

La Revista Nueva

PUBLICACIÓN MENSUAL

AÑO I

MONTEVIDEO, DICIEMBRE 20 DE 1902

Núm. 7

CURSO DE DERECHO CIVIL

POR EL DOCTOR

DUVIMOSO TERRA

(Continuación)

De las obligaciones en general

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL CONTRATO

SUMARIO:—División de la materia en la formación de los contratos.—Teoría admitida en Derecho Romano.—Condiciones *esenciales, naturales y accidentales*.—Crítica.—Teoría de Pothier y Meurion.—*Cosas esenciales, naturales y accidentales*.—Crítica.—Teoría de Maynz.—Sus ventajas.—Código Civil Oriental.—Primer elemento.—*Consentimiento de partes*.—Comentario.—*Determinación del Código Francés*.—Crítica.—Inconsecuencias del Código Civil Oriental.—¿Cuándo debe considerarse que existe el consentimiento obligatorio?—Basta que la propuesta sea aceptada ó es también necesario el conocimiento de la aceptación?—Opinión de Merlin, Toullier, Troplong y Maynz, y en contra Marcadé, Pigazzi y otros.—Teoría media formulada por Aubry y Rau.—Código Civil Oriental.—Observaciones.—Cuestión que se suscita cuando la propuesta se hace á varios.—Opinión del doctor Segovia.—Laurent.—Imposibilidad de una determinación *á priori*.—Manera de hacer constar el consentimiento.—Diferencia según se trate de contratos consensuales ó solemnes.—Circunstancias que impiden el consentimiento.—Del error, la violencia y el dolo.—Crítica al Código Civil Oriental en cuanto considera estas circunstancias como *simples vicios del consentimiento*.—Inconsecuencias á que conduce.—El contrato existiría aunque le faltara ese elemento á pesar de considerársele *esencial*.—Cuando se ha contratado por error, si no se reclama dentro de un término dado la deuda, de dónde surge el consentimiento perfecto?—Del error.—Distinción entre el error y la ignorancia.—Error de hecho y de derecho.—Cuestión: ¿Es admisible el error de derecho?—Oscuridad del D. R. en esta parte.—Interpretaciones de Doveri, Savigny y Van Wetter.—Códigos Francés, Italiano y Oriental.—Solución conciliatoria aconsejada por algunos tratadistas.—Falsedad del principio que le sirve de base.—Error de hecho.—Casos en que es admisible.—Comentarios.—Determinación del alcance jurídico en la palabra *sustancia*.—Opinión de Marcadé.—Ampliación de la determinación hecha por el Código Oriental.—Error acerca de la persona.—Circunstancia característica que lo distingue de los demás casos.

I

Antigua es la división que se establece al estudiar el contrato en su formación. Ya en Derecho Romano se indica que en esta materia hay que atender á tres categorías de condiciones. *Condiciones esenciales, naturales y accidentales.*

Pero por poco que se examine esta división, se ve que ella carece de exactitud científica, pues si á la palabra *condición* le damos su significado propio, esto es, si ella importa la *circunstancia necesaria para que tal hecho se realice ó produzca tales efectos*, tendremos que todas las enumeradas en las tres categorías debieran considerarse como elementos constitutivos del contrato, cuando la verdad es, que sólo las de la primera tienen ese carácter.

Mourlon que sigue en esta parte á Pothier, apercibiéndose sin duda del inconveniente que hay en la aplicación general de ese término, le sustituye por el de *cosa*; así dice, que tres son las cosas á que debe atenderse en el contrato. *Cosas esenciales, naturales y accidentales*, dividiéndose la primera categoría en cosas esenciales á todos los contratos sin cuya concurrencia en su formación, el contrato es nulo ó anulable, tal como el consentimiento de las partes contratantes, y cosas esenciales á ciertos contratos, como, por ejemplo, en el contrato de compraventa que el precio consista en dinero. Si así no sucede, el contrato no se vuelve nulo ó anulable, pero cambia de naturaleza. Dejará de ser compraventa para ser *permuta*.

Por *cosas naturales* entiende aquellas que la ley presume tomadas en cuenta en el acuerdo de voluntades. Así la obligación de sanear la cosa vendida, es natural al contrato de compraventa, existe aun cuando no se estipule, y si de ella se exime al vendedor, no por eso el contrato deja de ser válido, pero ni siquiera cambia de naturaleza.

Cosas accidentales, según Mourlón, son aquellas cuya exis-

tencia sólo puede tener lugar en virtud de cláusula especial del contrato. El *no saneamiento*, por ejemplo.

Pero, aun teniendo en cuenta las exigencias del estudio analítico, no vemos la utilidad de esta división de la materia al considerar tan sólo en general el contrato, para lo cual bastanos tener en cuenta los elementos constitutivos de todo contrato, dejando el examen de las particularidades de cada uno de ellos para cuando se les estudie separadamente. Por lo demás, si impropio nos parece el término *condición* empleado en Derecho Romano, aplicándose á veces á lo que es una consecuencia ó efecto del contrato ya formado, no lo es menos el término *cosa* de que se valen los escritores citados, pues, por ejemplo, tan mal le viene el nombre de *cosa* al *consentimiento* que importa una manifestación de voluntad, un fenómeno psicológico, como el de *condición* á la obligación de sanear la cosa vendida, que es un *efecto* del contrato de compraventa.

Por eso otros escritores, como Maynz, de cuya opinión somos en este caso, al tratar del contrato en su formación se ocupan tan sólo de los elementos que le constituyen.

El Código Oriental los divide en cuatro que son:

- 1.º Consentimiento de partes.
- 2.º Capacidad legal de la parte que se obliga.
- 3.º Un objeto lícito y suficientemente determinado que sirva de materia de la obligación.
- 4.º Que sea lícita la causa inmediata de la obligación (artículo 1222),

Estudemos con la necesaria separación estos cuatro elementos constitutivos del contrato.

II

DEL CONSENTIMIENTO DE PARTES

El Código de Napoleón al fijar esta condición esencial del contrato, la formula de esta manera: *Consentimiento de la parte*

que se obliga. Esto ha dado lugar á que algunos comentaristas le critiquen, observando que por una parte si por consentimiento aquel Código quiso significar la conformidad de una persona á una prestación cualquiera, la proscripción es deficiente, pues para la validez de los contratos no basta que uno de los contratantes manifieste su deseo de obligarse, es necesario también que la otra parte admita que esa obligación se contraiga. Así, aun en los contratos unilaterales como la donación, no basta que el donante, la parte que se obliga, manifieste su intención de donar; es necesario que el donatario acepte la liberalidad para que el contrato se forme.

Si por el contrario, por consentimiento se ha querido significar el concurso de dos ó más voluntades, entonces hay redundancia en esa prescripción á la vez que impropiedad en los términos, puesto que el hecho de consentir una parte supone necesariamente la manifestación primera de una voluntad con la cual viene á acordarse la del que consiente.

La exactitud de estas observaciones nos parece incuestionable; el consentimiento es un hecho complejo que supone el acuerdo de dos ó más voluntades sobre un objeto cualquiera, y en consecuencia, pudiérase determinar esa condición del contrato sólo con la expresión del término—*Consentimiento*.—Pero entonces ocurriría la observación ¿el consentimiento de quiénes es necesario?

De ahí que en el Código Oriental, teniéndose en cuenta la crítica hecha al Código Francés, establece con precisión—*El consentimiento de partes*.

Sin embargo, parece que el codificador oriental incurriera á veces en inconsecuencias á estos principios que admitió al determinar las condiciones para que el consentimiento exista.

En efecto: el artículo 1236 establece que *no habrá consentimiento obligatorio sin que la propuesta de una parte haya sido aceptada por la otra*.

Pero, según lo que hemos visto, en ese caso no habría consentimiento en ninguna forma; ni obligatorio, ni no obligatorio. En ese caso habría tan sólo *propuesta*, vale decir, uno de los elementos generadores del consentimiento que sólo existiría cuando la propuesta fuera aceptada, cuando existiera concurso de dos ó más voluntades.

Hay más: no basta que la *propuesta sea aceptada* para que exista el *consentimiento obligatorio* de que nos habla el Código; pues según la teoría por éste mismo seguida (art. 1239), faltaría el *conocimiento de la aceptación*: sólo después de realizarse este hecho el proponente queda obligado.

III

Sobre la dilucidación de este punto, esto es, cuándo es que se considera existir el consentimiento obligatorio, hay gran discusión entre los expositores de derecho.

Cuando se trata de personas que se hallan en el mismo lugar en el momento de la formación del contrato, no hay dificultad ninguna, pues la propuesta va seguida de la contestación aceptándola, modificándola ó rechazándola, teniendo de ella, sea cual fuere, inmediato conocimiento el proponente.

La cuestión se suscita cuando la propuesta se hace á la distancia por medio de correspondencia epistolar ó telegráfica ó por medio de mensajero, cuestión ésta que si bien la facilidad de comunicación rápida y segura le ha quitado la importancia que en otros tiempos tenía, sin embargo, á pesar de eso, no deja de tenerla todavía.

Ella puede formularse así: El consentimiento ¿se hace obligatorio desde el momento que la propuesta es aceptada ó se hace también necesario que el proponente tenga conocimiento de la aceptación?

Opinan algunos que para que exista el consentimiento

obligatorio es necesario que la aceptación sea conocida del proponente. Entre otros podemos citar á Merlin, Toullier, Troplong, Maynz.

Otros, por el contrario, afirman que desde el momento en que la propuesta es aceptada hay concurso de voluntades y por consiguiente consentimiento obligatorio. De esta opinión son Pigozzi, Marcadé y otros que no citamos para no dar á este estudio demasiada extensión.

Los principales argumentos en que fundan la primera solución son los siguientes:

El contrato es el acuerdo de dos ó más personas para dar, hacer, ó no hacer alguna cosa — *Duorum vel plurium in idem placitum consensus*.

Pero ese *consensus* no existe mientras una de las partes ignora la voluntad de la otra, ninguna voluntad puede considerarse jurídicamente existente mientras no se ha manifestado, luego sólo cuando las dos voluntades se hayan recíprocamente manifestado tomando, por así decirse, posesión la una de la otra, podrá considerarse que existe el efectivo acuerdo — *in idem placitum*. (1).

Tratándose de la formación del contrato entre presentes, en general, se está conforme en que la simple propuesta no produce efectos jurídicos mientras las palabras de la persona á quien la propuesta se hace, palabras que importan la aceptación, no vengán á herir el oído del proponente.

Pues bien, tratándose de ausentes, la carta en que se manifiesta la aceptación, desempeña el mismo rol que la palabra hablada; es tan sólo cuestión de tiempo. Mientras esa carta no llegue á conocimiento del proponente, la propuesta no produce efectos jurídicos, continuando tan sólo en su calidad de *propositum in mente retentum* (2).

En los contratos consensuales es necesario que el propo-

nente tenga noticia de la aceptación, porque ambas partes y no una sola, deben tener conocimiento que el consentimiento existe, puesto que una de ellas sólo puede considerarse obligada cuando sepa que la otra también lo está. El proponente en consecuencia no puede considerarse obligado por el hecho sólo de la oferta, que no tiene otra significación que la de una *pollicitatio* y si tan solamente cuando sepa que su propuesta fué aceptada. (1)

A estos argumentos responden los sostenedores de la teoría opuesta:

Para que el consentimiento exista jurídicamente, es necesario que la voluntad de los contratantes *manifestada* de una manera precisa, se halle en perfecto acuerdo: esto es, que la propuesta sea aceptada sin modificación, pues si la persona á quien la propuesta se hace la acepta con modificaciones, esa aceptación surtirá los efectos de una nueva propuesta.

Luego, si una propuesta se hace y es aceptada, manifestándose claramente la aceptación simple, por este hecho se produce el concurso de voluntades, porque en el tiempo que medió entre la propuesta y la aceptación, se presume lógicamente que el proponente persistió en su ánimo de mantener la propuesta. (2)

Es cierto, dice Marcadé que un consentimiento *retentum in mente*, una voluntad que no es conocida, es en derecho como no existente; pero no es menos cierto que la voluntad no es *in mente retenta* desde el momento en que ella se manifiesta, aun cuando esa manifestación no haya llegado al conocimiento del proponente.

Si fuera necesario esperar que el proponente conociera la voluntad del aceptante, sería necesario exigir también para ser consecuente, que este aceptante supiera á su vez que su

(1) Merlin—Repertoire—vide Vente § 1 art. 3.—Toullier—Droit-civil—lib. 111 núm. 29.

(2) Troplong—Vente núm. 22.

(1) Maynz—Elem. de Droit-Romain t. 2 § 284.

(2) Pigozzi—Della perfezione dei contratti per corrispondenza—pág. 39.

voluntad había llegado al conocimiento del proponente antes que éste hubiese revocado la suya; porque hasta entonces, el aceptante podría decir, siguiendo el mismo principio, que él no sabía si el contrato estaba ó no formado y que nadie puede encontrarse ligado por un contrato que ignora.

¿Cuándo cesaría, pues, la necesidad para cada parte, de conocer el pensamiento actual de la otra? ¿cómo evitar el círculo vicioso? (1)

En cuanto á nosotros, la teoría seguida por el Código Civil Oriental exigiendo el conocimiento de la aceptación como condición necesaria para hacer obligatorio el consentimiento, es la más aceptable.

Es cierto, como dice Pochintesta, que cuando, por ejemplo, un individuo ofrece en venta una finca por tal precio á otro que acepta comprarla en esas condiciones, en ese momento hay acuerdo de voluntades, pero acuerdo en sentido filosófico tan sólo y no jurídico, puesto que para que éste existiera sería necesario que el aceptante no pudiera por sí solo hacer desaparecer ese acuerdo, y en el caso propuesto lo puede, *retirando su voluntad ya manifestada*.

Es un principio general de derecho, de aplicación constante y universal, que los contratos válidamente celebrados, sólo pueden rescindirse sino mediante el acuerdo de las personas que lo celebraron.

Ahora bien: si desde el momento en que la aceptación se manifiesta, el consentimiento es obligatorio, esto es, el contrato queda perfecto, se tendría que admitir contra ese principio que la validez, ó más bien, la subsistencia del contrato, dependería de la voluntad de una de las partes.

En efecto: el aceptante manifiesta su voluntad; la hace constar en una carta dirigida al proponente. El contrato está perfecto según los escritores citados. Pues bien: apenas

escrita la carta, el aceptante cambia de resolución y la rompe ó persiste por algún tiempo más en la aceptación, manda la carta al correo, pero más tarde, usando del derecho que le acuerdan nuestros reglamentos postales, la retira, está ya en camino, pero pocos momentos antes de llegar á poder del destinatario, impide que éste la reciba mediante un despacho telegráfico. En todos estos casos, pues, la validez del contrato quedaría á merced de una de las partes contratantes: — el aceptante, lo que es insostenible.

Por lo demás, no nos parece de difícil refutación el argumento que hace Marcadé al decir que exigir el conocimiento de la aceptación es hacer imposible la formación de *contratos* entre ausentes, pues el aceptante siguiendo el mismo principio tendría derecho de exigir el conocimiento de que la aceptación había llegado á tiempo, esto es, cuando aún el proponente persistía en su propuesta, que sería caer en un círculo vicioso.

Desde luego, no puede equipararse la situación del que hace una propuesta á la del que la acepta incondicionalmente. En el ánimo del primero no podía existir más que la esperanza más ó menos fundada de que el contrato se celebrara por la aceptación, esperanza que sólo se cambia en realidad cuando de la aceptación se tiene conocimiento.

En el segundo, que acepta incondicionalmente la propuesta, hay más que una esperanza de la realización del contrato puesto que parte ya de un hecho cierto y conocido—la propuesta—esto es, la manifestación de su voluntad de celebrar el contrato.

Por otra parte, cuando se exige que la aceptación sea conocida del proponente no es tan sólo porque este hecho sea absolutamente indispensable para que el curso de voluntades se verifique. Ya lo hemos dicho: en sentido filosófico existiría desde que la propuesta es aceptada. Esa exigencia, se funda principalmente, en la necesidad jurídica de dar al proponente

(1) Marcadé.—*Exp. Cr. Civ.*—t. 3, p. 4 pág. 286.

una prueba de la aceptación, y de esa manera impedir que ésta sea retirada siempre que el aceptante lo quiera, lo que nos llevaría á concluir que la existencia del contrato quedaría librada á su capricho.

No obstante lo dicho, creemos que la teoría del Código Oriental que en general sostenemos, sería más verdadera y en consecuencia, haría menos sostenibles los argumentos con los que se la combate, si se la hiciera la modificación que pasamos á indicar.

Dice ese código: "El contrato ajustado por mensajero ó por correspondencia epistolar ó telegráfica, se perfecciona en el lugar y en el acto en que la respuesta del que aceptó el negocio llega al proponente. Hasta ese momento, está en libertad el proponente de retractar su propuesta, salvo el caso en que se haya comprometido á esperar, etc. etc. - Art. 1239".

¿Es esto justo? ¿es siquiera serio que el que propuso la venta, por ejemplo, de cosa determinada á determinada persona, pueda momentos después desistir de su oferta sin previo aviso, cuando la persona á quien se hizo la propuesta tal vez dejó de realizar otros negocios por aceptar el proponente?—¿No es esto dificultar la contratación entre ausentes, dándole un marcado carácter de inseguridad y haciendo por lo mismo que el aceptante corra un peligro en el propio hecho de la aceptación?

Se explica esa prescripción en la legislación de otros tiempos en que dada la dificultad de la comunicación obligar al proponente á que esperase la contestación, sería causarle graves perjuicios. pero hoy que la comunicación puede tener la rapidez del pensamiento; hoy que el vapor y la electricidad hacen desaparecer las distancias, bien pudiera obligarse al proponente que mantuviera la propuesta hasta el momento necesario para recibir contestación de la persona á quien iba dirigida.

Ampliando así esta teoría, la contraria no podría apoyarse

en argumentos que siquiera visos de verdad tuvieran. Ya no podría fundarse (el único serio que tiene) en la incertidumbre que puede hallarse el aceptante hasta el momento de saber que su aceptación ha llegado á tiempo.

Entonces hecha la aceptación sabría el aceptante que el contrato existía, salvo el caso de muerte ó incapacidad del proponente,—ocurridos antes del conocimiento de la aceptación.

Escritores notables como Aubry y Rau ya se hacían cargo de la observación al establecer que cuando la propuesta es aceptada y el proponente la retracta responde de los daños y perjuicios causados al aceptante (1).

Pero esa condenación, á nuestro juicio carecía de causa, si se empieza por establecer que el proponente queda en completa libertad de retractar la propuesta mientras no conoce la aceptación.

Indiquemos para terminar este párrafo una cuestión, ya que el Código Oriental no la resuelve de una manera expresa y ya que á nuestro juicio es de importancia.

Se trata de propuesta hecha por varios á varios. —Es aceptada por algunos, los proponentes tienen conocimiento de la aceptación ¿existe contrato entre éstos y los que han aceptado la propuesta?

El doctor Segovia en sus comentarios al Código Civil Argentino cree que por punto general en ese caso no habría consentimiento obligatorio.

Nosotros opinamos de la misma manera. Creemos también con Laurent que la solución de este caso debiera dejarse al prudente arbitrio del juez, ya que sería susceptible de resolverse en un sentido ú otro según las circunstancias especiales con que se presentara.

De la propuesta pudiera resultar que la realización del

(1) Aubry y Rau. — Droit Civil — t. 4.º, §§ 343.

contrato fuera posible á pesar de la aceptación separada de algunos, ó por el contrario, que iba implícita, dada la naturaleza del negocio, la condición de ser por todos aceptado.

En el primer caso, podría resolverse, que existiría contrato aun cuando parcial la aceptación; en el segundo, no, pues que faltaría el consentimiento; la propuesta sería modificada en cuanto al número de los aceptantes.

Por lo demás que dice respecto á la manera de manifestar el consentimiento, por lo mismo que los contratos consensuales forman la regla general, el consentimiento es obligatorio sea cual fuere la manera en que se manifiestan las voluntades que lo forman, ya por escrito, de palabra y aún tácitamente, salvo los casos de excepción, esto es, cuando se trate de contratos solemnes, en cuyos casos mientras no se verifiquen los requisitos formales que la ley prescribe, el consentimiento no será obligatorio aun cuando pudiera justificarse su existencia por los medios generales de prueba y aún por la confesión misma (art. 1225).

IV

Ahora bien: averiguado en qué consiste ese primer elemento constitutivo del contrato, réstanos indicar qué circunstancias pueden desvirtuarle en sus efectos ó más bien impedir su manifestación.

V

Por lo que hemos dicho queda ya sabido que no puede existir el consentimiento válido tratándose de personas que se hallan imposibilitadas de manifestar libre y razonablemente su voluntad, ya se deba esto á circunstancias más ó menos permanentes, como la minoría de edad y la demencia, bien sea por circunstancias accidentales ocurridas en el tiempo de la manifestación de la voluntad, como el *error*, la *violencia* y el *dolo*.

Por la generalidad de los escritores, se dice, y en la mayor parte de los códigos se establece, que estos tres hechos *vician el consentimiento*

El Código Oriental también establece en el artículo 1230 que el consentimiento no es válido cuando ha sido dado por error, arrancado por violencia, ó sorprendido por fraude; y aun cuando parece á primera vista que el legislador oriental quiso dar á esas circunstancias efecto más trascendental que el de viciar tan sólo el consentimiento, pues pudiera decirse que si en tales circunstancias éste no es válido, es jurídicamente no existente, sin embargo, se ve al concordar ese artículo con otros del código que esa interpretación sería infundada.

En efecto: según este Código, la nulidad relativa *vicia* tan sólo el contrato; producen nulidad relativa la violencia, el error ó el dolo, nulidad que desaparece quedando en consecuencia inatacable el contrato si de ella no se reclama en un lapso de tiempo no mayor de cuatro años—artículos 1536 y 1542.

Por consiguiente, el Código Oriental sigue en esto la teoría generalmente admitida: el consentimiento prestado en las circunstancias indicadas se halla viciado, tan sólo produce efectos jurídicos pudiendo desaparecer ese vicio aun sin acto alguno positivo de la parte perjudicada; basta para ello el transcurso del tiempo por término más ó menos largo.

Ahora bien: ¿tal teoría es verdadera, es exacta?

Estamos lejos de creerlo. El error, como el dolo, como la violencia, hacen imposible el consentimiento por lo mismo que dada cualquiera de esas circunstancias, la manifestación libre y espontánea de la voluntad no puede tener lugar.

Así, si una persona compra un cuadro creyendo que es de un pintor notable y es de un artista vulgar— caso de error—si á ello fué inducido por las *maquimaciones insidiosas* del vendedor,—caso de dolo;—si firma un vale porque

para ello se le amenaza con peligro de muerte — caso de violencia — no puede decirse que en esos actos medió el consentimiento de esa persona, desde que en los dos primeros, su voluntad manifestada era la de adquirir tal obra de arte especial y no otra, y en el segundo su voluntad no era más que aparente.

¿Se dirá acaso que el hecho de no pedir la declaración de nulidad del contrato viciado, en el término que la ley señala, hace presumir que el que consintió por error, dolo ó violencia, también habría consentido sin esas circunstancias? (1)

Pero entonces, esto importaría condenar la propia teoría que se admite, pues la existencia del contrato no tendría su origen en lo que se llama impropriamente consentimiento vicioso, sino en el consentimiento tácito. Así, el que firmó el título de una obligación no contraída, y en cuatro años no reclama, hallándose en condiciones de hacerlo, manifiesta por el hecho su voluntad de contraerla.

Propiamente hablando, pues, donde media error, violencia ó dolo, el consentimiento es imposible.

Después de estas consideraciones generales, examinemos en concreto cada uno de estos hechos que á tan importantes cuestiones dan lugar.

El error es la falsa idea ó noción que de una cosa tenemos y se distingue de la ignorancia en que ésta importa la carencia absoluta de esa idea ó noción. Por lo mismo, aun cuando en derecho, por punto general, se les dé á ambos términos igual importancia, siempre conviene tener presente la distinción.

El error puede ser de derecho ó de hecho. Se incurre en error de derecho, cuando, por ejemplo, se renuncia á un cré-

(1) Arntz—Droit Civil, tomo 3, página 8.

dito ó se reconoce una obligación en virtud de una falsa creencia de la prescripción legal. Se comete error de hecho, cuando la falsa creencia que tenemos es relativa á las circunstancias materiales del objeto del contrato.

¿Producen iguales efectos ambas especies de error?

He ahí una pregunta sobre cuya contestación se discute desde los primeros tiempos del derecho, y que, sin embargo, aun no se ha llegado á conclusiones, ni con mucho, uniformes.

El Derecho Romano, es oscuro en esta parte; se encuentran en él varios textos al respecto que por lo contradictorios han dado margen á diversas interpretaciones.

Según algunos intérpretes, debía admitirse el error de hecho como causa de nulidad de todo acto ó contrato, bien fueran éstos perjudiciales ó provechosos para el que había errado. Por el contrario, el error de derecho sólo era admisible cuando el que lo había cometido se sintiera por él perjudicado. (1)

En opinión de otros, el error vicia ó no el contrato, según que el que lo sufrió, sea ó no inculpable, nada importa que el error sea de hecho ó de derecho. Según otros, el sólo error admisible es el llamado *justus ó probabilis error, justa ignorantia*. Así el error de hecho no viciaría los actos jurídicos, cuando la ignorancia del que lo invocaba fuera inexcusable.

Por el contrario, el error de derecho era excusable, tratándose de ciertas personas, como los impúberes, los militares, las personas rústicas y las mujeres.

En cuanto á la prueba, ésta incumbía al que alegaba el error, ó á la persona contra quien se alegaba, según fuera error de hecho ó de derecho. En el primer caso la negligencia del que había errado no se presumía, debía ser probada; por el contrario, en el segundo, esa negligencia era

(1) Deverci—Int. de Diritto Romano.

presumida y no podía ser destruida salvo casos extraordinarios. (1)

Finalmente, Van Wetter según Pochintosta que lo cita, expone una teoría más radical y sencilla, la cual consiste en lo siguiente: siempre que el error excluya el consentimiento, recaiga sobre el hecho ó el derecho, sea ó no inculpable, debe admitirse, pero incumbe á quien lo alega, probarlo, no debiéndose en ningún caso presumirse.

El Código Napoleón no distingue entre uno y otro error; el Italiano admite el de derecho pero sólo en el caso que sirva de causa única ó principal; el Código Oriental en ningún caso admite ese error

Y bien: al establecer esa prescripción, ¿ha rendido culto nuestro legislador á los principios absolutos de justicia?

Acaso ¿no se ajusta más á ellos el legislador italiano, al admitir el error de derecho, como causa de nulidad del contrato, bien que restringiendo al caso único en que sea la causa principal de él?

Es esta, en verdad, una cuestión de solución difícil.

Desde luego si se la examina á la luz de los principios absolutos de justicia, en el terreno de la ciencia absoluta, la solución que se la diera sería la contraria á la que el Código Oriental admite, pues sea cual fuere la clase de error que medie, es indudable que el consentimiento no se ha manifestado en las condiciones que para su validez se exige.

Sin embargo, sin creer incurrir en inconsecuencia, opinamos también que el error de derecho no debe en ningún caso admitirse.

Las leyes humanas deben indudablemente tener por base los principios del derecho natural, esto es, la justicia tal como pueden comprenderla nuestras limitadas facultades, pero también deben tener en cuenta los principios de utilidad, *conve-*

(1) Savigny—Sistema del Derecho Romano, tomo 3.^o.

niencias sociales. Es una exigencia de la vida en sociedad, cuyos conflictos están llamadas á dirimir las leyes que el hombre forma.

Ahora bien: si se admite el error de derecho se abriría ancha puerta, para que esas leyes cuyo cumplimiento es necesario, fueran violadas por todo aquel que quisiera proceder de mala fe.

Esa prescripción, pues, tiene por fundamento la exigencia de una necesidad social.

Por otra parte, tratándose de esta clase de error, no cabe el *justus vel probabilis error, justa ignorantia* del Derecho Romano, nunca puede ser excusable ese error, pues desde luego para que una ley sea obligatoria es necesario que se llenen todas las formalidades consideradas como las más eficaces á fin de llevar su conocimiento á todos los que deben cumplirla y aun á pesar de esto, si la ignorancia fuera posible, por tratarse de personas alejadas del centro científico, de otros cuya profesión ó estado por ocupar su actividad en otras esferas, siempre tienen el medio seguro y expedito de no errar, buscando el consejo de aquellos que hacen su profesión, precisamente de indicar y defender el derecho de cada uno con arreglo á la ley.

En Inglaterra, ese pueblo por excelencia práctico, los errores de derecho son poco frecuentes porque nadie celebra un contrato sin la previa asesoría del abogado.

Algunos escritores han ideado una conciliación entre estas teorías opuestas. Dicen: cuando se trata de una ley facultativa el error de derecho debe admitirse puesto que está comprometido el simple interés particular, pero no tratándose de leyes prohibitivas ó imperativas, pues entonces está de por medio el interés general y el orden público que exigen invariablemente su cumplimiento.

A nuestro juicio esta teoría media no resuelve la cuestión, y para convencerse de lo cual basta tener presente que se parte de una premisa falsa.

No es cierto que haya casos en que en el cumplimiento de una ley esté sólo comprometido el interés particular. Siempre es de público interés que las leyes se cumplan, nada importa que éstas sean facultativas ó prohibitivas.

Como hemos visto, la aplicación de error del derecho, tendría lugar si se admitiera en lo relativo á los contratos. Una persona se obliga en virtud de un contrato á una prestación cualquiera: se le exige su cumplimiento y se exceptuana con el error de derecho.

Sería, pues, esto, un medio de evitar el cumplimiento de las obligaciones legalmente contraídas.

Y bien: sería absurdo sostener que en el cumplimiento de los contratos; ó de las obligaciones que de ellos surgen sólo está comprometido el interés particular; que la eficacia ó no eficacia de los contratos sólo interesa á los que los celebran, pues el buen sentido indica que el orden público está interesado en que los contratos se cumplan.

VI

El error de hecho anula el contrato siempre que recaiga sobre su naturaleza; sobre la cosa que le sirve de objeto, sobre la *sustancia ó calidad* esencial de éste, y en algunos casos sobre la persona con quien se contrata.

Hay error sobre la naturaleza del contrato cuando uno de los contratantes cree celebrar un arrendamiento, por ejemplo, y el otro una compraventa. En tal caso claro está que no puede haber contrato, pues los contratantes no se han entendido; sus voluntades no se han puesto de acuerdo sobre un mismo hecho; no ha habido *consensus in idem placitum*.

De la misma manera y por idénticas razones procede la nulidad, cuando el error recae sobre el objeto del contrato; por ejemplo: si un individuo cree comprar tal cosa y el vendedor cree tal otra.

No sucedería así si el error recayese tan sólo sobre el simple motivo del contrato; si un individuo compra un caballo por creer muerto el que tenía. En este caso el contrato es válido porque la ley para nada tiene en cuenta el móvil ó motivo que impulsa á una persona á contratar.

El error acerca de la sustancia ó calidad esencial del objeto sobre que versa el contrato, también produce su nulidad.

¿Pero qué entiende la ley por sustancia ó calidad esencial de una cosa?

Sustancia en sentido filosófico sería la cosa misma en todo lo que tiene de más interno; el elemento fundamental, inaccesible á los sentidos que entraña la calidad y modos de la cosa.

Pero no debe ser este el sentido en que la ha tomado el legislador, que como tal considera las cosas bajo el punto de vista de su utilidad.

Conviene pues adquirir una idea clara de lo que sean cualidades principales ó esenciales, y cualidades accesorias ó accidentales, ya que el error respecto á los primeros, produce la nulidad del contrato, pero no así tratándose de las segundas. (1)

Según Marcadé (2) se debe entender por calidad sustancial aquella que, no siendo susceptible de más ni menos, hace pasar el objeto de una especie á otra, sea que dicha calidad exista ó no. Así un individuo cree comprar un cuadro de Rafael, una medalla antigua, y el objeto que compra no es más que una imitación. En estos y semejantes casos,

(1) El Cód. en el último inciso del artículo 1245 establece que el error acerca de una cualidad no esencial del objeto del contrato produce su nulidad, cuando esa cualidad sea el principal motivo de una de las partes para contratar y siempre que esto sea conocido de la otra parte. Pero en este caso el error anularía el contrato ó porque la voluntad manifestada de la parte había hecho de esa cualidad accesorio, calidad esencial, ó porque la otra parte, al no dudar de su error, habría procedido dolosamente.

(2) Com. al Cód. Nap. art. 1110.

el error recae sobre la sustancia ó calidad esencial de la cosa y el contrato es nulo por falta de consentimiento.

Se trata en efecto de calidades que hacen que el objeto sea una cosa y no otra, clasificándola en una especie determinada. Un cuadro es ó no de Rafael: la graduación es imposible.

Por el contrario, un individuo compra un libro creyéndolo muy bueno y no es más que un hojamiento de papel congreñado: compra un caballo creyéndolo veloz y es un pacífico rocicasta. En tales casos el error recae sobre calidad no esencial, que no impiden que el libro y el caballo sean las mismas cosas que sirvieron de objeto al contrato.

El error es cuanto á la persona con quien se contrata puede también anular la nulidad del contrato siempre que se tengan en cuenta las calidades especiales de esa persona.

El Código Oriental no examina este cuarto caso, sin duda por error comprendido en el tercero, pero nosotros creemos que la distinción tiene razón de ser, desde que por una parte, ese tercer caso se refiere ostensiblemente á las cosas que sirven de objeto al contrato y por otra, tratándose del error relativo á la persona, si bien el contrato se anula exonerándose al que erró, de las obligaciones pactadas, debe sin embargo quedar sujeto á otras como vamos á verlo.

El error acerca de la persona, causa nulidad, como hemos dicho, cuando se trata de un contrato celebrado *inter personarum*.—Así, por ejemplo, en la creencia que el pintor adocenado A es el célebre pintor B, se le encarga un cuadro. Ciertamente que el contrato es nulo puesto que lo que se tuvo en cuenta al celebrar el contrato por parte del arrendatario de obra, fué la celebridad y talento artístico del pintor B.

Pero el cuadro, bien ó mal, está hecho; el pintor A invirtió en él, tiempo, trabajo y materiales—¿es justo que los pierda? Indudablemente no; creemos que en tal caso, si bien el error anula el contrato por falta de consentimiento, él no obsta, al

que el que erró deba indemnización de los perjuicios por su error originados.

(Continuaré).

PROLEGÓMENOS DE DERECHO COMERCIAL

(Continuación)

III. Pasemos ahora á estudiar el concepto jurídico, ó mejor, el concepto del comercio según los tratadistas de derecho comercial.

“El comercio, tal como la jurisprudencia puede considerarlo, consiste en las diversas negociaciones que tienen por objeto operar ó facilitar los cambios de los productos de la naturaleza ó de la industria, á efecto de sacar algún provecho”. J. M. Pardesús. “Droit Commercial”, página 1.

“En este sentido más restringido y más usual, el comercio consiste pues en una especulación en la cual se compra á fin de revender, y en la que se vende lo que se ha comprado para revender, ó mejor todavía, en las diversas negociaciones que tienen por objeto operar ó facilitar los cambios de los productos de la naturaleza y de la industria, á efecto de sacar algún provecho. Así lo entiende la jurisprudencia”. M. J. Massé. — “Le droit commercial”, página 4.

“El comercio consiste en los diversos actos ó negociaciones que tienen por objeto realizar beneficios, sea haciendo sufrir á las materias primas preparaciones ó transformaciones que aumenten su valor, sea operando ó facilitando cambios de los productos de la naturaleza ó de la industria”. H. F. Rivière. “Repetitions écrites sur le Code de Commerce”, página 1.

en los cuales se descomponen. La definición consiste en una fórmula exacta, matemática, que comprende todas las cosas que entran en la definición y excluye las que permanecen fuera, luego no puede definirse sino aquello que es fijo, constante y no aquello que está en constantes movimientos" (1).

En resumen: debemos decir que nuestra opinión es la expresada por los autores firmemente citados, y nuestra conclusión la siguiente: el comercio según el derecho comercial no ha sido ni puede ser definido en la actualidad; la noción que de él tienen los economistas es más limitada que la de los juristas, y la de estos últimos varía y se amplifica siguiendo la evolución de la ciencia del derecho comercial.

IV. Pocos puntos de estudio ofrece el derecho comercial que sean más interesantes que el de la definición, determinación y especificación del acto de comercio; y pocos existen en los que reine mayor confusión entre los autores y en los que se haga más indispensable el tan decantado hilo de Ariadna para recorrer el intrincado laberinto que resulta de tan extrañas como encontradas opiniones.

Tanto para los autores de la escuela de derecho que mira al derecho comercial como ley de excepción, como para los que lo consideran derecho propio, la determinación del acto de comercio es fundamental: de ella depende la legislación que se debe aplicar: de ella depende la competencia de los tribunales que han de juzgar el acto, la clase de pruebas que se han de producir en juicio, y por ella se determina el concepto legal del comerciante.

La legislación: porque, frente a un acto cualquiera si determinamos que éste es civil, será la ley civil la que lo regirá: en tanto que, si éste es mercantil, será la ley comercial, ley de excepción según unos, ley propia que ya no constituye el patrimonio de determinada casta, según otros, la que deba aplicarse.

(1) Castagnoli. El Código de Comercio Italiano, página 3.

La competencia de los tribunales: porque si el acto es comercial no puede ser juzgado sino por los jueces que tienen derecho para juzgar asuntos comerciales: "Los tribunales de comercio conocen de las contestaciones relativas a los actos de comercio entre todas las personas" (Lyon-Caën y Renault). Ve los artículos 99, 100 y 101 del Código de Procedimiento Civil de la República Oriental).

La clase de prueba: esta es una consecuencia de la distinta legislación que rige al acto, y hace diversos a veces los medios probatorios por ejemplo: los libros de comercio, certificados de corredores, rematadores, etc.

El concepto legal del comerciante, por último, porque éste no se puede determinar sin saber lo que son actos de comercio.

El Código de Comercio de la República, como casi todos los que han seguido al Código Francés, empieza por decir en su artículo 1.º que "son comerciantes... los que ejercen por cuenta propia actos de comercio haciendo de ello su profesión habitual". De manera que en estricta lógica la noción del acto de comercio debe preceder a la de comerciante, por cuanto la segunda depende de la primera, y hubiera sido preferible que el legislador hubiera antepuesto las disposiciones relativas a los actos de comercio a la definición del comerciante, como lo ha hecho el legislador italiano en el Código de 1882, quien no se ha limitado a eso tan sólo, sino que ha formado para los actos de comercio título aparte (1).

Explicadas las causas por las cuales se comprende el interés que despierta el problema de la definición del acto de comercio, debemos decir que éste ofrece dos fases de estudio perfectamente delineadas: la teórica ó sea el estudio de su

(1) «Las leyes comerciales, dice la relación Mancini, regulan los actos ó las operaciones de comercio ó las personas de los comerciantes. Pero, del mismo modo que el comerciante es aquel que por profesión hace actos de comercio, así lógicamente debe anteceder la noción del acto de comercio.

resolución por la ciencia del derecho comercial, y la práctica ó sea la de la conveniencia, utilidad y posibilidad de aplicar la teoría á la ley.

Hemos dicho anteriormente que hasta hoy no se habían puesto de acuerdo los autores respecto de la definición del comercio; pues bien, si reina en ese punto la discordia: también existe acentadísima, con relación á la definición del acto de comercio, y esto se comprende si se tiene en cuenta el estrecho lazo que une á ambas definiciones.

La teoría, á nuestro entender, no ha resuelto el problema de la definición del acto de comercio, porque la noción del acto de comercio se halla supeditada á la definición del comercio, y ésta como lo hemos expresado en otra parte, tampoco es posible por las causas allí apuntadas.

Encontramos en Castagnola el siguiente párrafo que transcribimos: "Dice muy rectamente Borsari que nada hay más difícil y peligroso que querer dar una definición perfecta del acto de comercio, porque no es posible establecer *a priori* y teóricamente algo que encierra en sí tanto de subjetivo y de intencional y que depende de la valuación de hechos y circunstancias. El acto de comercio es unas veces considerado en su efectividad, otras en el hecho que lo prepara, ya en aquellos actos que son copulativos, famulativos ó auxiliares de una operación comercial. Y como observa Margheri depende de que unas veces es necesario tener presente la intención, otras el fin, la modalidad y especialmente la forma á la cual tantas veces la ley acuerda la preferencia".

Según nuestro criterio, no podían establecerse de una manera más adecuada, las distintas causas que impiden á los autores enriquecer la ciencia con la perfecta definición del acto de comercio.

Como muy bien dicen los autores citados por Castagnola, son los aspectos varios que ofrece el sujeto á definir, son los criterios tan diferentes que han presidido á su clasificación,

para la que se ha tenido en vista, ora su naturaleza, ora su forma, la intención, etc., son las causas distintas que guían al legislador cuando llama comercial á tal acto, pero que no militan, ni sirven para tal otro, y es por último la que comprende á todas, la de la evolución continua del sujeto comercio y del derecho comercial por consecuencia.

Son todas ellas reunidas, las que producen falta de caracteres comunes, falta de unidad, falta de base científica para definir algo que tiene una constitución variable y que tiende cada día á ir aumentando su esfera de acción.

De ahí la discordia de los autores en la determinación de un criterio único y positivo; de ahí que no definan el acto de comercio autores de tanta nombradía como Massé, Lyon-Caën y Renault, Vivante, Otholegny, Mancini, Castagnola etc., y que nosotros incluyamos entre las suyas nuestra humilde opinión, pues pensamos como ellos que no se ha dado la definición del acto de comercio, aun cuando muchas se hayan intentado.

V. — Expondremos aquí algunas de las definiciones más conocidas y estudiaremos después algunos de los sistemas ó criterios que se dan para distinguir el acto de comercio del acto civil.

Rivière (1) dice que el acto de comercio es una especulación que tiene por fin aprovechar la diferencia entre el precio del valor líquido de una cosa mobiliaria y el precio de reventa.

Boistel (2) expone primeramente el criterio de Beslay, que hallaremos más adelante, y define diciendo: "que un acto es comercial para la persona que lo hace, cuando no entiende ser sino un intermediario que especula sobre las transmisiones del valor que es objeto del contrato" (A esta definición podría más bien dársele el nombre de criterio de la intención).

(1) Rivière, ob. cit., página 24.

(2) Boistel: Cours de droit comercial, página 24.

A Sacré: (1) "Se entiende por acto de comercio toda operación hecha con un fin de especulación".

Bravard Veyrières (2) dice que en tesis general son actos de especulación y que para determinarlos debe atenderse á la intención. Hace, sin embargo, la salvedad de los que son comerciales por su naturaleza.

Obarrio (3) los define diciendo "que es toda negociación sobre una cosa mueble realizada con el propósito de un lucro ulterior".

Los autores de la escuela alemana aceptan casi por regla general la definición que da Beslay y que veremos en seguida. Esta solamente puede aplicarse á los actos llamados objetivos por esa escuela, pero, como éstos no son los solos actos de comercio, pues faltan los llamados subjetivos por esa misma escuela, la definición aún aceptada como buena resultará incompleta.

Supino (4) sigue á la escuela alemana y dice que el concierto de la interposición entre productor y consumidor y el lucro determinan el acto de comercio.

No definen como ya hemos dicho Massé, Otholenghi, Vivante, Lyon-Caën y Renault, etc.

Entre las definiciones, dice Castagnola, quien entre paréntesis tampoco define, parece la menos imperfecta la dada por Beslay en su obra "Des actes de commerce", quien enseña que el acto de comercio está constituido por dos elementos: un acto de intromisión por medio del cual se determina la relación entre la demanda y la oferta y el lucro que informa la ejecución de ese mismo acto".

Esta, como también lo hace notar el citado autor no puede mirarse como una definición porque no lo es en realidad, (lo mismo decimos de todas las transcriptas), sino un método,

(1) A. Sacré: Dictionnaire de droit commercial. Acto de commerce, página 7.

(2) Bravard Veyrières: «Manual de droit commercial», página 13.

(3) Manuel Obarrio. Tratado de derecho comercial, página 4.

(4) Supino—Obra citada. Introducción.

un criterio y hasta si se quiere el análisis y determinación de los elementos que según Beslay deben formarlas; pero nunca una fórmula precisa y matemática que abarque todo y sólo el definido, condición indispensable para que como definición pudiera ser considerada.

Además, las definiciones citadas pecan porque se pueden aplicar igualmente á actos civiles que á actos comerciales por lo amplio y general de los términos; como fácilmente se comprende con sólo leer las dadas por Sacré, Obarrio, Bravard Veyrières, etc., porque la especulación y la negociación pueden ser tanto civiles como comerciales, y el lucro puede afectar también un carácter civil.

Especulación. Speculatio: la acción y efecto de especular.

Especular: la acción de comprar, vender, cambiar, etc., algún género ú objeto comerciable para lograr la ganancia que se ha calculado.

Pero, *comerciable* es lo que se puede comprar ó mercar: comerciables son todos los bienes que pueden ser objeto de cambio, que están en el comercio de los hombres.

Negociación: Negotiatio-onis.

Acción y efecto de negociar. *Negociar,* tratar, comerciar, comprando ó vendiendo mercaderías. *Negociar de potencia á potencia* tratados de paz, de guerra, de comercio".

Negociación fué la efectuada por Alemania después de la guerra del setenta, en la que como indemnización se perseguía un lucro, porque lucro, de *lucrum* es: Ganancia, provecho, riqueza.

De todo lo expuesto sacamos la siguiente conclusión: las definiciones dadas son imperfectas ó incompletas: los actos de comercio son tan variados que no pueden ser abarcados en una definición; no han sido pues definidos ni pueden serlo por falta de unidad, de base científica, de caracteres comunes á todos los actos: luego el sistema de la definición debe ser eliminado de la ciencia.

LA REINCIDENCIA CRIMINAL

(Trata presentada por Mariano Percein Hódar (hijo) para optar al grado de doctor en Jurisprudencia.)

(Continuación)

CAPÍTULO III

SUMARIO:—La reincidencia criminal. —Cómo era considerada en la antigua escuela. —Definiciones de la reincidencia. —Reiteración y reincidencia. —Otras divisiones. —Divergencias de criterio á este respecto. —Causas de la reincidencia según los autores.

La reincidencia en el delito ha sido en la antigua escuela de derecho criminal uno de los capítulos más descuidados. No hay duda alguna de que muchos observadores se habían dado ya cuenta de ese fenómeno de la delincuencia humana, pero es lo cierto que no le habían atribuido la inmensa importancia que él ha tomado con el correr de los tiempos y con las nuevas investigaciones hechas en el campo de la criminalidad.

Para los juristas, el individuo que delinquía y que cumplía la pena impuesta en los Códigos, había saldado perfectamente sus cuentas con la sociedad, y al terminar su pena podía entrar á ella otra vez sin que el poder social debiera preocuparse para nada de su primer caída y sin que ese mismo poder tuviera derecho á considerarlo un tipo más peligroso y más digno de represión severa en el caso de reincidir en sus trasgresiones.

Los estudios á que se han dedicado con noble abinco los escritores positivistas y de los cuales hemos hecho mención en el capítulo anterior, han demostrado, por el contrario, que la reincidencia es un fenómeno natural en las leyes de la criminalidad y, lo que es más aún, un fenómeno obligado en ciertas circunstancias, que se repetirá siempre que obren so-

bre el agente criminal un mismo medio ambiente y unas mismas condiciones de vida, etc.

Antes de entrar en el estudio de todos los problemas penales relacionados con la importante materia de la reincidencia, debemos empezar, como es lógico suponerlo, por definir ese fenómeno, punto que presenta más dificultades de lo que á primera vista parece.

En efecto, reinan aun en la doctrina y en las leyes penales las divergencias más grandes sobre lo que es y sobre las condiciones que debe revestir la reincidencia.

Existe ésta, para algunas legislaciones, siempre que un individuo, después de haber sido irrevocablemente condenado por un delito, comete otro de la misma especie. Para otras legislaciones existe toda vez que el criminal ejecute un hecho punible, no ya de la misma especie, sino de cualquier otra clase que sea, siempre, como es natural que haya sufrido una condena anterior. Algunos exigen que el criminal haya sufrido la primera pena. Otros, por el contrario, no exigen ese requisito. Códigos hay que sólo consideran reincidente á un criminal cuando comete el segundo delito dentro de un lapso de tiempo determinado, variable ó no, según la naturaleza del hecho criminoso.

Sin embargo, de esta divergencia de criterios para fijar el concepto de la reincidencia, puede decirse que la generalidad de los autores están hoy ya de acuerdo en distinguir la reiteración de la reincidencia.

Se dice que hay reiteración cuando el agente criminal ha cometido varios delitos sin haber sufrido condena alguna, y por el contrario, se dice que hay reincidencia cuando el agente después de cometer un delito y de sufrir la pena correspondiente vuelve á cometer otro hecho delictuoso.

La reincidencia se divide á su vez en genérica y específica: hay reincidencia genérica cuando el delincuente, una vez que ha cometido un delito determinado y sufrido la pena

correspondiente, vuelve á cometer otro delito de cualquier categoría. Por ejemplo, un ladrón que después de cometer un robo y de ser condenado, comete al salir de la cárcel un homicidio ó una violación ó cualquier nuevo delito de otra índole.

Por el contrario, se llama reincidencia específica la repetición de una misma clase de delitos: homicidios, robos, etc., y así, según otros autores, de una misma categoría de hechos delictuosos, por ejemplo, la repetición de delitos contra la propiedad, sean éstos robos, estafas, apropiaciones indebidas; ó contra las personas, en las que pueda existir el homicidio, el aborto, las heridas, etc.

Algunos autores han dividido la reincidencia en *verdadera y ficta* y *propia é impropia*. Le dan el nombre de *verdadera* cuando el agente vuelve á delinquir después de haber sufrido la pena impuesta por el delito precedente, mientras que le dan el nombre de *ficta* cuando la pena del delito anterior no ha sido cumplida por el delincuente. Como se ve, esta última no es otra cosa que lo que hemos denominado reiteración de los delitos.

Se llama reincidencia propia ó específica cuando el condenado recae en la comisión de delitos de *análoga naturaleza*, é impropia ó genérica cuando recae en delitos de naturaleza diversa.

Respecto á la primera distinción, dice un autor italiano—y nosotros compartimos esa opinión,—que ella no tiene importancia alguna, porque, aunque la pena no haya sido cumplida, el precedente delito queda siempre cometido y la reincidencia se funda no sobre la ejecución de la pena sino sobre el delito anterior, por lo cual está mal empleada la palabra, pues en uno y otro caso la reincidencia existe.

En cuanto á la segunda clasificación de la reincidencia, en propia ó específica é impropia ó genérica, es útil no sólo por cuanto la mayoría de los autores al hablar de la reinciden-

cia se refieren solamente á la específica, no dando importancia á la genérica, sino porque, como dice Garófalo, la reincidencia, sea específica ó genérica, es para el criminalista uno de los elementos más preciosos para la clasificación de los delinquentes, que es en lo que se funda precisamente el sistema de la penalidad en la escuela positiva.

Debemos estudiar, aunque sea someramente, las causas de la reincidencia.

Un autor positivista, Garófalo, y con él muchos otros sabios penalistas, no vacila en atribuirla al ambiente social y, más que nada, al actual régimen carcelario, existente en la mayoría de las naciones.

La comunidad de los detenidos, dice Montraltin, es el más poderoso factor de desmoralización: la prisión es el verdadero centro donde se reclutan los miembros de la falange criminal, y por eso, se puede asegurar, según dicho autor, que la reincidencia es, sobre todo, un problema penitenciario.

Se puede afirmar también que contribuyen á producir el movimiento ascendente de la reincidencia: el abandono de la infancia, pues el reincidente se halla en germen en el niño criminal, del que se puede asegurar que si no se le aplica á tiempo una buena educación correccional, retirándolo del medio en que actúa ó recogiendo después de su primera falta, irá irremediamente á engrosar el número de los criminales habituales ó por costumbre adquirida. Influyen también la dificultad para encontrar trabajo, para radicarse, por parte de los delinquentes, después que han sufrido la primera condenación. Ella cierra todas las puertas, aleja todas las simpatías, nadie proporciona una ocupación honrada, todos huyen del hombre que lleva sobre sí el estigma de haber sido un inquilino de las cárceles y de las penitenciarías, y el

malhechor, falta de apoyo y de coraje, por miseria unas veces, y por una rebeldía de sus pasiones otras, recae en el crimen.

Otra causa más, al decir de todos los autores, consiste en la indulgencia excesiva con respecto á los reincidentes, indulgencia que tiende á quitar á la pena su carácter de intimidación.

Al estudiar los distintos sistemas represivos que se han ensayado para combatir la reincidencia, veremos que todas ó la mayoría de esas causas están constatadas hoy.

(Continuación)

ESTUDIOS DE ECONOMÍA POLÍTICA

(Continuación)

Teoría de Jevons y de la Escuela Austriaca. Adam Smith el fundador de la Economía Política, en su gran obra "La Riqueza de las Naciones" había ya indicado que hay dos clases distintas de valor, denominados por él: *valor en uso* y *valor en cambio*. El agua, decía, tiene un gran valor en uso, pero ninguno en cambio, puesto que con ella nada se puede adquirir; mientras que un diamante que carece de valor en uso tiene, por el contrario, un gran valor en cambio, porque se puede cambiar con gran número de cosas.

Los economistas posteriores á Adam Smith descuidaron el valor en uso que denominaban *utilidad*, para consagrarse á la segunda clase de valor. El autor inglés Jevons, y la Escuela Austriaca Karl Menger, Böhm Bawerk, Sax y otros) son los que últimamente han consagrado sus esfuerzos á hacer

resaltar la importancia del valor en uso. Su doctrina es aceptada actualmente por todos los economistas contemporáneos.

Según ella, el valor no reside en las cosas, sino en las personas. "En el mundo, dice Mc. Leod, no existe el valor como tampoco existe el color ó el sonido. Unos y otros no son más que estados de nuestro espíritu." *El valor es la importancia que atribuimos á la adquisición ó á la posesión de una cosa.* Los objetos nos atraen por su utilidad ó porque nos agradan simplemente; el valor es, pues, *la correspondencia de una cosa á un deseo humano.* El valor es un concepto subjetivo, distinto de la utilidad y de la moralidad. El tabaco ó el ajeno y las demás bebidas tóxicas que se expenden en el comercio, no son cosas útiles; pero tienen un gran valor para los fumadores ó los bebedores.

Para que concedamos valor á los objetos, no basta que satisfagan nuestros deseos, es necesario además que reúnan estas dos condiciones: 1.º que no se encuentren en cantidades ilimitadas; y 2.º que no se ofrezcan espontáneamente. El aire, por ejemplo, no lo consideramos con valor porque se halla sobre la superficie de nuestro globo en cantidades más que suficientes para suplir nuestra necesidad de respiración; el agua potable en los países donde llueve y hay manantiales y ríos, se encuentra en el mismo caso; ni uno ni otra tienen un valor actual, pero poseen uno *potencial*, susceptible de manifestarse, toda vez que comiencen á escasear. ¿Cuánto no daríamos por aire y agua, el día que principiaran á faltarlos estos dos tan indispensables elementos?

Puesta de relieve la importancia del valor subjetivo, conviene no olvidar la que tiene el valor en cambio. En efecto, un hombre puede tener gran cantidad de determinados objetos necesarios ó agradables y carecer de muchos otros que desea y que poseen algunos de sus semejantes. Puede entonces adquirirlos por el cambio. El estanciero *A* tiene vacas y carece de ovejas; pero su vecino *B* se halla en situación

Dicha persona considera su más urgente necesidad la de alimentación, en seguida la del vestido, alojamiento, etc. Cuando la 1.ª haya sufrido dos grados de satisfacción, antes que otra de la misma clase, primará la necesidad de vestido; cuando la 1.ª haya recibido 5 grados de satisfacción, una nueva cantidad de alimentos tendrá que luchar con 4 grados de necesidad de vestido, 3 de alojamiento, 2 de adorno y 1 de tabaco. Es decir, que cuando el 1.º grado de la necesidad haya sido satisfecho, la persona en cuestión preferirá vestirse que alimentarse nuevamente; ó en términos generales, cuando una necesidad experimenta un primer grado de satisfacción, se efectúa una *inversión* en el orden de urgencia de dicha necesidad relativamente á otras que le eran posteriores ó subordinadas.

No sólo se cumple esta ley cuando un deseo ó necesidad ha sufrido cierto grado de satisfacción, sino también cuando consideramos que por un objeto deseado se nos demanda un sacrificio mayor del que estamos dispuestos á hacer. Un viajero, por ejemplo, destina 50 centésimos para pagar un carruaje que lo lleve de la estación del ferrocarril á su casa; pero al bajarse del tren se encuentra con que ningún cochero lo lleva menos de 1 peso. ¿Qué hace entonces? Si su casa no está sumamente lejos de la estación, ó si hay algún tranvía que pase cerca de ella, reemplaza el deseo de ir en carruaje, que ahora juzga demasiado oneroso, por el medio menos expedito de ir á pie ó en tranvía.

Así, pues, los objetos no pueden tener un valor fijo porque éste depende de la variabilidad de nuestros deseos; pero ¿carecerán entonces de un valor normal? ¿Las cosas tendrán tantos valores cuantos sean los individuos que los deseen?

No, la experiencia nos demuestra que en períodos de tiempo no muy extensos, en un mismo lugar y en igualdad de circunstancias, son pequeñas las fluctuaciones del valor, á lo menos para los artículos de consumo general. ¿A qué

se debe esta relativa fijeza del valor? A dos causas, á saber: 1.ª la constancia de la generalidad de nuestras necesidades; y 2.ª, la constancia en los medios de satisfacer tales necesidades.

Los apetitos físicos son siempre los mismos en el hombre, quien emplea generalmente los mismos medios para satisfacerlos; y en cuanto á los demás deseos no los modifica bruscamente porque sobre él influyen la herencia, el ambiente social y sobre todo la costumbre. Las variaciones que se producen en los deseos humanos se efectúan gradual y paulatinamente; un hombre no cambia por completo de gustos de un día para otro. Si no existiera esta fijeza relativa del valor en cortos períodos, la producción que tiene por objeto el cambio, carecería de base y de brújula.

Si las causas citadas explican esa fijeza relativa, quedamos por desarrollar la parte más importante de nuestro tema, á saber: qué es lo que determina el valor objetivo de las cosas, ó sea su valor en cambio.

La generalidad de los economistas y la totalidad del público están contestes en afirmar que el valor de un artículo depende del grado de *la oferta y la demanda*. Según esta ley, una cosa *tiende á aumentar* de valor cuando aumenta la demanda y *tiende á disminuir* cuando aumenta la oferta.

Esta ley se formula á menudo inexactamente de este modo: "el valor de un artículo está en razón directa de la demanda é inversa de la oferta." Formulada así esta ley, es falsa, porque se descuida el importante papel que desempeña la ley de sustitución en la actividad humana, y porque se olvida además que tanto la oferta como la demanda son generalmente condicionales. Supongamos que en plaza no existen actualmente sino 5,000 kilogramos de maíz, que no es posible que en breve plazo aumente la cantidad de ese cereal y que hay cuatro personas deseosas de adquirir los 5,000 kilogramos de maíz. Supongamos también que el pre-

cio corriente de este artículo ha sido en días anteriores de \$ 1.50 los 100 kilogramos, ¿qué sucederá ahora que hay cuatro compradores y un solo vendedor de la cosa apetecida? La demanda está con la oferta en la relación de 4 á 1; ¿cuadruplicará por lo tanto el valor del maíz? En manera alguna; el que tenga más urgente necesidad de este cereal, si lo quiere para la siembra, por ejemplo, llegará quizás á pagar el doble del precio corriente, pero los otros, si lo necesitan para forraje de sus animales, pueden reemplazarlo por alfalfa, afrecho, pasto ó cualquier otro que no sea tan costoso.

Además, como hemos dicho, tanto la oferta como la demanda son condicionales. A menos de necesidad imprescindible, urgente y absoluta de una cosa, el que desea un artículo tiene en vista *cierto grado de calor* que no está dispuesto á sobrepasar. X desea comprar títulos de deuda consolidada del Uruguay á 50, pero cuando trata de realizar esa compra, esos títulos valen 51; entonces retirará su demanda ó espera un período de baja ó emplea su dinero en otros títulos ó en otros negocios.

La demanda y la oferta tienden á influir sobre el valor de las cosas, pero á su vez éste influye sobre aquéllas. Siendo el precio corriente del maíz en Montevideo, por ejemplo, de \$ 1.50 los 100 kilogramos, si llega á subir á \$ 1.80 ó 2 pesos, muchos comerciantes ó agricultores de Canelones, San José y Colonia poseedores de cantidades de ese cereal y que no estaban dispuestos á cederlo á \$ 1.50, ahora aumentan la oferta porque el artículo ha aumentado de valor; por el contrario, si al llegar el maíz á Montevideo ha vuelto á su primitivo precio, lo pueden poner en depósito, es decir, retiran ó disminuyen la oferta.

Las fluctuaciones del valor en cambio son más ó menos importantes según los distintos objetos á que se aplique. Estos, en cuanto al valor, pueden dividirse en dos clases:

1.º objetos cuya reproducción sea muy difícil ó imposible; y
2.º objetos cuya reproducción puede considerarse como indefinida.

El valor de los objetos de la 1.ª clase, puede tener variaciones enormes. En esta categoría entran, por ejemplo, los cuadros de un pintor ya fallecido, los manuscritos de personas célebres de otra época, los ejemplares de antiguas ediciones de obras maestras, y todas las cosas que estimamos por ser recuerdos de familia. El valor de estos objetos depende únicamente de la ley de la oferta y la demanda, y no tiene más límite que la ley de la sustitución. Un numismático puede desear mucho adquirir tal moneda romana, pero si se le pide por ella una suma que considere excesiva, superior á su deseo, preferirá obtener otra de distinta clase ó de diferente país que no sea tan cara. Pero fuera de esta ley que contribuye á regularizar los precios, el valor de los objetos de esta categoría puede resultar exorbitante. Recuerdo, por ejemplo, haber visto en la Galería Nacional de Londres, una tela de Rafael comprada al duque de Malborough en 70,000 libras.

La 2.ª clase de objetos admite dos subdivisiones: 1.ª aquellos cuya multiplicación no puede efectuarse sin un aumento más que proporcional de gastos por cada nueva unidad producida más allá de una cantidad determinada; y 2.ª aquellos que pueden multiplicarse indefinidamente sin mayor aumento de gastos para cada uno de ellos.

Pertencen á la primera subdivisión entre otros, el carbón y el pescado. La producción del carbón de piedra puede aumentarse, pero para ello habría que explotar minas menos ricas ó flones más pobres de ese mineral, y por lo mismo, aumentaría el precio de ese combustible, porque *el valor de esta subclase de objetos tiende á nivelarse sobre los gastos de producción del productor menos favorecido*, cuando sus artículos son indispensables para cubrir la demanda. En efecto,

si el precio descendiera del total de los gastos de producción del menos favorecido, éste ya no produciría porque su trabajo no sería remunerador; pero como su producto por suposición es indispensable para satisfacer la demanda, resulta que el valor del artículo no puede descender debajo de los gastos de éste. *Gastos de producción* son, según P. Leroy Beaulieu, no solamente los invertidos en materias primas, mano de obra é instalaciones, sino también el interés y amortización del capital y el beneficio del empresario.

Entran en la 2.ª categoría todos los artículos manufacturados. *El valor de ellos tiende á nivelarse con los gastos de producción.* En efecto, si la fabricación de un objeto da una utilidad superior al beneficio que reportan otros capitales, éstos añadirán á producir el objeto privilegiado, el cual entonces disminuirá de valor. Si, por el contrario, el valor de un artículo no cubre los gastos de su producción, cesa de ser producido, á menos que existan grandes capitales empleados en maquinarias é instalaciones y se prefiera continuar trabajando para que no se deterioren, ó con la esperanza de que el artículo manufacturado alcance en lo futuro mayor valor.

Conviene recordar que los gastos de producción sobre los que se nivela el valor, son los actuales y no los pasados, es decir, que si un artículo ha sido hace tiempo fabricado con máquinas que demandaban mucho gasto, su valor se registrá por los gastos que ocasione su producción en la actualidad con máquinas más perfeccionadas.

Debemos observar que si frecuentemente empleamos las palabras valor y precio como sinónimas, no lo son en realidad: usamos esta última para explicar más claramente aquél. *Precio es el valor de un objeto con relación á una mercancía determinada: la moneda.* Se entiende por moneda, en Economía Política, un instrumento intermediario que tiene por fin operar con rapidez los cambios, y servir de equivalente

del valor de los objetos, al mismo tiempo que de valorímetro. Pero como la moneda es una mercancía, resulta que cuando aumenta su cantidad habitual y normal, disminuye su poder de comprar objetos, y que, por el contrario, cuando escasea, se acrecienta dicho poder. No es, pues, la moneda un valorímetro muy exacto: se asemeja á una medida métrica cualquiera que tuviese la propiedad de estirarse ó acortarse según las circunstancias que la modificarán.

Celedonio NIN Y SILVA.

(Continuarán).

DE LAS ACCIONES EN MATERIA CIVIL

POR

EUGENIO J. LAGARMILLA

(Continuación)

47.—Hay veces en que á causa del dolo del poseedor, la reivindicación no puede tener efecto, como cuando éste ha enajenado la cosa á persona desconocida ó la ha destruido. (1) La ley establece que en esos casos, el poseedor será condenado á pagar el valor que el dueño jurase tenía la cosa, previa regulación del Juez, si pareciese excesivo (Cód. Civil, art. 659. Es lo que los romanos llamaban la *facta possessio*, porque se era pasible de reivindicación, no obs-

(1) POTIER, *Domínio*, núm. 306, trae el siguiente ejemplo: «Supongamos, por ejemplo, que ha hallado V. en la calle un precioso anillo caído de mi dedo sin que de ello me haya apercibido. Sabedor de que estaba en poder de V. por cierta persona que lo había visto y que lo conocía, me propongo reclamarlo y entablar contra V. demanda de reivindicación. V., aprovechando una coyuntura favorable, á fin de librarse de esta demanda, lo ha vendido á un transeunte desconocido por la mitad de su justo valor. Por este fraude de V. no debo ser privado de mi cosa y puesto fuera de condición para poderla reivindicar: por esta razón debo, en este caso, tener contra V. la acción de reivindicación como si todavía V. lo poseyera, y en defecto de poderme devolver, procurar venga condenado á pagarme su justo precio de conformidad con los siguientes principios de derecho: «Qui dolo desierit possidere, pro possidenti damnatur, quia pro possessione dolus est.» l. 131, ff. d. R. Ys.

tante no tener la posesión de la cosa; se consideraba que el objeto de la acción había variado: en lugar de la cosa era su precio lo que se reivindicaba; *Dolus pro possessione est.*

La *facta possessio* sólo puede tener lugar cuando se trata de cosas muebles, pues en lo que respecta á los inmuebles no puede darse el caso de enajenarlos á personas desconocidas, y si así hubiera sucedido, como la acción real no tiene en cuenta sino la cosa, el reivindicante entablaría su demanda contra el poseedor, y si éste fuera desconocido lo haría citar por edictos de acuerdo con lo que al efecto dispone el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil. No pasa lo mismo cuando la cosa es mueble. Aquí falta precisamente lo que se ha de pedir, y si no se sabe dónde se halla el objeto, mal se puede solicitar su entrega y el Juez ordenaría.

Por el Derecho romano, el precio podía fijarse de dos maneras: por el *arbitrium iudicis* ó por el juramento del dueño, *iuramentum in litem*. Cuando se hacía uso del primer medio, el propietario podía reivindicar la cosa de quien la tuviera "porque esa estimación hecha por el Juez no equivale á la venta; conserva, pues, la reivindicación contra el verdadero poseedor y no está obligado á hacer cesión de la acción al *factus possessor* que ha sido condenado L. 69, D. VI^o 1^o"; pero si el precio se hubiera fijado por medio del juramento, entonces no se le daba acción alguna contra el *certus possessor*, porque la estimación recibida lo ha desinteresado completamente y se considera que ha cedido todos sus derechos sobre la cosa.

¿Qué se debe resolver de acuerdo con nuestra ley? Una cosa es indudable, y es que el dueño puede perseguir su bien en manos de cualquiera que lo tenga; por manera que, si antes de hacer uso del derecho que le acuerda el artículo

659, llega á conocer al que detenta su cosa, la reivindicación procede, salvo que el poseedor haya adquirido la propiedad por prescripción. (1) Y si ha obtenido la indemnización á que está obligado el poseedor doloso, ¿podrá reivindicar la cosa, si aparece el nuevo poseedor? Nuestra ley nada dice, no habiendo seguido en esto al Código Chileno que prevé el caso: "Contra el que posea de mala fe y por hecho ó culpa suya ha dejado de poseer, podrá intentarse la acción de dominio como si actualmente poseyese. De cualquier modo que haya dejado de poseer y aunque el reivindicador prefiera dirigirse contra el actual poseedor, respecto del tiempo que ha estado la cosa en su poder, tendrá las obligaciones y derechos del poseedor de mala fe en razón de frutos, deterioros y expensas. Si paga el valor de la cosa y el reivindicador lo acepta, sucederá en los derechos del reivindicador sobre ella" (art. 900); de lo que se deduce que no puede el dueño que ha recibido el precio reivindicar la cosa del poseedor actual.

El problema á resolver dentro de nuestra ley se puede plantear en estos términos: ¿la indemnización que presta el poseedor doloso tiene los efectos de la venta? Podría decirse que la disposición del artículo 659 se basa en la imposibilidad de poder reivindicarse la cosa que no se sabe dónde está ó ha desaparecido, por lo que, á fin de que el propietario no quede lesionado por el dolo del poseedor, la ley le da acción para el cobro del precio que jurase tenía la cosa y que, cuando aparece ésta, no hay razón para que se prohíba reivindicarla desde que la presunción en que la

(1) Y si el adquirente ha prescrito, ¿qué acción corresponde al propietario? Consideramos de aplicación el artículo 659, desde que para el propietario la cosa está perdida, y hay en este caso las mismas razones que en los que prevé el artículo para resolver de igual manera en todos ellos. El dueño se ve privado de su propiedad por el dolo del poseedor que enajenó la cosa. Si la cosa no hubiera aparecido, no hay duda que el artículo sería aplicable, y ¿qué diferencia hay, en derecho, entre ignorar dónde se halla la cosa y saber que está perdida para su dueño? En uno y otro caso, la reivindicación no procede por el hecho del poseedor, y es de justicia que en ambos casos, responda del mismo modo por los actos que causaron un daño real al patrimonio del propietario de la cosa que él poseía.

ley se fundaba ha desaparecido. La indemnización fué pedida en el supuesto que la cosa no existiera más, y como la cosa existe, el petitorio del dueño se ha basado en una falsa causa.

Con todo, y teniendo presente que en esta materia la tradición debe ser tomada muy en cuenta, desde que el Código no hace otra cosa que reproducir los preceptos que ya existían en el Derecho romano, nos inclinamos á creer que, una vez obtenida la reparación del daño, el propietario pierde la acción reivindicatoria. Según la ley romana, cuando el propietario estimaba el valor de la cosa, no podía luego reivindicarla. Así se entendió también en la antigua legislación española (Ley 19, tit. 2, Part. 3 y en los Códigos que en aquella se inspiraron (Cód. Chileno, art. 900; Cód. Arg., art. 2751; Freitas 3892 y 3894).

Ricci opina de igual manera: "Pero si hubiere recuperado directamente la cosa del poseedor, no puede dirigirse contra el demandado con la acción personal, encaminada á conseguir el pago de la cosa recuperada, y viceversa, cuando haya conseguido del demandado el precio de la cosa, no puede reivindicarla del nuevo poseedor, porque el precio implica enajenación, y por ende, cesación de dominio". Corso de *diritto civile*, t. 2.º, n.º 64. 1.

La obligación de indemnizar en este caso no es otra cosa que la aplicación del derecho común en materia de delitos y cuasi-delitos. Por eso creemos que los herederos del poseedor que dolosamente destruyó la cosa, pueden ser obligados á pagar la indemnización debida por su causante (2), de acuerdo con las reglas que rigen la materia de acciones personales.

1. El Código Chileno, según lo que hemos visto, dispone que el poseedor de la cosa destruida, después de haberse abstenido de demandar al culpado, no puede la cosa, por hecho propio, ser obligada á restituirse para el dueño á su precio real y, en consecuencia, á restituir el valor, así que el acto de haberse perdonado, en el presente, no perjudica á su vez, su acción contra el nuevo poseedor ó demandado. (Cód. Chileno, art. 900.)

2. Sobre el punto de si el demandado debe ser el dueño de la cosa destruida, véase el art. 112 del Cód. Chileno.

¿Qué sucederá si el adquirente de la cosa enajenada dolosamente, la destruye? Hay que distinguir si lo ha hecho de buena ó de mala fe. Si la ha destruido, creyéndose dueño, el único responsable hacia el propietario es el vendedor, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 659. Pero si sabiendo que el propietario, por haber tenido conocimiento de dónde se hallaba su cosa, iba á deducir la reivindicación, y para librarse de ésta la destruye, entonces creemos que tanto el adquirente como el vendedor responden solidariamente como autores de un delito civil (Cód. Civil, artículo 1293 inc. 2.º y 1305).

La disposición que estudiamos sólo puede aplicarse en el caso de que el poseedor haya obrado dolosamente; pero ¿qué sucederá cuando enajena la cosa de buena fe? El que vende una cosa ajena en la creencia de que vende cosa propia, que es lo que constituye la buena fe, se halla en un caso muy distinto de aquel que, por sustraerse á la reivindicación, enajena la cosa á persona desconocida. No es posible aplicar la misma regla en ambos casos.

Si el dueño sabe dónde está la cosa, no hay cuestión: puede reivindicarla, sin que la buena fe de vendedor y comprador pueda servir de excepción para destruir la acción del reivindicante: "*La venta de cosa ajena, vale, SIN PERJUICIO DE LOS DERECHOS DEL DUEÑO DE LA COSA VENDIDA, mientras no se extingan por la prescripción*" (Cód. Civ., 1643). Ahora, cuando la reivindicación de la cosa sea imposible, creemos que el vendedor deberá el precio que ha recibido por ella, de acuerdo con el art. 1291 del Cód. Civ. que consideramos de aplicación en este caso, porque, como dice Marcadé (1) si alguien debe sufrir el perjuicio es aquel que por su imprudencia y descuido fué causante del error del poseedor de buena fe.

(1) MARCADÉ, *Explication du Cód. Civ.*, t. 5, p. 273.—Conforme: CHACON, ob. cit., t. 2.º, 547.—Código Chileno, art. 898.

Si el poseedor de buena fe destruye la cosa ¿qué acción tiene el dueño? Por de pronto el art. 659 no es aplicable en este caso, dado que se refiere al que obró *dolosamente* y mal pudo obrar así el poseedor de buena fe. Creemos que hay que distinguir si la destrucción se efectuó antes ó después de la notificación de la demanda. Si ha sucedido lo primero, el propietario no puede pretender que el poseedor sea condenado á pagar el valor de la cosa, porque si éste la destruyó fué en la creencia de que era suya, y no puede reprochársele al propietario, ó al que se cree propietario, el que haga uso de una facultad inherente al derecho que cree poseer (Cód. Civil, 440. 4.).

Pero si no puede pedir el valor de la cosa, puede pedir que el poseedor la devuelva todo aquello con lo cual se ha hecho más rico (Cód. Civil, 1299). (Conf.: AUBRY ET RAU, *Com. II* § 219. nota 21; BAUDRY LACANTINERIE, *Des Biens*, núm. 257.)

Si, por el contrario, la cosa ha sido destruida después de la notificación de la demanda, la solución es distinta: "El poseedor de buena fe, dice Pothier, debe resarcir todos aquellos meroscabos que, con posterioridad á la demanda, provienen de algún hecho suyo ó de alguna falta: porque en virtud de la demanda por la que el demandante le da copia de sus títulos de propiedad, cesa de ser poseedor de buena fe, y contrae la obligación de restituir la cosa en el caso que se haya juzgado pertenecer al demandante, y por consiguiente, la de conservarla en buen estado y no deteriorarla, lo cual es accesorio." (*Del Dominio*, núm. 333). No creemos que la obligación del poseedor sea debida á la mala fe, pues nadie tiene el deber de entregar la cosa ante una demanda judicial, desde que todo hombre puede defenderse por los medios que la ley otorga: no basta que se presente un extraño diciéndose dueño de la cosa, para que el que la posee, y se cree propietario, sea tenido como po-

seedor de mala fe, cuando militen razones suficientes para poder presumirse lo contrario (1). El mismo Código (art. 863) da á entender que se puede estar de buena fe después de notificada la demanda: "Puede el Juez no hacer condena especial en costas ó imponerla al vencido y aún condenarlo en costas y costos según estime que aquél litigó con ALGUNA RAZÓN, etc." ¿Se puede litigar con alguna razón sin que haya buena fe?

Pero si no admitimos que la obligación del poseedor se funde en la mala fe, no negamos que esa obligación existe. ¿Cuál es su fundamento? Desde que se ha deducido una demanda, el poseedor, aun cuando se crea dueño de la cosa que se pide, debe prestar á ésta los cuidados de un buen padre de familia, para el caso en que la restitución sea ordenada, porque, como dice Laurent, todo litigante puede perder el pleito en que es parte. Es, teniendo en cuenta esta posibilidad, por lo que no debe destruir una cosa que, á pesar de su creencia, puede ser obligado á entregarla al que la sentencia declare dueño. El vencedor debe recibir la cosa en el estado en que se hallaba el día de la demanda; la sentencia retrotrae sus efectos á ese momento, y mal puede una de las partes hacer ilusorio el derecho de la otra. La obligación impuesta se refiere más bien á la calidad de demandado que á la de poseedor.

48.—El poseedor de la cosa, cuando se le notifica la demanda reivindicatoria, no puede enajenarla, porque hasta tanto no se decida el litigio por sentencia ejecutoriada, no se puede saber quién es el verdadero dueño. No puede tampoco el actor ceder sus derechos ó acciones respecto de la cosa reivindicada después de notificada la demanda á su

(1) Conf.: LAURENT, VI núm. 475; RICCI, II núm. 61; BAUDRY LACANTINERIE, núm. 257; AUBRY ET RAU, II § 219.

contraparte, porque, como dicen las Partidas, debe esperar "hasta que sea librada la contienda que es entre ellos por juicio, ó sea dado por quito el emplazado del emplazamiento" (L. 18, tit. 7, Part. 3^a)

"Es regla general, dice Escriche (1), que durante la litis-pendencia ninguno de los litigantes puede innovar, esto es, hacer mudar de estado ó enajenar de modo alguno, las cosas que son objeto del pleito, pues éstas deben permanecer en disposición de ser entregadas al que salga victorioso: *Litis pendente nihil innovatur: omnia in suo statu esse debent, donec res finiantur*". La prohibición de enajenar la cosa litigiosa ya existía en las leyes del Fuero Juzgo L. 10 y 21, tit. 4, lib. 5.^a; Fuero Juzgo).

La disposición del Código no nos parece justa. Una cosa es la enajenación de la cosa, y otra, los efectos que esa enajenación pueda tener sobre los resultados del juicio.

Si se concibe que una vez trabado el juicio los hechos de una de las partes no puedan producir cambios en la transmisión, no se alcanza el porqué de prohibir la enajenación de los derechos sobre que se litiga, desde que en el fondo, lo que se transmite es el derecho en el estado en que se halla, es decir, que el adquirente se hace dueño del *alea*. Supóngase que una persona entabla demanda reivindicatoria contra el poseedor de un fundo y que, aun cuando tiene prueba suficiente de su derecho, el pleito que sigue será de larga duración. Como necesita dinero, pretende realizar su bien, y encuentra al efecto comprador, quien después de haberse asesorado se ha convencido de que la sentencia será favorable á su vendedor. Como toma sobre sí los riesgos, es indudable que adquirirá el fundo por un precio bajo, que, sin embargo, conviene al vendedor por circunstancias especiales. ¿Por qué se ha de pro-

hibir una enajenación semejante? ¿En qué se ataca al derecho ajeno ó al orden público? Decir como Escriche y los prácticos españoles que las cosas deben permanecer en disposición para entregarlas al vencedor, no es resolver la cuestión, puesto que en nada se opone la enajenación á la entrega que al que venció en el juicio debe hacerse de la cosa, supuesto que, lo que se enajenó, fué el derecho tal cual lo tenía el enajenante, y al así adquirirlo el comprador, sabía ó debía saber la suerte que correría si la sentencia le fuere adversa. Si el litigio recae sobre un inmueble, no puede haber peligro que el adquirente lo haga desaparecer, y si el objeto es un mueble, siempre que el actor tema su pérdida, la ley le da facultad para pedir el secuestro ó fianza consiguiente (Cód. Civ., art. 661).

Que en la legislación antigua se hallara esa disposición no tiene nada de extraño porque ella tendía á garantir la buena fe de los terceros que, ignorando la calidad litigiosa de la cosa, podrían caer en las redes que el fraude les tendiera. Pero hoy que existen Registros, donde se puede saber si un bien está libre de gravámenes y pretensiones de presuntos dueños, no se ve el por qué mantener una prohibición que no coincide con el estado actual del progreso jurídico y social (1).

En Francia é Italia pueden cederse todos los derechos litigiosos, y la única facultad que esas leyes dan al deudor es la del retracto, (Cód. Civ. francés, 1699 y siguientes; Cód. Civ. italiano, art. 1546 y siguientes)

El Código de Procedimiento Civil alemán contiene una disposición á este respecto que nos parece fundada en los

(1) «La injusticia que entrañaba esta disposición (la que anulaba la enajenación de la cosa litigiosa) ha desaparecido con el establecimiento del Registro de Propiedad inmueble». (LAMA nota al artículo 600 del Código de enajenamientos en materia civil del Perú).

Concedían con el art. 661 del Código Civil, el 312 del de Procedimiento y las leyes españolas (L. 13, tit. 7, P. 3.^a por una; C. I. de Pr. art. 60) n.º 3) al; brasileña (FRITAS, concordación, art. 344); chilena (L. R. Pront. de los juicios, l. n.º 295, Cód. Civ. art. 1464, n.º 4).

verdaderos principios. "La litispendencia, dice el artículo 236 no quita á ninguna de las partes la facultad de enajenar el objeto litigioso ó el derecho reclamado. La enajenación ó la compra no tiene efecto sobre el proceso. El causa-habiente no puede sin el consentimiento del adversario, salir al juicio como parte principal en el lugar y puesto de su autor, ni intervenir como parte principal. 1. Si interviene accesorariamente se le aplica el artículo 66 (2). La decisión en cuanto al fondo del proceso, produce efecto ejecutorio contra el causa habiente".

Sentado el principio ha tenido la ley que aceptar sus consecuencias. "Tal cosa será nula, dice el artículo 699, no producirá adherencia alguna en el orden del juicio, ni en sus resultados, y responsabilizará al contratante por los daños y perjuicios. La misma disposición se aplicará á la enajenación ó hipoteca de la cosa reivindicada, siempre que de la demanda se haya notado, antes de el Registro correspondiente, una vez notoriamente". La nulidad es una consecuencia de la violación de la ley prohibitiva. Cód. Civ., art. 511. El contrato que se hiciera sobre la cosa litigiosa tendría un objeto ilícito. Cód. Civ., 1260 y siguientes y 1261 y siguientes. La venta de esa clase de cosas es prohibida por la ley. Cód. Civ., 1642. ¿De qué clase es la nulidad de que tratamos? El artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, concordante con el 600 del Código Civil, dice expresamente que la nulidad es absoluta inciso 1.º en lo que está de acuerdo con el artículo 1534 del Código Civil que dispone que: "La nulidad producida por un contrato ó causa ilícita es nulidad absoluta". Pero es el caso que el mismo artículo 312 del Código de Procedimiento declara que la nulidad de que habla

el inciso primero, no tendrá efecto cuando la cosa litigiosa se enajenase con consentimiento de la parte reivindicante, de lo que se deduce que la tal nulidad no puede regirse por las reglas aplicables á las nulidades absolutas, desde que respecto á éstas la voluntad de las partes no puede validar los actos viciados. (Cód. Civ., 1535).

La ley se pone en el caso de que la enajenación no ponga fin al pleito y sólo en este supuesto hay derogación á los principios que rigen las nulidades absolutas. Cuando con la enajenación concluye el juicio, no es de aplicación el artículo que estudiamos. Trataremos de explicar más claramente estas ideas. Supóngase que A reivindica una cosa que posee B. Notificada é inscripta la demanda, B quiere vender la cosa á C, y para ello solicita la aquiescencia de A quien se la otorga. Por efecto de esta enajenación lo único que ha cambiado en el juicio es la parte demandada, y en este caso hay derogación de las reglas de las nulidades absolutas, supuesto que la cosa no ha dejado de ser litigiosa y, sin embargo, fué objeto de un contrato que la ley declara válido por el hecho del consentimiento del reivindicante, á pesar de la disposición del artículo 1535 del Código Civil.

Pero en caso de que el reivindicante y el demandado vendan de común acuerdo sus derechos á un tercero, la venta sería válida, no en virtud de la disposición del inciso final del artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, sino porque la cosa ha dejado de ser litigiosa, y por tanto, susceptible de ser objeto de un contrato. La enajenación será el resultado de una transacción ú otro convenio verificado entre los dos litigantes y cuyo principal efecto ha sido el de concluir el juicio, por lo que la cosa deja de ser litigiosa.

¿Desde cuándo la cosa es litigiosa? Desde que fué notificada la demanda á la contraparte (Cód. Civ., 660; Cód. de Pr., 312). Ahora, respecto á terceros, la notificación no produce efecto hasta tanto no se haya inscripto la demanda en

1. La ley no es retroactiva.

2. El mismo artículo 312 del Código de Procedimiento Civil declara que la nulidad de que habla

el Registro correspondiente (Cód. Civ. y de Pr., arts. citados). Entráremos que con relación al demandado la cosa es litigiosa desde que se le ha emplazado, porque el Registro sólo tiene por objeto garantizar á los terceros, contra el fraude del poseedor que podría enajenar la cosa, prevalido de la ignorancia en que aquéllos se hallaran sobre la existencia de la demanda. Cierto es que el tercero que comprara la cosa que el poseedor detentaba podría, á su vez, ser demandado por el dueño, pero éste si hubiera vencido en el juicio al primer poseedor, no podría ampararse de la nulidad de la enajenación, desde que para el tercero, no hallándose inscripta la demanda en el Registro, la cosa no era litigiosa. Tendría que entablar nuevamente la acción reivindicatoria y producir la prueba del caso.

Pero como para el demandado vendedor la cosa era litigiosa y por tanto, no podía ser vendida después del emplazamiento, al hacer la enajenación ha hecho un acto ilícito, y tendrá que indemnizar al demandante todos los daños y perjuicios que le hubiere ocasionado, de acuerdo con el artículo 1236 del Código Civil.

¿Cuándo la cosa deja de ser litigiosa?

¿Cuándo se ha dictado sentencia definitiva que cause ejecutoria, ó cuando haya pasado el término, para interponer el recurso extraordinario de nulidad notoria, ó haya éste sido decidido? El pleito termina por la sentencia ejecutoria, y si bien por el recurso extraordinario se puede revocar la cosa juzgada, no quiere esto decir que el procedimiento ante el tribunal extraordinario sea una nueva instancia del mismo litigio. La cosa deja de ser litigiosa cuando el juicio ha terminado, y la prueba de ello se encuentra en la misma ley. En efecto: á pesar de la interposición del recurso, la sentencia se ejecuta (Código de Procedimientos, artículo 677) sin que el vencedor se halle obligado á prestar fianza.

Si el vencedor, pendiente el recurso, vende la cosa á un

tercero ¿en qué situación se halla el recurrente si consigue la revocación de la cosa juzgada? ¿Podrá ir contra el tercero por acción real ó sólo le resta demandar daños y perjuicios al vendedor? Si la cosa hubiera seguido siendo litigiosa en virtud del recurso interpuesto, no habría duda sobre la nulidad de la venta, y, por consiguiente, del derecho del recurrente vendedor para pedir la cosa al tercero. Pero si ha dejado de ser litigiosa por la cosa juzgada no puede ampararse en la nulidad de la enajenación. En nuestro sentir esa enajenación ha transmitido al adquirente los derechos del enajenante tal cual éste los tenía. Ahora bien; el derecho del vencedor en las instancias ordinarias, cuando contra la ejecutoria se deduce el recurso extraordinario, es un derecho bajo condición resolutoria, es decir, bajo condición de que el Tribunal *ad hoc* confirme las sentencias recurridas. El tercero que adquiriera esos derechos se hallaría dentro del caso previsto por el artículo 1404 del Código Civil: *“Sea la cosa mueble ó inmueble, el cumplimiento de la condición no podrá hacer que se resuelvan los derechos conferidos á terceros poseedores de buena fe. En este caso, á salvo queda al acreedor el derecho de demandar á la persona obligada por el pago de lo equivalente y la indemnización de daños y perjuicios”*.

Si el interesado probara que el tercero no era de buena fe, podría ir contra éste y reivindicar la cosa.

La prohibición de enajenar la cosa sólo se refiere al caso en que se demande por acción reivindicatoria (Código Civil, 660, y Código de Procedimiento, 312); sin embargo, los créditos litigiosos pueden cederse como claramente lo establece el artículo 1738 del Código Civil.

49.—“Por el derecho romano, dice Pothier (1), el que se proponía intentar la acción de reivindicación por una cosa

(1) POTHIER, ob. cit. núm. 306.

mueble, debía antes intentar la acción *ad exhibendum* contra el poseedor de la cosa, al objeto de ponerla de manifiesto, para que una vez la cosa exhibida, pudiera el demandante formular su acción de reivindicación de la misma, lo cual se verificaba con la siguiente fórmula, colocando la mano sobre la cosa reivindicada: *Aio hanc rem meam esse*. En nuestro derecho francés, la acción *ad exhibendum* no está en uso. Nuestra costumbre de Orleans dice á este respecto en su artículo 444: "En cour laye l'action á fin d'exhiber, ne l'exception de deniers non comptes, n'ont lien".

De acuerdo con nuestra legislación positiva procede la acción *ad exhibendum*, como medida previa. Así lo establece el artículo 253 número 2 del Código de Procedimiento Civil: *El juicio ordinario podrá prepararse pidiendo ante juez competente el que pretende demandar:*

2.º *La exhibición de la cosa mueble que haya de pedirse por acción real, y su secuestro en los casos establecidos por la ley.* Pero no es una obligación solicitar esa medida preparatoria; es una facultad de la que se hará uso cuando se tengan dudas sobre la identidad de la cosa: siendo útil además porque se puede poner de manifiesto el estado en que la cosa se halla para luego hacer efectivas las responsabilidades en que haya incurrido el poseedor según los casos previstos por la ley.

Aunque no se haya usado de la acción *ad exhibendum* puede el actor pedir el secuestro cuando peligre la cosa en poder del reo "Si reivindicándose una cosa mueble, temiere el actor que se pierda o deteriore en manos del demandado, podrá pedir el secuestro de ella; y el juez deberá proveerlo, á menos que el demandado preste seguridad suficiente de restitución para el caso de ser contenido á restituir".¹

Puede pedirse el secuestro lo mismo antes como después de entablar la demanda (Código de Procedimiento 253 número 2 y argumento del 841; Código Civil artículo 1661). Lo que se exige en uno y otro caso son dos condiciones: que se pida como medida preparatoria para entablar el juicio ó cuando ya el juicio exista, y que pruebe el actor el motivo en que se funda, es decir, el peligro que hay en dejar la cosa en poder del deudor (Código de Procedimiento, artículo 830).

¿Tiene el que pide el secuestro que presentar prueba de su propiedad? El embargo es una medida precautoria, y no puede exigirse al que lo solicita, en estos casos, la prueba de su propiedad que, por otra parte, sólo debe producirse en el juicio reivindicatorio. El embargo no da derecho alguno; sólo tiene por fin garantizar el estado actual de la cosa contra los abusos del poseedor; la propiedad se discutirá en el juicio correspondiente, y es entonces cuando se han de presentar las pruebas necesarias para hacerla valer. Por otra parte, el secuestro sólo debe decretarse cuando de la información exigida por la ley resulten fundadas las sospechas de que el deudor transporte, destruya, enajene ú oculte la cosa (Código de Procedimiento, artículos 830 y 832); no debiendo olvidarse además las sanciones que son inherentes al hecho del que pidió el embargo sin derecho (Código de Procedimiento 830). La ley no exige la prueba del dominio, porque sería un absurdo exigirla, desde que si el actor probara su derecho no tenía porqué pedir embargo preventivo sino simplemente la entrega de la cosa (argumento del artículo 829 del Código de Procedimiento).

Sólo en las cosas muebles procede el secuestro "porque en razón á su naturaleza especial es que el demandante en reivindicación puede embargarlas, porque de otra suerte el poseedor podría hacerlas desaparecer y sustraerlas á la reivindicación." (POTKINA, núm. 318). Si no habiéndose pedido

(1) Cód. Civ. art. 1661. Cód. LL. 18 y sigs. tit. 2 y 1.º lib. 9.º p. 3.º Cód. Civ. Chileno, art. 911. Cód. Civ. Argentin. art. 2755. Cód. Civ. Italian. art. 1875 núm. 2, y de Proc. art. 821 y sigs.; Cód. de Proc. Civ. 253 y 828 núm. 5. Pothier núm. 300 y sigs.

el secuestro, el demandado enajenara la cosa, habría que distinguir si el adquirente es persona desconocida ó si se sabe quién es. En el primer caso es de aplicación el art. 659; en el otro, la reivindicación se entablaría contra el comprador, y el vendedor sería pasible de los daños y perjuicios que sufriera el reivindicante (1).

Cuando la cosa es, un inmueble, el demandado sigue gozando de ella hasta la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada. Para ser demandado en el juicio reivindicatorio es preciso ser poseedor (2), y como según el art. 624, inciso 1.º, se presume dueño al que tiene la posesión, claro es que mientras no se pruebe lo contrario debe ser tenido como propietario y ha de poder, por consiguiente, seguir gozando del bien que se le pide hasta tanto no se decida el litigio. Sigue en virtud de esto, percibiendo los frutos sin hallarse obligado á dar caución respecto á ellos, para el caso en que por ser condenado, se encontrara en el deber de restituirlos.

Por la prueba del actor puede ser destruida la presunción que ampara al demandado, reconociéndose que á aquél corresponde la propiedad.

Se ha debido, pues, teniendo presente esa posibilidad, amparar el derecho del reivindicante á fin de que venciendo en el juicio recobre su cosa en buen estado. La ley da al actor el derecho de provocar las providencias necesarias para evitar todo deterioro del fundo y de las cosas muebles anexas á él y comprendidas en la reivindicación, si hubiere justo motivo de tenerlo, ó las facultades del demandado no ofreciesen suficien-

(1) Según Pothier, sólo procede el secuestro cuando se trata de muebles corporales (núm. 311). Conf.: Cód. Chileno, art. 591.

(2) Véase el núm. 43. El Cód. Italiano, art. 1875, permite el secuestro de inmuebles. Nuestro Código Civil al tratar del secuestro se refiere tanto á muebles como á inmuebles. (Ve art. 2264.—El Código de Procedimiento también permite el secuestro de inmuebles (arg. del art. 887; sin embargo, sólo habla de muebles cuando se refiere al secuestro en la reivindicación (arts. 253, inciso 2 y 828 Dec. 5.º), lo que á nuestro entender no obsta que pueda tener lugar sobre inmuebles, por ejemplo, en el caso del art. 662 del Código Civil.

te garantía (1). "Por ejemplo, dice Pothier (2), si el poseedor durante el proceso hiciera una corta de árboles de construcción ó demoliera algún edificio, el demandante en reivindicación puede obtener sentencia que prohíba al poseedor de continuar y que permita al demandante embargar y secuestrar los árboles ya cortados."

Como se ve, nuestra ley no exige la concurrencia de las dos causas; basta una sola de ellas. Así, si el poseedor es persona de escasos medios, puede el actor solicitar las providencias precautorias aun cuando no pruebe que la cosa corre peligro; y por el contrario, proceden también esas medidas cuando, no obstante ser persona de recursos el poseedor, existe temor fundado de que no cuidará el fundo como debe hacerlo.

¿Cuál es el límite del derecho del actor? ¿Qué medidas son las que puede solicitar? Hemos dicho que el demandado sigue gozando de la cosa en virtud del derecho que le da su posesión. Hasta tanto que por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada no se le ordene la restitución, debe ser considerado como dueño, supuesto que hasta ese momento subsiste la presunción legal inherente á su calidad de poseedor. Los frutos que da la cosa son percibidos por él, si bien puede ser obligado por la sentencia á la devolución de los que haya percibido después de la contestación de la demanda si era de buena fe, ó de todos los que percibiera y los que por su culpa hubiera dejado de percibir, desde su injusta detentación, si es que se trata de un poseedor de mala fe. Consideramos por esto que el actor no puede pedir el embargo ó secuestro de los frutos. En efecto, la ley dispone que el demandado *seguirá gozando del inmueble hasta la sentencia ejecutoriada*, y mal podría suceder esto si se le despojara de los frutos, que es lo que constituye el goce. Por otra parte, el derecho que la ley da

(1) Cód. Civil, art. 662; Cód. Chileno, art. 902; Cód. Arg., art. 2790.

(2) POTHIER, ob. cit., núm. 521.

al actor es el de provocar las providencias necesarias para evitar todo deterioro DEL FUNDO y de las cosas muebles anexas á él y comprendidas en la reivindicación, y no puede decirse que el que percibe los frutos, en forma regular, causa menoscabos al fundo ni á sus anexos. Sólo cuando el demandado deteriore la casa, no los frutos, puede ampararse el actor en esta disposición de la ley. Así si el poseedor de una casa sobre la que se sigue un juicio reivindicatorio, la arrienda, á él le corresponden los alquileres, sin perjuicio de la obligación de devolverlos si así lo ordena la sentencia. Pero si, por ejemplo, este poseedor sacara las puertas y ventanas á fin de venderlas, el reivindicante podría pedir, ó que preste fianza suficiente de que repondrá la cosa en su verdadero estado, porque aquí no se trata de percepción de frutos, sino de la misma cosa, que debe ser conservada y mantenida en condiciones que su destino requiere. Así también lo entendieron las leyes anteriores lo mismo que los autores que sirvieron de guía á nuestro Código. "Al demandado, dice Pothier, no se puede desposeerle durante el proceso; debe continuar gozando libremente de la finca reivindicada hasta tanto que tiene lugar una sentencia definitiva de la cual no se puede apelar, que falle que la finca pertenece al demandante, ó bien que condene al poseedor para que se la entregue á su disposición.

Si el poseedor apela de esta sentencia, continuará en posesión y gozando libremente de la heredad hasta la sentencia definitiva. "El poseedor tampoco está obligado al entablarse la demanda ni durante el proceso, de dar caución ni aun hacer ninguna sumisión respecto á los frutos que se perciban durante el proceso, á cuya restitución sería condenado en caso que el demandante ganara el pleito." [Del Dominio, n.º 321, Conf. Cód. Arg. art. 2790].—Por lo demás, no se concibiría que la ley hablara de restitución, si fuera posible que el reivindicante pudiera embargar los frutos.

(Continuará.)

LA SOLIDARIDAD ECONÓMICA

POR

CARLOS GIDE

Profesor de la Facultad de Derecho de Montpellier

(Traducido expresamente de los Ensayos de una filosofía de la solidaridad, sesión del 12 de Febrero de 1902, para LA REVISTA NUEVA)

El objeto que nos hemos propuesto en esta serie de conferencias, destinadas á precisar el concepto de la solidaridad, ha sido buscar cuál es el papel de la solidaridad en el orden económico; cómo es preciso entenderla y lo que de be esperarse de ella.

Los defensores de la solidaridad detestan á los economistas y éstos le pagan en la misma moneda. ¿Quiénes han sido los que comenzaron esa lucha? Sería una investigación inútil. Lo cierto es que se dicen recíprocamente cosas muy desagradables. *Le Journal des Economistes* especialmente, desde hace algunos años, los colma de las más aceradas críticas.

Mi colega de *Lausanne*, M. V. Pareto, ha consagrado muchos artículos á esta escuela solidarista á la que llama "una vaga y nebulosa concepción ética"; esto podría ser aceptable, pero, también las conceptúa "un nuevo nombre dado á un género de egoísmo de los más malsanos". Esto es más grave.

En el fondo, lo que veja á los economistas no es que exista la solidaridad sino que los partidarios de ésta crean haberla descubierto. Los economistas nos aseguran que ellos la han descubierto mucho antes que nosotros; y tienen perfecta razón. En esto les doy lo que les es debido. Aun hoy día siempre que se quisiera indicar á los institutores ó profesores algún buen ejemplo destinado á demostrar á sus discípulos

los beneficios de la solidaridad económica, nada mejor se podría hacer que invitarles á que les leyeran la bella página de Adam Smith donde nos muestra al más humilde manufacturero, gracias á la cooperación inconciente de millares de obreros, comerciantes y marinos que trabajan para él; gozando de una comodidad superior á la de cualquier rey de Africa que reina como dueño absoluto sobre un millón de súbditos desdichados.

Es verdad que si Adam Smith ha descrito elocuentemente la solidaridad económica, no la ha nombrado. Pero, no se podría hacer ese reproche á Bastiat que, en sus "Armonías", ha escrito un capítulo entero, inconcluso es verdad, bajo el título de *La Solidaridad*, donde celebra desde luego en conocidas páginas "la grande é irrecusable ley de la solidaridad"; y que ha dado esta definición de la sociedad: "La sociedad entera no es más que un conjunto de solidaridades que se cruzan... La condición de cada uno de nosotros está determinada por millones de hechos á los cuales esas determinaciones son extrañas".

La famosa ley de la interdependencia, está pues, aquí formulada desde hace algo más de cincuenta años.

¿Tienen, pues, razón los economistas? No del todo. Sin reclamar para los defensores de la solidaridad patente de invención, creo poder decir, sin embargo, que han apuntado una concepción de la solidaridad, aún de la solidaridad económica, sensiblemente diferente á la de los economistas. Es á buscar y á realizar esas diferencias que consagraré esta lección.

Siempre que los economistas hablan de la solidaridad, la asocian á uno de los tres fenómenos siguientes: *la división del trabajo, el cambio ó la concurrencia*. Ahora bien: para nos-

otros son estas tres formas de la solidaridad las que juzgamos menos recomendables. Veamos por qué:

§ I. *División del trabajo*.—En lo concerniente á la división del trabajo es preciso que comencemos por confesar que es el ejemplo de solidaridad más notable que se pueda citar. Ha traspasado mucho el dominio de la economía política, propiamente dicho, sirve de ejemplo clásico tanto á los moralistas como á los biólogos. Vosotros sabéis que M. Durkheim le ha consagrado un hermoso y profundo libro en el que ha elevado la división del trabajo, á la altura de una gran ley moral; sería ésta la que atenúa los tristes efectos de la lucha por la vida, porque los hombres se encierran en dominios y en medios diferentes disminuyendo entre ellos las ocasiones de conflicto. Es verdad que, la concurrencia sólo existe entre semejantes, no entre desemejantes. El fabricante de zapatos no hace más competencia al sombrerero que la que el buey hace al tigre.

Pero, he ahí, que justamente lo que nos inquieta en la división del trabajo, es esta tendencia que le es inherente, á diferenciar los hombres, á llevar á cada uno por vías distintas, ó paralelas si se quiere, pero que conforme con la definición de las paralelas no se encuentran sino en el infinito. Comprendo bien que, por ese medio suprimiremos toda colisión, pero si este es el sueño de un jefe de estación me parece que no podría ser jamás el de una escuela social. ¿Qué singular ideal de solidaridad, el dar á los individuos la seguridad que nunca tendrán el riesgo de encontrarse!

Temiendo que se nos acuse de hacer una caricatura y no una crítica seria, trataremos de restablecer la parte justa de la solidaridad que contiene la tesis de la división del trabajo. Por lo demás esto no se os habrá escapado. El hecho es que, aunque colocado el individuo en distintas vías, ella crea entre éstos, al mismo tiempo, lazos indisolubles y permanentes, de una dependencia mutua. En efecto, ocupán-

dose cada uno solamente de una rama de la producción, ¡qué digo!, no haciendo más que un solo acto de la producción, un solo gesto á veces, se encuentra en la imposibilidad de proveer á sus necesidades sin el concurso de otros. El zapatero, precisamente porque no hace más que botines, tiene necesidad del panadero para el pan, del médico cuando está enfermo, etc. Es el famoso soneto de Sully Prudomme, que se recita en todas las conferencias sobre la solidaridad:

"Le laboureur m'à dit en songe: Fais ton pain!"

Y de este modo se ve que por la división del trabajo cada uno de nosotros trabaja para otro y vive del trabajo de otro. Casi se creería en la realización de la parábola del Evangelio: "Nadie vive por sí mismo".

Pero, veamos de cerca sobre qué reposa aquí la solidaridad. Es sobre el hecho que, por consecuencia de la división de funciones, cada uno de nosotros se transforma en un ser incompleto, imposibilitándose por consecuencia para bastarse á sí mismo.

Es, como se ha dicho muy bien, sobre el hecho de la "dependencia recíproca" que reposa la solidaridad.

Esta base dada á la solidaridad me inquieta; me recuerda aquella que en la escuela de Saint Simón, en Menilmontant era simbolizada por el chaleco, ese famoso chaleco que se abotonaba por detrás, lo que imposibilitaba ponérselo sin la ayuda de uno de los hermanos en la fe *San-simoniana*. De esta manera nadie podía vestirse sin el socorro de otro. Así, bajo el régimen de la división del trabajo, ya nadie puede vestirse, ni comer, ni alojarse, ni viajar sin un concurso extraño. He aquí la solidaridad económica.

Entonces, ¿debemos dar á los hombres por ideal ó por disciplina una solidaridad sin otro objeto que una dependencia recíproca, determinada por un desenvolvimiento voluntaria-

mente incompleto de los individuos? Esto es una solidaridad —llamémosle por su verdadero nombre,— de débiles. Es la del ciego ó del paralítico de la fábula de Florian:

Je marcherai pour vous, vous y verrez pour moi

Leía últimamente una novela de Wells; un viaje por la luna. Esto no es nuevo como novela, pero M. Wells supone que los selenitas han llevado mucho más lejos que nosotros el método de la división del trabajo; he aquí el cuadro emocionante que nos presenta: "Cada uno de los selenitas que he visto está excelentemente adaptado á la función social que desempeña. Las obras finas están confiadas á obreros empequeñecidos y milagrosamente conformados y acondicionados al extremo que hubiera podido tomarlos sobre la palma de la mano...

"... Algunos que se ocupaban, según supuse, de la fabricación de campanas, tenían enormes orejas como las liebres, situadas hasta alrededor de los ojos; otros que tenían por labor delicadas operaciones químicas proyectaban hacia delante un vasto órgano olfativo... y otros que, según me dijeron, eran sopladores de vidrio, tenían pulmones como fuelles.

"... Fuera de su inteligencia especial esos subordinados son tan inertes é impotentes como un paragua bajo techo. No existen más que para las órdenes á que deben obedecer; para los deberes que tienen que cumplir.

"... La preparación de estas diversas clases de trabajadores debe tener lugar por procedimientos curiosos é interesantes. No sé aún bien claramente nada á este respecto, pero recientemente me encontré con un cierto número de jóvenes selenitas confinados en una especie de agujero de donde salían solamente los miembros superiores: se les preparaba para convertirlos en servidores de máquinas de un género especial... Esta mano miserable saliendo de ese agujero pare-

cia protestar débilmente de esas posibilidades perdidas. Estoy todavía horrorizado, aunque en suma sea ese un procedimiento mucho menos cruel que nuestro método terrestre de dejar que los niños se hagan hombres y transformarlos entonces en máquinas”.

Del mismo modo, “los intelectuales” no son más que enormes cerebros.

He aquí el retrato del gran *Lunario*: “Un cerebro de muchos metros de diámetro que me pareció muy semejante á una vejiga opaca y sin rasgos, con sombras vagas y onduladas de circonvoluciones que se agitaban visiblemente. Después, bajo esta enormidad se notaban minúsculos ojos penetrantes que se examinaban. En el primer momento no pude ver más que esas pequeñas pupilas bajo las cuales distinguía un cuerpo de enano con miembros de insecto, pálidos y retraídos. . . pequeñas manos, tentáculos de aspecto inútil, mantenían esa forma sobre un tronco”.

Es incontestable que, en tanto que la solidaridad económica pueda ser el fruto de la división del trabajo, será llevada, en semejante estado social, á sus últimos límites. Estos selenitas se han transformado en miembros de un mismo cuerpo no solamente por metáfora sino en el sentido más literal de la palabra; éste es una mano, aquél un pie, ese otro un par de orejas; el intelectual no es más que un cerebro. Creo que estaréis de acuerdo conmigo en no desear que esa repugnante visión, sea una anticipación del régimen futuro de nuestra pobre tierra. El hombre es bastante raquitico por naturaleza, y la verdadera solidaridad no debe tener por objeto aerecer este raquitismo, sino disminuirlo; no amputarnos ciertos órganos, sino darnos órganos nuevos.

Tendría aún otro argumento contra la solidaridad resultante de la división del trabajo, y es que esta solidaridad es de orden fisiológico, idéntica á la división fisiológica de los órganos y de las funciones, aunque los biólogos la han

tomado de los economistas, y no á la inversa, como se cree generalmente. Y vosotros sabéis también que en la escena social biológica ú organicista, se hace un abuso ridículo de esas pretendidas identidades. Ciertamente que no las tomamos todas en serio; no creo, á pesar de la autoridad venerable de Menenius Agrippa, que la solidaridad existente entre un senador y un obrero sea del mismo orden que la que existe entre los miembros y el estómago. No podremos negar, sin embargo, que la división del trabajo sea un fenómeno natural, espontáneo, inconsciente (es esto precisamente lo que admiran los economistas), y por consecuencia, toda solidaridad fundada sobre ella participará de esos mismos caracteres: será fatal, inconsciente, y por lo tanto extramoral. No implicará ni justicia ni amor; no es entonces la nuestra.

§ 2.—*Cambio*.—Pero, dicen los economistas: nuestra solidaridad no consiste tan sólo en la división del trabajo, también se manifiesta en el cambio. Los argumentos que he hecho valer contra la división del trabajo, parecen no poder aplicarse al cambio. El cambio no implica ya la separación de los hombres sino su aproximación. El cambio no es un hecho fatal ni aún natural, pues los animales no lo practican; ni tampoco espontáneo, pues sólo aparece con la civilización; es voluntario, es, propiamente hablando, un acto de unión, una especie de maridaje, pues todo acto de cambio indica un acoplamiento de co-cambistas, y ¿qué es el amor sino una especie de cambio? Cambio de juramentos, cambio de besos para consolidarse por el cambio del anillo nupcial. El cambio, á diferencia de la división del trabajo, no mutila á ninguno de los contratantes. Al contrario, los economistas han demostrado, y ésta es una de sus más bellas y ciertas demostraciones, que el cambio enriquece las dos partes; ninguna clase de cambio se cumple sin sacar una ventaja cualquiera, un suplemento de utilidad. Hay, pues, verdadera solidaridad entre aquellos que se reúnen cotidianamente por

los lazos del cambio; vendedor y comprador, negociante y cliente, propietario y locatario, patrón y obrero.

Bastiat define el cambio como "el cambio de servicios." "Cada uno, dice, hace aprovechar á otro de sus esfuerzos y aprovecha los de los otros en proporciones convenidas, lo que constituye el cambio... Gracias al cambio, los seres fuertes pueden hasta cierto punto demostrar genio y los inteligentes vigor; pues por la admirable comunidad que él establece entre los hombres, cada uno de éstos participa de las cualidades distintivas de sus semejantes."

He aquí un aspecto de la solidaridad algo diferente del que habíamos tratado. Es solo una resultante de la división del trabajo y no nos parece mucho más seductor.

Desde luego, yo no creo que el cambio pueda asimilarse á un acto de amor. Lo que constituye el amor, en el sentido más elevado de la palabra, como en el más fisiológico, es la unión, la conjunción, la fusión; y nada de esto hay en el cambio.

Consultemos los juriscónsultos. Estos nada tienen de místicos. Ellos nos enseñan lo que es el cambio. Todo cambio, enseñan las escuelas de derecho, se refiere á una de estas dos fórmulas: *do ut des* y *facio ut facias*: "yo doy una cosa para que tú me des otra," "yo hago una cosa para que tú hagas otra." ¡No traduzcais esto, os lo ruego, diciendo que el cambio es un bien recíproco! Lo que caracteriza el don, aun él recípro, es el desinterés; lo que caracteriza el cambio es la partícula conjuntiva *ut*, "para que", "á fin de que." Yo cedo esto á fin de que tú cedas aquello; 1 por 1, 10 por 10, 100 por 100, valor por valor, peso por peso, medida por medida. Es la justicia que preside el cambio; se llama la justicia conmutativa, y para precisar bien su misión se le pone en la mano una balanza con el fiel perfectamente vertical, lo que indica que los dos platillos están cargados igualmente. Sin duda esta es la justicia, por lo menos una

de las formas de la justicia, una forma severa, un poco inquietante, diría yo... pues esta ley del cambio: ¡peso por peso! ¡trabajo por trabajo! ¡medida por medida! ¡valor por valor! ¡sueldo por sueldo! ¿no suena en nuestro oído como un eco lejano de otra ley bien conocida; ¡ojo por ojo! ¡diente por diente! ¡golpe por golpe! ¡vida por vida! y que se llama ley del Talión? Esta ley del Talión, rechazada hace mucho tiempo de la justicia penal, ha quedado en el orden económico y es la que se llama cambio. Proudhon había hecho ya esta observación. En todo caso, si es preciso ver en ella una forma de la justicia, no podemos resolvernó á ver una forma de la solidaridad, y si es así resulta atroz.

Por otra parte, no hay más que observar; el acoplamiento-tipo de cambistas citados antes: vendedor y comprador, prestamista y prestatario, patrón y obrero, para ver qué singular solidaridad es aquélla.

Es verdad que no pueden pasarse el uno sin el otro y que viven el uno para el otro á la manera de esos hermanos siameses ó de esas hermanas indus de que los diarios han contado la historia en estos días y que, aunque inseparables disputaban á menudo y aun se pegaban. ¡Desgraciada solidaridad aquella que une con un lazo de carne dos seres que se odian! Es preciso cortarlo como se ha hecho con el que unía á Radica y Doodica.

El cambio, en sus orígenes, ha sido una tregua entre dos guerras, pero una tregua en que las partes conservaban todavía las costumbres y el espíritu de guerra. Entre el vendedor y el comprador hay lucha, y es la supervivencia de esta lucha lo que aparece todavía en el "*marchandage*" desterrado de los almacenes donde se provee la buena sociedad pero de práctica usual en los mercados y bazares de Oriente.

¿Esta lucha es una solidaridad derivada del cambio? La oposición de intereses aparece más aguda en el cambio de

trabajo, en las relaciones entre patrones y obreros: aquí el "marchandage" toma la forma de la guerra verdadera. Y entre el propietario y sus locatarios ¿el sentimiento que experimentan éstos y que revive tan dolorosamente en cada término de pago, podría llevar el nombre de solidaridad? Ahora, si se hiciera la historia del cambio de capitales, de las relaciones entre prestamistas y prestatarios, acreedores y deudores, sería ésta la más trágica del mundo, llena también de luchas, rebeliones de deudores contra acreedores, desde los plebeyos de Roma retirándose al monte Aventino; desde Shylock reclamando, cuchillo en mano, la libra de carne convenida, peso por peso, hasta nuestros días donde millares de dramas oscuros terminan en esta palabra banal: expropiación. He ahí las uniones solidarias. ¿Encontráis acaso el parecido con las uniones amorosas? Decid mejor que semejan duelistas.

(Continuará).

APUNTES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

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

(Continuación)

Para Mancini la regla es incierta desde que la relación puede haberse formado en lugares diferentes, como cuando la cosa está en su lugar y la promesa de venta se celebra en otro que sea á su vez distinto del domicilio de los contratantes.

En esos casos la solución es imposible, pues, á pesar de

un largo estudio de la relación no podría determinarse propiamente el lugar de su nacimiento. Habría además casos solucionados injustamente, como por ejemplo los contratos ajustados en un viaje. (1)

Esperson encuentra que la regla es deficiente: "no establece en qué relación se debe encontrar con el derecho público de cada nación". Schaeffner afirma que el juez debe aplicar el *jus publicum* de su país; pero si esta máxima se quiere poner como regla general, es porque no se tiene un principio único para resolver los conflictos de legislación. (Alcorta, p. 199).

9. SISTEMA DE LOS ESTATUTOS. "Según las *Instituciones* de Justiniano, el derecho ó bien contempla las personas, ó se refiere á las cosas, ó ya regla las acciones. Sobre la base de esta división establecida por Justiniano, sustituyendo la palabra *acción* por *obligaciones* ó *actos* del hombre, los escritores antiguos dividieron los *Estatutos* en tres clases. La primera clase comprende los estatutos personales; la segunda, los estatutos reales; la última, los estatutos que reglamentaban los actos del hombre, así como el procedimiento judicial y la ejecución de las sentencias". (2)

"Tomada en su antiguo sentido, la palabra *Estatuto* indicaba las leyes municipales que gobernaban la provincia ó la ciudad. Pero habiéndose de colisión de derechos, la palabra *Estatuto* tiene una acepción mucho más extensa y se toma como sinónima de ley. Este vocablo, dice Guyot (Reper. de Jurisp., v. Statuto) se aplica en general á toda especie de leyes y reglamentos. Toda disposición legal es un estatuto que permite, ordena ó prohíbe alguna cosa". (3)

Weiss encuentra el germen de la teoría de los estatutos "en la doctrina feudal, la cual haciendo del hombre un ac-

(1) Alcorta, op. cit., 198-199.

(2) Lomonaco: *Trat. de Dir. Civ. Intern.*, p. 63.

(3) Lomonaco, op. cit., p. 62. (Nota)—Fiore: *Der. Int. Priv.*, I, p. 68 (nota 1).—Asser—Rivier, p. 9.

cesorio del suelo que habita, lo somete siempre y en cualquier lugar á las leyes dictadas por la soberanía local". (1)

"Observa Bonhier, que si bien ninguna ley debe tener un valor extraterritorial, no obstante el interés particular de los pueblos limítrofes, la cortesía, la mutua benevolencia, y la consideración de que, en casos semejantes, las propias leyes participarían de igual beneficio, aconsejaban hacer algunas excepciones á los principios absolutos, y extender la autoridad de ciertas leyes más allá de los límites del territorio de cada Soberano. Semejante extensión, decía, debe admitirse cada vez que el interés y la utilidad comunes lo exijan, y se la debe considerar como aconsejada por el *comitas gentium*". (2)

"De aquí resultó la necesidad de clasificar las leyes que debían tener un valor extraterritorial, y las que debían valer solamente en el territorio, y este fué el origen del sistema de los estatutos". (3)

"Hecha esta distinción (la de estatuto real y estatuto personal), establecieron la regla de que los estatutos puramente personales, ya universales, ya particulares, acompañan por todas partes á las personas, es decir, que la persona tiene en donde quiera el estado particular y universal que está determinado por la ley de su domicilio. Las leyes reales por el contrario, no han traspasado los límites del territorio de cada Estado." (4)

Estatutos personales eran aquellos que contemplaban principalmente á la persona, y estatutos reales los que legislaban sobre las cosas; pero no es este el sentido con que estas palabras han llegado hasta nosotros, si no que, "se ha llegado á confundir la causa con el efecto, designando bajo el nom-

bre de *estatuto personal* toda ley respecto de la cual se admite la extraterritorialidad, y bajo el de *Estatuto real*, á toda ley que gobierne aún á los extranjeros dentro del territorio nacional". (Weiss, op. cit., p. 487).

El mecanismo de la doctrina— en apariencia sencillo; divididos los estatutos en personales, reales y mixtos, se resuelve que los primeros producen efecto extraterritorial, siguen á la persona á todas partes y debe serle aplicado donde quiera que se encuentre, fundado en el *comitas gentium*. En cuanto á los estatutos reales y mixtos, su valor no se extiende fuera de los límites del territorio en el cual han sido dictados, pero allí su aplicación es absoluta, sin distinguir si afecta solamente á los nacionales ó si comprende también á los extranjeros. Esta facilidad es solamente aparente pues, como se verá, los autores no pudieron ponerse de acuerdo sobre lo que debía entenderse por *estatutos reales, personales y mixtos*.

El sistema es inaceptable. Carece de toda base científica, pues efectivamente no se ha dicho por qué el estatuto personal debe tener valor extraterritorial y los estatutos reales y mixtos no deben valer fuera de las fronteras del territorio. Además, como lo observa Weiss, se ha llegado á confundir la causa con el efecto, llamando *estatuto personal* á las leyes de aplicación extraterritorial y *estatuto real* á las que no tienen ese carácter.

Por otra parte, no se puede hacer una distinción clara entre las leyes según tengan en cuenta á las cosas ó á las personas; no hay estatuto por personal que sea que no se refiera á las cosas, de la misma manera que no hay estatuto real que no se refiera á la persona. Todas las leyes tienen en cuenta ambos elementos y legislan á la vez sobre las personas y sobre las cosas.

La forma en que la doctrina plantea el problema del Derecho Internacional Privado es inexacta. Estudia y clasifica ante todo los estatutos, y luego da al estatuto personal valor

(1) Weiss, op. cit., p. 485.

(2) Fiere, op. cit., p. 97 tom. I; Bonhier, *Coutumes de Bourguigne, observations*, cap. XXV, § 62-63.

(3) Fiere, op. cit., I, § 31.

(4) Fiere, op. cit., p. 98, tomo I.

extraterritorial y se lo niega al estatuto real. De este modo se invierten los términos del problema; no debe estudiarse en primer término la ley, sino la relación de derecho en litigio, y de su estudio resultará cuál es la ley aplicable. Pero la doctrina de los estatutos prescinde de esto y se conforma con decir que el estatuto personal sigue á la persona aún fuera de su territorio, mientras que el estatuto real carece de valor extraterritorial.

Por lo demás, casi todos los estatutarios han dado un criterio para distinguir los estatutos reales y personales sin que hayan podido unificarse las opiniones á ese respecto y siquiera respecto de lo que debía entenderse por estatuto mixto.

A. *Bartolo*. Para este tratadista "el estatuto será personal, si comienza hablando de la persona, como en la frase: *Primogenitus succedat in omnibus bonis*; por el contrario, el estatuto será real si se refiere en primer término á los bienes: *Bona descendentium veniant in primogenitum*". (1)

"A pesar de la puerilidad de un criterio semejante, bien disculpable, si se piensa que el sistema de *Bartolo* y de su escuela, reposa por completo sobre la interpretación de los textos romanos, ingeniosa pero arbitrariamente extendido á las necesidades nuevas, no se les puede negar el honor de haber abierto el camino á las doctrinas modernas, reclamando los primeros, bajo el régimen feudal, un lugar para las leyes personales al lado de las costumbres territoriales" (2).

Sin embargo, tal distinción no tuvo muchos partidarios en su apoyo, lo que no podría ser de otro modo en vista del absurdo que importa ese criterio.

B. *D'Argentré*, entendía que era estatuto personal el que se refería á las personas y real el que legislaba los

inmuebles. "D'Argentré estableció una distinción entre las leyes de capacidad general, las cuales declara personales, *en tanto no produzcan ningún efecto sobre los bienes*, y las leyes de capacidad particular que, para él, son siempre reales".

"Así, la costumbre (estatuto), (1) que fija la mayoría de edad en tal época, seguirá á la persona fuera de su domicilio, porque afecta por completo á su estado. Al contrario, la que prohíbe al marido hacer una liberalidad á su mujer es una costumbre real, porque establece una incapacidad particular" (2).

c) *Boullenois* admite que "todos los estatutos son personales ó reales; en caso de duda sobre su naturaleza, deben presumirse reales. Es según el objeto directo del estatuto y también según la intención cierta del legislador, que debe ser apreciado su carácter personal ó real".

"En general, se reputan *personales* las leyes que tienen por objeto primordial, principal y dominante, reglar el estado y la condición de las personas. *Boullenois* distingue las leyes personales *universales* y las leyes personales *particulares*, unas que gobiernan el estado de la persona de una manera general en relación á todos los actos de la vida civil, por ejemplo, las leyes relativas á la mayoría de edad ó á la emancipación, las otras que no afectan la condición y la capacidad de la persona sino en virtud de un acto dado, por ejemplo, las que le permiten testar ó que prohíben á la mujer garantir la deuda de otro. Las leyes personales universales acompañan á la persona á todas partes y producen sus efectos aún sobre los bienes situados fuera del territorio donde fueron promulgadas. En cuanto á las leyes personales particulares no sucede esto sino respecto de aquellas que sólo contemplan á la persona, haciendo abstracción de los bienes;... las leyes que se refieren

(1) *Weiss*, op. cit., p. 480.

(2) *Weiss*, op. cit., p. 480-490.

(1) En Francia se le llamaba *costumbres* y en Italia *estatutos*.

(2) *Weiss* op. cit., p. 493.

á la vez á las personas y á los bienes, las que, por ejemplo, autorizan á un menor casado, á hacer una liberalidad á su cónyuge, no tienen efecto sino sobre los bienes que están en el territorio que ellas reglan."

"Las leyes reales, es decir, aquellas que tienen por objeto inmediato y directo, los bienes no se aplican jamás fuera del dominio territorial del legislador." (1)

"En el caso de conflicto entre el estatuto personal del domicilio de la persona y el estatuto personal de otro lugar, el del domicilio prevalece; pero si el conflicto nace entre el estatuto personal del domicilio y un estatuto real, este último tiene aplicación preferente."

"Boullenois rige á los muebles por la ley del domicilio del propietario, pero esta ley, en relación á los muebles, no es un estatuto personal, sino un estatuto real."

"Los bienes muebles (así como los inmuebles), están gobernados por la ley de su situación; pero como no tienen su asiento fijo, su situación se comprende con el lugar del domicilio de la persona á quien pertenecen."

"Para determinar el estatuto de las convenciones, el autor distingue entre las condiciones de validez que están regidas por la ley del domicilio de las partes, si es su capacidad lo que está en discusión, ó por la ley del lugar de la celebración del contrato, si se trata de su naturaleza, de su formación ó de sus formalidades extrínsecas; los efectos del contrato, en su aplicación á los bienes, están sometidos á la *lex rei sitæ*, ley del lugar de la situación de la cosa." (2)

Agrega Boullenois que "el acto jurídico es un niño ciudadano del lugar donde ha nacido, y que debe ser vestido según la costumbre del país". (3)

n) Voet (Juan). Es estatuto personal el que se refiere

(1) Weiss, op. cit., p. 500-501.

(2) Weiss, op. cit., 501-502.

(3) Weiss, l. c., nota 1.

principalmente á la persona aunque comprenda también á los bienes, y real es el que se refiere á las cosas *principalmente* aunque también legisle sobre las personas" (1).

*) Froland. Este autor dice que es estatuto real el que se refiere á las cosas con exclusión de las personas, y personal el que comprende á las personas con exclusión de los bienes. "Es suficiente que el estatuto disponga del estado de la persona; no podría cambiar de naturaleza, ni transformarse en una disposición real. La persona y sus bienes son dos cosas muy diferentes; la persona es constantemente la más noble, y como tal, debe primar sobre los bienes, que no han sido hechos más que para ella." (2)

Este autor se da cuenta admirablemente de la inutilidad de tal distinción. "Se cree ser muy hábil y haber descubierto el misterio cuando se sabe que el estatuto real es el que trata de los bienes; que el estatuto personal es el que contempla á la persona; mientras tanto, con todas estas definiciones se está todavía en el alfabeto y se sabe muy poco, desde que toda la dificultad consiste en descubrir y distinguir netamente cuándo el estatuto se refiere únicamente á los bienes, ó bien á la persona. Varias veces he visto á nuestros genios más eminentes empeñados en hacer tal distinción." (3)

*) Bouhier. Se abstiene de definir el estatuto personal, y establece "que toda disposición que gobierne sea la capacidad en general, sea la capacidad particular de las personas, goza de la extraterritorialidad; atribuye el mismo efecto á las convenciones expresas ó tácitas."—"En cuanto á los estatutos reales que conciernen ante todo á los bienes, no se opone al principio según el cual priman sobre las leyes personales; pero en su aplicación, difícilmente se resuelve

(1) Lomonaco, op. cit., 63-64.

(2) Weiss, op. cit., p. 503.

(3) Froland: Mémoire concernant la nature et la qualité des statuts, tome I, p. 13—Lomonaco, op. cit., p. 67.

á conocer el carácter real de una ley." (Weiss, op. cit. p. 503).

No paran aquí las discusiones de los estatutarios, sino que, Dumoulin, Gni Coquille, Bourgoigne, Rodemburgo, Pablo Voet, etc., hacen también sus distinciones y presentan nuevos caracteres para definir los estatutos reales y personales. (1)

g) *Estatutos mixtos*. No solamente los autores no han podido ponerse de acuerdo en lo que debían entender por estatutos reales y personales, sino que ni siquiera hay uniformidad de opiniones sobre los *estatutos mixtos* ó *estatutos de formas* como los llaman algunos tratadistas.

Boullenois "rechaza en todos los casos la teoría de los estatutos mixtos" (2) que según él constituiría un mecanismo inútil de la doctrina. *D'Argentré* entendía por tales estatutos los que comprendían conjuntamente á las personas y á las cosas, mientras que para *Voet Pablo* los estatutos mixtos comprendían también las leyes del Procedimiento Judicial.

La aplicación práctica de la doctrina, es imposible, aun cuando sus fundamentos fueran exactos, que no lo son, no sabiendo lo que debe entenderse por estatutos personales, reales y mixtos, no podría determinarse cuáles son las leyes cuya aplicación goza del beneficio de la extraterritorialidad y cuáles son aquellas cuyo imperio queda limitado al territorio para el cual fueron dictadas.

(Continuación).

ÍNDICE

	PÁGINAS
El programa	5
Cuestiones prácticas de Derecho Comercial	7
Ave Maldita.—Ojos de Mariposa (poesía)	12
Filosofía de la arquitectura	14
Rojo (poesía)	19
De las acciones en materia civil	21
De la enseñanza constitucional y cívica en los estudios secundarios Iudra (poesía)	39 51
El actor debe probar su acción	53
Apuntes de clase	56
Apuntes de Procedimientos Judiciales, 2.º año	62
El Parque de los Ciervos (drama)	66
Apuntes de filosofía del derecho	73
(Cáireles pensamientos)	87
Bibliografía	89
El Parque de los Ciervos (continuación)	91
Pasiones (poesía)	111
El toro (poesía)	112
Bibliográfica	113
Venid (poesía)	115
De las acciones en materia civil (continuación)	116
Curso de Derecho Civil	133
Apuntes de clase (continuación)	142
Apuntes de Procedimientos Judiciales 2.º año (continuación)	155
Apuntes de Filosofía del Derecho (continuación)	160
Apuntes sobre el crédito público	171
Apuntes de Derecho Internacional Privado	178
Bibliografía	186
El Parque de los Ciervos (continuación)	187
Chinesca (poesía)	215
Tesis sobre el Código Penal	217
De los maitines de la noche (poesía)	228
Apuntes de clase (continuación)	230
De las acciones en materia civil (continuación)	238
Impuesto de Abasto	253
Apuntes de Filosofía del Derecho (continuación)	260
Apuntes de Derecho Internacional Privado (continuación)	270

(1) V. Weiss, op. cit., libro I, cap. I.

(2) Weiss, op. cit., p. 502.

Bibliografía	281
El Parque de los Ciervos (continuación)	288
Curso de Derecho Civil (continuación)	318
Tesis sobre el Código Penal (continuación)	325
Apuntes de Filosofía del Derecho (continuación)	331
Apuntes sobre el Código de Instrucción Criminal	342
Apuntes sobre crédito público (continuación)	352
Apuntes de Derecho Internacional Privado (continuación)	362
Adiio	369
La evolución y el relativismo ético	371
La reincidencia criminal	401
De las acciones en materia civil (continuación)	407
Tesis sobre el Código Penal (continuación)	421
Curso de Derecho Civil (continuación)	426
Apuntes sobre el Código de Instrucción Criminal (continuación)	439
Estudios de Economía Política	451
Apuntes de Derecho Internacional Privado (continuación)	454
Consulta	461
La reincidencia criminal (continuación)	468
Prolegómenos de Derecho Comercial	479
Tesis sobre el Código Penal (continuación)	487
Apuntes de clase (continuación)	504
Apuntes sobre el crédito público - conclusión	512
De las acciones en materia civil (continuación)	520
Apuntes de Filosofía de Derecho (conclusión)	544
Apuntes de Derecho Internacional Privado (continuación)	551
Bibliografía	566
Curso de Derecho Civil (continuación)	571
Prolegómenos de Derecho Comercial (continuación)	591
La reincidencia criminal (continuación)	600
Estudios de Economía Política (continuación)	604
Las acciones en materia civil (continuación)	613
La solidaridad económica	631
Apuntes de Derecho Internacional Privado (continuación)	640

