

Breve nota sobre «La condición del extranjero transeunte»

Al tratar muy ligeramente de este punto, parece lo más natural empezar por saber qué significado tiene el vocablo *extranjero*. Según la Real Academia, *extranjero* significa: «Que es o viene de país de otra soberanía. Natural de una nación con respecto a los naturales de cualquier otra. Toda nación que no es la propia». La Enciclopedia jurídica trae esta definición: «Natural de una nación con respecto a los nacidos en cualquiera otra. Perteneciente o relativo a un Estado político distinto de aquel a que se pertenece». Estos, se puede decir, son los significados corrientes; pero es necesario conocer el sentido jurídico de la palabra de acuerdo con nuestras propias leyes. Ahora bien: en el decurso de la vida legislativa de la república hay solamente un artículo, el 1.º de la Ley 16 de 1865, que dio una definición del vocablo; dice así: «Son los naturales de otros países que residen en el territorio de la Unión o transitan por él, y que no se encuentran en ninguno de los casos determinados en el artículo 31 de la Constitución» (1). Más tarde el artículo 1.º de la Ley 145 de 1888, sobre «Extranjería y naturalización», dijo: «Son extranjeros en Colombia los individuos no comprendidos en los casos especificados en el artículo 8.º de la Constitución» (2). Y este artículo 8.º es el que sienta los principios para fijar la nacionalidad colombiana. En resumen: Es *extranjero* el que no es *nacional*. Quizá mejor esté así ya que el aforismo romano es tan cierto: «Omnis definitio in jure, periculosa est».

En casi todas las legislaciones actuales se echa de notar la división de los extranjeros en *transeuntes* y *domici-*

(1) Véase art. 31 de la Const. de 1863.

(2) V. art. 8 de la Const. de 1886.

liados, teniendo aquéllos y éstos derechos y deberes distintos, y así, por ejemplo, en materia de guardas, los domiciliados pueden ser tutores o curadores al paso que los transeuntes carecen de esta facultad (1); en lo que respecta a impuestos, el domiciliado está obligado a cubrirlos, ya sean éstos ordinarios o extraordinarios, mientras que el transeunte sólo paga los indirectos (2). Esta división es fundada si se tiene en cuenta la notable diferencia entre los extranjeros que tienen negocios establecidos, han contraído matrimonio con nacional, han expresado formalmente su intención de residir en determinado lugar, etc., y los extranjeros que viajan de paseo, o transitan por el territorio sin fijar residencia. Nuestra legislación, siguiendo el mismo ejemplo, ha sentado la diferencia y al efecto consigna en disposiciones constitucionales distintas, la condición de los transeuntes y la de los domiciliados (3). Además, nuestro Código Civil, en su artículo 75, hace la división de las personas en domiciliadas y transeuntes, dándole tanta importancia a etc., aun cuando sólo se refiera a los nacionales.

Visto ya lo que significa el vocablo *extranjero* en su sentido común, y además en el especial amoldado a nuestras leyes, y vista también la división que de ellos ha de hacerse en *transeuntes* y *domiciliados*, refiriéndose en esta reseña únicamente a los primeros, veamos ahora los momentos que en esta materia hay que separar de manera clara y precisa para evitar lamentables confusiones en que han caído famosos tratadistas. Para mostrar de relieve esos momentos importantes en su orden cronológico, y para entrever, al mismo tiempo, los difíciles problemas que en la práctica se presentan al estudiar separadamente cada una de estas cuestiones, pongamos un ejemplo: Se

(1) V. art. 586, ord. 6.º del C. C.

(2) Véanse arts. 6 y 7 de la Ley 145 de 1888.

(3) V. arts. 11 y 12 de la C. N.

presenta un francés a contraer matrimonio en Colombia; es necesario averiguar primero si es domiciliado o transeunte, ya que según sea lo uno o lo otro su condición es distinta; pero es transeunte. Este punto lo llaman *información de la calidad del extranjero*. Segundo: ¿Podrá ese francés casarse en Colombia? ¿Qué ley le concede o le niega esta facultad? *Únicamente* la ley colombiana puede resolver la cuestión al decir si ese francés puede casarse o no en Colombia. Muchos expositores han denominado este momento *condición del extranjero*, propiamente. Tercero: Una vez consultada la ley colombiana al respecto y permitiendo ésta que el tal francés contraiga matrimonio aquí, ¿qué ley debe regir, la francesa o la colombiana, para averiguar, por ejemplo, a qué edad se es capaz de semejante acto, con el fin de que el matrimonio no adolezca de nulidad? En este caso *dos* son las *leyes* que pueden resolver la pregunta: la francesa o la colombiana; pero de entre estas dos ¿cuál debe aplicarse? A esto han llamado algunos tratadistas *conflicto de leyes*, y otros, con más propiedad, *conurrencia de leyes*. Entre este punto y el inmediatamente anterior es en donde se presenta generalmente la confusión, puntos que están perfectamente separados toda vez que el primer problema se resuelve por *una sola ley*, que es la del lugar en donde el extranjero, para este caso, va a contraer el matrimonio; al paso que en el segundo hay *dos leyes* que escoger para aplicar *una* de acuerdo con el sistema sobre *conurrencia de leyes* adoptado por el Estado en que va a celebrarse el matrimonio. En resumen: sólo trataremos ligeramente del punto segundo y en cuanto al extranjero transeunte, asunto que constituye el epígrafe de esta nota.

Entrando a estudiar lo que propiamente constituye la condición del extranjero transeunte, hemos de sentar previamente una división de derechos generalmente aceptada.

De tres clases son los derechos de que el hombre puede disfrutar en un estado bien organizado: *derechos políticos*, *derechos cívicos* y *derechos civiles*. Los derechos políticos generalmente no se conceden a los extranjeros sean éstos transeúntes o domiciliados; ellos dicen orden a la soberanía y por tanto son exclusivos de los nacionales. En cuanto a los derechos cívicos, que dicen relación a la administración pública en aquellas cosas en que no se afecta a la soberanía, se otorgan generalmente a los extranjeros domiciliados, pero se niegan a los transeúntes, y si por excepción y otros motivos, como sucede entre nosotros al tenor de la ley (1), se les concede alguno, quedan por ese hecho domiciliados y su condición, desde este momento, es ya distinta. Finalmente, los derechos civiles se conceden, en la mayoría de los países, a los extranjeros transeúntes y con mayor razón a los domiciliados. Esta práctica se halla generalmente aceptada, y sólo se encuentran modificaciones en su reglamentación legal por cuestiones de teoría. Porque, en efecto, tres sistemas se han ideado para la concesión de los derechos civiles a los extranjeros transeúntes, es a saber: el sistema de la *Igualdad jurídica*; el de la *Reciprocidad legislativa*, y el de la *Reciprocidad diplomática*.

Consiste el sistema de la Igualdad jurídica, en que al extranjero se le concedan los mismos derechos civiles que al nacional, es decir, que el extranjero pueda casarse, testar, contratar, etc., en la misma forma y con igual efecto que el nacional. Este sistema, que parece prevalecer en las legislaciones actuales, ha sido defendido por sus partidarios con razones brillantes. Se dice primeramente en su defensa que él comporta un espíritu de justicia altamente benéfico para los Estados y para los individuos; para los primeros puesto que el extranjero acude a trabajar y fo-

(1) V. art. 6, L. 145 de 1888.

mentar industrias a dondequiera que sepa que se le tratará dignamente poniéndolo en igualdad de circunstancias con el nacional. Como se ve, con esto, se fomenta una buena inmigración, que será benéfica, sin duda, para los Estados pobres, débiles o de escasa población; para los segundos, es decir, para los individuos, también, puesto que la desigualdad es deprimente si se contempla que un extranjero al pisar la frontera de otro país se somete implícitamente a sus leyes, sometimiento que, en justicia, debe acarrear por su parte el que se le concedan los mismos derechos que al nacional, ya que la ley es una sola para todos los que se encuentren bajo su vigor, ley que exige deberes sin distinción y que tiene que conceder derechos de la misma manera, so pena de pecar de injusticia. También se dice que el sistema es muy sencillo, pues basta sentar en una disposición constitucional esa igualdad, cosa que evita muchos de los problemas que se presentan en los otros dos sistemas. Veamos un ejemplo: un francés transeunte quiere casarse en Colombia; si existiera aquí la Igualdad jurídica, nada más sencillo, porque el colombiano puede casarse, luego el francés también.

Otros gustan más de la Reciprocidad legislativa, sistema que consiste en fijar la condición del extranjero en las leyes y de una manera recíproca; de ahí su nombre. Por ejemplo: un francés puede casarse en Colombia si el colombiano a su vez puede contraer matrimonio en Francia, esa potencialidad está definida en las respectivas leyes, que bien puede ser en sus disposiciones comunes o en las especiales de Internacional privado. Los defensores del sistema reconocen que aunque no está animado de un verdadero espíritu de justicia, es, sin embargo, muy conveniente para los Estados, toda vez que a ellos lo que les importa en estas materias, es que sus súbditos sean tratados como ellos tratan a los de otro país, y que nada por lo mismo, tan bueno como esa reciproci-

dad consagrada en sus leyes. Sobre este concepto de *conveniencia*, está apoyada la defensa del sistema.

Finalmente existe la teoría de la Reciprocidad diplomática, que consiste en que dos Estados por medio de un tratado público, fijen la condición de sus nacionales residentes en el otro Estado. Por ejemplo: Colombia y Francia celebran un tratado público por el cual se establece que los colombianos tengan determinados derechos en Francia y que los franceses, a su turno, tengan esos mismos derechos en Colombia, y entonces por medio de un estudio del tratado se resolverá el caso de un individuo, francés o colombiano, que quiera contraer matrimonio, testar, contratar, etc., en uno de los dos países en que tome la denominación de extranjero. Los partidarios del sistema lo defienden alegando la misma base de *conveniencia* que alegan los partidarios de la Reciprocidad Legislativa, pero añadiendo para ésta la diplomática; otra razón, y dicen: ya que los Estados tienen la facultad de contratar, ¿por qué no fijan por medio de un tratado público solemne, materia tan importante como es la condición del extranjero? Así sería más estable su situación ya que no dependería del capricho de un legislador, sino del mutuo acuerdo entre las altas partes contratantes. Además, dicen, la cláusula de la nación más favorecida, incluida generalmente en los tratados de esta especie, desecha la objeción de pluralidad de legislaciones, toda vez que con tal medida va ella unificándose de modo asombroso.

Ahora bien: estas teorías, como todas, han sido atacadas. El primer sistema, el de la igualdad, lo ha sido así: con semejante sistema, dicen, lo que en el fondo se consagra es una desigualdad, perdiendo, por consiguiente, la base de justicia en que se funda, ya que la verdadera igualdad consiste en tratar a cada cual según su condición, y la condición del extranjero es muy distinta de la del nacional. Hemos de hacer notar que la condición del extranjero,

como *extranjero*, es muy distinta de la del nacional, pero como *hombre*, su condición es la misma, debiendo ser todos iguales ante la ley, cuestión que este sistema reglamenta. Tiene, además, en su favor la base de la sencillez y de la facilidad.

Al sistema de la Reciprocidad legislativa se le han hecho serias objeciones; se dice en primer lugar que la disposición constitucional que tal principio sentara, sería violada fácilmente, no pudiéndose, por tanto, dictar una ley sobre *extranjería*, por la sencilla razón de que sería inconstitucional, toda vez que el legislador tiene que acatar fielmente la Constitución, y ésta le manda tratar a los extranjeros de la misma manera que sus nacionales sean tratados en los otros países, y como son distintas las legislaciones, aquello es imposible. Además, con la sola disposición constitucional no se llega a ninguna parte, puesto que se cae en un círculo vicioso, del que no es posible salir. Alemania dispone en su Constitución, por ejemplo, que los extranjeros serán tratados allí como los alemanes sean tratados en el extranjero. En Colombia, v. gr., hay una disposición semejante, y si vamos a saber la condición de un alemán en Colombia, o viceversa, tendremos que la legislación colombiana defiere a la alemana, la que a su turno defiere a aquélla, y no hay forma de salir de ese estado. ¿Deberá resolverse el problema refiriéndonos a las leyes comunes? Quizá sea la única forma de salir del paso, pero entonces ya no hay principio a qué obedecer, y necesariamente vienen las confusiones, los problemas y las injusticias. Ahora bien: la base de este sistema está en la *conveniencia*; ¿pero qué conveniencia puede haber en negarles derechos a los extranjeros porque en aquel país se les niegan a sus nacionales? ¿No será quizá esto más bien egoísmo? ¿Tal vez rememoraciones del talión? De todos los sistemas es el que más críticas permite.

Finalmente, la Reciprocidad diplomática tiene tam-

bién sus puntos débiles. En primer lugar, como este sistema tiene, al igual del anterior, una base de *conveniencia*, la objeción a este punto puede ser la misma, claro está que atenuada, porque ha habido un contrato y esto la disculpa en parte. Los partidarios del sistema olvidan que el tratado público es una ley, más difícil para su derogación que las comunes, lo que sin embargo no le quita el carácter de ley. Ahora bien: cada tratado que negocie el Estado sobre esta materia, es una ley, y como los tratados no son idénticos, hay variedad de leyes, cosa a primeras luces inconveniente y difícil. Verdad es que la *cláusula de la nación mas favorecida* unifica hasta cierto punto la legislación, lo que no quiere decir que se logre del todo y por lo tanto dejen de suscitarse serios problemas. Además, el tratado puede llevar una condición resolutoria o contener un término extintivo, casos en los cuales dejará de existir. Puede también ser denunciado por cualquier motivo, y en caso de guerra, quizá cuando más se necesita seguramente no preste utilidad, porque si se sigue la práctica y se cataloga entre los relativos al Derecho civil o entre los de carácter político, en ambos casos terminan, o por lo menos se suspenden. Por estos motivos se hace poco estable la condición del extranjero escrita en un tratado público. Teóricamente es un sistema bueno, pero en la práctica suele prestarse a confusiones.

Dijimos antes que los derechos se dividían en políticos, civiles y civiles; veamos ahora lo que al efecto ha consagrado nuestra legislación, refiriéndonos especialmente a los últimos. De los derechos políticos gozaron los extranjeros entre nosotros por los años de 1811 y 1812 y más tarde en el año de 1862 (1). Al empezar a regir la Constitución de 1863 se abolió este sistema. En lo que se

(1) V. Const. de Cundinamarca de 1811, y Decreto 10 de junio de 1862, arts. 2.º y 4.º

refiere a los derechos cívicos, ellos fueron concedidos a los extranjeros por el artículo 4.º de la Ley 16 de 1865; en 1866 la Ley 51 derogó la anterior concesión (1) y en este mismo año se sentó en la Constitución el artículo 12 que dice: «La ley definirá la condición de *extranjero domiciliado* y los especiales derechos y obligaciones de los que en tal condición se hallen». Ahora bien: las leyes, en desarrollo de este precepto constitucional, han otorgado a los extranjeros domiciliados casi todos los derechos cívicos, exceptuando expresamente algunos, como los cargos de notario, registrador y jurado (2). Finalmente, en lo que concierne a los derechos civiles es bueno decir que de ellos siempre han gozado los extranjeros. En las Constituciones de 1821, 1832, 1853, 1858 y 1863 (3) se equiparaba la condición del extranjero a la del nacional. Llegando ya a lo último encontramos el artículo 11 de la Constitución vigente que dice: «Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos que se concedan a los colombianos por las leyes de la nación a que el extranjero pertenezca, salvo lo que se estipule en los tratados públicos». Ante todo hemos de hacer notar que este artículo se refiere únicamente a los extranjeros transeuntes, ya que la condición de los domiciliados la sienta el artículo siguiente, y también que sólo se refiere a la concesión de derechos civiles.

Consigna el artículo 11 el sistema de la Reciprocidad legislativa con la salvedad de la Reciprocidad diplomática; después del examen que hemos hecho de estas teorías, bien poco tenemos que añadir. La combinación de los dos sistemas, hecha por el legislador colombiano, atenua en parte los defectos de la Reciprocidad legislativa,

(1) V. art. 4.º, L. 16 de 1865 y 4.º, L. 51 de 1886.

(2) V. C. C. art. 2553, L. 59 de 1890, art. 38 y L. 100 de 1892, art. 76.

(3) Véanse arts. 8.º, 183, 209, 5.º y 15 de las Cons. de 1821, 1852, 1853, 1858 y 1863, respectivamente.

parte considerable por cierto, porque son muchos los tratados que Colombia ha celebrado, tratados en que se ha estipulado el régimen de la Igualdad jurídica. Entre otros podemos citar los siguientes que se encuentran en vigor: con Inglaterra en 1866; con Suiza en 1908; con el Japón en 1908; con España en 1881; con Francia en 1892; con los Estados Unidos en 1846. Además, en la segunda Conferencia Panamericana, reunida en Méjico en 1901, se firmó una Convención por varios países suramericanos, y relativa a esto. El sistema, pues, de la Reciprocidad legislativa, sentado primeramente en nuestra Constitución, pero con la salvedad de la Reciprocidad diplomática, ha caído prácticamente en desuso, consagrándose casi como definitivo el régimen de la Reciprocidad diplomática.

Se encuentran en nuestro Código Civil varios artículos que pecan de inconstitucionalidad, por ser dictados sin sujeción a la norma del artículo 11 que, como lo hicimos notar arriba, es muy posible.

Para terminar, y a manera de conclusión, sólo nos resta decir que de las teorías ideadas para regir la condición de los extranjeros transeuntes, nos parece mejor, por ser más práctica y tener más visos de verdad, la que han denominado comúnmente con el nombre de Igualdad jurídica. La preferimos por las siguientes razones, entre otras: primero, envuelve un fondo de *justicia*; segundo, es *benéfica* tanto para los Estados como para los individuos; tercero, es muy *sencilla*; cuarto, de *fácil aplicación*; y quinto, es *ventajosa*, porque no crea los problemas que suscitan las dos restantes.

Consideramos, pues, que los artículos 11 y 12 de la Constitución podrían ser refundidos en uno solo que dijera poco más o menos lo siguiente: los extranjeros no gozarán en Colombia de los derechos políticos. Si son domiciliados disfrutarán de los derechos cívicos al igual que los nacionales, con las excepciones expresamente consig-

nadas en la ley. Si son transeuntes disfrutarán únicamente de los mismos derechos civiles concedidos al nacional, salvo lo que se haya estipulado en los tratados públicos. Tendríamos así otros principios sobre *extranjería*, que al ser desarrollados en las leyes de manera sabia, nos darían mayor prestigio en el exterior, colocándonos en el catálogo de los Estados verdaderamente civilizados.

Para ver bien tratada esta materia y con alguna extensión, consúltense los siguientes autores: Weis, *Droit International Privé*; Westlake, *A Treatise on Private International Law*; Restrepo Hernández, *Derecho Internacional Privado*; Rocco, *Trattato di diritto civile internazionale*; y Despagnet, *Précis de Droit International Privé*.

Son éstas, como dijimos, breves notas tomadas en la clase; por eso se nos dispensará.

J. C. VELANDIA ACOSTA
Colegial

Bogotá, agosto 16 de 1928.



Universidad del
Rosario

Archivo
Histórico