

# La Revista Nueva

PUBLICACIÓN MENSUAL

AÑO I

MONTEVIDEO, OCTUBRE 20 DE 1902

NÚM. 5

## LA EVOLUCIÓN Y EL RELATIVISMO ÉTICO

...; et sachez affermir dans vos pensées durables  
les apparitions changeantes qui planent devant vous  
Faust-Goethe.

**SUMARIO.**—1.º Tendencia evolucionista á negar la existencia de leyes morales: Heráclito, Le Bon, Ferri, Sighele, Ardigò, Cimbale, Lotorneau, Lapouge; Tanon, Tarde. 2.º Contradicción fundamental en que incurren. 3.º El criterio relativista implica tres errores de identificación: 1.º Confunde la unidad ideal de la conducta, con la multiplicidad real de la historia. 2.º Toma los hechos por su justificación. 3.º Confunde la ley y su aplicabilidad. 4.º La sana doctrina: Comte y Spencer.

1.—¿El cambio y la movilidad que entraña la ley de evolución, la hacen á ésta incompatible con la permanencia y fijeza que supone toda ley? Creemos que no haya un solo evolucionista de nuestros días que se atreva á sostener la afirmativa, y sin embargo, por lo que respecta á un orden de fenómenos, á aquellos que rigen el mundo moral, la mayoría de ellos discurren, como si esa incompatibilidad existiera realmente. Así es que, cuando un representante de esta escuela se plantea el problema relativo á la conducta, rara vez deja de manifestar que no existe una moral abstracta, independientemente de los modos de actividad seguidos por cada pueblo, según las circunstancias de tiempo y de lugar. El gastado pensamiento de Pascal, "bien au delà des Pyrénées mal au deçà" puede pasar sin mayor injusticia por un canon positivista.

Y siempre ha sido lo mismo. La evolución es una de esas ideas que parece intrínsecamente divorciada de todo estado de reposo, de estabilidad y de permanencia, estado que por fuerza implica el concepto de ley. Los evolucionistas con-

temporáneos desautorizan el conocimiento moral; Heráclito, y con él la escuela dinamista de Mileto, llegaban mucho más allá, negando la posibilidad de todo conocimiento. Se explica el porqué. "Si todo pasa y nada subsiste", "si nada es, más todo se hace, si en el flujo y reflujo de las cosas no hay firmeza posible, si nadie se baña dos veces en el mismo río", según el ritual filosófico en que esta escuela ha fijado para siempre sus ideas acerca de la evolución universal, es claro que el pensamiento debe participar de esa misma inconstante movilidad que afecta a todas las cosas.

La consecuencia inevitable de este falaz concepto del mundo, era la negación categórica de la ciencia, y los filósofos griegos la niegan sin ambages. Heráclito sostiene que para el hombre las cosas existen y no existen, son verdaderas y no son verdaderas, son buenas y no lo son. Protágoras identifica el saber con la sensación, y haciendo al hombre medida del universo, proclama indirectamente la posibilidad de tantas verdades sobre un mismo punto cuantos son los hombres.

Las resultancias en el orden moral exteriorizan el mismo relativismo. He aquí cómo las sintetiza Alfredo Fouillé: "Lo justo es lo que parece tal a cada uno; no hay pues justicia absoluta; el bien y el mal son cosas del todo relativas. Una ley es justa en tanto que se halla establecida, mas no después".

Sabido es como Platón y Aristóteles creyeron salvar el escollo, en el que con la escuela jónica naufragaban simultáneamente la Ciencia y la Moral, emitiendo el primero la teoría de las Ideas, y el segundo, la del doble ser en potencia y en acto.

La autoridad de la Ciencia no es objeto hoy de las mismas dudas; los evolucionistas, sobre todo, ponen una gran confianza en ella. Esa autoridad no se extiende, es cierto, hasta la revelación del último misterio, hasta la penetración

de la esencia misma de las cosas; por ese lado son los filósofos de esta escuela los primeros en ponerle una barrera, y una barrera insalvable; pero, no se la restringe y debilita hasta el punto que sus postulados estén circunscritos entre determinados límites históricos, geográficos ó etnográficos.

El mayor agravio quizá que pudiera inferirse a un sabio positivista de nuestros días, sería afirmarle que hay una Química rusa opuesta á la Química francesa, ó una Astronomía Meridional distinta de la Septentrional.

Eso que parece una herejía en el orden de los conocimientos físicos, pasa, sin embargo, por un dogma en la esfera de los conocimientos morales. ¿Por qué? Difícil es imaginarlo: si la causa fuera la ley de evolución, como lo permiten inducir las propias manifestaciones de los filósofos, ocurre pensar que la naturaleza física no escapa á su acción; si, por el contrario, la razón consistiese en la calidad singularísima de los fenómenos morales, diríamos que la Filosofía Positivista, negándole su origen trascendental á la Ética, la ha hecho pasar justamente á la categoría de los conocimientos sensibles.

¿A qué atribuir entonces esta radical diversidad de criterio? No nos lo explicamos, sino como una reacción desmedida contra el clásico concepto de la moral metafísica. Conocidos son sus fundamentos. La Moral era una ley universal y eterna, porque era una ley de la Razón, facultad acordada por Dios á todos los hombres, sin excepción alguna. La Moral debía ser inmutable, según esto, porque lo era la Razón, de la cual procedía.

Los progresos de la Ciencia desautorizan la verdad de los fundamentos asignados á la ley moral, y porque desautorizan los fundamentos, se ha llegado á creer inconcientemente que niegan la ley misma. El razonamiento es falso. La ley Moral puede existir como concepto universal y absoluto, es decir, como principio capaz de regir la vida humana en su

*totalidad*, aun cuando se desconozca su origen metafísico. Precisamente en el orden físico, el concepto de la ley penetra en la ciencia con la desaparición del arbitrio divino: → la constancia que implica la ley excluye el capricho que supone la voluntad. — Y bien; si nadie niega la existencia de leyes físicas, aun cuando se haya perdido la fe que antes se atribuía á la voluntad divina en la determinación de fenómenos de la naturaleza, ¿por qué se ha de poner en duda la posibilidad de una ley ética á base positiva y natural?

El movimiento armónico de los astros se explicaba antes por la intervención de los ángeles. De Maistre, último paladín de las doctrinas teológicas, sostuvo categóricamente esa opinión en una época casi reciente.

Ya nadie presta asentimiento á esa explicación; Newton ha suplantado á Orígenes, aun en el espíritu de los más retrógrados; y sin embargo, la certidumbre de que el movimiento se debe á la atracción física de unos cuerpos sobre otros, y no á la intervención de entes divinos, no ha debilitado lo más mínimo la creencia en la ley á que está sometido aquel movimiento.

¿Pero es verdad que los evolucionistas profesen en general la idea de que no hay, ni puede haber, una Moral abstracta fija, universal y eterna, como debe ser toda ley? Nuestro deber es probarlo, antes de llevar adelante la presente disertación. Lo haremos, transcribiendo párrafos de las obras más conocidas, que es el medio más eficaz de no falsear las ideas de sus respectivos autores.

Le Bon no puede ser más categórico: "Los defensores de esta doctrina, dice — refiriéndose á la Moral absoluta, — que ha contado con pensadores tales como Kant, Condorcet, Buckle, sostienen que la moral de todos los pueblos es idéntica y permanece invariable á través de las edades". Después de refutar esta aseveración, continúa diciendo: "Si nuestros primeros antecesores hubieran hecho bien al próxi-

mo, y hubieran sacrificado á sus semejantes su propia voluntad; si hubiesen perdonado á los vencidos y hubiesen conservado bocas inútiles, no habrían salido jamás de la barbarie". Más adelante agrega: "La noción del deber puede variar de un tiempo al otro, ello no importa. Lo que debe ser respetado es la ley moral del tiempo en que se vive". A propósito del derecho dice el mismo autor: "Si nos preguntamos entretanto, abstracción hecha de los sueños de los juristas por la base real del derecho, encontraremos que lo mismo que la moral no puede deducirse de ningún principio absoluto, que él es hijo de las necesidades resultantes de la condición de existencia en que vive cada sociedad". (1)

Los párrafos precedentes evidencian el carácter relativista de la moral y el derecho, según las ideas del autor.

Veamos otro filósofo no menos explícito: nos referimos á Ferri: "Y he ahí por qué el derecho, sea como idea, sea como hecho, no es ni absoluto, ni eterno, ni inmutable; siendo, por el contrario, como la lengua, la religión, el arte, un producto social que varía con el tiempo y el espacio, según las aptitudes fisio-psíquicas y sociales de todo grupo étnico en tal ó cual medio. Los positivistas no escriben el derecho con D mayúscula como los juristas clásicos, (lo mismo que los filósofos platónicos escriben Idea, con I mayúscula); pero, nuestra idea de derecho relativo y variable es más fecunda, pues nosotros afirmamos con ella que el derecho, así como es hoy mejor que ayer, de la misma manera será mañana mejor que hoy" (2)

Sighele, otro positivista distinguido, casi parafrasea este mismo concepto. He aquí cómo se expresa: "Está ya desacreditada la opinión de los espiritualistas, según la cual la ley moral sea y deba ser la misma en todos los tiempos y lugares. La historia nos ha enseñado que muchas acciones

(1) Le Bon.—L'Homme y la Société.

(2) Ferri.—Sociologie Criminelle.

que en siglos anteriores juzgábanse delitos, se han convertido en acciones lícitas y viceversa, y ninguno se arriesga á negar actualmente que *existen diversas morales según los distintos grados de longitud y latitud*, y que, así como hay una moral del presente y otra del pasado, hay también una moral del Polo y otra del Ecuador". (1)

Es categórico y terminante en este mismo sentido otro positivista, profesor de Filosofía del Derecho en Italia, citado por Cimbali (La Morale ed il diritto, pág. 68)... Queda eliminada, dice, como dogmática y destituida de todo valor objetivo cualquier doctrina referente al derecho (y por consiguiente á la moral), que parta de *principios á priori*, se base sobre hipótesis metafísicas y afirme más de aquello que se contiene en los datos de la experiencia, científicamente determinados. Inadmisible, por tanto, la *idea absoluta de derecho*, por la cual los *ontólogos*, convirtiendo en realidad efectiva un concepto abstracto, han hecho de lo *justo en sí* una verdadera entidad hipostática... ; un bien, un mal, una justicia y una injusticia independiente de nuestro mundo, y de sus condiciones de existencia y de las demás *relaciones de espacio y de tiempo* es simplemente una cosa inimaginable... Una filosofía del derecho, (y por consiguiente de la moral), que se entiende hecha una vez para siempre, no es ciencia ni filosofía; es dogma".

Tócale el turno á Ardigò. Este admite al menos una justicia, sólo que es una justicia transitoria y fugitiva.

Justos son para él los actos que armonizan con el ideal de cada época; y el ideal es la fórmula que traduce la inclinación histórica de esa misma época. La ciencia ó disciplina que tiene por misión precisar ese ideal, es lo que en su tecnología se llama *nomología*. Su carácter movedido y cambiante resulta bien determinado en el siguiente párrafo: "La idealidad moral no es un absoluto fuera de la natura-

leza. Es un hecho natural. Y, como todo hecho natural, es absoluto y necesario como es absoluto y necesario el *proceso evolutivo* de la naturaleza.

"Pero, en cuanto es un cierto hecho acaecido en un cierto lugar y en un cierto tiempo, es relativo al lugar y al tiempo y accidental como lo son esas circunstancias. Una idealidad moral de un cierto lugar y de un cierto tiempo, es un orden relativo y accidental que tiene su razón en el pasado del cual es la *evolución*, y se relaciona con el porvenir, del cual es una predisposición por una evolución á efectuarse... (1)

Hemos citado autores en su mayoría italianos; pero, el exagerado relativismo de los franceses nada tiene que envidiar al de aquéllos. Habla Vacher de Lapouge, sociólogo flamante: "No hay en sí bien ni mal, sino acciones que se han convenido en mirar como buenas ó malas... No hace todavía mucho tiempo se pugnaba cándidamente y con toda sinceridad por trazar un esquema del derecho absoluto, del bien absoluto y de otras cosas no menos abstractas ni menos absolutas. Hace cincuenta años se escribía la moral con *M* mayúscula, como en otro tiempo la Religión... La Moral es la higiene de la vida social, y sus prescripciones no tienen pues más que un valor *empírico*, y no está más vedado el discutir las y cambiarlas que el de introducir reglas del todo nuevas en la profilaxia de las enfermedades". (2)

Consecuente con lo que hemos llamado el dogma de la escuela, dice otro *evolucionista*, Mr. Tanon: "Si las vistas fundamentales de la escuela histórica son verdaderas, y por tal las tenemos; si el derecho está en una correlación constante con todo el desenvolvimiento moral y material de la civilización..., es claro que él no puede ser subordinado á ningún *principio absoluto* para el *derecho del futuro*, ni tampoco para el derecho del pasado".

(1) Scipio Sighele. — La Morale individuelle é la Morale politique.

(1) Opere Filosofiche. — Roberto Ardigò.

(2) Les Selections Sociales. — Vacher de Lapouge.

¿Será preciso transcribir algo de Letourneau? Nos parece desbordante; baste manifestar que ha escrito obras muy eruditas, fatigosamente eruditas, para describirnos lo que han sido la moral, la religión y el derecho, y que no dedica una sola línea en ellas á decirnos *lo que son*, ó mejor dicho, lo que deben ser.

También es este relativismo moral el credo filosófico de Tarde, Turati, Vaccaro, Pompeyo Gener, Grave y otros muchos á quienes, por razones que pueden presumirse, nos abstemos de transcribir. Y finalmente, eso es también lo que al amparo del nombre de Spencer, y desnaturalizando lastimosamente sus doctrinas, se ha enseñado durante muchos años en nuestra cátedra de Filosofía del Derecho, hasta su desempeño por el actual profesor, doctor Cremonesi, de cuyo equilibrado talento es una buena prueba la resistencia opuesta por él á la viciosa tradición universitaria.

Este es el momento en que debemos prestar nuestra atención á otro punto.

2.—¿No es una contradicción de los evolucionistas la canónica conformidad con que aceptan la existencia de leyes físicas y la energía y decisión con que niegan la existencia y posibilidad de una ley moral?

A nuestro juicio, no caben dos opiniones: la antinomia es evidente. Probémoslo: Si se preguntara á un evolucionista por qué no hay ni puede haber una moral universal, seguramente replicaría que la conducta está sometida á todos los cambios que entraña la ley de evolución, y que esos cambios excluyen necesariamente la fijeza é inalterabilidad de una fórmula única. Agregaría que la moral no puede concebirse independientemente de las condiciones de lugar y de tiempo, y que variando éstas en una escala infinita, la moral debe también cambiar. En suma, concretaría su pensamiento diciendo que el hombre, como ente moral, ha evolucionado considerablemente, desde la época en que compartía con las

fieras el abrigo de las cavernas hasta el día de hoy, en que habita magníficas ciudades, razón por la cual la ley de su conducta no puede ser la misma.

Admitido. Pero, la evolución no es una ley unilateral; su acción no se concreta exclusivamente al hombre; rige los fenómenos físicos, además de los morales. La consecuencia que de esto se desprende es obvia; si no puede haber leyes morales, tampoco pueden existir leyes físicas; si no es posible formular la ley á que obedece *la existencia social*, tampoco lo será el determinar la ley á que se halla sujeta la vida de un vegetal ó de un animal cualquiera. La fisiología de los mamíferos actuales, debe diferir necesariamente de la de los seres del mismo orden, que pertenecen al pasado ó que puedan existir en el futuro. Los principios á que obedecen la respiración y nutrición de las plantas, tienen que ser distintos según se trate de la flora presente, pasada ó futura.

El ser moral del hombre ha cambiado, se dice; convenido; pero, también ha variado su ser físico. Sin embargo, nadie se atrevería á afirmar que las condiciones fisiológicas de la vida humana primitiva discrepases de las actuales condiciones; nadie llevará su atrevimiento relativista hasta afirmar que al hombre prehistórico *le era posible vivir en un medio de nitrógeno* ó de ácido carbónico puros.

Podemos imaginarnos á los hombres del futuro dotados de todas las perfecciones físicas imaginables; podemos concebirlos superiores á la muerte según lo quiere cierto sabio á la moda; pero, por muy lejos que llevemos nuestra fantasía, no los podremos concebir viviendo bajo leyes fisiológicas, diferentes de las actuales. Esto es inconcuso. Los salvajes actuales se aproximan, ó reproducen según los sociólogos, el tipo del hombre primitivo. Y bien; ¿quién sería el hombre de ciencia capaz de afirmar que el descubrimiento de Jenner activa la enfermedad en ellos? ¿que es un tratamiento

anodino? En suma, si no hay Moral—con M mayúscula,—tampoco debe haber Botánica, ni Biología, ni Fisiología, ni Terapéutica, ni Patología.

La evolución, que desvirtúa la Moral, desvirtúa también la ciencia. Los relativistas parecen no haberse dado cuenta de la contradicción que existe entre admitir *leyes invariables* en el orden físico, y desecharlas en el orden moral. La evolución discretamente interpretada, no es más opuesta á las unas que á las otras.

La ciencia y la Moral son posibles porque no todo es cambio, ni en el mundo, ni en el hombre. Hay un elemento permanente en la naturaleza, que bajo diversas denominaciones casi todas las filosofías han reconocido: el *atman* de los Huspanichods, las *Ideas* de Platón, el *fuero divino* de Heráclito, el *ser en acto* de Aristóteles. Estos no son más que mitos, pero en ellos ya se encierra la sospecha de una gran verdad.

El elemento estable á que nos referimos es algo más real y menos metafísico que esas abstracciones del pensamiento quintaesenciado; es la *naturaleza misma*.

Nos explicaremos. El mundo se transforma; pero, su transformación no es absoluta, ni repentina, ni diferencial. Es probable que según las hipótesis admitidas por la escuela evolucionista, muchas cosas que hoy existen no hayan existido antes, al menos bajo su forma actual; es probable que la tierra haya sido una masa de vapores antes de adquirir su configuración y naturaleza actual como lo quiere Laplace; y que el hombre haya sucedido á los grandes monos, éstos á los vertebrados inferiores, y la fauna á la flora, como lo pretende Darwin; pero, esto no destruye la *identidad fundamental* de la tierra, del hombre, de la fauna ni de la flora, á través del tiempo, á contar desde el momento de su aparición en el dominio de lo sensible. La primera puede presentar mayor heterogeneidad, el segundo, más ideas, la ter-

cera, menos agresividad, la última, menos crecimiento, que no por eso las leyes que rigen á unos y á otras son absolutamente distintas de lo que fueron en su principio.

La naturaleza varía copiándose á si misma; esto es lo que confirma la autoridad de las palabras del Eclesiastæ: *Nihil novum sub sole*. Desde que un género aparece, conserva su identidad hasta que se eclipsa. *Los individuos* de que aquéllos se componen pasan en desfile eterno; nacen y mueren, se organizan y desorganizan, se forman y se deforman; pero, después de este doble movimiento nada ha cambiado substancialmente. Cada individuo imita el arquetipo de su especie, según la concepción platónica y todo queda igual. Después de la aparición de la Flora, millones de ejemplares han desaparecido; pero, las plantas no se nutren hoy de distinta manera que en los tiempos primitivos. El hombre de nuestros días puede tener más derechas las piernas, menos irregular la faz, menos dimensiones en las mandíbulas y mayor circunferencia en el cráneo; mas, con todo esto no ha dejado de ser hombre. Si la forma cambia, la substancia queda.

Esa imitación es el elemento estable en el eterno flujo y reflujo de la cosa que agita á la naturaleza. Lo que sólo varía para volver á ser idéntico, no varía en realidad. A esa circunstancia, exclusivamente á ella, se debe la posibilidad de la ciencia. Si el mundo fuera un puro cambio, las ideas serían una pura negación: de aquello que se desliza perpetuamente, decía Platón, no hay ciencia concebible. Pero, no es así; el reposo es tan real como el movimiento: los individuos no perecen sino para hacer eternos los géneros. Puede imaginarse que éstos también tengan un término. ¿Eso qué importa?; desde que existan, hasta que se extingan, todos *sus momentos serán iguales* y las ideas en que se transparen al espíritu humano, lo será también.

La ciencia no es eterna si con ello se pretende que debe

serlo en mayor grado que las cosas de que es una representación; pero, si lo es, en cuanto las relaciones que expresa no varían de un período á otro, ni de una región á otra. La Química ni la Física no eran posibles ante de la existencia de los metales y metaloides; la Fisiología ni la Biología, antes de las especies animales; la Botánica, antes de la flora, ni la Antropología, antes del hombre; pero, desde que todos estos elementos se han incorporado á la vasta objetividad del mundo y mientras permanezcan en ella las leyes á que obedecen serán las mismas, ya se trate del pasado, del presente ó del porvenir.

La verdad, una vez descubierta, ya no se la puede concebir sino como eterna y universal. El principio de Arquímedes explica la flotación de los cuerpos en un medio líquido, sin limitación de tiempo ni de lugar, desde la ascensión de la primera alga á la superficie de los mares diluvianos hasta la flotación del último témpano de hielo que precederá el enfriamiento definitivo de la tierra. Insistimos: es porque la naturaleza se copia á sí misma, reproduciéndose, en medio del cambio, que la ciencia es posible. La ley que se descubre hoy se retrotrae al principio mismo de los fenómenos que determina, y se extiende hasta su terminación.

*Eso mismo es lo que ocurre con la ley moral.* Sorprende que los positivistas no se hayan dado cuenta de ello. Si la conservación de la sociedad está sometida á un principio ó depende de algún género de conducta, ese principio, ó ese género de conducta debe ser el mismo para todas las sociedades. No se nos objete la diversidad de conducta observada por los pueblos, según sean ellos, salvajes ó civilizados, pacíficos ó guerreros, meridionales ó septentrionales. Más adelante hablaremos de esto; por ahora bástenos decir dos cosas: 1. Que cuando se habla de la moral de un pueblo, no se tiene el derecho de juzgarlo sin considerar los resultados, pues si bien puede ser cierto que en una sociedad determi-

nada, son cosas corrientes el robo y el homicidio, también lo es que la conservación de ella es imposible en esas condiciones;—de esto último se olvidan casi siempre los sociólogos evolucionistas. 2.º Que la vida social es compatible con cierto grado de injusticia como la vida del organismo lo es también con cierto grado de enfermedad; pero, sin que de ahí pueda desprenderse la consecuencia que la condición de la primera es la inmoralidad y la esencia de la última el estado patológico.

No se nos hable tampoco de la evolución, pues ya hemos expresado cuál es su verdadero sentido. Sin duda alguna que el sutil parisiense de nuestros días es bastante más inteligente que el troglodita exhumado por la arqueología; también es cierto que lo supera en riqueza y variedad de sentimientos, como es igualmente innegable la superioridad de su belleza física; pero querer inferir de esto que la conservación social de los unos se obtiene por distintos principios que la de los otros, es como pretender que la ley biológica, en virtud de la cual acepta ó rechaza los alimentos un animal domesticado, es distinta de la que motiva la nutrición del mismo animal en estado salvaje.

Un neo-zelandés en medio de su tribu tiene tanta necesidad de que se respete su vida y su propiedad como la que puede experimentar un sajón en medio de su pueblo; y la conservación de la tribu del primero se halla tan subordinada al cumplimiento de esa necesidad como el pueblo del segundo.

Concluimos. La evolución no se opone á la existencia de leyes eternas é inmutables, ni en el orden físico, ni en el orden moral; mas si, se declara que son imposibles las de esta última categoría, entonces preciso es también negar las de la categoría anterior. Esta exigencia de buena lógica ha pasado desapercibida á los evolucionistas.

3.—Los evolucionistas cometen el error de confundir la conducta ideal con la conducta histórica, y observando que

ésta es distinta según las circunstancias de tiempo, de raza y de lugar, infieren que no puede haber una Moral única, aplicable á todas las sociedades humanas.

Así, dicen, no hay Moral—con *m* mayúscula,—porque cada pueblo tiene la suya. El homicidio, que tan severamente lo juzgamos nosotros, está sancionado por las costumbres y la religión entre los australianos, en toda la Melanesia, entre los Achantis y en toda el Africa Central; el infanticidio, que tanto repugna al espíritu culto de un hombre civilizado, es un rito en la India y en Tahiti, como lo era en el Imperio Azteca y es una doctrina Económica en China entre los Baris y los Asinianos. El robo, penado por nuestras leyes, estaba garantido en cierto modo por las leyes egipcias y griegas y está justificado actualmente por la costumbre de los Beduinos, de los Beni Assan, de los Guaraníes y de otros muchos pueblos y agrupaciones sociales.

De este modo, vemos á Le Bon proclamar sin ambages que no hay más moral que la que considera tal cada sociedad determinada—(sic!);— y los que no se manifiestan tan relativistas, apenas si como Ardigo se remontan á los principios de una ética futura, susceptible ella misma de cambios ulteriores.

¿Es lógico tal razonamiento? En manera alguna. A fin de probarlo formulemos el problema con toda claridad. ¿Qué es la Moral, ó mejor dicho, qué debe ser la Moral para un positivista? Nosotros la concebimos así: *la ley de la conducta que asegura el grado máximo de conservación y bienestar social.*

Ahora bien; para negar, basándose en la moral histórica, la verdad de una ética racional, sería necesario demostrar previamente: (a) que cada uno de esos diversos sistemas de conducta realiza el fin perseguido, según lo acabamos de precisar, (b) que ese sistema de conducta en las sociedades regulares, estables y duraderas, es *fundamentalmente diferente*. Es claro que si estas dos proposiciones son ciertas, los evolucionistas

tienen razón: no hay una moral, sino un número infinito de morales. La partida está ganada y no hay medio de probar que no se haya perdido

Pero he ahí la dificultad, la gran dificultad. En primer término, nadie se atrevería á sostener que la conservación social en su grado máximo es un fin realizable por el empleo de cualquier medio, ó sea, que la conducta de los individuos carece totalmente de la influencia, sobre la estabilidad, bienestar y equilibrio de la colectividad, pues esto equivaldría decir que á los efectos de la salud, es indiferente el funcionamiento normal, ó patológico de los órganos vitales. Si se observase, que un mismo fin puede obtenerse por distintos procedimientos, diríamos que eso es verdad, pero á condición de que los procedimientos no sean *contradictorios*. Así, el movimiento de un cuerpo puede conseguirse, aplicando como motor, los agentes naturales, la fuerza muscular del hombre ó el animal, el vapor, ó la electricidad, pero no un medio que entrañe la eliminación de la fuerza física, como la magia ó la invocación divina á la manera que Fausto salvaba el espacio y Francisco de Sales trasponía las riberas.

Del mismo modo puede admitirse que la conservación social se obtiene indistintamente mediante la aplicación de la moral budista, bíblica, mazdeista, confucionista, especeriana, pues que en todas ellas en mayor ó menor grado, se consagran el respeto á la vida, á la propiedad, al honor, y demás derechos del hombre; pero, no se concibe con existencia asegurada un pueblo, tribu, clan gens ó lo que fuere, donde el homicidio, el robo y todas las otras formas de la violencia y agresión humanas constituyan la conducta habitual de sus asociados.

En rigor no es más admisible una hipótesis que la otra, si se aspira á una forma de vida superior y no á una forma de vida cualquiera. La misión de la moral, en efecto,

no es suministrar una regla, ó un sistema de reglas compatible con un estado social imperfecto, sino con un estado social el más estable, equilibrado y venturoso, que pueda cuerdamente pretenderse. En este sentido todas las morales, por poco que difieran entre sí, son inevitablemente contradictorias. Si se dice, en efecto, que la moral más conciliable con la realización del supuesto *desiderátum* es aquella basada en un respeto intransigente y severo de los derechos humanos, se afirma por el mismo hecho la menor eficacia de cualquier otra moral en la que el homenaje á estas prerrogativas sea menos riguroso.

Cabe objetárenos que la misión de la moral evolucionista no es dar un ideal para todas las sociedades humanas, sino un *desiderátum* para cada sociedad. Ya sabemos lo que esta tesis presupone: ella implica que las circunstancias de lugar y de tiempo introducen tales diferencias entre los hombres que lo que es útil y ventajoso para los unos, puede ser malo, nocivo y perjudicial para los otros. Nosotros no podemos admitir semejante afirmación, y ya hemos dado algunas razones de ello. Que el hombre varía y que las sociedades cambian nadie lo duda; pero, entiéndase bien, ni el hombre difiere de sí mismo hasta el punto de llegar á ser su propia negación, ni las sociedades se transforman, hasta cambiar de naturaleza. Los franceses son infinitamente más inteligentes que los Veddabs de Ceilán, y los alemanes mucho más virtuosos que los pobres bosquimanos del Africa Meridional; pero ¿desde cuándo un hombre estólido necesita menos que un intelectual del amparo de la justicia, y un egoísta agresivo, menos que un filántropo abnegado de los auxilios de la caridad y del amor? ¿O es que lo que á unos mata á otros vivifica? ¿Lo que á unos daña á otros regenera?

No es creíble. El hombre con más ó menos grados de ángulo facial es en todas partes, fundamentalmente el mismo.

La sociología es la mejor confirmación de ello. Esta semejanza existe á veces hasta en los casos no esenciales. Los españoles de Cortés, no cabían en sí de asombro al ver á los indios inclinarse y balbucear una salutación, con motivo de un estornudo. *Tutto il mondo è paese*. Sabemos, en contrario, que el Papa Paulo III tuvo que declarar en 1537 que los salvajes eran seres humanos: *attendentes Indos ipsos ut pote veros homines*. ¡Vana hipocresía! El orbe cristiano no se sentía tan distinto de ellos: hoy continúa exterminándolos como antes, por más que su identidad con ellos se halle simultáneamente confirmada por la religión y la ciencia.

La falsedad del método evolucionista será mejor comprendida, si mostramos los resultados de su aplicación en otro orden de conocimientos. Valgan para ello los siguientes ejemplos: Supongamos, que un físico se plantease el problema relativo al medio más eficaz de prevenir los efectos mortíferos del rayo; y que en vez de indicar lisa y llanamente el aparato de Franklin disertase de este modo: "No hay, en realidad, un solo procedimiento para librarse de la descarga eléctrica de los rayos, sino una miriada de procedimientos. cada pueblo tiene el suyo, según la época y el grado de latitud. Los caribes procuran inspirar compasión al trueno, re pitiendo en medio de grandes lamentos la siguiente frase: "El mal demonio muy enojado con los caribes". Los cafres, en cambio, procuran matar el espíritu malo que se aloja en la nube, al cual le llaman *Tiko*, disparándole flechas envenenadas. Los Narranyeri, creen que la causa del trueno y la tormenta es un hombre divinizado "Yupanda" y propenden "á captarse sus simpatías con ofrendas."

Igual práctica siguen los Yuracandés con el dios del trueno "Mororoma" Los romanos atenderían á este fin, ofreciéndole á Júpiter tonante cabezas de cebolla y adormideras, para que fulminara en vez de cabezas de hombres. Los Remos empleaban conjuros y fórmulas mágicas para que el rayo ca-

yese sobre sus enemigos. La Leto-eslavos hacían grandes sacrificios en honor de Perkorun y durante la tempestad ofrecíanle especialmente tajadas de tocino con el objeto de librar los sembrados. En una época menos antigua tenemos el procedimiento de Gregorio III que se vale del exorcismo, el de Alejandro I que recurre al agua bendita, el de Urbano V que utiliza una pasta de cera con el emblema del *agnus dei*, el de Juan XIII fundado en la acción de las campanas por el toque á todo vuelo. Y finalmente, el de Franklin, que ha acabado por adoptar la misma Iglesia. No hay, por consiguiente, un medio universal defensivo, contra el rayo como se sentiría inclinado á pensar, cualquier físico dogmático".

"Podemos variar las circunstancias del caso, suponiendo un psiquiatra en vez de un físico. Consecuente con el método evolucionista, el alienista diría que el tratamiento de la locura está sujeto á los mayores cambios, por razones de la época, del lugar ó de la raza. La tesis de un sistema universal de curación, es una utopía infantil: la verdad es que cada pueblo tiene su método propio de sanar á los neuróticos. Los salvajes que atribuyen la enfermedad á la acción de un espíritu que se ha posesionado del enfermo, producen la cura por virtudes de la magia, ordenando la traslación del espíritu disturbador á otro cuerpo animado ó inanimado. Es el procedimiento invariable de todos los sortilegos y taurmaturgos. Cuando Jesús libró de los espíritus malos á los poseídos de la leyenda, aquéllos fueron á guarecerse en los cuerpos de una piara de cerdos. Los griegos, con Hipócrates y Aristos, esbozan el primer tratamiento físico, algunos de cuyos principios todavía subsisten. Los árabes y los egipcios practicaron un tratamiento moral; el hospicio de alienados es una idea tomada á los primeros. En la edad media se vuelve á la teoría de la posesión demoníaca y surge de nuevo el método sobrenaturalista. A ese trata-

miento pertenece el empleo del Santo Sudario de Besançon, las sustancias preparadas en la parte cóncava de las campanas, las palabras cabalísticas tetragraman los discursos injuriosos al demonio-cerdo piojoso, su apaleado, los drásticos violentos, las punciones profundas, los insomnios y otras torturas por medio de las cuales creía poder influirse sobre el espíritu maligno, ya hiriendo su vanidad, ya maltratando su físico. Más tarde Wier Pinel Take, y otros sabios alienistas, continuando la ruta descubierta por Hipócrates, sostienen el origen fisiológico de la locura, y dan sima á un tratamiento, á la vez físico y moral. En resumen, cada pueblo tiene una psiquiatría y una terapéutica peculiares".

¿Habría un hombre estudioso que se atreviese á precisar de este modo las conclusiones de la ciencia? Se concibe que un físico afirme en serio que el invento de Franklin, hubiera aumentado el número de desgracias materiales y personales entre los caribes, ó que un psiquiatra asevere que las manobras de un exorcista son más eficaces para curar la manía de un Holentote, que el conjunto de medidas higiénicas, morales y terapéuticas, que forman el tratamiento moderno.

Sin embargo, esto que parece absolutamente inadmisibile en esas ciencias y en todas las demás de orden físico, es lo que se pretende hacer pasar por un principio inconcuso, en las que tienen por objeto la conducta del hombre en sociedad.

Damos por terminada esta disposición.

4.—Este primer error de los evolucionistas, implica naturalmente otro. Desde que se oponen los hechos al ideal, es preciso que los hechos sean á su vez una expresión superior é irrefragable del ideal mismo; de lo contrario, el argumento carecería de todo valor, puesto que no es dado combatir la verdad de un principio con las negaciones que ese principio ha sufrido en la práctica: ¿Quién sostendría que es falsa la máxima de que no debe atentarse contra la vida del prójimo porque hay hombres que cometen homicidios?

He aquí porque los evolucionistas se sienten invariablemente arrastrados á tomar los hechos históricos por su propia justificación. "Cada pueblo exterioriza en sus costumbres la única moral de que es susceptible su conservación. Aquella difiere de unos á otros, pero su eficacia es inalterable. Todas las prácticas objetivan el ideal, desde que por ellas y sólo por ellas la conservación de cada sociedad es posible". Así piensan los de esta escuela. *Error profundo.* Esta tesis implica la idea que ya hemos combatido varias veces en el curso de este trabajo, á saber: que las condiciones *fundamentales* de la existencia y el bienestar social, difieren según las épocas y los lugares. Insistimos en negarlo. La naturaleza física y moral del hombre, es *substancialmente idéntica*, ya tenga éste su morada en las ciudades, ya en los bosques. Las condiciones bajo las cuales puede vivir el hombre en estado de agrupación y realizar un *desiderátum* fijo de bienestar, no cabe pensar que sean contradictorias. Esto no es sólo apodicticamente verdadero; en cierto grado, se halla también corroborado por la experiencia. Hay razas que á juzgarlas por su grado de cultura, debiera asignárseles uno de los últimos puestos en la jerarquía de la civilización, y que asombran por su gran moralidad, según el moderno concepto de la ética. Tales son los Iroqueses, los Esquimales, los Thais, los indígenas de Sumatra los Veddas, los Papúas, los Toda, Dhimats, Santales y Lepchas. Su moral es, en resumen, la que patrocina y en parte practican los civilizados europeos: piedad, probidad, veracidad, labor.

¿Quiere decir esto que no haya otros pueblos cuyas costumbres pongan en evidencia un concepto de la conducta en radical oposición con los principios anteriores? No, por cierto. Esos pueblos existen y no han faltado nunca en el gran escenario de la humanidad. Pero, entiéndase bien: una cosa es la conducta que congrega y otra la que disuelve, una la que conserva y otra la que destruye, una la que da la vida

y otra la que da la muerte. ¿Han tenido los evolucionistas esta circunstancia, continuamente presente? Opinamos que no. En general, su criterio ha sido este: porque han visto que en un pueblo como el de los Turcomanos era frecuente el robo, y en otros, como ciertas tribus australianas, común el homicidio, han concluido que el robo y el homicidio eran en esas sociedades leyes de conservación y de progreso. Eso no puede ser.

Hay lugares de Italia donde el Bosio es endémico y hace presa en una buena parte de la población; ¿dirán, por eso, los evolucionistas que en tales regiones el Bosio es una de las condiciones esenciales del estado de salud?

La conducta no debe examinarse independientemente de sus efectos sobre la sociedad, ni la salud separadamente de sus resultados sobre el organismo individual. Ciertamente es que hay muchas sociedades inmorales, como es cierto también que hay muchos organismos enfermos; pero, aquéllas no existen por su inmoralidad, sino á pesar de ella, y éstos no viven por su enfermedad, sino en lucha con ella. Lo contrario es tomar el obstáculo por la causa: es imitar al sortilego de una tribu de Banbaras que se embriaga para deliberar, conceptuando á la embriaguez la causa de su lucidez intelectual.

De este modo apreciada la conducta — en relación con los efectos que produce sobre la sociedad, — podrá todavía decirse que hay muchas morales; pero, no que todas ellas son igualmente eficientes para conseguir el fin que la razón asigna á la Moral. Se verá que el progreso de unas sociedades y la decadencia de otras, tales como las presenta la historia, se hallan íntimamente relacionados con la práctica ó el abandono de ciertos principios que son por todas partes los mismos. No se opinará que la conducta de los Australianos, sistema inverosímil de agresiones, es, por el hecho de regir su vida entera, la moral que mejor traduce las condiciones de bienestar y duración de ese pueblo, sino la razón que da cuenta exacta de su estado de atraso y disolución.

Las Morales — por hablar como Lapouge, — no son buenas porque existen, ni existen porque son buenas. El mal es fatal, pero no por eso pierde su calidad. Si se quiere buscar en la historia la naturaleza de la Moral, es preciso renunciar á ver en ella, simultáneamente, la *manifestación de lo que es* y de *lo que debe ser*. La Moral indaga las causas de la vida, la historia es el espejo de la vida y de la muerte; búsqese si se quiere en ella las leyes de la primera, pero distingáselas de las que presidan la última. El mundo moral no es un caos donde todas las leyes están confundidas. Sobre las ruinas de un imperio se levanta otro, pero el nuevo no surge por las mismas causas que el otro desaparece. Esto es rigurosamente evidente. Decid que hay diversas morales y que todas ellas son buenas, y habréis hecho de la historia una fatalidad venturosa, si se quiere, pero una fatalidad al mismo tiempo ininteligible, contradictoria y caprichosa, en la que no cabe el principio de causalidad, y donde las fuerzas actúan al azar, sin obedecer á leyes precisas engendrando, indistintamente, aquí la vida, allá la muerte, más allá el progreso. No puede ser.

5.—El criterio evolucionista encubre otra nueva confusión. Sus representantes parecen no percatarse de la diferencia que media entre la verdad de una ley y la posibilidad ó imposibilidad de esa aplicación. Creyendo que ambas cosas se equivalen y observando la fijeza de las instituciones en cada pueblo, y la dificultad de mudarlas por otras, no vacilan en afirmar que el concepto de una moral universal, es sólo una utopía generosa propia de cerebros que extraen su jugo de otras fuentes que las de la realidad. "No puede haber una sola moral porque cada sociedad tiene la suya absolutamente insustituible mientras no varien sus propias condiciones: los principios que rigen la vida de un pueblo culto, son inaplicables á una colectividad salvaje y viceversa. La fuerza logra aparentemente desmentir esta ley, pero no

es más que una ilusión; si se desciende al fondo de las cosas se ve que sólo ha variado la corteza. Tal ocurre con el Japón que continúa fiel á sus principios y adherido á sus tradiciones, no obstante los esfuerzos realizados por darle un esqueleto europeo. El fracaso de la civilización occidental en Sud América es otro ejemplo de la imposibilidad de sufragar una institución por otra: los americanos piensan y se visten á la europea, pero sienten y obran con la violencia y ferocidad del corazón autóctono del corazón de las selvas. *No se vierte vino nuevo en toneles viejos* según la escritura. ¿Qué grado, por consiguiente, de verdad puede acordarse á una fórmula ideada para los hombres, y que sólo algunos hombres pueden utilizar? Si hay una sociedad donde los *principios de la moral universal* puedan aplicarse, esos principios sólo serán verdaderos respecto de esa sociedad hipotética, pero no respecto de todas las demás. Lo contrario es una pretensión absurda.

Una moral que á nadie sirve no puede llevar el nombre de universal, pues hay contradicción entre esos dos términos.

Así piensan los evolucionistas, nosotros hemos repetido *ad libitum* su pensamiento, procurando no alterarlo.

Admitamos que eso sea cierto; —en un tiempo hemos creído ciegamente en ello; y hoy todavía creemos aunque de un modo menos absoluto. —Pues bien; es obvio que la impracticabilidad de un principio deja á salvo la eficiencia del mismo. Por mucho que se insista no se logrará convencer á un Algonquín que un pararrayos colocado sobre la parte más alta de su choza lo ampara mejor contra los efectos eléctricos de las nubes, que las flechas que él le dispara para matar el ave siniestra que grazna en ellas. ¿Negaremos por eso la eficiencia del pararrayos y la verdad del principio en que se funda?

De igual modo, no se logrará decidir nunca á un Basuto

de las orillas del Nilo á abandonar su tratamiento de la locura, basado en las virtudes ocultas de la magia, para adoptar el procedimiento racional de los modernos alienistas. ¿Nos habilita esta circunstancia para proclamar la bancarrota de la psiquiatría? ¿Y si no es posible admitir la afirmativa, porque cuando una sociedad no consigue exteriorizar en su conducta los principios de la verdadera moral, se ha de menospreciar la autoridad científica de ésta?

De la circunstancia alegada por los evolucionistas, sólo una consecuencia puede lógicamente extraerse; y es que las sociedades que no ajustan sus prácticas á la moral, corren el riesgo de perecer más pronto, como aquellas otras refractarias á las enseñanzas de la Física y á las lecciones de la psiquiatría, se hallan más expuestas á los peligros del rayo, y á la funesta consecuencia de la locura. He ahí todo.

¿Pero, es exacto que le sea tan difícil á una sociedad el modificar sus costumbres? La experiencia creemos que no se ha hecho todavía de un modo completo: los pueblos superiores se ocupan en destruir, y no en enseñar á los inferiores.—Hay, sin embargo, ejemplos parciales que inclinan el ánimo á una solución negativa. Darwin en un libro célebre, como todo lo de él, se admira de la transformación moral operada en los neo-zelandeses, á raíz de establecerse entre ellos algunos misioneros cristianos. Igual fenómeno pudo constatar entre los Tahitianos; el cristianismo había aminorado allí el fraude, la intemperancia y la crueldad.

Otro ejemplo quizá más instructivo, es el de la esclavitud. Durante larga serie de siglos, á contar de Aristóteles, se ha venido sosteniendo que esta institución era tan necesaria al orden económico de ciertas sociedades, como á la conservación y mejora de la misma clase sojuzgada. Se creía seriamente que los esclavos abandonarían el trabajo tan pronto como se desprendiese el látigo de las manos de su amo, y que las primeras víctimas de la inercia económica que esa rebelión traería consigo serían los esclavos.

Estos pronósticos fatalistas han estado muy lejos de cumplirse: ni las razas sometidas se han extinguido por la libertad, ni las industrias han perecido. El trastorno si lo hubo fué sólo momentáneo. La historia de los países que han libertado esos esclavos está ahí para probarlo. La esclavitud fué abolida el año 1886 en el Brasil; y seis años después en 1891 producía la más rica cosecha de café conocida. La producción que era en 1860 en Estados Unidos, antes de la emancipación, de 1870 millones de libras, decayó, es cierto, á 1,540 millones, pero para ascender algunos años después, en 1880, á 3,161 millones. En cuanto á la raza, lejos de disminuir ha aumentado considerablemente. En 1860 habia en este país alrededor de 5 millones de negros y en 1890 cerca de 8 millones.

Igual fenómeno ha podido observarse relativamente á la producción económica en Jamaica (Guayana inglesa), é Islas Barbadas.

El trabajo coercitivo es un hecho histórico innegable; pero, no es una necesidad basada en estas ó en aquellas condiciones de determinadas razas. Si se aboliese la esclavitud en la Costa de Oro, no por eso dejaría de verificarse el coeficiente de labor indispensable al sostenimiento social de esa región; trabajarían todos, en vez de unos pocos, y trabajarían lo menos posible; he ahí sencillamente lo que ocurriría. La inercia de los salvajes es el resultado de la exigüidad de sus necesidades y de la facilidad con que las colman. Ellos tienen también su filosofía de la vida: "Hermano, le decía un jefe indio á un europeo, vosotros no conocéis la felicidad que existe en el no hacer nada y en no pensar; es el placer más delicioso después del sueño. Así éramos antes de nacer, así seremos después de la muerte. Los jóvenes de Tahiti á quienes se les enseñaba á hilar, abandonaban su oficio diciendo: ¿Para qué fatigarnos? ¿No tenemos para nuestra hambre los frutos del árbol del Pan y

del Cocotero? Bien que vosotros trabajéis, puesto que os hacen falta hermosos vestidos, pero nosotros estamos contentos con lo que tenemos".

Un industrial yankee no acertaría á justificar más sabiamente su actividad, que los tahitianos del caso, en reposo.

Existen también ejemplos que abonan en favor de la tesis opuesta: la transmisión de las religiones solamente, ofrece un número infinito de ellos. Los pasaremos por alto.

¿Cuál de estas dos opiniones es la científica? Creo que ambas son falsas, en cuanto se pretenda hacerlas pasar por absolutas, y ambas son igualmente verdaderas, siempre que se las interprete de una manera racional y limitativa. Ni la transformación moral de una sociedad es cosa fácil, ni tampoco debe conceptuársela como tarea imposible.

El gran error de los evolucionistas es haber puesto en duda precisamente el valor efectivo de las ideas. La noción del bien no basta, á buen seguro, para engendrar la conducta honesta, pero prepara la formación del sentimiento correlativo que es la fuente de toda virtud. Cuando un misionero ha conseguido que una tribu de salvajes recite *par cœur* los mandamientos del Decálogo, no es de esperarse que por ese solo hecho exteriorice aquella en su conducta las virtudes del pueblo judío, pero tampoco se tiene el derecho de considerar totalmente malogrado el esfuerzo.

Negar la existencia de una moral universal, porque sus principios no puedan transmitirse instantáneamente á todas las sociedades del orbe, confundiendo en un solo latido los estremecimientos del corazón de la humanidad, es dudar de la luz porque no llega á los abismos tan pronto como á las cumbres. Aun cuando la subrogación de una moral por otra fuese imposible, aun así la Moral existiría, siempre que en la hipótesis de su aplicación aparejase fatalmente el resultado esperado.

Para que la verdad de la ética absoluta sea incuestiona-

ble, no es necesario, según esto, que pueda ser adoptada por los Caribes, basta saber que si lo fuese, esa sociedad ganaría en estabilidad, en bienestar y en condiciones de vida.

Por lo demás, ya dijimos en páginas anteriores, que los *principios fundamentales* de la Moral no pueden variar de unas sociedades á otras, á menos de tratarse de razas degeneradas, porque la Ética bajo aquella faz, es la condición *sine qua non* de la vida, y no hay muchas maneras de vivir.

Los evolucionistas no lo entienden así; creen que para ser cierta la evolución de la especie humana tiene que haber diferencia entre el hombre moderno y el troglodita, y acaban por no percibir más que las diferencias; del mismo modo discurren que para probar la evolución de las especies animales hay que denotar las semejanzas del hombre con las fieras, y no ven más que semejanzas. De este doble empeño resulta el hombre con frecuencia bastante parecido al animal, y bastante diferente de sí mismo. Hay que volver las cosas á su sitio. Ni la forma es tan *honesta* en sus relaciones sociales, ni la especie humana tan desafinada, cualquiera sea su grado de civilización.

6.—Los pontífices del método positivo en las ciencias, Comte y Spencer, han salvado el escollo del relativismo moral. Ambos son relativistas, pero en otro sentido enteramente distinto; por aquella palabra sólo quieren expresar la imposibilidad de conocer la esencia de las cosas y de adquirir nociones absolutas acerca de ellas. De ahí á negar que existen leyes de la *fenomenalidad* rigurosamente invariables, media un abismo.

Los discípulos lo entienden también así, pero hacen una excepción en el orden moral: tratándose de estos fenómenos relativistas está obligado á negar toda ley.

Comte divide la Sociología en Estática y Dinámica.

La misión de la primera es suministrar las leyes del orden, como el fin de la segunda es indagar aquellos otros á

que obedece el progreso. Suministrar leyes, entiéndase bien. Lo que hasta entonces se hacía, partiendo de *abstracciones metafísicas* admitidas con carácter de postulado de la razón, Comte anhela conseguirlo por el método positivo y experimental que aplica á todas las ciencias igualmente. Si lo logró ó no, no nos toca examinarlo aquí.

Eso es bien distinto del fatalismo de Letourneau y los filósofos congéneres. No tiene, pues, nada de extraño que un discípulo de Comte haya querido ver en esa tendencia marcada á la consagración histórica, una de las diferencias fundamentales, entre su escuela y el materialismo. Como se comprende eso no es cierto; no hay un solo principio relativo á la filosofía materialista que excluya la existencia de una moral universal. Diderot era materialista y sus opiniones acerca de la naturaleza de la Ética —no de su génesis— diferían apenas de la de cualquier filósofo espiritualista de su época. Por otra parte los positivistas no se han conservado rigurosamente ortodoxos según lo hemos demostrado.

Agrego otra nueva cita á las varias con que di comienzo á este trabajo, que habiendo sido especialmente comentada por un discípulo de Comte, de los fieles, me permite al mismo tiempo revelar el verdadero espíritu de las doctrinas de este pensador y el de los filósofos evolucionistas. La cita pertenece á Mr. Lefèvre, el comentario á Brothier.

Dice el primero: "Más que toda otra la Sociología es una ciencia abierta en marcha continua. Sólo el último hombre cerrará el ciclo; sólo él podrá formular sus leyes".

Habla el segundo: "De este modo los fenómenos sociales no están sometidos á ninguna ley actualmente apreciable; no pueden dar lugar á ninguna ciencia real. Lo que se ha dicho hasta hoy, en este sentido, no es más que un sueño de milenario, más que locura y ficción; el último hombre sólo descubrirá el secreto un poco tarde para suministrar una base racional al arte político".

'Pero es á Spencer, sobre todo, á quien por la precisión con que ha expuesto sus ideas, cabe el honor de haber hecho prevalecer la sana doctrina en moral. La filosofía no se brá agradecerse lo bastante; con ello ha salvado no sólo la ética sino todas las ciencias sociales que tienen, como es natural, su fundamento en ella.

Sus ideas no pueden ser más explícitas. No sólo afirma la existencia de una moral universal, sino que expone sabiamente sus principios. Esos principios comprenden la conducta bajo cuatro puntos de vista diversos: físico, psicológico, biológico y social, y están expuestos en los "Fundamentos de la "Moral", una de sus mejores obras. Más tarde completó el estudio de la *conducta social* en la "Justicia" sin modificar sus notas fundamentales.

Tanto en uno como en otro estudio. Spencer dice lo que es la Moral, y no se limita como los filósofos de quienes nos ocupamos á hacer una revista insubstancial de la conducta humana.

Esos principios contienen la más alta expresión del bienestar social y su eficacia no está condicionada por factor alguno de raza, de tiempo ni de lugar. Todo depende de que se apliquen: Henado ese requisito esencial lo mismo es el Polo que el Ecuador, el levante que el poniente, el pasado que el presente ó el porvenir.

Los discípulos cismáticos no le han perdonado que haya echado el ancla. El menos severo, ve en ello una contradicción. ¿Cómo si la evolución es cierta puede haber una moral para todas las edades? Eso dicen y creen estar seguros de la verdad de sus discursos. Nosotros hemos probado como se equivocan; el cambio que implica la evolución no es ni repentino ni diferencial: unas formas suceden á las otras, pero, las últimas reproducen á las primeras.

Cuando muere un buho, animal sagrado en la isla de Samoa, sus habitantes están seguros de que otro buho idéntico

co reemplazará al muerto: las especies no se extinguen, según ellos, porque cada uno tiene su arquetipo en el ciclo de donde emanan los individuos. Un mito igual existía entre los antiguos peruanos. Platón se explicaba esa identidad á través del tiempo por la fijeza de las Ideas, arquetipos de naturaleza más abstracta que la de Samos.

Renunciemos á exponer aquí cómo se la explican otros y cómo podría dar cuenta de ella la escuela positivista; lo que deseamos es sencillamente que se la reconozca.

Si eso no puede haber ciencia: el mundo es un caos y el pensamiento un delirio; el primero es la suma de todas las inconstancias y el segundo el resumen de todas las contradicciones.

Hay otra circunstancia que justifica á Spencer del reproche de inconsecuencia, si lo dicho no fuera bastante para vindicarlo.

Esa circunstancia es el carácter finito que él le atribuye á la evolución. El progreso debe tener en su concepto un momento de reposo y luego otro de regresión; la evolución es la primera faz de un proceso que se continúa por el equilibrio y se determina por la disolución. Ahora bien; si hay un estado social último qué tiene de extraño que haya también una fórmula definitiva de conducta inspirada en las condiciones de ese estado? ¿La moral será susceptible de nuevos progresos después que el hombre haya desaparecido de la faz del planeta?

Terminamos con lo que podría llamarse la moraleja de estas reflexiones. Si el Positivismo se declara impotente para suministrar una fórmula absoluta de conducta, basada en las ciencias, la darán los teólogos fundados en la religión, ó la darán los metafísicos apoyándose en burbujas de jabón *a priori*.

Lo cierto es que la humanidad no sabrá pasarse sin una Moral así. El crimen es para ella crimen en todas partes y la virtud, virtud. Y tiene razón la humanidad.

José IRURETA GOYENA

## LA REINCIDENCIA CRIMINAL

Tesis presentada por Mariano Pereira Núñez (hijo) para optar al grado de doctor en Jurisprudencia)

### INTRODUCCIÓN

Obligados á presentar una tesis para la consecución de nuestro título, hemos elegido la materia de la penalidad como la más encuadrada en nuestras preferencias y aficiones.

Hemos echado una nueva ojeada á nuestro Código Penal, y una vez más hemos confirmado nuestra opinión firmemente adquirida ya en las aulas, de que ese cuerpo de leyes, en lo que se relaciona con la reincidencia criminal, no responde á las exigencias de la penalidad, y que el sistema de represión por él establecido, descansa en una base falsa y deleznable, fruto de prejuicios jurídicos y de teorías que se derrumban ya y se batien en retirada ante las conquistas de la nueva escuela positiva, que inspirándose, no en principios abstractos y metafísicos, sino en la experiencia y en las observaciones prácticas, se ha hecho un coloso y reivindica para sí el honor de resolver, una vez por todas, el magno problema de la represión penal.

Quien no conozca nuestro carácter podrá tal vez suponernos armados de una pedantería quijotesca, al ver apreciar así, en cuatro líneas, la obra de nuestro legislador.

Sin embargo, no hay nada de eso.

Nuestro Código es de los más adelantados de la América. No somos nosotros, cuya palabra no tiene valor, quien lo asegura, sino sabios penalistas de este continente.

Nuestra crítica va dirigida más que á nuestro Código, á todas las legislaciones inspiradas en los principios de la escuela clásica que ya agoniza.

No terminaré estas líneas sin evocar un recuerdo cariñoso:

el de nuestro excelente maestro doctor don Martín C. Martínez, quien con sus notables disertaciones en la cátedra de Derecho Penal, nos inspiró una afición desmedida por las cuestiones criminales y nos hizo ver la incuria y el abandono en que hasta esa época había estado en nuestro país la observación de la reincidencia por medio de los diversos sistemas de identificación criminal.

## CAPÍTULO I

SUMARIO:—Necesidad del estudio del criminal para resolver el problema de la reincidencia.—La anomalía psíquica y la anomalía orgánica.—La antropología criminal: trabajos de Lombroso y otros sabios.—Incertidumbres reinantes.—Error de Garófalo.—Opinión de Ferri.—Inexactitud de su doctrina.—La verdadera misión de la antropología.

Debemos ocuparnos antes que nada de una cuestión abstracta. No queremos hablar, por ahora, como podría presumirse, del delito abstractamente considerado, ni de los fundamentos de la pena: serían estas cuestiones sin mayor importancia práctica y ya muy debatidas por autores de nota, de manera que ni un infimo grano de arena podríamos agregar á la obra de investigación casi filosófica sobre esos dos problemas.

Sea cual fuere la escuela á que pertenezca todo el que se dedique al estudio de las cuestiones penales, reconoce que el delito, violación de un deber, ataque de un derecho, carencia de un sentimiento, ó como quiera definirse, es un acto perjudicial, nocivo á la sociedad y que ésta se halla obligada á precaverse del malhechor; en una palabra, todos están de acuerdo en que el delito, tomado en la acepción más general y más lata, es un fenómeno antisocial, es decir, contrario al desenvolvimiento de la especie humana, y que la pena se impone, sea como una retribución del mal por el mal, sea como una expiación, como un acto de legítima defensa, ó en fin, como un acto de conservación social.

Pero, en lo que discrepan diametralmente las distintas escuelas,—y este es el punto en que debemos detenernos un momento,—es en la concepción del criminal, problema que parece abstracto y sin importancia, y de cuya buena ó mala resolución, es, sin embargo, de donde surgirá una verdadera ó una falsa teoría de la reiteración y de la reincidencia en los delitos, y como es natural, sobre la represión correspondiente.

Detengámonos un poco en el estudio de ese factor importantísimo de la ruina social, investiguemos si al hallarnos enfrente á un criminal, nos encontramos, en realidad, delante de un hombre vulgar, ó si es una variedad distinta, no ya de raza, sino del género humano, como hay muchos que lo aseguran.

Contemplémosle físicamente y veamos si hay algún rasgo fisionómico ó fisiológico que los separe, diferenciándolo de todos los demás seres, ó si, por el contrario, la anomalía del criminal, orgánica y psíquicamente considerada, es solo una fantasía de algunos declamadores de la ciencia que se conoce con el nombre de Criminalología.

Planteado así el problema, su resolución sintética verdadera es indudablemente la siguiente: que la anomalía moral del criminal, es decir, su diferencia de organización psíquica con los demás hombres, cuando menos en los grandes criminales, es un hecho evidenciado por multitud de observaciones pacientes y continuadas.

En cuanto á la anomalía física ó orgánica del delincuente hay que confesar francamente que la ciencia penal, á pesar de haberse dedicado en estos últimos tiempos de una manera extraordinaria al estudio de ese punto, no ha conseguido hasta ahora un resultado muy halagüeño, pues las experiencias y las conclusiones de los más grandes penalistas han sido destruidas por otras conclusiones contrarias de otros sabios, aun cuando puedan coincidir en lo fundamental, esto

os, en la existencia de algunos rasgos físicos de degeneración en el criminal.

Los datos que nos han suministrado Maudsley que ha observado en infinidad de criminales en Inglaterra, Despine que ha estudiado sobre todo el criminal francés y Lombroso que ha recorrido la mayor parte de las cárceles de Italia, si bien coinciden en que existen rasgos reveladores de la tendencia criminal, ó al menos *rasgos predominantes en el tipo criminal*, no están de acuerdo en cuanto á la determinación de esos rasgos ó caracteres.

Otros penalistas, Lanvergne, Lucas, Morel, Nicholson, Benedick, Marro, Corre y Ferri se han ocupado también de constatar la existencia de esas anomalías; pero, estos cuatro últimos, sobre todo, han contradicho muchos de los datos del más ilustre de los sabios antropólogos, César Lombroso.

Este eminente profesor ha estudiado en obras que revelan una erudición y una paciencia extraordinarias, todos esos rasgos á que nos hemos referido, y los ha estudiado en cada variedad de lo que podríamos llamar la "raza criminal" en los homicidas, los ladrones, los violentos, las prostitutas, etc., etc.

En *L'oumo delincente*, Lombroso ha hecho una verdadera estadística analítica de los casos examinados y de las anomalías que ha encontrado en sus investigaciones.

La asimetría del cráneo ó de la cara, la submicrocefalia, la anomalía en la forma de las orejas y la prolongación, prominencia ú oblicuidad en las mandíbulas que se conoce con el nombre de prognatismo, la carencia de barba, las contracciones nerviosas de la cara, la desigualdad de las pupilas, la nariz torcida ó chata, la frente hundida, la excesiva estatura, el desarrollo exagerado de los arcos cigomáticos, el color oscuro de los ojos y de los cabellos, he ahí los principales caracteres revelados por Lombroso. ¿Pero, ellos son acaso, no digamos caracteres que separan al individuo

criminal del que no lo es, sino, al menos, caracteres constantes siempre en el delincuente?

Nada de eso; esos pacientes trabajos no han demostrado hasta ahora semejante cosa.

¿Qué importa, en efecto, que muchos de los criminales tengan esos caracteres físicos y fisiológicos, si hay muchos individuos normales que también los poseen, y si con ellos nada podemos hacer, ninguna distinción podemos establecer y tenemos precisamente que esperar el desenvolvimiento de la vida de una persona que presente algunos de esos signos físicos para saber por su conducta honrada ó criminal si su prognatismo es una anomalía, si sus cabellos oscuros, su nariz chata ó su carencia de barba es un signo de degeneración?

Y ¿por qué esos mismos caracteres citados serán anomalías en unos y rasgos naturales en otros? ¿Por qué en el criminal as contracciones nerviosas de la cara, la desigualdad de las pupilas ó la frente deprimida, tendrán que ser signos de degeneración que revelen sus tendencias malsanas, y esos mismos rasgos en el hombre honrado no serán más que fenómenos naturales?

¿No es acaso cosa sabida y resabida que los productos de la procreación humana ofrecen una variedad tanto ó más grande aún que los de la procreación en las otras especies criminales?

En resumen: los datos de la antropología criminal si bien de gran importancia, son hasta ahora vagos, dudosos y contradictorios, pues no hay un solo carácter, uno solo, que revele al criminal y que sirva para constatarlo sin vacilaciones de ningún género.

Nosotros no pretendemos que debe abandonarse ese género de investigaciones; nos concretamos solamente á manifestar nuestra creencia de que ellas no han producido aún todo lo que se esperaba del estudio del delincuente, anatómicamente considerado, y creemos firmemente que Garófalo sos-

tiene un error al afirmar, no que el punto capital de la cuestión sea encontrar uno ó más signos físicos evidentes de degeneración, sino que es el demostrar que la proporción de las anomalías congénitas es mayor en un número dado de condenados que un número igual de no condenados.

¿Para qué, le preguntaríamos nosotros; para hacer un cuadro estadístico de los degenerados físicamente, sin otro objeto que saber si entre los criminales hay más degenerados que entre los no criminales?

Pero ¿qué conseguiríamos con eso? ¿Habríamos precisado acaso el tipo criminal que es lo que interesa á la ciencia?

Yo comprendo que Garófalo tiene razón al afirmar que es evidente que todos los no condenados no pueden ser considerados como personas honradas, sino que hay entre ellos muchos individuos con tendencias criminales próximas á estallar y que es sabido que la justicia no logra conocer ni aún la tercera parte de los delitos que se cometen, pues la mayoría de éstos no se descubren, ó ni aun siquiera se denuncian á la policía.

Pero, yo pregunto: ¿podrían afirmar los partidarios á ou-trance de la degeneración física del criminal, que todos esos no condenados con instintos criminales que ellos presumen y que ciertamente existirán, presentan signos de degeneración orgánica?

Este argumento nos parece serio.

Por lo demás, yo no niego la existencia de esas anomalías; sólo hago caudal y argumento digao de tenerse en cuenta, del hecho de que la proporción de esas anomalías entre los no criminales es casi tan grande como entre los delinquentes.

Pensamos que nadie puede negar la veracidad de los cuadros de Lombroso al diferenciar los asesinos de los demás criminales, al pintar á los ladrones, á las prostitutas y á los violentos, lo mismo que las descripciones que nos hacen Emilio Gautier, Marro, Bordier, Corre y otros, pero creemos

que se ha exagerado mucho en ese sentido, y que la fantasía de muchos penalistas ha tenido ancho campo para desarrollarse al estudiar psíquica y fisiológicamente al criminal.

(Continuad).

## DE LAS ACCIONES EN MATERIA CIVIL

POR

EUGENIO J. LAGARMILLA

(Continuación)

31. Nuestro Código legisla sobre las acciones mixtas (1). El artículo 243 dice: "También se dividen las acciones en civiles y criminales. La acción civil, es aquella por la que se pide sólo la cosa ó el interés; criminal aquella por la que se pide la imposición de la pena establecida por la ley. Se pueden unir estas dos acciones y entonces se llama mixta. Llámense también así, las que tienen el doble carácter de reales y personales".

De la primera clase de acciones mixtas no podemos tratar extensamente, porque no entran dentro de los límites que hemos señalado á este estudio.

Por regla general, la acción penal se ejerce por el Ministerio público; pero hay delitos que sólo pueden ser castigados á instancia de parte. Entendemos que sólo cuando se sigue el juicio criminal á querrela de parte, puede existir una acción mixta. Cierta es que el artículo 35 del Código Penal establece que: " Toda sentencia condenatoria en materia criminal lleva envuelta la obligación de pagar las costas, cos-

(1) Admiten las acciones mixtas los códigos francés (art. 59); español (art. 62).

tos, daños y perjuicios, por parte de los autores, cómplices y encubridores"; pero, como más adelante lo demostraremos, no basta que se deduzcan dos acciones de distinta naturaleza para que exista una acción mixta: es preciso que ambas acciones sean principales, y no una accesoria de la otra. En el caso del artículo 35 del Código Penal, la condenación que se establece es un simple accesorio de la pena impuesta; sólo la acción penal fué discutida y por el solo efecto de considerarse á ésta precedente tienen lugar las otras condenaciones.

Ahora, en el caso del artículo 382 del Código Penal, por ejemplo, cuando no tiene cabida el procedimiento de oficio, el lesionado puede solicitar, al mismo tiempo, la imposición de la pena á que se ha hecho acreedor el reo y la devolución de la cosa ó cantidad que se le ha sustraído en virtud del fraude, además de las prestaciones legales, derecho que le corresponde de acuerdo con el artículo 5 del Código de Instrucción Criminal.

Quando la acción penal debe ser deducida por el Ministerio Público no puede haber lugar al ejercicio de la acción mixta, porque el Ministerio Público representa á la sociedad y no al lesionado, y no tiene, por consiguiente, personería para ejercer dos acciones que corresponden á distintas personas (1).

Las acciones mixtas que realmente nos interesan son las de la segunda clase; las civiles que reúnen el doble carácter de reales y personales.

Hay que remontarse hasta el Derecho Romano para en-

(1) Esta especie de acciones fué conocida en Roma, llamándose así (mixtas), cuando á la vez tendían á la conservación de los bienes sustraídos (*rem persequitur, rei persequenda causa datur*), y á la imposición de una pena al autor del delito (*poenam persequitur*); aunque en realidad en estos casos no se trata de verdaderas acciones mixtas (simples), sino de la unión de dos acciones distintas. Conf: SAVIGNY, *ob. cit.*

contrar el origen de esta clasificación. De esa fuente han salido las acciones mixtas que las legislaciones modernas aceptan ó rechazan según el criterio que han seguido sus autores. Y si en el campo de la doctrina actual la uniformidad de ideas al respecto está muy lejos de existir, no más claro y preciso aparece el problema cuando inquirimos al Derecho Romano una solución que no encontramos. Las más variadas opiniones se han expresado por los intérpretes de los textos romanos. Las diversas escuelas creen hallar en ellos la prueba de la verdad de la tesis que defienden, sin que lleguen á explicar convenientemente todos los casos que se encuadraban en las acciones mixtas. Unos consideran como tales aquellas en las que cada parte podía asumir, indistintamente, la posición de actor ó reo, y de ahí que se les denominara también acciones *dobles*, pero hay quien dice que esta interpretación es moderna y fué desconocida en Roma (1). Otros intérpretes llaman mixtas á las acciones en cuya fórmula la *intentio* se hallaba concebida *in personam* y la *adjudicatio, in rem*. Pero la interpretación más admitida es la que las caracteriza por su causa. "Existen tres acciones, dice Savigny, (2), que, fundadas en verdaderas obligaciones, se llaman con justo título personales; pero que son esencialmente distintas de las demás de esta clase en cuanto, al resolverse, puede decidirse también una cuestión de propiedad. En efecto, en las acciones de partición propiamente dichas (*familia erciscundæ* y *communi dividunda*), la demanda entraña la decisión de la copropiedad litigiosa del demandante si estaba en posesión de la cosa; y en cuanto á la *actio finium regundorum*, el demandante puede recobrar también por vía de reivindicación la porción del inmueble de que estuviere privado, á causa de la confusión de límites. Por este motivo se dice que semejantes acciones *mixtam causam obtinere videntur tam in rem quam in personam*".

(1) BOITARD, COLMET D'ARLÈ, *Leçons I*, pág. 95.

(2) SAVIGNY, *Sistema de Derecho Romano*, t. 4.º p. 29.

No era, pues, la unión de dos acciones la que en Roma se denominaba acción mixta, sino los efectos de una sola acción, efectos que á la vez eran reales y personales.

32.— Pero cabe preguntar: ¿existen acciones que sean á la vez reales y personales? ¿La acción mixta, es una acción simple ó es la que resulta de yuxta posición de dos acciones, real la una y personal la otra? Para un espíritu concreto le sería razón suficiente la letra de la ley; ésta establece las acciones mixtas como acciones que tienen el doble carácter de reales y personales, y ante tal mandato expreso parece que no hubiera más solución que someterse. Sin embargo, la ley es impotente para variar la naturaleza de las cosas. Nada adelantamos con saber que la ley llama mixtas á las acciones que tienen un doble carácter, si en realidad no hay acciones que posean tal cualidad. Precisamente lo que se trata de averiguar es si puede concebirse una acción que á la vez sea real y personal.

La voluntad del legislador, como todo lo existente, está sometida á reglas: las leyes también tienen sus leyes; *legum leges*, decía Bacon. Aun cuando los preceptos del derecho positivo no puedan constituir un dique que detenga sus voliciones, éstas, sin embargo, se determinan movidas por dos principios á que debe prestar homenaje el legislador.

Uno es el principio de justicia, ideal á cuya realización debe tender en todos sus actos, y en cuyo concepto como idea absoluta, convergen, sin mayores discrepancias todas las escuelas, aun cuando difieran grandemente en la concepción de su origen y fundamento. Pero un principio abstracto no puede ser aplicado de idéntica manera en toda sociedad; no es posible regir por una misma ley al pueblo inglés y á una tribu de salvajes, á pesar de que la idea de la justicia abstracta sea independiente de la noción de espacio. Las leyes

tienen un fin práctico: no se hacen para contemplarlas como algo ideal que no se manifiesta por actos externos; su dominio es más amplio, no viven sólo en la mente, viven en toda la vida de un pueblo. Y si esto es cierto, y aun cuando los principios son invariables, la aplicación que de ellos debe hacerse ha de tener en cuenta, y muy principalmente, el medio donde han de desarrollarse. De ahí el otro elemento que toda norma de derecho debe poseer: la utilidad “que consiste en la *relación de los medios con el fin*”; por lo que el concepto de la utilidad es un concepto esencialmente *relativo* á un fin preestablecido” (1). Explicanse por esta causa la variedad de legislaciones en pueblos que, aun poseyendo igual nivel de civilización no se rigen por idénticos preceptos, debido á los caracteres peculiares de cada raza, á la distinta configuración de territorio, diverso origen, clima, etc.

Toca al talento y tacto del legislador combinar debidamente esos elementos componentes, armonizándolos unas veces, ó dando preponderancia al uno sobre el otro cuando así lo requieran los factores que obran sobre determinada sociedad

Pues bien: si la disposición legal no es ni debe ser otra cosa que el producto de las deducciones de esos principios, en los casos en que no se trata de *aplicaciones* sino de *terminar* los caracteres de un instituto jurídico, no como norma práctica sino como definición teórica, el principio único que puede haber dado vida á la disposición, es el *abstracto*, es decir, el de justicia. Es un mal método hacer de un Código un tratado de derecho; las definiciones abstractas no deben entrar en el campo del legislador; su estudio incumbe á la doctrina. Como los principios son motivo de los mandatos legales, deben manifestarse ante el intérprete por sus aplicaciones, para que éste pueda de ellas remontarse hasta su causa y comprender claramente la idea

(1) PRESCOTTE, *La Lógica del Derecho*, pág. 30.

que encierran. Pero en el dominio de los principios de justicia el legislador es impotente para variar la naturaleza de ellos; los aplicará como bien le parezca, y entonces, en los casos concretos de aplicación, su mandato tiene eficacia, pero ahí concluye su poder; las líneas fundamentales, la esencia del instituto, caen fuera del radio de su acción.

Ahora bien: si según la misma ley, las acciones son reales ó personales, según nazcan de un derecho real ó personal, para poder concebir acciones mixtas (simples), habría de concebir también derechos que á la vez fueran reales y personales. ¿Dónde se hallan esos derechos? La ley no habla de ellos. ¿Podrán deducirse de los principios? De lo que ampliamente hemos expuesto en los números anteriores, se deduce la respuesta negativa. ¿Qué importa que la ley hable de acciones que tengan los caracteres de reales y personales, si en la realidad no existen? Ante la imposibilidad de aplicar esa disposición, ¿debemos hacer caso omiso de ella? ¿Ó hemos de tratar, como dijimos, de buscar en los principios la verdadera intención del legislador? Es indudable que esta es la solución que se impone, de acuerdo con lo preceptuado por la misma ley (artículos 16 á 20 del Código Civil).

Pero antes de esto, analicemos las acciones que los romanos llamaron mixtas, para demostrar que no son tales.

Las acciones *Communi dividundo* y *familiae erciscunde*, ó sea las de división de la cosa común ¿poseen los caracteres que se dan á las acciones mixtas? Creemos que no. ¿El demandante acciona como dueño? ¿funda su derecho en el dominio? Hay quien así lo cree, porque, se dice, la obligación del demandado, en los casos de esas acciones, es una obligación *propter rem* y por consiguiente, la acción que la sanciona tiene un carácter real (1). Pero ¿de dónde emana el derecho del que

pide la división de la cosa común ó la demarcación de los límites de su propiedad? ¿Emana del dominio?—No lo creemos. En esos casos no se discute el dominio; al contrario, el hecho de deducir la acción, lo presupone. Si pido que un bien que poseo *pro indiviso* se divida, no lo hago porque tenga necesidad de amparar mi derecho de propiedad que nadie discute; no me fundo en que soy propietario sino en un derecho que nace de la ley, y que impone al comunero la obligación correlativa de aceptar la partición (artículo 1090 del Código Civil). No basta que esa obligación sea impuesta á todo poseedor, *propter rem*, para decir que el derecho correlativo á ella se halla protegido por una acción real. Ya hemos tenido ocasión de refutar la doctrina errónea que caracteriza las acciones por los efectos que respecto á terceros puedan tener. No se debe nunca apartarse del criterio que la ley y los principios nos dan para determinar la naturaleza de las acciones. Del hecho de que la obligación de soportar la partición se imponga á todo propietario no puede deducirse que esa obligación nazca del dominio. Lo que hay es que la ley impone obligaciones teniendo en vista el carácter de dueño, y en tanto se encuentra una persona en la posición prevista por ella. También los padres tienen obligación de dar alimentos á sus hijos, y esta obligación que se tiene en cuanto es *padre*, no cambia su naturaleza por este hecho, como tampoco cambia la suya la que se impone á una persona en cuanto es propietario. El derecho de no seguir en la indivisión no es atributo de la propiedad sino facultad acordada por la ley en vista de razones de orden público. La ley es una de las fuentes de obligaciones (Código Civil, artículo 1220), y por tanto de los derechos personales correlativos, y el derecho que se tiene frente á la obligación legal de no oponerse á la partición es un derecho personal, y *personal*, por consiguiente, es la acción que sanciona á ese derecho. Y lo que hemos dicho de la partición es perfecta.

(1) GARSONNET, *Traité de Proc.* I, pág. 510; CARRÉ, *Lois de l'organisation judiciaire*, t. III, p. 274.

mente aplicable á la demarcación de límites. Concluimos, pues, que las acciones *communi dividundo, familie erciscundæ, y finium regundorum*, que los romanos llamaron mixtas, son verdaderas acciones personales (1).

Los que opinan que esas acciones son mixtas, se fundan en que en ellas "se requiere el dominio porque sólo los propietarios pueden pedir la división. Pero como el derecho de propiedad por sí solo no impone más que una obligación negativa, interviene la ley prescribiendo, en caso de comunión, la obligación de consentir la división aun cuando sea demandada por uno solo" (2).

A nuestro entender, esa tesis se refuta por sí misma. Si el derecho de propiedad por sí solo no impone la obligación, ésta no nace de él, y sí de la ley, como lo confiesan los mismos sostenedores de la tesis que impugnamos. Y si nace de la ley y no de la propiedad, para nada tenemos que hacer intervenir el elemento real que no existe, desde que no es en virtud de ser propietario, sino del estado de indivisión, por lo que la ley obliga á consentir la partición de la cosa indivisa.

Pero ¿á qué acciones se ha referido la ley en el artículo 243? ¿Ha tenido en cuenta el concepto tradicional ó ha reaccionado contra él designando con ese nombre á la yuxtaposición de dos acciones de distinta naturaleza? Por de pronto y en lo que se refiere á la acción *familie erciscundæ*, la competencia se regla no por el artículo 33 del Código de Procedimiento aplicable á las acciones mixtas (3), sino por el artículo 42 desde que la partición debe pedirse ante el Juez que conoce de la sucesión. Por otra parte, de la acción *finium regundorum*, ve el Juez del lugar donde se halla el te-

(1) CONF. MATTIROLI, *Tratado*, etc. 7.ª edim. 24; GAMBULO, *Il Codice di Procedura Civile*, Tomo I.ª, pág. 374; BONCENSE, *Teoria della Procedura Civile*, Tomo I, pág. 70 y sig.; SARELO, *Istituz.*, 1.ª edim. 211; BORSARI, *Comment. sull'art. 30*.

(2) PESCATORE, *Sposizioni Compensative*, Tomo I, pág. 129; BOITARD, *Leone*, I.ª edim. 134.

(3) DE-MARÍA, *Lecciones*, etc. Coment. al artículo 33.

rreno (Código de Procedimiento 1213), y no entra, por tanto, en el caso que contempla el artículo 33 citado (1). Resulta de esto que la ley ha tenido en cuenta otros casos de acciones mixtas fuera de los que dejamos señalados. ¿Qué casos serán estos? En nuestro sentir todos aquellos en que se ejerciten á la vez dos acciones de distinta naturaleza.

Tenemos que aclarar ese concepto, que es el moderno, sobre las acciones mixtas. Tomemos, por ejemplo, el derecho del acreedor hipotecario cuando se hace valer contra el deudor que está en posesión de la cosa hipotecada. El titular de ese derecho posee dos acciones; una personal que emana del contrato y obliga ilimitadamente al deudor al pago de la deuda (C. C. 2346), y otra real que ha nacido del derecho de hipoteca que grava la cosa como garantía *especial* de la obligación. Cuando el acreedor ejercita ambas acciones contra su deudor, pidiendo la ejecución de la hipoteca y el pago del remanente, si la cosa gravada no alcanza para la cancelación de la deuda, tenemos el caso

(1) A primera vista parece que de esas disposiciones legales surgiera un argumento contra la personalidad de esas acciones. En efecto, según la ley se sigue el fuero de la cosa como en las acciones reales. Sin embargo, la contradicción solo es aparente. Ante todo, debemos decir que aun cuando no se explicara convenientemente esa derogación á las reglas de la competencia en materia personal, no podría por ese solo hecho deducirse la falsedad de la tesis. Lo único que resultaría es que el legislador se apartó de las consecuencias del principio por razones de conveniencia. Pero nosotros creemos que el legislador ha sido fiel á los principios y que en esos casos ha aplicado las reglas correspondientes á las acciones personales.

Descartando el caso de la partición, que se explica fácilmente por el fuero de atracción que tiene la sucesión, creemos que en el caso del juicio de mensura se ha aplicado la regla establecida para las acciones personal — en el artículo 35 del Código de Procedimiento.

Como lo indica esa disposición, á lo primero que hay que atender en tal supuesto es *al lugar en que debe cumplirse la obligación*, y para que se aplique esta regla no es necesario, según lo explican todos los autores, que expresamente se haya pactado al respecto; basta que por la naturaleza de la obligación se deduzca que en ese lugar debe hacerse efectiva. Así, por ejemplo, el que pide el desahucio de una finca, en la que no tiene su domicilio el demandado, ejercita una acción personal, supuesto que la acción nace del contrato de arrendamiento y para nada entra en él la cuestión de domicilio. Sin embargo, aun cuando nada diga el contrato, la acción se deducirá ante el Juez del lugar donde la finca se encuentra y no ante el del domicilio del demandado.

Pues lo mismo pasa en el juicio de mensura, se debe iniciar ante el Juez del lugar donde la cosa se halla, no porque la acción es á real, sino por aplicación del *locus destinatus solutionis* dado que, por su naturaleza, es allí donde debe cumplirse la obligación.

de una acción mixta, "porque entonces la reunión de los dos derechos toma la forma de un derecho único de carácter mixto" (1). En la acción hipotecaria el demandado está obligado como detentador del bien y como deudor.

Hay que tener presente que no basta que al deducir una acción real se pida al mismo tiempo el cumplimiento de una obligación para que nos hallemos en presencia de una acción mixta. Así, por ejemplo, si en una demanda reivindicatoria se solicita que el demandado pague los frutos y demás prestaciones personales, aun cuando hay dos acciones, una real y otra personal, no existe realmente una acción mixta. En este caso la acción personal es un simple accesorio de la acción real porque quien demanda la propiedad lo que pide en primer término es el reconocimiento de su derecho de dominio; las demás prestaciones es algo secundario, es una consecuencia, un accesorio de la declaración del dominio del actor (2). Como muy bien dice Boitard (3), "no son las conclusiones accesorias, sino la naturaleza, el principio, el elemento primitivo de la acción lo que determina su carácter". Si se entiende de otra manera no puede jamás concebirse la existencia de una acción real y habría, de consiguiente, que eliminar de la ley tal clase de acciones. En efecto, hasta la reivindicación, es decir, la acción real por excelencia, sería una acción mixta, supuesto que siempre juntamente con la demanda de la cosa se pide la restitución de los frutos. Ahora bien; esa no pudo ser la mente del legislador desde que la ley nos habla de acciones reales y de acciones mixtas. (Cód. de Proc., arts. 28, 29, 30, 31, 33, etc., 241, 243).

(1) PESCATORE, obra citada, tomo I.º, pág. 126; GARSONNET, obra citada, tomo I.º, pág. 523.

(2) La distinción de las acciones en *principales* y *accesorias* se halla determinada por la índole propia de las acciones, por el carácter que asumen en juicio. Llamamos *principales* á las acciones que constituyen el fundamento del juicio que tienen una existencia propia é independiente; *accesorias* las que presuponen otra acción principal y que se proponen en el juicio en que se discute la acción principal, y á veces también por separado ante el juez que ya se pronunció sobre la acción principal. (MATTIROLE, *Tratt.* I.º núm. 28).

(3) BOITARD, *Leçons*, I, pág. 97.

Concluimos, pues, que sólo concebimos la acción mixta como "aquella por la que se reclama un objeto en virtud de dos derechos yuxtapuestos, un derecho real y un derecho de crédito" (1), y siempre que de estos dos derechos nazcan dos acciones que se ejercitan como principales, y no cuando la una se deduce como accesorio de la otra.

33.—Punto oscuro también es el que se refiere á la naturaleza de las acciones de estado civil. ¿Entre qué clase hay que agruparlas? ¿Son personales, reales ó mixtas? Siguiendo el criterio adoptado debemos indagar á qué especie de derechos protegen las acciones de estado civil. Averiguado esto, podremos clasificarlas sin temor de engañarnos. Aquí, como en muchas otras cuestiones legales, el Derecho Romano puede arrojar la luz que nos facilite la solución del problema.

Sabido es que en la clasificación de derechos efectuada por Justiniano, dividió á éstos en dos grandes categorías: derechos personales (*jura personarum*), y derechos patrimoniales, subdividiendo estos últimos en derechos reales (*jus in re*), y derechos personales ó de obligación (*jus in personam, obligationes*). Por manera que, según el derecho de las Institutas, los derechos de las personas eran distintos á los derechos en las cosas (reales), como también á los derechos á las cosas (personales).

La diferencia fundamental es que en los unos (patrimoniales), entraba la cosa objeto de la relación, bien de una manera directa (*jus in re*), bien indirectamente (*jus ad rem*); mientras que en los otros (*jura personarum*), la cosa no entra como elemento en el vínculo de derecho.

Ese concepto de los derechos de la persona distinto de los derechos reales y personales nos parece que se funda en la verdadera naturaleza de las cosas. En efecto: ciertos derechos

(1) GARSONNET, *Ob. cit.* I, pág. 517.

de familia, es decir, los que se refieren al estado civil de una persona, no tienen en cuenta para nada los bienes; en tanto que éstos forman un elemento esencial en las otras categorías de derechos. El que reclama la filiación legítima ó el que pide ser reconocido como hijo natural de determinada persona no persiguen la obtención de cosa alguna. (1) Podrá es cierto resultarle de esos hechos, ventajas valorables, pero también puede que lo contrario suceda. De cualquier manera esas ventajas ó desventajas son una consecuencia secundaria y accidental que no pueden ser consideradas como parte integrante del derecho discutido. El que es reconocido como hijo legítimo ó natural ¿qué derecho en las cosas ó á las cosas tiene? Los tendrá como sujeto capaz de poseerlos, y siempre que se balle en las condiciones previstas por la ley, pero al perseguir la declaración de su estado civil lo que pide es que se le otorgue el rango que en la sociedad le pertenece, y nada más. Si á causa de la posesión de ese estado adquiere bienes, los adquiere como un efecto de él, y entonces el derecho patrimonial es una consecuencia del derecho de persona. Si se opina de contrario modo, queriendo tomar como causa lo que es efecto, no tendría clasificación el derecho del que reclama la filiación, por ej., cuando tiene bienes de fortuna y el padre ó la madre no los poseen. Aquí no puede decirse que indirectamente se tiene un derecho á las cosas, porque no cabe esa interpretación en el caso propuesto. ¿Cómo clasificar ese derecho? Opinamos que los derechos al estado civil no son ni reales ni personales, sino derechos distintos que forman una categoría aparte, en lo que está de acuerdo el Derecho Justiniano.

¿Cuál es la naturaleza de las acciones que protegen esos derechos? Veamos la contestación que los textos romanos nos dan. En Roma las acciones de estado civil tomaron el nombre de *prejudicialis actio* y se las consideraba como reales.

(1) La misma ley así lo establece cuando establece una presunción al solo efecto de fijar la competencia, lo que quiere decir que no es posible apelar en dinero esa clase de acciones.

En esto no fueron lógicos; si los derechos de familia no entraban entre los patrimoniales, las acciones correspondientes á éstos no deberían poder convenir á aquéllos. Pero esta contradicción se explica por el carácter formalista de ese derecho. Los jurisperitos no reconocían sino dos clases de acciones generales (1): acciones *in rem* y acciones *in personam*. La inflexibilidad de las fórmulas obligaban á que toda acción entrara en uno de los grupos constituidos. No habiéndose establecido acciones especiales para la protección de los derechos de familia se hicieron entrar á éstas entre las *in rem*. "*Prejudiciales acciones in rem esse videntur, quales sunt per quas queritur, an aliquis liber, vel libertus sit, vel de partu agnoscendo*" (2).

Ese error ó defecto del sistema romano fué seguido por la mayoría de los autores modernos, que consideran como reales á las acciones de estado civil. "Estas acciones, dice Gargiulo (3), son reales como lo demuestra su misma naturaleza, puesto que no derivan de los contratos, ni de una obligación legal *in genero*: además porque cuando no se ha definido específicamente como personal una acción, hay que considerarla como real desde que las acciones reales constituyen la regla y las personales la excepción". No estamos de acuerdo con esa opinión que podría ser sostenible en el Derecho Romano, pero que es inadmisibles en el moderno. Como hemos dicho, los romanos no admitían sino dos clases de acciones: "*Omnium actionum quibus inter aliquos apud iudices arbitrosve de quacumque se queritur summa divisio in deo genero deducitur: aut enim in rem sunt, aut in personam*"; de manera, dice Savigny, que no hay acción alguna que no pertenezca á una ú otra

(1) Hacemos abstracción de las mixtas que sólo se aplicaban en los tres casos de que ya hemos hablado.

(2) Ver SAVIGNY, *Sistema*, IV, pág. 18 y siguientes. «Se les llamaba prejudiciales porque ordinariamente se trataban en vía de *prejudicio*. Tenían por fin obtener, no la condena del adversario, sino la declaración de una calidad relativa al estado de la persona.» (SARRIO, *Instit.*, tomo 1.º, núm. 219).

(3) GARGIULO, *Comment*, tomo 1.º, pág. 374.

especie. Ahora, como la acción personal tiende á hacer efectivo el cumplimiento de una *obligatio*, se comprende que toda acción que no tuviera tal fin se clasificara como real, desde que forzosamente tenía que entrar en una ú otro de los grupos establecidos.

Ya hemos demostrado que otros son los fundamentos donde se apoya el Derecho moderno en lo que respecta á las acciones. Nada de líneas inflexibles en las que á la fuerza deben encajarse. La tirantez de la forma, choca abiertamente con la espontaneidad del derecho, tal cual hoy lo concebimos. No tenemos que inquirir si hay acción, repetimos, sino si hay derecho, y caracterizaremos aquélla por la naturaleza de éste, sin que debamos violentar su esencia para colocarla en una clasificación de antemano consagrada. Las acciones son reales ó personales, según protejan á derechos reales ó personales, y si el derecho que protegen no es real ni personal, la acción no será ni de una ni de otra especie. Esa es la única solución que puede admitirse. Decir como dice Gargiulo, que si una acción no es personal tiene fatalmente que ser real es, á nuestro modo de ver, incurrir en un error, puesto que importa dar por sentado que todo derecho es real ó personal. Y en este error incurre á su vez el sabio jurista Mattiolo (1), al decir que la acción de estado es real "porque el estado de la persona constituye para la persona misma un bien propio, más precioso aún que su patrimonio económico" de lo que deduce que esas acciones tienen un carácter semejante á real porque pueden ejercitarse *ad versus omnes*.

Nosotros hemos demostrado en números anteriores, que los derechos reales ó personales presuponen una *cosa* ó sea el objeto de la relación jurídica, y sólo confundiendo los tér-

(1) MATTIOLLO, ob. cit. I. N.º 22; SARRDO, *Intitul.* I.º N.º 219; BOUTARD, COLMET D'ARNO, *Lexon.* I. N.º 132. La mayoría de los autores las clasifican como reales, quizá influidos por la tradición. La Corte de Casación francesa en sus observaciones al Cód. de Proc. las calificaba como personales.

minos puede aplicarse el nombre de propiedad á las relaciones de familia. En cuanto á que puedan oponerse á todos *adversus omnes*, es indudable, pero nada tiene que ver con la cuestión; lo único que de ello se deduce es que no sólo las acciones reales tienen ese carácter (1).

Por nuestra parte, y por las razones expuestas, nos adherimos á la opinión de Garsonnet que la funda en los siguientes términos: "Las acciones relativas al estado de las personas no entran, á causa de su naturaleza particular, en la división de acciones personales, reales y mixtas. No son reales, porque los derechos sobre que se fundan no pueden ser llamados reales; menos aun pueden ser personales, porque el demandante no hace valer una obligación contraída por una persona determinada; y por último, la ausencia de todo carácter personal impiden que sean mixtas" (2). Las acciones de estado civil son acciones *sui generis*, ni reales ni personales. Nuestro legislador así lo ha entendido cuando ha dictado reglas especiales para fijar la competencia, no creyendo quizá que pudiera determinarse ésta por las disposiciones aplicables á las otras acciones. (Cód. de Proc., art. 68. Ley sobre Reg. de E. Civil, art. 72).

(Continuará).

## TESIS SOBRE EL CÓDIGO PENAL

POR EL

DOCTOR MIGUEL F. RODRIGUEZ

(Continuación.)

10. Artículo 2.º Muy debatido ha sido en la legislación penal el problema de la división de los actos punibles.

(1) Véanse los números 26 y 29. Por eso incluimos á los derechos de familia entre los abolicionales.

(2) GARSONNET, *Traité*, Tomo I, pág. 524.

Tres son los sistemas seguidos actualmente: 1.º La división en delitos y faltas, llamada *bipartita*, y que es la que adopta el Código; 2.º la división en crímenes, delitos y faltas, llamada *tripartita*, ó división francesa; 3.º división *mixta*, que puede llamarse italiana, por haberla establecido el *Proyecto Senatorio*, y seguido por Mancini en su proyecto de Código Penal.

ii. La división bipartita pretende fundarse en la naturaleza ontológica del delito que, según los partidarios de ella, sólo comprende dos clases de acciones: los delitos y las faltas.

Sostienen así que hay únicamente dos clases de hechos delictuosos "unos que atacan y ofenden al derecho de otro, y por ello el legislador los prohíbe y amenaza á su autor con pena, y estos son verdaderos y propios delitos, que constituyen la primera categoría; ó se trata, por el contrario, de hechos que, inocentes en sí mismos, ó indiferentes, ó cometidos sin mal propósito y sin producir daño, todavía el legislador prudente estima oportuno prohibirlos y castigarlos para evitar peligros de daño individual ó social, proveer á la prosperidad y tranquilidad del comercio civil, y mantener en los ciudadanos la opinión de la seguridad: estos constituyen las verdaderas y propias contravenciones ó transgresiones de policía" (1).

Fácil es probar que este raciocinio, en el cual se encuentran condensados los fundamentos de la división bipartita, carece de la importancia que se le ha querido dar.

No es cierto que puedan establecerse diferencias entre los delitos y las faltas ó transgresiones, considerando que en los primeros existe la intención de dañar y que las segundas carezcan de esa intención.

Si las transgresiones son actos en los que falta la intención del mal producido, no deben caer dentro de las prescripcio-

nes del Código Penal: corresponde al Código Civil establecer las disposiciones que deben regir esos actos. ¿Por qué, pues, se colocan esas acciones en un lugar extraño á su naturaleza? ¿Por qué no pasan al Derecho Civil? Debe haber otra razón que justifique ese procedimiento, seguido por todos los Códigos actuales.

Hay que reconocer que es falso el raciocinio que hemos transcrito anteriormente, y que la división bipartita no está basada en la naturaleza ontológica del delito, como lo pretenden sus partidarios.

Si la división tripartita no es racional, tampoco es racional la bipartita; entre las faltas y los delitos, no hay diferencia de naturaleza, sino diferencia de grados, que reclaman una penalidad mayor en unos casos que en otros. La importancia de la falta, y, por lo tanto, la temibilidad del autor es mínima; la importancia del delito entraña violaciones que deben pensarse siempre más ó menos severamente: es esta la única diferencia entre las dos acciones.

12. La división tripartita ha tenido su origen en Francia y no pretende fundarse, como la bipartita, en la naturaleza de las acciones criminales, sino en las penas.

Por el Código Francés los tribunales se dividían en tres clases: los verdaderamente criminales ó Tribunales de *Assises*, á los que concurría el Jurado; los *Correccionales*, compuestos de varios jueces de derecho; y, por último, los de policía, formados por solo una persona, un *Maire*, un juez de Paz. De acuerdo con este sistema, se estableció la división tripartita: á los *Assises* correspondía juzgar los crímenes, á los *Correccionales*, los delitos, y á los *Maires*, las faltas.

Este sistema, que del Código Francés pasó á los Códigos de diversos países, fué duramente combatido por Carrara, Carmignani, Mittermaier, y más enérgicamente por Rossi, quien criticando el procedimiento de estudiar la pena y no la esen-

(1) MANCINI. Obra citada, página 16.

cia de la acción, exclamaba con ruda amargura: "No os preocupéis en examinar la naturaleza intrínseca de las acciones humanas: observad el poder; si él hace cortar la cabeza a un hombre, sacad como consecuencia que éste es un gran malvado". (1) Es necesario, sin embargo, reconocer con un distinguido penalista argentino, que en la crítica de Rossi habla mucho el odio profundo que el ilustre proscrito italiano sentía por Napoleón III, bajo cuyo poder fué sancionado el Código (2).

A pesar de estos ataques, el sistema francés ha sido adoptado en Francia, Bélgica, Holanda, San Marino, Grecia, Portugal, Chile, Honduras y varios cantones de Suiza (3).

La bipartición ha sido seguida en Suecia, Perú, Brasil, Venezuela y varios cantones de Suiza.

13. El tercero y último sistema que hemos enumerado es un sistema mixto, poco conocido aún. Conserva la triple división y nomenclatura, porque "está arraigado en las costumbres de la mayor parte de las provincias italianas, y aceptado correlativamente en todos los ramos de la jurisprudencia italiana y en los actos internacionales relativos a la extradición de los delinquentes" (4). Coloca los delitos graves y menos graves (crímenes y delitos), en la primera parte de uno de los libros del Código, y en la segunda parte del mismo libro, las verdaderas faltas ó transgresiones de policía.

Estos son los tres sistemas que han pretendido clasificar los delitos.

14. Aun cuando autores notables se han ocupado extensamente de este asunto, creemos que es una de esas cuestiones

(1) Rossi. *Derecho Penal*, capítulo II.

(2) Piñero. *Apuntes de Derecho Penal*.

(3) El Código Español acepta la tripartición, pero llama delitos graves, menos graves y faltas en vez de crímenes, delitos y faltas. (Artículo 6.º).

(4) *Proyecto Senatorio*. Relación del Ministro Vigliani, página 12.

á la que, por ciertas circunstancias especiales, se le ha dado más importancia de la que realmente tiene.

Nos parece haber probado que tanto la división bipartita como la tripartita, no tienen ningún fundamento ontológico, y que si la segunda no es racional, tampoco es racional la primera.

Sentado esto y destruida la supuesta superioridad de aquella, es necesario reconocer que las dos son buenas, según el sistema que se siga: se debe buscar únicamente que exista una correlación estrecha entre la división aceptada y el sistema de Tribunales.

La división tripartita no ofrece inconvenientes en la República: los Juzgados del Crimen castigarían los delitos graves (crímenes); los Correccionales, los delitos menos graves (delitos); y los Jueces de Paz, las faltas. La misma división de penas que sigue el Código parece que estuviera ajustada á este sistema: penas afflictivas para los crímenes, correccionales para los delitos, y leves para las faltas.

Por otra parte, es imposible no reconocer que esta división más detallada que la bipartita, ofrece las ventajas de que cada Tribunal penará una clase menos numerosa de delitos, sin distraer su atención en los de otra categoría.

15. Antes de terminar el estudio de este inciso, debemos notar un defecto de redacción que confunde la misma división que establece.

Dice el Código: "*los delitos, atendida su gravedad, se dividen en delitos y faltas*". Según esto, las faltas son delitos, y, como los partidarios de la división bipartita sostienen lo contrario, puesto que dicen que en las faltas no hay intención criminal y, por lo tanto, no hay delito, la letra del artículo destruye el fundamento de la división adoptada. Para proceder lógicamente la ley debería decir: "*las acciones punibles, ó las acciones susceptibles de pena, atendida su grave-*

dad, se dividen en delitos y faltas". Se salvaría así un error que afecta al fundamento de la disposición.

(Continuare).

## CURSO DE DERECHO CIVIL

POR EL

DOCTOR DUVIMIOSO TERRA

(Continuación)

De las fuentes de las obligaciones en general

### DEL CONTRATO

#### I

SUMARIO—*Convención y pacto*—Crítica que hacen al Código Francés, Aubry y Rau, Marcadé y otros—Esa cuestión que tenía utilidad y fundamento en el Derecho Romano, no lo tiene según el derecho actual—Diferentes especies de contratos—Dificultad para distinguir con precisión el contrato unilateral del gratuito—Crítica—Definición prevista del Código Austriaco—Contrato conmutativo—Inutilidad de esta clasificación—Contratos nominados é innominados—Poca importancia de esta división según el derecho actual—Razón de la división en el Derecho Romano—Indicación de otros contratos.

En las conferencias anteriores hemos fijado el método que en el estudio de esta materia nos propusimos seguir; hemos determinado en qué consiste la *Obligación*. Corresponde ahora averiguar de dónde nace.

Según el Código Oriental la obligación nace del contrato, quasi-contrato, delito, quasi delito ó de la ley.

¿Es fundada esta división?

Doveri, en su excelente obra intitulada "Instituzione del

Diritto Romano" al examinar igual división que hace el Código de Italia, dice que en cuanto á su mérito científico algo deja ella que desear, pues no hay obligación á cuyo nacimiento no concorra más ó menos directamente la ley ó el acto humano; que si se justifica la división es tan solo teniendo en cuenta el rol más ó menos prominente que desempeñan esos elementos siempre generadores de la obligación.

Sin embargo, nos parece fundada esa prescripción del Código, pues, si se examina la obligación, ya en las relaciones civiles, ya en las relaciones de familia, luego se ve que hay casos en que ella nace directamente de un acto del hombre, otros en que sólo hay una relación indirecta entre el acto y la obligación, y otros, en fin, en que esa manifestación de la voluntad para nada interviene.

En el caso del contrato, por ejemplo, ¿de dónde surge la obligación?

Directa y exclusivamente del acuerdo de dos ó más voluntades que constituyen ese acto jurídico.

Por él y tan sólo por él, una de las partes contratantes ó ambas entre si están obligadas reciprocamente á dar, hacer ó no hacer alguna cosa, y el rol que desempeña la ley es completamente distinto del que le atribuye Doveri; ella no concurre á la formación de la obligación: garante simplemente la obligación ya formada.

Tomemos otro caso en las relaciones de familia: *el padre está obligado á suministrar alimentos al hijo*. ¿De dónde nace esa obligación?

El buen sentido nos dice que no se puede afirmar, sin violencia, que ella nace del hecho de la unión social, del cual la existencia del hijo no es una consecuencia, como lo es en el caso del contrato, la obligación de hacer ó no hacer alguna cosa.

Esa obligación, pues, tiene su origen en la ley. Se desca-

bre, sin embargo, en ella, el acto del hombre, pero tan sólo como motivo de la prescripción legal.

Invirtamos ahora los términos y tendremos el tercer caso.

Así como la ley obliga al padre á prestar alimentos al hijo, impone también en ciertas circunstancias de la vida, igual obligación á este último.

Y bien: ¿en dónde se descubre por parte del obligado, el acto que genere la obligación? El ni es culpable de la indigencia de ese su ascendiente (caso en que la obligación se hace exigible), ni siquiera de su propio estado es culpable, á no ser que, parodiando al poeta, se quiera sostener que es delito del hombre haber nacido. Esa obligación, pues, debe exclusivamente su existencia á la prescripción legal, y, en consecuencia, queda probado que hay obligaciones que nacen de la ley sin que en su formación concurra ni indirectamente la voluntad del obligado

## II

Entre las fuentes de las obligaciones hemos examinado el contrato; en primer término lo coloca nuestro Código y, por lo mismo, ya que estamos obligados á seguirlo en la distribución de la materia, y también, porque es esa la más importante fuente de obligaciones, empezaremos por él.

## III

Nuestro Código define el contrato: "Una convención por la cual una parte se obliga para con la otra, ó ambas partes se obligan recíprocamente á una prestación cualquiera, esto es, á dar, hacer ó no hacer alguna cosa."

El Código Español, artículo 983, adopta igual definición. Los de Chile, artículo 1438 y República del Ecuador, artículo 1428 establecen que "CONTRATO ó CONVENCION es un acto

por el cual una parte se obliga para con la otra á dar, hacer ó no hacer algunas cosas".

Todas estas definiciones son tomadas del Código Napoleón—artículo 1101,—el que considera *el contrato como una especie de convención*, y, en consecuencia, les alcanza la crítica de que éste ha sido objeto también en esa parte.

Según Aubry y Rau, el Código Francés comete grave error al considerar como términos sinónimos el contrato y la convención, pues la convención, dicen, es el acuerdo de dos ó más personas sobre un objeto de interés jurídico. Ella puede tener por objeto la formación, extinción, modificación ó transferencia de un derecho, y sólo cuando tiene por objeto la formación ó traslación del derecho es que recibe el nombre de contrato.

La convención es el género, y el contrato la especie; la primera comprende el contrato como el discontrato mismo (1).

Mayuz se expresa en iguales términos (2).

Ahora bien; si siguiéramos la opinión de esos publicistas en esta parte, haríamos á nuestro Código las mismas observaciones que ellos hacen á la definición que de contrato adoptó el Código Francés. Pero, por el contrario, creemos que, hoy al menos, esas observaciones no son fundadas.

En efecto: si se toma por base el derecho romano que hacía la distinción entre *convención*, *contrato* y *pacto*, porque según él esas manifestaciones de voluntad tenían distintos efectos jurídicos, se justificaría la crítica; pero, no teniendo en cuenta la innovación realizada por el Código Francés, innovación que ha sido seguida por la gran mayoría de los demás Códigos modernos, entre ellos el Oriental.

Por derecho romano la convención comprendía todo acuerdo de voluntad, ya tuviera por objeto *crear*, *extinguir* ó *modificar derechos*, el contrato sólo comprendía los acuerdos de

(1) Aubry et Rau—Droit Civil Français, t. 4.º, pág. 285—cuarta edición.

(2) Droit Romain—t. 2.º, pág. 141—cuarta edición.

voluntades, tendentes á crear ó modificar derechos, distinguiéndose del pacto en que los derechos que de éste surgirían, no daban acción civil (1). Pero, según el derecho moderno, hay contrato siempre que hay concurso de voluntades sobre un objeto de interés jurídico: el pacto mismo no es otra cosa sino una cláusula del contrato, (2) luego, pues, para el derecho moderno, contrato y convención son en realidad términos sinónimos, y, en consecuencia, no sería en ese método pasible de crítica la definición del Código Chileno precisamente porque es más radical.

Todavía aquéllos dicen: "contrato es una especie de convención, ó es la convención que consiste, etc."

Estas definiciones, pues, dan á entender que puede existir la convención ó alguna especie de ella independientemente del contrato.

El Código Chileno es más radical y establece resueltamente la sinonimia diciendo: contrato ó convención es el acuerdo, etc., etc. (3).

Por lo demás, y sin entrar á examinar si hay realmente impropiedad de lenguaje al llamar *contrato* tanto al acuerdo de voluntades creando obligaciones como extinguiéndolas, diremos tan sólo que si por algo se puede criticar la definición referida de nuestro Código es por buscar en la idea de convención la significación del contrato.

*Contrato es la convención por la cual, etc., etc.*, establece el Código. Pero, por una parte si esos son términos sinónimos, nada se alcanza con tal definición desde que por ella se de-

(1) Doveri—Instituzione del Diritto Romano.

(2) Véanse los artículos 1698, 1703, 1709 del Código Civil Oriental que tratan de los pactos comisorios, retroventa, etc.

(3) Para llegar á estas conclusiones tomamos el término convención en su sentido estricto, pues, en su comprensión lata, aun hoy podría admitirse la distinción que hacen Aubry y Rau diciendo que convención es el género y contrato la especie, desde que habría indudablemente convención siempre que hubiera acuerdo de voluntades sobre un objeto aunque no fuera de interés jurídico. Pero, como bien lo dice Marcadé, no hay para qué considerar la convención en ese sentido desde que de ella no se ocupa ni puede ocuparse la ley.

finé un acto por el acto mismo. Si no lo fueran, entonces también sería imperfecta, pues si contrato es la convención que produce tales efectos, siempre restaría por averiguar qué entiende el Código por *convención*.

Por esto preferiríamos la definición al respecto adoptada por el Código Italiano en su artículo 1098: "El contrato es el acuerdo de dos ó más personas para constituir, modificar ó extinguir un vínculo jurídico".

#### IV

A medida que el hombre se perfecciona, sus necesidades aumentan, pero, por lo mismo, los medios de satisfacerlas se multiplican y se vuelven más capaces de facilitarle el paso hacia el cumplimiento de su fin.

Esto que se nota en todas las esferas de la vida, se verifica en la importante esfera de la contratación.

Así, en los tiempos primitivos el único contrato que puede decirse tenía aplicación, era el de cambio ó permuta, con todos los inconvenientes ya relativos á la necesaria desigualdad de las prestaciones, desde que no había una medida de los valores, ya relativos á la formación del contrato, siempre lenta, por la natural dificultad de llegar á un acuerdo de voluntades en cuanto á la naturaleza, calidad, utilidad de la cosa que se recibía, en cambio de la cosa que se daba.

A medida que la humanidad fué cumpliendo la ley del progreso, á medida que el hombre se fué haciendo más perfecto, sus necesidades aumentadas le obligaron á multiplicar los cambios de productos y entonces, á la permuta sustituyó la venta. Se pensó que se facilitaría esa operación haciendo que tal mercancía sirviese en todos los casos de medida de los valores, y entonces los cambios ya no se hicieron de una cosa por otra, lo que constituye la *permuta*, sino de una cosa por una cantidad de dinero, lo que constituye la *venta*.

Por las mismas razones los contratos que en los primeros tiempos podían reducirse á una sola clase—*bilaterales*—, y aun más, á uno solo, según hemos visto, hoy son varios; el legislador mismo vió que era imposible prever todos los que pueden realizarse y de ahí una de sus divisiones según en seguida vamos á verlo en contratos *nominados* ó *innominados*.

El legislador determinó algunas especies de contratos, tomando por base las transacciones de aplicación más general, sujetándolos á prescripciones especiales y teniendo en cuenta, como son múltiples las manifestaciones de la actividad, dejó completa libertad para la contratación fuera de los casos previstos y siempre que no se lastimaran el orden público y las buenas costumbres.

Así los contratos se clasifican según el número de obligaciones que producen, según el objeto que las partes se proponen; ya teniendo en cuenta la naturaleza (cierta ó eventual), de la cosa ó hecho que sirve de causa de la obligación; según tenga el contrato existencia propia ó dependiente; según, en fin, quede perfecto desde que hay acuerdo de voluntades ó sea necesaria la realización de un hecho posterior que funde ser la entrega de la cosa comprometida ó la existencia de la escritura de la cual el contrato conste.

La división más general que se hace por los expositores y en los códigos, es la de contratos bilaterales y unilaterales.

El contrato, dice el Código Civil Oriental, es bilateral ó sinalagmático cuando impone á las dos partes obligaciones recíprocas, y unilateral cuando impone obligación á una solamente de las partes contratantes.

Es *gratuito* el contrato cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen, y *oneroso* cuando tiene por objeto la utilidad recíproca, gravándose cada contratante en beneficio del otro (artículos 1222 y 1223).

Si es *bilateral* el contrato cuando produce obligaciones recíprocas; si es *oneroso* cuando cada parte se *grava* en provecho de la otra, parece que esos contratos cupieran en una misma denominación, desde que al imponerse uno de los contratantes un gravamen en favor del otro y viceversa, con traen entre ambos, obligaciones recíprocas, es pues el *oneroso* un contrato bilateral, según la definición que de esto nos da el Código.

Si contrato *gratuito* es el que sólo produce utilidades para uno de los contratantes, utilidades que el otro contratante queda obligado á prestar, esta clase de contratos cabrían á su vez en la definición que del *unilateral* se da, desde que de él sólo una parte resulta obligada.

Esta objeción ha preocupado á los expositores de derecho, habiendo entre ellos quienes digan que estas distinciones puramente de escuela llevan á distinciones y discusiones puramente escolásticas (1).

Otros como Pothier en su Tratado de las Obligaciones, dividen para librarse de la objeción, el contrato bilateral, en sinalagmático perfecto é imperfecto.

Pero, en realidad, si tomamos esas diferencias generalmente adoptadas en un sentido absoluto, no habría contratos *bilaterales*, esto es, contratos que obligan sólo una de las partes.

En tal sentido el contrato bilateral por excelencia sería el de donación simple, y sin embargo, todos los códigos extranjeros y modernos imponen obligaciones al donatario que si no son por éste cumplidas dan lugar á la rescisión del contrato.

El donatario, según el artículo 1608, tiene obligación de no ser ingrato, no puede denunciarlo como reo de delito que dé lugar á procedimiento de oficio, salvo casos especiales, y le está obligado al beneficio de competencia (artículo 1469).

(1) Laurent—Principes de Droit Civil Français—t. XV, págs. 485 á 494—Borsari—Commentario del Codice Civile Italiano—t.º 3.º, part. 2, pág. 170.

No es cierto, pues, que en tal sentido haya contratos unilaterales. Pero, los hay en un sentido relativo.

En efecto: el contrato de compraventa produce obligaciones recíprocas desde luego; esas obligaciones son de esencia del contrato sin que haya una parte que contraiga la obligación de entregar una cosa, y otra la obligación de entregar por ella una cantidad de dinero,

No sucede así en el contrato de *donación*.

Por el contrato en sí el donante tiene la obligación de entregar la cosa donada, sin que pueda exigir por parte del donatario el cumplimiento previo ó simultáneo de alguna obligación por su parte. Las de éste nacen cuando ya el contrato está perfecto y consumado; son una consecuencia de él, nacen de su esencia; pueden realizarse ó no: son *eventuales*.

Los que admiten la subdivisión entre contratos sinalagmáticos perfectos é imperfectos tratan de resolver la dificultad diciendo: que los contratos serán sinalagmáticos *perfectos*, cuando desde su celebración, originariamente producen obligaciones recíprocas, *imperfectos* cuando las obligaciones de una de las partes pueden nacer después en el lapso de tiempo que dura el contrato, pudiendo en tal caso comprenderse en esta última subdivisión el préstamo, depósito, mandato gratuito (1).

Nuestro Código que no admite esa subdivisión, pues, para él los contratos considerados en cuanto al número de obligaciones que producen, son únicamente bilaterales ó unilaterales, trata de salvar la dificultad estableciendo en su artículo 1210 *que si bien los contratos bilaterales entran en la clase de los onerosos, los unilaterales no siempre son gratuitos*.

En cuanto á nosotros creemos que ninguno de los medios adoptados satisface por completo.

(1) Laurent—Obra citada—opina que aún el préstamo á interés sería un contrato unilateral, con lo cual no estamos conformes,—este contrato produce obligaciones recíprocas: reales, necesarias y directas desde el momento de su celebración.

Tomemos, para demostrar este aserto, el caso típico de contrato unilateral, según nuestro Código—la donación.—Si ella es simple, sería á la vez contrato unilateral y gratuito, pero si es remuneratoria ú onerosa, por lo mismo, ya perdería esta última calidad, pero, según nuestro Código perdería en todos los casos siendo unilateral.

¿Es esto rigurosamente exacto? Ciertamente que no.

Propiamente hablando, cuando la donación deja de ser contrato gratuito también pierde su calidad de contrato unilateral, ella importa dar algo en pago de un servicio prestado—donación remuneratoria,—ó se da alguna cosa en cambio de lo que el donatario se compromete á dar ó hacer (donación onerosa). Luego, pues, podría concluirse que siempre que un contrato es *unilateral, es gratuito*, siendo infundada y contradictoria en sus términos, la prescripción del artículo 1223, inciso 2.º. Aun más, invertidos los terminos, entonces sí, creemos que sería sostenible, pudiendo afirmarse *que no siempre los contratos gratuitos son unilaterales*.

El mandato civil, por ejemplo, es por nuestro Código considerado como un contrato gratuito y perfectamente se encuadra en su definición. Cuando una persona se encarga de hacer algo en nombre de otro, para ella el objeto del contrato es *prestarle desinteresadamente un servicio y hacer que de sus gestiones reporte utilidad*.

El contrato, pues, es gratuito, pero desde el momento que se celebre nacen obligaciones recíprocas entre las partes.

El mandatario está obligado á cumplir el mandato; pero, el mandante está *también obligado* á suministrarle todo lo necesario para que esas gestiones sean practicadas; el mandatario tiene una perfecta acción contra el mandante; *acción* es el derecho en ejercicio y no hay derecho sin obligación correlativa.

El mandato, pues, no es contrato unilateral en la acepción propia del término, y sin embargo, puede ser gratuito.

Por lo expuesto, creemos que hay más precisión científica en el artículo 864 del Código Austriaco que distingue esa clase de contratos estableciendo: "que el contrato es unilateral ó bilateral, según que una sola de las partes prometa alguna cosa y la otra acepte, ó ambas se transfieran ó se obligan á transferir derechos (1).

Con respecto á la utilidad práctica de las cuatro divisiones que hemos tratado, varias son las consideraciones que se aducen por los expositores. Las que más parecen fundadas son las siguientes: Primera.—Hay gran conveniencia en distinguir el contrato bilateral del unilateral, porque el primero se reputa hecho bajo la condición de que si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra puede demandar su resolución con indemnización de daños y perjuicios ó su cumplimiento con indemnización también de los perjuicios de la mora. Pero, en los contratos *unilaterales* esa condición resolutoria no tiene lugar. Segunda.—Respecto á la división entre contratos gratuitos y onerosos, tiene ella interés principalmente con relación á la teoría de la culpa.

La culpa es susceptible de grados, tomándose como tipo el cuidado de un buen padre de familia.—Puede ser leve ó grave (artículo 1318). El dador de cosa tratándose de un contrato gratuito sólo responde de esta última.

## V

Los contratos también pueden ser *comutativos ó aleatorios*. Lo primero, cuando lo que una parte se compromete á dar ó hacer se considera como equivalente de lo que la otra á su vez se obliga á hacer ó dar. Lo segundo, cuando el equivalente depende de una contingencia incierta de ganancia ó pérdida—artículo 1224.

<sup>1)</sup> Al admitir esta definición como crítica á la de nuestro Código, claro está que nos separaremos de su teoría en cuanto á la adquisición de los bienes.

La clasificación de contrato aleatorio tiene aun hoy su razón de ser, desde que la ganancia, lucro ó utilidad depende de una contingencia incierta (*alea*), lo que no sucede en los demás.

¿Pero puede decirse lo mismo del conmutativo?

La equivalencia de las respectivas prestaciones en un contrato bilateral, ni tiene la ley para qué tomarla en cuenta, y en todo caso, siempre se la consideraría con relación á los contratantes.

Ahora bien: ¿qué criterio seguir para apreciar y determinar si un contrato era ó no conmutativo? Por el valor respectivo de las cosas comprometidas, abstracción hecha de las condiciones de los contratantes, de las circunstancias que los indujeron á contratar? Ciertamente que no, pues hay casos, hay ciertos momentos en la vida, que cien pesos para una persona *valen* más; *le reportan mayor suma de utilidades* que cien mil pesos en otro momento dado. Si en el primer caso vende por cien pesos lo que vale cincuenta mil, el contrato sería, sin embargo, conmutativo.

Para no incurrir en graves errores é hirientes injusticias, habría que averiguar en cada caso hasta el *motivo* que indujo á una persona á contratar, la situación en que se hallaba, las circunstancias que lo rodeaban, lo que es absolutamente imposible.

Por derecho antiguo, si, se explicaba esa clasificación del contrato, porque entonces, teniéndose una idea errónea del *valor* por una parte, y por otra, con el fin de tutelar los intereses privados ese era el propósito aunque los resultados fueran contrarios, se admitía la rescisión por causa de *lesión*.

Pero, hoy que tal ley está abolida, ningún interés obra en la mencionada división.

También se dividen los contratos en *principales* y *accesorios*, según ya lo hemos dicho é indicado la diferencia, como así mismo en *solemnes, reales y consensuales*.

Por derecho romano la regla era que *el solo consentimiento no obligaba*; lo contrario era la excepción.

El derecho moderno ha invertido los términos.

Por punto general el consentimiento obliga de cualquier manera que se manifieste. Lo contrario es la excepción.

Contrato *consensual* es el que se perfecciona por el simple consentimiento. *Solemne*, cuando su validez depende de un requisito de forma, y, en consecuencia, podemos concluir que los contratos *solemnes* forman la excepción. El contrato es *real*, cuando sólo produce sus efectos especiales, verificada que sea la entrega de la cosa.

Lo dicho acerca del contrato consensual sirve también para demostrar que la división entre contratos nominados é innominados, ha perdido hoy gran parte de su importancia. En Roma, donde no tenían existencia legal sino los contratos que la ley determinaba, se explicaba la división, pues el contrato innominado era un simple pacto sin acción civil. Pero, por derecho moderno, que por punto general las partes quedan obligadas de cualquier manera que manifiesten su intención en ese sentido, la única utilidad que esta división tiene es, en primer término, demostrar que la clasificación que el legislador hace no es taxativa, y en segundo, la de saber que los contratos nominados se rigen por los principios generales que relativamente á cada uno de ellos la ley determina, mientras que los innominados se rigen sólo por los primeros. (1).

(Continuará).

## APUNTES SOBRE EL CÓDIGO DE INSTRUCCION CRIMINAL

(Tomados de las explicaciones del profesor de Procedimientos Judiciales  
2.º año, doctor José A. de Freitas)

(Continuación)

6.—*Pendiente la acción civil, podrá ejercitarse la penal; pero, se suspenderá aquélla hasta resolverse por sentencia, pasada en autoridad de cosa juzgada, la segunda.*

—Se refiere este artículo á los casos en que procede la acción penal pública. Cuando procede la acción penal privada se aplica el artículo siguiente, según el cual se tiene por renunciada la acción penal si la parte ofendida inició anteriormente la acción civil por daños y perjuicios.

No sería justo obligar al reo á luchar al mismo tiempo y ante dos jurisdicciones diferentes, haciendo frente á la vez á la acción penal pública y á la acción civil proveniente de delito,—ejercitada la primera por el Ministerio Público y la segunda por el damnificado. La circunstancia de revestir mayor gravedad y urgencia la acción penal obliga á suspender el procedimiento civil iniciado por el damnificado para la indemnización de los daños y perjuicios, hasta que el juicio criminal termine por sentencia definitiva que haga cosa juzgada.

Esta disposición no debe entenderse en el sentido de que siempre es indispensable, para que la acción civil siga su curso, que la acción penal sea resuelta por sentencia definitiva que condene ó absuelva al acusado. Hay muchos casos en que eso no sucede, y, sin embargo, no puede dudarse de la posibilidad legal de continuar la acción civil emprendida. El artículo 9.º prevé uno de esos casos (*morte del proce-*

(1) Marañón—t. cuarto, página 377.

sado), y debe suceder lo mismo en los casos de *demencia* (artículo 87 del Código Penal), *fuga ó amnistia* del delincuente. Para que la acción civil pueda continuarse basta que exista impedimento legal para iniciar ó proseguir la acción penal pública ó privada (Informe del Proyecto Vásquez Acevedo, pág. 64), pues de otro modo, se cometería la injusticia de obligar al damnificado á tolerar pasivamente que la prescripción de la acción penal extinga la acción civil (1), sin que exista razón alguna que justifique ese sacrificio.

7.—*En el caso en que la acción penal no pueda ejercitarse sino por la parte ofendida, no le será permitida á ésta, después de entablada la acción civil ante el juez competente, promover el juicio criminal.*

*Si se trata de la acción pública cometida al Ministerio Fiscal, la parte perjudicada por el delito que ha deducido anteriormente la acción civil por los daños y perjuicios, no podrá constituirse después parte civil en el juicio criminal.*

§—La primera parte de la disposición se refiere expresamente al caso en que procede la *acción penal privada*, y consigna la prohibición de promover el juicio criminal después de iniciada la acción civil ante Juez competente.

El ofendido, que podía iniciar á la vez las dos acciones ó cualquiera de ellas separadamente, ha preferido iniciar la acción civil. No debe permitirle que la abandone para volver á la acción penal; en primer lugar, porque debe entenderse que renunció á ella, dirigiendo desde luego sus esfuerzos á obtener, no el castigo del delincuente, sino la reparación del daño ocasionado por el delito (art. 30 del Código Penal), y en segundo término, porque no es justo permitir que una persona sea sucesivamente demandada por el mismo hecho ante distintos tribunales. Este principio consignado en todos los códigos antiguos y modernos, tiene un

1. Arts. 119 del Código Penal y 120 del Código Civil.

fondo de equidad evidente. El Proyecto Vásquez lo consigna en su artículo 8.º.

§—Para que la disposición pueda aplicarse, es indispensable que la acción civil se haya ejercitado *ante Juez competente*, de modo que si por error, la demanda sobre daños y perjuicios se inicia ante un Juez civil *incompetente*, estaría habilitado el actor para volver sin inconveniente á la acción penal. Esa es la doctrina antigua, aceptada por el Código Italiano, pero, que no reposa en ninguna razón atendible, sino en la fuerza de la tradición. Sea ó no competente, el Juez civil ante quien se dedujo la demanda, el hecho es que el actor que pudo deducir en primer término la acción penal, ha elegido y propuesto la acción civil, y debe siempre aplicarse con el mismo rigor el aforismo "*una via electa non datur recursus ad alteram*." La incompetencia del Juez tiene una importancia relativa en una legislación como la nuestra, que admite la *prórroga de jurisdicción*; de modo que sólo se concibe esa disposición dentro de la legislación italiana que la prohíbe, autorizándose así para afirmar que mal ha podido renunciar al ejercicio de la acción penal quien inicia la acción civil ante un magistrado *absolutamente* inhabilitado para conocer de ella.

El artículo 275 del Código Penal contiene una excepción á esta regla. La *querrela* por insolvencia culpable sólo puede ejercitarse en el caso de que tal insolvencia "*resulte comprobada por actos infructuosos de ejecución en la vía civil*".

§—La segunda parte del artículo está fundada en las mismas razones que la primera. La situación que contempla es fundamentalmente idéntica, y debe ser igual la solución legal. El damnificado que pudo ser el motor de la acción pública, formulando la correspondiente *denuncia*, prefirió esquivar sus contingencias y hasta sus propias responsabilidades, acudiendo á la acción civil; no es justo que después de iniciada ésta, se le permita agravar la situación del proce-

asado, autorizándolo para constituirse "parte civil" en el juicio criminal.

Esta es la primera y la única vez que este Código menciona a la *parte civil*, en el juicio criminal seguido por acción pública, pues ninguna disposición posterior la define ni la establece en forma alguna, "antes, por el contrario, la prohíbe en toda la extensión que legalmente corresponda a aquella personalidad jurídica". (Vásquez Acevedo: "Derecho Penal Procesal", pág. 9).

§.—La *parte civil* tal como está legislada en el Derecho Procesal italiano, puede intervenir en el juicio criminal para defender sus intereses civiles. Si para ello es necesario, puede aportar elementos nuevos al proceso é intervenir en la discusión de las pruebas, convirtiéndose así, en un auxiliar activo del Ministerio Público, como lo disponen los artículos 143, 310, siguientes, 373, 403 y 405 del Proyecto Vásquez Acevedo.

El Proyecto primitivo del Código de Instrucción Criminal admitía la intervención de la parte civil en el juicio criminal, pero no estando de acuerdo con su autor, la Comisión Revisora suprimió del texto todas las disposiciones que la reglamentaban, olvidando corregir y armonizar los demás artículos que se relacionaban con este punto. (Vásquez—"Cuestiones Prácticas de Derecho Penal Procesal," pág. 9).

8.—Si al resolverse en definitiva sobre una acción civil, resultase haber mérito á la acción pública criminal, se pasarán los antecedentes al Ministerio Público.

§.—Es de interés social la reparación de los delitos que dan lugar á la acción penal pública. Para ese fin quiere la ley que siempre que "al resolver en definitiva sobre una acción civil" resulte haber mérito para un juicio criminal, se pongan los antecedentes en conocimiento del Ministerio Público, á quien la ley encomienda la misión de acusar esos delitos. Los artículos 371 y 558 del Código de Procedimiento

Civil y 1642 del Código de Comercio prevén especialmente algunos de esos casos.

El deber que la disposición impone á los Magistrados debe ser cumplido con la mayor discreción. La ley no establece regla alguna que sirva de criterio para la apreciación de los casos que puedan ocurrir,—que sería imposible trazar de antemano,—pero es evidente la conveniencia de que el Magistrado sólo dé intervención al Ministerio Público, cuando exista base suficiente para formar convicción sobre la existencia de un delito. La oportunidad de las medidas es, según este artículo, el momento de dictar *sentencia definitiva* (las disposiciones de los artículos 371 y 558 del Código de Procedimiento Civil, permiten hacerlo antes), sin duda porque la iniciación del procedimiento penal producirá la paralización del juicio civil, lo que no siempre será indispensable. Tal vez habría sido más acertado dejar que el Juez civil juzgue si es ó no necesario suspender la acción civil.

9.—Muerto el acusado sin haber terminado definitivamente el juicio criminal, la acción civil puede ejercitarse contra sus herederos hasta donde alcancen los bienes fincados.

§.—La muerte del acusado sólo puede extinguir la acción penal, proveniente del delito; la acción civil puede proseguirse contra sus herederos, según lo dispone el artículo 4; deja, desde luego, de ser accesoria de la acción penal extinguida por la muerte, tomando un carácter de acción propia é independiente, que debe por su naturaleza ventilarse entre los jueces civiles que corresponden según su importancia pecuniaria.

Lo que no se explica es la razón de la limitación que se impone al derecho del damnificado, que sólo puede ejercitarse contra los herederos del ofensor hasta donde alcancen los bienes fincados, cuando lo natural habría sido referirse sobre el particular á la ley civil que distingue, según la forma en que los herederos hayan aceptado la herencia. Sin

embargo, el Código Penal (art. 26), promulgado posteriormente, consigna la misma restricción.

10.—*La sentencia absolutoria, pasada en autoridad de cosa juzgada, ó el sobreseimiento en la causa, extingue toda acción civil contra el acusado.*

§.—Este artículo establece los efectos de la *cosa juzgada* en el juicio criminal sobre la acción civil, proveniente del delito.

Dos son las teorías extremas que se han sostenido sobre este importante punto: la de que no puedan invocarse nunca como cosa juzgada las sentencias dictadas en el juicio criminal, negándoles, en consecuencia, toda influencia sobre la suerte de la acción civil; y la doctrina opuesta, según la cual siempre la sentencia definitiva dictada en el juicio criminal puede invocarse como *cosa juzgada* en el juicio civil.

Ambas doctrinas son erróneas, precisamente por haber examinado la cuestión desde un punto de vista demasiado exclusivo. La sentencia dictada en el juicio criminal podrá invocarse como cosa juzgada respecto de la acción civil, siempre que se relacione con hechos que los jueces del delito tienen la facultad de declarar dentro de su misión propia,—y que no podrían discutirse y resolverse de nuevo ante los jueces civiles sin dar lugar á decisiones encontradas, que es lo que debe evitarse á todo trance. Si pues, los jueces del delito declaran que el hecho en que se basa la acusación *no se ha realizado ó no ha sido ejecutado por el procesado*, la sentencia hace imposible una acción civil que no podría prosperar sino cuando los jueces civiles declarasen *lo contrario*. Pero, si reconociendo la sentencia dictada en la causa criminal que el *hecho*, base de la imputación, *se cambió*, y el *procesado es su autor*, declarase que no es responsable criminalmente porque fué *casual*, nada se opone á que examinando los jueces civiles el mismo hecho, cuya comisión ha declarado casual la justicia criminal,—declara-

sen que constituye nó un *delito*,—sino un *cuasi delito* y condenasen á su autor al pago de los daños que haya ocasionado.

Nuestro artículo acepta la primera de las doctrinas que hemos expuesto sumariamente; sea cual sea la causa que determinó el fallo *absolutorio*, la acción civil queda *extinguida*. El Proyecto Vásquez Acevedo (art. 14), siguiendo al Código Italiano (art. 6.), se inspira en los principios que hemos desarrollado, aceptando la influencia de la cosa juzgada en el juicio penal sólo en los casos en que se declare que el hecho imputado no existe ó que el procesado no es su autor.

§.—El Código equipara el caso de sentencia *absolutoria* con el del *sobreseimiento*, porque dentro del sistema que acepta respecto de la *absolución en la instancia* (art. 317), no cabe hacer distinción entre los casos en que se lleva el juicio criminal hasta el plenario, dictándose sentencia *absolutoria* y aquellos en los que, por falta de indicios suficientes, no se encuentra motivo fundado para proseguir la causa, y se *sobresee en ella*, vale decir, se declara la cesación del procedimiento (arts 105 y 191).

11.—*No podrán aplicarse penas sino en virtud de un juicio seguido con arreglo á las prescripciones de este Código, en ejecución de una sentencia emanada de Juez competente y pasada en autoridad de cosa juzgada.*

§.—El artículo 136 de la Constitución establece que “nadie puede ser penado, ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal”, —y de acuerdo con ese principio fundamental de nuestra asociación política, el artículo 85 del Código Penal prohíbe ejecutar pena alguna “sino en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada”, porque las penas impuestas ó ejecutadas sin la observancia estricta de las leyes procesales, dejan de ser actos de justicia para convertirse en actos de arbitrariedad ó de fuerza.

La disposición, por su naturaleza, pertenece al derecho sustantivo.

12.—Ninguna persona puede ser acusada dos veces por un mismo crimen ó delito, ni presa sino in fraganti delito ó existiendo semi plena prueba del hecho y por orden escrita del juez competente.

No tratándose de delito in fraganti, no podrá decretarse la prisión sin que se constate previamente la existencia del cuerpo del delito.

§.—Una de las más importantes innovaciones que hizo el Código (art. 317), fué la de abolir expresamente la práctica introducida en nuestros tribunales de declarar la *absolución de la instancia*, siempre que existiendo algunos indicios de culpabilidad contra el acusado, no hubiera podido conseguir la acusación la prueba plena indispensable para condenarlo, práctica que era contraria á las leyes entonces en vigor. (Ley 12, tit. 14, Part. 3.<sup>a</sup> y 26; tit. 1.<sup>o</sup>, Part. 7.<sup>a</sup>.)

Pero, de que no sea posible acusar dos veces á la misma persona, por el mismo delito,—no se sigue que no pueda ordenarse la formación de un segundo sumario para la averiguación del mismo hecho,—desde que pueden existir otros culpables á quienes responsabilizar de su comisión, sin contrariar en lo más mínimo la regla *non bis in idem*.

La recta inteligencia de ese artículo exige definiciones que no sería oportuno hacer ahora. El artículo 150 contiene la noción del *delito in fraganti*; el 155, de acuerdo con el artículo 3.<sup>o</sup> de la ley de 6 de julio de 1874, y el 458 del Código de Procedimiento Civil, establecen lo que debe entenderse por *semi plena prueba*, y finalmente, el 151 define implícitamente el concepto "*cuerpo del delito*".

13.—Los actos ú omisiones que no castiga expresamente la ley penal, no pueden dar mérito á ningún procedimiento.

§.—La disposición pertenece al derecho sustantivo. Si no hay delito, falta la base indispensable para el ejercicio de la acción penal, sea ella pública ó privada.

14.—La ebriedad es causa de atenuación de la pena, á me-

nos que, de los antecedentes del proceso, resulte que el agente procuró excusarse por ese medio para cometer el delito.

§.—Este artículo, que también está bien en un Código de Procedimiento Penal,—porque es materia de la ley de fondo todo lo relativo á las circunstancias eximentes, atenuantes ó agravantes de la responsabilidad criminal,—ha sido modificado por el inciso 6.<sup>o</sup> del artículo 18 del Código Penal.

15.—Todos los delitos tentados ó ejecutados dentro del territorio de la República, serán juzgados con arreglo á sus leyes.

§.—Las acciones penales y civiles se extienden á todos los delitos cometidos dentro del territorio de la República,—y se dan contra todos los culpables sea cual fuere la posición ó rango que ocupen en la sociedad,—sin distinguir, al efecto, entre los ciudadanos y los extranjeros, que son iguales ante la ley sea preceptiva, penal, ó tuitiva, como dice el artículo 132 de la Constitución.

Las leyes (art. 3.<sup>o</sup> del Cód. Civil), obligan indistintamente á todos los que habitan en el territorio de la República,—y ese principio establecido también en el Código Penal (art. 3.<sup>o</sup>), es el que consagra innecesariamente esta disposición al establecer que "todos los delitos tentados ó ejecutados dentro del territorio de la República serán juzgados con arreglo á sus leyes",—pues ya el artículo 109 de la Constitución había sentado como principio de nuestro derecho público interno "que ninguna causa, sea de la naturaleza que fuere, podrá ya ser juzgada fuera del territorio de la República, debiendo la ley proveer lo necesario al respecto".

§.—Las leyes penales son indispensables para el mantenimiento del orden social, y es en el derecho de velar por su conservación, que reside la soberanía nacional, que no podría ejercitarse con la amplitud necesaria para llenar el Estado los fines de su institución, si dentro del territorio hubiese alguien que pudiera sustraerse al imperio de las leyes,—siendo así que el mismo hecho de habitar en el im-

porta reconocer esa soberanía. Por otra parte, la jurisdicción del lugar en que se cometió el delito está fundada además en la equidad y en la justicia misma, porque es en él, que el culpable debe reparar el daño causado y donde la pena puede ser ejemplar.

Sin embargo, la jurisdicción local no puede extender su imperio á los extranjeros que desempeñen dentro del territorio de la República alguna misión diplomática de su gobierno, sea cual fuere su denominación. Es un principio universalmente admitido en el Derecho Internacional, que esas personas son independientes de la jurisdicción de las autoridades del país en que están acreditados, — independencia que es necesaria para el cumplimiento de su misión, — y de la cual no podrían ser privados ni aún en el caso de que personalmente perturbasen el orden público.

El privilegio se extiende á la casa habitada por el diplomático, — inaccesible á las investigaciones de la justicia (art. 288), — pero, no alcanza á los Cónsules que son simples agentes comerciales.

16.—*Los extranjeros no son justiciables por los Tribunales del país por los crímenes ó delitos cometidos fuera del territorio del Estado.*

Este artículo está derogado por los artículos 5.º, 6.º y 7.º del Código Penal, que establecen lo contrario, admitiendo el principio de la jurisdicción penal extraterritorial.

17.—*Los ciudadanos de la República son justiciables por los delitos cometidos fuera de su territorio, cuando reclamada su extradición en forma legal, existiendo tratados que la autoricen, puede negarla por tal circunstancia á la Nación reclamante.*

§.—Es una disposición confusa, imposible de ser interpretada acertadamente. No interesa aclarar su significado porque está derogada por los artículos 10 y siguientes del Código Penal. A su vez, los artículos están modificados en lo que respecta á las Repúblicas Argentina, Paraguay y Perú, por

el artículo 20 del Tratado del Derecho Penal Internacional que dispone que no será un obstáculo á la extradición la nacionalidad del delincuente.

Dicho tratado no nos obliga sino con los países citados, porque son los únicos que lo han aceptado. Tratándose de cualquier otra nación, el artículo 10 del Código Penal rige, y en consecuencia, el ciudadano oriental no será entregado al país reclamante.

18.—*El enjuiciamiento, con todo, sólo tendrá lugar cuando la nación que reclama la extradición, proporcione al Ministerio Fiscal, por el conducto correspondiente, base legal para entablar la acusación.*

§.—El artículo tiene aplicación en los casos en que pueda seguirse un procedimiento contra el presunto reo; el caso se presentará cuando haya base legal para entablar la acusación. Lo que es base legal lo dice el artículo 151 en los siguientes términos: "es la justificación de la existencia del hecho ó omisión que constituye el crimen ó delito".

El que en esos casos solicite el castigo de una persona debe justificar el cuerpo del delito y además la prueba de la culpabilidad del presunto reo.

19.—*Cuando las ordenanzas municipales ó reglamentos de policía, establezcan una corrección hasta tres días de arresto, ó hasta diez pesos de multa, las faltas á que ellas se refieran, se considerarán simples contravenciones, extrañas á la jurisdicción criminal*

§.—Establece que son extrañas á la jurisdicción criminal las penas de orden municipal ó de policía.

Las faltas dice el artículo; estas faltas no son de las que se ocupa el Código Penal, que admite la división en delitos y faltas. No es á esas faltas á que se refiere la ley sino á las infracciones á las ordenanzas y reglamentos municipales ó de policía; por tanto, no tiene la palabra el sentido que le da el Código Penal.

La sanción y promulgación del Código Penal ha venido á confundir la jurisdicción respecto de las faltas, y especialmente la esfera de acción de los comisarios de Policía, y los Jueces de Paz. Vázquez Acevedo ha previsto esta dificultad y determina de una manera clara la competencia de los Jueces de Paz en materia de faltas. Dice: "Las disposiciones de este título tienen por objeto llenar una necesidad sentida desde la promulgación del Código Penal".

"No está, en efecto, determinado por ninguna ley, ni el procedimiento que debe seguirse para el castigo de las faltas, ni los jueces competentes para entender en los juicios respectivos".

"Ante el silencio del legislador se entiende por algunos que el conocimiento de las faltas corresponde á la Policía sin forma alguna de juicio, y por otros, á los Jueces de Paz, con el procedimiento establecido por el Código de Instrucción Criminal para los delitos leves".

"El resultado de este estado de cosas es fácil de adivinar. El castigo de las faltas se halla descuidado ó se practica en condiciones inconvenientes. Es, pues, necesario poner remedio al mal". Art. 545 de su Proyecto, pág. 290).

20.—*Tampoco se considerarán sometidas á la acción de la justicia ordinaria las multas que establezcan las leyes sobre impuestos ó percepción de rentas; esas multas siempre se harán efectivas en la forma que determinen las disposiciones de la materia.*

§.—Están también exceptuadas las multas que se imponen en virtud de leyes especiales. No se trata ni de los delitos ni de las faltas que prevé el Código Penal, el cual, por otra parte, no podría aplicarse desde que existen leyes especiales sobre la misma materia. La ley especial deroga la general.

(Continuación).

## ESTUDIOS DE ECONOMÍA POLÍTICA (1)

### El valor

Comenzaremos estos *Estudios* desarrollando el importante tema *el valor*, concepto fundamental de la Economía Política y base de toda la actividad humana. Este concepto tan claramente comprensible en la práctica, ha engendrado muchos sistemas erróneos, cuando se han tratado de investigar sus causas. Para estudiar con método este tema, lo dividiremos en dos partes: I *¿Por qué valen las cosas?*, y II *¿Cuánto valen las cosas?*

#### I

#### ¿POR QUÉ VALEN LAS COSAS?

De las muchas teorías inventadas para dar una respuesta satisfactoria á esta pregunta, analizaremos someramente las tres principales: 1.º la de Bastiat; 2.º la socialista de Karl Marx; y 3.º la de Jevons y la Escuela Antriacca.

*Teoría de Bastiat.*—El célebre autor de las *Armonías Económicas* consideraba todas las transacciones humanas como un simple cambio de servicios, y basándose en esta concepción, sostenía que *el valor de una cosa consiste en el trabajo ahorrado al que la adquiere*, abstracción hecha de lo que ha costado. En apoyo de su tesis citaba, entre otros, los siguientes ejemplos:

(1) El distinguido decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales doctor don Carlos María de Pena, ha tenido para con nosotros la deferencia de recomendarnos la publicación que aquí comienza, de un resumen sobre varias cuestiones importantes del curso de Economía Política.

Con la autoridad del justamente apreciado catedrático de Economía Política y Derecho Administrativo, recomendamos á los estudiantes de la materia este compendio cuya utilidad podrá ser apreciada por todos.

Los habitantes de una aldea que por cualquier circunstancia se ven privados de agua, tienen, por ejemplo, que ir a buscar a una legua de distancia. El individuo *A* conviene con su vecino *B* que éste le traiga agua, y en compensación *A* se compromete a enseñar a leer a un hijo de *B*. El servicio de enseñar a leer mide el valor del servicio de traer el agua. El valor es, pues, una relación de servicios.

Supongamos que encuentro un diamante y lo llevo a un joyero, quien me da por él una crecida suma. ¿En qué estriba el valor de aquella piedra preciosa, si a mí no me ha costado ningún trabajo el conseguirla? Su valor se halla en que para obtener un diamante se requieren grandes esfuerzos, los cuales he ahorrado al joyero al entregarle tal piedra. El valor de una cosa se mide, pues, por el ahorro de esfuerzos que obtiene el adquirente, independientemente de los que ha costado al que la cede.

Así se explica que todos los artículos de igual clase tengan en plaza el mismo valor, aunque unos hayan costado la mitad de trabajo que los otros, puesto que el comprador recibe el mismo servicio con unos que con otros.

A esta teoría se puede objetar:

1.º Que considera sólo la parte objetiva del valor, olvidando que éste puede existir sin el cambio. Por ejemplo: un individuo aislado en una isla desierta, atribuirá valor a todo lo que le sirva para su subsistencia, lo que le sea agradable ó le preste alguna utilidad.

2.º Bastiat toma el efecto por la causa. En efecto, una cosa vale no porque se pueda cambiar, sino que se cambia por que tiene valor. Por esto decía Molinari: "El cambio no crea el valor, sino que lo manifiesta." Más adelante demostraremos esta verdad con más detalles.

*Teoría socialista.*—Karl Marx, judío austriaco, jefe del socialismo europeo en el tercer cuarto del siglo XIX desarro-

lló la teoría que, *el valor de una cosa depende del trabajo que ha costado para producirla*, pero como muchos artículos se fabrican con máquinas y éstas son según aquel autor, *trabajo materializado*, este trabajo antiguo debe tenerse en cuenta con el actual del obrero para avaluar las mercancías, *siempre que las máquinas pertenezcan a los obreros*, de lo contrario, no.

Esta teoría sin base científica ha sido formulada para dar algún fundamento a las pretensiones siempre crecientes de los trabajadores manuales.

He aquí algunas de las muchas objeciones que ella suscita:

1.º Descuida el trabajo intelectual, y aun cuando lo considere, como no puede ponerlo al mismo nivel del manual sin irritante injusticia, ¿quién puede discernir con acierto é imparcialidad el grado de esfuerzos manuales que corresponden a uno determinado intelectual?

2.º Es un absurdo sostener que el trabajo es la única causa del valor, cuando no es más que uno de los factores que lo producen. En efecto, ¿sería sostenible la afirmación de los diferentes obreros de un taller mecánico donde se fabrican locomotoras, segadoras, trilladoras, etc., que ellos son *los autores* de tales máquinas? Indudablemente que no: si no hubieran existido los inventores de las segadoras, por ejemplo, todos los obreros reunidos no hubieran nunca logrado producir tales máquinas. Y si se tiene en cuenta que además del espíritu de invención y combinación se requieren capitales para la obtención de los distintos artículos, ¿a qué queda reducida la pretensión de que *el trabajo es la única fuente del valor?*

3.º Hay muchos objetos que tienen gran valor sin haber costado trabajo alguno. Por ejemplo: ¿cuánto valor tiene para una caravana sedienta el encontrar un río de agua cristalina en un oasis?

4.º Karl Marx no tiene en cuenta la influencia de la naturaleza en los trabajos agrícolas. Por ejemplo: dos labradores siembran en distintas partes del territorio igual cantidad de terreno, pero mientras que uno recoge 150 hectolitros de trigo, el otro á causa de la sequía, cosecha sólo 100 hectolitros. Aunque los dos han hecho los mismos esfuerzos, el trigo del segundo no se cotiza en el mercado con distinto valor del trigo del primero.

5.º Ocurre á menudo que las cosas cambian de valor sin ningún trabajo por parte del hombre. Así, el vino dejándolo en la bodega adquiere mayor precio tan sólo por ser más viejo; mientras que una tela ó un artículo cualquiera pasado de moda, puede perder una parte ó la totalidad de su valor.

Celedonio NEM Y SILVA.

(Continuarán).

## APUNTES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

(Tomados por Juan A. Cacho en el aula de Derecho Internacional Privado que regenta el doctor Jorge Sierra)

(Continuación)

Además se dice que hasta ahora no se han establecido las circunstancias que dan á un pueblo el carácter de nación; no se sabe si es la raza, el territorio, el lenguaje, la religión, si son todos estos elementos reunidos ó si uno solo puede determinar la nacionalidad. Laurent dice que lo que

constituye la nación es su *individualidad* y su *misión*, pero no determina ni la *individualidad* ni la *misión*. No habiéndose determinado, pues, el carácter de la *nacionalidad*, no se puede fundar sobre esa base el criterio que sirva para determinar las leyes aplicables en países determinados.

También se observa que si no hay acuerdo en los caracteres de la nación, tampoco hay Estado que responda á ellos. Brocher dice que son muchos los Estados reconocidos como personas en Derecho Internacional, y que, en su formación, no responden á los caracteres que señalan los autores; éstos ó están excluidos de la doctrina ó, si están comprendidos, tiene que ser por razones distintas de la nacionalidad. Por ejemplo: los Estados Unidos y los países de Sud América no se puede decir que se formaron con los caracteres de nacionalidad; sin embargo, forman naciones y sus legislaciones pueden chocar, y la solución del conflicto no puede darse con el auxilio de la doctrina que estudiamos, la cual supone Estados diversos con caracteres propios y con legislaciones que respondan á ellos; lo que no puede suceder á muchos Estados.

Aunque la *nacionalidad* tomó consistencia como doctrina en época posterior á Savigny, puede decirse que él la refutó, diciendo que un derecho llamado *Internacional* no puede tener por fundamento la *nacionalidad*.—“Derecho Internacional” despierta la idea de un derecho universal, mientras que la nacionalidad se refiere á un pueblo determinado. Las relaciones privadas de los pueblos no pueden establecerse regularmente por el derecho nacional de cada Estado, porque se produciría la *anarquía* y se carecería de base para resolver los conflictos. El Derecho Internacional Privado supone, con criterio jurídico distinto, superior al de cada uno de los Estados, reglas que estén por encima y sirvan para resolver los conflictos que la diversidad de leyes produce; pero, aplicando la ley nacional no hay criterio de solución en los conflictos de esta naturaleza. Laurent cree que la observación de Savigny

carece de importancia y que lo que pretende éste, es la unificación de las leyes de todos los países, lo que es imposible, y que la regla universal de derecho no es más que la unificación de leyes. Pero, ese no puede ser el sentido de la observación de Savigny, desde que nunca dijo que debía unificarse la legislación y, por otra parte, la existencia del Derecho Internacional Privado supone la diversidad de legislaciones que haga posible los conflictos.

Se objeta también que si la doctrina fuera exacta su aplicación debía ser constante y no sujeta á excepciones, desde que está basada en la nacionalidad. Si á un individuo se le debe aplicar su ley en el extranjero, desde que la legislación tiene caracteres nacionales bien marcados, no debiera sufrir excepción porque, de otra manera, no tiene importancia el fundamento que se invoca para establecerla. Sus partidarios dicen que en materia penal y procesal, y en la forma de los actos, es aplicable la ley local, pero, establecen como excepción que cuando el orden público esté comprometido se aplique la ley territorial, porque ante el interés del Estado cede el del individuo. Estas excepciones anulan casi la doctrina porque no sólo en las leyes penales y procesales sino en la mayoría de las leyes (estado y capacidad de las personas, matrimonio, sucesiones, etc.), hay cuestiones que si bien se refieren á los particulares afectan al interés social y el Estado tiene conveniencia en establecer reglas determinadas, y no someterse á leyes extranjeras. En todos estos casos resulta anulada la doctrina, y el hecho que la funda aparece sin importancia desde que la nacionalidad cede al Estado.

Lo mismo puede decirse respecto de la nacionalidad de los individuos. No debiera permitirse que las personas puedan cambiar de nacionalidad. Se explica que un inglés pida la aplicación de la ley inglesa, pero no, que un inglés nacionalizado en Francia pida ser juzgado según la ley francesa; las

razones que existen en el primer caso desaparecen en éste, desde que esa ley nada tiene que ver con el modo de ser de la persona que pide su aplicación, porque no puede suponerse que haya cambiado de modo de ser.

También debe adoptarse un criterio distinto respecto de los que accidentalmente pertenecen á una nacionalidad, por ejemplo, un hijo de francés nacido en Inglaterra durante un viaje, porque el hecho del nacimiento no puede influir tan profundamente para anular la ley del país.

La solución del problema de dar una doctrina que sirva de fundamento al Derecho Internacional Privado no es difícil. La vinculación forzosa y frecuente de los pueblos ponen á sus legislaciones en contacto y hacen que los Jueces se encuentren con relaciones jurídicas para cuya solución no pueden aplicar su ley propia, haciéndose necesaria la aplicación de la ley extranjera para resolverlas equitativamente. Se trata, pues, de aplicar la ley de otro país y se pregunta si puede dejarse de lado la ley propia y aplicar otra, y si se puede, en virtud de qué razones se hace esta aplicación. Según algunos autores la doctrina de la *hostilidad reciproca* es la que da el criterio; según otros, es la *cortesía* y la *utilidad* que puede producir al país; otros lo encuentran en la *reciprocidad*, determinando por ella los casos en que se aplica la ley propia ó la extranjera; otros, respetando la patria de las partes, se fundan en la *nacionalidad*. Pero, ninguna doctrina considera el problema con el criterio que debe tenerse en cuenta; se trata de relaciones jurídicas nacidas en el extranjero; se trata de determinar la ley que corresponde aplicar; por consiguiente, parece elemental que debe tenerse en cuenta los principios generales de derecho. Tal es el criterio de Savigny.

COMUNIDAD DE DERECHO.—Según Savigny la solución del problema se encuentra en la comunidad de derecho.

“La comunidad de derecho se manifiesta como punto de

partida del Derecho Internacional Privado ó de los límites locales del imperio de las reglas del derecho. El derecho domina todas las manifestaciones del individuo en su acción particular y aislada, como en la conjunta y social, y esta denominación importa establecer una comunidad en sus principios, de manera que toda la vida de la humanidad se encierra y se agita en los límites que ella le traza como objetivo principal." (1).

"Los pueblos civilizados y que se encuentran en un grado casi igual de cultura social buscan un principio superior á todas las voluntades, como principio director, y ese principio lo encuentran en el derecho; los pueblos salvajes... invocan también algo que está arriba de todos en una manifestación religiosa y en preceptos de justicia, que pueden separarse de lo que nosotros reconocemos, pero con los que se expresa una aspiración á algo que esté fuera del capricho, porque se desprende de esferas superiores" (2).

Savigny estudiando lo que pasa entre los individuos observa cuál es la norma de conducta de sus actos y de sus relaciones en la sociedad y encuentra que el principio á que obedecen es el derecho. Todas las legislaciones han buscado principios directores fuera del capricho y del interés de los individuos y los han encontrado en el derecho.

"Nuestro punto de vista, dice Savigny, es el de una comunidad de derecho internacional entre las naciones que cultivan relaciones mutuas; este punto de vista ha sido reconocido con la continuación del tiempo y del progreso de una manera cada vez más general por la influencia ya de la común civilización cristiana, ya de las ventajas reales que fluyen de todas partes. Somos llevados, así, á juzgar el conflicto de las leyes territoriales de los estados independientes esencialmente según los principios que rigen

"los conflictos locales de los derechos de los particulares en el territorio de un mismo Estado. Para estas dos clases de conflictos, la tarea es la misma..." (1).

Esta doctrina da el respeto recíproco de los pueblos y hace que los conflictos que se produzcan sean solucionados por principios de derecho sin tener en cuenta ninguno de los elementos de las doctrinas anteriores.

"Partiendo de la base que el derecho es el principio director de la actividad humana en su legítimo desenvolvimiento, y considerado el derecho internacional privado, como la ampliación, la prolongación, por así decirlo, de las reglas de derecho privado de un Estado fuera de los límites de su territorio hacia el territorio de otro, la comunidad de derecho presenta la solución de los conflictos por medio de un desenvolvimiento propio del derecho. El objetivo que se propone, es determinar para cada relación de derecho, el dominio del derecho más conforme á la naturaleza propia y esencial de esta relación" (2).

Los conflictos de Derecho Internacional Privado son semejantes á los producidos dentro del derecho interno de cada país. Se trata de una relación jurídica determinada, por ej.: de un contrato de compraventa; si el contrato nace y se cumple dentro de un mismo país, es natural que se aplica la ley patria, pero al aplicarla sólo se tienen en cuenta los principios generales del derecho, encarnados en la legislación interna. Sin embargo, cuando el contrato afecta á la legislación de dos ó más Estados, dentro de las otras doctrinas, no se siguen esos principios y se hacen intervenir elementos extraños, ya sean principios políticos ó de otro orden; ora se busca en la *cortésia*, ora en la *utilidad*, ya en la *hostilidad* sea en la *nacionalidad*, el criterio que ha de darnos la ley que resolverá el conflicto, cuando en realidad conflictos aná-

(1) Alcorta, Derecho Internacional Privado, I p. 87.

(2) Alcorta op. cit., pág. 88.

(1) Asser, Derecho Internacional Privado, anotado por Riviere, pág. 31 (nota).

(2) V. S. Guibazú. La comunidad de derecho, pág. 19.

logos deben ser resueltos por los mismos principios de derecho, desde que todos los Estados viven en la sociedad internacional, sujeta, naturalmente, á principios de derecho. El problema debe plantearse de idéntica manera, ó, como dice Savigny, debe buscarse "el dominio del derecho más conforme con la naturaleza propia y esencial de cada relación". Debe estudiarse esa relación, ver su naturaleza, su modo de formarse, el lugar en que debió cumplirse, los intereses afectados por ella, etc., y con arreglo á esos datos se busca la solución, sin tener en cuenta, como en otras doctrinas, elementos extraños por completo á la relación jurídica de que se trata.

Según la doctrina de Savigny se justifica la necesidad y la razón de aplicar en determinados casos la ley extranjera como una exigencia de los principios del derecho. El Juez que conoce de la causa, encuentra que su ley patria es inaplicable porque esa relación jurídica nació al amparo de otra ley, afectando otros intereses, teniendo en cuenta otros principios. Ni el hecho de que ambas partes sean nacionales puede hacer que el conflicto producido se solucione por una ley extraña completamente á su naturaleza y á su esencia. Debe aplicarse la ley extranjera, y aplicándola no se ataca á la soberanía del Estado, porque esa ley pertenece á un país que forma parte de la comunidad de derecho y se respetan y reconocen las relaciones jurídicas nacidas en un país extranjero, pero dentro de la comunidad de derecho.

Se ha querido ver en la comunidad de derecho una tendencia á la legislación universal única, igual en todos los Estados; sin embargo, la comunidad de derecho no significa unidad de legislación. "Comunidad de derecho, no comunidad de legislación, que puede ser una aspiración más ó menos laudable en tanto es posible ó no llegar á ella algún día, sino, comunidad, en tanto son comunes los principios directores, la ley universal del derecho, ó en tanto, toman-

"do en conjunto la humanidad y como una sola agrupación se apliquen indistintamente las leyes de una nación en la otra, según la naturaleza del derecho ó del acto jurídico que debe ser juzgado". (1)

"El interés no es la norma de las acciones sino el derecho, y á él se incorporan todas las legislaciones con sus caracteres propios, de modo que, si examinando el acto jurídico resulta que una de ellas debe aplicarse, según su naturaleza, no se aplica como ley extranjera sino como una parte de la comunidad de derecho que el derecho mismo indica. No hay uniformidad de legislaciones sino uniformidad de principios para buscar indiferentemente su aplicación" (2).

(Continuará.)

## CONSULTA

Montevideo, Septiembre 20 de 1902.

Señores directores de LA REVISTA NUEVA, don Emilio Frugoni y don Agustín A. Musso.

Distinguidos señores:

El Colegio de Contadores, con cuya representación nos honramos, nos ha encargado dirigirnos á usted en quien reconoce altas dotes de ilustración y rectitud, para someter á su consulta los siguientes puntos, cuya solución puede afectar hondamente la estabilidad de la carrera y de la institución, y por consiguiente, los intereses de los contadores actuales.

(1) Alcorra, op. cit., págs. 88 y 89.

(2) Alcorra, op. cit., pág. 93 y 94.

1.º En virtud de ser facultativa la carrera de Contador Público, por título emanado de la Universidad Mayor de la República, y por consiguiente, sujeta al plan de estudios que rige para ello, según ley de la Nación, fecha 25 de Noviembre de 1899, ¿puede ejercerla quien no tenga título de Contador?

2.º Los trabajos, cualesquiera que ellos sean, que practican como Contadores las personas que no tienen título de tales, ¿pueden considerarse válidos á los efectos de derecho?

3.º ¿Existe ó ha existido alguna disposición ó ley que faculte á quienes no tienen títulos de Contadores, á ejercer como tales?

4.º ¿Tienen ó no derecho los Contadores para solicitar de las autoridades correspondientes, la sanción de una ley, que prohíba á los que no tengan título, el ejercicio de la profesión de Contador?

5.º Y, para el caso de que estuvieran facultados, no sólo los Contadores, sino otras personas sin título de tales, para ejercer aquella profesión, ¿tiene razón de existir el plan de estudios obligatorios y las cátedras respectivas que funcionan regularmente en la Universidad?

6.º ¿Es ó no un abuso que se exija por la Universidad el pago de derechos para la obtención de un título de una carrera que sin él pueden ejercerla otras personas?

Saludan á ustedes con muestras de su consideración más distinguida, quedando gratos á su atención S. S.

*Jaime Navarro,*

Presidente.

*J. Vilaprieta,*

Secretario.

Señor don Jaime Navarro.

Distinguido señor:

Nuestra opinión respecto de los puntos consultados es la siguiente:

1.º El artículo 17 de la ley de Julio de 1885 dice: "Los títulos á que hace referencia el artículo 15 (que son todos los otorgados por la Universidad), serán los únicos que habilitarán para el desempeño de cargos públicos que requieran conocimientos científicos, ó de tareas periciales de carácter público, pero, solamente después de llenadas las formalidades que exigen las leyes para el ejercicio de las profesiones respectivas".

La profesión de Contador ha sido anexada á la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad, por el artículo 15 de la ley de 25 de Noviembre de 1889, y por tanto, es aplicable á su respecto la disposición arriba transcrita, por cuya razón opinamos que no puede ejercerse la profesión de Contador, sino por quien posea el título de que habla el artículo 15 citado.

Además, el artículo 184 del Código Penal castiga con multa de 100 á 200 pesos al que se arrogase títulos académicos ó ejerciese, sin legítima autorización, profesiones para cuyo desempeño las leyes requieren una habilitación especial.

Como se ve, las prescripciones arriba transcritas no solucionan del todo la cuestión en consulta. Por ellas sabemos que no puede ejercerse la profesión de contador en las relaciones de carácter público; pero, ni la ley, ni otra disposición dice cuando se ejerce con carácter público, ni cuál es el campo de acción demarcado para el ejercicio de la misma. Por tanto, este punto envuelve la solución de estas cuestiones: ¿Cuándo tienen carácter público las tareas periciales de que habla la ley? ¿Cuáles son los límites demarcados para

el ejercicio de esa profesión? Tendrán ese carácter, á nuestro modo de ver, siempre que tenga por objeto la comprobación de hechos que deban ser presentados ó sometidos á la apreciación de cualquier autoridad pública, judicial ó administrativa. Así, pues, un balance que deba practicarse en un juicio, liquidación de una sociedad en que intervengan menores; informe en casos de quiebras ó litigios; inspección de cuentas de tutela, etc., así como y *dadas las disposiciones expresas* de la ley, las cuentas particionarias de herencia que se hagan ante los Tribunales, trátense ó no de las que obligatoriamente deban ser sometidas á la aprobación de la justicia, están en ese caso.

Podría invocarse en contra de nuestra tesis, las prescripciones de la ley de patentes, según la cual parece que para ejercer la profesión de contador no se requiere título, puesto que habla de "contadores *entre partes*"; no dudamos de que no es ni puede ser ese el espíritu de dicha ley, en primer lugar, porque hay al respecto interpretaciones legislativas que corroboran nuestra opinión. Cuando se discutió esa ley para el año 1894-95, el Colegio de Contadores, apercibido de que las anteriores establecían que también podían obtener patente de contador los que no tuvieran título, pidió al Poder Legislativo la modificación del inciso que nos ocupa, y la Comisión de Hacienda, en informe hecho por Francisco Bauzá, dijo: "se trata de la protección debida á las profesiones *liberales que la ley ha puesto á cubierto de una concurrencia no-civil* al interés general".

Este mismo informe aceptado, es el que presidió á la actual redacción de la disposición vigente, y por ella se ve que el Poder Legislativo entendió que la profesión de contador *había sido ya puesta* al abrigo de la concurrencia. En segundo lugar, no comprendemos cómo una ley sobre impuestos podría derogar tácitamente la ley especial sobre privilegios al ejercicio de carreras científicas.

En cuanto á nuestra segunda pregunta, pensamos que no habiendo disposiciones ni reglamentos, ni jurisprudencia que la conteste, debe ser resuelta con arreglo á los principios de la equidad, y de acuerdo con el espíritu de las disposiciones vigentes. Penetrando ese espíritu, fácilmente se ve que son de la exclusiva incumbencia de los contadores, todas aquellas tareas que por los programas universitarios se les oblige á estudiar en calidad de asignaturas *facultativas*.

Es esto mismo lo que aconsejan los sanos principios de la equidad. Por tanto, debe entenderse que todas las diversas funciones judiciales, comprendidas en el programa respectivo, se hallan en el radio de las atribuciones de los contadores. En cuanto á las particiones de herencia, debe entenderse que pueden ser también practicadas por los abogados, desde que estudian ampliamente el derecho aplicable á dichas operaciones, y la parte de cálculo es muy secundaria, dada la facilidad de las mismas, que para ello se requieren. (1)

2.ª Con lo anterior queda contestada esta pregunta. Serían pues, válidas todas las operaciones hechas por individuos no titulados, extrajudicialmente, por ejemplo, un balance, mandado efectuar á un tercero de común acuerdo por los interesados.

3.ª Las leyes no *facultan* sino que *prohíben*

Por lo demás, la última parte del artículo 139 de la Cons-

(1) El doctor Vázquez Acevedo sostiene respecto de este punto la opinión contraria, en estos términos: "Se ha suscitado algunas veces la duda sobre si los Abogados y Escribanos pueden ejercer las funciones de contador.

"En nuestra opinión, cuando la partición se hace extrajudicialmente, aunque haya de ser sometida á la aprobación judicial, es permitido á los interesados designar de común acuerdo para ejecutar la cuenta, á un abogado, á un escribano ó á cualquier otra persona, por la razón muy sencilla de que ellos mismos pueden hacerla; pero, en los casos de partición judicial, creemos que es forzoso designar para formular la cuenta, á personas que tengan título de contador." (Vázquez Acevedo. Comentarios al Código de Procedimiento Civil.—Página 259).

El doctor Vázquez Acevedo funda su opinión en los artículos pertinentes de las leyes 25 de Noviembre de 1889 y 14 de julio de 1885, que arriba hemos transcrito.

titución dice que ningún habitante del Estado será obligado á hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

En cuanto á la prohibición, está resuelta explícitamente en la primera pregunta.

4.<sup>a</sup> Si se entiende que lo que se ha querido averiguar es si el Colegio de Contadores puede pedir la sanción de una ley prohibitiva, contestamos que sí, desde que el artículo 142 de la Constitución reconoce en todo ciudadano el derecho de petición para ante todas y cualesquiera autoridades de la República.

Más, si se ha querido significar si tal pedido tendría éxito, contestamos que no habría razón de hacerlo puesto que ya está resuelto favorablemente por la ley, según se ha expuesto.

5.<sup>a</sup> Es indudable que sí. Como no es obligatorio concurrir á la Universidad, lo hará el que desea aprender y adquirir así los conocimientos suficientes en la carrera de contador.

Las personas tituladas tendrán en su favor la presunción de competencia, y es innegable que el público, en la mayoría de los casos les dará la preferencia.

6.<sup>a</sup> No lo es. La Universidad hace un servicio y cobra una retribución por él, que por otra parte, es mínima; es una de las tantas formas de cobrar un impuesto llamado directo: se paga por el contribuyente que recibe el servicio del Estado.

Saluda al señor Presidente de Contadores con todo respeto—*El Director.*