

La Revista Nueva

PUBLICACIÓN MENSUAL

AÑO I

MONTEVIDEO, NOVIEMBRE 20 DE 1902

Núm. 6

LA REINCIDENCIA CRIMINAL

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

(Continuación)

Otros autores, como Tarde, que admiten con ciertas restricciones la existencia del tipo criminal, lanzan la idea de la conveniencia que habría en distinguirlo, no ya del hombre normal, sino del hombre sabio, del hombre religioso, del hombre artista, del hombre virtuoso, y esa idea no es censurada por profesores de valía.

Nosotros opinamos que la ciencia está muy atrasada aún para lanzarse en esas investigaciones, que no presentan nada que sea de importancia práctica.

Todavía estamos muy lejos de la solución fundamental, y aun cuando un penalista italiano asegure, después de desarrollar la idea de la anomalía psíquica del criminal, que ella se funda indudablemente en una desviación orgánica, y que importa poco que esta última sea viable ó que la ciencia no haya todavía llegado a determinarla con precisión, nosotros creemos, al contrario, partiendo de la base de la existencia de esa anomalía psíquica, que lo que más importa á la ciencia penal es el conocimiento exacto de esa desviación orgánica, si es que realmente ella se produce, como una consecuencia de la anomalía psíquica.

Siempre hemos sido del parecer que en el estudio de las cuestiones penales, las concepciones abstractas deben aban-

donarse y ceder su puesto á las conquistas prácticas de aplicación inmediata. Un sistema de represión severo y rápido se impone, porque la criminalidad de todos los países del mundo, excepto tal vez Inglaterra, avanza como un fantasma sangriento y horroroso.

Ahora bien: ¿cómo admitir entonces la tesis de Garófalo, de que no importa ó de que importa poco á la ciencia conocer las manifestaciones del organismo humano que nos revelen á un criminal, y que sea importante solamente constatar la anomalía psíquica?

¿Para qué, preguntamos nosotros, no es algo que está incrustado en el sentimiento de la humanidad, aún de la masa popular más ignorante, la concepción de la deformidad moral del criminal?

Nosotros creemos que la tesis contraria es la cierta, y que si la Antropología consiguiera uno de sus fines, esto es, el aislar de la sociedad humana el tipo criminal, como se aísla ó se obtiene en Química de un cuerpo compuesto, un producto simple determinando entonces todos sus caracteres diferenciales, la ciencia penal habría dado un gran paso y la delincuencia disminuiría notablemente en todos los países del globo.

Nótese bien que no usamos la palabra *aislar* en el sentido en que se emplea generalmente al hablar de los medios de represión. El aislamiento del delincuente, como una medida represiva, sino un imposible, es hoy para la mayor parte de los países una operación muy dificultosa, económicamente considerada, y en determinadas circunstancias propuestas por algunos penalistas un *acto de salvajismo*.

Nosotros hablamos de *aislar* al tipo criminal en el sentido que á esa palabra se le da en las ciencias físicas, esto es, encontrar, determinar, precisar un cuerpo cualquiera, desembarazándolo de los otros que lo rodean y obteniendo todos los caracteres que desde ese momento servirán para distin-

guirlo de los demás y para decir en presencia de él: esto es oxígeno, ó hidrógeno, ó ácido sulfúrico.

Sólo entonces, cuando la Antropología aisle al delincuente y pueda darnos los datos para distinguirlo entre la muchedumbre honrada, diciéndonos con toda seguridad "este es el criminal", es que habrá prestado un gran servicio á la humanidad, tal vez el mayor que pueda prestarle ciencia alguna, y este servicio está muy lejos de haberlo prestado, y casi nos aventuramos á agregar, muy lejos de prestarlo aún.

Por es eso que tampoco comulgamos con las ideas de Enrique Ferri, expuestas en su notable obra "*Nuevos horizontes de la ciencia y del procedimiento penal*", el que afirma que la única y legítima conclusión que debemos pedir á la Antropología es esta: ¿el delincuente es siempre ó en qué casos un hombre anormal? ¿Y si es anormal, de dónde proviene esta anomalía? ¿Es congénita ó adquirida, corregible ó incorregible?

La Antropología general, según De Quatrefages es "la historia natural del hombre, así como la zoología es la historia natural de los animales" y la Antropología criminal "es el estudio de una variedad humana, de un tipo singular; es la *historia natural del hombre delincuente*."

Y si esto es cierto, como creemos ¿no es evidente también que la misión de esa ciencia no sea solamente constatar la anomalía del criminal, las causas de que proviene, sino constatar bien las diferencias orgánicas y psíquicas que puedan existir entre el hombre delincuente, y el hombre normal, para poder distinguirlos en un momento dado?

Creemos que plantear la cuestión es resolverla. Los antropólogos que, como dice Ferri, no se contentan como los juristas con estudiar abstractamente el delito, sino que por el contrario, estudian al hombre delincuente en la mesa anatómica, en las cárceles, en los manicomios, en su parte orgánica y en su parte psíquica, se han contentado, sin embargo,

hasta ahora, con algunas pacientes observaciones, se han entusiasmado noblemente ante el inmenso horizonte que presenta la ciencia y que cada día va dilatándose con nuevos é importantes descubrimientos; pero, todavía no sólo no han coronado su obra, sino que tal vez, pasen muchos lustros antes de que ella llegue á un término feliz.

Debemos descartar, casi en absoluto, de nuestras apreciaciones sobre los datos de la antropología criminal, ó mejor dicho, de la observación del criminal en todas sus manifestaciones, todo lo que se refiere á la constitución psíquica del delincuente.

Los estudios psicológicos del criminal, puede decirse, que ya son completos ó poco menos. Nosotros no vamos á ocuparnos de ellos, pues ese trabajo sería suficiente para llenar muchas páginas. El lenguaje, la especial escritura y la especial literatura criminal que son datos característicos de orden descriptivo, como dice Ferri, unidos á la insensibilidad moral y á la impresión, caracteres fundamentales que se hallan en todo criminal, son más que suficientes para constatar la anomalía psíquica del delincuente.

Tampoco nos engolfaremos en el estudio de las causas de esa degeneración psíquica; sería entrar casi en los dominios de lo incierto y de lo misterioso. Las palabras atavismo, regresión, herencia, atavismo prehumano, degeneración moral, etc.; son, en lo que se refiere á la criminalidad, enigmas que no se han descifrado aún, problemas confusos que no sólo no se han resuelto todavía, sino que ni siquiera se han planteado bien, lo que explica por qué entre los maestros en la ciencia surge á cada paso la duda, y se suceden á cada momento teorías y más teorías para explicar las causas de esas anomalías psicológicas del delincuente.

CAPÍTULO II

SUMARIO:—La escuela clásica de derecho criminal.—Sus conclusiones.—Sus errores.—La verdadera anomalía del criminal según la escuela positiva.—Opinión de Garófalo y de Tarde.—La responsabilidad moral y la responsabilidad social.—Los criminales locos.—La ley de adaptación.—Opiniones de Lombroso y otros autores.—Bondad del método experimental en las ciencias penales.

Entremos ahora, con la cabeza descubierta, en los dominios de la escuela clásica. Allí encontramos grandes y profundos pensadores, pero notamos que se habla un idioma completamente extraño, y que los principios fundamentales son completamente diversos á los de la escuela positiva. Esta ha estudiado en la naturaleza, y ha sacado de allí sus conclusiones. La escuela clásica, al contrario, no ha querido materializar sus observaciones, y se mantuvo siempre en la región de la filosofía y del derecho. Su arma poderosa ha sido el silogismo y los prejuicios sociales. Ella no ha mirado al delincuente, sino el delito, al que considera como una acción, aislada del individuo que no tiene relación alguna con las mismas acciones ejecutadas por otros individuos.

Con una paciencia admirable, los partidarios de la escuela clásica han hecho catálogos de delitos, como los libreros hacen catálogos de obras, y como éstos, han puesto el precio que la sociedad cobra, esto es, la pena.

Libre de querer ó no querer, el individuo es para ella un ente que roba, viola, asesina ó estafa, sin que para nada hayan influido circunstancias exteriores ajenas casi al agente, y hasta morbos irresistibles muchas veces, como lo sostienen los partidarios de la otra escuela.

No han pensado jamás en clasificar criminales, ni han echado de ver que son generalmente unos mismos los que siempre roban, y unos mismos los que hunden el puñal homicida.

En una palabra, la escuela jurídica justificando su nombre,

estudia, cometiendo el más grande de los errores, la cuestión de la penalidad como una cuestión de derecho, cuando es la más importante, la más práctica de las cuestiones de hecho. Ve en el delito una violación de la ley y nada más, y hace un Código en que las penas están formando una tarifa que, cuando menos, resulta ridícula.

Siguiendo ese sistema, los médicos podrían haber hecho también un catálogo invariable de las enfermedades con sus penas, es decir, con su tratamiento también invariable para todos los casos.

¿Las prescripciones médicas no son una pena para el organismo?

¿Y podrá decirse que esta idea es una exageración nuestra? ¿Podrá negarse que son más voluntarias ciertas enfermedades que los individuos adquieren por sus vicios, por su desaseo, sus descuidos y sus tendencias al placer, cueste lo que cueste, que ciertos hechos criminales en que el agente obra impulsado por todo, menos por una deliberación consciente y libre?

El criminal, según la concepción de la moderna escuela, sino un enfermo moral, como lo aseguran algunos autores, es al menos, un individuo que tiene elementos congénitos distintos á los demás hombres, elementos que no deben confundirse con los estados patológicos que llevan por nombre la imbecilidad, la locura, el histerismo y la epilepsia, producto de una anomalía moral, no de una enfermedad del organismo, por lo que Garófalo con razón, á mi juicio, propone que se deseché el nombre de "locura moral" que algunos le han dado, por ser una fórmula impropia que origina equívocos y que ha sido la causa de que se acuse á la nueva ciencia de hacer de la criminalidad un capítulo de la locura.

Ahora bien: la anomalía de los criminales no es una enajenación mental. Poseen la razón y el sentimiento, como los demás, residiendo en el sistema nervioso, pero su potencia es

distinta que en los otros hombres. En tanto que conservan la facultad de ideación casi igual á la generalidad de los individuos, la facultad emotiva está atrofiada, disminuida ó extinguida por completo.

Garófalo resuelve con una observación el problema de la diferencia entre la locura, en cualquiera de sus manifestaciones, y la ausencia ó insuficiencia de sentido moral de los criminales

Las percepciones del mundo exterior, dice, producen en el loco ó en el imbecil impresiones exageradas y dan lugar á un proceso psíquico *que no está en armonía con la causa exterior*, de donde se sigue que hay incoherencia entre dicha causa y la reacción del alienado. Así se explican, agrega, los horribles homicidios que se cometen con el sólo fin de librarse de una sensación desagradable, del fastidio que produce la presencia de una persona. Un individuo, Grandi, medio imbecil, para desembarazarse de los hijos de sus vecinos que hacían ruido delante de su taller, los fué atrayendo uno por uno á la trastienda, los encerró en ella y llegada la noche los enterró vivos. Por este procedimiento dió muerte á una docena de ellos, creyendo que así podría trabajar tranquilamente. No tuvo otro móvil. El loco que describe Edgar Poe ahogó á su tío únicamente por librarse de la vista de sus ojos viscosos que lo fastidiaba. En otros casos se trata de un placer patológico, como en el caso de aquel loco de que habla Maudsley, que anotaba en un diario las niñas que había degollado añadiendo, "estaba tierna y caliente".

En el criminal nato, por el contrario, añade el autor citado, el proceso psíquico está en armonía con las impresiones del mundo exterior. Si el móvil ha sido la venganza, el agravio ó la injuria existen realmente. Si ha sido la esperanza de un provecho, éste sería un provecho real para cualquier otra persona. Si ha sido un placer, no tendrá nada de anormal. Lo que acusa la anomalía moral no es el fin en sí

mismo, sino el medio criminal que se emplea para conseguir aquél.

Tarde, que también diferencia la locura moral del instinto criminal, diferencia que él considera esencial, agrega que para el loco el delito es un bien si se quiere, un medio de procurarse placer, porque como observa Maudsley, la ejecución del homicidio proporciona una verdadera complacencia al que lo ha cometido en virtud de una impulsión morbosa irresistible; pero, lo que distingue al alienado del delincuente, es la naturaleza anormal de este placer y el hecho de no buscar otro, cometiendo un delito. El delincuente, es verdad, continúa diciendo Tarde, tiene también anomalías afectivas, pero éstas consisten en hallarse desprovisto, más ó menos completamente, de ciertos dolores simpáticos, de ciertas repugnancias que entre las gentes honradas son muy fuertes para contenerlas en la pendiente de ciertos actos. Una cosa es la existencia de un atractivo morboso que aún sin provocación exterior arrastra á ejecutar la acción, y otro es la carencia interna de una repulsión que hace que no se ceda á las tentaciones exteriores.

Además de esa carencia interna de repulsión ó de ausencia de sentido moral en el criminal, influyen, en el desenvolvimiento de sus tendencias malsanas, la falta de educación, la miseria, los preconceptos locales, el clima, la alimentación, los acontecimientos particulares de la vida, y quizá las leyes de herencia y los fenómenos de atavismo y regresión.

Son todas estas causas determinantes las que hacen manifestar los instintos malsanos, y que no lo hacen manifestar nada más que en los espíritus criminales.

Sirviéndonos de una comparación diríamos que los criminales son copas repletas en que una sola gota representada por alguno de esos factores, hacen que los sentimientos criminales se desborden.

Los hombres honrados son, al contrario, copas vacías de

odio ó de perversión moral, y esos acontecimientos ó esos factores no pueden producir, al obrar sobre ellos, los mismos efectos.

¿Será por eso el criminal digno de protección en lugar de serlo de represión, como lo sostienen los juristas pretendiendo hacer con esa objeción un argumento formidable?

No, porque la moderna escuela ha abandonado el principio erróneo de la fuerza irresistible, que constituye una de las mayores aberraciones en que hayan podido incurrir los pensadores de la escuela clásica de derecho criminal.

La fuerza irresistible es hoy una palabra vacía casi de sentido, porque si ella tuviera un valor práctico habría que absolver á casi todos los criminales, y lo que es peor, á los más terribles y peligrosos.

El criterio de la responsabilidad moral del individuo que es el que ha incubado la teoría de la fuerza irresistible, debe abandonarse ya para ser reemplazado por el principio de la responsabilidad social, que á su vez, se funda en la necesidad de la conservación social, único postulado verdadero y admisible, única ley que rige inexorable los destinos de la humanidad y que la vemos cumplirse y constatarse en todos los momentos de la vida.

¿Y cual es la razón de que deba abandonarse el criterio de la responsabilidad individual aun cuando no se le niegue rotundamente? Es la siguiente, ya explicada por Ferri: que la ciencia y la ley penal no pueden fundar la pena sobre la responsabilidad moral del individuo (consistente en el libre arbitrio), por la razón que no se puede fundar una institución tan necesaria como la pena sobre una base como el libre albedrío, que, suponiendo lo menos, está seriamente combatido por muchos y notables hombres de ciencia.

El citado autor, y con él la mayoría de los escritores positivistas, ha instituido, debido á esas razones el criterio de la responsabilidad moral que no se considera científico, por

el de la responsabilidad social, que no debe entenderse en el sentido de que la responsabilidad de los delitos corresponda á la sociedad, sino en el de que el individuo debe responder social ó jurídicamente de sus acciones criminales, por el solo hecho de vivir en sociedad, pues en el seno de ésta el individuo tiene derechos y deberes independientemente de si tiene ó no libre albedrío. Si practica el bien, será respetado; si practica el mal, por el contrario, será castigado.

Ahora bien: teniendo en cuenta estos antecedentes, ¿que valor podrian tener las fórmulas de responsabilidad moral y de fuerza irresistible pregonadas por los partidarios de la escuela clásica?

Ninguno absolutamente. El factor individual casi desaparece en la moderna escuela en todo lo que se refiere á responsabilidad. Por eso, hasta los locos que matan, violan ó roban son delincuentes en la moderna teoría, delincuentes de una clase muy particular, es cierto, pero que no por eso dejan de considerarse individuos criminales dignos de una represión rigurosa. Han incurrido en la responsabilidad social á que nos referíamos; son, por lo tanto, delincuentes y esto independientemente de las anomalías psíquicas ó patológicas que puedan obrar en el sujeto.

La palabra *castigo* tiende á suprimirse en esa escuela y á ser reemplazada por la palabra *represión*, término más lato y que pone más de relieve la función social, en virtud de la cual se segregan del medio á todos los criminales, locos ó imbeciles, ó simplemente degenerados.

Los juristas, al contrario, no se ocupan para nada de los alienados, pues inmediatamente que han constatado la existencia de alguna de las variadas formas de enajenación mental, dan por terminada su misión.

Indudablemente que este proceder es lógico, desde que ellos lo fundan todo en la responsabilidad moral. Siendo in-

concebible tal responsabilidad en un alienado, es razonable que se declaren incompetentes delante de cualquiera de las formas de la locura.

Pero, abandonando ese criterio ¿podría dejar de incluirse á los alienados en una clasificación de criminales? ¿No son un peligro real y evidente para la conservación social?

Es cierto que, como dice Garófalo, todo el mundo se resistiría á considerar como un *delito*, y, por lo tanto, como una *criminal* digna de *castigo* á aquella mujer de que habla Mandsley, la cual, presa de una alucinación vió una habitación rodeada de llamas y para salvar á sus hijos, los arrojó por la ventana. Pero, no es menos cierto, que las palabras delito, criminal y castigo tienen, las dos primeras, sobre todo, una acepción muy distinta de la que le daban los juristas y la última ha sido, como dije, reemplazada casi unánimemente entre los autores positivistas por la palabra *represión*.

Hoy, el *delito* no se estudia sino como el fenómeno revelador de un carácter, como el efecto de una improbidad ó de una crueldad congénita ó adquirida, y el *castigo* no es ya una venganza, ni la retribución del mal por el mal, ni la expiación, etc., sino un medio de preservar á la sociedad de la repetición de unos mismos hechos por unos mismos agentes y de intimidar á los demás criminales haciéndoles abstenerse de la comisión de delitos.

El fenómeno de la represión no es sino una manifestación lógica y natural de la ley de adaptación ya universalmente reconocida y proclamada no sólo en lo que se refiere á la sociedad humana sino á todas las especies animales de la creación. Es esa ley de adaptación la que va produciendo, por un procedimiento lento y continuado, una selección sin la cual la especie sucumbiría, una selección de los buenos, de los honrados, de los viriles y de los aptos, y una disminución de los asesinos, de los ladrones, de los enfermos y de los ineptos.

Lombroso no vacila en atribuir en su obra *L'incremento del delitto in Italia* la mayor humanidad de nuestro siglo con respecto á los siglos pasados á la depuración de la raza por medio de la pena de muerte. El cadalso, al cual se lleva todos los años miles de malhechores, ha sido, según Garófalo lo consigna en su *Criminalogia*, la causa de que la criminalidad no esté más extendida de lo que lo está en la población de nuestro tiempo, pues nadie es capaz de decir lo que hubiera ocurrido si no se hubiese verificado esta selección, ni los delinquentes hubieran podido proliferar, si en una palabra, tuviéramos entre nosotros la innumerable descendencia de todos los ladrones y de todos los asesinos de los siglos pasados.

En las especies animales la selección se produce naturalmente por la lucha de los más aptos contra los menos aptos. En la especie humana ella se produce por medio del poder social, salvo que éste no exista ó que exista sumamente rudimentario, como entre los salvajes, en cuyo caso la selección presenta los mismos caracteres que entre la animalidad inferior.

La escuela positiva de derecho criminal, dejando á un lado prejuicios sin razón de existencia y nociones abstractas, ha sido práctica en grado sumo y ha estudiado el delito como un hecho antisocial, como un fenómeno contrario al desenvolvimiento de la especie humana. Ha sido más bien naturalista que jurista; ha abandonado las fórmulas y los pre-conceptos y ha analizado bien las causas impulsoras del delito.

El gran mérito de la nueva escuela consiste precisamente en haber abandonado las regiones metafísicas é idealistas en que se cernían los partidarios de la escuela clásica y en haber descendido al tumulto de la vida humana penetrando en las cárceles, en los hospitales, en los ejércitos y en todas partes, donde podrá encontrar una agregación bastante

numerosa para tener la seguridad de poder hallar en ellas todos los tipos y caracteres de la delincuencia humana, y ella ha estado, á mi entender, en lo cierto, pues es del conocimiento del delincuente en todas sus modalidades, de donde debe germinar una teoría de la represión, razonable y sensata.

Continuad.

PROLEGÓMENOS DE DERECHO COMERCIAL

OBSERVACIONES PRELIMINARES

Primera.—Casi todos los códigos modernos (1) traen, como prólogo, un capítulo ó título preliminar, que es, según nuestro concepto, de evidente utilidad.

Es en este título, en el que se establecen los principios generales de derecho, y las reglas de interpretación de las disposiciones subsiguientes; es en él, donde se indica cuál ha de ser el valor de los usos y costumbres comerciales, y si éstos han de prevalecer ó no sobre la legislación civil; es aquí, donde se deslinda el papel que ha de desempeñar la legislación civil, en los casos de contacto con la comercial, ó cuando en esta última falten disposiciones para juzgar algún caso; es en este capítulo donde se dictan, como lo hacen los códigos de Italia, de Rumania, etc., reglas fijas sobre esas preciosas instituciones auxiliares del comercio, que se llaman bolsas, almacenes generales, docks, ferias, etc.

El Código de Comercio de la República Oriental no tiene título preliminar; sin embargo, es obligatorio por su carácter general, el título preliminar del Código Civil "De las

(1) El Código Italiano de 1832, el Argentino de 1839, el de Estados Unidos de Méjico de 1890; el Alemán, etc. No sigue este método el Español de 1835.

leyes", lo que obvia algo el inconveniente, salvado también en parte, por los legisladores del Código de Comercio, quienes consignaron en su texto principios generales, pero desgraciadamente diseminados, sin unión ni cohesión alguna, ó se ocuparon de ellos por incidencia, como sucede respecto de usos y costumbres comerciales en el artículo 296, inciso 6.º, y sobre bolsas en el artículo 207.

Nos parece que al efectuar la reforma del Código, pueden corregirse esos defectos, consignando en un título preliminar reglas como las que trae el Código italiano en su artículo 1.º, que dice:

"En materia de comercio se observan las leyes comerciales.

"Cuando éstas no dispongan, se observan los usos mercantiles: los usos locales ó especiales prevalecen sobre los usos generales.

"En su falta se aplica el derecho civil"... y otras por el estilo, que según Romero Girón "palpitan en la entraña misma del derecho mercantil"; y sobre todo, legislar sobre bolsas, almacenes generales, mercados de frutos, etc.

Segunda.—Los Códigos de comercio de Ecuador (1878), y de Guatemala (1877), tratan en su libro I, según su epigrafe, "De los comerciantes y agentes de comercio"; los de Chile y Hungría (1876), en idéntico libro, "De las personas"; el español de 1885, "De los comerciantes y del comercio en general"; los de Alemania, Bélgica, Rumania, Francia, Brasil, Italia (1882, y el nuevo Código de Portugal, "Del comercio en general"; y no usan de título para el libro I, ni el de Turquía, ni el de los Estados Unidos de Méjico.

El Código de la República Oriental lleva como epigrafe, para su libro I, el "De las personas del comercio", tomado del del Estado de Buenos Aires de 1857, y que no ha sido modificado en el nuevo Código argentino (1839).

¿Cuál de estos títulos llena mejor su objeto?

Preferimos como título para el libro I el "Del comercio

en general", usado por los de Italia, Alemania, etc., y que es el aconsejado por el ilustrado doctor Grané en su "Plan de reforma", y preferimos ese, porque se ajusta más á la verdad que el actual, y que el de todos los códigos que llevan como títulos los de "De las personas", "De los comerciantes", etc., como veremos en la nota siguiente.

Tercera.—Sabido es, que las divisiones de las leyes en libros, títulos y capítulos, etc., no son ni pueden ser obra de una voluntad arbitraria y caprichosa; ellas deben responder, primeramente, á un plan general de conjunto, ordenado y perfecto, dentro de la relativa perfección de las obras humanas. Esas separaciones deben tener como causas, ideas lógicas, y estar sujetas á un orden divisorio, gradual y progresivo, descendente ó ascendente, de tal manera, que se ajusten las unas dentro de las otras, y se evite la oscuridad y la falsedad criticables, mayormente si se trata de códigos.

Es axiomático en estas materias, que lo contenido en un libro no debe ser mayor que lo que su título consigna: así, si decimos, este título se ocupará "De las personas", de ellas, y solamente de ellas debemos de tratar en los diferentes títulos y capítulos, en que dividamos ese libro; y lo que dejamos dicho para los libros es igualmente aplicable á los títulos, segunda división en escala descendente, y lo mismo para los capítulos, tercera división en la misma escala: en una palabra, que el contenido no puede ser mayor que el continente.

El Código de la República comienza, como hemos dicho, con un libro I "De las personas del comercio", su título I "De los comerciantes", y desgraciadamente el capítulo I de ese libro y de ese título, se titula "De los comerciantes en general y de los actos de comercio".

Ahora bien: vemos falta de lógica en la antedicha división, en lo que se refiere á la segunda parte del epigrafe del capítulo I, "á los actos de comercio", porque si el libro

es "De las personas del comercio", y el título "De los comerciantes", no puede ni debe ocuparse en el primer capítulo de ese libro y título, de "los actos de comercio", que no responden á ninguno de ambos epígrafes, á menos de considerar á los actos de comercio, como *personas ó comerciantes* lo que sería absurdo.

(El Código de la República trata primeramente de la definición del comerciante que de los actos de comercio. Siguiendo el orden que nos hemos trazado alteraremos esos términos, y dedicaremos primeramente nuestra atención á los actos de comercio).

ACTOS DE COMERCIO (1)

I—El comercio, que á usar blasón podría remontar el suyo á los primeros días en que la humanidad dió los primeros pasos hacia la civilización, fué, lo mismo que el Derecho y el Cristo del Gólgota, despreciado, befo y escarnecido, y devolvió, en cambio de esos insultos, beneficios y progresos tan grandes, que, con justicia se puede decir, que fué el agente más seguro y más importante de civilización, para quienes tan ingratamente pagaban sus servicios.

No haremos aquí el estudio de su historia. Diremos sólo que ella se encuentra ligada de tal manera al estudio de la Historia Universal, que para escribir la historia del comercio tendríamos que escribir la de los pueblos que fueron; y que, si levantáramos esas viejas mortajas, y sacudiéramos el polvo que los siglos han ido depositando sobre sus civilizaciones, veríamos brillar siempre al comercio, como lo vemos hoy allí donde relampagueara la cultura y la civilización.

(1) La primera parte de estos estudios, la que se refiere á los actos de comercio no es otra cosa que la tesis que presentamos en 25 de abril de 1901 á la Universidad de la República Oriental.

Lo evidencian Egipto, Babilonia, Grecia, Fenicia, y Roma, en los tiempos antiguos: las Repúblicas Italianas, Flandes y las ciudades Anseáticas en la edad media; España, Holanda, Portugal, Francia, Inglaterra y Estados Unidos, en los tiempos modernos.

Pero, si por considerarlo demasiado vasto é inútil no hacemos el estudio histórico del comercio, creemos conveniente trazar un ligero bosquejo de su nacimiento, que ha sido generado por el aumento de las necesidades, por el deseo de lucro, y llevado á efecto en cumplimiento de una ley económica: del notable principio de la división del trabajo.

El contrato sencillo y primitivo de la permuta, debió ser y fué, el usado por nuestros remotos antepasados para efectuar sus primeras transacciones cambiarias, llevadas á término sin intermediarios de ningún género—entre productores y consumidores.

Pero, á medida que las necesidades crecieron en intensidad y variedad, que la producción se desarrolló, fué preciso atravesar los límites del silencioso valle ó del tranquilo lago, donde hasta entonces se habían cumplido sin embrazos ni dificultades, los primeros y rudimentarios actos de cambio.

Fué preciso trasponer la línea que limitaba el redondo horizonte, lo que originaba pérdidas de tiempo y fatigas, para poder cambiar el artículo supérfluo por el útil, porque la oferta no se encontraba con la demanda.

Es, entonces, que guiado por su observación y confiado en su habilidad, uno á quien aguijonea el deseo del lucro, ve allí una ocasión para el logro de sus ambiciones; un oficio por desempeñar; una función de la actividad humana no ejecutada todavía, y que viene á llenar una necesidad sentida: sustituir el cambio directo por el indirecto; dividir el trabajo.

Hacerse intermediario á fin de que las ofertas puedan

coincidir con las demandas; interponerse entre productores y consumidores, facilitando el desprendimiento de los productos de los unos y la adquisición de los mismos por los otros, ejecutar todos los actos conducentes para que sea fácil, sencillo, expeditivo el movimiento de la riqueza que hasta entonces no puede circular con plenitud, y que, al mismo tiempo, el desempeño de esta función sea fuente de lucro para el agente: tales fueron los objetivos del comerciante, y tales fueron las causas que presidieron al nacimiento de la nueva industria, que sustituyó a la pesada circulación directa, y que recibió en su más genuina expresión el nombre de comercio.

Anterior ó posteriormente al funcionamiento de estos interventores, probablemente con posterioridad, una nueva invención, la de la moneda, vino á dar un grandísimo impulso á la nascente industria comercial, porque sustituyó el cambio por el contrato mucho más perfecto de la compra-venta; facilitó extraordinariamente la tarea de los interventores, de los comerciantes, quienes de simples intermediarios de ofertas y demandas, se transformaron en compradores y vendedores de productos de todas clases.

Es en demanda de esos productos, que recorren largas caravanas, todos los países del mundo conocido entonces; es por ellos que aun se aventuraron en lejanas excursiones: ¡mil veces benditas!; porque fueron causa de los grandes descubrimientos de los Fenicios, de Marco Polo, de Vasco de Gama, de Cristóbal Colón y de Magallanes - para no citar sino á los más notables; porque acercaron á los hombres é hicieron posible el comercio de las ideas, y factible la derrota de los prejuicios, de los errores y de la ignorancia en la eterna lucha librada en el mundo por la ciencia!

II. Insalvables dificultades se presentan al que quiere despejar la incógnita de la definición ó formarse el verdadero concepto del comercio.

Se comprenden fácilmente esas dificultades, cuando se tiene presente que la ciencia económica estudia al comercio con determinados fines; y el derecho comercial, — que definiremos con Stupino (1), diciendo "que es la rama del derecho que estudia el conjunto de reglas que gobiernan las relaciones jurídicas del comercio" — también lo estudia, pero, con otros muy diversos, y los autores de una y otra ciencia, no han llegado á ponerse de acuerdo sobre el punto en cuestión, y lo que es peor aún, y hace complejísimo el problema, es que dentro de cada una de esas ciencias existen criterios muy diversos.

Apesar de esa disparidad de opiniones, encontramos razonable la sustentada por muchos modernos escritores, quienes entienden que existe una idea fundamental, una noción que tiene que ser común é idéntica para las dos ciencias; noción que sirve de punto de partida á la escuela alemana para el concepto del comercio y del acto de comercio; noción que debiera darla la Economía al Derecho Comercial, porque lo que es comercial para la una, lo es también para el otro, en tanto que la reciproca no es verdadera, porque, como veremos más adelante, el concepto jurídico es más amplio que el económico.

Manara (2) dice al respecto: "el preciso concepto del comercio debemos pedirlo á la Economía y es á este concepto al que debemos atenernos" (en esto no participamos de la opinión del ilustrado autor italiano); "ya que como dice muy bien el notable (sommo nostro) Romagnosi: siendo la cosa objetivamente la misma, no es admisible que el concepto esencial de la misma sea distinto, según que el economista ó el jurista la tomen como objeto de su estudio. Ciertamente el jurista se ocupa del comercio con propósito diverso del que se propone el economista; pero la

(1) D. Stupino. — Derecho Comercial. — Introducción.

(2) Manara «Gli atti di commercio», pág. 26.

"diversidad de los intentos y la diversidad de la naturaleza de las relaciones á las cuales miran, no pueden verdaderamente variar el concepto objetivo del comercio".

Pero, si hallamos sensata la opinión expresada de que existe una noción común á ambas ciencias, no podemos aceptar de lleno esas opiniones, por cuanto aun dentro de la ciencia económica no existe unanimidad de pareceres, unanimidad de criterio respecto del comercio, ni definición unánimemente aceptada por los autores.

Véase la verdad de esta afirmación.

En tres categorías distintas pueden dividirse las opiniones de los economistas: 1.ª, la de los que hacen consistir el comercio en el transporte. El conde de Verri, y en cierto sentido Dunoyer, son los representantes de esta opinión (1) 2.ª, la de los que unen las dos industrias y las llaman comercio; (2), Mac-Culloch, J. B. Say y otros, pertenecen á ésta; y 3.ª la de los que diversifican las dos industrias y llaman transporte "al trabajo que tiene por objeto la traslación de personas ó cosas", y comercio, al trabajo dirigido á poner las cosas al alcance á disposición del consumidor, ó en otros términos, á la industria de interposición entre productores y consumidores dirigida á efectuar el encuentro de la demanda con la oferta, haciendo circular la riqueza. (Kleinwächter, Garnier, Bherend, Cossa, etc).

(1) El conde de Verri, «Meditazioni sulla Economia politica». — «El comercio no es otra cosa realmente que el transporte de las mercaderías de un lugar á otro».

Dunoyer, «De la liberté du travail». — Acepta la definición de Verri y de Say pero con algunas restricciones. Niega al transporte el nombre de comercio, en lo que es lógico, pero entendiendo que el comercio se produce con el transporte. «La función del comercio, dice, su manera de concurrir á la producción consiste, se ha observado, en mudar, en transportar las cosas; esta ha sido muy diligentemente señalada y muy hábilmente definida», etc.

(2) Mac-Culloch, divide los comerciantes en dos clases, al por mayor y al por menor. Los de la primera se ocupan en el transporte, y por esta su industria se opacita el comercio. La industria comercial, agrega, es también la de interposición entre productores y consumidores, etc.

J. B. Say. «Es la industria que pone un producto á la puerta de aquel que debe consumirlo». «La industria comercial concurre á la producción, lo mismo que la manufacturera elevando el valor de un producto por su transporte de un lugar á otro».

Que el comercio y el transporte sean dos industrias diversas, aunque unidas por estrechos lazos, nos parece indudable; (véase Manara, donde el punto está tratado con detención); pero, de lo expuesto resulta, como creemos haberlo dejado demostrado, y era nuestro propósito, que para los economistas no existen ni definición unánimemente aceptada, ni idéntico concepto del comercio, según la Economía.

ALBERTO JONES BROWN.

(Continuarán).

TESIS SOBRE EL CÓDIGO PENAL

POR EL

DOCTOR MIGUEL F. RODRIGUEZ

(Continuación)

CAPÍTULO II

DE LA LEY PENAL EN CUANTO Á SU EFICACIA INTERNACIONAL

Sumario: 15. Artículos 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º y 9.º.—17. Concordancias.—18. Generalidades.—19. Distintas teorías en esta materia. Escuela Cosmopolita; sus defectos.—20. Escuela de la nacionalidad; sus fundamentos; sus defectos.—21. Escuela de la territorialidad; sus fundamentos; su conveniencia para las naciones americanas.—22. Sistema y teoría seguidos por el Código; sus defectos.—23. El proyecto del Congreso Internacional de Montevideo.—24. La extradición, artículos 10, 11 y 12; su legitimidad; leyes sobre extradición.—25. «Debe permitirse la extradición de un nacional».—26. Extradición de los delincuentes políticos.—27. Condiciones necesarias para concederse la extradición.

16. "Artículo 3.º Los delitos perpetrados en el territorio de la República serán castigados con arreglo al presente Código, sean ciudadanos ó extranjeros los delincuentes.

"En caso de condena en el extranjero de un delito come-

tida en la República, la pena señalada se tendrá en cuenta para aplicar la nueva.

"Art. 4.º Los delitos perpetrados fuera del territorio de la República, por ciudadanos ó extranjeros, no serán castigados sino en los casos expresamente determinados en los artículos siguientes.

"Art. 5.º Será juzgado y castigado según el presente Código, el ciudadano ó extranjero que cometa en territorio extraño un delito contra la seguridad del Estado, ó el de falsificación de moneda de curso legal en la República, ó el de falsificación del sello de la misma, ó de títulos de su Deuda Pública y documentos de Crédito Público.

"Art. 6.º El ciudadano que, fuera de los casos mencionados en el artículo precedente, cometiere en territorio extraño un delito castigado, tanto por las leyes de la República como por las del Estado en que fuere cometido, cuando entre de cualquier manera en la República, será juzgado, aplicándose la más benigna de las dos legislaciones.

"Tratándose de delitos castigados por las leyes de la República con penas menores que la de penitenciaría, el delincuente sólo será juzgado y penado mediante querrela del particular ofendido:

"Art. 7.º Fuera de los casos previstos en el artículo 5.º, los delitos cometidos en territorio extraño por un extranjero, en perjuicio de un ciudadano ó en perjuicio de la República, y penados tanto por las leyes de ésta como por las del Estado donde se cometieron, serán juzgados y castigados por los Tribunales de la República, luego que los culpables entren de cualquier modo en su territorio, aplicándoseles la ley más benigna y con arreglo á lo establecido en el inciso 2.º del artículo anterior.

"Art. 8.º Las disposiciones de los artículos 6.º y 7.º no se aplicarán:

"1.º Cuando la acción penal se halle extinguida con arreglo á una ú otra legislación;

"2.º Cuando se trate de delitos políticos;

"3.º Cuando el acusado haya sido absuelto en país extraño, ó condenado, haya cumplido la pena, ó ésta se halle prescrita.

"Si no la hubiere cumplido totalmente podrá renovarse el juicio ante los Tribunales de la República, pero se tendrá en cuenta la parte de pena cumplida.

"Art. 9.º En los casos especificados en los artículos 6.º y 7.º y en el inciso final del precedente, en caso que corresponda la aplicación de la pena más benigna, si la establecida por la legislación extranjera no estuviese admitida en la República, los Tribunales aplicarán una de las penas admitidas que no sea más grave y que más se aproxime á aquélla.

"Art. 10. Queda prohibida la extradición del ciudadano oriental á solicitud de un gobierno extranjero.

"Art. 11. La extradición del extranjero no es admitida por delitos políticos.

"Art. 12. No existiendo tratado, la extradición del extranjero sólo podrá verificarse con sujeción á las reglas siguientes:

"1.º Que se trate de delito castigado por este Código con pena de muerte ó penitenciaría por más de seis años;

"2.º Que la reclamación se presente por el respectivo gobierno al Poder Ejecutivo, acompañada de sentencia condenatoria, ó de auto de prisión con los justificativos requeridos por las leyes de la República para proceder al arresto;

"3.º Que medie declaración judicial de ser procedente la extradición dictada por el Superior Tribunal de Justicia, previa audiencia del inculpaado y del Ministerio Público".

Concordancia

17. Tratado de Montevideo, artículos 1.º, 2.º, 7.º, 10, 11 y 12; Código Holandés, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º y 7.º; Código Belga, 3.º

y 4.º; Código Chileno, 5.º y 6.º; Código Alemán, 3.º y 4.º; Código Italiano, 3.º, 4.º y 6.º.

Comentarios (1)

18. Estas disposiciones no existen en todos los códigos modernos, porque siendo principios de derecho internacional penal, suelen estar comprendidas en leyes de otra naturaleza, como lo son las convenciones especiales que regulan y determinan las relaciones jurídicas de los estados.

Siendo disposiciones de otro orden, nacidas en la vida de cada pueblo como entidades distintas y autónomas, y correspondiendo su estudio á otra rama del derecho general, no vamos á hacer un comentario detenido de ellas sino á tratarlas someramente y en conjunto, para no faltar al plan que nos hemos trazado al emprender estos estudios.

Es necesario tener en cuenta otra razón especial, para no dar demasiada extensión al comentario de estos artículos. El Congreso Internacional de Montevideo, proyectó un tratado sobre materia penal internacional, que aun no ha sido convertido en ley por todos los estados signatarios, y que establece principios completamente diversos á los de la ley oriental. Sancionado ese tratado, las disposiciones del Código Penal quedarán derogadas, aceptándose una legislación general para las distintas naciones de la América latina.

19. Antes de entrar á analizar la ley nacional, es necesario dar á conocer las distintas teorías que han propuesto los tratadistas, para armonizar las prerrogativas, de la soberanía de las naciones con los principios del derecho penal interno.

Cuando el delincuente, que ha cometido un acto punible, permanece dentro del territorio del Estado donde ese crimen

(1) Debo declarar, en obsequio á la verdad, que me ha sido de gran utilidad en estos comentarios sobre materia internacional, el notable discurso pronunciado en el Congreso de Montevideo por el plenipotenciario argentino, doctor Roque Sáenz Peña.

se realizó, no es entonces discutible á qué soberanía corresponde el castigo del culpable: es únicamente cuando el criminal se ha refugiado en el extranjero, ó cuando existen varios Estados interesados en la represión, ó cuando es dudosa la jurisdicción del delito, que pueden presentarse conflictos de soberanías é incertidumbres en los derechos que cada Estado tiene para reclamar la aplicación de sus leyes.

Escuela cosmopolita (1). La primera escuela, felizmente hoy defendida por pocos autores, sostiene que todos los Tribunales son competentes para castigar cualquier delito, por cuanto, siendo el delito un ataque á la justicia y al derecho, todos los pueblos de la tierra están interesados en no dejar impune un acto que lesiona principios fundamentales de la sociedad. Esta escuela, que sostiene que la jurisdicción debe ser *promiscua*, como dice Mancini, tenía por mira la realización de la fraternidad universal; pero olvidaba, en la prosecución de sus fines, que las nobles y grandes aspiraciones son casi siempre utópicas é irrealizables, y que hay que estrellarse en el imposible cuando se baja del mundo de las concepciones abstractas, para buscar su aplicación en la realidad humana con todos sus defectos insalvables y sus eternas imperfecciones.

He aquí los principales argumentos que se hacen en contra de esta escuela:

1.º Ataca el principio de la soberanía, porque no es posible que los estados puedan consentir la intromisión de tribunales extraños dentro del campo de acción de su poder y de sus leyes. Las nacionalidades actuales se van consolidando cada día más y sus límites ahondándose en el transcurso del tiempo, y sería contrariar esa tendencia, pretender implantar una escuela que quiere borrar esas separaciones, arrancar los contornos nacionales, y fundir todos los pueblos en una in-

(1) Carrara y Tolomei han sostenido en Italia esta teoría, defendiendo el proyecto de 1868. Véase MANCINI, Proyecto de Código Penal.

mona nacionalidad, sino en el hecho, cuando menos en la aplicación de los principios jurídicos.

2.º Faltaría el interés en la aplicación de la pena, si se pretendiera hacerla sufrir al reo en otro país distinto de aquél en que se cometió el delito. ¿Qué condiciones de utilidad tendrá ese castigo experimentado á muchas leguas del lugar en que el derecho fué lesionado? ¿Tendría la pena la condición de la ejemplaridad?

3.º La nación donde el proceso se sustancia, si no es el país donde se violó la ley, no está interesada en la aplicación de la pena, porque allí no se ha atacado ningún principio, ni la sociedad ha sido herida en su derecho ó turbada en su tranquilidad. ¿O se pretenderá que cada nación es vengadora de la sociedad en general? Este criterio, aparte de su vaguedad, no sería un estímulo bastante poderoso para buscar el castigo del culpable con interés.

4.º Si los principios que examinamos se hicieran prácticos, cada ciudadano, antes de efectuar la acción más inofensiva, tendría que consultar las legislaciones de todos los pueblos, por temor de que ese acto que en el país de su actual residencia es inocente, no lo fuera en cualquier otra nación á donde mañana pudiera llevarlo el ejercicio de su actividad. Basta enunciar esta consideración para conocer su importancia, y los peligros que entraña una escuela que colocaría al hombre en una obligada inercia, por temor á las desconocidas consecuencias de acciones que aquí podrían ser ejercicios legales del derecho, y del otro lado del río, violaciones ilegales del deber.

5.º Hay, por último, una consideración práctica en contra de la teoría cosmopolita. Los procesos no llegarían á su término por las dificultades de efectuar la prueba donde no existen los elementos locales; los crímenes quedarían impunes en la mayoría de los casos, y la sociedad, pretendiendo vengar todos los delitos, los protegería con sus leyes inaplicables.

3.º *Escuela de la Nacionalidad* (1). La segunda escuela tiene en cuenta para determinar la jurisdicción, la nacionalidad del agente del crimen ó la del ofendido.

No se rompen los vínculos de la patria, dice esta doctrina, por el hecho de alejarse de su territorio ó por no habitar bajo su cielo. El ciudadano que ha abandonado su país no ha destrozado los lazos de origen y, mientras no renuncie á la ciudadanía, el poder de su patria debe acompañarlo en el extranjero, porque ella está interesada en mantenerlo dentro del cumplimiento de las leyes sociales, dicen los que toman como criterio la nacionalidad del agente.

El ciudadano que abandona su país, dicen los que toman en cuenta la nacionalidad del damnificado, está en el derecho de reclamar la protección de su país de origen porque aún le pertenece, no sólo por el afecto, sino por las obligaciones que tiene que cumplir como súbdito de esa soberanía.

Los principios de esta escuela han sido adoptados y convertidos en ley en la mayoría de las naciones europeas y en algunos pueblos americanos, estableciendo unos países la nacionalidad del agente como determinante de la jurisdicción, y aceptando otros la nacionalidad del ofendido (2).

Diversas y poderosas son las razones que se han invocado en los últimos tiempos, para combatir esta doctrina que ha seducido, sin embargo, á muchos espíritus superiores, y que es la que aun domina en las obras de los tratadistas más renombrados:

1.º Como la escuela cosmopolita, ataca la soberanía de las naciones, porque es atacar la soberanía pretender, como pretendía Ortolán, que el poder de los tribunales atraviese los

(1) FERNESIRO FERREIRA (*Curso de Derecho Público*), sostuvo esta teoría en su acepción más absoluta. Casi todos los códigos actuales establecen la extraterritorialidad de la ley contra el delincuente nacional, potestativa como en los códigos francés, belga, ruso, holandés, á obligatoria como en los códigos austríaco, alemán, sueco, etc.

(2) Bélgica: ley de 15 de Abril de 1878.—Rusia: artículo 132 del Código Penal de 1866.—Brasil: ley de 5 de Agosto de 1875.

mares y las montañas, para ir á velar por las acciones de los ciudadanos del país que promulgó la ley. No es posible, ni lo ha pretendido la escuela estatutaria, dar tal extensión al *estatuto personal*, alterando su naturaleza y su fundamento jurídico.

2.º Se olvida el interés local de la pena, porque es sólo donde se atacó un derecho que existe la necesidad inmediata de la represión, sino para remediar el mal causado, para no dejar impune al delincuente.

3.º No es, por otra parte, justo que el extranjero que llega á tierra extraña y vive protegido en su vida y en sus bienes por la ley nacional, tenga necesidad de hacer intrusiones injuriosas de otros poderes para que juzguen sus acciones, ó para que castiguen al que ha lesionado su derecho: la circunstancia de habitar en un país implica sometimiento á sus leyes.

4.º Lo mismo que en la doctrina anterior, la dificultad de la prueba sería un serio entorpecimiento para la prosecución de los juicios.

2x. *Escuela de la Territorialidad* (1).—Estudiada la teoría de la nacionalidad, corresponde ocuparnos de la escuela que toma en cuenta, para determinar la competencia de los jueces, el lugar en que se ha cometido la violación.

Es esta la escuela que más ventajas reúne y menos dificultades internacionales provoca.

El criterio que ha adoptado para determinar la competencia de los tribunales es el más sencillo y seguro que puede imaginarse: allí donde se cometió el crimen, allí donde se atacó el derecho, allí donde se ultrajó la sociedad, allí donde se violó la ley, allí está el interés de la pena, está su utilidad práctica, y es donde el poder social debe hacer sentir

(1) Esta escuela ha sido seguida en la legislación de Inglaterra y Estados Unidos. Actualmente se generaliza en América, tendiendo á hacerse doctrina universal.

su protección para el ofendido y su castigo para el ofensor. Tomar como guía la nacionalidad ó el interés cosmopolita, es confundir las soberanías, es dificultar los procesos, es arrancar al delincuente de sus jueces naturales, y es, por último, extender el poder de cada legislación á donde no puede lógicamente ni convenientemente alcanzar jamás.

No es necesario enunciar todas las ventajas que presenta esta teoría sobre las dos anteriores: los defectos que hemos hecho resaltar en aquéllas, son los méritos que recomiendan la doctrina de la ley territorial.

¿Qué temor puede existir para no establecer este sistema? No estamos ya en los tiempos en que desconfianzas nacionales y sentimientos de falso ó errado patriotismo podían torcer la ley, haciéndola flexible para el ciudadano y rígida para el extranjero. Por otra parte, es imposible desconocer que los intereses morales y materiales han acercado á los pueblos inclinándolos á olvidar añejas preocupaciones, á medida que el sentimiento de la solidaridad humana se ha hecho carne en las sociedades modernas.

Con el criterio de esta escuela se previenen muchos conflictos y se solucionan otros, porque no puede existir ocasión de duda cuando se establece terminantemente el principio sentado por Fiore: *Sea quien fuere el autor ó la víctima de un crimen, su represión corresponde á los tribunales y á las leyes que amparan el derecho violado.*

Mirada la cuestión bajo la faz política y con relación á los intereses de la América, hay consideraciones poderosas que recomiendan este sistema.

Sosteniendo esta misma doctrina, un distinguido diplomático americano decía en el Congreso Internacional de Montevideo las siguientes palabras: "Representamos países cuya población se complementa y se transforma diariamente, por el concurso de las nacionalidades europeas; estos elementos que atraemos deliberadamente, como factores de riqueza y

segundocliente, necesitamos, para que sea producido, unidos incorporados á nuestra vida nacional, necesitamos someterlos á la acción de nuestras leyes, que constituyen por constituir una verdadera naturaleza jurídica, imponiendo como la norma de sus actos, como la fuerza reguladora de sus derechos y de sus castigos; ese estatuto personal que más veces suplanta la ley del domicilio en el orden civil, y otras la ley del lugar en que los actos se consuman, métrichs al extranjero con la mirada fija en el oscuro de su país de origen, en sus leyes y en sus códigos patrios, en sus ministros y en sus consules, segregándose en el hecho de la colectividad social que los protege en sus personas: los Estados que representamos se han dado una legislación civil, comercial y penal, que está calcada sobre las más adelantadas de la Europa; la administración de justicia y los tribunales del crimen no son ni siquiera sospechables en esta parte de la América. ¿Qué otra protección pueden exigir entonces los extranjeros residentes, que la acordada por nuestras legislaciones, toda vez que ellas consagran la igualdad civil para propios y extraños?

“Es necesario, señores, borrar todo vestigio de ciudadanía, ante las leyes civiles y penales; es necesario que, como pueblos independientes y libres, rechacemos esa protección dada al regnicola que la reputo deprimente de nuestra autonomía y en que no siempre se consultan los intereses y derechos que se tratan de amparar; es necesario contrarrestar también la acción de los gobiernos, que se empeñan en mantener vínculos de autoridad y de dominio más allá de sus fronteras, que esos hilos invisibles que sujetan al hombre á una soberanía que ha abandonado, se desaten al cruzar el océano, para reanudarse con aquellos Estados á cuya vida social vienen á incorporarse libremente: la América les ofrecé su

escuela con hospitalidad y sin reservas; aceptan ellos su legislación sin desconfianza”. (1).

Son, pues, no sólo razones jurídicas, sino también de interés político, las que recomiendan la teoría de la territorialidad como legislación apropiada á los intereses generales y, principalmente, á los pueblos americanos, que deben buscar la solución de los problemas de su vida autonómica por sendas distintas ó no de las europeas; pero que no provoquen conflictos entre los derechos y deberes de sus respectivas soberanías.

Estas tres escuelas que hemos dado á conocer son las que actualmente se disputan el predominio en el Derecho Penal Internacional, aunque también se hayan sostenido otras eclécticas, y formadas por elementos de las fundamentales. Así ha prevalecido algunas veces el criterio de la naturaleza del acto punible, teniéndose en cuenta en otras la gravedad de los delitos, y aplicándose la extraterritorialidad á los más graves.

22. Los autores del Código Oriental no han admitido en su pura y completa forma ni la escuela cosmopolita, ni la escuela de la nacionalidad, ni la de la ley territorial: los artículos que á esta materia se refieren han sido copiados, con algunas modificaciones, del Proyecto de Código Penal italiano, redactado por el Ministro Mancini, obra que establece un sistema en el cual están combinados principios jurídicos de diversas y opuestas escuelas (2).

El artículo 3.º declara que los delitos cometidos en la República por ciudadanos ó extranjeros, serán juzgados por la ley oriental, agregando que, en caso de condena en el extranjero por ese mismo delito, la pena cumplida se tendrá en cuenta para la aplicación de la nueva.

(1) Discurso del Plenipotenciario doctor Roque Sáenz Peña, miembro informante de la Comisión de Derecho Penal, páginas 23 y 24.

(2) Véase el Proyecto citado, artículos 3.º, 4.º, 6.º, 7.º, 8.º y 9.º.

El inciso 1.º de este artículo no se presta á ninguna duda, porque no puede haber controversia sobre la acción de la ley penal dentro de los límites del Estado, cuando el delincuente permanece en el territorio nacional. No es siquiera permitido alegar ignorancia de la ley, como lo establecía el derecho en la Edad Media cuando se trataba de disposiciones de policía local, y no de verdaderos y propios delitos.

El inciso 2.º encierra una cuestión que no se presentaría si todos los países hubieran adoptado la teoría de la territorialidad; pero que tiene importancia indiscutible dentro de los principios sentados por el código.

¿Debe de ser procesado nuevamente un criminal que ha cometido un delito en territorio nacional, si ha sido castigado fuera de la República? De tres maneras se ha solucionado este problema.

No debe reiterarse el juicio penal, dicen unos autores, porque se viola el principio de justicia encerrado en esta fórmula: *non bis in idem*.

La reiteración del juicio, dicen otros, debe ser *obligatoria* para el ciudadano y *facultativa* para el extranjero.

Sostiene un tercer sistema que los delitos cometidos dentro del territorio del Estado, deben de estar sujetos á reiteración, porque la Nación ofendida está siempre interesada en el castigo del culpable, no debiendo preocuparse de los tribunales extraños. Esta solución ha sido adoptada por el Código, agregando, con el proyecto de Mancini, que la pena sufrida en tierra extranjera debe ser deducida de la nueva pena, porque la equidad y los sentimientos humanos protestarían contra la aplicación de dos castigos por la misma violación de la ley.

El artículo 5.º dispone que será juzgado por la ley nacional el ciudadano ó extranjero que cometa en territorio extraño un delito contra la seguridad del Estado, ó falsifique moneda de curso legal, ó títulos de la deuda pública.

¿Dónde debe procesarse al delincuente, se pregunta, que prepara el crimen en un Estado, debiendo producir su efecto en otro? Se puede decir que todas las escuelas están contestes en que el juicio debe seguirse en el país donde produjo su efecto el delito, porque es allí donde se cometió la violación que reclama el correctivo enérgico de la pena. La misma doctrina de la territorialidad no rechaza esta solución, y no es inconsecuente con sus principios.

Las disposiciones de los artículos 6.º y 7.º, castigando al ciudadano que cometa en otro país un delito y al extranjero que también en tierra extraña perjudique á un nacional ó á la República, están condenados por las razones que hemos dado al notar los insalvables defectos de la doctrina de la nacionalidad.

Los incisos del artículo 8.º están basados, conforme con el criterio de los codificadores, en consideraciones de justicia, de benignidad ó de especial naturaleza del acto punible.

El principio encerrado en el artículo 9.º está fundado en el interés de evitar que dentro de los límites nacionales se cumplan leyes pertenecientes á otra soberanía.

Estos son los principios que han establecido los legisladores en el Código Penal, tomados del proyecto de Mancini; pero suprimiendo el inciso 2.º del artículo 9.º que castiga, en ciertos y determinados casos, á los delinquentes extranjeros que habiendo cometido en tierra extraña y contra extranjeros un crimen, penetraren en el territorio de la República. Suprimido este inciso, se modera la teoría de la nacionalidad.

23. Esto es en cuanto á los principios seguidos por el Código. Diremos, antes de terminar esta materia, dos palabras con respecto al proyecto del Congreso de Montevideo.

Este proyecto, redactado por la Comisión de Derecho Penal, compuesta de los plenipotenciarios Ramírez, Sáenz Peña, Chacaltana y Caminos, condensa, en su primer artículo, la

teoría de la territorialidad en su más completa forma. Dice ese primer artículo: "Los crímenes y delitos, cualquiera que sea la nacionalidad del agente, de la víctima ó del damnificado, se juzgan por los tribunales y se penan por las leyes de la Nación en cuyo territorio jurisdiccional se producen".

Consecuente con este principio, el proyecto desarrolla la teoría en sus artículos siguientes, llegando á soluciones convenientes para los pueblos americanos.

Los cinco títulos del Proyecto que tratan, respectivamente, de la jurisdicción, el asilo, el régimen de la extradición, el procedimiento de la extradición y la prisión preventiva, encierran todas las reglas necesarias para determinar la competencia de los jueces en los casos en que pudieran presentarse conflictos de soberanías.

Cuando ese tratado, firmado *ad referendum* por los delegados, sea ratificado por las naciones americanas, habremos alejado muchos problemas que dificultaban anteriormente los procesos criminales

24. *De la extradición.* — La extradición es una práctica establecida entre las naciones para facilitar la acción de la justicia represiva, y así garantizar la estabilidad social.

La legitimidad ó ilegitimidad de este recurso ha sido objeto de apasionadas controversias, llegando á afirmar Sapey, que es un derecho cruel y un expediente bárbaro. El criminal, se dice, que escapó á la acción de su ley nacional debe ser defendido por la soberanía de asilo.

No es necesario hoy discutir estas afirmaciones originadas por singulares sentimientos de benevolencia. La extradición es una práctica justa, porque es útil y necesaria para impedir que se burle la acción de la pena y sus motivos preventivos ó correccionales.

Para llegar á la aplicación de este recurso las naciones celebran tratados de extradición en los que, de acuerdo con el principio de la reciprocidad, se establecen las formas y con-

diciones que deben llenar el Estado requirente y el Estado requerido.

Posteriormente, el principio de la reciprocidad ha comenzado á abandonarse, persiguiéndose ideales más altos y conformes á las necesidades de todos los pueblos.

Corresponde á Inglaterra la iniciativa en este sentido, dice el Doctor Vaca Guzmán. En una discusión que tuvo lugar con motivo de un conflicto con los Estados Unidos, el Conde de Granville sostenía que, en lugar de celebrar tratados de extradición, se debía dictar una ley general, sin preocuparse si las otras naciones concedían el recurso. La comisión que estudió el asunto, decía: "Que el interés de Inglaterra de desembarazarse de los criminales era tan grande que no había razón para subordinar la extradición á la condición de la reciprocidad". El Fiscal general, agregaba: "que si un país se presta á servir de lugar de asilo á los criminales que se refugian en él después de haber violado las leyes inglesas, este no era un motivo bastante para rehusar entregarle los súbditos que se refugiaren en Inglaterra, después de haber cometido crímenes en el extranjero" (1).

Son estos los principios que hoy predominan en materia de extradición, y que, en nuestro sentir, son los más racionales y útiles para garantizar la estabilidad y el orden.

25. El primer artículo del código que trata de esta materia, establece un principio que fué regla común en los tratados celebrados; pero que hoy tiende á desaparecer.

¿Debe permitirse la extradición de un nacional? No, se dice, porque es arrancarlo del poder de sus jueces naturales, es negarle la protección que su ley nacional debe prestarle, y es ponerlo, por su calidad de extranjero en el país requirente, en una situación poco favorable.

(1) Estas transcripciones las tomamos de la interesante obra del Doctor Vaca Guzmán, titulada: *Reglas de Derecho Internacional Penal*. Recomendamos á los estudiantes este libro, que se distingue por el orden y claridad de exposición.

Es fácil demostrar que estas afirmaciones no tienen razón de ser.

¿Cuáles son los jueces naturales del que comete un delito? Los jueces naturales no son los de su país de origen, sino los de aquella sociedad que él ofendió cometiendo un delito y violando sus leyes. Afirmar lo contrario es hacer personal la ley penal, destruyendo el principio de la territorialidad, que nos enseña que sólo tiene derecho á aplicar pena aquella soberanía que garante el derecho violado.

Si aquel principio se admitiera, llegaríamos al absurdo de que todos los delinquentes extranjeros, que cometen una violación en territorio nacional, deben ser entregados á la soberanía del país de origen, porque allí residirían sus jueces naturales. "El juez natural de una infracción, dice Bernard, no es el juez natural, competente *ratione personæ*, sino el juez del lugar, de la infracción, competente *ratione materiæ*".

La segunda afirmación es también poco convincente.

El Estado debe protección á sus nacionales, pero esta protección está limitada por ciertas reglas. El que comete un delito en tierra extraña, el que se hace acreedor á una pena, no puede pedir esa protección en cuanto al acto que ha ejecutado. La soberanía de origen podrá exigir que se le sujete á leyes y á procedimientos regulares; pero no puede pretender arrancarlo del poder que debe reprimir su acción.

El tercer argumento es también muy débil ¿Por qué creer que la ley será más severa con el extraño y por qué sospechar de la imparcialidad de la justicia extranjera?

La práctica demuestra que estos sentimientos estrechos no existen, ó no son bastantes para influir en el criterio del magistrado. Pasó para siempre la época en que la leyes se aplicaban diversamente, contrariando el principio de igualdad de todos los hombres.

Aceptar la disposición que el Código establece es, en resumen, hacer que el delincuente sea juzgado con arreglo á

una ley que no ha violado, dejando sin satisfacer á aquella que hirió con sus actos.

26. El segundo artículo que trata de la extradición, está plenamente justificado.

Sabido es que actualmente los delitos políticos se consideran como actos de naturaleza distintas á los delitos comunes. No implica su comisión la existencia de fuerzas antisociales que sea necesario destruir.

Por otra parte ¿qué criterio presidirá la extradición en estas infracciones de la ley? En la lucha entre dos partidos políticos, el estado de asilo se convertirá en parte, favoreciendo al vencedor. En el caso, bastante común, de que los usurpadores de los derechos populares sean los victoriosos, el estado requerido cometería la monstruosidad de entregar los defensores de las leyes y de los principios, para que fueran sacrificados á las sañas innobles de los gobiernos de hecho. El delincuente político, como se ha dicho, es solamente aquel que tuvo la desgracia de disponer de una fuerza bruta más débil en el combate.

Es, además, contribuir á que se viole un principio de derecho común, permitir la extradición en estos casos. ¿Qué garantía de imparcialidad y de justicia puede tener el delincuente si sabe que el gobierno requirente será juez y parte en su causa?

27. El artículo 12 reglamenta las condiciones necesarias para que la República pueda conceder la extradición. El primer inciso está fundado en la consideración de que la extradición solo es necesaria para las infracciones de alguna gravedad, pues las menores no denuncian peligros que exijan recursos de esa naturaleza. Los siguientes incisos tienen por objeto asegurar al estado requerido de que el caso solicitado está comprendido dentro de aquellos que son susceptibles de extradición. Persiguen también el interés de que no se

cometan errores de personas ó injusticia manifiestas, que violen los principios comunes de garantías y seguridad individual.

(Continuará).

APUNTES DE CLASE

Tomados del aula de primer año de Derecho Civil que regentaba el doctor Alvaro Guillot y complementarios de la obra de éste)

(Continuación)

ARTÍCULO 81

Los esponsales, ó sea la promesa de matrimonio mutuamente aceptada, es un hecho privado que la ley somete enteramente al honor y conciencia del individuo, y que no produce obligación alguna en el foro externo.

No se puede alegar esta promesa, ni para pedir que se efectúe el matrimonio, ni para demandar indemnización de perjuicios.

§ 48.—La verdadera razón del inciso primero es que el consentimiento libre debe existir en el momento de celebrarse el matrimonio (Uribe, tomo 1.º, pág. 153).

ARTÍCULO 82

Tampoco podrá pedirse la multa que por parte de uno de los esposos se hubiese estipulado á favor del otro, para el caso de no cumplirse lo prometido.

Pero si se hubiese pagado la multa, no podrá pedirse su devolución.

§ 49.—“Pero si se hubiese pagado la multa”, etc. La promesa de pagar una multa para el caso de no contraerse el

matrimonio, es ilícito, y lo que se ha pagado á sabiendas de lo ilícito del objeto de causa, no puede repetirse (art. 1539; Uribe, tomo 1.º, pág. 155).

ARTÍCULO 83

El matrimonio civil es obligatorio en todo el territorio del Estado, no reconociéndose, á partir del 21 de julio de 1885, otro legítimo que el celebrado con arreglo á este capítulo y con sujeción á las disposiciones establecidas en las leyes de Registro del Estado Civil y su reglamentación.

§ 50.—“El matrimonio civil es obligatorio”. Hay aquí un defecto de expresión: el matrimonio es *facultativo*, pero los que deseen contraerlo deben someterse á las disposiciones citadas en este artículo. Lo que la ley ha querido y debido decir es que “desde el 21 de julio de 1885 no se reconoce otro matrimonio legítimo que el civil”. En análogo defecto incurre el artículo 42 del Código Español (Manresa, tomo 1.º, pág. 213).

ARTÍCULO 93

Son impedimentos dirimientes para el matrimonio:

4.º *El parentesco en línea recta por consanguinidad ó afinidad, sea legítimo ó natural.*

5.º *En la línea transversal, el parentesco entre hermanos legítimos ó naturales.*

7.º *La falta de consagración religiosa, cuando ésta se hubiese estipulado como condición resolutoria en el contrato y se reclamase el cumplimiento de ella en el mismo día de la celebración del matrimonio.*

§ 51.—Inciso 4.º. Como no hay impedimento dirimente sin ley expresa que lo establezca, resulta que el padre ó madre

adoptante puede casarse respectivamente con la hija ó hijo adoptivo, y el tutor con su pupila (arts. 113, 230 y 231).

§ 52.—Inciso 5.º Entre hermanos incestuosos ó adúlteros no hay, pues, impedimento dirimente.

§ 53. La nulidad por falta de consagración religiosa es evidentemente relativa, y sólo puede ser deducida por el cónyuge en cuyo favor se ha estipulado la condición resolutoria. El matrimonio es válido mientras no se declara su nulidad, de modo que la inacción del cónyuge que ha protestado dentro del día de la celebración del matrimonio y no ha entablado la demanda de nulidad, no produce ninguna incertidumbre, como se afirma en la opinión contraria.

ARTICULO 99

Juzgada improcedente la denuncia, ó no habiendo aparecido alguna, el oficial del Estado Civil procederá á celebrar el matrimonio en público, PRO TRIBUNALI, á presencia de cuatro testigos, parientes ó extraños, recibiendo la declaración de cada novio, DE QUE QUIEREN SER MARIDO Y MUJER. Acto continuo, declarará el oficial del Estado Civil, á nombre de la ley, que quedan unidos en matrimonio legítimo é indisoluble; y levantará en forma de acta la partida de matrimonio, dando copia á los contrayentes si la pidieren.

§ 54.—“Procederá á celebrar el matrimonio en público”. El matrimonio puede no celebrarse en público en los casos á que se refiere el artículo 101.

§ 55.—“Pro tribunali”. En estrados (ó sea en las salas donde los jueces oyen y sentencian los pleitos), y audiencia pública, ó con el traje y aparato de juez. (Escrache, palabras: tribunal y estrados). Respecto al lugar en que debe celebrarse el matrimonio, el artículo 101 exceptúa al que anotamos.

ARTICULO 102

El matrimonio puede celebrarse por medio de apoderado, con poder especial en forma.

§ 56.—En el poder debe expresarse el nombre del otro contrayente, porque no basta que el mandante consienta en casarse: es necesario que consienta en casarse con determinada persona. (Champeau y Uribe, tomo 1.º, pág. 176).

§ 57.—¿Puede celebrarse el matrimonio cuando ambos contrayentes comparecen por apoderado? El artículo 87 del Código Español exige la comparecencia personal de uno de los contrayentes; pero nuestra ley no establece tal exigencia, y, por consiguiente, el intérprete no puede crearla. Resulta así que puede celebrarse el matrimonio, aun cuando el apoderado del novio y el de la novia sean del mismo sexo, lo que no dejaría de ser extraño.

§ 58.—La revocación del poder que no ha sido notificada en el momento de celebrarse el matrimonio ¿produce la nulidad de éste? El artículo 87 del Código Español resuelve la cuestión negativamente, fundándose en que no sería justo defraudar al contrayente de buena fe (Manresa, tomo 1.º, pág. 381); pero la doctrina general establece que el consentimiento debe existir en el momento de la celebración del matrimonio, y que por consiguiente, la revocación del poder hecha antes del matrimonio, aun cuando no haya sido notificada, anula este acto. (Véanse arts. 2062 y 2075; Champeau y Uribe, tomo 1.º, pág. 176, núm. 266).

§ 59.—Siendo el matrimonio un acto solemne, el poder debe otorgarse por escritura pública.

ARTICULO 103

El matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad á las leyes del mismo país ó á las de la República, producirá en éste los mismos efectos civiles que si se hubiese celebrado en territorio oriental.

§ 60.—¿Por qué el Código admite la validez del matrimonio celebrado en país extranjero con arreglo á nuestras leyes? Este artículo que figura en el Código desde su promulgación, ó sea desde antes de la secularización del matrimonio, ha sido tomado del Código Chileno. A su respecto dice Chacón: si nuestro Código da validez al matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad á nuestras leyes, es "por una razón de consecuencia con la iglesia, pues ésta reconoce el matrimonio celebrado conforme á sus leyes en cualquier país del mundo." (Tomo 1°, pág. 108 (B)). Y bien: como actualmente sólo es válido el matrimonio civil esta parte del artículo que anotamos no tiene ya razón de ser.

ARTÍCULO 104

Si un oriental ó una oriental contrajere matrimonio en país extranjero contraviniendo de algún modo á las leyes de la República, la contravención producirá en éste los mismos efectos que si se hubiese cometido en la República.

§ 61.—El oriental residente en un país donde no exista matrimonio civil, sino religioso, ¿puede contraer válidamente matrimonio con arreglo á las leyes de ese país? Algunos admiten la afirmativa fundándose en que, según el artículo 103, el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad á las leyes del mismo país, es válido en la República; pero otros, con más razón, sostienen que el artículo 103 es de carácter general, y que el 104 es especial para los orientales que contraen matrimonio en país extranjero. Si no fuera así, si el matrimonio celebrado en el extranjero entre extranjeros ó orientales, se rigiera por el artículo 103, el artículo 104 no tendría aplicación.

ARTÍCULO 110

Se entenderá fallar el padre, madre ú otro ascendiente, no sólo por haber fallecido, sino por estar demente ó fatuo, ó por

hallarse ausente del territorio de la República y no esperarse su pronto regreso, ó por ignorarse el lugar de su residencia.

§ 62.—Es evidente que de este artículo se deduce que el hijo sujeto á tutela por haber perdido sus padres la patria potestad, debe pedir la licencia para contraer matrimonio á su padre ó madre y no á su tutor. Así lo ha sostenido la Fiscalía Departamental de Flores en una vista de fecha 1.º de Noviembre de 1898, fundándose principalmente: 1.º en que la enumeración de los casos en que se considera por la ley que faltan los padres, es taxativa, y que por consiguiente, no puede decirse sin violar el texto de este artículo, que faltan los padres en el caso del artículo 263, ó sea cuando existe la madre casada en segundas nupcias; 2.º en que la facultad de conceder ó negar la licencia para el matrimonio de un hijo, es independiente de la patria potestad, puesto que ésta termina á los 21 años y aquélla á los 23 ó 25, según que la persona que quiera contraer matrimonio sea mujer ó varón (arts. 108 y 258); y 3.º en que los padres, aun cuando hayan perdido la patria potestad, tienen más interés en el matrimonio de sus hijos, que los tutores de éstos. Pero el director del Registro de Estado Civil ha afirmado lo contrario alegando: 1.º que como la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley concede á los padres en la persona y bienes de sus hijos menores de edad, comprende entre esos derechos el de consentir ó no el matrimonio de sus hijos; 2.º que, según Mourlon y otros tratadistas, la patria potestad subsiste después de los 21 años al efecto de prestar ó negar la licencia para el matrimonio, lo que confirma el artículo 258 en cuanto dice que la patria potestad se acaba por la mayor edad de los hijos, *sin perjuicio de lo dispuesto en el título DEL MATRIMONIO*; 3.º que en consecuencia, la madre viuda que contrae nuevas nupcias, al perder la patria potestad, pierde la facultad de consentir ó no el matrimonio de sus hijos. Esta doctrina ha sido acep-

tada por el Fiscal de Gobierno, y el Poder Ejecutivo, con fecha 12 de Diciembre de 1898, ha resuelto lo siguiente: "En mérito á lo dictaminado por el señor Fiscal, devuélvase á la Dirección General del Registro de Estado Civil á sus efectos."

Los oficiales de Estado Civil, dependientes del Poder Ejecutivo, creen que la resolución transcrita los obliga como una ley interpretativa, siendo así que tal decreto es violatorio de la ley.

Con efecto, en primer lugar, es el legislador y no el Poder Ejecutivo, quien puede interpretar las leyes de un modo generalmente obligatorio (artículo 12). Fuera de esto, la interpretación de que se trata contraría el texto y el espíritu del artículo 110. Aun suponiendo que hubiera antinomía entre el artículo 233 que define la patria potestad, y el 110 relativo al consentimiento para el matrimonio, claro es que tratándose de tal consentimiento, prevalecería este artículo como disposición especial y no el 233 que es de carácter general. Pero no hay tal antinomía. El artículo 233 dice que "la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley concede á los padres en las personas y bienes de sus hijos *menores de edad*"; y como á los 21 años termina la menor edad, claro es que á los 21 años se extingue también el conjunto de derechos que constituye la patria potestad. Sostener, invocando erróreamente lo que dicen Moulton y otros tratadistas franceses, que la patria potestad subsiste después de los 21 años, á los efectos del matrimonio, es modificar el texto claro de nuestra ley.

El artículo, 238 al establecer que la patria potestad se acaba por la mayor edad de los hijos, "sin perjuicio de lo dispuesto en el título del matrimonio", lejos de demostrar lo que se pretende en la opinión contraria, confirma la que sostenemos.

Dicho artículo no dice que la patria potestad subsiste des-

pues de la mayor edad de los hijos; lo que dice es todo lo contrario, ó sea que ella se extingue, y al agregar, como agrega, "sin perjuicio de lo dispuesto en el título del matrimonio", expresa claramente que, no obstante haber cesado la patria potestad, los padres tienen el derecho de oponerse al matrimonio de sus hijos. Del referido artículo se deduce, pues, que este derecho puede existir á pesar de no haber patria potestad, ó, lo que es lo mismo, que tal derecho es independiente de ella. Si el derecho de oponerse al matrimonio de los hijos fuera un atributo que emanara de la patria potestad, claro es que ésta no cesaría á los 21 años, sino á los 23, respecto de las mujeres, y á los 25 tratándose de los varones.

Además, la patria potestad no sería ya el conjunto de derechos que la ley concede á los *padres* en la persona y bienes de sus hijos *menores*; puesto que, ni sería exclusiva de los padres, desde que los otros ascendientes pueden también oponerse al matrimonio (artículos 108 y 109), ni se limitaría á los hijos menores de edad, sino que recaería, además, sobre los mayores de 21 años; y bien: estas conclusiones sólo pueden admitirse, haciéndole decir á la ley una cosa distinta de lo que ella establece.

Si se atiende al origen del artículo que anotamos, la opinión que defendemos se confirma una vez más. Este artículo lo emana del 109 del Código chileno que dice así: "se entenderá faltar el padre ó madre ú otro ascendiente, no sólo por haber fallecido, sino por estar demente ó fatuo, ó por hallarse ausente del territorio de la República y no esperarse su pronto regreso; ó por ignorarse el lugar de su residencia". El artículo 110 del mismo Código agrega: "se entenderá faltar asimismo el padre que ha sido privado de la patria potestad por decreto, y la madre que por su mala conducta ha sido inhabilitada para intervenir en la educación de sus hijos". Este último artículo no ha sido reproducido en

nuestro Código, lo que demuestra que nuestro legislador ha entendido que sólo falta el padre, madre á otro ascendiente en los casos taxativamente determinados en nuestro artículo 110, que corresponde al 109 chileno, y no en los de pérdida de la patria potestad ó inhabilitación por mala conducta, mencionados en el artículo 110 del Código de Chile, artículo que, aun cuando existiera en nuestro Código, no privaría á la madre que ha contraído nuevas nupcias de la facultad de oponerse al matrimonio de sus hijos habidos con el anterior marido, desde que sólo excluye á la madre que por su mala conducta ha sido inhabilitada para intervenir en la educación de sus hijos.

En fin, la doctrina de que la facultad de que se trata no es un atributo de la patria potestad, es la que enseña uno de los más autorizados intérpretes de la legislación española que ha servido de modelo á la nuestra (Gutiérrez Fernández, citado por Manresa, Código Civil español, tomo I: pág. 234).

APUNTES SOBRE EL CRÉDITO PÚBLICO

Del catolítico sustituto del aula de Economía Política, doctor Gabriel Terra

Conclusión

No es nuestro propósito hacer en estos apuntes la historia de nuestra deuda pública,—pretendíamos solamente hacer notar que desde los albores de la Independencia nuestros gobernantes hicieron uso de la facultad de levantar empréstitos, recurso financiero de valor inapreciable y á la vez peligroso.

Gladstone, el eminente estadista, con su manera original de expresarse reconocía que ese recurso era fácil, pronto y seductor para sobrellevar las dificultades financieras, pero

comparaba la facilidad con que se aumentaban por ese medio las cargas del Estado á lo que un poeta decía de la Fama, que al principio marchaba lentamente á pequeños pasos y pronto se elevaba por los aires; recordaba el gran ministro, para pintar los abusos del crédito, al pequeño león de la fábula, que arraucado del pecho de la leona y conducido al hogar del cazador, jugó y retozó mientras fué joven, con los niños. pero una vez que adquirió fuerzas se despertó toda la ferocidad natural é inundó la casa hospitalaria con la sangre de los compañeros de la vispera

Las circunstancias de desigualdad en que se encuentran estos países nuevos de Sud América en relación á los países perfectamente preparados para la guerra industrial del continente europeo, les impone la necesidad de colocarse con rapidez en condiciones materiales ventajosas para desarrollar sus industrias y sostener el intercambio con los pueblos de civilización adelantada, valiéndose de los empréstitos, porque el impuesto puede llevar muchas veces la quiebra á las industrias nacientes y en plena evolución, afectando el capital que les da vida, siendo origen de perturbaciones que destruyen la producción nacional, en el organismo económico todavía débil.

El vizconde de Mauá, "sin cuya intervención no se hubieran arreglado satisfactoriamente las finanzas después del sitio de Montevideo", describe en pocas palabras el estado del país después de terminada la guerra grande, cuando ya teníamos una deuda de cien millones de pesos que sólo se explica recordando las comparaciones de Gladstone. "Visitando Montevideo antes y poco después de organizado el gobierno constitucional al atravesar la campaña quedé triste. En la capital era completa la desorganización en todos los ramos administrativos, en cuanto á recursos financieros, el gobierno estaba rodeado por un grupo de explotadores de mala fe, y en materia de recaudación de rentas prevalecía la rapina.

El comercio, limitado por un consumo estrecho, sin elementos de vida; no existía la agricultura; los ricos campos de pastoreo completamente pelados, se atravesaban decenas de leguas sin encontrar una sola vaca; finalmente, el país era un verdadero cadáver político, económico y financiero, todo lo había destruido los diez años de guerra civil".

Pero continuemos examinando las causas primordiales de las oscilaciones en el valor de los títulos que se cotizan en la Bolsa. Ya hemos mencionado como importantes, la confianza ó el temor en la estabilidad de la situación política, la difusión ó concentración de los títulos en el público en un momento de pánico y la categoría de la Bolsa en donde esos papeles se cotizan.

Dos clases de operaciones se efectúan con los títulos de deuda pública y las acciones de los Bancos, compañías industriales y en general con toda esa clase de valores al portador que son objeto de transacciones en las Bolsas financieras: la venta al contado y la venta á plazo.

La venta al contado supone la entrega del título vendido en cambio de su precio en el día que se realiza la operación; pero la venta á plazo puede producirse sin la entrega de los títulos, obligando á abonar la diferencia de cotización en la fecha que vence el compromiso.

Las operaciones á plazo dan, pues, lugar á que se especule en alto grado con las probabilidades de un acontecimiento político, de un trastorno financiero, de un movimiento industrial, etc., circunstancias que según las opiniones encontradas de los capitalistas, pueden determinar una suba ó un descenso en los valores de Bolsa.

Aunque se puede exigir por el comprador la entrega de los títulos vendidos, esa entrega rara vez se reclama, pagándose solamente la diferencia que ha arrojado la oscilación

del valor vendido; de manera que el juego á descubierto tiene facilidades de todo género en ese mecanismo, viéndose así fortunas que se levantan rápidamente y capitalistas que se arruinan y se hunden en la miseria en especulaciones que un incidente cualquiera de imposible previsión pueden hacerlas desastrosas.

Los capitales son atraídos por este juego principalmente cuando se encuentran improductivos, ya porque abundan realmente ó porque las empresas industriales no ofrecen por cualquier circunstancia colocación ventajosa y segura.

En estos últimos tiempos, la abundancia del capital en la plaza de Montevideo y el descenso en el interés, ha hecho comprar títulos de deuda, obteniéndose por la caución de esos mismos títulos en los bancos dinero á interés más bajo que el que paga el Estado ganando la diferencia, lo que sostiene á un tipo relativamente alto la cotización de nuestra consolidada.

En los Bancos el interés corriente por cauciones ha sido del 5 %; la colocación del dinero en hipoteca no ha dado en algunos casos un interés mayor. Tipos de interés á la europea verdaderamente anormales en este país y no es de extrañarse que la consolidada se cotizase en Londres al 55 %.

El Banco de Inglaterra, ese coloso que obedece en su dirección á un criterio distinto al que preside el funcionamiento de las Instituciones Bancarias del Uruguay, que cifra su orgullo en no guardar mucho oro en sus cajas, cuando la tasa del descuento baja de una manera anormal é inconveniente para restablecer el equilibrio, emplea sus grandes capitales en la compra de los consolidados ingleses.

Examinemos algunas de las otras causas de oscilación de los valores en esos grandes mercados que se llaman Bolsas, sin cuyo funcionamiento no se concibe el crédito público ni el triunfo de las sociedades anónimas que son los factores poderosos del progreso en la vida moderna.

Los más importantes mercados de títulos del mundo son la Bolsa de Londres, de París, de Berlín y de Nueva York, y en estos mercados no se cotizan exclusivamente los títulos del país, sino que también hay un cúmulo de valores extranjeros que se denominan internacionales.

Y al hablar de los valores internacionales, viene á nuestra imaginación de una manera inevitable el fenómeno sorprendente á que dió lugar la indemnización de guerra exigida por la Alemania á la Francia después de la derrota del año 1870.

La gran catástrofe costó á la Francia 9 millares 288 millones, de los que 8 millares 268 millones fueron obtenidos por el préstamo, casi 7 millares entre el público en general y el otro millar y medio lo prestó el Banco de Francia.

No llegó á un millar lo que se obtuvo por el impuesto, sin obedecer en su aplicación (dice Bonnet) á ningún principio científico; destruyéndose de esa manera inconsulta, muchas riquezas, porque en aquellos momentos de angustias lo que era necesario era imponer gravámenes allí donde se esperaba sacar más fácil y rápidamente dinero.

En 1870 los franceses tenían en sus carteras gran cantidad de papeles extranjeros de valores internacionales que trataron de realizar para emplear sus capitales en la compra de deuda del país, que se emitía en condiciones ventajosas, y gracias á la venta de esos papeles y á las operaciones de cambio á que dieron lugar, puede afirmarse que las tres quintas partes de la indemnización de guerra fué saldada sin que se sufriese una crisis seria.

Los valores internacionales, dan un carácter de cosmopolitismo á la especulación sobre títulos y establecen una solidaridad estrecha entre las Bolsas de los distintos países que producen influencia sensible en las cotizaciones.

Los valores internacionales plantean un problema muy serio en los países sudamericanos, que son pobres y no cuen-

tan con público bastante para la colocación de sus títulos, y tienen que exportar año á año gran cantidad de oro para cumplir con el servicio de la deuda en los mercados europeos.

Muchas veces, sin profundizar las cosas, exclamamos: ¡30 millones de exportación! ¡25 de importación! ¡el país se enriquece!, ¡hay balanza favorable! Y dejándonos fascinar por la sencillez aparente de este problema económico, no analizamos las importaciones, que significan muchas veces riqueza reproductiva, y no objetos de inmediato consumo; no descubrimos la circunstancia muy grave del ausentismo que se manifiesta principalmente por esa salida ineludible de varios millones de pesos que representa el servicio de la deuda pública existente en Londres. El ausentismo en sus múltiples manifestaciones entre nosotros, en donde las grandes empresas son de capital extranjero, ese fenómeno económico que se hace sentir en los establecimientos de campo al norte del Río Negro y en el litoral; ese mal funesto que nos empobrece, y que según J. B. Say, sólo se combate disminuyendo impuestos y gobernando el país con prudencia, habilidad y economía, merece un capítulo aparte; nos limitamos, por ahora, á reproducir algunos datos que nos ha proporcionado el competente Director de la Junta de Crédito Público, sobre el dinero que se exporta para el servicio de deuda y garantía de ferrocarriles en el período de un año.

SERVICIO DE LA DEUDA EXTERNA EN 1901

Deuda Consolidada del Uruguay:

Intereses del 37.º al 40.º trimestre	\$ 3,230,023.30	
A deducir el servicio local "	824,145.00	\$ 2,405,878.30
5.ª amortización	\$ 152,023.42	
A deducir el servicio local "	32,759.13	" 99,264.29

Comisiones pagadas en el año	\$	12,399.86
Gastos	"	219.15
	\$	2,517,701.60
Cambio.—Ganancias en el año	"	1,815.60
	\$	2,515,886.60
Garantía de ferrocarriles	"	791,848.95
	\$	3,307,735.55

EMPRÉSTITO URUGUAYO 5 % DE 1896

Intereses del 19.º a 22.º trimestre	\$	352,652.75
10.º y 11.º amortización	"	117,441.25
	\$	470,094.00
Comisiones	"	2,056.86
Gastos	"	239.32
	\$	472,390.18
	"	155.75
	\$	472,234.43

Montevideo, agosto 11 de 1902.

M. V. Martínez.

Tres millones de pesos salen del país todos los años para el servicio de la deuda, y cerca de ochocientos mil pesos como garantía de ferrocarriles, y ni siquiera podemos concebir la esperanza, de que en un porvenir más ó menos lejano, los capitales nacionales atraigan siquiera en parte esa deuda exterior, porque difícilmente se colocarían para ganar el interés insignificante, realmente europeo, señalado por esos títulos.

Nosotros no podemos aspirar á que se realice en el Uru-

guay, algo parecido á lo que sucedió en Italia después de constituida, cuya deuda nacional colocada al principio en su casi totalidad en el exterior, se encuentra hoy, en su casi totalidad también, en manos de los italianos.

Nosotros y los argentinos estamos condenados á sacar anualmente de la circulación inmensas cantidades de oro para remitirlas al extranjero; de ahí que al contratar nuevos empréstitos, la calma y la meditación se impongan como exigencias del patriotismo, y debamos pensar si la obra á realizarse compensa con creces los sacrificios de que hablaba Condorcet cuando afirmaba: "Que es malo que un Estado se endeude, porque una parte de los intereses se paga á los extranjeros, que no emplean sus capitales en el progreso de las industrias nacionales".

De ahí que también debamos tener muy en cuenta el monto del interés que nos exija el acreedor, relacionándolo con el tipo en que se pueda colocar el empréstito, recordando á Turgot cuando decía: "Que el precio del interés es una especie de nivel bajo el cual todo trabajo, toda cultura, toda industria, todo comercio cesan; es como un mar extendido sobre un vasto país; las cimas de las montañas se elevan sobre las aguas y forman islas fértiles y cultivadas; sube el mar de un solo pie, y la vegetación desaparece: todo se inunda . . .".

GABRIEL TERRA.

DE LAS ACCIONES EN MATERIA CIVIL

POR

EUGENIO J. LAGARMILLA

(Continuación)

§ II

OTRAS CLASES DE ACCIONES

SUMARIO.—34. Acciones mobiliarias é inmobiliarias; diferencia con las reales y personales.
—35. Criterio que debe seguirse en esta materia: ejemplos.—36. Acciones peticitorias y posesorias. 37. Acciones prejudiciales.—38. Acciones perjudiciales.—39. Otras divisiones.

34.—Si con relación á la naturaleza del derecho que les da vida, las acciones se dividen en reales y personales, con relación á la naturaleza del objeto se dividen en *mobiliarias* é *inmobiliarias*.

Las cosas ó bienes (1) son corporales ó incorporales, según puedan caer bajo nuestros sentidos, *quæ tangi possunt*, ó sólo ser percibidos por la inteligencia, *solo juris intellectu consistunt*.

Las cosas, corporales ó incorporales, se dividen en muebles ó inmuebles (Código civil, artículos 414 y 427).

Pertenece al Código Civil la determinación de los caracteres de los bienes, y es á él á donde debemos recurrir para saber cuándo una cosa es mueble ó inmueble (Lib. 2, Tit. I, Cap. I.). Los hechos se reputan muebles (Código Civil, 428).

La clasificación que se hace de acuerdo con el objeto no debe confundirse con la fundada en la naturaleza del derecho. Nada tiene que ver la una con la otra; son divisiones claramente definidas basadas en distintos principios. La una nace

(1) De acuerdo con la ley positiva estos dos términos son sinónimos, aún cuando, en teoría, no sea admisible tal identidad. Véase GUILLOT, *Coment.* II, núm. 55.

de la naturaleza del derecho que se pretende poseer; la otra del carácter del objeto que es elemento de la relación jurídica en los derechos patrimoniales (1).

El derecho que se tiene sobre una cosa puede hallarse constituido por un vínculo directo ó indirecto con la cosa, y la acción que emana de ese derecho será real ó personal según la naturaleza del lazo que une el sujeto con el objeto. Pero que ese vínculo sea directo ó indirecto en nada puede influir sobre la naturaleza de la cosa: ésta puede ser mueble ó inmueble, sin que cambie su carácter por el hecho de depender, directa ó indirectamente, del titular del derecho.

Para determinar si la cosa es mueble ó inmueble se prescinde, por completo, del sujeto á quien pertenece; se analiza la cosa en sí, y en virtud de las cualidades que tenga se la clasifica como mueble ó como inmueble.

Dedúcese de esto que los derechos y acciones pueden ser reales é inmuebles; reales y muebles; personales é inmuebles; personales y muebles.

Siempre que el titular pretende ser acreedor, la acción es personal, y será mobiliaria ó inmobiliaria según la naturaleza de la cosa objeto de la obligación. La acción del comprador de una finca á quien no se le ha hecho la tradición (Cód. Civ., 680) es una acción personal, porque su derecho emana de un contrato, y es inmueble porque tal es la naturaleza del bien reclamado. Personal y mobiliaria es la acción del comprador de un caballo, por ejemplo; personal, por la razón dicha, y mobiliaria porque el objeto es mueble (Cód. Civ., 415).

Cuando el sujeto pretende ser dueño ó poseer un derecho real en una cosa la acción es real, y será mobiliaria ó inmobiliaria según la cosa sea mueble ó inmueble.

(1) Si con relación á los bienes patrimoniales la cosa entra como elemento de la relación en los derechos de familia (que nos hemos referido en números anteriores, no puede la cosa formar parte de ellos, y como la división de muebles é inmuebles se funda en la naturaleza del objeto, es claro que las acciones que nacen de los derechos de familia no pueden ser mobiliarias ni inmobiliarias. Esta clasificación no cabe en esa clase de derechos.

El propietario que reivindica un fundo, ejerce una acción real, porque nace del dominio, é inmobiliaria porque el fundo es un inmueble. Si la cosa que se reivindica es una mesa, por ejemplo, la acción es real, porque surge del derecho de propiedad, y es mobiliaria, dado que el objeto es un mueble.

Nada obsta á que se pida, á la vez, cosas muebles é inmuebles y, en este caso, la acción tendrá el doble carácter de mobiliaria é inmobiliaria, pudiendo ser real ó personal según la naturaleza del derecho sobre que se funda.

35.—Aún cuando son dos divisiones completamente distintas y definidas, la que se hace por la naturaleza del derecho y la que se funda sobre el carácter del objeto, no obstante hay muchos que confunden las acciones reales con las inmobiliarias y las personales con las mobiliarias. Es decir que según los que incurrían en ese error, toda acción real es inmobiliaria y toda acción personal es mobiliaria.

Como lo explicamos en el número anterior, nada tiene que ver una cosa con la otra; pero es bueno estar prevenido contra errores á los que tratadistas de talla le han prestado el prestigio de su nombre (1). Sin embargo, es muy fácil no cometer yerro si se posee un criterio preciso para el análisis de una dada relación de derecho.

Si queremos saber si una acción es real ó personal, lo que tenemos que estudiar es el vínculo que une la cosa al hombre. Si este vínculo es directo, la acción es real; si es in-

(1) Se nota en muchos escritos una falta de precisión y claridad á este respecto. que acusa un criterio incierto que los obliga á hacer en contradicciones chocantes. Laurent, por ejemplo, dice en el número 415 del tomo V de su obra: «El derecho del superficiario es inmobiliario porque es real; al contrario, el derecho del arrendatario es mobiliario porque es un derecho de obligación»; y en el mismo tomo, en el número 499, dice: «Es evidente que si los derechos reales que se ejercen en un inmueble son inmobiliarios, los que se ejercen en un mueble deben ser mobiliarios». Lo curioso es que Laurent incurrir en el error que reprocha á otros. Véase especialmente tomo 6.º, núm. 74.

directo, es decir, si hay una persona por medio entre el objeto y el sujeto, la acción es personal. Por manera que, para conocer si una acción es real ó personal, debemos preguntar *cur debetur* (quién debe); si nadie debe y sólo la cosa está obligada, la acción es real; si hay una persona obligada, la acción es personal. Y si queremos saber si es mobiliaria ó inmobiliaria, preguntaremos *quid debetur* (qué se debe). Si lo que se debe es mueble, la acción es mobiliaria, si es inmueble la acción es inmobiliaria.

Apliquemos el criterio á algunos casos. Tomemos, p. ej., la acción del acreedor hipotecario. ¿Quién debe? En este caso, cuando la acción se dirige contra el dador, hay dos deudores: el obligado en virtud del contrato, y la cosa porque responde al pago de la deuda. La acción, por tanto, es real y personal, es decir, mixta según nuestra opinión á este respecto. Si la acción se dirige contra un tercero detentador del bien hipotecado, la acción es real, porque aquí sólo la cosa está obligada.

Si deseamos saber si la acción hipotecaria es mueble ó inmueble, preguntaremos ¿qué se debe? La finca no es lo que se debe (C. C. 2312) sino una cantidad de dinero, y, por tanto, la acción es mobiliaria, porque el dinero es mueble (C. C. 423). (1)

La acción que tiene el arrendatario contra el arrendador para hacer efectivo el cumplimiento del contrato ¿qué acción es? ¿Quién debe? El arrendador, es decir, una persona; la acción es personal. ¿Qué se debe? El objeto de la obligación del arrendador no es una cosa; es un hecho, el de hacer gozar de la cosa al arrendatario. Ahora bien: los hechos se reputan muebles (C. C. 423) y mobiliaria, por tanto, es la acción del inquilino. (2) Poco importa que el contrato verse sobre el arrendamiento de un inmueble; este hecho no pue-

(1) Nos ponemos en el caso en que la obligación principal consista en una cantidad de dinero.

Contra TROPLONG, *De Contrat de Mariage*, I, núm. 401.

de hacer variar la naturaleza de la obligación. Lo que se debe no es una cosa, sino un hecho, desde que el locador está obligado á hacer en tanto dure el contrato. Que sea un inmueble donde el locador cumple su obligación, no quiere decir que sea la cosa lo que se debe.

¿De qué naturaleza es la acción del usufructuario? ¿Quién debe en el usufructo? No hay persona alguna que sea deudora; quien está obligado es el bien mismo, supuesto que, hecha la tradición, el usufructuario adquiere un derecho real, en virtud del cual puede gozar de la cosa directamente, sin necesidad del hecho de persona alguna (Cód. Civ, art. 469). El dueño de la cosa no tiene obligación de hacer nada para que el usufructuario disfrute del derecho; únicamente debe abstenerse y dejar gozar de la cosa.

¿Qué cosa se debe? La cosa en que está constituido el usufructo puede ser mueble ó inmueble, y, por consecuencia, la acción será mobiliaria ó inmobiliaria, según los casos.

La acción del dueño del terreno contra el constructor que se ha comprometido á edificar una casa, es mobiliaria, aun cuando el cumplimiento de la obligación procure un inmueble al propietario. En efecto: ¿cuál es la obligación del arquitecto? Simplemente, una obligación de hacer; un hecho. Que este hecho tenga por fin la obtención de un inmueble, por parte del acreedor, en nada puede afectar su naturaleza; no deja de ser hecho, y, como tal, mueble. Y poco importa que el arquitecto haya puesto los materiales; éstos son muebles, y mueble su obligación de hacer, y la acción para hacer efectivo el cumplimiento de lo pactado, tiene que ser mobiliaria.

“Hacer no es dar, dice Garsonnet: dar, es transferir la propiedad de lo que se tiene; ahora bien: ni el arquitecto ni el empresario tienen la casa que aún no existe; no pueden, por tanto, darla; sólo prometen hacer”.

(1) GARSONNET, *Traité*, t. I, párc. 525. (Conf. DEMOLOMME, *Cours*, t. IX, núm. 372; TROPLONG, *Un contrat de mariage*, t. I, núm. 401.

36.—Teniendo en cuenta el fin á que tienden, se dividen las acciones en *petitorias* y *posesorias*. “Las primeras tienen por objeto obtener el reconocimiento definitivo del derecho controvertido; las segundas, sólo tutelar la posesión contra la turbación ó despojo de un tercero”. (1)

Toda acción que nazca de un derecho, que no sea el posesorio, es una acción petitoria. (2)

El artículo 3.º del Cód. de Proced. Civil así nos lo enseña, cuando dice que es juicio petitorio aquel en que se trata del estado civil de las personas, de la propiedad y servidumbre de las cosas y del cumplimiento de las obligaciones; y posesorio, cuando se litiga sobre retener ó recobrar la posesión de una cosa. (3)

Hay que notar que el juicio será petitorio ó posesorio según la acción que se deduzca, y no en virtud de los trámites por los que se siga el proceso. La división esa se funda en el fin á que se dirige la acción y no en las solemnidades de la tramitación; es una clasificación de fondo, no de forma. La misma ley establece que el juicio petitorio puede ser ordinario ó extraordinario, sin que esto pueda afectar á la naturaleza de la acción. Se le llama juicio petitorio ó posesorio, porque la acción que se deduce es petitoria ó posesoria, y su discusión puede hacerse, tratándose de las primeras, en juicio ordinario ó sumario, según las circunstancias que en cada caso haya tenido en cuenta el legislador.

La materia de acciones posesorias es una de las más difíciles del derecho civil y procesal, y no entra en nuestros designios emprender, en este lugar, el estudio sobre tan oscuro punto. Sólo diremos aquí que las acciones posesorias

(1) MATTIBOLO, *Traité*, t. I, núm. 39.

(2) DE-MARÍA, *Lecciones*, Comen. al art. 3.º.

(3) Como muy bien dice el doctor DE-MARÍA *ibid.*, en la ley ha debido decir de una cosa inmueble ó de derechos reales constituidos en ella; porque sólo en estos casos puede haber lugar á acciones posesorias, desde que estas no existen respecto á muebles (Código de Procedimiento, 1171 y Código Civil 623).

se discuten siempre en juicio sumario, y que la sentencia que en ellos se dicta no afecta el derecho de dominio: el vencedor en el juicio posesorio, conquista la posesión de demandado en el juicio petitorio, y á su adversario, por tanto, incumbe la prueba del derecho que pretende.

37.—Hubo en Roma una serie de acciones que los jurisconsultos llamaban *prejudiciales*, entre las cuales las más importantes eran las de estado civil. (1) No existe uniformidad de ideas sobre el verdadero concepto de esta clase de acciones, en el Derecho Romano. Mientras unos creen que es una división fundada en el fondo del derecho, otros consideran que sólo dice relación con una forma de procedimiento. Sea cómo fuere, lo cierto es que en el Derecho moderno se denominan así á aquellas acciones que deben ser deducidas con anterioridad á otras, por ser necesaria su discusión previa, por la influencia que la solución de esa cuestión puede tener sobre la que posteriormente se ha discutir. Un ejemplo nos bastará para darnos cuenta de lo dicho: A impugna el testamento de una persona, diciéndose su heredero forzoso. B (el instituido), antes de entrar á discutir la validez del testamento, contesta la filiación de A. Es claro que la cuestión de saber si A es ó no heredero forzoso del testador, es una cuestión que debe ser resuelta previamente á la validez del testamento, supuesto que el derecho de A depende de la calidad de heredero forzoso, que su contendor le niega. Si se resuelve que A no es tal heredero, como se declara que no tiene calidad, la acción contra la validez del testamento no es admisible. Ahora, si al contrario, se le reconoce la calidad de heredero forzoso, A podrá entrar al juicio, que lo generará ó perderá, según demuestre ó no los derechos que dice poseer. La acción para que se le reconozca su estado civil y la calidad

de heredero consiguiente, es una acción *prejudicial* á la que tiene para impugnar el testamento de su autor.

La materia de acciones prejudiciales tiene importancia suma en Derecho Procesal Penal, por la influencia que puede tener en ciertos casos la cosa juzgada civil sobre el juicio criminal. Hay dos especies de cuestiones prejudiciales: las que son prejudiciales á la acción y las que sólo lo son á la sentencia. De estas últimas conoce el mismo Juez de lo penal en cambio, de las primeras se discuten ante el Juez civil.

El artículo 275 del Código Penal trae un ejemplo de estas acciones: "El dador civil que se alzare con sus bienes, los ocultare, los enajenare maliciosamente ó simulare créditos en fraude de sus acreedores, será penado con prisión de quince á diez y ocho meses . . . La acción penal no podrá ser ejercitada sino por querrela de parte, Y SÓLO EN EL CASO DE QUE LA INSOLVENCIA DEL DEUDOR RESULTE COMPROBADA POR ACTOS INFRACTUOSOS DE EJECUCIÓN EN LA VÍA CIVIL". Cosa análoga pasa con la quiebra fraudulenta ó culpable (Código de Comercio, arts. 1642 y siguientes) (1)

38.—"La sentencia, dice el artículo 479 del Cód. de Proc. debe concretarse en su literal disposición á las partes que litigan. Pueden tener efectos legales EN CONTRA ó en pro de terceros, en ciertos casos . . .". A las acciones sobre las que recae una sentencia que tiene efecto legal contra terceros, se les llama *prejudiciales*, porque, no obstante que el tercero no ha sido parte en el juicio, la sentencia lo perjudica. Supongamos que un acreedor hereditario hace declarar, por sentencia ejecutoriada, heredero á una persona; esta sentencia obliga á todos los demás legatarios y acreedores, aun cuando los perjudique (Cód. Civ., 1043; Cód. de Proced., 479). La acción deducida es, por tanto, una acción prejudicial.

(1) Según algunos autores eran las únicas. Véase SAVIGNY, ob. cit., IV, pág. 20.

(1) Sobre este punto, que no nos toca tratar, pueden verse los tratadistas de procedimiento penal. Véase también «Proyecto» de Vázquez Acevedo: *Informe*, cap. IV y artículo 15.

Lo mismo sucedería en el caso de que un acreedor obtuviera una sentencia contra el deudor solidario, sentencia que perjudicaría á todos los demás deudores.

Todas las sentencias que perjudican á terceros se fundan, en acciones perjudiciales; de modo que, en todos los casos en que pueda existir una sentencia de tal calidad, podemos decir que la acción á que se ha hecho lugar en virtud de ella, es una acción perjudicial.

39.—Existen otras divisiones en las que no nos detendremos, porque, si bien pueden tener cierta importancia en cuanto al método, su conocimiento no es indispensable para el buen estudio de las acciones. Sólo enunciaremos algunas de esas clasificaciones sin entrar á estudiarlas detenidamente.

Si se considera la vía en que se las hace valer, las acciones se dividen en *ordinarias* y *extraordinarias*, y estas últimas se subdividen en *sumarias* y *ejecutivas*. Esta división no se basa en el fondo de la acción, sino en el procedimiento que hay que seguir para obtener su reconocimiento. La ley en otro lugar nos enseña en qué consisten esas distintas vías, ó lo que es lo mismo las diversas clases de juicios que pueden existir. Ve C. de Pr., arts 4 y 5.

Acciones *principales* y *accessorias*. (Véase la nota al núm. 32, pág. 416.)

Acciones *directas*, *contrarias*, *oblicuas* y *útiles*. En Roma se llamaba *directas* á las acciones que se fundaban en una ley (NAMUR, Cours II, p. 313). *Útiles* las creadas por analogía de acciones preexistentes.

En otro sentido, acción *directa* es la que nace inmediatamente de una de las fuentes de las obligaciones, y *contraria* "el derecho puramente eventual de la otra parte". Tienen aplicación en los contratos unilaterales.

Las acciones civiles se dividen según la materia en *civiles*,

propriamente dichas, y *comerciales*, según tutelén á un acto civil ó comercial. Las acciones comerciales son de la jurisdicción comercial (C. de Pr., arts. 95 y 99). (1).

En cuanto á las acciones *strictu juris*, *bona fide* creemos que no tienen aplicación en el Derecho Moderno.

IV

ESTUDIO ESPECIAL DE ALGUNAS ACCIONES

§ 1

Acción reivindicatoria

I

DE LA NATURALEZA, CONDICIONES Y EFECTOS DE LA REIVINDICACIÓN

SUMARIO: 40. Naturaleza de la reivindicación. Derecho Romano y Derecho Moderno.—41

Qué cosas pueden ser objeto de reivindicación. Necesidad de que la cosa sea determinada.

—42. Quiénes pueden reivindicar. El reivindicante debe haber poseído anteriormente y no hallarse en posesión de la cosa cuando entabla la acción.—43. Contra quiénes se puede reivindicar.—44. Obligaciones del mero tenedor. Penas á que está sujeto cuando contesta la demanda.—45. Opinión de Ulpiano: doctrina francesa. Solución según nuestra ley.—

46. Situación de los herederos del poseedor.—47. Derechos del actor cuando el reo enajena ó destruye la cosa.—48. Prohibición de enajenar la cosa. ¿Cuándo se considera que la cosa es litigiosa?—49. Derechos del actor y del reo sobre la cosa que se reivindicia.

40.—Del derecho de propiedad, como de todo derecho no exceptuado, emanan acciones para hacer efectivo su contenido. La acción que se funda en el dominio se llama *reivindicación*.

Nacida de la propiedad, es la acción real por excelencia. Por su carácter de real puede ser deducida contra cualquiera que detente la cosa. "La *reivindicatio* dice Ihering (2), per sigue únicamente la cosa *agitur in REM*, la sigue por todas partes donde va, no quiere ninguna otra cosa que lo que ella pueda dar de sí sin la participación del demandado. La cosa es responsable, la cosa presta: la persona del demandado no

(1) Las cuestiones que se suscitan respecto á esta división tienen gran importancia, pero el estudio de ellas no es de este lugar; se relaciona con el de la competencia.

(2) IHERING. *Esposición del Derecho Romano*, t. 4.º, pág. 204.

tiene otra importancia que la de encontrarse entre el demandante y el objeto de su demanda, y el procedimiento debe desde luego separarlo." En el antiguo Derecho Romano se llevaba hasta tal punto las deducciones del principio que "el demandado no debía dar la cosa, sino que era el demandante quien lo tomaba. Consistiendo en ello, el demandado no hacía otra cosa que obedecer al orden legal y á la autoridad. Aun cuando el demandado llegase á morir durante el juicio, ningún retardo detenía la ejecución, y esta es la mejor prueba de que el demandado lo consentía; éste no ejecutaba, porque toda acción supone una persona que obra. Ningún acto era necesario cuando desde el principio el demandado no hacía resistencia dejando al demandante llevar consigo el objeto alegado en justicia, después de haber obtenido la *addictio* por parte del Pretor" (1).

Este apego á las formas consagradas por una lógica por demás tiránica, no pudo mantenerse en el moderno derecho romano. Aquí, la acción reivindicatoria está rodeada de lazos obligatorios; no es sólo la acción real que sigue la cosa y sólo la cosa; la demanda de ésta va acompañada de otras demandas que no se fundan en el derecho real del demandante; son acciones personales que deducidas conjuntamente con la acción real forman un cuerpo jurídico compuesto, por oposición á la acción simple del antiguo derecho que excluía la concurrencia de elementos extraños. Pero como ya hemos tenido ocasión de decirlo (Ve núm. 32), si se aplicara hoy día el criterio del antiguo derecho romano, no existiría acción real alguna, pues todas tienden á la vez, que á hacer efectivo el derecho real, al cumplimiento de las prestaciones accesorias. Debido al carácter de accesorias que tienen estas obligaciones, no cambian la naturaleza de la acción principal. Es ésta la que se tiene en cuenta para la clasificación; los demás lazos que la rodean no tienen influencia á este

(1) IBERICO, *loc. cit.*, t. 4.º, pág. 212.

efecto; se prescinde de ellos. Si así no se hiciera habría que excluir las acciones reales de nuestros Códigos, y todas las que así denominamos tendríamos que agruparlas entre las mixtas (1).

La persona del detentador, hemos dicho, no tiene importancia alguna respecto al derecho reclamado; se le obliga á dejar la cosa porque se declara que no existe relación jurídica ninguna que á ella lo una. Dedúcese de esto, que si la cosa sale del poder de una persona para pasar al de otra, en nada afecta esto al dominio del demandante; sea quien fuere el que la posee debe entregarla; la acción en nada tiene en cuenta la persona, y la cosa sigue siendo la misma aún cuando pase por muchas manos.

41.—El derecho de propiedad puede tener por objeto una cosa mueble ó un inmueble como también una cosa incorporeal que será mueble ó inmueble según la naturaleza del objeto (Código Civil, arts. 413, 414, 424 y sig.) La acción reivindicatoria puede, por tanto, recaer sobre cualquiera de esos objetos. Lesionado el derecho de dominio, sea sobre lo que fuere, mueble ó inmueble, corporal ó incorporeal, la acción que lo protege nace en ese instante. La naturaleza del objeto no hace variar la naturaleza del derecho. Nuestra ley ha sido consecuente con estos principios: "*Pueden reivindicarse las cosas raíces y muebles. Pueden reivindicarse como el dominio los otros derechos reales, excepto el derecho hereditario que produce la acción llamada PETICIÓN DE HERENCIA*", (Cód. Civ. art. 652) (2).

(1) Las acciones de restitución, fundadas en un vínculo de obligación personal, deben distinguirse, con cuidado, de la acción reivindicatoria, que tiene por objeto la determinación del titular de un derecho real, de un derecho de propiedad. (BAUDRY LACANTIERRE ET CHAT-VEAU, *Des Biens*, núm. 232).

(2) En el derecho francés, si bien respecto á los muebles la reivindicación no tiene la amplitud que posee con relación á los inmuebles, con todo procede en ciertos casos, la reivindica-

Chacón cree que no exceptúan las cosas muebles cuyo poseedor las haya comprado en una feria, mercado, etc., caso que contempla el artículo 1187 de nuestro Código Civil. Sin embargo, en nuestra opinión, la reivindicación procede en este caso lo mismo que en los demás; lo único que hay es que la ley, teniendo en vista los intereses del comercio exige el pago del precio desembolsado por el poseedor, para que la reivindicación pueda intentarse. La prueba de que la acción es procedente está en que, una vez pagado el precio, el poseedor no puede pretender quedarse con la cosa á título de que la reivindicación no puede tener lugar. El fundamento de esa disposición no es, como cree Chacón, una presunción de buena fe de parte del poseedor; la buena fe en nuestro derecho sólo da, en estos casos, base á una prescripción más corta (Código Civil 1186); la razón de la ley se encuentra en la protección de los intereses del comercio. (Véase BAUDRY LACANTINERIE, *Prescription*).

En el derecho romano la reivindicación sólo tenía lugar para las cosas corporales. Pothier se expresaba al respecto del siguiente modo: "En nuestro derecho francés nada veo que impida que el propietario de una cosa incorporea, por ejemplo, de un derecho de feudo, del derecho de gavillas del señor ó de una renta, cuando ha perdido la posesión, no pueda usar de la acción de reivindicación contra un tercero que la posea, del modo que se da para las cosas corpora-

ción mobiliaria. LACRENT olvida esto, cuando se expresa de esta manera: "El propietario, dice, reivindica su cosa contra aquel que la detiene, se deduce de esto que no se puede reivindicar los muebles por el detentador ó poseedor al reivindicante la excepción de que trató; uso de muebles la posesión vale título" (C. Fr., art. 2279) *Principes*, t. VI, N.º 157). Sin embargo, el mismo artículo 2279 nos habla de reivindicación de muebles. No obstante, dice, *el que ha perdido* tal que es lo que se le ha robado, una cosa puede reivindicarla durante tres años á contar desde el día de la pérdida ó del robo, contra cualquiera que la tenga, sin perjuicio del recurso de éste contra aquel de quien la ha adquirido... Se ve, pues, que no se puede decir, de un modo tan absoluto, que los muebles no pueden reivindicarse desde que la misma ley trae ejemplo de lo contrario. Por otra parte la máxima *en fait de meubles, possession vaut titre* se presta á muchas dudas en su aplicación, no existiendo, respecto á su verdadera comprensión, uniformidad de ideas ni en la doctrina ni en la jurisprudencia.

les" (1). El Código Civil, hemos dicho, ha seguido esta doctrina.

Lo que requiere la reivindicación es que el dominio verse sobre cosas particulares, *res singulas*. "Las *quantitates rerum*, las cosas no designadas en su especie, sino en su cantidad, dice Molitor (2), no pueden ser objeto de reivindicación, por que sólo se puede tener sobre una cantidad un derecho de crédito y no un derecho de propiedad. Una cantidad puede ser objeto de la condenación, pero no de la demanda". Es que no puede concebirse un derecho real sobre una cosa indeterminada; se puede ser acreedor de ella, pero no propietario: "Una cosa indeterminada y un derecho de propiedad, ó de usufructo ó servidumbre en esa cosa son ideas contradictorias". (3)

No pudiendo haber propiedad sino sobre las cosas que están en el comercio de los hombres, claro es que sólo á éstos puede referirse la reivindicación.

Una universalidad de cosas puede ser reivindicada, porque esta especie de universalidad es considerada como cosa particular, pero tanto la demanda como la sentencia se entenderán limitadas á las cosas individuales que pertenecen al reivindicante, de las que forman el cuerpo colectivo (Cód. Civil, 653); de modo que las que no pertenezcan al demandante quedarán en poder del poseedor. No podía ordenarse otra cosa, desde que si bien se reivindica el conjunto debido á que constituye una cosa determinada, lo cierto es que lo que realmente reclama el actor es su propiedad y no los bienes que no le pertenecen.

La cosa no es menos cierta y determinada por el hecho de ser poseída en comunidad por varios dueños. Cada uno de ellos puede reivindicar su parte *pro indiviso*; lo que aquí,

(1) POTHIER, *Treatado del derecho de dominio de la propiedad*, núm. 282.

(2) MOLITOR, *La possession, la revendication etc.* pág. 238.

(3) LACRENT, *Principes*, t. VI, núm. 74.

como en los demás casos se requiere, es que el bien poseído en común sea una cosa singular (1). Poco importa, por lo demás, que sea ó no susceptible de división real; basta que lo sea intelectualmente. (Conf. ПОТІІКЪ, *ob. cit.* núm. 291). Así se podría reivindicar la parte indivisa que se tiene en un caballo, aún cuando el caballo no puede ser dividido materialmente.

42.—La acción reivindicatoria compete al propietario; pero nótese que no es preciso que el titular tenga la plena propiedad de la cosa; basta que sea dueño de un desmembramiento del dominio "pueden reivindicarse, como el dominio, los otros derechos reales", dice el Código Civil artículo 652. Por tanto, el usufructuario podrá reivindicar el derecho de usufructo que tenga sobre una cosa, lo mismo que el propietario podrá en ese caso reivindicar la nuda propiedad.

El comprador de una cosa de la que no se le ha hecho tradición, no podrá reivindicarla, porque no ha adquirido aún derecho real alguno sobre el objeto; sólo le pertenece una acción personal contra el vendedor.

El que tiene un dominio resoluble, como por ejemplo, el que compró con pacto de retroventa, puede reivindicar; pues hasta tanto que el vendedor no haga uso de la facultad que le dió el contrato, el comprador continúa siendo dueño, y, por el contrario, el que tiene una propiedad dependiente de una condición suspensiva, no puede entender la acción, porque no es propietario.

La reivindicación supone que el propietario no tiene la posesión de la cosa (2), desde que la acción se dirige con-

(1) Cód. Civil, art. 652, inc. 2.º.

(2) Según Molitor, puede por excepción el propietario que posee, entablar la reivindicación cuando la deduce contra el que detenta la cosa en su nombre. «Supposed, dico, por ejemplo, que una cosa haya sido depositada ó dada en préstamo; el depositante ó el prestamista tiene dos acciones: la acción *commodati ó depositi* y la reivindicación. Puede suceder que siendo

tra el que la posee y pretenda retenerla (Cód. Civil, 651), pero es preciso para que la demanda prospere, que anteriormente la haya tenido. Se comprende fácilmente que así tenga que ser. En nuestro derecho la propiedad no se adquiere sino por alguno de los cinco modos de adquirir establecidos en el artículo 680 del Código Civil, y en todos ellos la posesión es necesaria (1).

Cuando hablamos de posesión, entendemos por ésta la posesión *animi domini*, que puede existir sin la detención material desde que según el artículo 621 del Código Civil: «*Poseción es la tenencia de una cosa ó el goce de un derecho por nosotros mismos con ánimo de dueño ó POR OTRO EN NOMBRE NUESTRO.*» Bien puede suceder que el propietario no haya detentado materialmente la cosa, como por ejemplo, cuando la ha comprado y el vendedor le ha hecho la tradición ficta de que habla el artículo 742, número 1 del Código Civil, y sin embargo ser el verdadero poseedor. Si la posesión no se transmite no puede adquirirse el dominio, puesto que la tradición es la *transferencia de la posesión*, y sin tradición el título sólo produce efecto personal, derecho á la cosa, *ad rem* (Cód. Civil, 680). Por eso hemos dicho que la reivindicación pertenece al que ha poseído la cosa y ha sido des-

para ellos el depósito ó el préstamo de más difícil prueba que la propiedad, prefieran intentar la reivindicación.» (*De la Reivindicación* núm. 5). En nuestra opinión, la reivindicación no sería procedente en ese caso porque nadie niega el dominio, supuesto que tanto el depositario como el comodatario no tienen sino la mera tenencia y poseen á nombre del depositante ó prestamista. Ahora bien: la ley exige que la acción se dirija contra el poseedor. Molitor funda su opinión en una ley aislada de las Institutas de Justiniano. (L. 12, § 2, D. XLI, 2).

(1) La ocupación, que sólo se refiere á muebles, requiere que la cosa (683 y sigts. y 692 y sigts.) se halle bajo poder del hombre. La acción supone una propiedad anterior á la que se une la cosa que por este hecho se adquiere. La prescripción se funda en la posesión. En cuanto á la sucesión es un modo derivado por el que la posesión pasa de pleno derecho al heredero (Cód. Civil 1014); de modo que hay que indagar si el causante la tenía por haberla adquirido en virtud de alguno de los otros modos. Respecto á la tradición, modo derivado también, la ley es clara. «*La tradición ó entrega es la transferencia que hace una persona á otra de LA POSESIÓN DE UNA COSA, con facultad y ánimo de transferirle el dominio de ella.*» (Cód. Civil, art. 733), que bien puede ser real ó ficta (Cód. Civil, art. 734) teniendo en ambos casos el mismo valor (Cód. Civil, art. 742).

pojado de ella, ó lo que es lo mismo, al propietario despojado, porque si no hubiera tenido la posesión anteriormente no sería en realidad propietario (1).

El reivindicante, si bien tiene que haber sido poseedor, no necesita que tenga el derecho de posesión. Hay más: por regla general, este derecho pertenecerá al demandado, porque si lo tuviera el actor entablaría la acción posesoria en vez de la petitoria. Para reivindicar basta el *derecho de poseer* (Cód. Civil, 443 y 651).

Por excepción, la ley permite reivindicar al que, no siendo propietario, tiene no obstante un título superior al que intenta la cosa. Esta acción, que se llama *publiciana*, la estudiaremos más adelante. El Código Civil trata de ella en el artículo 624 número 6, incluyéndola entre los derechos que da la posesión.

No basta tener la calidad de propietario al trabar el juicio; es menester que el demandante continúe con esta calidad hasta la sentencia definitiva. El propietario bajo condición resolutoria puede, como hemos dicho, deducir la acción; pero si pendiente la instancia se cumple la condición y el derecho del actor es revocado, como se considera que este nunca fué propietario, la demanda caduca, porque al cesar de ser propietario cesa por este hecho de ser demandante. "En este caso, dice Molitor, si el actor ha probado su propiedad, corresponde al reo probar que ha cesado de ser propietario".

(1) Véase CHACÓN, *Estudios sobre el Código Civil Chileno*, t. 2.º, páj. 542 y sigs.

Hay que tener presente que se puede adquirir el dominio sin la posesión de hecho y aun sin el derecho de posesión. Cuando la ley habla de la transferencia de la posesión, no pretende exigir la posesión de hecho ni el derecho de posesión en el tradente; aun cuando sólo tenga éste el derecho de poseer la tradición da el dominio al adquirente. Nos parece que esto es indudable. El tradente era propietario, aun cuando había perdido el derecho de posesión, supuesto que terminantemente la ley establece que *«la propiedad puede subsistir sin la posesión y aún sin el derecho de posesión»* (Cód. Civil, art. 443); lo que se requiere es que tenga el derecho de poseer. Ahora bien: si el enajenante podía reivindicar, también lo podrá su causa-habiente, desde que ha adquirido los derechos tal cual aquél los poseía.

Por eso cuando hablamos de posesión debe entenderse que lo hacemos en el sentido aquí indicado, es decir, ampliamente y no en una sola de sus facetas.

Quando se presenta el caso contrario, es decir que el actor venga á ser propietario después de entablada la demanda, como, por ejemplo, cuando adquiere por sucesión la propiedad de la cosa que reivindica, propiedad que no tenía en el momento de deducir la acción, según el Derecho Romano, era necesario intentar una demanda nueva. ¿Qué debe resolverse de acuerdo con nuestro derecho? El reivindicante, dice la ley, debe presentar la prueba de su propiedad; y de los artículos 284, 285, 289 290 y 331 del Código de Procedimiento Civil se deduce que esta prueba debe ofrecerse en la demanda, ó réplica en su caso, y articular en esos escritos los hechos en que se funde, sin que pueda admitirse probanzas sobre otros que no sean esos; y sobre todo, cuando el derecho tenga prueba preconstituída, únicamente con la demanda pueden presentarse esos documentos fundamentales, so pena de no ser admitidos después, salvo la excepción establecida por el artículo 314 del citado Código.

43.—"La acción reivindicatoria se dirige contra el actual poseedor. El mero tenedor de la cosa que se reivindica sólo es obligado á declarar el nombre y residencia de la persona á cuyo nombre la tiene" (Código Civil, artículos 655 y 656).

Es el poseedor y no el mero tenedor que posee á nombre de éste, el que desconoce el derecho de propiedad y es con él, por consiguiente, con quien se debe discutir el dominio de la cosa. El mero tenedor no pretende derecho alguno en la cosa; goza de ella por un derecho que contrató con el poseedor, que en virtud de esto, hace actos de dueño.

En armonía con estas disposiciones el artículo 1776 del Código Civil dice: "La acción de terceros que pretendan derecho á la cosa arrendada se dirigirá contra el arrendador. El arrendatario será sólo obligado á notificarle la turbación ó molestia que reciba de dichos terceros, por consecuencia

de los derechos que aleguen, y si lo omitiere ó dilatare culpablemente, abonará los daños y perjuicios que de ello se sigan al arrendador." El juicio que se siguiera con el arrendatario no podría causar cosa juzgada respecto al arrendador, dado que no fué parte en él. Pero si el artículo 1736 garantiza al arrendador, no presta seguridad alguna á los reivindicantes. Podría suceder que éstos, ignorando el verdadero poseedor entablaran, su acción contra el mero tenedor, para, al fin de cuentas, conseguir una sentencia que no tendría efectos contra aquél.

La ley, por eso, obliga al mero tenedor, y por consiguiente, al arrendatario también, á que declare el nombre y residencia de la persona á cuyo nombre tiene la cosa (Código Civil, 656). De este modo se concilian todos los intereses.

Si el mero tenedor se da como poseedor, caerá dentro del artículo 658 del Código Civil: "El que dolosamente se da como poseedor de la cosa que se reivindica sin serlo, deberá ser condenado á la indemnización de los daños y perjuicios que de este engaño hayan resultado al actor", lo que no es otra cosa que la aplicación del principio general consagrado por el artículo 1293 del Código Civil. Pothier (1) está de acuerdo en esto: "Si se justificara, dice, que el demandado ha procedido con malicia, para impedir que el demandante venga en conocimiento del verdadero poseedor, con el objeto también de lograr se entable demanda contra él, para que, con este medio, pueda el poseedor terminar el tiempo de la prescripción, en este caso, el demandado debe ser condenado á pagar los daños y perjuicios al demandante, quien, por este fraude, hubiera perdido la propiedad de su finca, por no haber podido interrumpir el tiempo de la prescripción contra el que la poseía." Dedúcese de esto, lo mismo que de nuestro artículo 658, que el juicio seguido

(1) POTHIER. *Del dominio*, núm. 301. Sin embargo, Pothier da á entender, en el núm. 296, que el arrendatario podría seguir el juicio con el reivindicante.

contra el que no es el verdadero poseedor no obliga á éste; sólo da acción al reivindicante para que se le indemnicen los daños y perjuicios sufridos. Esta solución se armoniza con los principios de la cosa juzgada que debe limitar sus efectos á las partes que hayan litigado (Código de Procedimiento, artículo 479), salvo excepción que, en este caso, la ley no consagra.

44.—El que demanda el dominio debe averiguar quién es el que posee la cosa que pretende reivindicar; el mero tenedor no tiene personería para representar al poseedor; su obligación se limita á declarar el nombre y residencia de éste. Si el reivindicante sigue el juicio con el mero tenedor, no podrá oponer la sentencia que obtenga al poseedor que no fué parte en la contienda. Tendrá acción, como hemos dicho, contra el tenedor, siempre que éste se hubiera dado dolosamente como poseedor. Si el tenedor no ha dicho nada ni ha hecho acto alguno para aparentar la posesión, el reivindicante no podrá pedir que se le indemnicen los daños sufridos, porque en ese caso no habría dolo (1); los perjuicios que se le ocasionan son debidos á su propia ligereza, pues era su deber asegurarse el conocimiento de la persona del poseedor, y para ello la ley le da los medios. Dado que tuviera dudas acerca de la cualidad del derecho del poseedor aparente de la cosa, tiene el actor un medio fácil para salir de dudas. Con hacer uso de la facultad que le acuerda el art. 253, 1.º del C. de Proc., podrá hacer declarar á ese poseedor sobre la naturaleza de su posesión y sabrá ciertamente si es poseedor ó mero tenedor. En el primer caso, la acción se dirigirá contra él; en el segundo, se le obligará á declarar

(1) Si el tenedor hubiera conjetado por error, creyéndose demandado por una cosa distinta de la que era objeto de la reivindicación, entonces sería condenado en las costas y los costos (Código Civil, 658, inciso 2.º)

el nombre del poseedor, y contra éste se interpondrá la demanda.

Ahora, cuando una persona contesta la demanda como poseedor, y no lo es, aunque no haya dolo en esto, sino solamente error, si luego se descubre éste, si bien no tiene que abonar los daños y perjuicios, dada la buena fe con que ha seguido el juicio, se le obliga con todo á pagar las costas y los costos; cosa que es de justicia, supuesto que, sea como fuere, esos son gastos que hizo el actor á causa del error del demandado, gastos que no le reportan beneficio alguno, desde que, el juicio seguido, no tiene valor respecto al poseedor, por lo que es de equidad que los soporte el que, á pesar de la buena fe, es el causante de esas erogaciones.

45.—En el Derecho Romano los proculinarios opinaban del mismo modo que nuestra ley, á la inversa de lo que creía Ulpiano, según el cual la acción "está bien presentada contra todos los que se hallan en posesión de una cosa, de cualquier modo y á cualquier título que estén en la misma, ya sea en su nombre ó bien en nombre de otro", doctrina ésta que, seguida por Pothier, (1) fué acogida y prestigiada por los autores franceses. (2) "Las necesidades de la práctica así lo imponen, dice Baudry Lacantinerie: el propietario no puede reclamar su cosa sino al detentador, sin estar obligado á investigar el título de éste; no tiene medio de reconocer si el que ocupa el inmueble posee por su propia cuenta ó por la ajena". (3) No es una razón de princi-

(1) POTHIER, *Del dominio*, número 288; MOLATOR, *obr. cit.*, núm. 5.

(2) BAUDRY LACANTINERIE, *Des biens*, núm. 288; LAURENT, *Princ.*, t. VI, núm. 157; AUBRY ET RAU, *Cours de droit civil français*, t. IV, § 219.

(3) BAUDRY LACANTINERIE, *loc. cit.*, No hay que confundir este caso con el del detentador que se da como poseedor. En el presente, el detentador no aparenta ser poseedor; es el reivindicante el que lo toma por tal, debido á que, según esa doctrina, no le es dado saber quién es el verdadero poseedor. Los efectos son distintos: cuando se da como poseedor, el juicio no obliga al que realmente tiene esa calidad; sólo hace pasible al detentador

pio sobre la que se basan, ésto en una consideración de utilidad. Como lo reconoce el mismo Laurent, (1) "en rigor de principio, la cuestión sobre el dominio de la propiedad de la cosa reivindicada, no puede ser debatida con el arrendatario, porque éste no pretende ser propietario; el proceso no puede, pues, ser válidamente seguido sino con la persona á cuyo nombre el arrendatario detenta el fundo, es decir, por el verdadero poseedor". Pues bien; si los principios exigen esa solución, no puede el intérprete variarla, á pretexto de las necesidades de la práctica ó de consideraciones de equidad. Toda disposición que contrarie los principios de justicia, es de derecho *anormal*, y como tal, sólo el legislador puede crearla; el intérprete no puede, sin texto expreso, imponer restricciones á un principio. (2) Y si dentro de la legislación francesa, la doctrina que analizamos puede sostenerse, como implícitamente contenida en la disposición del artículo 1727 del Código de Napoleón, (3) de acuerdo con nuestra ley no creemos que pueda admitirse. El Código Francés permite que el locatario siga la instancia citando al arrendador en garantía; en cambio, nuestra ley es terminante: el arrendatario sólo está obligado á noticiar al arrendador la turbación que recibe de los terceros que aleguen derechos sobre la cosa arrendada. Los terceros, según nuestra ley, no pueden demandar al arrendatario: "La acción de terceros que pretendan derecho á la cosa arrendada, se dirigirá contra el arrendador" (C. C., 1776; en cambio, el Cód. Francés se pone en el caso de que el locatario sea demandado, lo que prueba que puede dirigirse la acción contra él.

de los daños y perjuicios. En el otro supuesto, el juicio tiene efectos contra el poseedor, á lo menos en la opinión de Pothier y de la doctrina francesa. Conf.: MOLITOR, *Revend.*, número 9. « Cuando el juicio se sigue y se decide sin que el autor sea conocido, la sentencia deberá ejecutarse, porque, según la L. 9, D. VI, 1, la acción puede intentarse contra el detentador, que tiene facultad de restituir, y la restitución deberá hacerse por él ».

(1) LAURENT, *ob. cit.*, t. VI, núm. 157.

(2) Véase PESCATORE, *Logica del Diritto*, pág. 30 y siguientes.

(3) « Si le preneur est cité en justice pour délaisser la totalité ou une partie de la chose, il doit appeler le bailleur en garantie, et il doit être mis hors d'instance s'il l'exige, en nommant le bailleur pour lequel il possède ».

El arrendatario, como todo mero tenedor, no tiene otra obligación que la de declarar el nombre y residencia del poseedor, pero no puede salir al juicio en representación de éste porque no hay ley que le otorgue personería para ello. El reivindicante tiene que dirigir su acción contra el actual poseedor (Cód. Civil 655...) y si así no lo hace, la sentencia que recaiga en el juicio no obligará á aquél.

La jurisprudencia belga ha ido más lejos al establecer que si el demandado niega que posee, sea por él ó por otro, corresponde al actor probar este hecho, porque no se concibe reivindicación contra el que no es poseedor. En este sentido, la posesión es el fundamento de la demanda del propietario que reivindica, le incumbe á él, por tanto, probar el hecho si es contestado. (1).

46.—Consecuencia de la naturaleza real de la reivindicación es la disposición del artículo 657 del Código Civil al establecer que *la acción reivindicatoria no se dirige contra un heredero, sino por la parte que posea en la cosa*. Si como hemos dicho, el poseedor no está unido por ningún vínculo jurídico con el reivindicante, en lo que dice relación con el dominio de la cosa, se comprende que el hecho de cambiar la persona del detentador no tenga influencia sobre el derecho del propietario. Pero por esta misma causa y dado que el poseedor está obligado á dejar la cosa que detenta, se deduce que sólo puede cumplir este deber en la parte que posee, porque respecto á las que no posee, no es él quien obstaculiza el derecho del reivindicante sino los que detentan esas partes. Si por ejemplo, el causante ese que poseía todo el fundo demandado ha dejado dos herederos y éstos lo han dividido por mitades, el derecho del reivindicante no sufre lesión por esto; vencedor, obtendrá todo el fundo; lo único

(1) Sentencia citada por LAURENT, loco citado. Conf. POTHIER, *Des Domaines*, núm. 300.

que sucederá es que en lugar de un solo obligado á la restitución, habrá dos. Cada heredero tendrá que restituir su parte, porque sólo respecto á ella es poseedor y como tal obligado á la entrega. Entre los coherederos se harán efectivas las obligaciones de unos respecto á los otros, por la evicción sufrida, de acuerdo con lo dispuesto por la ley (Cód. Civil 1128). Si la cosa reivindicada pertenecía á un legatario, éste no tiene acción alguna contra los herederos (Arg. Cód. Civil 883).

“Las prestaciones á que estaba obligado el poseedor, por razón de los frutos ó de los deterioros que le eran imputables, pasan á los herederos de éste á prorrata de las cuotas hereditarias”. (Cód. Civil 657). Estas prestaciones son simples obligaciones que se discuten juntamente con la acción real de dominio; es un accesorio de la demanda reivindicatoria. Siendo personales, como son, esas acciones se rigen por el derecho aplicable á las obligaciones. “Esas acciones personales, dice Pothier (1), nacen de alguna obligación contraída por el obligado para con el demandante. Los herederos del obligado, sucediendo á todas sus obligaciones, cada uno por la parte de que es heredero, es una consecuencia lógica que los mismos respondan, por esta parte, de las acciones que nacen de dichas obligaciones”.

La ley no ha hecho aquí otra cosa que aplicar la regla contenida en el artículo 1354. “Cuando en la obligación divisible son varios los acreedores ó deudores por título de sucesión, no pueden exigir la deuda ni están obligados á pagarla, sino por las partes que les corresponden, como representantes del acreedor ó deudor” (2).

(Continuará).

(1) POTHIER, *Des Domaines*, núm. 302.

(2) Conf. art. 1143.

APUNTES DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

(Tomados en la clase que regenta el doctor José Cremonesi)

LOS ESTOICOS — CICERÓN — LOS JURISCONSULTOS ROMANOS

Los filósofos posteriores á Platón y Aristóteles debían combatir los principios fundamentales sostenidos respectivamente por aquellos en sus obras: el absolutismo de estado y la teoría de la esclavitud.—Era necesario destruir estas falsas doctrinas que establecían una separación radical entre los ciudadanos de las repúblicas griegas y los extranjeros; y una distinción entre los hombres,—basada en la misma naturaleza, por la que habían esclavos y libres, nacidos éstos para mandar desde que por su organismo no eran aptos para las tareas pesadas del trabajo, mientras que los esclavos estaban dotados de cualidades por las que sólo eran competentes para estas cargas.

Había que enseñar que el hombre tenía valor independientemente del Estado; que por ser individuo de la especie humana posee cualidades propias con prescindencia del hecho de ser miembro de una sociedad; y que era falsa la teoría de Aristóteles que buscándole un principio filosófico, consideraba á la esclavitud como obra de la naturaleza que ha creado hombres para esta condición, y combatía las teorías corrientes en su época que la fundaban en el derecho del más fuerte ó en la autoridad de las convenciones.

Los sistemas de filosofía griega posteriores tuvieron por objeto combatir aquellos principios. Este trabajo fué comenzado por los cínicos; coadyuvó eficazmente Epicuro ayudado por los académicos; y corresponde el triunfo en esta lucha filosófica á los estoicos, que trajeron las nuevas ideas que sirven de fundamento á la creación del derecho, puesto que

puede asegurarse que el libro que Cicerón presenta como intérprete ó recopilador de los estoicos es el primer tratado de derecho natural que se encuentra en la historia de la filosofía.

Los cínicos no predicaban ningún principio de sociabilidad ó fraternidad; se declaran enemigos de la familia, de la patria y de las leyes, pero tratan de romper los vínculos que en la antigüedad encadenaban el hombre al Estado; y al atacar las distinciones artificiales mantenidas por las leyes, aquellos filósofos esclavos ó mendigos combaten con su palabra y con su ejemplo, las ideas de los filósofos anteriores.

Diógenes decía que era ciudadano del mundo, y que el único gobierno digno de nuestra admiración era el gobierno del Universo. Estas frases resumen la filosofía enérgica que encontraba la virtud en la fuerza para sufrir las privaciones; y que fué una protesta de las clases desheredadas contra la política aristocrática de Platón.

Epicuro contribuye también á destruir los lazos que unen el hombre al Estado, y á preparar una moral más humana.—Su principal mérito está en haber introducido en la ciencia un concepto nuevo: el concepto del contrato, que ha jugado un rol tan importante en la historia de la ciencia política.

Para Epicuro la justicia no existe en sí; el derecho no es otra cosa que un pacto de utilidad, cuyo objeto es que los hombres se comprometan á no ofender para no ser ofendidos á no herir para no ser heridos y á respetar los derechos ajenos para obtener como compensación, el respeto de los derechos propios. La justicia se funda, pues, en la convención, y la convención tiene por objeto la utilidad recíproca.

Los académicos desconocen la existencia del derecho natural; y uno de sus representantes más distinguidos, Carneades, busca demostrar la no existencia del principio de justicia, argumentando con la diversidad de opiniones respecto de lo que es justo é injusto. Una idea que no tiene el con-

sentimiento universal, que no tiene una definición única, que varía de concepto según los pueblos, no puede ser una idea verdadera; el calor y el frío son por todos definido de la misma manera; todos aprecian del mismo modo lo dulce y lo amargo; mientras que tratándose de lo que es justo y de lo que es injusto hay diversidad de criterios, puesto que lo que es delito en algunas regiones, pasa á ser virtud en otras sociedades; y las virtudes según algunos individuos ó tendencias, son delitos en otras comarcas.

Los estoicos presentan una idea nueva: el derecho deriva de la naturaleza humana y relacionado con Dios. — Para ellos la ley natural es la reina de todas las cosas divinas y humanas; el árbitro del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto; la soberana de los animales sociables por naturaleza. El principio de la justicia es Dios ó Júpiter, pues no hay otro principio de la Justicia que Júpiter ó la naturaleza primera ó universal; no debe decirse que la Justicia está sentada á la diestra de Júpiter, sino que es Júpiter mismo. Esta ley, siendo la recta razón, une á todos los hombres, puesto que todos tienen la razón que es una en su principio,

Los estoicos encontraron en Roma un elocuente intérprete, — Cicerón, — que en el capítulo primero de su libro *Las Leyes* presenta claramente la noción del derecho tal como lo entendían aquellos filósofos.

Cicerón afirma que el derecho deriva de la naturaleza humana; que es un producto de la razón; y que hay que buscar el derecho en la misma filosofía. La idea del derecho, ese producto de la razón, no se aprende en los libros, no es algo que nos han enseñado; viene con nosotros. La razón es igual para todos; ese concepto del derecho es el mismo para todos; por eso, la regla de justicia es eterna é inmutable. Debemos hacer una distinción radical entre el derecho y la ley escrita, pues es un grave error, creer que el derecho deriva del edicto del Pretor ó de la ley de las Doce Tablas: por en-

cima de la ley escrita, que debe ser en todos los casos el reflejo del principio, está el principio fundamental del derecho que deriva de la naturaleza humana. Si fuera la ley escrita, la voluntad del Pretor ó del legislador, quien hiciera la distinción entre lo justo y lo injusto, estaría en la voluntad humana establecer los vicios y las virtudes, cuando esa distinción hay que buscarla en principios inmutables, eternos, que están por encima del legislador en principios que da la misma naturaleza y son el resultado de la razón que es común á todos los hombres.

La obra de los estoicos consistió en dignificar la humanidad, en elevar el nivel del hombre, en separar al hombre del ciudadano; y en dar mérito al individuo, sin atender á la nación á que pertenece; sin tener en cuenta la comarca en que ha nacido. Son estos principios fundamentales los que permitieron en Roma el nacimiento del derecho de gentes, que buscaba obtener como resultado práctico hacer desaparecer esa distinción tan fundamental entre el ciudadano y el extranjero; aconsejando, por lo tanto, evitar la guerra, buscar los medios de hacer menos crueles los conflictos armados, inculcar las ideas de generosidad y de confraternidad para con el vencido.

Son estos mismos principios los que vienen á modificar el concepto de la esclavitud, llevando á la consecuencia de que existe una libertad inviolable que ni la ley, ni la fuerza, ni otro accidente pueden destruir. Los estoicos, — entre los que figuraron el emperador Marco Aurelio y el esclavo Epicteto, — se dedicaron á combatir la teoría de Aristóteles sobre la esclavitud, partiendo de la razón humana; haciendo ver que esta razón era común á todos los hombres, y que, fundándose en ella, no era posible demostrar la diferencia específica entre el amo y el esclavo, fundamento de aquella teoría filosófica.

Los libros de los estoicos predicaron, como dice Denis,

citado por Janet, la unidad del género humano, la igualdad de los hombres, la igual dignidad del hombre y la mujer, el respeto á los derechos de los cónyuges y de los hijos, la benevolencia, el amor, la pureza en la familia, la tolerancia y la caridad hacia nuestros semejantes, la humanidad en todas las circunstancias y aún en la terrible necesidad de castigar con la muerte á los criminales.

Estas mismas ideas modifican también las relaciones de esposo y esposa, de padres é hijos. La familia no debe tener el gobierno despótico que establecían los griegos: debe fundarse en el cariño, en el predominio de los sentimientos nobles, en el amor á los hijos, imponiéndose los deberes de educación, de protección y de respeto.

Sin embargo, estos preceptos de los estoicos no tuvieron gran influencia en la organización política de Roma; y el obstáculo mayor que encontraron fué precisamente el gobierno despótico que nació en los últimos días de esa gran nación. Aquella organización demasiado absoluta, consecuencia del establecimiento de los emperadores, impidió indudablemente el triunfo de esos principios fundamentales del derecho natural. No obstante, la conquista se hizo en parte: los grandes jurisconsultos del Imperio llevaban al derecho positivo los axiomas que enseñaban los filósofos; la influencia se ha ejercido, aunque de una manera limitada, obligando á colocar al frente de los códigos romanos principios fundamentales del derecho natural.

Ulpiano decía que había tres principios universales del derecho, que debían respetarse siempre: *vivir honestamente, dar á cada uno lo suyo, y no hacer mal á nadie*. Gaius aseguraba que había que atender siempre al derecho natural, que no podía ser sacrificado por intereses civiles. La buena fe en los contratos, el concepto de que los contratos son pactos de utilidad recíproca, el principio de la equidad, todas esas manifestaciones son también demostración de la in-

fluencia de los estoicos. Otros principios también podrían recordarse: el contrato deriva de la afección recíproca y del deseo de prestar servicio, pues la sociedad reposa sobre un cierto derecho de fraternidad; los hijos no deben pagar la culpa de los padres; es preferible perdonar á cien culpables que castigar á un inocente; la pena debe establecerse para mejorar á los hombres, y otros análogos.

Pero al mismo tiempo que se enseñaban estos principios de derecho natural, tan favorables á la humanidad y á la equidad, se establecían otros que cambiaban el orden político de la antigüedad y permitían el triunfo del poder absoluto en materia de gobierno. — *El buen deseo del príncipe es la ley absoluta del gobierno de los pueblos*, se decía. Pero llama la atención que al establecerse este principio, que importa proclamar la tiranía más absoluta, se pretendió justificarlo con ideas de libertad. El poder absoluto de los reyes no es, para los jurisconsultos del Imperio, ni la consecuencia de la fuerza, ni el resultado de una teoría divina que todavía no había aparecido; sino el resultado de una delegación voluntaria hecha por el ciudadano en favor del príncipe: el ciudadano se ha despojado de todos sus derechos y le ha dado esas facultades tan amplias. De manera que concluyen por establecer el gobierno más tiránico, aunque levantándolo sobre una base de libertad.

Como se ve, la filosofía de los jurisconsultos del Imperio no ha hecho otra cosa que cambiar dos términos que se encuentran también en la filosofía griega. La filosofía griega establecía la libertad política, pero al mismo tiempo establecía la esclavitud civil; los romanos del Imperio establecen la servidumbre en materia de política acompañada de la igualdad entre todos los hombres.

Estos conceptos resultan claros si se recuerda lo que hemos dicho anteriormente. Lo importante en la República griega era el ciudadano, es decir, el individuo que podía des-

empeñar funciones públicas, que tomaba parte en la resolución de los juicios; y era precisamente ese carácter de ciudadano el único que daba valor al hombre en la República griega, pues le concedía intervención en materia de soberanía. Aristóteles aseguraba que el gobierno de todos era la mejor forma de gobierno; pero al mismo tiempo establecían tanto Aristóteles como Platón la completa sumisión del ciudadano al Estado en todo lo que importase á las relaciones civiles: debe intervenir el Estado en el matrimonio y en la formación de los caracteres según Platón;—debe regular los detalles más íntimos de la vida de familia.

En Grecia, pues, existía la libertad política desde que se dignificaba al ciudadano y se le daba intervención en la cosa pública; pero al mismo tiempo el Estado le esclavizaba en sus relaciones civiles.

Los jurisconsultos del Imperio, recogiendo la tendencia estoica, pretendieron borrar la distinción entre los hombres libres y los esclavos, y fundar la igualdad entre todos los individuos; y creando el derecho de gentes trataron de hacer desaparecer las fronteras de Roma que establecían una separación completa entre los que habían nacido dentro y los que habían nacido fuera de ellas; pero en cuanto á la libertad política, se llegaba á suprimirla por completo al establecer que el capricho del príncipe era la ley.

La afirmación de Yhering en su "Espíritu del derecho romano" de que la distinción entre la moral y el derecho constituye la gloria del derecho en Roma, puede calificarse de inexacta, ó más bien de exagerada; desde que si bien los jurisconsultos tienen en cuenta algunas diferencias entre las reglas éticas y las reglas jurídicas, llegan con mucha frecuencia á confundirlas en su esencia teórica y no establecen nunca un criterio completo y riguroso del derecho, fundado en un principio teórico seguro, que permita en la vida práctica determinar con precisión sus respectivos límites.

APUNTES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

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

(Continuación)

Savigny parte de la base de que hay distintas nacionalidades con legislaciones propias y diversas, condición á la cual está sujeta la existencia de Derecho Internacional privado y tienen en cuenta los conflictos que esa diversidad de leyes produce tratando de la aplicación armónica de esas leyes y de impedir los conflictos que en algunos casos puedan producirse, determinando en cada caso, la ley aplicable para su solución con arreglo á principios jurídicos. Estudiada la naturaleza del acto, determina la ley aplicable; sin entrar á averiguar si las leyes en conflicto tienen principios diversos ú obedecen á reglas análogas.

Se ha criticado á Savigny que á pesar de declararse partidario de una doctrina diversa de la hostilidad, la reciprocidad y la cortesía, admite en el fondo esas doctrinas, pues se vale de expresiones que emplean los sostenedores de esas doctrinas. La crítica es infundada. Según Alcorta (1) al referirse al principio de la Soberanía dice: "Cuanto más numerosas y activas son las relaciones entre los diferentes pueblos, tanto más se debe convencer que es menester renunciar á este principio de exclusión, para adoptar el principio contrario".

El propio Laurent, que se hace cargo de la inconsecuencia

(1) Op. cit., pág. 94.

de Savigny, se encarga de destruir su argumentación: "él no considera, dice, la cortesía como una concesión arbitraria y variable, según la política; es más bien un desenvolvimiento del Derecho Internacional; y si es así, Savigny no comete sino un error, el de servirse de una expresión que significa todo lo contrario de lo que ha querido decir..." (1).

Como se ve, la crítica le ha sido hecha tomando su doctrina en detalle y teniendo en cuenta las expresiones de que se sirve y no las ideas que sostiene, pues por más que hable de cortesía entre las naciones y del alcance de la Soberanía, que puede ser absoluta, trata de demostrar que debe desecharse el principio de la soberanía é independencia en la forma que otros lo presentan y que la aplicación de la ley extranjera no es cortesía, sino la aplicación de los principios del derecho en su progresivo desenvolvimiento.

Se ha tratado de quitar á Savigny el mérito de haber encontrado el verdadero fundamento del Derecho Internacional Privado, diciendo que la idea de la comunidad de derecho no es nueva, sino que pertenece al cosmopolitismo de Zenón y de Platón (2); pero éstos le dieron un carácter filosófico, pues las ideas expuestas en el sentido de una sociedad de todos los hombres recién se han conseguido en la época moderna haciéndose carne en las leyes esa igualdad entre los hombres en la máxima generalmente adoptada de la igualdad ante la ley.

I.—CRITERIOS DE SOLUCIÓN.—Las doctrinas estudiadas se presentan como fundamento de la ciencia del Derecho Internacional Privado; nos sirven para explicar su existencia y la aplicación de leyes extranjeras que solucionen los conflictos que se producen sin sacrificar los intereses de los particulares, cuyos derechos pone en peligro la aplicación exclusiva de la ley patria, en todos los casos. Pero, la única que da

(1) Alcora, op. cit., pág. 97.

(2) Alcora, op. cit., pág. 92.

un criterio de solución, que indica cuál es la ley aplicable en cada caso, es la Nacionalidad, pues la teoría de la hostilidad recíproca, que también determina la ley aplicable, no puede recordarse á este respecto desde que importa la negación de la existencia del Derecho Internacional Privado.

Admitido ya que puede aplicarse la ley extranjera sin menoscabo de la Soberanía de un país, los autores presentan diversos criterios para determinar en qué casos se aplica la ley extranjera y cuál debe ser esa ley.

2.—APLICACIÓN DE LA LEY DEL TRIBUNAL QUE JUZGA.—Según Zachariæ, "toda relación de derecho debe juzgarse según la ley del país á que pertenece el Juez llamado á pronunciarse sobre ella" (1). El Juez debe aplicar siempre su propia ley, y, producido un conflicto, aun cuando sea de Derecho Internacional Privado, debe resolverlo aplicando su ley patria. Es indiferente el lugar y el tiempo en que se formó esa relación, así como la calidad de las personas y los intereses que ella afecta; basta conocer la ley del Tribunal que juzga y aplicarla en cualquier caso.

Esta doctrina está fundada en la hostilidad recíproca; si es cierto que todo país tiene derecho á regir por sus leyes las personas, los actos y las cosas que se encuentran ó se producen dentro de su territorio, es claro que los Jueces sólo deben tener en cuenta su derecho interno y aplicarlo siempre; es la consecuencia de la hostilidad recíproca, pero la aplicación pura y simple de la ley propia evita toda cuestión de Derecho Internacional, ó mejor dicho, lo anula, y más bien que como criterio de solución, la doctrina parece destinada á negar la existencia del Derecho Internacional Privado. Si no se respeta la existencia de un vínculo jurídico nacido fuera del país, si no se tienen en cuenta las leyes á cuyo amparo se formó, desaparece el Derecho Internacional y se tiende á establecer el aislamiento entre los Estados.

(1) Alcora, op. cit., pág. 156.

A esta doctrina se hacen las mismas objeciones que destruyen la *hostilidad reciproca*. Sus partidarios se han dado cuenta de su injusticia y han recurrido á establecer excepciones que en vez de mejorar la doctrina la empeoran utilizando. Las excepciones son las siguientes: No rige la ley del Tribunal que juzga: 1.º Cuando las partes disponen en el contrato que se aplique una ley extranjera para resolver las dificultades que se susciten en el cumplimiento del contrato.

2.º Cuando los Estados cuyas leyes estén en conflicto hayan resuelto por tratado la aplicación de una ley determinada.

3.º Cuando el conflicto esté resuelto expresamente por una ley positiva. (1) fundados en este caso en el principio *locus regit actum* que es principio universal de derecho.

Esto es anular la doctrina y renunciar á ella para sustituirla por la regla *locus regit actum*.

La única ventaja que presenta y que ha servido para sostenerla es la facilidad con que resuelve los conflictos, estableciendo con claridad para todos los casos la ley que los soluciona. Pero, aun esa sencillez es sólo aparente, porque la doctrina no determina la jurisdicción, y no sabiéndose cuál es el tribunal competente, no puede saberse cuál es la ley aplicable. Independientemente de que no determina la jurisdicción competente, la doctrina es inaceptable por la injusticia y arbitrariedad de sus fundamentos.

3.º—*LEY DEL DOMICILIO*.—Esta doctrina ha sido defendida por Göschel, Thibaut y Mittermaier. "Toda relación de derecho, en caso de duda, debe ser juzgada por el derecho local del domicilio de la persona á que se refiere la relación, salvo cuando se pudiera establecer una excepción especial".

Ciertas relaciones jurídicas se refieren estrechamente al domicilio de las personas y deben regirse por la ley de ese

lugar. Partiendo de este hecho innegable, se ha creído que podía extenderse la ley del domicilio á otro orden de relaciones jurídicas, teniendo en cuenta las facilidades que presentaría la doctrina desde que puede determinarse en cada caso cuál es el domicilio de una persona y de este modo señalar la ley que debe resolver el conflicto pendiente.

La doctrina del domicilio es general, amplia para todos los casos; sin embargo, deja á salvo ciertos casos de excepción, que quedan indeterminados. Considerada con este carácter limitado, aun se presta á crítica, y como regla general es inaceptable. No se ha justificado su fundamento, no se dicho por qué debe aplicarse la ley del domicilio; el hecho de que determinadas relaciones de derecho se refieren al domicilio no explica ni justifica que esa ley pueda generalizarse para resolver todos los conflictos; la capacidad de las personas, por ejemplo, por la relación estrecha y directa que tiene con su domicilio, es justo que se juzgue por la ley del domicilio; pero hay multitud de relaciones jurídicas que no se vinculan al domicilio, y, en esos casos, la doctrina no justifica, ni podría justificar, la aplicación de la ley del domicilio; por ejemplo: los contratos celebrados en un país extranjero entre extranjeros y cuyo objeto se encontrara en otro país distinto, no tienen relación ninguna con la ley del domicilio de los contratantes. En estas circunstancias habria que exponer las razones en virtud de las cuales se aplicaria la ley del domicilio, lo que no han hecho los autores que han presentado y que sostienen la doctrina que nos ocupa.

Las facilidades en la aplicación son sólo aparentes; en la práctica la doctrina presenta dificultades que no tienen solución. Supóngase, por ejemplo, una relación jurídica que se refiera á varias personas domiciliadas en distintos países; no se sabría cuál es el derecho local aplicable, pues habria la misma razón para aplicar cualquiera ley que perteneciera al

(1) Alcorta, op. cit., pág. 187.

domicilio de cualquiera de los contratantes, y habría dos ó más leyes distintas igualmente aplicables al caso, según la doctrina. Además, puede suceder que un mismo individuo tenga dos domicilios, y si en algunos casos la relación jurídica puede referirse de preferencia á uno de ellos, cuya ley se aplicaría, en otros no sucedería lo mismo y el conflicto no tendría solución. Presentado el caso de una persona que no tuviera domicilio, la doctrina no podría aplicarse; se pretende que en el caso se salvaría la dificultad aplicando la ley de la residencia, cuyo lugar constituye domicilio respecto de los individuos que no lo tienen; pero, obsérvese que domicilio y residencia no es la misma cosa y que las razones que pueden hacer aplicable la ley del domicilio no militan respecto de la residencia. La solución se funda, pues, en razones distintas de las que hacen aplicable la ley del domicilio.

La doctrina se formula para los casos de duda. Habría que saber qué se entiende por casos de duda, los cuales no han sido establecidos por la doctrina. En general, pueden serlo todos los del Derecho Internacional Privado, pues en todos ellos se trata de averiguar la jurisdicción competente y la ley aplicable á cada caso; si ésta fuera la mente de sus fundadores, la doctrina no se habría expuesto para los casos de duda, sino que sería general para todos los casos. Estos casos de duda hacen suponer que la doctrina es el complemento de otra que resuelva la generalidad de los casos, la cual no ha sido establecida. En estas condiciones encontrar los casos de duda es tarea de realización imposible. Todas las doctrinas pretenden resolver la generalidad de las dificultades que presenta el Derecho Internacional Privado; no se formula una doctrina á cuya regla escapen la generalidad de las cuestiones que pueden presentarse. Si se cree que los casos de duda comprenden todos los del Derecho Internacional Privado, la doctrina es inaceptable, pues no hay razón

bastante para generalizar la aplicación de la ley del domicilio que en algunos casos resuelve justamente las dificultades. Si se supone que los casos de duda son casos de excepción, habría que empezar por establecer estos casos y, ante todo, deberíamos estudiar la doctrina que resolviera la generalidad de los casos y á la cual ésta serviría de complemento para los casos de duda; sin embargo, esa doctrina no se ha hecho conocer por los sostenedores de la ley del domicilio.

La doctrina que se expone debe ser desechada. Para muchas cuestiones la ley del domicilio es aplicable porque sirve para poner de manifiesto el lugar en que un acto jurídico se vincula á una legislación determinada. Dentro de otras doctrinas, la territorial, por ejemplo, para saber cuál es la ley aplicable, se recurre al domicilio como un signo que manifiesta el lugar donde se localiza una relación jurídica; el domicilio, pues, tiene un carácter secundario y de ahí á entender esa ley á otras relaciones jurídicas que no se refieren al domicilio, no puede llegarse razonablemente.

4. SISTEMA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS. — Se ha establecido como regla de solución la siguiente: toda relación jurídica debe ser resuelta por la ley ó derecho local que mantenga los derechos legítimamente adquiridos. Este sistema pertenece según Alcorta á los juristas alemanes y ha sido expuesto por Wächter. Tiene como fundamento las semejanzas que presentan algunas cuestiones de derecho internacional privado con la retroactividad de las leyes. Pero estas semejanzas están muy lejos de constituir identidad, y la doctrina falla por su base; desde luego se observa que la retroactividad se refiere al alcance y efecto de las leyes con relación al tiempo, mientras que el Derecho Internacional Privado se refiere al alcance de las leyes con relación al espacio.

Los principios que pueden ser ciertos en materia de re-

troactividad pueden no serlo en Derecho Internacional Privado, porque las cuestiones que abarca esta ciencia son distintas, aunque con ciertos puntos de semejanza, de las que comprende la retroactividad.

Además la doctrina presenta la dificultad que ya existe en materia de retroactividad de las leyes, la dificultad de saber qué son, en qué consisten, los derechos adquiridos y cuándo deben ser considerados como tales, cuestión ardua en derecho civil y cuya dificultad aumentaría en el derecho internacional-privado.

Por otra parte, la doctrina importa una petición de principios (Souville et Arthuys. Droit Inten. Privé, p. 30).

Para saber si un derecho es *legítimamente adquirido* hay que relacionarlo con una legislación determinada; para esa cuestión no puede considerarse el derecho en sí mismo; hay que referirlo a una ley, y ¿cuál será esa ley? La doctrina no lo dice. Habría, pues, que estudiar la relación jurídica para saber cuál es la ley que le conviene, y es esa precisamente toda la cuestión del derecho internacional privado, pues en todas ellas se trata de averiguar cuál es la ley más en armonía con una relación jurídica determinada. Si hay, pues, una doctrina que establezca la ley aplicable, la de los *derechos adquiridos* no tiene razón de ser, y como se ha visto, la doctrina por sí sola no resuelve los conflictos de derecho internacional privado.

La solución de los conflictos se complica en el caso de intervenir en la relación jurídica distintas personas con domicilios diversos ó estando situados los bienes objeto de la relación en un país diverso de aquel en que se inicia el juicio. Hay distintas leyes con arreglo á las cuales habrá que determinar los derechos adquiridos, y la solución resulta imposible, pues lo que es derecho adquirido según una ley, no lo será según otra legislación.

Pueden presentarse conflictos en los cuales no se trate de

ir contra ningún *derecho adquirido*, que no haya cuestión sobre ningún derecho determinado que deba respetarse. Para estos casos la doctrina resultaría inaplicable, lo que la hace incompleta, pues un buen número de cuestiones de derecho internacional privado se encuentran en este caso.

5. DOCTRINA DE WAECHTER (1).—La doctrina que acaba de exponerse ha sido llamada equivocadamente de Waechter.

La doctrina de este juriconsulto consiste en lo siguiente: "El Juez debe ajustar su fallo á la voluntad emitida expresamente por el legislador, del cual él es el intérprete". "Si el legislador ha querido que todos los litigios relativos á los bienes inmuebles sean juzgados conforme á la *lex rei sitae*, esta ley será la única aplicable. Pero si ha silenciado la ley aplicable, es necesario averiguar el espíritu según el cual se han concebido sus prescripciones, esto es si ha querido evidentemente dar la preferencia á la ley local ó á la legislación extranjera. Por último, si el espíritu de la ley no presenta ningún indicio sobre la manera de resolver la dificultad, el Juez estará obligado á aplicar la ley del Estado en nombre del cual administra justicia, la *lex fori*". (2)

La doctrina presenta semejanzas con la que aplica la ley del tribunal que juzga y renuncia á los principios científicos para sólo tener en cuenta la voluntad del legislador.

"Esta doctrina es igualmente inadmisibles porque tiende á consagrar el principio de la territorialidad del derecho. Algunos autores alemanes niegan á los tribunales la facultad de aplicar una ley distinta de la del país en el cual funcionan (3).

(1) Waechter según Asser y Rivier p. 13, Weiss p. 506 y Surville—Arthuys p. 31; Waechter para Aleorta y Comonaco (Diritto Civile Internazionale, p. 31) y Waechter por Asser Rivier p. 282.

(2) Weiss, Droit International Privé, p. 506. Surville—Arthuys, Droit International Privé, p. 30.

(3) Surville—Arthuys, C. c.

“Obligar al Juez á fallar según las leyes de su propio país, como lo hace Waechter, es negar al extranjero el beneficio de su legislación nacional y volver á la territorialidad más absoluta y opresiva. Acontece á menudo que diversos Tribunales son igualmente competentes, á elección del actor, para conocer en el pleito; el derecho aplicable á cada asunto podría, pues, depender de la voluntad arbitraria de una sola de las partes” (1).

6. CRITERIO FUNDADO EN LA VOLUNTAD DE LAS PARTES. —

Se ha creído que debía buscarse en la voluntad de las partes la ley que debe resolver los conflictos de derecho internacional privado: debe aplicarse la ley que las partes han aceptado ó la que se presume aceptada por ellas; teniendo en cuenta la ley que las partes hayan tenido en vista ó aquella á la cual han tenido intención de referirse” (2).

En el derecho convencional hay casos en que las partes pueden determinar la forma de solución de los conflictos que provengan de los vínculos jurídicos que contraigan ó bien pueden establecer que dicho conflicto deba juzgarse con arreglo á una ley determinada. Pero ni aun en el derecho convencional existe á este respecto libertad completa. Se dice que la voluntad de las partes es la ley suprema de los contratos; pero esto no es del todo exacto: todas las legislaciones reglan y limitan por leyes imperativas y prohibitivas la voluntad de las partes y esas disposiciones no se pueden derogar.

Fuera del derecho convencional la doctrina es inaplicable. “Esta proposición que no tiene nada que no sea completamente exacto en tanto se la aplica á las convenciones, es errónea desde que se pretenda hacer de ella una teoría absoluta. Es evidente, en efecto, que las leyes que reglan el estado y capacidad de las personas, las que son relati-

vas á la organización de la familia, á la constitución política y económica de la propiedad, y con mayor razón, las leyes de policía y de seguridad, no podrían depender de la elección de las partes” (1).

Esta doctrina, pues, no puede aplicarse con la latitud con que ha sido formulada y mucho menos en lo que no se refiera al derecho convencional; la aplicación absoluta de la doctrina vendría á quitar toda base estable á las legislaciones y á poner en peligro intereses que el derecho privado tiende á salvaguardar por medio de disposiciones de carácter obligatorio.

El sistema tiene el defecto ya anotado al hablar de la doctrina del *domicilio* de extender á toda clase de relaciones jurídicas un principio que es exactísimo respecto de algunas de ellas. En el derecho convencional, en la generalidad de los casos las partes pueden efectivamente determinar la forma de zanjar las dificultades que nazcan del cumplimiento de un contrato y hasta pueden llegar á hacer la ley, en cuanto sus estipulaciones deben respetarse como la ley misma; pero de esto no se desprende que ese criterio pueda generalizarse á todos los casos, lo que importaría anular la legislación de cada país.

Hay multitud de disposiciones que contemplan principios de orden público y de interés general que es forzoso respetar, so pena de atentar contra la existencia de la sociedad. Esta doctrina con el alcance que se pretende darle trae por resultado el desconocimiento de esos principios y con ello, desconoce también la existencia de la sociedad. Ningún país consentiría lá aplicación de la teoría dentro de su territorio dejando á las personas en libertad completa para determinar la forma de solución de las relaciones jurídicas en que intervienen. Por estas consideraciones no puede admitirse como un criterio de solución de las cuestiones de

(1) Weiss, op. cit., p. 511.

(2) Véase Sarville - Arthuys, op. cit., p. 30.

(1) Sarville-Arthuys, op. cit., p. 30.

derecho internacional privado, pues sólo es verdadera la doctrina respecto de un corto número de relaciones jurídicas, quedando fuera de su alcance la inmensa mayoría de los conflictos de leyes internacionales.

7. **CRITERIO SENTENTIAE RECEPTAE.**—Este criterio da una gran importancia á la práctica y sus sostenedores han creído formar un sistema de derecho internacional privado reuniendo los principios que se encuentran más comunmente aceptados en las decisiones de los Tribunales. Sus partidarios admiten la jurisprudencia de los Tribunales sin entrar á averiguar los fundamentos de las decisiones que aplican un principio; basta que un principio sea aplicado en diversos casos para formar el sistema.

El fundamento del sistema se encuentra en la escuela histórica, donde se considera que el elemento consuetudinario, manifestado en las decisiones de los Tribunales, ha venido á constituir el derecho actual.

La doctrina no ha tenido aceptación. Se comprende que un Juez para resolver un conflicto en un caso especial pueda tener en cuenta las decisiones de los Tribunales ó que los abogados hagan valer en sus defensas resoluciones judiciales anteriores, pero no se explica que haya un criterio de resolución de las cuestiones de derecho internacional privado que recoja las decisiones de los Tribunales sin establecer ni analizar sus fundamentos.

Un sistema así formado tiene que adolecer de falta de armonía en sus distintas soluciones. Los Tribunales, aún los de un mismo país, no adaptan sus soluciones á un criterio único, y puede haber dos ó más decisiones iguales fundadas en otras tantas consideraciones diversas. Y esto que sucede en el derecho privado toma mayores proporciones en derecho internacional privado, donde todas las cuestiones se prestan á discusión y á distintas opiniones, habiendo muchas doctrinas que resuelven más ó menos acertadamente esos conflictos.

Esta doctrina tendría en realidad que admitir todos los criterios expuestos para resolver los conflictos de derecho internacional; concederá pues que no será una doctrina nueva sino que admitirá todas las existentes sin decidirse por ninguna, bastando que existan diversos fallos conformes dictados por los Jueces y Tribunales sobre cuestiones privadas de carácter internacional.

8. **DOCTRINA DE SCHAEPFNER.** (1) Este autor alemán propuso su sistema, el cual, presentado bajo una apariencia científica lo ha hecho discutir y estudiar por internacionalistas de valía. "Después de haber demostrado en una obra titulada *Développement du droit international privé* los vicios y contradicciones de la vieja doctrina estatutaria declarándola impotente para asegurar una solución racional á los conflictos de las leyes, Schaeffner expone una teoría nueva sobre la materia, como Waechter, reconoce que el Juez debe desde luego averiguar si las leyes y las costumbres del Estado que representa no contienen alguna regla relativa al conflicto en litigio: si esa regla existe no puede hacer otra cosa que aplicarla. Si no existiera, el Juez deberá apreciar toda relación jurídica, no como en el sistema de Waechter según la ley del país donde se sigue el juicio, según la *lex fori*, sino, según la ley del lugar del nacimiento de esa relación jurídica. Y, aplicando esta forma á las diferentes relaciones que pueden existir, sea entre las personas, sea entre las personas y las cosas, enseña, que de una manera general, el estado y la capacidad de las personas se rige por la ley de su domicilio de origen, porque es allí donde ha nacido y donde adquiere la capacidad.

"Respecto de los bienes hace una distinción: si se trata del conjunto del patrimonio, considerado *ut universitas*, por ejemplo, en materia de sucesiones, se aplica aún la ley del do-

(1) Schäffner según Alcoria y Lomonaco, p. 31. Schaeffner según Weiss, p. 506; y Schaeffner según Asser, p. 31 y 290.

micilio, porque es el domicilio el lugar del asiento legal de la persona y por ser allí donde ha adquirido la aptitud de poseer bienes en general; si se trata, al contrario, de los diferentes bienes considerados *ut singuli*, de tal mueble, del inmueble tal, las relaciones jurídicas á las cuales pueden servir de objeto, nacen en el lugar donde están situados, pues es allí donde la persona adquiere sus derechos sobre ellos y es, pues, la ley de ese lugar la que conviene aplicarles." (1). Tal es la doctrina como la expone Weiss y según Fiore (Der Int. Priv., I, p. 79).

Alcorta (2) la enseña con algunas modificaciones. Así respecto del estado y capacidad de las personas, dice Weiss, (p. 507) que se rigen por la ley del domicilio de origen, mientras que Alcorta (p. 197) la hace regir por "las leyes de aquel lugar en que tienen su residencia estable, ó, lo que es lo mismo, su domicilio." Agrega Weiss que debe ser la ley del domicilio de origen "porque es allí donde ha nacido la persona y donde adquiere la capacidad (*devient capable*)".

Difiere Alcorta nuevamente de la exposición de Weiss en lo referente á la ley que debe regir los bienes considerados *ut singuli*. Dice Weiss que dentro de la doctrina de Schaeffner, los bienes tanto muebles como inmuebles, se rigen por la ley del lugar de su situación, mientras que Alcorta hace en ese caso una distinción, admitiendo la ley de la situación sólo para los inmuebles, mientras que los muebles se rigen por la ley de la persona que es según él la del domicilio la de su residencia estable (p. 197).

Por último, según Alcorta, Schaeffner distingue respecto de los actos jurídicos la ley que rige su forma y la que rige su contenido. De esta nueva división nada dice Weiss. "La forma de un acto debe ser juzgada según las leyes del lugar en donde ha acaecido, con excepción de aquellas en que por

(1) Weiss, op. cit., p. 507.

(2) Op. cit., p. 196 á 199, Tomo I.

circunstancias especiales, se imponen ciertas formas de una manera absoluta, ó en que no pueden aplicarse en determinado lugar." (1) Respecto de la materia de los actos, sólo es posible señalar los elementos que influyen, y de su estudio resultará la ley aplicable en cada caso. "Es preciso, en primer término, atender á la capacidad jurídica de la persona en general, y á la capacidad para un acto particular; luego á las leyes del lugar en el que se trata de ejecutar un acto. Después es necesario considerar las leyes bajo las cuales está el objeto á que el acto hace referencia" (p. 197).

La doctrina expuesta está lejos de resolver con acierto las cuestiones de derecho internacional privado pero atendida la época de su aparición (1841) representa un "progreso inmenso" sobre la doctrina estatutaria "que ha indicado la ruta de las reformas á seguirse". — "No es ya por una corte sía vaga y arbitraria, sino por la concepción de un derecho común y superior á todas las naciones, que se justifica la aplicación de una ley fuera de las fronteras del país para el cual ha sido dictada" (2).

Savigny observa que la regla es arbitraria. Se parte de la base de la importancia del lugar del nacimiento de una relación, sin que se diga por qué ese lugar tiene esa gran importancia. Para ser admitido el sistema, sería necesario demostrar que efectivamente el lugar del nacimiento de una relación jurídica tiene una importancia tal que es capaz de determinar la ley que debe regir á esa relación. Agrega Savigny que las facilidades que presenta la regla son más aparentes que reales, pues en muchos casos, para determinar ese lugar hay que hacer "un estudio profundo de la naturaleza individual de cada relación de derecho, lo que no hace más que dificultar la solución". (3) En este mismo sentido se expresa Weiss: "Por otra parte es siempre posible determinar con

(1) Alcorta, op. cit., p. 197.

(2) Weiss, op. cit., p. 511.

(3) Alcorta, op. cit., p. 196.

certeza el lugar donde una relación de derecho ha nacido? Toda relación puede tener y debe tener términos "de los cuales puede ser que cada uno tenga un asiento diferente. ¿Será al sujeto ó al objeto de la relación que habrá que referirse? M. Schaeffner no lo dice" (1).

(Continuará).

BIBLIOGRAFÍA

PAISAJES PARISIENSES — CRÓNICAS DEL BULEVAR, por Manuel Ugarte. — Garnier Hnos. editores. — París — 1903.

El delicado *chroniqueur*, Manuel Ugarte, acaba de publicar dos volúmenes. Nos los ha enviado. Agradecemos.

"Paisajes parisienses" se titula el que primero hemos leído. El prólogo es de Miguel de Unamuno, estudioso de los poetas que hay en España, y el epílogo de François de Nión, un cronista de pluma elegante y suelta, cuyas producciones hemos saboreado en las diversas publicaciones del Río de la Plata.

Unamuno, aunque de cerebro abierto al estilo nuevo y á las ideas modernas, ve algo que no es de su terruño; á eso se debe que no golpee sus palmas con el entusiasmo que entendemos debieran producirle, los paisajes, tratados tan admirablemente por Ugarte. Exige el prologuista que el paisaje sea alegre ó que, por lo menos, muestre distintas tonalidades; la melancolía le enferma: sale á respirar á plenos pulmones después de leer ese trozo de la vida de París.

Luego nos dice que la alegría del Barrio Latino no logra convencerle. Nadie lo ha pretendido. Goce en buena hora en la contemplación de su Universidad de Salamanca el señor Unamuno. Si él no gusta del cascabeleo alegre, ni de la bu

(1) Weiss, op. cit., p. 511.

llangueria parisienses, á nosotros nos sucede todo lo contrario. Desde que hemos leído á Murguer y saboreado á Gómez Carrillo, aseguramos ingenuamente que todo eso nos entusiasma.

Termina el prólogo diciendo que le parece obra eficaz en el respecto lingüístico y que no caben en punto á lenguaje vinos nuevos en odres viejos. Y así es, encierra el libro de Ugarte conceptos nuevos en forma nueva. Al prólogo sigue una especie de disculpa y aclaración que el autor hace á las palabras del Rector de Salamanca. Nos parece innecesario.

"La Garçonnrière", primer paisaje del libro, es fácil y espontáneo, tiene perfumes de Oriente y alegrías de Francia. Hay tanta verdad como arte.

Le sigue "El Builler", que seduce por la finísima factura y los tonos perfectos.

"Una página", que hemos leído dos veces, la sentimos tan falsa, como la vemos cincelada.

Siguen á estos varios paisajes, que pasaremos por alto, en la galería de Ugarte, no por creerlos enjutos, faltos de color ó de vida; pues, por el contrario, mantienen siempre el interés en el lector y conservan la misma perfección de estilo que hicimos notar en los anteriores. Nos detendremos en *Graveloche*. El Barrio Latino es el medio en que viven, en que se mueven las gentes de Graveloche: aprendices del arte, llenos de ideales, que tienen la vida y esperan la gloria. Hombrés que fuman en pipas y mujeres que aspiran los eróticos perfumes de los tabacos rubios de Turquía y beben ajeno, ese ajeno que embriaga y hace decir cosas magníficas con gracia infinita. Encantos suaves como el alma de Francia. Ese es el ambiente en que se desarrolla *Graveloche*, que ni es un cuento largo ni una novela corta; parece un boceto en el que se destacan pinceladas de gran maestro. Al terminarlo no sabemos qué atracción nos ha llevado á devorar de inmediato su "*Marcela*". Aquí falta la originalidad que resalta

en Graveloche y no se advierte al estilista de "La Garçonnière". Como sutil observador en el primero, lo aplaudimos sinceramente; y vimos con el último un estilo breve y fácil semejante al que cultivaba un artista de gracia y talento que se llamó Armando Silvestre. Terminamos los "Paisajes parisienses", después de experimentar los diversos estados en que el cerebro enseña lo que tiene de sublime y el corazón de sentimental.

El epílogo ha sido publicado por "La Prensa" de Buenos Aires, no ha mucho tiempo, y como las opiniones en él vertidas coinciden con las nuestras, huelga comentarlo.

El otro volumen, "Crónicas de Bulevar", va precedido de un prólogo de Ruben Dario. El autor de las *Rosas Profanas*, al comenzar, da una lección de cortesía al señor Unamuno, respecto á las opiniones vertidas por éste en una carta que le dirigió últimamente.

Aplaude el prologuista, las relevantes condiciones del autor como periodista y ve en él, gran poder cerebral para el estudio y la producción.

Treinta crónicas interesantes, en las que se manifiesta filósofo, sociólogo, político y crítico de arte forman ese libro.

Ugarte, que es un preferido de la fortuna trabaja con entusiasmo por el triunfo de las ideas nuevas. Debiera servir de modelo á la Juventud Americana, que salvo pocas excepciones vive entregada á la más profunda bonhomía en lo que respecta á cuestiones sociales, cosa que hoy mantiene preocupados los espíritus superiores de la vieja Europa.

Esperamos que la semilla que ha exparcido el autor en las Crónicas de Bulevar germinará muy pronto.

Esos son los deseos del autor, como los nuestros, como los de todo hombre bueno. - H. B.

DE LO MÁS HONDO, por Emilio Frugoni, con un prólogo de José Enrique Rodó.—1902.

Después de dar á publicidad "Bajo tu ventana", Emilio Frugoni, nos había alimentado á pequeñas dosis—á versos sueltos,—que sobresalían en nuestras revistas hebdomadarias.

Hoy ha coleccionado muchas estrofas ya impresas, y varios versos inéditos, formando un libro, cuyo título responde al contenido: "De lo más hondo".

La versificación de Frugoni, ya espontánea, ya trabajada, ostenta un sello de originalidad, suficientemente distintivo á otros bardos nacionales.

Bien dice el prologuista señor Rodó que en su alma hay ráfagas de Italia.

La lírica española agonizante, vivirá tan sólo como un recuerdo de sus autores, mientras que aquellos que siguen á Guerrini ó á Carducci van hacia un triunfo de fama imperecedera. Frugoni es de los últimos.

Es sentimental, no sensiblero, y alegre sin estruendosidades. Nosotros, sin otra autoridad que un afecto sincero hacia sus producciones, preferimos dos páginas, tituladas *A Colombina*. Versos modernos, de suprema elegancia, llenos de giros osados y nuevos, versos de Francia escritos en lengua de Iberia.

La Súplica, *Los paréntesis* y *Mi tortura*, sin alcanzar la delicadeza de *A Colombina*, muestran un versificador de más empeño, un poeta de labor constante, y á la vez proficua.

Sería largo dar una reseña de un libro en el que todo es bello.

Gracias al poeta por el envío.—H. B.

PROYECTO DE UN CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL REFORMADO.—Concordado y anotado por el doctor **Damián Vivas Cerantes.**—1902.

Hemos recibido el segundo tomo del Proyecto de Procedimiento Penal, cuyo autor es el doctor **Damián Vivas Cerantes**, ventajosamente conocido en nuestro foro.

El *Proyecto* del doctor **Vivas Cerantes** es un trabajo muy meritorio: el autor ha hecho en su libro caudal enorme de las nuevas doctrinas en materia de procedimiento penal, formando así un cuerpo de leyes, que está á la altura de los mejores códigos modernos. Está además abundantemente anotado y concordado, de modo que constituye también un trabajo importantísimo del punto de vista doctrinario.

Es muy digno de encomio y debe ser aplaudidos por todos los que se interesan en el progreso intelectual de nuestro país, un trabajo como que el que nos ocupa, pues es de imprescindible necesidad la reforma de nuestro actual Código de Instrucción Criminal.

Además de su oportunidad, el libro del doctor **Vivas Cerantes** es de evidente utilidad para los estudiantes de derecho, desde que puede servir en mucho para facilitar el estudio del procedimiento penal.

Comprende este segundo tomo los veintidós últimos títulos del proyecto. Trae además un anexo en el cual se hace una reseña de la evolución de las libertades inglesas ante el procedimiento penal, los principios consagrados en materia de penas por la Constitución de los Estados Unidos de la América del Norte, historiando, por último, las reglas de procedimiento penal consagradas por la Constitución francesa de 1793.

En fin, termina el tomo con dos cartas del señor **Manuel E. Ballesteros**, muy conocido entre nosotros por sus obras de Procedimiento. Dichas cartas son altamente honrosas para nuestro compatriota.