobierno Británico de 9 de Abril de 1821.

Documento Nº 1

Reclamación del Gobierno de Holanda de 8 de Abril de 1821.

Muy Señor mio.

El Ministro del Interior ha publicado con fecha de 22 de Marzo último un Real decreto de 15 del propio mes por el que se abole el fuero militar de extranjerío, y en su consecuencia ha llegado a mi conocimiento, que el consejo de la guerra, que juzgaba las causas de los extranjeros, en apelación, se ha desprendido de todos los de esta clase, que se hallaban en su poder.

Estando sancionado por los tratados, el goce del derecho que acaba de ser abolido es de mi obligación el representar contra todo obstáculo que pueda impedir su (ilegible en el texto original).

No entro en examinar, si los súbditos de los Países Baxos serían los menos agraviados en sus intereses por este nuevo método de enjuiciar que se les acaba de proporcionar en España y si la introducción de un nuevo código de procedimientos uniforme no hará desaparecer los motivos que hasta el presente los ha hecho preciosa la facultad de avocar sus causas de los Tribunales ordinarios. Tampoco pretendo disputar ni limitar en modo alguno el derecho imprescriptible del Gobierno de organizar su Jurisprudencia y Chancillerías como le parezca mas expeditivo y util. Mi reclamacion solo se funda en la existencia de los tratados y sobre los graves inconvenientes que habría en derogarlos sin aquel consentimiento unánime tan necesario para la formacion de los convenios como lo es para su anulacion o para cualquiera explicacion de ellos.

Mientras que a V. parezca oportuno el dar una respuesta a esta nota, me lisongeo con la esperanza de que los procedimientos relativos a los subditos de los Paises Bajos, si hubiese algunos en poder del Consejo continuarán su curso ordinario siguiendo el principio reconocido, pues ninguna ley puede tener fuerza retroactiva.

Con este motivo remito a Vd. la seguridad de mi alta consideracion con la que tengo la honra de ser de V.S. S.M. ato. Seg.º Sr. : El Baron de Zuylen de Nivelt.

Sr. Dn Joaquin de Anduaga.

Documento Nº 2

Reclamación del Gobierno de Austria de 8 de Abril de 1821.

"Aunque el abajo firmante, Ministro residente de las Ciudades Anseáticas se inclina a creer que el R.l Decreto de 15 de Marzo ultimo, por el que queda abolido el tribunal privilegiado para los extranjeros no se aplique de manera alguna a aquellos que por virtud de tratados existentes gozan de este privilegio y que deba suponer que la intencion de los legisladores haya sido dejar salvos sus derechos; observando sin embargo, que este decreto esta concebido en terminos tan generales que sè pudiera a veces sacar de el consecuencias contrarias a aquellos derechos, cree deber declarar al Caballero Anduaga encargado del Despacho de Estº. de S.M.C. que las ciùdades anseáticas de Hamburgo, Brunen y Lubeek, no podrían jamas reconocer la legitimidad de una medida contraria a los tratados existentes entre ellas y la España, a menos que no le preceda al consentimiento de las Potencias contratantes que es lo único que puede autorizar y hacer legítima una mudanza, en una estipulacion hecha por acuerdo mutuo.

No dudando el abajo-firmado, que la rectitud de principios que distinguen al Gobierno de S.M.C. no le permitiran titubear un instante en reconocer unos derechos fundados en una transaccion solemne ruego al Caballero Anduaga que tenga a bien inclinarse a obviar toda interpretacion errónea del citado decreto declarando que de ninguna se entiende que pueda aplicarse a los subditos de las tresciudades libres anseáticas.

El abajo-firmado tiene la honra de

Documento Nº 3

Reclamación del Gobierno Británico de 9 de Abril de 1821.

El infrascrito Embajador Extraordinario y Ministro Plenipotenciario de S.M. Britanica se ha precisado a llamar la seria atención del S^{or} D. Joaquin de Anduaga relativamente al decreto de las Cortes sancionado por el Rey de España en 15 de Marzo último en q.^{e} anula el privilegio q.^{e} han gozado los subditos de S.M. Británica de que sus causas se sometiesen a los tribunales militares en lugar de sujetarlos a la jurisdicción ordinaria del Pays. Los adjuntos documentos q.^{e} se remiten por lo q.^{e} puede convenir al S^{or} de Anduaga manifestaron q. aquel privilegio fue concedido a los subidtos Britanicos en el año 1645 y ha sido renovado en todos los tratados concluidos entre la España y la Gran Bretaña desde aquella época hasta el año 1814 en el cual se renovaron y confirmaron todos los tratados de comercio q. subsistian anteriormente entre las dos naciones. Bajo este supuesto el infrascripto no puede menos de representar enérgicamente acerca del expresado decreto no solamente p^{r}. q.^{e} envuelbe una infraccion de los tratados sino tambien porque ocasionará gravès males y perjuicios a los subditos de S.M. Britanico particularmente a los q. tienen asuntos pendientes en el tribunal especial de Guerra y Marina, por haver declarado este tribunal, o consecuencia del decreto de las Cortes q. se han suspendido todos los negocios concernientes al fuero de extrangeria. Persuadido el infrascripto de q.^{e} el Gobierno de S.M. Catolica fixará lo mas pronto posible su atencion en las circunstancias q. presenta a su consideracion, espera q.^{e} no se tendrá por infundada la solicitud q.^{e} hace para que mientras se halla pendiente la decisión de q.^{e} se trata se den ordenes al tribunal especial de Guerra y Marina para q.^{e} continue los procedimientos con respecto a las causas q. hasta ahora se le hayan presentado y de cuia suspension resultarian agravios de mucha consecuencia a las partes interesadas. El infrascripto aprobecha de esta ocasion para renobar al S^{or} de Anduaga la seguridad de su mas alta consideracion.=

Welles Ley.

Es copia conforme.

A P E N D I C E IV

Nota de la primera secretaría de Estado, en relación con la protectoría que sobre los extranjeros ejercen los jefes políticos, Palacio 29 de Marzo de 1838.

Exmo Señor.

El Señor Secret.º del Despacho de la Gobernacion de la Peninsula remitió con Real Orden de 1º de febrero de este año un espediente promovido á consecuencia de ciertas contestaciones entre el Gefe Politico y Capitan General de Valencia, intentando el primero visar y registrar los execuatur de los Consules estrangeros; con cuyo motivo indicaba dicho Señor Ministro que no solo era justa en su concepto la pretension del referido funcionario, sino que corriendo hoy á cargo de los Jefes Politicos todo lo relativo á la seguridad personal y conservación del Orden publico, debían ejercer estos las funciones anexas á la protectoria de estrangeros.

V.E. tuvo á bien resolver lo siguiente:

"Que este asunto es de mas gravedad de lo que parece á primera vista, por que estando anexa á la protección de estrangeros transeuntes el juzgado que se ejerce por la jurisdiccion militar con sus auditores ó asesores y con apelacion al tribunal de guerra y marina, y no teniendo asesores letrados los Gefes políticos; no puede procederse á hacer alteraciones en esta parte de la legislacion sin mas maduro examen, teniendose tambien presentes las estipulaciones de algunos tratados sobre la materia; por estas razones me parece que no se haya novedad por ahora, y que se oiga el dictamen del tribunal de guerra y marina sobre el particular, á cuyo efecto se le comunica con esta fecha la correspondiente Real Orden".

Se ejecutó todo en 14 del citado febrero según minuta que vá adjunta.

En 28 del actual dá su informe el tribunal especial de guerra y marina, refiriendo sucintamente la historia de las leyes que desde 1713 atribuyeron á la jurisdiccion militar el conocimiento privativo de las causas y negocios pertenecientes a estrangeros transeuntes, como tambien el vise y registro de las patentes y execuatur de los consules: pasa enseguida á examinar la cuestion propuesta, y opina que no es politico ni conveniente alterar ahora este punto de legislacion que lleva cerca de siglo y medio de practica constante, y que á los argumentos que se indican en la resolucion de V.E. añade nueva dificultad, el que fundada semejante practica en leyes y tratados solennes, otras leyes y tratados de la misma especie pueden derogarla, y no una disposición aislada: confiesa que debe desaparecer esta jurisdiccion como todas las privilegiadas, pe-

ro q.e el momento oportuno no es ahora, sino cuando publicados los nuevos codigos se fige definitivamente la condicion civil de los estrangeros en España. Indica finalmente, que hasta entonces puede adoptarse desde luego el medio de que se pasen por las Secretarias militares á las Gefaturas politicas listas de los estrangeros transeuntes, de los negocios que con relación á los mismos se ventilen y de los execuatur de Consules que se anoten, con lo cual se llena el objeto del Sr. Ministro de la Gobernacion de la Peninsula.

Nota.

La Sección halla muy prudente y ajustado el anterior dictamen, y cree que por ahora no conviene hacer otra innovacion que la que oportunamente señala el tribunal. En lo que éste se equivoca tal vez, es en suponer que para la abolicion de las conservadurias de estrangeros, sea necesario el asenso de las demas Potencias. En ninguna, si sé exceptúa el Portugal, gozan los españoles tribunales privilegiados; por mera reciprocidad podremos pues hacer lo mismo en España. No obsta que anseaticos ó ingleses, por ejemplo, hayan adquirido originariamente dicho privilegio por causa onerosa, ó en virtud de cierta suma de dinero: tales actos no han sido mas que meras concesiones del Gobierno español á particulares, compañias ó cuerpos mercantiles, sin intervencion directa ó indirecta de los respectivos soberanos.

Opina pues la Sección:

1º que se manifiesten al Sr. Secretario del Despacho de la Gobernacion de la Peninsula las razones que existen para creer inoportuna por ahora la innovacion que pretende, innovacion que será muy util cuando se publiquen los nuevos codigos;

2º ... y se añada que con el objeto de que los Jefes politicos tengan el debido conocimiento de las personas que viven ó están accidentalmente en sus respectivos territorios, se pasa la correspondiente orden al Señor Secretario del Despacho de la Guerra para que prevenga á los juzgados militares competentes formen y remitan á aquellos funcionarios las listas que arriba se han citado.

V.E. resolverá

12 abril /38

A P E N D I C E V

Dictamen del Tribunal Supremo de Justicia dirigido al Regente del Reino acerca de si existe en la actualidad y en caso de existir si debe continuar existiendo el llamado fuero de extranjería, 18 de Octubre de 1841.

El Presidente D. Miguel Ant.º Zumalacarregui, D. Ramon Maria Lleopart, D. Fran.co Vercay Cornejo, D. Alvaro Gomez Becerra, D. Demetrio Ortiz, D. Jose Cecilio de la Roza, D. Antonio Fernandez del Castillo, D. Jose Landero Corchado, D. Juan Argüelles Valdés, D. Greborio Barraycoa, D. Angel Fernandez de los Rios.

Al Regente del Reyno:

El Tribunal Supremo de Justicia ha decidido una competencia, entre el Juzgado militar de la Capitania General de Castilla la nueva, y el ordinario de primera instancia de esta Corte que desempeña D. Manuel Luceño. Versaba la contienda, sobre el conocimiento de un pleito, promovido ante el ultimo, por D.n Francisco Lorano, contra D. Pascual Galindo, vecino de Madrid para que le entregue los Titulos de pertenencia de unas Casas sitas en Cordova. Pero ya pendía en el Juzgado militar otra demanda de D. Miguel Sebastian Vilar, Consul General de España en Trieste, sobre que Lorano, tambien Consul jubilado, le pague el importe de una letra, en garantia de lo cual tenia los citados Títulos, el referido Galindo, apoderado de Vilar.

Al declarar la Sala, segunda de este Tribunal Supremo, que el conocimiento de unos y otros autos corresponde á la jurisdiccion ordinaria, observó que ni siquiera se ponia en duda; que los Españoles, Consules de esta Nacion, en paises estrangeros, gozasen el fuero llamado de estrangeria, y despues, prescindiendo del caso particular decidido, observó tambien, que se supone; en general, como existente el mismo fuero, para que los estrangeros transeuntes disfruten del de guerra. Por eso dispuso que libradas las ordenes, para la egecucion de su providencia, se diese cuenta en Tribunal pleno. Asi se hizo, y pasado el espediente al Ministerio Fiscal, lo devolvió este, con la respuesta del tenor siguiente.

"El Fiscal dice: Que en providencia acordada por el Tribunal pleno en 20 del corriente se ha mandado que los Fiscales espongan si existe en la actualidad el llamado fuero de estrangeria, y en caso de ecsistir, si debe continuar ecsistiendo. El que, subscrive, que desempeña ambas Fiscalias, circunscribiendose á los dos puntos ó preguntas contenidas en la citada providencia dirá: Que la jurisdiccion para conocer de los negocios de los estrangeros comerciantes transeuntes, á virtud del fuero lla

mado de estrangeria, ó sea el de Guerra concedido á los mismos se há egercido siempre en primera instancia ó por los Jueces llamados conservadores de las Naciones estrangeras, ó donde no los habia nombrados, por los Capitanes Generales, ó Comandantes militares con las apelaciones en ambos casos al Consejo de guerra, escepto en los negocios tocantes á Rentas y derechos Reales. Este fuero fué concedido á representacion de los Consules de las Naciones amigas con el objeto de que los naturales de ellas tubiesen á quien recurrir en los negocios ó litigios que les ocurriesen; y en tal concepto subsistiendo el fuero de guerra, y la causa que motivó la concesión del fuero de estrangeria, no parece haber duda que dicho fuero existe en la tualidad. Resuelto afirmativamente el primer punto de los dos, que comprende la providencia del Tribunal, el que, suscribe és de dictamen, que debe continuar existiendo este mismo Fuero, por ser absolutamente necesario, que los Comerciantes transeuntes, que habitan, ván y vienen á estos Reynos tengan un solo Juzgado, en el que puedan instaurar sus demandas y ser tambien reconvenidos, habiendose de decidir sus letigios con arreglo á los Tratados de Paris ajustados entre la Corte de España y las de las otras Naciones amigas".

El Tribunal Supremo, que habia considerado atendibles las observaciones de su sala segunda, há meditado de nuevo, sobre este asunto, y se ha confirmado en la opinion de que ni existe, ni debe existir el fuero de estrangeria, cuyo origen no se puede señalar, sino en una condescendencia estremada ó mas bien en la debilidad del Gobierno, que lo concedio, y que no supo resistir, con dignidad, y firmeza, á las exigencias de los Gabinetes estrangeros, y al influjo, que algunos han agenciado en varias epocas, sobre el Español. A estas circunstancias debe su origen el fuero de estrangeria, puesto que no se le puede señalar un fundamento bastante solido, ni en razones de conveniencia publica, ni en los buenos principios de legislación.

Es ciertamente muy estraño, que los estrangeros gocen en España un privilegio, y una escepcion, que no gozan los Españoles en sus respectivos paises. Los estrangeros transeuntes, todos en general, tienen el fuero de guerra, sin distincion entre el francés, y el chino, el ingles, y el arabe. Esta misma generalidad prueba, que no es en virtud de tratados especiales con otras Potencias, pues entonces no comprenderia á los subditos de aquellas, con las cuales no se hubiesen celebrado, ni aun hubiese terminos habiles para celebrarlos, por ser ningunas, o muy debiles sus relaciones con nosotros.

Nada más natural, por otra parte, ni más conforme á la justicia y a la razon, que la perfecta reciprocidad en el caso en que una convencion esplicita, ó implicita ó undropositivo, ó no escrito hubiese servido de fundamento para el privilegio; pero no hay tal reciprocidad, y esto se dijo expresamente en la Real Cedula de 24 de Octubre de 1782 que forma la ley 8ª titulo 36 libro 12 de la Novisima Recopilacion. Segun ella quedó abolido el fuero de estrangeria en lo criminal, y no lo habria hecho por si solo el Gobierno Español, si hubiera estado comprometido, con otras Naciones, por algun tratado vigente.

Insostenible, como destituido de fundamento el fuero de estrangeria, no está además bien deslindado, y es gravoso y perjudicial á los naturales de estos Reynos. A pesar de la ley, que se acaba de citar, los Tribunales militares se hán apropiado, muchas veces, el conocimiento de causas criminales, contra estrangeros, y han formado competencias reclamandolo. En los negocios civiles, apenas se les há disputado, y cuando este privilegio és tan monstruoso, y exorbitante, claro és que debe producir males, y no bienes. Monstruoso, y exorbitante lo denomina el Tribunal Supremo, por que ha visto en la Real orden de 1.º de Diciembre de 1761, dirigida al Gobernador de Cadiz, que el fuero de los estrangeros era activo, y pasivo, y que ya fueren actores, ya reos, debia conocer aquella autoridad militar. ¿Como no perjudicaria altamente á los Españoles, obligandolos á ir a larga distancia, cuando tubiesen que demandar, y á perder el fuero natural de su domicilio, cuando fuesen demandados?.

Consultense ahora los buenos principios de legislación, los reconocidos por tales en todos tiempos, los admitidos por todas las Naciones cultas, y se hallará, que fueron hollados y desatendidos al conceder el fuero, llamado de estrangeria. Otros privilegiados han existido, y aun existen, pero hán mediado para ello consideraciones de utilidad y de conveniencia publica mas ó menos eficaces. No es este el caso del fuero de estrangeria, ni hay razon alguna, para que dispensemos á los estrangeros un favor, que nos daña, y que no és correspondido. Consultese nuestra ley fundamental tanto en su espiritu, cuanto en sus palabras. Un solo fuero, que por general, sera ordinario, debe haber para todos los Españoles, en los juicios comunes civiles, y criminales, dice el articulo 4º de la Constitucion. ¿Se deberá dar á los estrangeros, lo que con tanta justicia, y sabiduria se quita á los Nacionales?

No parece necesario ocupar, por más tiempo, la atencion del Gobierno, para demostrar una verdad, que no

puede ocultarse á su ilustrada penetracion y que consagra la opinion comun. Si existiera el fuero de estrangerias, deberia ser abolido, y el Gobierno estaria en el caso de proponer su derogacion, en obsequio del bien publico, pero el fuero de estrangeria no existe, y seria inutil una nueva ley, que lo declarase asi. Fuerza de tal tiene el Titulo 5º de la Constitucion de 1812. En él están comprendidos los articulos 248 y 250. El primero establece, que en los negocios comunes civiles, y criminales no habra más que un solo fuero, para toda clase de personas: el segundo hace una escepcion en favor de los militares.

Nótense bien los terminos, en que está concebido este articulo. Los militares gozarán tambien de fuero particular. "Los militares dice, y no usa de otra espresion, que pueda comprender á personas de otra clase, que en aquel tiempo gozaban del fuero de guerra. Se limita, pues, la escepcion, que como tal siempre debe entenderse estrictamente, á los individuos, que tengan la cualidad de militares. Pasa adelante el articulo, y añade, en los terminos que previene la ordenanza, ó en adelante previniere", y en la ordenanza, ni antes, ni despues se ha prevenido cosa alguna, acerca de que gocen del fuero militar los estrangeros transeuntes. No están de consiguiente, colocados en la escepcion, y quedando sugetos á la regla general, su fuero privilegiado há desaparecido.

La Constitucion promulgada en 18 de Junio de 1837 habia consignado la misma regla en su articulo 4º como ya se ha dicho; pero no de modo, que obligase de presente. Su precepto és, que en los Codigos, no se estableciese más que un solo fuero, y asi se complirá cuando se formen los Codigos; más no hay aqui un obstaculo para que el fuero unico se sancionase antes, como un mandato positibo, y expreso. Esto es lo que decretaron las Cortes, y sancionó la Corona, en la ley de 16 de Setiembre del mismo año. Se declararon, por ella, subsistentes, en todo su vigor, como leyes, hasta que las que se dieren determinen otra cosa, todas las disposiciones contenidas en el titulo 5º de la Constitucion de 1812, que no hubiesen sido derogadas, ó modificadas, por la Constitucion de 1837. Si todas las disposiciones contenidas en el Titulo 5º, entre ellas se cuentan los citados articulos 248 y 250, y no es menos cierto, que por la letra de la Constitucion de 1837, no fueron derogadas, ni modificadas estas disposiciones. Menos lo fueron por su espiritu, y su sistema, cuando adoptó, y consignó el mismo principio. Asi, segun el modo de pensar del Tribunal Supremo, está ya legalmente establecido, y solo falta que el Poder egecutivo adopte las medidas necesarias, para que tenga efecto. Aqui

está indicado el objeto de esta consulta, contraido al fuero de estrangeria, pero que el Gobierno puede ampliar como estime conveniente, desempeñando su atribucion de hacer egecutar las leyes.

Ya se há visto, que tienen fuerza de tal los articulos 248 y 250 de la Constitucion de 1812. Subsisten estos articulos en todo su vigor, como leyes, segun la citada de 16 de Setiembre. Fuerza és que tengan observancia, y exacto cumplimiento. El Tribunal Supremo ha visto, que no se observan, ni cumplen, con respecto al fuero de estrangeria, y no halla ninguna razon, ni de conveniencia, ni de circunstancias, que pueda hacer disimulable esta falta. Observa, al contrario, que causa perjuicios á los Españoles interesados en contiendas con los estrangeros transeuntes; que embaraza á los Tribunales con disputas, y competencias; y que se debe aplicar el remedio oportuno, con toda la brevedad, que reclaman el interes publico, y la buena y recta administracion de justicia.

Por ello es de parecer el Tribunal Supremo, que se circulen, sin tardanza, las ordenes oportunas, por los Ministerios de la Guerra y de Gracia y Justicia, para que los Juzgados, y Tribunales militares, se abstengan de conocer de los negocios de los estrangeros transeuntes, y remitan todos los que tengan pendientes, á los respectivos juzgados ordinarios, ó ....

A P E N D I C E VI

Informe del Ministerio de la Guerra sobre la supresión del fuero de extranjería de 29 de Septiembre de 1842.

Escmo. Señor.

He dado cuenta al Regente del Reino de la comunicacion de V.E. de 7 del actual en la cual se servia incluir la que en 18 del mes anterior los habia dirigido el Ministro de Estado, relativa á la supresion del fuero de Estrangeria; y enterado dit., por las indicaciones que en esta comunicacion se hacen, de que las principales razones que para fundar la necesidad de dicha supresion se hán tenido presentes ál parecer; son que és incompatible la existencia de dicho fuero con la constitucion politica de la Monarquia; y que falta la reciprocidad por parte de los Gobiernos estrangeros respecto á los naturales españoles, se ha dignado resolver se haga presente á V.E. Que aun cuando és de suponer que el Tribunal supremo de justicia en su consulta haya tenido presentes las graves dificultades que este asunto ofrece, sin embargo la sola observacion ó duda de si és ó no compatible con la Constitucion el fuero de estrangeria, dá á entender que se há mirado la cuestion de un modo estraño y que se há sacado del terreno de que no debe salir si la resolucion que recaiga há de sér acertada y justa. = El fuero de estrangeria, és decir el que los estrangeros tengan un juez conservador que entienda de los negocios cuyo conocimiento le está cometido, se concedio solamente á los transeuntes, y no á los domiciliados en España; estos si hán obtenido casta de naturaleza ó si hán ganado vanidad en algun pueblo conforme á las leyes, són españoles que gozan de los derechos politicos y civiles y están sugetos á las cargas y obligaciones que á los nacidos en España impone la ley fundamental. Pero los transeuntes no són Españoles; no habla de ellos el primer titulo de la Constitucion, y no puede tener aplicacion la disposicion del articulo 4º porque terminantemente dice "que no se establecerá mas que un solo fuero para todos los Españoles". Por lo tanto parece que no puede acertadamente suscitarse la cuestion de incompatibilidad del fuero de estrangeria con la constitucion; y descartada esta cuestion estraña quedará reducida á los terminos en que debe presentarse; á saber, el origen de este fuero; su estado en el dia, y si los Españoles tienen en los Reinos estraños igual ó semejante privilegio, y en el caso de que no gocen de él, si fuese por esta razon la España deroga el fuero de la estrangeria, y si bastará para ello una ley ó serán necesarios otros siguientes.= Sobre el origen de este fuero yá nos dice bastante la comunicacion de Estado: en el siglo diez y ocho asegura que formó parte de los tratados que se celebraron con la Inglaterra y otras potencias, y asi es en efecto en el tratado de Utrech, se estipuló que gozasen los Ingleses, Franceses, Portugueses, los Suecos, los subditos de los Duques de Sa-

boya, Parma y Toscana; los de las Republicas de Genova y Venecia, y los de la Ciudad libre Dantzik (que todas se adhirieron ál tratado de paz y comercio) del privilegio de tener jueces conservadores. Desde entonces este és un punto de derecho internacional y los estrangeros hán gozado de dicho fuero sin interrupcion alguna teniendo muy buen cuidado de reclamar al menor amago de infraccion que les há parecido se intentaba. Quiere decir que el fuero de estrangeria existe de hecho y de desecho. Dícese en la comunicacion de Estado que los Españoles no hallaron en lo general reciprocidad; y dando por sentado que asi sea, suponiendo que la causa haya sido la indole particular de la legislacion de aquellos paises, y no el descuido de nuestros naturales ó de los agentes del gobierno ¿sera este motivo que autorice ál gobierno español para derogar por una ley lo que trae origen de un tratado? No parece que pueda resolverse afirmativamente; porque aun cuando no quieran considerarse los tratados de Potencia á Potencia unas que como un tratado vilateral, y haciendo aplicacion de la doctrina relativa á los contratos celebrados entre particulares, dudoso seria que una de las partes pudiera rescindir por si el contrato, bajo el pretesto de que la otra no cumplía sus condiciones. A lo sumo sería esta falta de cumplimiento motibo para pretender su rescision, y otra persona mas elevada, un Magistrado decidiría despues de oir á los dos contrayentes y pesar las razones que uno y otro alegasen. Pues si esto és evidente, si el obrar de otro modo seria injusto; mucho mas lo seria el anular tratados tán antiguos bajo pretestos tan fribolos cuando está tan á la mano el remedio de reclamar esa reciprocidad que acaso por inercia habremos perdido. Pero sobre todo; lo que parece contrario ál derecho de gentes, es el que una ley del Gobierno Español obligase á los estrangeros; porque las leyes no son mas que para los subditos de la relacion que las promulga: á ellos mandan, y á ellos solos imponen preceptos. Lo natural, lo justo, lo conforme á los buenos principios, es que si el origen del fuero de estrangeria viene de tratados celebrados con otras Potencias, por medios de otros tratados haya de suprimirse: que se pasen las notas convenientes, que se oiga á los Gobiernos cuyos subditos gozan de este privilegio en España; acaso de este modo se alcancen concesiones beneficiosas para los Españoles y reportemos alguna utilidad en vez de que obrando del modo que se propone, pudieramos acarrearnos grandes compromisos complicando mas nuestra situacion politica y enagenando la voluntad de las pocas Naciones que hoy són amigas.

De órden de S.A. lo digo á V.S. para su conocimiento y efectos consiguientes. Dios guarde a V.E. muchos años...

29 de Septiembre de 1842.

Sr. Ministro de Gracia y Justicia.

A P E N D I C E VII

Informe del Tribunal Supremo de Guerra y Marina sobre el fuero de extranjería, Madrid 8 de Febrero de 1845.

Tribunal Supremo de Guerra y Marina.

Ecsmo Señor.= Con Real orden de 12 de Abril del año pasado de 1838 se dijo por el antecesor de V.E. en ese Ministerio, al Presidente de este Supremo Tribunal, á la sazon especial de Guerra y Marina lo siguiente.= Ecmo. Sor.= Adjuntas remito á V.E. seis copias, tres de ellas, numeros 1, 3 y 5 lo son de las notas que me ha dirigido el S.r Ministro de S.M.B. en esta Corte, con motivo de lo ocurrido en Bilbao entre el Consul inglés Mr. Clark y el comerciante de aquella plaza llamado Ibarra, siendo las otras tres, numeros 2, 4 y 6, de mis contestaciones sobre el mismo asunto al referido S.r Ministro Británico. Pretendiendo este suscitar dudas sobre si corresponde al Tribunal ordinario ó al fuero militar, el conocer del indicado negocio desde que habia tomado ó iba á tomar el caracter judicial, ó en otros terminos si el fuero militar de estrangeria es ó puede ser activo y pasivo en algunos casos; se ha servido resolver S.M. que ese Tribunal superior que V.E. preside conteste con la mayor posible brevedad á este Ministerio de mi cargo sobre los puntos ó cuestiones legales siguientes.= 1º. El Privilegio de fuero militar que por Reales Cedulas esta concedido á los estrangeros en España, se estiende segun nuestra Legislacion actual á los casos, en que un Consul, u otro subdito estrangero tiene que intentar accion criminal contra un súbdito Español por amenazas ó injurias verbales (más o menos graves) que crea haberse hecho á su persona, ya como particular ó ya como Consul de su Nacion= 2º. Tiene derecho el subdito Español si el Consul ó súbdito estrangero intenta demandarle ante la jurisdiccion militar criminalmente por razon de injurias verbales; ó amenazas á solicitar que esta se inhiba del conocimiento de la causa, y sostener que la demanda se debe entablar ante la jurisdiccion ordinaria ó sea antes los juejes naturales del acusado?= 3º. En la hipotesis de que se alegue que las injurias verbales ó amenazas hechas á un individuo ó comerciante estrangero que era al mismo tiempo Consul de su nacion, lo hayan sido en su calidad de Consul, puede esta circunstancia influir para que la jurisdiccion militar conozca de la causa que se forme al súbdito español, aunque por lo demás no estuviese este sujeto á dicha jurisdicion?= 4ª. Si se alegase que las injurias verbales ó amenazas hechas á dicho estrangero que reunia la calidad de Cónsul, lo fueran en el ejercicio de sus funciones Consulares; en que terminos y en que estado de la causa corresponderá que el Ministerio Fiscal tome conocimiento del negocio para apoyar la acusacion si aparecia haber merito para ello?.= Lo que de Real orden comunico á V.E. para su inteligencia y efectos consiguientes en ese Superior tribunal= Publicada

en el Tribunal la preinserta Real orden acordó pasase á los Fiscales con urgencia para que sobre el contenido de ella emitiesen su informe. En tanto se recibió en 19 de Mayo siguiente otra Real orden espedida tambien por ese Ministerio, cuyo tenor y letra es como sigue= Exmo Sor= Hasta que se arregla por medio de una ley la materia de fuerzas privilegiados, y mientras subsisten las disposiciones vigentes, sobre el fuero de estrangeria, conviene se impida la demasiada estension que en ocasiones se pretende darles y para proceder con el debido y esacto conocimiento, no solo de lo determinado por las leyes actuales y por los tratados, sino de la practica establecida sobre la materia en los Tribunales, quiere S.M. que informe el especial de Guerra y Marina á este Ministerio de mi cargo, sobre los puntos siguientes. 1º= ¿El fuero de estrangeria es comun á todos los estrangeros ecsistentes en España por disposiciones legales aunque no este esplicitamente estipulado en los tratados con algunas potencias?= 2º. Son los Capitanes G.es ó los Gobernadores de las plazas maritimas las que ejercen la jurisdiccion en las causas de estrangeros?. 3º= En los pueblos del interior y en la Corte está en practica el fuero de estrangeria?= 4º Quien ejerce esta jurisdicion en los pueblos donde no hay Tribunales Militares? La ejercen las justicias ordinarias en 1ª instancia con apelacion al tribunal especial de Guerra y Marina, ó van las apelaciones a la Audiencia territorial respectiva?= 5º El fuero de la estrangeria es civil y criminal ó tiene algunas limitaciones por ley ó por practica en los pleitos civiles y en algunas causas criminales= 6º= Es uniforme la práctica en las diferentes provincias sobre el fuero de estrangeria ó se les ha dado en algunas mas estension que en otras?= 7º. Cuales son las leyes que se deben considerar vigentes mientras no se derogasen ó deformen sobre esta materia y en que se ha derivado de su tenor la practica ó costumbre que haya podido introducirse?= Lo que de Real orden comunico á V.E. para los efectos correspondientes en el Tribunal especial que preside?= Publicada tambien en el Tribunal esta otra preinserta Real orden relativa á varios puntos concernientes al fuero de estrangeria, acordó pasase con urgencia á sus fiscales, á fin de que instruido el espediente de un modo conveniente pudiera dar cumplimiento á lo prevenido en la referida resolucion con todo el acierto que deseaba; disponiendo al propio tiempo que asi se significase á ese Ministerio para su conocimiento, como se practicó en acordada de 21 del antedicho mes de Mayo.= Dada censura por las finales en el espediente promovido por la Real orden de 12 de Abril, acordó el Tribunal se esperase á que los mismos devolviesen tambien con su dictamen el otro de nuevas preguntas hechas por ese Minis

terio sobre los juzgados de estrangeros, habiendolo asi practicado se unieron ambos espedientes y pasaron á una comision especial de Ministros del Tribunal nombrada para esponer en la materia cuanto estimaba oportuno= En tal estado habiendo sido varias y frecuentes las variaciones ocurridas en el tribunal, no menos que en el de sus fiscales, sufrió este negocio el retardo que era consiguiente, hasta que tomado en consideracion nuevamente en 23 de Abril de 1812 el propio Tribunal conforme con lo espuesto por su fiscal Togado en 15 de junio de 1838 juzgó oportuno se pidiese á los Capitanes Generales de los distritos militares, Gobernadores a plazas y Comandantes Generales de los Departamentos y provincias maritimas el informe correspondiente sobre cada uno de los puntos que se le habian consultado para con estos datos poder formar un espediente general que satisfaciera de un modo cumplido en asunto de tanta trascendencia comunicado en consecuencia por medio de una circular dirigida á las autoridades que podian suministrar datos en la materia, el precedente acuerdo, transcurrió todo el año 1843 sin haber logrado reunir mas que una parte de los informes pedidos, lo cual observado por el Tribunal dispuso se hiciese un recuerdo de cumplimiento de un acuerdo, de cuyas resultas habiendo venido algunos mas informes, acordó que sin perjuicio o repetir el recuerdo á las pocas autoridades que aun no habian llenado los deseos del Tribunal interim la verificasen volviese el espediente con todos los datos á la sazon unidos á los Fiscales, en cuya vista el Togado en censura de 20 de Diciembre del año procsimo pasado y el militar en la suya de 21 de Enero último, espusieron lo siguiente= El Fiscal Togado dice: que por Real de orden de 12 de Abril de 1838 comunicada por el S.r Ministro de Estado se previno al Tribunal que contestase sobre cuatro cuestiones legales relativas al fuero de estrangeria, contenidas en la misma y sobre las cuales emitieron su dictamen los Fiscales en 12 y 19 de Mayo siguiente: mas habiendose comunicado con esta última fecha por el mismo Sr. Ministro de Estado otra Real orden previniendo al Tribunal que para proceder con el debido y esactò conocimiento, no solo de lo determinado por las leyes y tratados actuales, sino de la practica establecida sobre el fuero de estrangeria informase sobre los siete puntos que espresa, acordó el Tribunal instruido el oportuno espediente y de conformidad con lo espuesto por el S.r Fiscal Togado mandó en 28 de Abril de 1842 que se pudiese el oportuno informe sobre cada uno de los puntos consultados á los Capitanes Generales de los distritos, Gobernadores de las plazas, maritimas y Comandantes Generales de las provincias y Departamentos de Marina, y aunque faltan algunos que evacuar se ha dado vista al que suscribe y en cumplimiento del

Decreto de V.A. emitirá su opinion con desconfianza del acierto en materia tan complicada y vasta, que abraza en las once preguntas todas las disposiciones dictadas por las leyes, las estipuladas en los tratados y la practica observada por los Tribunales para su ejecucion= Cuestiones que comprende la Real orden de 12 de Abril de 1838= Primera= El privilegio del fuero militar que por Reales Cedulas esta concedido á los estrangeros en España, se estiende segun nuestra legislacion actual á los casos en que un Consul ú otro súbdito estrangero tiene que intentar hacia un criminal contra un subdito español por amenazas ó injurias verbales, mas ó menos graves, que crea haberse hecho á su persona, ya como particular, ó ya como Consul de la Nacion = Esta cuestion supone otras dos muy importantes, una relativa á la naturaleza y estension del fuero de estrangeria y otra acerca de la verdadera representacion ó caracter de los Cónsules. El Fiscal ha creido oportuno subdividirse y analizarlas con la conveniente estension ya por ecsigirlo asi su gravedad, como por que los principios que desembolbera en su ecsamen, habia de servir de vase para contestar á otras cuestiones análogas a ésta misma, ó que con ella tienen íntimo enlace ó conecsion. Entre las disposiciones legislativas y tratados referentes al fuero y franquicias de los estrangeros transeuntes, que el Fiscal ha podido adquirir, los concernientes á los subditos ingleses son los mas esplicitos y los que han servido de norma para lo pactado en otras potencias= Tratados y disposiciones relativas á Inglaterra= En el año de 1645 los ingleses residentes en varios pueblos de Andalucia ofrecieron para las urgencias de la Guerra un donativo de mil quinientos ducados de plata, y por Reales cedulas de 19 de Marzo y 26 de Junio del mismo año se les concedió un juez conservador con facultad privativa para conocer en todas las causas asi civiles como criminales en que fuesen reos demandados ó se intentaren contra ellos= Un privilegio tan estraordinario como depresivo de los derechos legales de los subditos espapoles, halló dificultades insuperables en la Audiencia de Sevilla, en la que se presentaron para su ejecucion y fué preciso reducirle á sus justos limites á peticion de los mismos subditos ingleses. Por eso la Real cedula de 9 de Noviembre del referido año de 1645 declaró que el juez conservador debia entender en los pleitos y causas asi civiles como criminales, que se promoverán entre los mismos ingleses, pero que siendo con españoles ú otras personas de naciones distintas, conociera solamente en las causas en que fueran civil o criminalmente reos demandados, y no cuando fuesen autores demandantes. Estas Reales cedulas fueron comprendidas en el tratado de 23 de Mayo de 1667 celebrado entre las coronas de España y de la Gran Bretaña y confirma-

das por el articulo 1º del que se ajustó en 3 de Diciembre de 713 en el congreso de Utrech, para cuya observancia se insertan, y ratificadas por el articulo 5º del tratado esplanatorio de 14 de Diciembre de 715; sin otra diferencia que la de haberse convenido por el articulo 15 que las apelaciones que segun las cedulas y tratado de 1667 se admitian para el consejo fuesen en adelante para el Tribunal del Consejo de Guerra de Madrid, y no á otra parte. En cinco de Octubre de 1750 se celebró otro tratado y por el articulo 7º se confirmaron los derechos franquicias y esenciones contenidas en el de 1667. Este, el de Octubre de 1713 y el esplanatorio de 1715 se renovaron y confirmaron por el articulo 2º del de 3 de Setiembre de 1783, y ultimamente por el tratado de 5 de Julio de 814 y articulo adicionales de 28 de Agosto siguiente, se restablecieron las relaciones comerciales bajo las mismas condiciones que ecsistian antes del año 1796, ratificando y confirmando todos los tratados de comercio, que en aquella epoca subsistian entre las dos Naciones= Francia= Por el articulo 12 del primer pacto de familia entre las coronas de España y Francia de 7 de Noviembre de 1733 se estipuló que los súbditos de una y otra potencia fuesen tratados de la misma forma y manera que la nacion mas favorecida y privilegiada en todo lo relativo á la navegacion al comercio y á todos los derechos, ventajas y privilegios; y por el articulo 1º de la convencion celebrada en 2 de Enero de 1768 para esplicar el articulo 21 del pacto de familia de 15 de Agosto de 1761 se renovaron los de 1667, 1713 y 1715 celebrados con la Inglaterra haciendolos estensivos a los subditos franceses= Portugal= Por el tratado de Agrùigran de 13 de Febrero de 1668, celebrado entre España y Portugal, se declaró que los Portugueses gozarían en España de las esenciones y privilegios civiles y comerciales que correspondian á los subditos de Inglaterra por los tratados de 1663 y 1667. Este tratado se confirmo por el articulo 13 del ajustado en Utrech en 6 de Febrero de 1715, estipulandose ademas por el articulo 17 que S.M., Cª comedía á la nacion Portuguesa y esta á la Española todos los privilegios, libertades y esenciones comedidas y que se comediesen en adelante á la nacion mas favorecida y privilegiada q. por los de 10 de Febrero de 1763 y 24 de Marzo de 1768 se renovaron los anteriores, repitiendose que los Portugueses gozasen de los privilegios comedidos á los Ingleses por los de 1667 y 1713= Austria= Por el articulo 30 del tratado de comercio y navegacion entre España y Alemania concluido en Viena en 10 de Mayo de 1725, se estipuló, que por lo que tocaba á los jueces conservadores que en los antecedentes reinados tenian facultad de juzgar y conocer privativamente sobre todas las causas, asi civiles como criminales de los subditos de las nacio-

nes mas favorecidas, si en adelante á cualquiera de estas se concediese este privilegio, deberia entenderse igualmente comedido á los subditos de S.M. Cesárea, declarandose en el articulo 47 que lo estipulado en favor de la nacion Británica en los tratados de 23 de Mayo de 1667, 18 de Julio de 1670 y en los de Utrech de 1713 se tuviese por especialmente espresos e insertos en este tratado= Paises Bajos= Por el articulo 17 del tratado entre la España y los estados de las provincias Unidas, celebrado en Utrech en 26 de Junio de 1714; se estipulo que los subditos de esta potencia gozasen sin escepcion ni reserva alguna de los mismos privilegios esenciones, inmunidades y seguridades de que habian gozado antes y gozaban las naciones mas favorecidas y que las comedidas y que se comediesen á los subditos del Rey de Francia, Reyna de la Gran Bretaña ó de cualquiera otro Reyno les fuesen comedidos igualmente= Cerdeña= Por el articulo 10 del tratado concluido entre los Reyes de España y Cerdeña se convino, que los subditos de los dos Estados gozasen de los mismos privilegios que la nacion mas amiga.= Dinamarca= Por los convenios entre España y Dinamarca de 1º de Mayo de 1792 y 14 de Agosto de 1814 se restablecieron las relaciones al pie en que estaban las naciones mas favorecidas, y en los anteriores tratados y señaladamente los de 1757 y 1767= Rusia= Por el tratado celebrado en Paris en 4 deOctubre de 1801 entre España y Rusia se estipuló que los súbditos de las dos naciones fuesen consideradas como los de las mas favorecidas= Napoles= Por los articulos 4º y 5º del tratado celebrado en 5 de Agosto de 1817 entre las Cortes de España y Napoles para abolir y compensar los privilegios que gozaban el comercio y navegacion española en este Reyno se estipulo que los Españoles fuesen tratados bajo el mismo pie que las naciones mas favorecidas con respecto á las propiedades y personas, fijandose los privilegios personales que habian de gozar afianzandose sus propiedades y seguridad personal en los mismos terminos que sus propios subditos y los forasteros pertenecientes á las naciones mas favorecidas y privilegiadas= El fiscal ha creido deber omitir el ecsamen de lo dispuesto en los tratados celebrados con los Gobiernos de Marruecos y Turquia, ya por ser menos frecuentes los casos en que puedan tener aplicacion las disposiciones establecidas en ellos, ya tambien porque los privilegios ó derechos personales que se conceden á los subditos de estas dos potencias si se paran mucho de los concedidos á los de las demas de Europa.= Aunque el principal objeto de los tratados con las diferentes potencias de que se ha hecho mencion, ha sido el de afianzar las relaciones comerciales reciprocas con mas ó menos estension y ventajas, en tenor espreso no permite dudar, que se garantizaron por ellos los privilegios,

inmunidades y obligaciones de los respectivos subditos y entre ellos el fuero civil y criminal en sus causas y negocios= Nuestras leyes basadas en la fuerza legislativa de estas estipulaciones solemnes, han ratificado y confirmado el fuero especial civil y criminal de los estrangeros limitandose á designar los Jueces y Tribunales que habian de conocer en las causas y negocios. En el año de 1716 se crearon con este objeto jueces conservadores, indicados ya en algunos tratados y cedulas y para obviar las dudas que se habian suscitado y pudiesen ocurrir en lo sucesivo sobre su jurisdiccion por Real Cedula de 7 de Julio de 1727 (Ley 5ª tit.º 11). Libro 6º de la novisiva recopilacion comunicada por el consejo de la Guerra, se les autorizó para conocer privativamente de todas las causas que se hubiesen movido ó moviesen entre los puramente comerciantes transeuntes, y en las que estos fuesen reos convenidos por otro cualquiera nacional ó subdito español, con inhibicion de todo otro Juez Tribunal, con las apelaciones para el Consejo de Guerra. Los jueces conservadores continuaron ejerciendo sus funciones hasta que por Real orden de 26 de Agosto de 1758, confirmada por las de 16 de Diciembre de 1761, 15 de Setiembre de 1775 y 15 de Mayo de 1781 se cometió á los Gobernadores en calidad de jueces militares el conocimiento en 1ª instancia de todas las causas de estrangeros transeuntes, ya intervengan en ellas como autores o reos y en segunda al Consejo de la Guerra conforme en lo capitulado en los tratados de paces especialmente en el de Utrech= Los Consules son unos meros agentes establecidos en plazas ó puestos de Comercio para velar sobre la conservacion de los derechos o privilegios de su nacion, en conformidad á lo estipulado en los tratados y á la convencion celebrada en 13 de Marzo de 1769 entre el Rey de Francia y el de España para arreglar el servicio de estos funcionarios. Nuestra legislacion no los reconoce bajo otra investidura. Por Real orden de 7 de Febrero de 1757 se declaró espresamente que los consules son meros agentes y protectores de las personas de su nacion para solicitar que se les haga justicia. Por el Reglamento de 1º de Febrero de 1765 (Ley 6ª tit 11, lib. 6º de la novisima Recopilacion) se repitió esto mismo, igual declaracion se dictó en 7 de Diciembre de 1787 y en terminos mas claros y precisos por la Real orden de 8 de Mayo de 1827. Sus casas segun la Real cedula citada de 1765 no gozan de inmunidad no pueden tener en parte publica las insignias de las armas del principe o Estado que los nombre, pudiendo solo en sus torres ó azoteas o én otros parages poner señal que manifieste á los de su nacion cual es la casa del Consul, todo lo cual prueba que no tienen caracter alguno diplomático. Ademas siendo la administracion de estos empleados un acto voluntario de parte de los sobera-

nos, la estension ó limites de su consideracion, privilegios y facultades de arreglar ó por el exequatur regio, ó sea por la Real cedula que se les espide á la presentacion de sus patentes, sin la cual no pueden entrar en el ejercicio de sus funciones o por tratados espresos, fundados en el principio de reciprocidad, y asi es que les está prohibido todo acto jurisdiccional por las Reales ordenes y cedulas de 7 de Febrero de 1765, 7 de Diciembre de 1787, 20 de Noviembre de 1805 y señaladamente por la de 18 de Mayo de 1827= Supuestos estos antecedentes, siendo el fuero militar concedidos á los estrangeros puramente pasivos segun los tratados y legislacion vigente y como este es el unico que está declarado á los Consules por la ley 6ª tit.º 11 libro 6º de la Mº Recopilacion, no puede estenderse al caso en que un Consul ó subdito estrangero tenga que intentar accion criminal contra un subdito español por amenazas ó injurias mas ó menos graves que haya recibido, ya como particular ó como Consul, porque equivaldria dispensarles el privilegio de fuero activo, y como este lleva consigo el derecho de sujetar al suyo especial á todos los que demandasen civil ó criminalmente: seria lo mismo que despojar á todos los españoles del que les corresponde segun las leyes, para no ser reconvenidos, ni juzgados por el Tribunal competente designado por las mismas.= Segunda= ¿Tiene derecho el subdito español si el Consul ó súbdito estrangero intenta demandarle ante la jurisdicion militar criminalmente por razon de injurias verbales ó amenazas, á solicitar que esta se inhiba del conocimiento de la causa y sostener que la demanda se debe entablar ante la jurisdiccion ordinaria ó sea ante los jueces naturales del acusado= Los principios sentados en la contestacion á la primera cuestion con los mismos que debian servir de guia para responder á la segunda. No gozandolos estrangeros de otro fuero militar que el puramente pasivo, y siendo un principio inconcuso demuestra legislacion, que el actor ha de seguir el fuero del reo incuestionable, que el subdito español demandado criminalmente por un Consul u otro cualquiera estrangero tiene espedita su accion ante la jurisdiccion ordinaria la inhibicion dèl Juez militar que haya tomado conocimiento de la demanda ó que sea entablada por el estrangero= Tercera= ¿En la hipotesis de que se alegue que las injurias verbales ó amenazas hechas a un individuo ó comerciante estrangero, que sea al mismo tiempo Consul de su Nacion lo hayan sido en su calidad de Consul, puede esta circunstancia influir para que la jurisdiccion militar conozca de la causa que se forme al subdito español, aunque por lo demás no estuviese este sujeto á dicha jurisdiccion?= Los Consules en razon de su empleo tienen derecho á una proteccion mas especial del Gobierno, sin la cual no podrian desempeñar sus particulares

funciones con la libertad e independencia correspondientes; pero la consideracion que en este concepto se les dispensa no altera su esencial caracter demerosa gentes comerciales y de consiguiente contenido derecho como tales, mas que al goze del fuero militar comun á los estrangeros restantes; es evidente que esta circunstancia no puede influir para establecer una escepcion de la regla general de que el actor ha de seguir el fuero del reo, y sacar al subdito español de la dependencia y jurisdiccion de sus fueros naturales y someterle á la militar, si esta no fuese la suya competente. Sin embargo no es posible prescindir de que puede haber casos en que las injurias ó amenazas sean de tal naturaleza que se califiquen de insulto grave hecho á la nacion á que el Consul corresponde, mas este caso estraordinario, si bien agravaria la ofensa, no puede alterar el principio consignado en la legislacion; y el reo de tal atentado deberia ser castigado por sus jueces naturales conforme á las leyes sin que esto no obstase para que se diese la satisfacción conveniente, si se intentase con este objeto alguna reclamacion diplomatica.= Cuarta= ¿Si se alegase que las injurias verbales ó amenazas hechas á dicho estrangero que recurria la calidad de Consul lo fuesen en el ejercicio de sus funciones Consulares, en que terminos y en que estado de la causa corespondera que el Ministerio Fiscal tome conocimiento del negocio para apoyar la accion si aparecia haber merito para ello?= Si las injurias verbales fuesen de poca trascendencia y el Consul se muestra parte, debera como actor continuar la accion, sin que el Ministerio fiscal tenga necesidad de intervenir en la querella, mas si fuesen tan graves, que puedan calificarse de un insulto hecho á la nacion que sirve, en tal caso constituirian un delito publico, que deberia perseguirse de oficio, y el Ministerio Fiscal deberia intervenir desde el principio de la causa, aun cuando el Consul se presentara como acusador ó querellante= Cuestiones contenidas en la 2ª Real orden de 19 de Mayo de 1838= Primera= ¿El fuero de estrangeria es comun á todos los estrangeros ecsistentes en españa por disposiciones legales, aunque no este esplicitamente estipulado en los tratados con alguna potencia?= La serie de tratados de que se ha hecho mencion comprende a casi todas las potencias de Europa, y si hubiese alguna con quien no se hayan celebrado no siendo como se ha indicado anteriormente, los derechos civiles de los estrangeros consignados en los tratados mas que una esplicacion y aplicacion de las reglas emanadas del derecho de gentes, parece que la falta de tratados no puede influir para que los subditos de las potencias que se hallen en estecaso, dejen de gozar del fuero comedido á los demas estrangeros, con quienes han mediado estipulaciones espresadas mayormen

te cuando el fuero como puramente personal no da derecho á los demas privilegios franquicias y esenciones estipuladas esplicitamente en los tratados de comercio= Segundo= ¿Son los Capitanes Generales ó Gobernadores de las plazas maritimas los que ejercen la jurisdiccion en las causas de estrangeros?= Por Real orden de 26 de Agosto de 1758 se resolvio, que en las causas en que intervengan estrangeros transeuntes como interesados conozcan los Gobernadores en calidad de jueces militares en 1ª instancia con las apelaciones al Consejo de Guerra. Esta real resolucion en la parte relativa á la jurisdiccion privativa de los Gobernadores fué confirmada por Real Decreto de 21 de Diciembre de 1759 y Reales ordenes de 21 de Mayo de 1760, 1º de Diciembre de 1761, 19 del mismo mes de 1772, 15 de Setiembre de 1775, y 15 de Mayo de 1781 espedidos a consecuencia de haber pretendido conocer en ellas los Capitanes Generales de Andalucia y Galicia= Con arreglo a las Reales disposiciones citadas, los Gobernadores militares los que ejercen la jurisdicion en las causas de estrangeros con independencia de los Capitanes Generales, y estos Gefes conocerán en ellas en los parages en que no haya Gobernadores= Tercera= ¿En los pueblos del interior y en la Corte esta en practica el fuero de estrangeria?= Tanto en la Corte como en los pueblos del interior está en practica el fuero de estrangeria conforme al sistema indicado en la contestacion á la pregunta anterior= Cuarta= ¿Quien ejerce esta jurisdicion en los pueblos donde no hay Tribunales militares, la ejercen las justicias ordinarias en 1ª instancia con apelacion al Tribunal especial de Guerra y Marina, ó van las apelaciones á la Audiencia Territorial respectiva?= Gozando los estrangeros del fuero de Guerra en los pueblos en donde no haya juzgado ordinario militar, en conformidad á lo que se practica con los demás aforados de guerra, deberan acudir los estrangeros al Gefe militar para que practique las primeras diligencias, dando conocimiento al Capitan General ó Gobernador en su caso para el ulterior curso del negocio, y sino tuviese Comandante de armas y el caso sea urgente por tratarse de algun delito grave, de los no estipulados podía la justicia ordinaria sustanciar la causa hasta ponerla en estado de sentencia, remitiendola al Capitan General ó Gobernador para su ulterior curso y determinacion= Quinta= ¿El fuero de estrangeria es civil ó criminal, ó tiene algunas limitaciones por ley ó por práctica en los pleitos civiles y en algunas causas criminales?= En contestacion a la primera cuestion de las consultadas por Real orden de 1º de Abril se ha manifestado, que el fuero de estrangeria es civil y criminal en conformidad á lo estipulado en los tratados, y a las disposiciones legales fundadas en los mismos y señaladamente á la ley 5ª tit. 11 libro 6º de la Novi

sima Recopilacion y Reales ordenes de 26 de Agosto de 1758, 16 de Diciembre de 1761, 15 de Setiembre de 1775 y 15 de Marzo de 1781 por las que se transmitieron a los Gobernadores militares las facultades que competian á los antiguos jueces conservadores. Sin embargo la Real cedula de 24 de Octubre de 1782 (Ley 8ª tit.º 36 libro 12 de la Novisi.ª recopilacion) dispone que habiendo llegado á la Real noticia que en diferentes paises estrangeros, cuando alguno de los vasallos, asi soldados como paisanos transeuntes ó domiciliados en ellos delinquen contra las leyes y bandos públicos se les forma proceso por las justicias ordinarias, sentenciandoles e imponiendoles las penas correspondientes, sin remitir los delincuentes a los Tribunales Españoles, habia resuelto S.M. que en observancia de la regla de reciprocidad procediesen las justicias ordinarias contra los estrangeros transeuntes ó domiciliados que delinquiesen contra las leyes y bandos publicos, formandoles causa é imponiendoles las penas correspondientes, conforme á las leyes del Reino, Reales Pragmáticas y bandos públicos del mismo modo que se practica con los naturales de estos Reinos= Fundadas en el tenor de esta ley han manifestado algunos Gefes militares en sus informes, que los estrangeros no gozan del fuero militar; siendo otros de opinion contraria, apoyados en que la disposicion de la Real orden citada se contrae á los que cometen algun delito público ó contravienen á los bandos de buen gobierno, en los que no vale el fuero militar, cuya opinion es la mas arreglada al espiritu de aquella Real resolucion, no solo porque si en la epoca en que se espidió principio á varias en algunos paises estrangeros la organizacion de los Tribunales, suprimiendose fueros privilegiados, a la par que se multiplicaban en España, y podia ser ecsactamente aplicable la regla de reciprocidad que establece, no lo puede ser en el dia subsistiendo la jurisdicion militar á cuyos Gefes superiores se encomendó la proteccion especial de los estrangeros y la conservacion de su fuero; sino tambien porque parte ademas del principio incontestable de derecho público, de que los tratados entre las naciones producen derechos y obligaciones reciprocas que no pueden modificarse ni alterarse sino por nuevas negociaciones= El fuero civil y criminal militar de los estrangeros se hallaba espresamente estipulado en los tratados y sancionado por las leyes posteriores á la del año de 1782. Esta quedó ademas (y es la observacion mas importante) sin efecto por el tratado de 3 de Setiembre del año siguiente de 1783 celebrado entre España é Inglaterra, por cuyo articulo 2º se renovaron y confirmaron los de 1667 y los de Utrech de 1713 y 1715 declaratorios del fuero en lo civil y criminal, y por los concertados en epocas posteriores que lo fueron en el mismo

sentido, aunque en terminos mas generales. Las contravenciones á estos mismos tratados motivaron las repetidas reclamaciones de Ministros Estrangeros para sostener los derechos y defender los intereses de los súbditos de sus respectivos Gobiernos, y obligaron á espedir la circular de 3 de Agosto de 1819 prescribiendo a todas las autoridades el mas puntual y esacto cumplimiento á cuanto previenen las leyes del Reino, Reales Decretos y Pragmáticas respecto á los estrangeros. En conformidad á ellas los Juzgados militares han continuado conociendo en las causas civiles y criminales de los estrangeros, remitiendolas a este supremo Tribunal como las demas del fuero de guerra, habiendo el que suscribe despachado muchas que pudiera citar y de las que si se estimase oportuno, podrá certificarse por la Escribania de Cámara, y con la circunstancia notable de que algunas vinieron a los Tribunales militares por inhibicion de los Jueces de 1ª instancia, que habian principiado á conocer en ellas= De la generalidad del fuero de estrangeria estan esceptuadas las causas de contrabando ó ilicito comercio por Real Decreto de 21 de Diciembre de 1759, las de naugrafio, conforme á la ordenanza de matriculas, las de Comercio por Real orden de 2 de Abril de 1768, las de infraccion a los bandos de policia y buen gobierno y todas las demas que causan desafuero a los militares= Sesta= ¿Es uniforme la práctica en las diferentes provincias sobre el fuero de estrangeria, o se le ha dado en algunas mas estension que en otras? En la mayor parte de las plazas y Capitanias Generales de la Peninsula es uniforme la práctica que se sigue sobre el fuero de estrangeria, a escepcion de las Capitanias Generales de Guipuzcoa, Canarias y Mallorca, las Comandancias Generales de Alicante y San Sebastian y los Gobiernos militares de Mahon, Menorca, Rosas y Santoña, cuyos Gefes dan á entender que sus respectivos Juzgados solo conocen en las causas civiles de los estrangeros, por creer que no gozan fuero criminal militar, en conformidad á lo prevenido en la Real cedula citada de 24 de Octubre de 1782, cuya opinion equivocada se ha combatido en la contestacion a la pregunta anterior.= Septima= ¿Cuales son las leyes que se deben considerar vigentes mientras no se deroguen ó reformen sobre esta materia, y en que se ha desviado de su tenor la practica ó costumbre que haya podido introducirse?= Las leyes que en concepto del que suscribe deben considerarse vigentes en materias de estrangeros son las citadas en las contestaciones á las preguntas anteriores, y ademas las relativas á las matriculas para la clasificacion de los verdaderamente transeuntes de 20 y 21 de Julio y 29 de Noviembre de 1791 (leyes 8 y 9 tit.º 11, libº 6º de la Nov. Recopn.) qué no ha llegado á noticia del que suscribe, que se hallen derogadas

en la generalidad de las disposiciones que conprenden sobre el particular= Cuanto se ha espuesto hasta que respecto del fuero se entiende respecto de estrangeros transeuntes segun se ha espresado, debiendo considerarse tales con arreglo á las leyes aquellos (que segun dice la 5ª tit. 6º lib.º 11 de la No. Recopn.) habitan, van y vienen á estos Reinos á comerciar por mayor, y no los avecindados y arraigados en España. Por ultimo cree conveniente advertir el que suscribe que su dictamen se refiere unicamente á lo que en los tratadosy en las leyes se encuentra dispuesto en el ramo sobre el cual versa. El fiscal por tanto se ha abstenido de entrar en consideraciones filosóficas acerca de cual fue el verdadero origen de la reclamacion y concesión de este fuero especial y de la posibilidad y conveniencia de que subsista, especialmente si llega á realizarse la proyectada reforma de nuestras leyes con la formacion de los nuevos codigos. Mas se le permitido, por que lo juzga indispensable proponerá V.A, que llame la atencion del Gobierno de S.M. sobre la necesidad de ecsaminar prolijamente con la debida atencion los puntos que puedan ser comprendidos en aquella reforma que tengan directa relacion con el derecho internacional y diplomático, á fin de que por medio de convenciones oportunas ó por cualquier otro conducente puedan llevarse a cabo las reformas, sin dar lugar a reclamaciones de las potencias estrangeras= "El Fiscal militar suscribe á la precedente censura del Fiscal Togado acerca del fuero de estrangeros transeuntes, con solo la diferencia de que en concepto del que suscribe la contestacion á la 2ª cuestion acerca de si son los Capitanes Generales ó los Gobernadores de las plazas maritimas los que ejercen la jurisdiccion en las causas estrangeras, entiende este Ministerio, aun estando á lo prevenido en las Reales ordenes que cita el Sr. Fiscal Togado, que los Gobernadores de Plazas maritimas son los que ejercen dicha jurisdicion por si y de ningun modo los demas que solo pueden entender como delegados del Capitan Genal en quien unicamente reside la jurisdicion". = Posteriormente el Fiscal Togado hizo a su censura de 30 de Diciembre la rectificacion siguiente= El Fiscal Togado dice= que cuando en la precedente dictamen, contestando á la segunda de las cuestiones propuestas en la Real orden de 19 de Mayo de 1838 manifestó que los Gobernadores militares son los que ejercen la jurisdiccion en las causas de estrangeria con independencia de los Capitanes Generales, se refirió, ó quiso cuando menos referirse unicamente á los Gobernadores de las plazas maritimas. No podia deducir otra cosa del mismo contesto de las Reales ordenes y disposiciones que citaba ni olvidarse que los Capitanes Generales y no los Gobernadores de las demas plazas con los que ejercen la jurisdicion ordinaria militar y por consequencia forzosa á quienes encomendaba la de estrangeria. Si esta

cosa se deduce del contesto de las palabras de que se valió el que suscribe en su citado dictamen fue una involuntaria equivocacion en el modo de espresar su pensamiento: equivocacion que ahora rectifica y pide á V.A. se sirva haberla por rectificada y tener por parte del dictamen referido lo que ahora manifiesta".= El Tribunal en pleno, despues de un maduro y detenido ecsamen de este espediente, se conforma con lo espuesto por sus fiscales en las preinsertas censuras, y cree que como el fuero de estrangeria fue estipulado en los tratados celebrados respectivamente entre el Gobierno de S.M. y los de las Naciones amigas, por cuya razon llegaron á tener fuera de ley en España las esenciones y privilegios que debian disfrutar los súbditos de aquellas, y la reciprocidad consiguiente de que habian de gozar tambien los españoles en paises estrangeros, segun estaba espresamente estipulado, solo en la Secretaria de ese Ministerio del digno cargo de V.E. podran hallarse cuantos datos son necesarios para deducir si en consecuencia de las reformas legislativas y judiciales que han ocurrido en la mayor parte de ellos, desde la ratificacion de los tratados arriba mencionados de la supresion consiguiente de los fueros privilegiados, deberá considerarse obligada la España á la conservacion de las ventajas que disfrutan los subditos de las potencias amigas, cuando ya no puede ecsistir la reciprocidad para los nuestros. Todo lo que de acuerdo del Tribunal haya presente á V.E. para que sirviendose elevarlo el conocimiento de S.M. resuelva lo que considere conveniente= Dios guarde a V.E. ms. as. Madrid 8 de Febrero de 1825= Exmo. Sor.= D.n José Martinez= S.o Ministro de Estado.

Está conforme.

Fuero de estrangeria

A P E N D I C E VIII

Comunicaciones del capitán general de Cataluña manifestando las dificultades que opone la jurisdicción ordinaria respecto de la observancia del fuero de extranjería.

Documento Nº 1

Comunicación de 10 de Febrero de 1845.

Documento Nº 2

Comunicaciones de 24 de Septiembre de 1845 y de 7 de Marzo 1846.

Documento Nº 3

Comunicación de 1 de Febrero de 1847.

Documento Nº 4

Comunicación de 25 de Marzo de 1847.

Documento Nº 5

Copia circular del Tribunal Supremo de 30 de Abril de 1843.

Documento Nº 1

Comunicación de 10 Febrero 1845.

Juzgado de la Capitania General del Ejército y Principado de Cataluña.= Núm. 2= Capitania General de Cataluña= Seccion Archivo= El Señor Ministro de la Guerra en 3 del actual me dice lo que sigue= Escmo Señor= Habiendo dado cuenta á la Reina (q.D.g.) de la comunicacion de V.E. de 15 de Octubre último, dando conocimiento de un espediente promovido por el Consul de Francia reclamando el fuero de estrangeria para el subdito de su Nacion Don Pedro Angel Alcen, preso por un Comisario de policia y puesto á disposicion del Juez de primera instancia de esa Capital por haber sido iniciado del delito de robo. Enterada S.M. de todo y conforme con lo espuesto por el Supremo Tribunal de Guerra y Marina en su acordada de 18 de Enero último, se ha dignado resolver que por el Juzgado de esa Capitania General se reclama al referido Juez de 1ª instancia el conocimiento de la causa que se sigue contra el súbdito Francés Don Pedro Angel Alcen, formalizando, si no se inhibiera, la correspondiente competencia con arreglo á las leyes, por que habiendo sido interpelada la autoridad militar por el Consul de Francia, debió sostener esta á dicho súbdito Francés en el fuero de estrangeria, por no haber sufrido hasta ahora alteracion alguna las disposiciones vigentes sobre el mencionado fuero, no obstante la orden comunicada por el Supremo Tribunal de Justicia en 21 de Mayo de 1843, y á la Audiencia de esa Capital. De Real orden lo digo a V.E. para los efectos consiguientes.= Lo que traslado a V.S. para su conocimiento y á fin de que se sirva disponer en cumplimiento. Dios guarde á V.S. m. añ. Barcelona 1º de Febrero de 1845.= Manuel de la Concha= Sr. Auditor de Guerra de este Ejército.= Es conforme. Doy Fé= Juan Capdevila, Esño.

Documento Nº 2

Comunicaciones de 24 de Septiembre 1845 y 7 Marzo 1846.

Juzgado de la Capitania General del Egercito y Principado de Cataluña= Nu,. 3º= Escmo Sor= Este Juzgado militar ha recibido una comunicacion del Juez de 1ª instancia del Cuartel 1º de esta Ciudad con la cual reclama el conocimiento de los autos que D. Jaime Bablon sigue contra D. Napoleon Lebon ambos estrangeros transeuntes por injurias, y en caso de no accederse a esta reclamacion anuncia la oportuna competencia. Este Juzgado no vacilaria en admitirla con arreglo á la Real orden de tres de Febrero ultimo en que se le prevenia defendiese su jurisdiccion y reclamase del Juez ordinario la causa de Pedro Angel Alren, pero tiene un ejemplar en dicho asunto de haber sido inutiles las gestiones que practicó en obedecimto. de dicha Real Orden pues la competencia fue decidida á favor de la jurisdiccion ordinaria y asi debia ser cuando el Tribunal que tiene que dirimirlas es el mismo que dictó la circular en que se niega el fuero criminal á los estrangeros circular que se cita todabia en oposicion á este Juzgado aún despues de la espedicion de la Real orden de 3 de Febrero ultimo que como espresion de la voluntad de S.M. parece debia hacer cesar la fuerza de las providencias de su Tribunal Supremo. Sin embargo; el Juez de 1ª instancia que reclama los autos de D. Jaime Barlon contra D. Napoleon Lebon se apoya aun en aquella circular, y á la misma parece que arregla sus decisiones el Tribunal Supremo de Justicia. Son pues ociosas semejantes competencias que no sirven mas que de hacer perder el tiempo á los litigantes. Si S.M. no encuentra un medio como garantir el acierto en las decisiones de aquellas dictando una resolucion capaz de cerrar la puerta á toda duda, y á la cual deban arreglarse todos los Tribunales en lo sucesivo A este fin y en conformidad al dictamen fiscal de que acompaño copia, elevo á V.E. esta consulta á fin de que sirviendose dar cuenta á S.M. pueda dictar la resolucion que sea de su Real agrado, la cual aguarda este juzgado antes de proceder adelante en la causa arriba mencionada= Dios guarde á V.E. ms.as. Barcelona 24 de Setiembre de 1845.= Escmo Sor Secretario de Estado y del Despacho de la Guerra.= Escmo Sor.= En veinte y cuatro de Setiembre último manifesté á V.E. el conflicto en que se halla este Juzgado para defender el fuero de estrangeria y sostener con este motivo competencias con los tribunales ordinarios, como se le previno con Real orden de 3 de Febrero del año pp^{do} respecto á la opinion que ha dado á conocer el Tribunal Supremo de Justicia por medio de circulares en contra de dicho fuero y con arreglo á la cual decide á favor de la jurisdiccion ordinaria todas estas competencias, aun despues de haber visto la citada orden de 3 de Febrero del año anterior, que dá por subsistente el mencionado fuero. Este juzgado pues, se encuentra en el caso de no poder sostener el fuero

de estrangeria por los medios que le conceden las leyes si una providencia terminante emanada del Trono no marca al Supremo Tribunal de Justicia las reglas á que deba atenerse respecto á dicho fuero. Por esta razon suspendió la formacion de competencia en los autos que D. Napoleon Lebon sigue contra D. Jaime Barlon elevando á V.E. la consulta de 24 de Setiembre, para que sirviendose dar cuenta de ello á S.M. proveyese el oportuno remedio. No si esta sola la causa que está suspendida hasta que recaiga una resolucion sobre el particular la que José Vall ha intentado contra Mateo Drapeiron de nacion Francés, y otras varias se hallan en el mismo caso, y se suspenden en el acto de formarse la competencia cuya decision ya se conoce de antemano cual habia de ser; quedando por consiguiente sin curso hasta la oportuna resolución de S.M. En vista de esto he creído del caso, elevará V.E. esta nueva esposicion en recuerdo de la anterior ya citada esperando que haciendose cargo de cuanto interesa á la administracion de Justicia la determinacion de este asunto para que no queden paralizados los negocios en perjuicio de los litigantes, se dignará hacerlo presente á A.M. con preferencia para que pueda servirse acordar lo que sea de su N. agrado.= Dios guarde á V.E. muchos años. Barcelona 7 de Mayo de 1846= Escmo Señor.= Manuel Bretos. Escmo Sr. Secretario de Estado y del despacho de la Guerra= Es conforme, doy fe. Juan Capdevila. Esmo.

Documento Nº 3

Comunicación de 1 Febrero 1847.

Juzgado de la Capitania General del Ejercito y Principado de Cataluña.= Escmo Sor= De resultas de una circular espedida por el Tribunal Supremo de Justicia de que acompaño copia de num. 1º los Tribunales ordinarios han pretendido asumirse el conocimiento de las causas contra estrangeros transeuntes negandoles el fuero de Guerra que por Reales ordenes les está concedido. Habiendo reclamado en su virtud el Sr. Embajador Frances á Nuestra Augusta Soberana, se sirvió S.M. disponer por Real orden de 3 de Febrero de 1849 de que incluyo copia de num. 2º que este Juzgado sostuviese la competencia que se habia formalizado sobre el conocimiento de la causa criminal de Pedro Angel Alren y demas que ocurriesen. Hizose así en efecto; pero la competencia fue perdida á pesar de que el Tribunal Supremo de Justicia tenia convencimiento de la dicha Real orden de 3 de Febrero de 1849, como lo serán todas cuantas se traben por que el Tribunal que debe decidirlas es el mismo que espidió la circular contra el fuero de estrangeria. En este conflicto el Juzgado de esta Cap.ª Gen. representó á V.E. para que informada S.M. de tan importante asunto se sirviere dictar una medida que cortase de una vez semejantes cuestiones en bien de la administracion de Justicia, segun resulta de la copia que incluyo de n.º 3º y como por la quema del archivo del Ministerio de la Guerra habran desaparecido probablemente estos antecedentes; se lo recuerdo á V.E. a fin de que con la urgencia que el caso ecsija, tenga á bien dar cuenta á S.M. para una resolucion definitiva, que circulada al Tribunal Supremo de Justicia, Audiencia y Juzgados de 1ª Instancia, ponga fin a este asunto que ha ocasionado la paralizacion de una porcion de causas entre ellas la de José Vallé; contra Mateo Drapeyron á las que no puede darse curso hasta que recaiga dicha resolucion.= Dios guarde á V.E. m. a. Barcelona 1º de Febrero del 1847.= Escmo Sor= P.A. del E. A. C. G.= El Gen. 2º Cabo= Francisco Castrillon.= Escmo Sr. Secretario de Estado y del despacho de la Guerra.

Documento Nº 4

Comunicación de 25 Marzo 1847.

Juzgado de la Capitania general del Ejercito y Principado de Cataluña.= Escmo. Señor.= En 1º de febrero del corriente año, tube el honor de dirigir á V.E. la consulta del tenor siguiente=. Escmo Sor. De resultas de una circular espedida por el Tribunal Supremo de Justicia de que acompaño copia de Nº 1º los Tribunales ordinarios, han pretendido asumirse el conocimiento de las causas contra estrangeros transeuntes negandoles el fuero de guerra que por Reales ordenes les está concedido. Habiendole reclamado en su virtud el Señor Embajador Francés á nuestra Augusta Soberania se sirvió S.M. disponer por Real orden de 7 de febrero de 1845, de que incluyo copia de Nº. 2º que este Juzgado sostubiese la competencia que se habia formalizado sobre el conocimiento de la causa criminal de Pedro Angel Alzen y demas que ocurriesen. Hizose asi en efecto; pero la competencia fue perdida a pesar de que el Tribunal Supremo de Justicia tenia conocimiento de la dicha Real órden de 3 de febrero de 1845, como lo serán todas cuantas se traben por que el Tribunal que debe decidirlas es el mismo que espidió la circular contra el fuero de estrangeria. En este conflicto el Juzgado de esta Capitania general representó á V.E. para que informado S.M. de tan importante asunto se sirviese dictar una medida que cortase de una vez semejantes cuestiones en bien de la administracion de Justicia segun resalta de la copia que incluyo de Nº 3º y como por la quema del Archivo del Ministerio de la Guerra habrán desaparecido probablemente estos antecedentes, se lo recuerdo a V.E. á fin de que con la urgencia que el caso exige, tenga a bien dar cuenta á S.M. para una resolucion definitiva, que circulada al Tribunal supremo de Justicia, Audiencia y Juzgados de 1ª Instancia, punga fin á este asunto que há ocasionado la paralizacion de una porcion de causas entre ellas la de José Vall contra Mateo Drapeyron á las que no puede darse curso hasta que recaiga dicha resolucion.= Dios guarde a V.E. = Y como al presente se encuentra este Juzgado con un caso de igual naturaleza en la causa criminal contra D. Buenaventura Salsar de Nacion Francés, cuyo conocimiento se ha asumido el Juez de 1º instancia del partido de Rivas lo pongo en conocimiento de V.E. á los efectos consiguientes. Dios guarde á V.E. m. a.= Barcelona 25 de Marzo de 1847= Escmo Sor= Manuel Pavia= Escmo Señor Secretario de Estado y Despacho de la Guerra.

Documento Nº 5

Copia circular del Tribunal Supremo de 30 Abril 1843.

Juzgado de la Capitania General del Ejército y Principado de Cataluña num. 1º.= El Tribunal Supremo en el pleno del 20 del corriente, ha tenido á bien mandar se comunique orden á esa Audiencia, para que en el caso de ser cierto que en su distrito es práctica constante, que los estrangeros transeuntes, disfrutan del fuero llamado de estrangeria, segun ha llegado á entender el Tribunal por una esposicion del Juzgado de esa Capitania General; tenga presente esa misma Audiencia que conforme al art. 248 tit. 5º de la Constitucion de 1812, vigente como Ley, no hay mas que un solo fuero para toda clase de personas y que por el artº 250 del mismo titulo, los militares son únicamente los que deben gozar fuero particular en los terminos que previene la ordenanza= Es conforme. Doy fé, Juan Capdevilas, Esmo.

A P E N D I C E IX

Dictamen del Tribunal Supremo de Guerra y Marina acerca del goce del fuero militar por los extranjeros transeúntes, Madrid 31 de Mayo de 1847.

Tribunal Supremo de Guerra y Marina.= Escmo Sor.= Con Real órden de 5 de Marzo ultimo espedida por ese Ministerio de la Guerra me fué remitida la adjunta comunicacion del Capitan General de Cataluña, pidiendo se dicte una medida que corte de una vez las frecuentes cuestiones sobre competencias, de jurisdiccion en las causas de Estrangerios transeuntes mediante haber declarado el Tribunal Supremo de Justicias que estos no gozan del fuero militar, y acompañando ademas la Real orden comunicadas á ese Ministerio por el de Estado insertando una nota del Embajador de Francia en esta Corte que recomienda de nuevo el pronto despacho de la cuestion de competencias sobre el conocimiento de la causa que sigue D. José Vall contra Mr. Drapeyron; á fin de que en su vista emitiese su dictamen este Tribunal Supremo de Guerra y Marina con toda urgencia y acompañare al mismo tiempo copias de cuantos antecedentes tuviese sobre este asunto, pues que en el incendio de ese referido Ministerio se estraviaron los que habia. Unidos cuantos obran en el Tribunal y se han considerado conducentes a la ilustracion de la materia, y dada cuenta al mismo, acordado pasase á los Fiscales para que con urgencias emitiesen su dictamen en cuya virtud el Togado en el suyo de 12 de Abril pp.do al que suscribió el Militar en 19 del mismo espuso lo siguiente.= "El Fiscal Togado en vista de la Real orden de 5, de este mes, con que por el Ministerio de la Guerra se remite á informe de V.A. la nueva reclamacion del Capitan General de Cataluña sobre los incesantes cuestiones relativas á la observancia del fuero de Estrangerias y sobre el escrito siempre contra una de las competencias que en este punto se suscitan y la Real orden comunicadas por el Ministerio de Estado comprensiva de nueva reclamacion tambien del Embajador de Francia acerca de este asunto dice: que penden al mismo tiempo de informe de V.A. otras tres, distintas Reales ordenes que contienen otras tantas comunicaciones del Ministerio de Estado á consecuencia de reclamaciones semejantes de aquel Sr. Embajador. Parece, pues, con evidencias oportunas que acerca de las dos recaiga juntamente el acuerdo de V.M. cuando tienen tan intima concesion y analogias que se reducen todos á un mismo objeto, á saber: la subsistencia del fuero de Estrangeria. Así el Fiscal se hara cargo en este dictamen de todas las comunicaciones referidas presentando desde luego, como conviene para mayor claridad, divididas en tres partes principales las cuestiones que ha de ecsaminar V.A. para proponer al Gobierno de S.M. lo que juzgue mas acertado. En esta division seguirá el que suscribe el orden que indica la urgencia en la necesidad de resolver hasta cierto punto tambien el órden cronologico de todos los informes acordados que con relacion á este asun-

to ha evacuado ya V.A. en distintas ocasiones.= Será pues, objeto de la primera parte la determinacion que deba adoptarse para cese desde luego y de una vez la especie de conflicto que nace de la irregular observancia del fuero de Estrangeria= De la 2ª fijar circustanciadamente la calidad, egercicio limites y jurisprudencia relativas al mismo fuero.= Y de la 3ª espone por complemento de cuanto conviene recordar sobre este mismo asunto, algunas observaciones y advertencias oportunas= Parte 1ª.= El Fiscal no acertaria á someter á la ilustracion de V.A. ninguna otra determinacion mas adecuada y eficaz para el fin de que se trata en este punto, que la misma que en repetidas acordadas con motivo de diversos asuntos; pero siempre con identico fin, ha propuesto ya este Tribunal Supremo al Gobierno de S.M.= En el espediente promovido á instancias del Auditor de Marina D. José Sardó con motivo de cuestion de desafuero de un individuo perteneciente al militar por el delito de uso de normas prohividas demostró V.A. al Gobierno en acordadas de 23 de Abril de 1845 la conveniencia de que se declarase como voluntad esplicita de S.M. que mientras el fuero militar en todas sus normas y dependencias, escrita tal como se halla actualmente, se guarden y cumplan con esactitud las leyes y Reales ordenes que se afianzan tanto en los casos de aprehension de armas prohividas como en los demas espuestos en las mismas; adoptandose esta determinacion en Consejo de S.S. Ministros y circulandose á todas las autoridades á que corresponda para su puntual cumplimiento. En la generalidad de las frases, referidas estaba sin dudas comprendida la observancia del fuero de Estrangeria, en el supuesto de que el Gobierno de S.M. estimase subsistentes los pactos internacionales sobre este punto con arreglo á lo que este Tribunal Supremo tenia ya informado por su acordado de 8 de Febrero de aquel mismo año en el espediente tambien adjunto.= En otro que originó una reclamacion del Capitan general de las Provincias, Vascongadas sobre las inversiones contra el fuero de guerra, V.A. recordó en 20 de Noviembre la propuesta anterior y aun aceptando el dictamen de los Fiscales hizo el Tribunal importantes y trascèndentales observaciones sobre los medios mas aproposito para la observancia de las leyes que rigen sobre el fuero militar, mientras no se reforme ó modifique por los poderes legitimos del Estado. Es mas bien en esta propuesta estatal envuelto todo lo concerniente al fuero de Estrangeria en el concepto antes espresado y mas esplicita y, especialmente reclamó V.A. del Gobierno la necesidad de adoptar aquella resolucion en cuanto á la observancia del fuero de que se trata en su acordada de 20 de Noviembre de 1845, a continuacion del espediente formado por reclamacion del Capitan general de Cataluña con motivo de compe-

tencias suscitadas en actuaciones con D. Pedro Angel Alcen, subdito francés que es uno de los que refiere hoy el mismo Capitan general en su ultima comunicacion= Con mas particularidad todavia llamó el Tribunal la atencion del Gobierno á consecuencia de otro espediente promovido por el Capitan General ultimamente espresado, refiriendose á los autores del mismo Alcen y á otros entre Barlon y Lebon subditos tambien franceses. Allí por acordadas de 17 de Junio último aceptando V.E. lo espuesto por el que suscribe, manifestó que si el Gobierno de S.M. no ocurre á remediar con muy pronta y eficaz determinacion las contradicciones que se advierten acerca de la observancia del fuero de Estrangeria, mientras subsista ó se repute vigente, se encuentra altamente comprometido el decoro y alta dignidad del Gobierno mismo por el desobedecimiento de sus disposiciones, á causa de la confusion lamentable que se observa en este punto y por la ocasion que todo esto puede ofrecer á reclamaciones desagradables de potencias estrangeras, y alli volvió á proponer el Tribunal que poniendose de acuerdo los S.S. Ministros de Guerra, de Marina y Gracia y Justicia, ó bien conviniendolo en Consejo de S.S. Ministros, se espidan desde luego las ordenes oportunas y eficaces á fin de que cesen los efectos de toda determinacion acordado, por cualquier clase de autoridad, contraria al fuero de Estrangeria; á fin de que tenga esta puntual cumplimiento, tanto en los asuntos civiles como en los criminales mientras no se establezca cosa en contrario y se comunique por el Gobierno mismo. Lo espuesto hasta aqui demuestra con evidencia que V.A. tiene reconocida de antemano la necesidad que por la primera Secretaria del Despacho y el Capitan General de Cataluña se encarece, y propuesto con repeticion el unico modo de remediarlo. Por eso el que inscribe juzgando satisfecho esta primera necesidad en lo que á V.A. cumplia, ha diferido algo esponer su dictamen acerca de la verdadera calidad, estension y demas circunstancias del fuero de Estrangeria, que ha de comprender en la segunda de las tres partes al principio propuestas, Sobre ese mismo punto espuso el Fiscal su parecer con sobrada detencion en uno de los espedientes unidos, y como a pesar del analisis que allí hizo de los tratados oportunos con las demas potencias no hubo de satisfacer completamente los deseos del Sr. Ministro de Estado fue su designio entrar de nuevo en el mismo ecsamen, aun con mucho mayor detenimiento. Dejandolo ahora para la 2ª parte, del modo que le permita la urgencia con que ya se reclama, vuelve el que suscribe á lo que en su concepto mas importa, y es el objeto de la parte primera indicada. No acierta, repite, á proponer otra revolucion distinta ni que pueda ser mas eficaz para el objeto que la indicada anteriormente. V.A. puede insistir en ellas sin temor de que se le repute como mantenedor de disposiciones pactos y con

venios internacionales que hayan caducado, ó que fueran ya incompatibles con el sistema de reforma principiado á plantear en el Reyno ó en menoscabo de la dignidad y decoro de la Monarquia por la falta de reciprocidad en iguales concesiones de parte de otras potencias. No propone ahora el que suscribe que se constituya el Tribunal en defensor de ese fuero, para conservar los antiguos limites de su jurisdiccion suprema ni otro motivo semejante, no propone en este punto que se haga declaracion alguna capaz de alterar el derecho y la jurisprudencia internacional tal como verdaderamente ecsista: ni pretenda por ultimo alegar en este momento razon alguna que se oponga aun á la completa supresion de ese fuero. Propone si, espresa y unicamente en esta parte que V.A. aconseje una determinacion que evite las contradiciones verdaderamente lamentables que se advierten. Mientras que por algunas de las Secretarias del Despacho (preciso es decirlo) como las de Estado y de Guerra se espiden Reales ordenes que suponen y aun previenen la observancia del fuero de que se trata, se contraria y desconoce completamente por las autoridades de otros ramos y dependencias del Gobierno y se observase sanciona y se previene practicamente la jurisprudencia enteramente contraria á la administracion de justicia. Asi lo demostró el que suscribe en el espediente adjunto relativo á los autos entre Barlon y Lebon, y así lo comprueba mas y mas la ultima comunicacion del Capitan general de Cataluña con los documentos que la acompañan. Obra entre estas copias de la Real orden de 10 de Febrero de 1845, en que S.M. se dignó resolver que el Juzgado de aquella Capitania general reclamase la causa contra el subdito frances. Alcen por que habiendo sido interpelada la autoridad militar por el Consul de Francia, debió sostener esta á dicho subdito francés en el fuero de Estrangeria por no haber sufrido hasta ahora alteracion alguna las disposiciones vigentes sobre el mencionado fuero, no obstante la orden comunicada por el Supremo Tribunal de Justicia en 21 de Mayo de 1843 a la Audiencia de esta Capital".= En consecuencia de lo que hasta aquí deja manifestado el Fiscal, es de dictamen que el Tribunal reproduciendo sus acordadas referidas, proponga de nuevo al Gobierno de S.M. que dando cuenta de este asunto en Consejo de S.S. Ministros, se acuerde y mande circular por todos los Ministerios para su puntual y esacto cumplimiento una determinacion sobre las bases siguientes.= 1ª Mientras que el Gobierno de S.M. delibera definitivamente acerca de la subsistencia del fuero de Estrangeria; sin que al mismo tiempo se entienda que á los subditos estrangeros se conceden mas derechos de los que puedan corresponderles por los tratados y las Leyes que deban estimarse vigentes, y sin perjuicio de las reformas que se adopten en

materia de procedimientos judiciales y en todo lo demas de la administracion publica se estimará subsistente el fuero espresado de estrangeria, tal como por punto general se observa hasta 24 de Marzo de 1834 en que se instituyó el Tribunal Supremo de Guerra, y Marina y de Estrangerias.= 2ª Comprenderá este fuero las causas tanto civiles como criminales en que fueren reos demandados las personas que tengan la calidad de Estrangeros transeuntes con arreglo á las Leyes del Reyno= 3ª Esta jurisdiccion se continuará egerciendo como antes y hasta a ahora en 1ª instancia por los Gobernadores militares de las plazas maritimas y en los demas puntos por los Capitanes Generales y en segunda y última instancia por el Tribunal Supremo de Guerra y Marina.= Ademas de proponerlo asi juzga el Fiscal oportuno que con la acordada de V.M. que recayere se remitan copias integras de las de 20 de Noviembre de 1845, en el espediente de D. Pedro Angel Alcen y de 17 de Junio de 1846 en el espediente relativo á los autos á instancias de D. Jayme Arlon, supuesto que en la última Real orden se previene la remision de cuantos antecedentes ecsistan en esta superioridad relativos á este asunto.= Tal es el dictamen del Fiscal en cuanto á la primera parte, y lo emite con esa separacion por sí V.A. juzga oportuno evacuar desde luego su informe mediante la urgencia con que se encarga y antes de ecsaminar con el detenimiento indispensable lo que propondria el que suscribe en la siguiente. Parte segunda.= Es forzoso ecsaminar los diferentes puntos de consulta, que como otras tantas cuestiones se contienen en la Real orden comunicadas por el Ministerio de Estado en 10 de Junio último, en la forma y metodo que en ella se proponen.= 1ª= Su puesta, dice la Real orden, la ecsistencia del fuero de Estrangeria con arreglo á las estipulaciones comprendidas en los tratados mientras no se establezcan otras, que deroguen espresamente las anteriores ó se organice de nuevo el sistema de la administracion de justicia en el Reino con todas las consecuencias que naturalmente deben seguir á su reforma general legislativa ¿cuales son las potencias Estrangeras, cuyos subditos deben gozar el espresado fuero?= Aunque en la mencionada comunicacion se supone, como se vé la ecsistencia del fuero, se proponia el Fiscal redactar una memoria cuyos trabajos tenia ya adelantados para ecsaminar con mucha mas detencion, que ya lo hizo otra vez, todos los pactos convenidos con las demas potencias en la parte que diga relacion a este asunto desde el tratado de Munster primera referencia aunque vaga é infundada, que se hace de esta clase de concesiones. Hoy sin embargo, tiene que renunciar el que suscribe á este proposito no solamente por no ocupar con notable demasia la atencion de V.A. sino tambien por no dilatar mas tiempo el informe pedido, ahora con ur-

gencia. Mas con todo no puede escusarse de manifestar que el estudio de aquellos tratados, produce la conviccion de que el fuero de estrangeria tiene hoy por base generalmente una concesion casi gratuita de nuestro Gobierno, sancionada hasta cierto punto por la legislacion y jurisprudencia vigente aunque disputada, como se vé en estos últimos dias mas bien que una convencion solemne con otras potencias que pudieran reclamar su constante observancia como un derecho inconcuso é indisputable. En el referido tratado de Munster no se establecio verdaderamente esta concesion. Celebrose en aquella ciudad de Westfalia en 30 de Enero de 1648 entre el Conde de Peñaranda D. Gaspar de Bracamonte y Guzman y D. Antonio Brun plenipotenciario del Rey D. Felipe 4º por una parte y los S.S. Barthold de Gent y varios plenipotenciarios mas de los Estados generales de las provincias unidas por la otra y fue ratificado á poco tiempo en Madrid y en la Haya. Por la generalidad y estension de los pactos y concesiones que contienen sus 79 articulos (coleccion de los tratados de paz hechos por Abreu y Bertodano, tomo 5º pag.ª 309) se ha pretendido por algunos hallar en esta convencion el origen del fuero de Estrangeria. Pero si bien es cierto que aquella generalidad sirvio posteriormente como de modelo para pactos con otras potencias y que de alli mismo pudo deducirse mas adelante como por estension el privilegio de que se trata, nada se pactó directa y espresamente en el tratado de Munster relativo al establecimiento de jueces conservadores ni fuero especial para los Estrangeros. La referencia que hace el articulo 17 al tratado y á los articulos secretos hechos por el Condestable de Castilla con la Gran Bretaña no puede suponer un privilejio, que á la sazon no se habia creado. Los jueces de la Cámara, Mi partita establecida por el articulo 21 aunque debian atender al Comercio de los habitantes de los paises bajos tenian principal y esencialmente por encargo cuidar del cumplimiento y egecucion del tratado. El nombramiento de Jueces y Magistrados para la administracion de justicia de que habla el articulo 51, se refiere evidentemente al Gobierno interior de cada territorio de las partes contratantes y por el contrario lo convenido en los articulos 20, 30 34 y 68 suponen espresamente el egercicio de la jurisdiccion ordinaria respectiva aun para con los subditos estraños= La primera vez, que hubo de pactarse espresamente y con alguna solemnidad el privilejio del fuero, fué en el tratado de 1667 con la Gran Bretaña. Alli y en los siguientes tratados se principió á dar fuerza á una concesion ó privilejio privado hecho en 1645, en favor de algunos Ingleses residentes en algunas ciudades de Andalucia con motivo de servicios harto mezquinos, en verdad si se comparan con la calidad y trascendencia de

la concesion que motivaron.= De cualquier modo, los subditos Ingleses fueron los que primeramente disfrutaron del privilejio de un fuero especial, que despues se convirtió en el fuero de Estrangeria y del cual se hace mencion en los tratados de Madrid de 23 de Mayo de 1667 inserto en el de Comercio de Utrech de 9. de Diciembre de 1773 en las convenciones que celebró Santander con los Ingleses residentes en Bilbao en 12 de Setiembre de 1700, cuyos Capitulos fueron aprobados en el articulo 2º del tratado de Utrech de 14 de Diciembre de 1775 y confirmados en el de Madrid de igual fecha, en el cual se dá el nombre de tratado á las estipulaciones mencionadas= El principio adoptado con sobrada ligereza é indeterminacion y no sin consecuencias posteriores harto perjudiciales, ni sin menoscabo de las regalias del Reyno, de pactar con una potencia la concesion de considerar á sus subditos como los de las mas privilejiada y favorecida, hubo de hacer estensiva desde luego á los subditos Franceses el privilegio del fuero de Estrangeria y fundarse con otras concesiones por el articulo 1º de la convencion celebrada en Madrid á 2 de Enero de 1768 para esplicar el articulo 24 del pacto de familia de 15 de Agosto de 1761 y en el que se hicieron estensivas á los Franceses los tratados de 1667, 1713 y 1715 celebrados con Inglaterra.= De los tratados con Portugal y de la estension del mismo principio de nacion mas favorecida y aun mas espresamente de los tratados de 10 de Febrero de 1763 y 24 de Marzo de 1768, en que se pactó que los Portugueses gozasen de los privilegios concedidos á los Ingleses por los tratados de 1667 y 1713, se deduce sin violencia que el privilegio del fuero alcanza á los subditos de la nacion vecina.= Esto mismo puede decirse respecto de Napoles, Dinamarca y Suecia, aplicando aquel mismo principio, y en el supuesto antes espresado.= La estension del privilejio del fuero que puede nacer de la estension misma de aquel principio es hoy por fortuna de facil y sencilla demostracion. En un trabajo muy estimable hecho por un acreditado y conocido escritor, que el Fiscal con el deseo de estudiar lo nejor que alcanzar pudiese esta materia ha tenido ocasion de ver, se demuestra con erudicion é inteligencia de los tratados que el tipo de las Naciones favorecidas fue en su origen la liga de Ansa, y que estos privilejios fueron estendiendose sucesivamente á Inglaterra, Francia, Portugal, Holanda, Suecia, Dinamarca y Napoles sin contar el Austria, Parma, Toscana y Cerdeña. De las Potencias, pues que conservan relaciones Diplomaticas con España, tienen privilegios de Nacion favorecida los subditos de Francia, Inglaterra, Portugal, Holanda, Suecia, Dinamarca, Napoles y Estados Unidos de Méjico, si bien respecto á esta última potencia no cabe la aplicacion del fuero de Estrangeria por ha

llarse pactado espresamente el egercicio de la jurisdiccion ordinaria en el articulo 6º del tratado de 28 de Diciembre de 1836.= Mas aun en cuanto á las naciones referidas ha espuesto el Fiscal como fundamento del fuero especial los pactos y convenios anteriores á la guerra de la independencia, en que por la conflagracion general de Europa hubieron de caducar ó rompérse abiertamente todos los tratados hasta entonces convenidos ¿Han renacido de hecho con posterioridad por continuar en uso en la parte que versa sobre los derechos civiles o han llegado á renovarse en virtud de los tratados hechos con Inglaterra en 14 de Enero de 1869, en Londres; en 9 de Julio de 1814, en Madrid; en 9 de Julio de 1815, en Viena con Francia en Viena en aquélla fecha; en Paris, en 23 de Abril y en 20 de Julio de 1814 con Dinamarca en Londres en 14 de Agosto de aquel año; con Suecia en Stokolmo en 19 de Marzo de 1813; con Portugal en los diferentes convenios celebrados; y todos los demas hechos con la posterioridad indicada?= Tal es la cuestion de alta importancia, que en este punto se presenta, y que sin embargo esquivaria el Fiscal de proposito, por juzga que V.A. no se halla en el caso de aconsejar acerca de ellas, y porque tampoco es necesaria su completa solucion para deliberar particularmente en el asunto origen de estas actuaciones. El Gobierno de S.M. que unicamente puede conocer cuanto conviene á los intereses de España en esta parte y todas las dadas indispensables para sostenerlo sobra ventilar con oportunidad particular ó generalmente esta cuestion; y al mismo tiempo necesita que permanezca intactas por decirlo de este modo, en sus manos, para conservar la dignidad de la Nacion, y el provecho que reclaman los intereses publicos del Estado. Sin temor pues, de perjudicar en ese concepto, y prescindiendo así de la cuestion, puede decirse que de hecho se han reputado vigentes las estipulaciones sobre el fuero, como una disposicion interior del Reyno, y como con la calidad de provisional mientras ha sido y es compatible con el sistema general de la administracion de justicia.= Por tanto, en ese concepto puede asegurarse tambien que, segun lo anteriormente demostrado, tienen derecho á disfrutar el fuero de Estrangeria los subditos de Inglaterra, Francia, Portugal, Suecia, Dinamarca, Holanda y Napoles, quedando escluidos por el contrario los subditos de Belgica, de la confederacion Suiza y de los Estados Unidos y demas Republicas de America, sin hacer mencion ahoras de Turquia y Marruecos y los otros Gobiernos Mahometanos con quienes median pactos especiales de que se hablará mas adelante.= Mas por razones que no pueden ocultarse á la superior ilustracion de V.A., parece lo mas conveniente, hasta para el decoro del Gobierno Español, que mientras subsiste el privilegio de este fuero, se entienda

estensiva á los subditos de todas las potencias amigas especialmente en las causas criminales en que varias razones lo aconsejan, con preferencia aun á las civiles como se propone de mostrar el que suscribe en las respuestas siguientes.= 2º ¿Cuales son las calidades y circunstancias que han de concurrir en el Estrangero para que pueda gozar el fuero de Estrangeria?= Para satisfacer á esta pregunta conviene esponer las cuatro clases en que pueden considerarse divididos los Estrangeros á saber: Naturalizados, Avecindados, Refujiados y Transeuntes= Son naturalizados los que con arreglo á la Constitucion obtienen carta de naturaleza en estos Reinos. Tienen la calidad de Españoles segun la ley fundamental del Estado, y disfrutan casi completamente de los mismos derechos que los Españoles. No pueden gozar por consecuencia, del fuero de Estrangeria.= Tampoco puede alcanzar este fuero á los Estrangeros avecindados que segun la Constitucion tambien son Españoles y les comprende la generalidad de las obligaciones y de los derechos de los subditos de la Monarquia.= Son ó se consideran avecindados con arreglo a las Reales ordenes de 8 de Marzo de 1716 y 10 de Marzo de 1762, y conforme á la ley 3 titulo 11 . lib. 6 de la novisima recopilacion que inserta la primera: Los que nacen en estos Reinos= Los que en ellos se convierten en nuestra Santa fé catolica= Los que viviendo sobre sí, establecen su domicilio en cualquier punto de la Monarquia.= Los que piden y obtienen vecindad en algun pueblo de la misma.= Los que se casan con muger natural de estos Reinos, y habitan domiciliados en ellos y si es la muger estrangera que casare con hombres naturales, por el mismo hecho se hace del fuero y domicilio de su marido.= Los que se arraigan comprando bienes raices y posesiones: Los que siendo oficiales vienen á morar y egercer sus oficios y del mismo modo los que moran y egercen oficios mecanicos ó tienen tienda en que vendan por menor: Los que tienen oficios concejo públicos honorificos ó cargos de cualquier genero, que solo pueden usar los naturales.= Los que gozan de las partes y comodidades que son propias de los vecinos: Los que moran diez años con casa poblada en estos Reynos, con tal que no se hallen afectos al pavellon y Consulado de su nacion; ó no hayan demostrado ó hecho gestion para ello. Los que adquieren naturaleza ó vecindad por otro cualquier titulo suficiente conforme á derecho.= La calidad de avecindados en los Estrangeros debe resultar de la matricula general de todos los individuos residentes en el Reino de procedencia estraña con arreglo á las Leyes y disposiciones vigentes de que se ocupará mas adelante el que suscribe.= La declaracion de la voluntad de avecindarse supone la obligacion de hacer el juramento correspondiente, como subdito Español, prometiendo fidelidad á la Religion catolica

al Rey y á las leyes renuncian el fuero, privilejios y proteccion de Estranjerias, y ofreciendo no mantener dependencias, relacion ni sugecion civil al Pais de su naturaleza segun lo que estableció la regla 5ª de la ley 9 tit. 11 lib. 6 de la novisima recopilacion.= Los estrangeros emigrados de otros territorios, y refugiados en el Reyno que es la 3ª de las clases antes espresadas, son verdaderamente transeuntes y como tales deben considerarse en lo general para todos los efectos de las Leyes en cuanto al fuero que espondrá el que suscribe cuando ecsamine todo lo relativo á la siguiente y cuarta clase. Debe notarse sin embargo respecto de los refugiados que cuando el motivo de su emigracion é ingreso en España proceda de haber cometido algun delito, rigen las disposiciones especiales sobre materia de estradicion, segun las estipulaciones de los tratados vigentes con las potencias, con las cuales se han convenido sobre este punto. Si el motivo de la emigracion fuese politico, y los emigrados proceden de Cuerpo militar ó fuerza armada que obraba en su concepto y se hallan en depositos ó de cualquier modo bajo la vijilancia de las autoridades militares Españolas serán juzgados, en caso de delinquir en territorio Español, por el Capitan General con su auditor, cualquiera que sea la consideracion que disfruten en el pais de que proceden en virtud de lo recientemente dispuesto por Real orden de 7 de Noviembre de 1846.= Por último los estrangeros que vienen con pretesto de refugio, asilo ú hospitalidad, segun espresa la ley 8 tit.º 6 lib. 11 citado, se hallan naturalmente bajo la vigilancia especial y aun la proteccion de las autoridades; y los Capitanes Generales y gobernadores de las fronteras designarán los caminos y rutas que han de seguir en sus traslaciones y el punto de su residencia= Corresponden á la 4ª clase de Estrangeros, es decir á la de transeuntes, aquellos que segun las palabras de la ley nota 13 tit.º 18 lib. 6 de la novisima recopilacion vienen de paso sin animo de permanecer. Con todo la prolongacion de la permanencia á veces indefinida no altera la calidad de transeuntes, por que segun la ley antes citada al Estrangero que marca largo espacio de dos años en estos Reinos no se considera avecindado si se halla afecto al pavellon y consulado de su Nacion; y, se reputan transeuntes y pueden residir como tales en territorio Español todos los fabricantes llamados ó autorizados por el Rey para emplearse así en las fabricas de S.M. como de particulares y los que tuvieren con destino ó sin el, Real licencia para venir ó residir= Conviene tambien en este punto no perder de vista que ya la ley recopilada supuso como un acto voluntario en el subdito Estrangero el de tomar vecindad ó residir como transeunte á calidad de que en este ultimo caso no ha de disfrutar de las

ventajas y derechos de los vecinos moradores de estos Reinos y sobre esto mismo hay una reciente y notable aclaracion. En nota pasada al Sr. Embajador de Francia con fecha de 28 de Mayo de 1837 que hubo de circularse segun la Real orden de 18 de Abril de 1843 en la que se refiere, aunque espresando á juicio del que suscribe con equivocacion el año de su fecha como de 1836 manifestó el Gobierno de S.M. y en su nombre el Sr. Ministro de Estado, de acuerdo con las esplicaciones hechas en las Cortes que el decirse en los parrafos 1º y 4º de la Constitucion reformada entonces que son Españoles todas las personas que hayan nacido en España, y los Estrangeros que hayan ganado vecindad en cualquier pueblo de la Monarquia, es en el sentido de conceder á unos y otros individuos una facultad ó un derecho, no el de imponerles una obligacion ni forzarles á que se sean Españoles contra su voluntad si teniendo tambien derecho de nacionalidad en otro pais la prefieren á la adquirida en España= Mas si es potestativo para el Estrangero con cortas escepciones adquirir vecindad, ó permanecer como transeuntes, no es arbitraria á su voluntad la forma en que ha de justificarse desde luego esta circunstancia y las condiciones á que ha de sugetarse su residencia.= No halla el que suscribe en primer lugar derogada la obligacion de prestar el juramento de sumision y obediencia, que para los transeuntes establecio la ley recopilada. En segundo lugar necesitan la autorizacion correspondiente para entrar y residir en el Reino con las formalidades ordinarias del pasaporte visado por los representantes ó agentes Españoles. En tercer lugar, segun la Real orden de 11 de Agosto de 1837 han de obtener de las autoridades que en los Puertos y fronteras hayan de reconocerles el pasaporte, un billete en el que conste el nombre y apellido, profesion y si bienen con la calidad de transeuntes, á fin de que se presenten con él á la autoridad municipal del pueblo en que hayan de residir para los efectos correspondientes. Y en cuarto lugar, han de ser inscritos en el preciso concepto de transeuntes, en la matricula ó padron general de Estrangeros que deben formar y remitir anualmente traslado al Gobierno las autoridades en la forma que se previno por cedula de 5 de Enero de 1754 y 28 de Junio de 1764, y por las leyes 8, 9, 10 y sus notas tit.º 11 lib. 6 de la novisima Recopilacion y recientemente por las Reales ordenes de 20 de Diciembre de 1836 y 11 de Agosto de 1837.= Aunque todas las leyes y disposiciones citadas deben reputarse vigentes en cuanto las posteriores en fechas notas deroguen multitud de causas han producido modificaciones indispensables y un cambio insensible y sucesivo en el espiritu de la legislacion en esta parte. Envolvian nuestras leyes cierto principio de hostil sospecha y temerosa precaucion contra los subdi-

tos estraños. La continuacion de la paz general, el mayor grado de prudente tolerancia que en ciertos puntos ha renacido en las naciones de Europa, la cesacion del esclusivismo nacido de los pactos de familia, el desarrollo y necesidades de la industria, la facilidad en las comunicaciones y consiguiente frecuencia en los viajes y por ultimo el gran progreso de la civilizacion Europea con multitud de otras causas, simultaneas han ido reduciendo aquel principio á lo que reclama en todo concepto la conservacion de la seguridad y el provecho bien entendido del Estado.= De aqui nace que en la aplicacion é inteligencia de las disposiciones de que se trata ha tenido alguna estension así en la practica como en las leyes posteriores. Por eso se reputan como estrangeros transeuntes a pesar de larga residencia en esta Monarquia, los Comerciantes por mayor en las Ciudades, y Villas y Lugares de la misma y especialmente en los Puertos y Plazas de Comercio, los que por este viajan con frecuencia y los factores de negocios ó encargados de cuentas y comisionados de casas estrangeras que resida mas ó menos tiempo en la Peninsula. Por eso no subsiste hoy en practica la prohivicion de egercer los Estrangeros transeuntes algunos de los oficios y profesiones y artes que las leyes reservavan anterior y esclusivamente á los naturales vecinos y domiciliados de estos Reinos. Por eso no se ha dado mas latitud aunque no ya sin graves abusos, que deben cuidadosamente remediarse, á la calidad espresada y esenciones consiguientes á subditos de otras potencias. Y por eso en fin la Real orden de 11 de Agosto de 1837 permitió á los individuos de que se trata egercer las artes liberales y oficios mecanicos, y el Comercio por menor, aun sin avecindarse con la competente autorizacion de los Gefes Politicos y sometimiento al pago del subsidio industria ó de la contribucion que le sustituya. Y el articulo 19 del Código de Comercio dispuso que los Estrangeros que no hayan obtenido la naturalizacion ni domicilio legal, podrán egercer el Comercio en territorio Español, bajo las reglas convenidas en los tratados vigentes con sus Gobiernos respectivos .= La estension, de que se trata, no ha pbdido ni puede comprender sin embargo los derechos propios y esclusivos de la vecindad y aun menos los derechos propios y esclusivos de la vecindad, y aun menos los derechos politicos y todos los demas goces reservados esclusivamente, segun la Constitucion y las leyes á los subditos españoles, y a los naturalizados y avecindados. La esencion y los derechos en esta parte, son correlativos; y en tanto puede estimarse á los Estrangeros transeuntes esentos de las cargas y servicios personales aunque jamas esentos de las cargas repartidas y anejas á los bienes de cualquier clase, que en estos Reynos posean en cuanto estan privados

tambien de los beneficios propios y peculiares de los subditos y vecinos. En tanto se hallan sugetos a cumplir para su recidendencia con las obligaciones especiales, que las leyes administrativas y de policia les imponen, en cuanto disfrutan del fuero particular de que se trata= Corresponde, pues disputar el fuero de estrangeria unicamente á los Estrangeros que tienen la calidad de transeuntes con arreglo á la doctrina esplicada. Puede por tanto, contestarse á la segunda pregunta que ahora ha ecsaminado el Fiscal, diciendo que las calidades y circunstancias que han de concurrir en el Estrangero para que pueda gozar del fuero de Estrangeria, son las que, como queda demostrado, ecsigen las leyes para entrar y permanecer en el Reyno en concepto de transeunte= 3º.= ¿Cuales son los verdaderos limites de la espresada jurisdiccion, respecto de la clase de negocios que debe comprender? Contiene esta pregunta varias cuestiones parciales, que es forzoso ecsaminar separada y sucesivamente, como pasa á hacerlo el que suscribe= ¿"Se estiende el fuero de Estrangeria á los pleitos civiles y causas criminales, ó se limita solo á los primeros?" El Fiscal no vacila en afirmar que comprende el fuero así los negocios criminales como los civiles, sin embargo de la opinion contraria muy generalmente arraigada por que la han sostenido la mayor parte de los autores contemporaneos y uno de nuestros mas celebres distinguidos y respetables diplomaticos Secretario de Estado y del despacho, cuyos trabajos en esta materia ha procurado tambien ecsaminar el que suscribe para estudiarla en tan perita y autorizada interpretacion. El Sr. Conde de Ofalias en un razonado y luminoso informe que dió al Gobierno en 1821 con motivo de haber abolido las Cortes el fuero de Estrangeria, demostró su ecsistencia y observancia procedente de los tratados y la necesidad de hacer nuevas estipulaciones con las potencias para abolirle, pero supuso siempre que este fuero era puramente civil= Orijinó sin duda y generalizó esta doctrina la disposicion de la Real Cedula de 24 de Octubre de 1782, que es la ley 8ª tit.º 36 lib. 12 de la Novisima recopilacion. Su puesta la falta de reciprocidad de parte de las otras potencias abolió en efecto aquella ley el fuero criminal privilegiado de los Estrangeros, aunque de modo que no sin alguna razon pudiera inferirse que establecia principalmente el desafuero particular, solo para los delitos contra el orden público ó mas bien para las infracciones de las reglas de policia y buen gobierno de los pueblos. A semejante raciocinio inducen naturalmente las palabras de la parte dispositiva de la ley. He venido en mandar y dice su autor, el Sr. Rey D. Carlos 3º que todas las justicias de mis Reynos y Señorios en sus respectivas jurisdicciones procedan contra los Estrangeros transeuntes ó domiciliados de cualquier nacion que

delinquieren ó infringieren los bandos públicos = Pero suponiendo cierta y absoluta la derogacion completa del fuero criminal, todavia pudiera suscitarse otra duda importante, ¿Cabe derogar por una ley privada de un Reyno los pactos celebrados y subsistentes con otras potencias, cuando subsiste la posibilidad de cumplirlos segun la organizacion publica de la Nacion que los deroga?= Bastale al Fiscal enunciar las dudas ó cuestiones anteriores, pues aun concediendo una solucion diametralmente contraria á la doctrina de la subsistencia del fuero criminal sentada por el que suscribe, todavia esta es cierta é inconcusa por estar fundada á su parecer, en razones indestructibles.= Concedase en buen hora la derogacion del fuero criminal en virtud de lo dispuesto en la Real Cedula de 24 de Octubre de 1782 antes citada con toda la claridad y la autorizacion que se quiera. Una disposicion posterior en fecha que derogó de nuevo aquella derogacion misma, restablecio tambien clara cierta y legitimamente la estension del fuero á las causas criminales. En 3 de Setiembre de 1783, es decir, en el año siguiente al de la espedicion de la Real Cedula mencionada se ajustó en Versalles un tratado entre España é Inglaterra en cuyo articulo 2º se estipuló. Los tratados de Westfalia de 1648; los de Madrid de 1667 y 1670, los de paz y Comercio de Utrech de 1713; el de Baden de 1714; de Madrid de 1715, de Sevilla de 1729, el tratado definitivo de Aics la Chapelle de 1748; el tratado de Madrid de 1750; y el tratado definitivo de Paris de 1763 sirven de basé y fundamento al presente tratado; y para este efecto se renuevan y confirman todos en la mejor forma.= Ahora bien, no puede sugetarse á ningun género de dudas que segun las estipulaciones de los tratadps referidos, renovados, como se ha visto con posterioridad á la espresada Real Cedula, el fuero de Estrangeria comprendia á los pleitos civiles y causas criminales, como se vé clara y espresamente entre otras en las siguientes estipulaciones.= Tratado de 23 de Mayo de 1667 inserto en el de Utrech de 9 de Diciembre de 1713. Articulo 9º y referencia á la primera Real Cedula inserta en el tratado, en el parrafo 8º.= que en la jurisdiccion especial de Estrangeria entonces egercida por su Juez, ante este y no otro privativamente en 1ª instancia hayan de pasar y seguirse todas las causas y pleitos. En el parrafo 1º de la Cedula 2ª designando el Juez privativo, espresa= "el cual puede conocer de todas las causas civiles y criminales" y en la 3ª Cedula, "que cuando los pleitos fueren entre los de vuestra nacion y las causas fueren civiles ó criminales, habeis de gozar solamente de dicho privilejio" . Es incuestionable á juicio del que suscribe que un tratado celebrado entre potencias tiene por lo comun en sus estipulaciones la fuerza de una ley del Reino respecti

vo en que han de observarse. Luego es evidente tambien, que con posterioridad á la espedicion de la Real Cedula se estableció de nuevo en España el fuero criminal de Estrangeria para con los Ingleses que por razones harto obvias deducidas de lo anteriormente espuesto, debe estimarse estensivo á los subditos de las demas naciones antes espresadas. Por eso el compilador de los tratados de la Casa de Borbon, cuya opinion es por cierto tambien respetable, sienta como un principio unconcuso que los Estrangeros disfrutan fuero privilegiado criminal; y por eso ha sido tal la practica en muchos puntos de la Peninsula, como demostrará mas adelante el que suscribe; y por eso en fin puede esplicarse en este mismo concepto la disposicion de la Real orden circular de 17 de julio de 1819 en que á consecuencia de repetidas reclamaciones que desgraciadamente muchas veces con fundados motivos dirigen al Ministerio de Estado los Embajadores y Ministros Estrangeros para sostener los derechos y defender los intereses de los subditos de sus respectivos gobiernos" se encargó por todas las Secretarias del Despacho el puntual cumplimiento de lo prevenido en las leyes para conservar la buena fé en la observancia de los tratados que ha sido siempre caracteristica de la Nacion Española". No sostiene el Fiscal con tanto empeño la estension de este fuero á las causas criminales movido por su pretension de estender los limites de la suprema jurisdiccion de V.A. La defiende, por que tienda mas intima conviccion de que así lo establecen las leyes vigentes y por que es muy conforme en este supuesto con el decoro y la dignidad de la nacion y el mejor servicio del Estado.= El fuero civil puede en verdad considerarse como un mero privilejio concedido para favorecer subditos estraños. Mas el fuero criminal, por el contrario, puede fundarse en la conveniencia publica de la Nacion que le concede: y mientras subsista el primero, decoroso es por tanto y digno que permanezca el 2º.= Egercida esta jurisdiccion por autoridades militares ha de tener de suyo mayor fuerza, especialmente para la egecucion de sus disposiciones; é importa que se repriman y castiguen las demasias y delitos de los estraños màs fuertemente si cabe que las de los vecinos de estos Reynos. Encomendado ademas el egercicio de esta jurisdiccion á autoridades especiales, que reconocen un solo y esclusivo. Tribunal superior en el supremo de V.A. se hallará naturalmente mas garantia del acierto y uniformidad en la practica de la jurisprudencia internacional. La residencia por último del Tribunal de V.A. en la Corte cerca del Gobierno de S.M. á quien á veces puede importar en gran manera el conocimiento de los delitos cometidos por los Estrangeros y de su represion ó castigo para poder contestar facil, segura y prontamente á los representantes de otras potencias,

y para otra multitud de fines distintos, es otra razon que aconseja la subsistencia del fuero criminal tal como hoy se halla, mientras se conserve el general de Estrangeria. Y otras mas pudiera esponer el Fiscal, como las que se infieren de ser por lo comun la residencia de los Estrangeros los puntos fronterizos o puertos y plazas fuertes de guerra, si no temiera molestar en demasia la atencion de V.A., y si por otra parte no se ocurrieran sin duda á su ilustracion superior= Mas no terminará el que suscribe sus reflecciones sobre este punto sin traer en apoyo de su parecer una particularidad notable. De orden de V.A. se pidió informe al Capitan general de la Isla de Cuba, sobre la observancia del fuero de los Estrangeros en aquellos dominios donde por cierto conviene mucha mayor circunspeccion en conceder franquicias y privilejios á subditos de otras naciones y no facilitar estraordinariamente su entrada y residencia. Aquel Capitan general, aunque equivocandose en el origen de la concesion, la considera como un medio de Gobierno conveniente en la actualidad y se espresa en estos terminos. "Este fuero no se concedió por cierto como un privilejio para los Estrangeros sino como una cosa escepcional que puede ser util para la misma seguridad del Estado. Ellos como subditos de otro Soberano tienen en sus agentes y Ministros públicos quien los defienda y proteja; y parecia por lo mismo conveniente que sea el juez de ellos la autoridad armada por razones que V.A. conoce mejor que el esponente. Estas son las mismas en la Peninsula que en Ultramar y, ademas los Estrangeros residentes en esta Isla claman siempre por el fuero militar, creyendo que les ofrece mas garantias la Capitania general que los juzgados ordinarios. Acaso en esta creencia hay mucho de ideal por que los juzgados ordinarios tienen aquí un superior en las audiencias que cuidan de que la justicia se administre; pero ellos lo desean y apetecen y esta vez andan las propensiones particulares hermanadas con la conveniencia publica". Desde luego se conoce que las razones espuestas por aquella autoridad superior se refieren á la estension del fuero, no solo en lo civil sino principalmente en lo criminal.= Muy lejos por consiguiente de escogitarse medios para destruir en la peninsula (pues el que suscribe prescinde ahora de todo lo relativo á Ultramar) el fuero criminal de los Estrangeros debe conocerse el fundamento legal en que se sostiene, como el Fiscal cree haberlo demostrado= ¿En los pleitos civiles se limita el fuero pasivo ó se estiende tambien al activo? Al principio de la concesion fue tan estensa que contra todo principio de derecho comun y con notable irregularidad comprendia uno y otro caso, pero á muy corto tiempo despues se limitó al fuero pasivo por la disposicion del articulo 1º de la Real Cedula de 9. de Noviembre de 1645 an

tes citada"; y cuando los dichos pleitos, dice, fuesen con Españoles ó con otras personas de diferentes naciones el Juez conservador haya de conocer y conozca solamente las causas en que fueran reos convenidos y no cuando fueran actores demandantes".= Esta disposicion inserta, repetida, autorizada y confirmada en los tratados, de que se ha hecho merito, ha servido de base y fundamento al fuero de Estrangeria. Luego puede decirse con toda seguridad que desde su origen mismo se limita la concesion al fuero pasivo.= ¿En los negocios propios de esta jurisdiccion cabe el desafuero? Tambien en este punto se vé precisado á impugnar el que suscribe una opinion bastante generalizada entre los diplomaticos y personas entendidas en el ramo. Suponese que la estipulacion del fuero es tan personal, que en ningun caso puede ser desaforado el Estrangero que la disfruta, y que no cabe tampoco el desafuero por que las escepciones de la jurisdiccion militar no se estienden á la de Estrangeria por ser una y otra verdaderamente distintas.= No obsta la personalidad en la concesion del privilejio para que proceda el desafuero, segun el principio general de derecho, si en las estipulaciones de los tratados no se hubiese convenido cosa en contrario. Y que en los tratados no se pactó así y se supuso aquella posibilidad absoluta de casos escepcionales del privilejio se demuestra con que de los convenios celebrados sobre este punto se dedujo desde luego el desafuero en las causas de contrabando, con la aquiescencia de las naciones contratantes. Nueva y reciente demostracion de este mismo principio se halla en los tratados convenidos con la misma Inglaterra sobre abolicion del tráfico de negros, en que se supone la abolicion de todo fuero privilejiado con referencia á delincuentes de procedencia estrangera. Para comprobar este aserto pudieran citarse ademas diferentes egemplos que con la aquiescencia de los representantes de otras potencias por no haber intentado reclamacion ninguna, han sancionado la escepcion y el principio del desafuero. Entre otros, recuerda el Fiscal el de la competencia suscitada entre la jurisdiccion de Marina y la de Estrangeria sobre la arribada á uno de los puertos de Canarias del Bergantin Dosamigos: competencia que fue decidida en favor de la Marina por el Gobierno de S.M.= No es, en efecto, el fuero de los Estrangeros el mismo que el de los militares a pesar de la inesactitud ó error con que así se sienta por muchos autores aun el mismo Escriche en su Diccionario razonado de Jurisprudencia y Legislacion o inexactitud justificada en cierto modo por la intima analogia de una y otra jurisdicion hasta el punto que puede decirse que lo militar comprende á la de Estrangeria, y por eso se denominan militar indistintamente una y otra: y error que no debe causar gran estrañeza, si se reflecciona cuan

poco se ha profundizado generalmente en el estudio de este asunto; y en el ecsamen de las estipulaciones vigentes con las otras potencias.= Quede, pues sentado que no es uno mismo en verdad el fuero de Guerra y el de Estrangeria. Pero esa diferencia no impide que uno y otro haya sus escepciones como se referira mas adelante, ni cabia que una Nacion se desprendiera tan completamente del derecho de reserva del privilegio algunos casos en que pudiera reclamar el desafuero hasta la propia conservacion de sus intereses de su seguridad y de su independencia.= ¿Tiene este fuero algunas escepciones generales ó particulares segun la clase respectiva de los mismos asuntos que pueden originar los procedimientos ademas de las causas de contrabando?= Aunque como se ha sentado antes, el fuero de Estrangeria no es absolutamente el mismo que el fuero militar, por la analogia tambien antes demostrada, muchas de las reglas aplicadas al segundo han venido á aplicarse al primero; resultando así que con la equiescencia y sin reclamacion alguna de parte de las potencias estrañas se ha formado jurisprudencia en algunos puntos relativos á las escepciones del fuero. Por tal razon se ha dicho y, no sin fundamento, aunque vagamente que estan esceptuadas de la jurisdiccion de estrangeria las mismas causas, que lo estan del fuero militar.= Mas en lo que puede establecerse, á juicio del que suscribe, una regla fija es en escluir de este fuero, seguir la clase de los mismos asuntos que pueden originar los procedimientos, ademas de las causas de contrabando, los siguientes= 1ª Los pleitos sobre negocios mercantiles procedentes de actos de Comercio celebrados en territorio Español. Ya en nuestra antigua legislacion se consignó un principio, en que puede fundarse esta escepcion "Todos aquellos, que son del señorio del facedor de leyes... son tenidos de... judgarse por ellas et non por otro escripto... et eso mesmo decimos de los que fuesen de otro Señorio que ficiesen ni pleito ó postura ó yerro en la tierra don se judgase" Dice la ley 15 tit.º 1º partida 1ª y la 15 tit.º 14 partida 3ª que si por aventura alegase la ley ó fuero de otra tierra, que fuése fuera de nuestro Señorio, mandamos que en nuestra tierra non haya fuerza de prueba". La aplicacion de este principio en los negocios en que versen contratos y con especialidad siendo mercantiles, reclama el conocimiento de jueces especiales. En algunos de los espedientes que corren unidos á este, que hoy tiene á la vista V.A. resultan las decisiones y Reales ordenes que desde 1759 y 1761 recayeron estableciendo la jurisdiccion de los Tribunales de Comercio, como esclusion para conocer de esta clase de asuntos aun siendo los interesados Estrangeros transeuntes sin que resulte especial reclamacion en contrario; y recientemente el articulo 20 del Codigo de Comercio establece que todo estrangero

en el hecho de celebrar actos mercantiles en territorio Español se sugeta á los Tribunales y á la legislacion del Reyno de este ramo.= Debe advertirse que realizada completamente la reforma de las Leyes mercantiles mediante la promulgacion de un Codigo general y Ley correspondiente de enjuiciamientos pueden reputarse caducadas todas las estipulaciones anteriores por que los pactos con otra potencia no pueden ligar á ninguna á no reformar y reorganizar un ramo de la administracion publica aun sobre las bases distintas de las que anteriormente se hallaban.= 2ª escepcion de la generalidad del fuero de Estrangeria, será como antes se ha dicho, las causas procedentes de los tratados y leyes relativas al trafico de negros= 3ª Los procesos criminales que se instruyeren á consecuencia de lo dispuesto en la ley de 17 de Abril de 1821. Con arreglo á su articulo 14 en las causas de esta ley no habrá lugar á competencia alguna fuera de la que pudiese suscitarse entre las jurisdicciones ordinarios y militar segun los limites que allí se señalan" Contra esta disposicion en vano se alegaria lo pactado en los convenios con otras potencias por que en los casos á que la ley se refiere, notais ya las hostilidades de parte de los subditos ó habitantes de cualquier clase contra el Gobierno, estos se convierten en sus enemigos y el derecho de la propia defensa no menos sagrado respecto de su Gobierno que de un individuo, debe anteponerse á cualquier otro. Por un principio semejante los reos de pirateria nos se consideran subditos de ninguna potencia.= 4ª Los delitos cometidos á bordo y en alta mar, segun ha demostrado el que suscribe en uno de los espedientes adjuntos á que se refiere, así como los juicios de presas y las de naugrafio con arreglo á las ordenanzas maritimas contra cuyas disposiciones no pudiera reclamarse con fundamento por el representante de ninguna potencia Estrangera y con tanto menos motivo cuando de estas últimas causas ha de conocer en ultimo termino la superioridad de V.A. que sea reasume el egercicio de la superior y suprema jurisdiccion de Estrangeria.= 4º ¿Por quien se egerce esta jurisdiccion y en que forma? ¿Cuales son sus juzgados y Tribunales superiores y Supremo; cual la dependencia de los primeros en cuanto á la firmeza y calidad egecutoria de sus fallos y determinaciones y que se ha practicado sobre este particular en tiempos anteriores?= Depues de haber caducado, como en la Real orden de 20 de Julio se espresa, la institucion de Jueces conservadores pasó el egercicio de esta jurisdiccion á los Gobernadores militares de las plazas maritimas. En las disposiciones relativas á este particular que son el Real Decreto de 21 de Diciembre de 1759 y las Reales ordenes de 21 de Mayo de 1760, 1º de Diciembre de 1761, 19 de Diciembre de 1772, 15 de Setiembre de 1775 y 15 de Mayo de 1781,

se hace mencion mas especialmente del Gobernador de la plaza de Cadiz y aun de la del Ferrol; pero por deduccion de las doctrinas contenidas en las disposiciones citadas sancionadas por la practica casi general y constante, ha venido á establecerse que los juzgados de 1ª instancia en esta jurisdiccion estan á cargo de los Gobernadores de las plazas maritimas con los Asesores del Gobierno militar, cuando en las plazas no residan los Capitanes Generales, esceptuando la plaza de Cadiz á cuyo Gobernador corresponde particular y privativamente en todo caso, segun lo dispuesto en la citada Real orden de 1781 y en los demas puntos fuera de aquellas plazas á cargo de los Capitanes generales con sus Auditores respectivos.= El Tribunal superior inmediato y supremo juntamente al de los juzgados es el de V.A. con arreglo á lo convenido en el articulo 15 del tratado de Utrech y á lo dispuesto en varias de las otras de terminaciones citadas y los Reales Decretos de 7 de Abril de 1834 de 31 de Julio de 1835, en que se instituyó este Tribunal Supremo de Guerra y Marina y de Estrangeria y se disignaron sus atribuciones.= La dependencia de los juzgados respecto de la superioridad de V.A. consiste principalmente en cuanto á la sustanciacion de los procesos en la obligacion de dar cuenta á esta superioridad de todas las causas criminales que se formaren de nuevo y sucesiva y periodicamente de su progreso y resultado con arreglo á las prevenciones de esta superioridad; de admitir para ante la misma todas las alzadas que por las partes se interpusieren de las providencias interlocutorias en que cupiere la apelacion con arreglo á derecho de evacuar los informes que por V.A. se ordenasen.= de remitir los estados de causas y pleitos pendientes segun está prevenido= de remitir en consulta toda sentencia definitiva que recayere en causa criminal, aun cuando no se alzaren los interesados y de proceder en fin conforme á las leyes que arreglan la sustanciacion de los procesos= Los fallos de los juzgados inferiores en los pleitos civiles no pueden adquirir la calidad egecutoria sin la confirmacion del Tribunal de V.A. á menos que por no haberse interpuesto apelacion ó por voluntad espresa ó abandono de las partes se declaren por consentidas y pasadas en autoridad de cosa juzgada. En las causas criminales jamas puede egecutoriarse un fallo sin la decision de este Tribunal Supremo.= En todo cuanto puede manifestar el Fiscal en contestacion á la 5ª pregunta contenida en la Real orden, por que sin un trabajo mas que prolijo no podrá averiguar lo que sobre este asunto se haya practicado en tiempos anteriores aunque puede afirmarse por punto general que las practicas ha sido uniformes y constantes con pocas alteraciones.= 5ª ¿Cuales son las practicas que infundadamente se han establecido en contra de lo que debe estimarse vi-

gente acerca de la observancia del fuero de Estrangeria?". No acierta el Fiscal á satisfacer de otro modo á esta pregunta que esponiendo todo cuanto resulta en el espediente adjunto de los informes evacuados por las autoridades militares á consecuencia de lo dispuesto anteriormente por V.A.= De los distintos dictamenes que contienen puede deducirse de alguna manera cuales son las practicas en que naturalmente deben haberse fundado.= Informan pues que el fuero de Estrangeria es civil, y criminal aunque meramente pasivo los Juzgados autoridades y Gefes superiores militares de Madrid, Sevilla, Granada, Valladolid, Zaragoza, Pamplona, Ferrol, Cadiz, Malaga, Algeciras, Tarifas, Cartagena, Peñiscola, Ybiza, Bayona, Tolosa, Rozas y Almeria. Entre estos se comprende el Juzgado de la Comandancia general del Departamento de Marina de Cartagena.= Por el contrario, informan que el fuero de Estrangeria es meramente pasivo, las autoridades de la clase referida de Mahon, Santoña, Santa Cruz de Tenerife, Badajoz, Alicante y el Juzgado de la Comandancia general del Departamento de San Fernando= que es meramente civil activo y pasivo el Juzgado de la Capitania general de las Baleares. Impugnan la completa ecsistencia del fuero de toda clase en su informe del año de 1843 el Capitan General de Galicia, y no sienta con certeza ninguna doctrina en el suyo el Juzgado de Barcelona.= 6º.= ¿"Cuales son por último las determinaciones y en que forma deben adoptarse por el Gobierno de S.M. á fin de que tengan puntual cumplimiento las disposiciones que resulten vigentes sobre este asunto con objeto de cortar toda contradiccion en la observancia de aquellos principios en las dudas y dilaciones en los negocios y las reclamaciones de Potencias Estrangeras"?= El Fiscal ha satisfecho ya á esta pregunta con lo que propuso en la 1ª parte de este mismo dictamen. En efecto solo tratandose este asunto en Consejo de S.S. Ministros, y acordandose por todos la determinacion antes espresada y comunicandose por todos los respectivos Ministerios el acuerdo que recayese, podian remediarse todos los inconvenientes que hoy se presentan en este asunto en menoscabo hasta de la autoridad del Gobierno.= No importa tanto là inoservancia de las estipulaciones que puedan estimarse vigentes como evitar las contradicciones de lo que se halla dispuesto y se egecuta en los diferentes ramos de la Gobernacion y administracion publica. Si el Gobierno de S.M. juzga en su alto conocimiento que el bien del Estado reclama la estincion del fuero de Estrangeria aun antes de que llegue á plantearse la reforma de la administracion de justicia conviene en gran manera que se comunique la derogacion de las disposiciones, que encargan alguna muy recientemente como se ha visto la observancia de este fuero. Si por el contrario èstima indispensable el cumplimiento de las esti-

pulaciones anteriores con otras potencias mientras no se ajustan otros convenios ó se realiza la reforma indicada, que imposibilite la ecsistencia de fueros privilegiados menester es indispensablemente que asi lo mande observar con toda puntualidad por todas las Secretarias del Despacho como V.A. repetidas veces ha consultado. En este último caso la determinacion puede tener el caracter de provisional que el Fiscal indicó sin que se conceda mas derechos á los subditos de las Potencias Estrangeras que los que se funden en los tratados que puedan reputarse vigentes segun todas sus condiciones, y con esa misma calidad y caracter pudiera redactarse y circularse una instruccion, en que fueran comprendidos los derechos civiles que hoy asisten á los subditos de las Potencias estrangeras residentes en el Reyno, con cuya observancia se evitaria toda contradiccion y las dilaciones y reclamaciones, á que se refiere el Gobierno de S.M. en la Real orden comunicada por la primera Secretaria del Despacho.= Parte tercera= Hasta aqui ha espuesto el Fiscal cuanto se le alcanza para resolver las diferentes cuestiones que contiene la Real orden comunicada por aquel Ministerio pero juzga que debe añadir algunas otras observaciones y advertencias sobre diferentes puntos que versan en esta materia, y que importa tener presente para resolver con la posible seguridad del acierto.= Se cita comunmente, para demostrar la imposibilidad legal de la ecsistencia del fuero de Estrangeria, la disposicion del articulo 248 de la Constitucion de 1812, comprendido en el titulo 5º que tuvo fuerza de ley por la de 16 de Setiembre de 1837 y la disposicion de la Constitucion politica ultimamente promulgada. En uno de los espedientes unidos demostró ya el que suscribe el error de induccion semejante. En aquel articulo se estableció, en efecto, que en los negocios comunes no habia mas que un solo fuero; mas pueden escluirse muy bien de esta generalidad sin gran violencia los negocios relativos á los Estrangeros, pues aquella regla se establecio sin duda como la del articulo anterior para los Españoles: ademas el artº 250 sancionó la ecsistencia del fuero militar, dentro del cual, aunque no sea uno mismo, se halla comprendido el de Estrangeria; y por último la disposicion del citado articulo 248, debe estimarse completamente derogado, como realmente se halla, en virtud de lo que desde luego establecio la citada Ley de 16 de Setiembre de 1837. Declaró subsistentes todas las disposiciones contenidas en el articulo 5º de la Constitucion de 1812 que no hayan sido derogadas ó modificadas por la constitucion de 1837 la disposicion de que se trata fué evidentemente modificada por aquella Constitucion cuyo articulo 4º estableció que unos mismos Códigos regiran en toda la Monarquia, y en ellos no se establecerá mas que un solo fuero para todos los Españo

les y cuyo articulo 64 remitió á las leyes los Tribunales, y Juzgados que ha de haber, su organizacion y sus facultades. Aun con posterioridad ha tenido nueva alteracion este principio en la reforma de la ley fundamental promulgada en 1845. Su articulo 4º teniendo ya la elasticidad que conviene en esta clase de leyes, se limita á establecer que unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquia, y un articulo 67 hace la misma remision á las leyes, que el 64 mencionado anteriormente. Luego es un error manifiesto combatir la ecsistencia del fuero de que se trata con el articulo 248 referido y con la Constitucion de la Monarquia, haciendola incompatible con sus disposiciones.= Tampoco puede impugnarse con la falta de reciprocidad en conecsion indentica por parte de las naciones Estrangeras. La reciprocidad pudo ser una razon para ecsigir de las otras Potencias las mismas concesiones que se les otorgaban cuando se ajustaron los respectivos convenios; pero no lo es sin duda despues para negarse al cumplimiento de los pactos, que por otros titulos deban reputarse vigentes. Asi se demostró ya en el informe citado en este dictamen al mismo tiempo que se hizo ver que la falta de reciprocidad en este punto no era tan general y absoluta, pues hasta la particularidad del establecimiento de Jueces conservadores fué pactada con alguna potencia, como sucedio con Portugal.= Cuanto ha espuesto anteriormente el que suscribe en la clasificacion de los Estrangeros para comprobar que solo los transeuntes, segun las leyes del Reyno, son los que deben disfrutar del fuero de que se trata, ha omitido el Fiscal entre aquellas clases hacer mencion de los Embajadores Ministros y representantes en general de las otras Naciones por que mediante su calidad y representacion se les considera, por un principio y ficcion de derecho, como fuera del territorio de la Potencia, cerca de la cual egercen su mision respectiva, y no se ha detenido á esponer todo lo relativo á la inmunidad y derecho de estas personas, por que no son á su entender, objeto de este dictamen ni del informe de V.A.= Por lo mismo tampoco se ha detenido á ecsaminar las clases en que pueden considerarse los dependientes y familias de los representantes Estrangeros, por siguiendo la condicion de aquellos se hallan generalmente fuera del derecho comun. Mas para completar todo lo que á este asunto concierne, debe tenerse presente que en los casos de delito grave, de que habla la ley 7 titulo 9 lib.º 3 de la Novisima Recopilacion han de reputarse los delincuentes sugetos á la jurisdiccion de Estrangeria. Contra esta induccion pudiera decirse, que la ley citada establece que en este caso el criado del Embajador "debe ser tratado como vasallo" pero esto debe entenderse, á juicio del que suscribe, en cuanto á la perdida de la inmunidad que previene la frase antecedente de la misma ley

para declarar al reo justiciable por la autoridad, á quien corresponda. Perdida aquella inmunidad queda el Estrangero de quien se trata en la clase de transeuntes y sometido por tanto á los Jueces, que entienden en la generalidad de estos asuntos. Constituyen una particularidad en los mismos como el Fiscal indicó anteriormente, los convenios ajustados con las Potencias Mahometanas; y ya que V.A. ha de abrazar en la estension de su informe todo lo concerniente á esta materia parece oportuno recordar las estipulaciones vigentes sobre este punto.= Se presentan en primer lugar los tratados convenidos con la Puerta Otomana. Se han ajustado tres distintos en 14 de Setiembre de 1722; en 16 de Octubre de 1827, y en 14 de Marzo de 1840 notables por la singularidad de los pactos en la parte de procedimientos judiciales.= Por el Capitulo 5º del 1º de los tratados referidos se estipuló que en caso de controversia contra los Consules ó interpretes de S.M. C; y que esta esceda de la suma de cuatro mil aspros (el aspro vale diez mil mrs.) deberá remitirse al juicio de la sublime puerta. Si á los negociantes ú otros subditos de S.M.C. se les demandase de cualquier modo, no podra el juez decidir, ni fallar la causa sin la presencia del interprete. Las diferencias entre subditos Españoles seran ecsaminadas y terminadas por sus Consules é interpretes y del mismo modo se procederá con los subditos del Imperio Otomano que residieren en los dominios Españoles.= Segun el Capitulo 6º las Autoridades Mahometanas no podrán encarcelar á los subditos de S.M.C. ni molestarles ó injuriarles sin razon; y si algun Español fuere preso, á la primera reclamacion de su Ministro ó Consules se les entregará para ser castigado segun lo mereciese. Esta última estipulacion no tiene reciprocidad de parte nuestra, sobre cuya circunstancia llama el Fiscal particularmente la atencion de V.A. por lo que se ha dicho acerca de esta clausula en general. Y como en los tratados posteriores al de 1782 no se alteraron aquellos pactos, pues el de 1827 se limitó al paso y Comercio se limito al pais y Comercio del Mar negro; y en el de 1840, se confirmaron todos los derechos privilejios é inmunidades concedidas á los subditos Españoles resulta vigente que á los subditos de S.M.C. en caso de delinquir, serán entregados como se ha visto, á los representantes del Gobierno, y que los subditos de la sublime Puerta, residentes en el territorio Español como transeuntes deberán considerarse comprendidos respecto de lo criminal en la generalidad del fuero de Estrangeria.= No puede decirse lo mismo de los subditos del Gobierno Marroqui con cuya potencia se halla pactada la mas estricta reciprocidad en cuanto á la estradicion y entrega de los delincuentes. En el tratado convenido en 1767 se estipuló por el articulo 10 la estradicion al Gobierno Español de los desertores de los

presidios de Africa= Por el articulo 12, que de las causas así civiles como criminales solo podria reconocer el Consul de S.M.= En el tratado de 1799 se pacto que en los litijios suscitados por los Marroquies contra los Españoles se decidiran por los agentes Consulares de España; y si sucediere por el contrario, los Consules pasarán oficios al Gobierno Marroqui, para que sus subditos paguen á los Españoles pues ha de ser reciproca y de buena fé la administracion de justicia.= En las causas criminales segun el articulo 6º los Españoles delincuentes en territorio Marroqui serán entregados al Consul general ó Vice-Consul de España para que se imponga el castigo con arreglo á las leyes Españolas ó se remitan á su pais con la seguridad correspondiente, Igual reciprocidad se observará en España con los delincuentes Marroquies, enviandolos al primer puerto de Marruecos, sin que preceda diligencia judicial, no otra formalidad mas que la de un oficio del Gobernador ó justicia del Territorio donde se hubiese cometido el delito con referencia del crimen ó falta dirijido al Consul de España en Marruecos, para que aquel Gobierno castigue al reo, segun sus leyes é institutos.= En el carticulo 14 se pacta la estradicion de los desertores de los presidios de Ceuta, Melilla, Peñon y Alhucema, que deberán ser condúcidos desde luego á la presencia del Consul general de España, quedando á disposicion de este, para hacer de ellos lo que le ordene el Gobierno de S.M. C, que pagará los gastos de su conduccion y manutencion= Y hay en este pacto la notable particularidad de que si los desertores ante el Consul digesen "e insistiesen en abrazar el Mahometismo, entonces los recogerá el Gobierno Marroqui" y si se presentare algun desertor al Soberano" ante quien libremente digese que quiere hacerse Moro no se deberá en este caso conducir á presencia del Consul general". De lo espuesto en cuanto á las estipulaciones con el Gobierno Marroqui, se deduce que no alcanza á sus subditos el fuero de Estrangeria.= Por el contrario, en él estan comprendidos los Mahometanos dependientes de la Regencia y Rey de Tunez, pues asi debe deducirse del tratado convenido en 19 de Julio de 1791, cuando en él se concede á los subditos Españoles por los articulos 16 y 19 el privilegio de que el Consul general de su Nacion presencie la vista de la causa ante Rajá, el Dey, el Rey ó el Diran, y de que no pueda ser sentenciado mi castigado sin que el Consul se halle presente y se prueba en su presencia el delito.= Tambien deben estimarse comprendidos en la jurisdiccion de Estrangeria los subditos de la regencia de Tripoli segun se infiere de los tratados de 10 de Setiembre de 1784 y del de 30 de Setiembre de 1813 por cuyo articulo 5º volvieron á recordarse. Estos subditos deben ser considerados bajo iguales condiciones que los de la Puerta Otomana, habiendose pactado así

espresamente por el articulo 2º del tratado de 1784 y hay por cierto algunas estipulaciones con esa Regencia tan estrañas y notables como la del articulo 32 de aquel tratado, en que no cabe ni se conceviría tampoco la reciprocidad de nuestra parte.= Tales son las particularidades de los convenios que ecsisten con las Potencias. Mahometanas= Resta al que suscribe unicamente hacer una advertencia u observacion en lo que antes espuso relativo al juramento de los Transeuntes.= No vaciló en afirmar que no encuentra derogada la obligacion de que los Estrangeros presten el juramento entonces referido, a pesar de lo que dispuso la Real orden circular de 6 de Julio de 1807. Por ella mandó el Gobierno de S.M. " que en las actuales matriculas se omitan los juramentos y demas formalidades que se adoptaron en el año de 1792 por haberle ecsigido así las imperiosas e infaustas circunstancias de esta epoca". Parece pues, indudable que el juramento y formalidades que esta orden derogó, fueron unicamente los de la epoca citada y no los prevenidos en las leyes recopiladas anteriores.= Hechas estas observaciones y advertencias para completar cuanto debe el que suscribe esponer sobre este asunto presentando el Fiscal en resumen su dictamen, opina= 1º El fuero de Estrangeria que no es incompatible con la Constitucion politica del Estado, y para cuya observancia no es un requisito indispensable la reciprocidad, comprende á los subditos de Inglaterra, Francia, Portugal, Suecia, Dinamarca, Holanda y Napoles con cuyas potencias fue mas espresamente pactado; pero deben gozar de este fuero por las razones espuestas de notoria conveniencia y aun por la practica observada, los subditos de todas las Potencias amigas sin otra escepcion que los subditos del Gobierno Marroqui por la singularidad de las estipulaciones que con esta Nacion estan convenidas= 2º Comprende este fuero unicamente á los Estrangeros que tengan la calidad de transeuntes, segun las leyes del Reyno.= 3º. Se estiende a los pleitos civiles y á las causas criminales es meramente pasivo, y escluye, ademas de las causas, de contrabando, los asuntos de Comercio; los delitos que se juzgan por la ley de 17 de Abril de 1821; los cometidos á bordo, y los negocios de apresamientos y naufragios= Se egerce esta jurisdiccion en primera instancia por los Gobernadores de las Plazas maritimas, y por los Capitanes Generales en los demas puntos; y en ultimo grado por el Tribunal Supremo de Guerra y Marina y de Estrangeria= 5º No puede fijarse con esactitud las practicas contrarias, siendo favorables en la generalidad del Territorio dentro de la Jurisdiccion militar.= y 6º El Gobierno de S.M. debe acordar en Consejo de S.S. Ministros lo conveniente sobre la observancia de este fuero, y comunicarlo por todas las Secretarias del Despacho para su puntual cumplimiento".=

El Tribunal en pleno despues de un detenido ecsamen de este espediente, se conforma con el razonado y luminoso dictamen de sus Fiscales en que proponen las medidas que conviene que el Gobierno de S.M. se sirva adoptar para la solucion de este asunto en la forma mas acertada, y ha acordado lo manifieste así a V.E. como lo egecuto para la resolucion de S.M. advirtiendo al mismo tiempo que se devuelve la nueva comunicacion que en 25 de Marzo último dirigió el Capitan General de Cataluña que oportunamente se unió á este espediente y el Tribunal ha tenido presente, y que se acompañan tambien los antecedentes de la materia que obran en el mismo y marca la relacion adjunta, segun se previene en la Real orden de 5 de Marzo último, ya citada. Dios guarde a V.E. m.a. Madrid 31 de Mayo de 1847.= Escmo. Sor.= J.n José Martinez= Sr. Ministro de la Guerra.

A P E N D I C E X

Informe de la primera secretaría de Estado sobre el fuero de extranjería, Palacio a 9 de Septiembre de 1849.

Palacio 9 de Setiembre 1849.

Escmo Señor.

El Ministerio de la Guerra con fecha 31 de julio último dice que diferentes veces se ha consultado acerca de la observancia del fuero de estrangeria, con tanto mayor motivo, cuanto que algunas decisiones del Supremo Tribunal de Justicia dieron margen y con bastante fundamento á considerarse cuestionable este asunto. Que asi lo llegó á considerar el Juzgado de la Capitania general de Cataluña, á quien sin embargo de las mencionadas decisiones se previno sostuviese la jurisdiccion de aquel fuero por los medios prescritos en las Leyes del Reino; cuando en Real orden de 22 de febrero de 1847, comunicada por este Ministerio, se manifestó al de la Guerra la necesidad de que se adoptase una resolucion que pusiera término de una vez á las frecuentes reclamaciones que por falta de observancia del fuero de estrangeria se promovian por parte de los Representantes estrangeros.- En su consecuencia se dispuso por el Ministerio de la Guerra que El Tribunal Supremo de Guerra, Marina y estrangeria consultase lo que considerase mas conveniente sobre un asunto de tanta trascendencia. Así lo ha verificado el Tribunal acompañando á su dictámen copias de varias consultas y recuerdos que habian desaparecido en el incendio ocurrido en el Palacio de los Ministerios.- El Ministerio de la Guerra remite á V.E. copias de todos estos documentos, á fin de que en su vista pueda proponer lo que estime conveniente.

Uno de los docum.tos que acompaña el Ministerio es una circular espedida por el Tribunal Supremo de Justicia á las Audiencias, previniéndoles que en caso de ser cierto que los estrangeros transeuntes disfrutaban el fuero de estrangeria, segun habia llegado á entender el Tribunal, tuviesen presente las Audiencias que conforme al art. 248 tit.º 5º de la Constitucion de 1812, vigente como ley, no hay mas que un solo fuero para toda clase de personas, y que por el articulo 250 del mismo título, los militares son únicamente los que deben gozar fuero particular en los términos que previene la Ordenanza.

A consecuencia de esta orden, los Tribunales ordinarios de Cataluña pretendieron resumir el conocimiento de las causas contra estrangeros transeuntes, negandoles el fuero.

Uno de los Jueces de primera instancia de Barcelona procesó á un frances llamado Angel Alcen, acusado de robo.

Acudió el Consul reclamando el fuero, y el Ministerio de la Guerra, de acuerdo con el Tribunal de Guerra y Marina previno al Capitan gral. reclamase del Juzgado de 1ª instancia el conocimiento de la causa, formalizando si fuese necesario la correspondiente competencia puesto que el fuero continuaba vigente á pesar de la orden del Tribunal Supremo de Justicia.- Formalizose con efecto la competencia, pero se decidio en favor del Tribunal ordinario. Por esta razon, en otras causas ocurridas posteriormente, el Juzgado militar se abstuvo de formalizar la competencia: esponiendo al Ministerio que era diligencia inútil, pues que habiendo de decidirla el mismo Tribunal Supremo de Justicia, que habia dado la orden privando del fuero á los estrangeros, era consiguiente fallaria siempre las competencias en favor del Juez ordinario, como lo habia hecho antes.

Varias veces hizo presentes estas razones el Capitan general de Cataluña, recordando, cada vez que ocurria un nuevo caso de esta especie, la necesidad de que se adoptase una resolucion que removiese el perenne obstáculo que con este motivo encontraba la recta administracion de justicia.

Pero se amontonaron causas y consultas sin resolucion alguna: hasta que con motivo de la causa formada á D. Buenaventura Salsas, de Nacion frances, por estupro, apremiado el Capitan General para que enviase al Tribunal Supremo de Justicia el espediente de competencia, lo remitió efectivamente, dando cuenta al Ministerio de la Guerra en oficio de 26 de Abril de 1847. En la Consulta del Tribunal Supremo de Guerra y Marina de 21 de Mayo de 1847, el Fiscal Togado, con cuyo dictamen se conformó el Tribunal, divide su informe en tres partes.

El objeto de la 1ª es la determinacion que deba adoptarse para que cese desde luego y de una vez la especie de conflicto que nace de la irregular observancia del fuero de estrangeria.

El fiscal empieza recordando las consultas anteriores del Tribunal Supremo de Guerra y Marina. En el espediente promovido á instancia del Auditor de Marina D. José Sardo con motivo de cuestion de desafuero de un individuo perteneciente al militar p.r el delito de uso de armas prohibidas, demostró el Tribunal al Gobierno en acordada de 23 de Abril de 1845 la conveniencia de que se declarase como voluntad esplicita de S.M., que mientras el fuero militar en todos sus ramos y dependencias escista tal como se halla actualmente, se guarden y cumplan con escactitud las leyes

y Reales órdenes que le afianzan, tanto en los casos de aprehension de armas prohibidas como en los demas escpuestos en las mismas: "adoptándose esta determinacion en Consejo de SS. Ministros y circulándose á todas las autoridades á que corresponda para su puntual cumplimiento. En la generalidad de las frases referidas estaba sin duda comprendida, dice el fiscal, la observancia del fuero de estrangeria, en el supuesto de que el Gobierno de S.M. estimare subsistentes los pactos internacionales sobre este punto, con arreglo á lo que el Tribunal tenia ya informado por su acordada de 8 de febrero de aquel mismo año en el expediente tambien adjunto.

En otro que originó una reclamacion del Capitan general de las Provincias Vascongadas sobre las invasiones contra el fuero de guerra recordó el Tribunal en 20 de Noviembre la propuesta anterior, y aun aceptando el dictamen de los fiscales hizo el Tribunal importantes y trascendentales observaciones sobre los medios mas á propósito para la observancia de las leyes que rigen sobre el fuero militar, mientras no se reforme ó modifique por los poderes legitimos del Estado.

Tambien en esta propuesta estaba envuelto todo lo concerniente al fuero de estrangeria en el concepto antes expresado, y mas esplicita y especialmente reclamó el Tribunal del Gobierno la necesidad de adoptar aquella resolucion en cuanto á la observancia del fuero de que se trata en acordada de 20 de Noviembre de 1845, á continuacion del expediente formado por reclamacion del Capitan gral de Cataluña con motivo de competencia suscitada en actuaciones con D. Pedro Angel Alcen, súbdito frances, de que ya se ha hecho mérito.- Con mas particularidad todavia llamó el Tribunal la atencion del Gobierno á consecuencia de otro expediente, promovido por el Capitan general últimamente expresado, refiriéndose á los autos del mismo Sr. Alcen y a otros entre Barlon y Lebon, súbditos tambien franceses. Allí por acordada de 17 de junio, aceptando el Tribunal lo expuesto por el Fiscal, manifestó que si el Gobierno de S.M. no ocurria a remediar con muy pronta y eficaz determinacion las contradicciones que se advierten acerca de la observancia del fuero de estrangeria, mientras subsista ó se repúte vigente, se encuentra altamente comprometido el decoro y alta dignidad del Gobierno mismo, por la desobediencia de sus disposiciones á causa de la confusion lamentable que se observa en este punto y por la ocasion que todo esto puede ofrecer á reclamaciones desagradables de Potencias estrangeras: y allí volvió á proponer el Tribunal que poniéndose de acuerdo los Sres. Ministros de Guerra, de Mari-

na y Gracia y Justicia, ó bien conviniéndolo en Consejo de Ministros, se expidan desde luego las órdenes oportunas y eficaces, á fin de que cesen los efectos de toda determinacion acordada, por cualquier clase de autoridad, contraria al fuero de estrangeria; y a fin de que tenga esta puntual cumplimiento, tanto en los asuntos civiles como en los criminales, mientras no se establezca cosa en contrario y se conmunique por el Gobierno mismo.

El Tribunal, reproduciendo en su última consulta las acordadas referidas, propone de nuevo al Gobierno que dando cuenta de este asunto en Consejo de Ministros, se acuerde y mande circular por todos los Ministerios para su puntual y escacto cumplimiento una determinacion sobre las bases siguientes=

1ª Mientras que el Gobierno de S.M. delibera definitivamente acerca de la subsistencia del fuero de estrangeria, sin que al mismo tiempo se entienda que á los súbditos estrangeros se conceden mas derechos de los que puedan corresponderles por los Tratados y las Leyes que deban estimarse vigentes, y sin perjuicio de las reformas que se adopten en materia de procedimientos judiciales y en todo lo demas de la administracion pública, se estimará subsistente el fuero expresado de estrangeria, tal como por punto general se observaba hasta 24 de marzo de 1834 en que se instituyó el Tribunal Supremo de Guerra, Marina y Estrangería.

2ª Comprenderá este fuero las causas, tanto civiles, como criminales, en que fuesen reos demandados las personas que tengan la calidad de estrangeros transeuntes, con arreglo á las Leyes del Reino.

3ª Esta jurisdiccion se continuará ejerciendo como antes y hasta ahora en primera instancia por los Gobernadores militares de las plazas marítimas y en los demas puertos por los Capitanes Generales, y en seguida y última instancia por el Tribunal supremo de Guerra y Marina.

En la 2ª parte de su informe se propone el fiscal fijar la calidad, ejercicio, límites y jurisprudencia relativos al fuero de estrangeria.

El fiscal dice que el fuero de estrangeria tiene hoy por base generalmente una concesion casi gratuita de nuestro Gobierno, sancionada hasta cierto punto por la legislacion y jurisprudencia vigente, aunque disputada, como vé, en estos últimos dias, mas bien que una convension solemne con otras Potencias, que pùdièran reclamar

su constante observancia como un derecho inconcuso é indispensable. Que en el Tratado de Munster, celebrado en 1648 entre la España y los Estados generales de las provincias Unidas, que es el primer documento en que se hace referencia á este negocio, no se establecio verdaderamente la concesion del fuero de estrangeria. Que la referencia que se hace en el art.º 17 al Tratado y á los artículos secretos hechos por el Condestable de Castilla con la Gran Bretaña no puede suponer un privilegio, que á la sazón no se habia creado. Que los Jueces de la Cámara Mipartita establecida por el articulo 21, aunque deban atender al Comercio de los habitantes de los Paises Bajos tenian principal y esencialmente por encargo cuidar del cumplimiento y ejecucion del Tratado. Que el nombramiento de Jueces y Magistrado para la Administracion de Justicia, de que habla el artº 51, se refiere evidentemente al Gobierno interior de cada territorio de las partes contratantes. Y que por el contrario, lo convenido en los articulos 20, 30, 34 y 68 supone espresamente el ejercicio de la jurisdiccion ordinaria respectiva, aun para con los subditos estrangeros.

La primera vez que hubo de pactarse expresamente y con alguna solemnidad al privilegio del fuero, dice el fiscal que fué en el Tratado de 1667 con la Gran Bretaña. Alli y en los siguientes tratados se comenzó á dar fuerza á una concesion ó privilegio privado hecho en 1645 en favor de algunos ingleses residentes en algunas ciudades de Andalucia.

Por los Tratados de Utrech de 1713 y 1715 se confirmó á los ingleses en el goce del fuero.

El principio adoptado con sobrada ligereza é indeterminacion y no sin consecuencias posteriores, harto perjudiciales, ni sin menoscabo de las regalías del Reino, de pactar con una Potencia la concesion de considerar á sus súbditos como los de la mas privilegiada y favorecida, hubo de hacer extensivo desde luego á los súbditos franceses el privilegio del fuero de estrangeria y fundarse con otras concesiones por el artículo 1º de la convencion celebrada en Madrid á 2 de Enero de 1768 para explicar el art.º 24 del pacto de familia de 15 de agosto de 1761, y en el que se hicieron estensivos á los Franceses los Tratados de 1667, 1713 y 1715 celebrado con la Inglaterra.

Por estos Tratados se pactó que los Portugueses gozasen de los privilegios concedidos á los ingleses por los Tratados de 1667 y 1713, quedando por consiguiente concedido el fuero de estrangeria. Por el mismo principio de la Nacion mas favorecida quedó pactado el fuero á favor de estas Potencias.

Dice el Fiscal que en un trabajo muy estimable que ha tenido ocasion de ver, se demuestra con erudicion é inteligencia de los Tratados que el tipo de las Naciones favorecidas fué en su origen la liga de Ansa, y que estos privilegios fueron extendiéndose sucesivamente á Inglaterra, Francia, Portugal, Holanda, Suecia, Dinamarca y Nápoles sin contar el Austria, Parma, Toscana y Cerdeña.- De suerte que de las Potencias que conservan relaciones diplomáticas con España, tienen privilegios de Nacion favorecida los súbditos de Francia, Inglaterra, Portugal, Holanda, Suecia, Dinamarca, Nápoles y Estados Unidos de Mésico; si bien respecto á esta última Potencia no cabe la aplicacion del fuero de estrangeria, por hallarse pactado expresamente el ejercicio de la jurisdiccion ordinaria en el art.º 6º del Tratado de 28 de diciembre de 1836.

Pero el fuero de estrangeria se concedió por tratados, que caducaron por la guerra de la independencia: y falta decidir si deben considerarse renovados por los Tratados posteriores. El Fiscal cree que la resolucion de esta importante cuestion corresponde exclusivamente al Gobierno, y tampoco cree necesario resolverla para el caso presente, pues que de hecho se han reputado vigentes las estipulaciones sobre el fuero, como disposicion interior del Reino, y con la calidad de provisional, mientras ha sido y es compatible con el sistema general de la administracion de justicia. Bajo este concepto, las Naciones que no tienen derecho á reclamar el fuero de estrangeria para sus súbditos son Bélgica, Suiza y los Estados Unidos y demas Repúblicas de América, sin hacer mencion de Turquia, y Marruecos y demas Regencias Berberiscas con quienes tenemos pactos especiales.- Mas el Fiscal opina que lo mas conveniente, hasta para el decoro del Gobierno Español, es que mientras subsista el privilegio del fuero, se entienda extensivo á los súbditos de todas las Potencias amigas, especialmente en las causas criminales.

En seguida pasa el fiscal á examinar que calidades y circunstancias han de concurrir en el estrangero para que pueda gozar del fuero.

Divide los estrangeros en cuatro clases a saber: Naturalizados, avecindados, refugiados y transeuntes. Del análisis de las Leyes recopiladas sobre estrangeros, deduce el fiscal que los naturalizados y los avecindados no tienen derecho al fuero. Los refugiados, que con arreglo á los Tratados no esten sujetos á extradicion, se hallan bajo la vigilancia y la proteccion de las Autoridades militares, y pueden considerarse como transeuntes, que son los

que tienen derecho al fuero.

Los estrangeros transeuntes, segun las palabras de la Ley, son los que vienen de paso sin ánimo de permanecer. Con todo, la prolongacion de la permanencia, á veces indefinida, no altera la calidad de transeunte, siempre que el estrangero se conserve afecto al pabellon y Consulado de su Nacion: y se reputan transeuntes y pueden residir como tales en territorio español, todos los fabricantes llamados ó autorizados por el Rey para emplearse así en las fábricas de S.M. como de particulares, y los que tuvieren, con destino ó sin él, Real licencia para venir a residir.

El adquirir vecindad ó permanecer como transeunte queda, casi siempre, segun el Fiscal, al arbitrio del estrangero: pero no la forma de acreditar su calidad, y las condiciones á que ha de sujetar su residencia.

El fiscal no halla derogada la obligacion de prestar el juramento de sumision y obediencia que para los transeuntes estableció la ley recopilada. Necesitan ademas la autorizacion correspondiente para entrar y residir en el Reino con las formalidades ordinarias de pasaporte. Segun la Real orden de 11 de Agosto de 1837, han de obtener de las autoridades que en los puertos y fronteras hayan de reconocer su pasaporte, un billete en el que conste el nombre y apellido, profesion, y si vienen con la calidad de transeuntes, á fin de que se presenten con él á la Autoridad municipal del pueblo en que hayan de residir. Y por último han de ser inscritos en el preciso concepto de transeuntes en la matricula ó padron general de estrangeros que deben formar y remitir anualmente al Gobierno las autoridades, en la forma que se previno por cédula de 5 de Enero de 1754 y 28 de junio de 1764 y por las leyes 8, 9, 10, y sus notas titulo 11, libro 6º de la Novísima Recop.ón, y recientemente por las Reales ordenes de 20 de diciembre de 1836 y 11 de Agosto de 1837. Dice el fiscal que aunque todas las leyes y disposiciones citadas deben reputarse vigentes, en cuanto las posteriores en fecha no las deroguen, multitud de causas han producido modificaciones indispensables y un cambio insensible y sucesivo en el espiritu de la legislacion en este par. De aqui nace, segun el Fiscal, que en la aplicacion é inteligencia de las disposiciones de que se trata, ha habido bastante tolerancia. Por eso se reputan como estrangeros transeuntes, á pesar de que lleven larga residencia, los Comerciantes por mayor en las Ciudades, Villas y Lugares de la Monarquia, y especialmente en los Puertos y plazas de Comercio, los que por este viajan con frecuencia y los factores de negocios ó encarga-

dos de cuentas y comisionados de casas estrangeras que residan mas ó menos tiempo en la Peninsula. Por eso no subsiste hoy en práctica la prohibicion de ejercer los estrangeros transeuntes algunos de los oficios, profesiones y artes que las Leyes reservaban esclusivamente á los naturales, vecinos y domiciliados de estos Reinos. Por eso no se ha dado mas latitud aunque no ya sin graves abusos, que deben cuidadosamente remedian á la calidad expresada y exenciones consiguientes á súbditos de otras Potencias. Y por eso en fin la Real órden de 11 de Agosto de 1837 permitio á los individuos de que se trata ejercer las artes liberales y oficios mecánicos, y el Comercio por menor, aun sin avecindarse, con la competente autorizacion de los Gefes politicos y sujecion al pago del subsidio industrial ó de la contribucion que le sustituya. Y el artículo 19 del Código de Comercio dispuso que los estrangeros que no hayan obtenido la naturalizacion ni domicilio legal, podrán ejercer el Comercio en territorio español, bajo las reglas convenidas en los tratados vigentes con sus Gobiernos respectivos. El fiscal sostiene que el fuero de estrangeria abraza no solo lo civil, sino tambien lo criminal. De distinta opinion fué el Conde de Ofalia, que queria se limitase á las causas civiles, fundándose sin duda en la Real Cédula de 24 de Octubre de 1782, que es la ley 8ª tit.º 36 libro 12 de la Nov. Recopilacion. Pero el Fiscal combate esta opinion, apoyado en los Tratados anteriores y posteriores á dicha Ley, asegurando que la estension del fuero á las causas criminales no solo está pactada, sino que es ademas conveniente para la España.

Así se previno en el artº. 1º de la Real Cédula de 9 de Novre. de 1645, confirmada por los Tratados.

El fiscal sostiene esta doctrina fundada en que lejos de haberse estipulado lo contrario, está establecido el desafuero en las causas de contrabando; y supuesto tambien en los Tratados con la Inglaterra para la abolicion del tráfico de Negros.

Además, recuerda el Fiscal que la competencia suscitada entre la jurisdiccion de Marina y la de Estrangeria sobre la arribada á uno de los puertos de Canarias del bergantin Dos Amigos fue decidida por el Gobierno en favor de la Marina.

Aquí establece el Fiscal la diferencia que hay entre el fuero militar y el de estrangeria, aunque han solido confundirse.

Las cuestiones en que, segun el Fiscal, no tiene aplicacion a fuero de estrangeria, son.

1º Las causas de contrabando.

2º Los pleitos sobre negocios mercantiles.

3º Las causas relativas al tráfico de Negros.

4º Las causas que se formen á consecuencia de lo dispuesto en la ley de 17 de Abril de 1821.

5º Los delitos cometidos á bordo y en alta mar los juicios de presas, y los de naufragios. Despues de haber caducado, como en la Real órden de 20 de julio se expresa, la institución de Jueces conservadores, dice el Fiscal que pasó el ejercicio de esta jurisdiccion á los Gobernadores militares de las plazas marítimas, con los Asesores del Gobierno militar, cuando en las plazas no residan los Capitanes generales, esceptuando la plaza de Cadiz, a cuyo Gobernador corresponde particular y privativamente en todo caso, segun lo dispuesto en la Real órden de 19 de Mayo de 1781 y en los demas puertos fueran aquellas plazas á cargo de los Capitanes generales con sus Auditores respectivos. El Tribunal superior es el de Guerra y Marina. La dependencia de los Juzgados respecto del mismo consiste principalmente en cuanto á la sustanciacion de los procesos en la obligacion de dar cuenta de todas las causas criminales que se formaren de nuevo y sucesiva y periodicamente de su progreso y resultado de admitir para unir el Tribunal todas las alzadas que por las partes se interpongan de las provindencias en que cupiera la apelacion con arreglo á derecho; de evacuar los informes que por el Tribunal se ordenaren; de remitir los estados de causas y pleitos pendientes, segun está prevenido; de remitir en consulta toda sentencia definitiva que recayere en causa criminal, aun cuando no se alzaren los interesados y de proceder en fin conforme á las leyes que arreglan la sustanciacion de los procesos. Los fallos de los Juzgados superiores en los pleitos civiles no pueden adquirir la calidad ejecutora sin la confirmacion del Tribunal Supremo, a menos que por no haberse interpuesto apelacion, ó por voluntad espresa ó abandono de las partes se declaren por consentidos y pasados en autoridad de cosa juzgada. En las causas criminales jamas puede ejecutoriarse un fallo sin la decision del Tribunal. Han informado que el fuero de estrangeria es civil y criminal, aunque meramente pasivo, los Juzgados, Autoridades y Gefes Superiores de Madrid, Sevilla, Granada, Valladolid, Zaragoza, Pamplona, Ferrol, Cadiz, Málaga, Algeciras, Tarifa,

Cartagena, Peñiscola, Ibiza, Bayona, Tortosa, Rozas y Almeria. Entre estos se comprende el Juzgado de la Comandancia general del Departamento de Marina de Cartagena.

Por el contrario, informan que el fuero de estrangeria es meramente pasivo, las autoridades de la clase referida de Mahon, Santoña, Santa Cruz de Tenerife, Badajoz, Alicante y el Juzgado de la Comandancia militar del Departamento de San Fernando.= Que es meramente civil, activo y pasivo, el Juzgado de la Capitania general de las Baleares. Impugna la completa existencia del fuero de toda clase, en su forma del año de 1843, el Capitan general de Galicia, y no sienta con certeza ninguna doctrina en el suyo el Juzgado de Barcelona.

Aquí espone el Fiscal, como complemento de cuanto conviene recordar sobre este mismo asunto, algunas observaciones y advertencias oportunas. Hace ver que las disposiciones de la Constitucion no se oponen al ejercicio del fuero: manifiesta que los Agentes diplomáticos por la ficcion de la exterritorialidad gozan de un fuero especial, de que participan ordinariamente sus dependientes y criados, si bien en los casos de delitos graves quedan estos sujetos al fuero general de estrangeria.

Entra luego el fiscal á analizar los Tratados con las Potencias Mahometanas.

Con la Puerta Otomana se han ajustado tres: en 14 de Setiembre de 1782: en 16 de Octubre de 1827, y en 14 de Marzo de 1840. Por el capítulo 5º del primero se estipuló que en caso de controversia contra los Consules ó intérpretes de S.M. Católica, y que esta esceda de la suma de cuatro mil aspros: (el aspro vale diez mil maravedis) deberá remitirse al juicio de la sublime Puerta. Si á los negocian tes ú otros súbditos de S.M. Católica se les demandase de cualquier modo, no podrá el Juez decidir ni fallar la causa sin la presencia del interprete. Las diferencias entre súbditos Españoles serán escaminadas y terminadas por sus Cónsules é intérpretes, y del mismo modo se procederá con los súbditos del Imperio Otomano que residieren en los dominios Españoles. Segun el Capítulo 6º, las Autoridades Mahometanas no podrán encarcelar á los súbditos de S.M. Católica ni molestarles ó injuriarles sin razon: y si algun Español fuere preso, á la primera reclamacion de su Ministro ó Cónsules se les entregará para ser castigado segun lo mereciese.- Esta última estipulacion no es reciproca.

Como en los Tratados posteriores al de 1782, no se alteraron aquellas estipulaciones, pues el de 1827 se limi

tó al paso y Comercio del Mar Negro y en el de 1840 se confirmaron todos los derechos, privilegios é inmunidades concedidos á los súbditos españoles, resulta vigente que los súbditos de S.M. C., en caso de delinquir, serán entragados, como se ha visto, á los Representantes del Gobierno; y que los súbditos de la sublime Puerta, residentes en el territorio Español como transeuntes, deberán considerarse comprendidos respecto de lo criminal en la generalidad del fuero de estrangeria.

No puede decirse lo mismo de los súbditos del Gobierno Marroquí, con cuya Potencia se halla pactada la mas estricta reciprocidad en cuanto á la estradicion y entrega de los delincuentes. En el Tratado convenido en 1767 se estipuló por el art.º 10 la extradicion al Gobierno Español de los desertores de los presidios de Africa. Por el art.º 12, que de las causas, así civiles como criminales, solo podrá conocer el Consul de S.M. C. En el Tratado de 1799 se pactó que en los litigios suscitados por los Marroquies contra los Españoles, se dejase la decision a los agentes consulares de España, y si sucediere por el contrario, los Consules pasarán oficios al Gobierno Marroquí, para que sus súbditos paguen á los Españoles, pues ha de ser recíproca y de buena fé la administracion de justicia.- En las causas criminales, segun el art.º 6º, los Españoles delincuentes en territorio marroquí seran entregados al Consul general é Vice Consul de España para que se imponga el castigo con arreglo á las leyes Españolas ó se remitan á su paso con seguridad.

Igual reciprocidad se observará en España con los delincuentes Marroquies, enviándolos al primer puerto de Marruecos, sin que preceda diligencia judicial, ni otra formalidad mas que la de un oficio del Gobernador ó Justicia del Territorio donde se hubière cometido el delito, con referencia del crimen ó falta, dirigido al Consul de España en Marruecos, para que aquel Gobierno castigue al reo, segun sus leyes é institutos. En el articulo 14 se pacta la estradicion de los desertores de los presidios de Ceuta, Melilla, Peñon y Alhucema que deberan ser conducidos desde luego á la presencia del Consul general de España, quedando á disposicion de este para hacer de ellos lo que le ordene el Gobierno de S.M. Católica, que pagará los gastos de su conduccion y manutencion. Hay en este pacto la particular de que si los desertores ante el Consul dijesen e insistiesen en abrazar el Mahometismo, entonces los recogerá el Gobierno Marroqui: y si se presentase algun desertor al Soberano, ante quien libremente dijere que quiere hacerse Moro en este caso no deberá ser conducido á presencia

del Consul general.

De lo escpuesto en cuanto á las estipulaciones con el gobierno Marroquí, se deduce, segun el fiscal, que no alcanza á sus súbditos el fuero de estrangeria.

Por el contrario, en él están comprendidos los Mahometanos dependientes de la Regencia y Rey de Tunez, pues así debe deducirse del Tratado convenido en 19 de julio de 1791 cuando en él se concede á los súbditos españoles por los art.os 16 y 19 el privilegio de que el Consul general de su Nacion presencie la vista de la causa ante el Rajá, el Dey, el Rey o el Divan, y de que no pueda ser sentencia do ni castigado sin que el Consul se halle presente y se pruebe en la presencia el delito.

Tambien deben estimarse comprendidos en la jurisdiccion de Estrangeria los súbditos de la Regencia de Trípoli, segun se infiere de los Tratados de 10 de Setiembre de 1784 y 30 de Setiembre de 1813, por cuyo art.º 6º volvieron á recordarse. Estos súbditos deben ser considerados bajo igua les condiciones que los de la Puerta Otomana, habiéndose pactado así escpresamente por el art.º 2º del tratado de 1784.

El Fiscal concluye resumiendo su dictámen, que ha sido aprobado por el Tribunal en pleno, en los términos siguientes.

1º El fuero de estrangeria que no es incompatible con la Constitucion politica del Estado, y para cuya observancia no es requisito indispensable la reciprocidad, comprende á los súbditos de Inglaterra, Francia, Portugal, Suecia, Dinamarca, Holanda y Nápoles, con cuyas Potencias fué escpresamente pactado: pero deben gozar de este fuero, por las razones escpuestas de notoria conveniencia y aun por la práctica observada, los súbditos de todas las Potencias amigas, sin otra escepcion que los súbditos del Gobierno Marroquí, por la singularidad de las estipulaciones que con esta Nacion esta convenida.

2º Comprende este fuero únicamente á los estrangeros que tengan la calidad y transeuntes, segun las leyes del Reino.

3º Se esctiende a los pleitos civiles y á las causas criminales es meramente pasivo y escluye, ademas de las causas de contrabando, los asuntos de comercio: los delitos que se juzgan por la ley de 17 de Abril de 1821; los

cometidos á bordo y los negocios de presas y naugrafios.

4º Se ejerce esta jurisdisdiccion en primera instancia por los Gobernadores de las Plazas Maritimas y por los Capitanes Generales, en los demas puntos; y en último grado por el Tribunal Supremo de Guerra, Marina y Estrangeria.

5º No pueden fijarse con escactitud las practicas contrarias, siendo favorables en la generalidad del Territorio dentro de la jurisdiccion militar y

6º El Gobierno de S.M. debe acordar en Consejo de S.S. Ministros lo conveniente sobre la observancia de este fuero, y comunicarlo por todas las Secretarias del Despacho para su puntual cumplimiento.

Nota

Todo lo que resulta de este esped.te pudo reducirse a que el tribunal Supremo de Justicia Sostiene que esciste el fuero de estrangeria resolviendo en este sentido las competencias que se suscitan, y que el Supremo Tribunal de Guerra, Marina y estrangeria defiende lo contrario. La seccion sin entrar en esta discusion por ahora, solo dirá que este estado de cosas no puede continuar así, pues dá margen á continuas reclamaciones de las legaciones estrangeras. Por tanto insiste en que se reuna una comision de los fiscales de estos dos tribunales que en union con un Gefe de seccion de este Ministerio propongan un proyecto de Ley p.a presentarlo á las cortes segun ha indicado en su informe de 17 de Abril ultimo sobre este mismo negocio.

V.E. resolverá ...

A P E N D I C E XI

Nota de la secretaría del Estado a los ministerios de Guerra, Gracia y Justicia y Gobernación, Palacio a 22 de Mayo de 1851.

A los Ministerios de Guerra, Gracia y Justicia y Gobernacion

Palacio 22 de Mayo de 1891.

Esmo Sor=

Paso á manos de V.E. de orden de la Reyna N. Sª copia traducida de una Nota que me ha dirigido el Ministro de Inglaterra en esta Corte, referente al fuero de estrangeria. Las repetidas quejas que se reciben en este Ministerio de los Agentes Diplomaticos estrangeros sobre los graves perjuicios que se ocasionan á los subditos de sus respectivos paises á causa de la falta de armonia que sobre este punto se observa entre los jueces militares y civiles del Reino, hacen que este negocio merezca la especial atención del Gob.º de S.M.

El descrédito que produce la confusion en esta parte de la jurisprudencia española escige pronto remedio y para ponerlo ha dispuesto S.M. (que por el Ministerio del digno cargo de V.E. se recuerden al Tribunal Supremo de Justicia los informes que sobre este punto se le tienen pedidos en diversas ocasiones.

Es tambien la voluntad de S.M.) (*) que se nombre una Junta compuesta de los Fiscales de los Supremos tribunales de Justicia, y de Guerra, Marina y estrangeria y de los subsecretarios de los Ministerios de Estado y Gobernacion, ó de las personas que por estos Ministerios se designen, la cual teniendo á la vista las consultas que sobre cuestiones de estrangeria han elevado á S.M. tanto el estinguido consejo de Castilla como el Tribunal Supremo de Guerra, Marina y Estrangeria y el informe que debe escaminar el Tribunal Supremo de Justicia proponga al Gobierno lo conveniente no solo con respecto a la subsistencia del fuero de estrangeria sino tambien sobre la publicacion de una Ley completa de estrangeria en la cual queden determinados con toda claridad los fueros y privilegios de las estrangerias, y las circunstancias que hayan de concurrir en el estrangero para ser calificado como tal.

Al poner en conocimiento de V.E. esta Soberana determinacion, tan importante porque por ella podrá ponerse termino á multitud de cuestiones sumamente enojosas con las Legaciones estrangeras, no puede menos de manifestar á V.E. que el fuero de estrangeria tal como se encuentra con

(*) Nótese que del párrafo entre paréntesis se incluyó únicamente en la Nota dirigida al Ministerio de Gracia y Justicia, suprimiéndose en los enviados a los otros Ministerios.

signado en los tratados y confirmado en la practica, dificilmente podría hoy abolirse por una medida aislada sin esponernos á graves complicaciones con los Gob.s estrangeros y muy especialmente con los de Francia é Inglaterra.

Si en virtud de una promulgacion de codigos nuevos, en que desaparecieren por un principio de jurisprudencia todas las jurisdicciones privilegiadas, el fuero de estrangeria llegare á ser incompatible con la Legislacion vigente; en este caso podría su derogacion sostenerse por un motivo mas justificable; pero mientras subsistan todas las jurisdicciones privilegiadas, ni es prudente suprimir la de estrangeria, ni se comprende que haya en ello ningun interes practico, puesto que quedando de todos modos sometido el estrangero a la jurisdiccion española poco importa que esta sea la ordinaria ó la militar

Espero que V.E. no podrá menos de convenir en la necesidad de poner término a este negocio y que se apresurará a transmitir las ordenes correspondientes para que tengan el mejor y el mas pronto resultado las disposiciones de S.M. de que dejo hecho mérito participandolo a este Ministerio para los efectos convenientes.

A P E N D I C E XII

Nota de la primera secretaría de Estado, dirección comercial, acerca del disfrute del fuero de extranjería en los negocios mercantiles, Palacio a 1 de Abril de 1857.

Palacio 1º de Abril de 1857.

Excmo Señor.

El Ministro Plenipotenciario de S.M. Británica en Nota de 20 de Marzo pp.do manifestó que había leido en un periódico de aquella mañana lo siguiente: "El Tribunal Supremo de Justicia, con motivo de una cuestion particular, acaba de declarar que el fuero de extranjeria es meramente pasivo y que no deben gozar de él los extranjeros en los juicios que procedan de operaciones mercantiles", y añadió que aun cuando no comprendía la frase "meramente pasivo", no reconocia derecho en el Gobierno de S.M. ni en ningun Tribunal español para alterar en nada las estipulaciones bilaterales consignadas en los tratados por cuya causa admitía la validez del Decreto de extranjeria, y se reservaba el derecho de protesta contra todo acto contrario á los tratados vigentes con Inglaterra.

El Embajador de Francia en Nota de 23 del mismo manifestó con igual motivo de órden de su Gobierno que "este no admite restricciones al goce del fuero de extranjeria, respecto de los asuntos comerciales", refiriéndose á las razones que habrá alegado anteriormente basadas en los Tratados.

Nota

En la Direccion política obra un espediente instruido con motivo de la publicacion del Real Decreto de estrangeria, en el cual se encuentra la correspondencia seguida por este Ministerio con los Representantes de Francia é Inglaterra, cuyas protestas contra la citada disposicion fueron contestadas victoriosamente en sentir del que suscribe. A pesar de esto no pierden ocasion dichos Representantes para atacar la validez del citado Decreto y de ello son prueba las dos Notas anteriormente esctractadas. En ellas se llama la atencion del Gobierno a S.M. hácia una declaracion que se dice hecha por el Tribunal Supremo de Guerra y Marina, consignando "que el fuero de extrangeria es meramente pasivo y que no gozarán de él los extrangeros en los negocios mercantiles".

Al hacerse cargo de estas palabras los citados Representantes de Francia é Inglaterra insisten en decir que no admiten alteracion alguna en lo dispuesto por los Tratados respecto del fuero de estrangeria, mientras no sea

el resultado de acuerdo entre las dos partes contratan pretendiendo que el Gobierno de S.M. carece de facultades para hacer objeto a una Ley interior lo relativo al fuero de estrangeria.

El negociado no puede admitir como fundador semejante pretension: verdad es que se establecieron reglas para el goce del citado fuero por Tratados con Inglaterra y Francia mas estos han sido infringidos y se hallan parcialmente anulados, precisamente por leyes interiores de la Gran Bretaña y del vecino Imperio. Diganlo sinó la multitud de disposiciones sobre cabotage, manifiestos, visitas de barcos, derechos de navegacion etc., dictadas todas por el Gobierno francés sin consideracion á tales tratados: y veán se tambien las alteraciones que en ellos introdujo la Francia en época no muy lejana, a pesar de nuestras fundadas reclamaciones. En 1816, es decir dos años despues del restablecimiento de las relaciones de comercio en el pié que tenian en 1792 introdujo reformas en los aranceles, perjudiciales a nuestros intereses; prohibio la importacion de jabones de España y recargó nuestra bandera, con otras medidas del mismo linage. La Inglaterra por su parte no está escenta de la falta de cumplimiento de los Tratados. El art.º 17 del ajustado en 1665 dá derecho á los Españoles para poseer bienes raices en Inglaterra, y este derecho les está negado hoy por ser contrario á una Ley interior del Reino.

No ofrece pues duda que la invocacion de los tratados es por lo menos inoportuna, así como la reclamacion producida ahora con motivo de la declaracion del Tribunal Supremo de Guerra y Marina es infundada.

Al decirse en ella que no gozarán los estrangeros de fuero alguno en los negocios mercantiles, no se establece innovacion alguna ni restrincion del citado fuero, por el art.º 20 del código de comercio, promulgado oposicion de nadie y asi calcado sobre otro artículo del código francés, prevee que todo estrangero en hecho de celebrar actos mercantiles en territorio español se sugeta á los Tribunales y á la lejislacion del Reino en este ramo. Las mismas leyes de partida consignan este caso de desafuero, pues dicen que los estrangeros que contratan en España se someten á la ley española en cuanto á los efectos judiciales del contrato; y por consiguiente una confirmacion de lo que viene establecido por Leyes vigentes, sin que en contrario esista estipulacion alguna en los Tratados con la circunstancia de ser lo mismo que se observa en Francia é Inglaterra no debe dar ocasion para reclamaciones como las que nos ocupan.

A P E N D I C E XIII

Nota de la primera secretaría de Estado, dirección política, relativa al desafuero en los delitos contra la religión del Estado, de 15 de Junio de 1857.

"El Ministro de Gracia y Justicia pidió con fecha de 19 de Mayo de 1857 se añadiese entre las excepciones contenidas en el art. 31 del Real Decreto de estrangeria que entre las causas por las que cesa este fuero la de los delitos contra la religion del Estado.

Esta Secretaria evacuó su informe diciendo no ser conveniente esta modificacion por ser muy combatido el citado decreto, por estar consignados como delitos de desafuero los que deban sujetarse a los tribunales especiales entre los que no pueden contarse los cometidos contra la religion, por las continuas reclamaciones que interpretando de un modo arbitrario los delitos que hubieran de calificarse como contra la religion y por estar sancionada la permanencia en España de extranjeros que no profesan la religion católica.

Se resolvió tener presentes estas indicaciones para cuando se reformase el Real Decreto de Estranjeria".

La afirmacion de que fuero de estrangería es pasivo no debe causar la menor sorpresa, y si la ha causado al Ministro inglés, es sin duda porque segun el mismo confiesa en su nota con toda ingenuidad, no entiende lo que es fuero pasivo. Esta condicion de pasividad tiene que ser inherente á los privilegios de tal clase, porque la persona que goza de fuero, no puede reclamarlo ni usar de él, cuando se presenta como actor en juicio, sino cuando se le demanda, pues de lo contrario resultaria que se faltaba al ascioma de derecho universalmente admitido que dice " actor sequitur forum rei".

Esta breve esplicacion haría cesar probablemente las dudas que parece ha producido en el ánimo del Ministro Inglés la mencionada declaracion y si V.E. se conformase con el parecer del negociado podría contestarse á las dos notas cuyo estracto antecede en el sentido de este informe.

V.E. resolverá

M. Diaz del Moral

A D V E R T E N C I A

Notese el error en la composicion del texto consistente en la equivocada inclusion, en la RESEÑA BIBLIOGRAFICA bajo VARIOS, de los autores comprendidos entre D'ORS y STUART, ambos inclusive -pp.392 a 395-, los cuales encuentran su aproiado lugar, dentro de la misma RESEÑA, bajo Articulos de Revistas, entre CARRERAS y TENEKIDES (p. 391).