



33-9-13



JUICIOS CRÍTICOS

SOBRE EL

PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL





JUICIOS CRÍTICOS

SOBRE EL PROYECTO DE

CÓDIGO CIVIL

ARGENTINO

DE LOS DOCTORES

MANUEL R. GARCÍA, JOSÉ F. LÓPEZ, MANUEL A. SÁEZ

JUAN B. ALBERDI, DALMACIO VÉLEZ SANSFIELD, VICENTE F. LÓPEZ

ALFREDO LAHITTE Y VICTORINO DE LA PLAZA

BIBLIOTECA DE LA CORTE SUPREMA	WLC
Nº. DE ORDEN	66.698
UBICACION	C 2666

BUENOS AIRES

JESÚS MENÉNDEZ, EDITOR

R. DE IRIGOYEN, 186

1920





ADVERTENCIA

En el presente volumen, se reproducen las opiniones formuladas por escrito a la aparición del Proyecto de código civil para la República Argentina, redactado por el doctor Dalmacio Vélez Sarsfield. Han sido extraídas de periódicos, revistas y libros con el propósito de facilitar al estudioso su lectura, y proporcionarle, al mismo tiempo, el medio de conocer el juicio que dicho trabajo mereció de nuestros compatriotas medio siglo ha.

Fué la crítica, como se verá, partidista e inferior, sin duda alguna, a la obra criticada; mas del número y calidad de los censores no deberá inferirse que la época en que se codificó nuestro derecho civil, no fuera propicia. Gran parte de las observaciones además de su falta de fundamento, fué formulada por personas parciales, enemistadas o distanciadas por actuar en bandos políticos opuestos al del autor del proyecto.

El pensamiento jurídico argentino de aquella época se halla reflejado en dichos trabajos, y hoy con motivo de la celebración del cincuentenario del Código



civil revisten excepcional interés. Hallámoslos en las búsquedas efectuadas para la preparación de nuestra tesis doctoral, y los entregamos, entonces, al doctor Victorino de la Plaza que decidió publicarlos para llenar ese vacío.

En el discurso que pronunció el 29 de septiembre de 1919, en la Universidad nacional de Córdoba, en ocasión del mencionado cincuentenario, dijo: «Como un homenaje al Código y su distinguido autor, aparecerán en un volumen todas esas críticas y otros varios artículos ya mencionados y que al presente son quizá ignorados de muchos de los que por su profesión manejan con asiduidad el Código civil».

Para satisfacer, pues, los encomiables deseos del doctor Victorino de la Plaza, tan inesperadamente fallecido, publican sus herederos la presente recopilación.

JORGE CABRAL TEXO.



DR. MANUEL RAFAEL GARCÍA ¹

I

PROJET D'UN CODE CIVIL POUR LA RÉPUBLIQUE ARGENTINE, RÉDIGÉ EN EXÉCUTION DE LA COMMISSION CONFÉRÉE À M. VÉLEZ SARSFIELD PAR LE GOUVERNEMENT NATIONAL.

Parmi les garanties les plus efficaces pour affermir les nationalités, l'unité législative compte au premier rang. La France en fournit une preuve lors de la publication des derniers codes que remplacèrent les coutumes des provinces.

Plus heureuse que l'Espagne, dont le système *foral* encore subsistant oppose des obstacles considérables à l'unité législative; plus heureuse aussi que l'Union américaine, égarée dans l'inextricable labyrinthe des lois nombreuses des divers états, inconvénient de premier ordre pour l'administration de

¹ Siendo secretario de la legación argentina en París, escribió para la *Revue historique de droit français et étranger* dos notas bibliográficas sobre el Proyecto de código civil, que se publicaron en 1866 y 1868; la primera en el tomo XII, página 97, traducida y reproducida en la *Revista de legislación y jurisprudencia*, tomo I, página 197. La segunda nota apareció en la misma revista francesa, tomo XIV, página 91.



la justice fédérale, la République Argentine entreprend sa codification nationale en mettant à profit l'expérience des autres peuples et la science de la législation comparée dont l'avancement est de nos jours si remarquable.

La réforme argentine débuta par le code de commerce, circonstance incontestablement fâcheuse, puisqu'elle accrut notablement la besogne des rédacteurs, forcés de remplir la lacune que laissait l'absence d'un code civil aux dépens de l'extension de leur travail. Après le code de commerce on vient de publier le code rural; on s'occupe à l'heure même du code pénal; une loi générale de mines est soumise à l'examen du Congrès national.

En rendant compte du projet du livre premier du code civil présenté au gouvernement en juin dernier, nous croyons faire connaître une œuvre digne d'intérêt aux lecteurs de la *Revue historique de droit*.

Le nom du jurisconsulte qui a rédigé ce projet est une garantie du succès, car ce nom appartient à une des plus hautes notabilités du barreau argentin.

Le livre premier contient la partie à la fois la plus difficile et la plus importante de la codification civile, c'est-à-dire le traité des personnes. Les lois espagnoles, dont la source était le droit romain, devaient garder bien des défauts de leur modèle. C'est en effet cette partie du droit qui a dû être la plus profondément modifiée par le changement des idées, des conditions sociales, surtout dans les pays démocratiques. « Dans la nécessité de développer le droit par la législation, dit l'auteur du projet, nous trouvant privés des avantages dont jouissait le peuple



romain qui possédait une législation originale, née avec la nation, croissant avec elle, nous nous sommes crus autorisés à puiser dans le droit scientifique.

«Le projet, s'écartant du code Napoléon et de ceux qui s'en sont inspirés, fait abstraction de la jouissance et de la perte des droits civils, de la mort civile, des droits qui procèdent des nationalités; en un mot, des droits *absolus*. Au dire de l'auteur, un code civil doit contenir des droits relatifs, soit réels, soit personnels, produisant des obligations spéciales entre des personnes déterminées. Les droits absolus, tels que la liberté, l'éligibilité, l'égalité, la sécurité et autres de la même nature, ont ce caractère spécial, que les obligations corrélatives s'adressent à l'ensemble des personnalités. Ils ne produisent aucun droit entre les individus, ils n'entraînent pas la privation d'un droit pour ceux à qui l'obligation incombe. L'obligation, dans ces circonstances, est simplement une inaction indispensable à l'efficacité de ces droits. Cette inaction est seulement la limite des droits de chacun. Au contraire, lorsque au droit relatif correspond une obligation de ne pas faire, la personne obligée se trouve privée d'un droit qu'elle possédait et auquel elle renonce volontairement. D'ailleurs les droits absolus, étant protégés contre toute violation par les prescriptions du code pénal, ne peuvent entrer qu'en partie dans le cadre de la réparation du dommage produit par un fait illicite, et alors ils se résolvent uniquement dans la prestation nécessaire pour la réparation du dommage.»

La différence entre les citoyens et les étrangers n'ayant pas de raison d'être quant à la jouissance des droits civils, le projet n'admet entre eux aucu-



ne distinction, d'accord en ceci, du reste, avec les prescriptions libérales de la Constitution nationale.

Les droits politiques sont également exclus du projet comme appartenant à la vie politique et n'étant, en fin de compte, que des facultés donnant une plus ou moins large participation aux fonctions publiques.

Le titre concernant l'état civil a été également l'objet d'une suppression, mais les raisons qui la motivent ne nous paraissent pas concluantes. L'auteur croirait, dit-il, s'immiscer indûment dans les droits souverains des provinces, réglant les conditions d'inscription dans les registres, la forme de ces registres, les obligations de ceux qui sont chargés de leur conservation. Mais puisque la Constitution nationale, s'écartant de la constitution de l'Amérique du Nord, a conféré au Congrès national la faculté de dicter les codes, puisque cette matière appartient au civil, puisque enfin la ratification du peuple a consacré cette délimitation de la souveraineté locale ou provinciale, nul doute ne peut s'élever, il nous semble, sur la constitutionnalité d'un pareil acte de la part du Congrès. Nous pensons, au reste, que cette matière doit être livrée exclusivement aux autorités civiles, ce que n'admet pas la loi de Buenos Aires concernant les registres civils. En introduisant cette même loi, avec ou sans modifications, dans le code civil national, il n'y a pas plus d'inconvénients à craindre qu'en livrant la matière aux législations locales. Tel est notre avis.

Le titre relatif à l'adoption a aussi été rayé du projet, qui s'en remet sur ce point à la libre disposition des propriétaires. Il en est de même des causes



qui dispensent de la tutelle. La tutelle étant un simple mandat, l'admission des excuses doit appartenir au juge, lequel décidera suivant les circonstances.

Le privilège de la restitution *in integrum* disparaît du projet, suivant l'exemple de quelques codes qui croient pouvoir mieux protéger l'intérêt des mineurs et la stabilité des contrats par d'autres moyens plus pratiques et plus équitables.

Tous les titres concernant les personnes reçoivent dans le projet un grand développement : beaucoup de titres entièrement nouveaux sont incorporés à l'ouvrage.

Enfin la méthode suivie dans la rédaction est celle qu'adopte et soutient l'auteur du projet du code brésilien, M. Freitas.

Le livre premier contient deux sections : la première sur les droits personnels au point de vue de la famille, finissant avec l'institution supplémentaire des tuteurs.

Cet aperçu sommaire de l'ensemble du livre premier du Code civil de la République Argentine donnera — nous l'espérons — une idée de l'esprit qui domine ce travail, en faisant connaître l'état de la science des lois dans un pays peu connu jusqu'à présent et qui mérite pourtant de l'être.

Dans une prochaine livraison, nous poursuivrons ce travail, en essayant d'analyser les plus remarquables articles du Code civil argentin.



II

NOTICE CONCERNANT LE LIVRE DEUXIÈME, SECTION TROISIÈME DU PROJET DE CODE CIVIL, RÉDIGÉ PAR DON DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD POUR LA RÉPUBLIQUE ARGENTINE.

Dans un précédent numéro de cette revue, nous avons consacré quelques lignes à ce travail remarquable sous bien des rapports; nous allons parcourir aujourd'hui la troisième section du livre qui vient de paraître.

Elle est composée des titres qui suivent:

Livre II. Des droits personnels dans les rapports civils de la troisième section. Titre I, Des obligations naissant des contrats; titre II, De la société conjugale; titre III, Des ventes; titre IV, De la cession de créances; titre V, De l'échange; titre VI, Du louage; titre VII, De la société; titre VIII, Des donations; titre IX, Du mandat; titre X, Du cautionnement; titre XI, Des contrats aléatoires; titre XII, Du contrat onéreux de rente viagère; titre XIII, De l'éviction; titre XIV, Des vices rédhibitoires; titre XV, Du dépôt; titre XVI, Du prêt (*mutuum*); titre XVII, Du commodat; titre XVIII, De la gestion d'affaires.

Les concordances et annotations précédant les articles du projet signalent les études consciencieuses et profondes faites par le jurisconsulte argentin pour son vaste travail. Un éclectisme aussi intelligent que laborieux, condition fondamentale d'une bonne codification, nous montre combien l'auteur



du projet est au courant des idées les plus avancées de la législation comparée et de la littérature légale des peuples européens et américains.

Pour les jurisconsultes français, en particulier, le titre de la société entre époux apparaîtra dans toute l'originalité que lui donnent les mœurs de la République Argentine. Nous nous bornerons, dans notre rapide aperçu, à signaler les points les plus saillants qui ont attiré notre attention, comme déviation du code civil français, modèle suivi par la plupart des codes européens.

L'article 1^{er}, titre deuxième, section troisième, ouvre le livre deuxième en rectifiant la fausse définition du mot *contrat*, d'après la critique de Savigny sur celle des Institutes. « Il y a un contrat, dit l'article 1^{er} du projet, lorsque deux personnes s'accordent sur une déclaration commune de leur volonté destinée à régler leurs droits. » Il ne suffit pas effectivement d'un accord des volontés, abstraction faite de l'objet de celles-ci pour créer un contrat, mais il faut que l'objet puisse produire un effet juridique.

L'article 5 du même titre, s'écarte du droit français suivant lequel les contrats réels sont considérés comme pouvant produire les effets qui leur sont propres par le simple consentement. Le projet de code maintient la doctrine du droit romain sur la tradition, doctrine admise par le législateur espagnol, suivant laquelle le seul consentement ne produit pas l'action du contrat sans la tradition préalable de la chose, objet du contrat réel.

L'article 12 prescrit que, « pour l'existence de la promesse comme *vinculum juris*, elle devra être



faite à une personne déterminée, et porter sur un objet spécial, ayant tous les caractères constitutifs des contrats».

Cette disposition tranche ainsi les intarissables questions relatives aux promesses dans les contrats de vente ou autres: questions que n'a pas vidées le code français, suivant le savant commentateur Troplong (commentaire sur l'article 1589). La doctrine de l'article du projet est combattue par Zachariae et soutenue par Savigny, sauf les cas des titres au porteur, matière étrangère aux contrats civils.

Les articles 14 à 18 fixent la question si controversée entre les civilistes français sur les contrats par correspondance. L'auteur du projet adopte la doctrine soutenue par Aubry et Rau, paragraphe 613 et celle de Duranton, volume XVI, numéro 45, et Marcadé sur l'article 1108 du code civil français, contre celle que soutiennent Troplong, Merlin, Delamarre, Toullier et Maynz.

«Les offres, dit l'article 14 du projet, pourront être rétractées avant l'acceptation, pourvu que celui qui les fait n'ait pas renoncé à les rétracter, ou qu'en les faisant, il ne soit pas obligé à les conserver jusqu'à un certain temps.

«Article 15. L'offre ou proposition verbale ne seraient pas considérées comme acceptées si elles ne l'étaient pas immédiatement, ou bien si elles avaient été faites par un agent, et si celui-ci revenait sans une acceptation expresse.

«Article 16. Toute modification faite en acceptant l'offre, emporte la proposition d'un nouveau contrat.

«Article 17. L'offre étant alternative ou com-



prenant des choses séparables, l'acceptation de l'une forme le contrat. Si les choses ne pouvaient être séparées, l'acceptation de l'une vaudra la proposition d'un nouveau contrat.

«Article 18. L'acceptation ne rend le contrat parfait que du moment de son envoi au proposant.»

Les articles transcrits (14 à 18, chap. I, tit. I, sect. III) se soutiennent par les considérations qui suivent:

«Les jurisconsultes français, dit l'auteur du projet, se sont divisés sur la détermination du moment de la formation du contrat par correspondance. Les lois romaines ne présentent aucune résolution sur cette question délicate. La doctrine que soutient notre article est défendue par Aubry et Rau, paragraphe 343 et note 3, lettre *a*; par Zachariae, paragraphe 613; Duranton, volume XVI, numéro 45; Marcadé, sur l'article 1108 du code civil, et par d'autres. Mais, Troplong, *Vente*, volume I, numéro 22; Merlin, *Vente*, paragraphe 1; Delamarre, volume I, numéro 247; Toullier, volume VI, numéro 27, et Maynz, paragraphe 284, note 10, enseignent que le contrat ne se conclut qu'au moment où arrive au proposant la réponse affirmative, chaque partie pouvant jusque là changer de volonté. Dans la *Revue de législation* de M. Fœlix, M. Cadrès a combattu victorieusement l'opinion de Troplong, suivant l'auteur du projet argentin. (*Revue* de 1844, p. 268, chap. VI, sect. III.)

«Article 64. Les contractants pourront, par consentement mutuel, soit éteindre les obligations créées par les contrats, soit reprendre les droits réels qu'ils se seraient transmis, et révoquer les contrats pour les causes que la loi permettra.»



Cette disposition repousse la doctrine contenue dans l'article 1134 du code civil français.

« Rien de plus inexact, suivant l'auteur du projet argentin, que de dire, avec le code français, que les contractants peuvent *révoquer* les contrats, par commun accord, ou par les causes que la loi détermine. *Révoquer* un contrat, signifie, en langage juridique, le réduire à rien, faire qu'il n'ait pas existé quant au passé, chose que le consentement des parties ne peut jamais faire. Ils pourront, c'est vrai, soit éteindre les obligations créées, soit retirer les droits réels déjà transmis; mais, ce qu'ils ne parviendront jamais à faire, c'est que ces obligations, que ces droits n'aient pas existé avec tous les effets qu'ils ont comporté. »

Nous disons donc, les parties pourront, par consentement réciproque, révoquer les contrats faits dans les cas permis par la loi, c'est-à-dire s'ils ont été faits par une personne incapable, par violence, par dol, etc., et, dans ce cas, le contrat est considéré comme non avenu.

La translation de la propriété, les servitudes établies lorsqu'il s'agit d'immeubles, tout reste sans effet, comme si rien n'avait été fait. (Marcadé, sur l'article 1134.)

Articles 69 à 75, titre premier, section troisième, chapitre sixième. Ces articles sont consacrés à la réglementation des contrats régie par les principes du droit international privé.

Les jurisconsultes américains Story et Kent ont obtenu de l'auteur du projet une juste préférence sur cette matière, chaque jour plus importante par sa fréquente application. Insérer dans le code de la



république les doctrines les plus libérales sur les rapports juridiques des droits internationaux, c'est obéir à la loi qui gouverne l'harmonie des intérêts sociaux, c'est sanctionner et fixer des doctrines dont l'application cause de fréquents conflits de souveraineté, donnant lieu à des procès coûteux et difficiles, et même à des réclamations diplomatiques plus ou moins bien appuyées en justice.

Titre deuxième, *De la société conjugale*. C'est le titre vraiment original du projet argentin, originalité basée sur nos mœurs opposées à celles de la plupart des pays européens, dans lesquels les biens tiennent une place si saillante dans les contrats de mariage, tandis qu'ils sont secondaires à la République Argentine. Les lois espagnoles sur les biens dotaux, calquées sur les romaines, n'ont jamais eu d'application dans notre pays, sans que cette circonstance ait rendu les familles moins heureuses. Loin de là, ces mœurs ont éloigné du foyer mille passions et ces intérêts matériels qui ont si vivement préoccupé les législateurs européens. Partant de cette donnée, sanctionnant ce fait honorable dans nos mœurs, le code argentin permet seulement en matière de mariage ces conventions matrimoniales qu'on a jugées indispensables soit aux époux, soit aux droits des tiers.

Les réformes plus remarquables du projet se bornent donc à l'aliénation dotale, aux privilèges et hypothèques que les lois ont accordés en cas de mariage par des causes qui n'ont plus aujourd'hui de raison d'être, comme il arrivait à Rome, où les facilités du divorce et sa fréquence avaient constitué une vraie polygamie légale.

Dans un prochain numéro, nous analyserons le



titre des contrats consensuels ainsi que les autres titres du projet de M. Vélez Sarsfield, en attendant l'article que nous a promis notre ami M. Édouard Laboulaye.



DR. JOSÉ FRANCISCO LÓPEZ¹

I

EL PROYECTO DE CÓDIGO
DEL DOCTOR VÉLEZ SARSFIELD

(Artículo remitido)

Por la imprenta del señor Coni acaba de publicarse el libro segundo del Proyecto de código civil del doctor Vélez Sarsfield.

El volumen de ese trabajo es casi el doble del publicado el año anterior, y satisfará la expectativa que este último dejó en el ánimo de nuestros colegas, a cuyo estudio se presenta una obra jefe como plan y ejecución.

En ella encontrarán la materia más científica y trascendental de la legislación. Las *obligaciones* bajo su denominación general: *De los derechos personales en las relaciones civiles*, tratada con rara lógi-

¹ Los artículos que se reproducen, fueron publicados los dos primeros en *El Nacional* correspondientes al 16 de octubre de 1866 y al 15 de octubre de 1867. Los demás aparecieron en *La Tribuna* de octubre 21 de 1868, y 19 y 20 de noviembre de 1869, siendo reproducido este último en la *Revista de legislación y jurisprudencia*, tomo II, página 415.



ca y unidad de sistema en el conjunto y en los detalles, cuya armonía restablece el orden y la afinidad natural en la familia de las categorías jurídicas, confusas y defectuosas hasta hoy en los demás códigos, por no estar bien trazada su órbita o hallarse fuera del lugar que les asigna la filiación legítima de la ciencia.

Elevándose sobre las tradiciones de escuela para estudiar en sus fuentes las leyes de genealogía general y particular, que rigen el organismo del sistema del derecho, el doctor Vélez Sarsfield nos lo reproduce hoy en las formas sensibles de un código, cuya unidad sintética y analítica se revela con rigurosa precisión, desde la idea capital que sirve de epígrafe al libro segundo, hasta la última ramificación de sus subdivisiones y detalles.

El primer título, *De la naturaleza y origen de las obligaciones*, es ya el restablecimiento de la unidad de la materia, mutilada por el código Napoleón y sus imitadores, que dividieron en dos títulos el tratado de las obligaciones en general, que comprende a todas, cualquiera que sea su procedencia: un contrato, un delito, o el *variae causarum figurae*.

Ese error no era aislado, o más bien dicho, venía como la consecuencia lógica de las ideas dominantes sobre el sistema del derecho, hasta que recibió de las manos de Savigny la conformación y delineamiento riguroso de la ciencia.

Tomándola desde su más alta unidad, Savigny la restituyó al sistema del derecho, estableciendo la necesidad y la conveniencia de separar de las doctrinas particulares las generales que sirven de base común; cuya confusión hacía legislar incidentalmente



en el tratado de compraventa, por ejemplo, sobre una parte del consentimiento, su alcance y manera de interpretarlo, siendo esta una materia general y común a todos los actos de la vida civil, y por consiguiente de un título separado: *De los hechos y actos jurídicos*.

Aplicando Savigny aquel principio que separa la doctrina sintética de la analítica, a cada una de las grandes teorías o categorías del sistema del derecho en particular, estableció la misma necesidad de reunir en un tratado las doctrinas generales que le servían de base común.

Esta ley de organismo jurídico desconocida en su primera aplicación por los jurisconsultos redactores del código Napoleón, lo fué también en la segunda en el tratado *De las obligaciones*, que por su vasta y expansiva esfera, ocupa el primer rango en la necesidad de su generalización sintética.

La legislación de Prusia, formada en el caudal inagotable de jurisconsultos alemanes, que constituyen la autoridad de la ciencia, es cuanto hay de más científico y perfecto en los códigos modernos.

Esa legislación es la única que tiene un título destinado a fijar la importancia y alcance legal de los *hechos jurídicos*.

La existencia de ese capítulo, que no se encontraba en código alguno, puesto que el de Prusia no ha sido traducido en ningún idioma, se reveló al doctor Vélez con esa lógica instintiva de la ciencia que siente el vacío de un anillo para el complemento de su obra.

Habiéndonos preguntado si ese capítulo existía en el código de Prusia, le contestamos que sí, facili-



tándole la traducción de aquél, que hicimos al efecto.

Pero nuestra sorpresa ha sido grande al ver ese pequeño fragmento del título primero, transformado por el autor en las dimensiones de tres capítulos nuevos: sobre *el error*, sobre *el dolo* y *el miedo* en los hechos jurídicos.

Los nueve títulos siguientes sobre los actos jurídicos, resumen las doctrinas de los jurisconsultos más notables, entre ellos Savigny, formando un tratado único en su género, por la originalidad de haber reunido en un solo cuerpo una serie de teorías de aplicación general, dispersas hasta hoy y haciendo parte de las de un carácter particular.

Al primer golpe de vista ya se revela la importancia trascendental de un título, que no sólo ha resistido a la codificación la unidad y homogeneidad en su forma, sino que la ha enriquecido en el fondo con una adquisición preciosa de la ciencia moderna.

Legislar sobre la universalidad de los actos y hechos jurídicos en las vastas escalas de sus modificaciones, por razón de sus consecuencias mediatas o inmediatas, del consentimiento, error, dolo, etc., todo esto entra en la filosofía sintética del derecho, a la cual debemos ese capítulo de legislación también sintética como complemento de la analítica, que sólo existía hasta hoy.

Ambas forman las dos secciones del presente Proyecto de código.

La sección primera consta de dos partes: *De las obligaciones en general* y *De la extinción de las obligaciones*. La segunda, *De los hechos y actos jurídicos*, de que hemos hablado.

La primera parte consta de quince títulos, y la



segunda de ocho, resumiéndose en ambas toda la materia de las obligaciones.

Es en ese terreno, el más vasto y científico por excelencia, donde se revela el tacto y criterio jurídico del autor, dándonos en un cuerpo de código y bajo una forma nueva cuanto la ciencia de la legislación y la doctrina de los primeros jurisconsultos franceses y alemanes tienen de más adelantado.

Al pie de la obra se pasa en revista la doctrina de esos jurisconsultos y de los códigos modernos, inclusive el derecho romano, como los materiales que han servido a su confección bajo la mano y espíritu organizador, a quien debe su fisonomía y el organismo más original y completo en este género de trabajo.

El texto, que lo es de la ciencia en forma de código, va ilustrado con comentarios que importan, por su extensa variedad, una revista de jurisprudencia y legislación comparada. Este trabajo tan valioso en sí mismo como obra de criterio y de doctrina, tomado desde el punto de vista del nuevo código, viene a hacer de su estudio un tema de derecho comparado y razonado, provocando de este modo su investigación científica en todas sus fases.

Será el primer código que pueda enorgullecerse de haberse aproximado más al de Prusia, y condensado en sus artículos la última obra del gran jurisconsulto Savigny, *Del derecho de las obligaciones*.

Después del primer civilista de la Alemania, notables jurisconsultos, como Zachariae, Mackeldey, Maynz, Aubry y Rau, Marcadé, Ortolan y Chardon, han sido la fuente de doctrina y estudio de este trabajo, cuya sanción formará época en la historia de nuestra codificación y en la ciencia del derecho.



Este es el juicio sintético que queremos anticipar a nuestros colegas, y con el cual saludamos la aparición de una obra eminentemente nacional y destinada a relegar al pasado el mosaico secular de nuestra legislación colonial.

II

I

La presente administración, a la víspera de despedirse de la escena pública para descender a la región privada, será sobrevivida por un monumento legislativo, que se levanta marcando una ruta y un signo de progreso, a la manera de los paisajes, campiñas y cúpulas que anuncian al turista fatigado del desierto, su entrada a los dominios de la vida civilizada y confortable, lo que bien pronto le hace olvidar los sufrimientos y privaciones de su peregrinación.

Nosotros la hacemos muy penosa y dependiendo siempre del capricho de los hombres, pero apoyándonos en los baluartes avanzados de una edad de promisión, avanzamos también su itinerario, aunque agobiados por el fardo de la educación colonial y avalanchas de barbarie que se desploman sobre nosotros, como las masas de hielo de los Alpes sobre una cabaña suiza en el fondo de sus valles.

Al mismo tiempo que pesa sobre nosotros la difícil tarea de civilizarnos y civilizar aquellos elementos rebeldes, no en el papel, sino en el fondo de los hombres y las cosas, la parte inteligente de nuestra sociedad se debate por emanciparse del des-



potismo de la conciencia y el espíritu, encadenado y educado en las amarras de una legislación y derecho público escrito en gran parte por la mano déspota de los reyes de España sobre los escombros de la libertad de los pueblos.

Esta legislación transplantada a América produjo y continúa produciendo el mismo fruto aunque con diferente nombre, porque ella era la escuela del despotismo de los mandones y de la imbecilidad del pueblo, que llegó a tirar triunfalmente el carro de su dictador, sin que nadie lo obligue.

Sin embargo, esa legislación correspondía a esos tiempos, como choca al nuestro, que se apresurará a deshacerse de ella, como de un vestido viejo y corto que no va más al cuerpo.

La codificación de un país, lejos de ser un hecho aislado, es la expresión de sus ideas, grado de cultura y vida política en un periodo dado, que puede llamarse pubertad o mayor edad, según el caudal de patriotismo y buen juicio que distingue a sus legisladores y hombres de Estado; porque entra en la esfera de su deber y de su ciencia, preparar las costumbres y los acontecimientos, como un agrónomo su terreno, para aclimatar sus reformas, en vez de ser arrastrados y sometidos al imperio caprichoso de aquellos, como la suerte de una lotería. De este modo serían las cosas, las que legislasen, apoyándose en los hombres, y no los hombres apoyándose en las cosas, y dándoles la forma que las adopte como un instrumento o vehículo al servicio de la misión que ha cabido a cada pueblo en el mapa de la humanidad.



II

Cada pensamiento tiene su época, y cada época su nombre en quien se encarna y realiza. El proyecto de una codificación argentina sólo podía surgir de un gobierno levantado sobre la unidad argentina. La ejecución de ese pensamiento encontró su hombre, como dicen los ingleses (*the very man*), en el doctor Vélez Sarsfield, quien hace tres años da al fin de cada uno un volumen de codificación como fruto de su fecunda laboriosidad.

Hoy acaba de publicarse el tercero, y de distribuirse para el *estudio* de los abogados, es decir no a su oficina llamada así, sino al dueño de ella, para el examen de dicha obra. Hacemos de paso esta observación en el interés de un libro valioso, y de nuestros colegas que tendrían más tarde que leerlo de carrera para aplicarlo al foro; porque creemos que su falta de *estudio* anterior proviene del *calembour* de la palabra, que parece destinar aquel objeto *al estudio del abogado*, y no *al abogado del estudio*.

El volumen, o segundo libro, que tenemos a la vista, abraza toda la materia de los contratos en su vasta y complicada ramificación, dibujándose a la manera de un árbol, la genealogía jurídica de la idea capital, que sirve de base al sistema distribuido en los diez y ocho títulos o categorías, creados hasta hoy en el consorcio y relaciones personales de la vida civil.

Esas jerarquías de entidades jurídicas desde su raíz hasta su última ramificación, ha sido trazada



en el conjunto y detalle de sus delineamientos por el criterio severo de la metodología moderna, que reproduce en las formas sensibles de una fidelidad objetiva el cuadro metafísico de la idea jurídica en toda la escala de su filiación sintética y analítica, imprimiendo al derecho la unidad perfecta de la ciencia.

Este es el plan de la obra que estudiamos y el cual surge de ella misma con la espontaneidad de la verdad, que sale al encuentro del espíritu que la busca con amor y de buena, como dice Goethe.

El primer título *De los contratos en general* resume la teoría y ley común que rige a todos en la aplicación genérica del principio, que vemos derivarse de la naturaleza *subjetiva* y *objetiva* del contrato. La primera nos pone en relación con los contrayentes, y por consiguiente, con el principio que rige el *consentimiento* y la *capacidad* de aquellas; la segunda con el contrato mismo, cuyos predicados jurídicos son el *objeto*, la *forma*, la *prueba* y sus *efectos*.

Esos seis principios que resumen la idea filosófica del contrato, deslindados con precisión y en forma de ley en otros tantos capítulos, son las columnas sobre las cuales se levanta con firmeza y belleza arquitectónica el edificio jurídico de los contratos; obra jefe de ciencia en el fondo, y de arte en la forma.

Esa feliz coincidencia de esos dos problemas de la codificación resueltas en la presente obra, es la continuación del mismo principio ejecutado con rigurosa precisión en el anterior volumen de las *obligaciones*, enriquecido con el capítulo de los *hechos*



y actos jurídicos, que no se encuentra en ningún código fuera del de Prusia.

En el título *Del efecto de los contratos*, quedan legisladas las cuestiones de derecho internacional privado, sobre la ley que debe regir el contrato celebrado en país extranjero; cuál debe ser su vigencia, y en qué casos; todo lo cual tenía que ser decidido por nuestros juzgados aplicando y balanceando la doctrina diversa de autores de derecho internacional, a falta de una ley, y sin otra que su opción de elegir o tomar por tal la opinión de un autor predilecto, como si los juzgados de provincia pudieran introducir y aplicar de su cuenta propia la jurisprudencia internacional privada creada en otros países, y que no puede ser regla ni ley entre nosotros, mientras no se declare tal por el Poder legislativo. Este grave inconveniente fué ya previsto y salvado por los romanos, cuando en el año 426 el emperador Valentino III sancionó una pragmática sobre el uso y la autoridad de los escritos de los célebres jurisconsultos del período anterior, a saber: Gayo, Papiniano, Paulo, Ulpiano y Modestino, estableciendo que, cuando en sus obras una cuestión de derecho tuviese diversas soluciones, el juez debía adoptar la de la mayoría de dichos jurisconsultos, y en caso de igualdad de autoridades en *pro* y en *contra*, debía estarse a la de Papiniano.

III

La *Sociedad conyugal* forma el título segundo, dividido en ocho capítulos, que estatuyen todo lo relativo a las *convenciones matrimoniales*, *dotes*, *ca-*



pital de los cónyuges y de la sociedad, sus cargas, administración, disolución y restitución de los bienes dotales.

La materia es simplificada y reducida al principio dominante de la sociedad, acabando con las anomalías de conservar las tradiciones del derecho romano, que partía de un polo opuesto al nuestro, es decir, del matrimonio sujeto al divorcio o disolución, y en el cual la mujer no tenía el papel de partícipe en las ganancias de la sociedad.

El autor del código, lógico en la etimología de la palabra y de la idea, estatuye que las dotes sean regidas por las mismas leyes que las donaciones, exonerando a los donantes de la evicción y saneamiento, como si se diese al marido en pago de haberse casado. Pero hay casos en que esta es la verdad, y que un individuo se casa enamorado o comprado por la dote ofrecida, lo cual constituye un verdadero contrato oneroso, cuya evicción no sería justo defraudar, cuando el marido reclamase la integridad o saneamiento de su mujer, es decir de la dote con quien se casó. En este caso el matrimonio sería a título oneroso, y como estos casos no son raros, habría debido dejárseles un lugar en el código.

En el privilegio o hipoteca tácita, es decir, oculta, de la dote de la mujer, que es una trampa contra los acreedores del marido, ha sido eliminada en su código por el señor doctor Vélez Sarsfield, como una tradición ruinosa a los intereses de buena fe y a la misma parte que se trata de beneficiar, dejando en sus manos una red productiva de pleitos, gran parte de los cuales surgían de la inenajenabilidad de



los bienes dotales, puestos hoy bajo la garantía del derecho común.

El autor del código, con su criterio de legislador, ha comprendido su misión de codificar, apoyándose en las costumbres que conviene mejorar y fortificar cuando son buenas, absteniéndose de introducir una legislación que introduciría a su vez la costumbre que le sirvió de origen, como sucede en las convenciones matrimoniales de otros códigos en que los cónyuges se reparten y reservan recíprocamente la administración y gestión de sus bienes; y de cuyo doble manejo resultan colisiones de intereses, que vienen a acabar en colisión de voluntades y en la perturbación del hogar conyugal.

Nuestras costumbres, dando al marido su verdadero papel de jefe de familia, han asegurado su unidad y colocándolo al abrigo de encontrar en su mujer un competidor o rival en la gestión de sus intereses. El proyecto de código sólo permite que la mujer se reserve la simple administración de un bien raíz; quedando todo lo demás bajo el régimen y gestión del marido, sin perjuicio de que éste le otorgue garantías e hipotecas como cualquier otro deudor.

Todo lo relativo al *capital* de los cónyuges, *principio y haber* de la sociedad, *sus cargas, administración, disolución* de aquélla, y *restitución de la dote*; queda metódicamente deslindado en sus respectivos capítulos.

IV

Entre los modos de disolverse la sociedad se halla la nulidad del contrato matrimonial. Pero el



título del dicho contrato sobre sus *requisitos, condiciones para su validez y fe pública, registro, forma de su otorgamiento ante el funcionario público, la capacidad de los contrayentes, impedimentos*, todos estos puntos de derecho civil no han sido legislados, declarándose en globo que en esta materia debe estarse a la legislación y tribunales de la iglesia, como si hubiese un artículo constitucional que le hubiese delegado esa parte de nuestra soberanía, de que seríamos privados los argentinos regidos en esa materia civil por un soberano de derecho divino, puesto que no viene del pueblo arriba del cual no reconocemos ninguno.

Como la constitución acuerda al Congreso la atribución de legislar *el mismo* el Código civil en su *totalidad*, mas no la facultad de delegar a otro poder la legislación del más capital de sus capítulos, el *contrato matrimonial*, se sigue que mientras éste no sea legislado y sancionado por el mismo Congreso o inserto en el mismo código, no podría hacer parte de él el capítulo de otro código, es decir del derecho eclesiástico, porque el *derecho canónico* no es el *derecho civil*, y será inconstitucional y atentatorio de nuestra soberanía suplir el segundo con el primero sancionado por otro soberano; como si dijéramos: *el capítulo del divorcio será regido por el código de Prusia*, lo que nos daría por resultado, que el rey Guillermo tendría su corte de justicia entre nosotros, con abogados y jueces prusianos, para decidir aquellas cuestiones, pues, por dicho código, es necesario ser prusiano para ejercer aquellas funciones.

Como el Estado no puede renunciar a su sobe-



ranía en una parte del Poder legislativo y judicial, la provincia de Santa Fe acaba de resumirla, sancionando el *matrimonio civil*, a que han dado vida en el terreno de la opinión y de la ley, la circulación de nuestros escritos y de nuestro libro, *El matrimonio civil, la Iglesia y el Estado en la República Argentina*.

Nosotros, cuyo trato personal con el señor doctor Vélez Sarsfield nos permite admirar su erudición y fuerza de primer civilista en nuestro país, no hemos podido abstenernos de objetar que haya dejado en su proyecto del código, el primer capítulo del derecho civil bajo el régimen del derecho eclesiástico. Mas hoy vemos que tenía razón de precaverse en tiempo contra las borrascas, pues habría caído en la excomunión del obispo del Paraná, juntamente con las personas que forman los poderes ejecutivo, judicial y legislativo de Santa Fe, por haber sancionado o contribuido a la sanción de la ley del matrimonio civil y su cumplimiento. Reservándonos volver sobre este punto; resumimos nuestro juicio sintético del código, objeto de estas líneas.

V

El título tercero *Del contrato de compraventa*, se divide en seis capítulos, que son las divisiones naturales o elementos jurídicos que constituyen dicho contrato, siendo precedidos de varios artículos o declaraciones generales, que complementan el conjunto y los detalles del más complicado de los contratos, con el mismo plan y lógica que hicimos notar



al principio, refiriéndonos al tratado *de los contratos en general*.

El título cuarto sobre la *Cesión de créditos* es el resumen de la doctrina de notables jurisconsultos, quedando casi terminadas innumerables cuestiones cuya solución no existe en nuestras leyes, sino accidentalmente y muchas veces artificialmente, al favor de un principio ingenioso, que sabe trazarles su derivación de un principio, a la manera de la filiación dudosa del candidato a una herencia.

Todos los demás contratos que reconoce el derecho civil son tratados con la misma unidad de plan y sistema, cuyos materiales enriquecidos por un caudal de valiosa doctrina tomada con un sano criterio de los primeros códigos y jurisconsultos alemanes y franceses, los cuales forman al pie de la obra una revista de derecho comparado, e ilustrado con notas y comentarios que son un estímulo de investigación científica de sus fuentes, Savigny, Zachariae, Troplong, Marcadé, Duvergier, Aubry y Rau, Duranton, cuyo estudio era necesario para la verdadera inteligencia del código, que es la ciencia de la escuela moderna del derecho introducido en esa forma.

La *evicción* que ha figurado hasta hoy en los códigos no como una categoría jurídica o capítulo elemental del derecho, sino como un accidente peculiar a la compraventa, cuando por su naturaleza debe serlo a todos los contratos por título oneroso, tratándose de la reparación del *vicio inherente al derecho* transferido lo mismo que el *vicio inherente a la cosa* obliga también a su saneamiento; ese grande error de los codificadores tomando esa entidad genérica por el accidente específico de un solo con-



tratante, dejando a los demás sin otra garantía que un pleito, ha sido corregido por el señor doctor Vélez Sarsfield restituyendo a la codificación ese capítulo de que estaba mutilada hasta hoy.

Como la transferencia o enajenación puede conservar sobre las *cosas* y los *derechos*, el vicio inherente a ambos, da una acción de saneamiento, llamada *redhibitoria* para las primeras, de *evicción* para los segundos.

Este simple análisis de la ciencia que anatomiza, por decirlo así, las partes elementales del ser jurídico, distinguiéndolas del accidente ha conducido al señor doctor Vélez Sarsfield a redactar en su código los dos títulos, *De la evicción* y *De los vicios redhibitorios* que hasta hoy habían sido legislados como un hecho sólo peculiar al saneamiento en el vicio inherente al *derecho* o la *cosa* de la compraventa, mientras que los permutantes, socios y copartícipes, no podían invocar la ley escrita de la *evicción* por el *vicio inherente* al derecho; lo que a su vez era un *vicio inherente* a la legislación, que las partes deben salvar hoy por medio de estipulaciones preventivas, o buscando su fortuna en los azares de un pleito, que les da la razón a ambos.

Una gran parte de nuestros pleitos que vienen al mundo engendrados por los vicios de nuestra actual legislación, no tendrán razón de ser, una vez sancionado el presente código.

VI

Pero esta codificación más que una reforma, es una gran revolución en nuestro foro, porque su pen-



samiento, su plan y su ejecución es la revolución de la ciencia, cuyo genuino espíritu no podrá ser comprendido en todo su alcance y unidad sin el comentario auténtico a que debe su origen.

Este cambio radical de ideas y sistema jurídico en un terreno endurecido por la acción secular de una legislación feudal colonial, es mucho más profundo y tomará más tiempo para fundirse en la jurisprudencia de nuestro foro, que el que fué necesario al código Napoleón, admirado entonces y aun hoy por sus expositores modernos como una creación jurídica de ese tiempo.

Sin embargo, el código Napoleón reposa en el fundamento de la escuela histórica, siendo forma de los elementos históricos de la jurisprudencia francesa, pues el derecho sancionado en el Código civil (tomado casi todo de Pothier) es en parte de origen romano y germánico, habiendo regido este último antes de la revolución *como derecho no escrito particular* o *como derecho común* de Francia; y en parte de las doctrinas jurídicas del siglo XVIII, surgiendo de la fundición de todos estos elementos la nueva legislación, que adaptando los principios de esas fuentes de derecho a las necesidades de la vida moderna, les dió la forma que el legislador juzgó más conveniente. Su espíritu, sin embargo, es el de la revolución francesa o la engendró, y de cual era a su vez una segunda faz, la revolución en el derecho civil; porque una nación no puede reformarse a la mitad, aceptando la revolución en la una, y conservando el viejo régimen en la otra, como nos sucede a nosotros, adorando como a un ídolo mejicano la libertad y la soberanía del pueblo cuyo código acuerda el



derecho de casarse sin distinción de cultos, ni nacionalidad; mientras que en la práctica no hay tribunal nacional ni provincial que proteja el ejercicio de ese derecho por su falta de reglamentación.

VII

Y sin embargo, puede sostenerse y sostenemos, que el matrimonio civil, tiene su raíz en la misma constitución que declara *civil el derecho de casarse*, y, por consiguiente, regido por el *derecho civil*, y bajo la jurisdicción del Poder legislativo como toda materia civil.

El pueblo soberano de Santa Fe ha estado, pues, en su perfecto derecho legislando sobre esa materia como han legislado y legislan los pueblos católicos más ortodoxos, como Francia, Austria, Bélgica, el Piamonte, Baden, Nasau y la Prusia del Rin y el Brasil mismo, que trata de introducir el *matrimonio civil sin excluir a los clérigos*, porque son de carne y hueso como cualquier otro mortal. Si los artículos de la nueva ley del matrimonio civil en Santa Fe, no están en armonía con las costumbres creadas por el derecho canónico, ésta es una cuestión de legislación, mas no de jurisdicción, porque el Estado es el único soberano para legislar en lo relativo a leyes civiles; que sin duda es un deber moral y religioso del Estado hacerlo en armonía con los principios del derecho divino, como la indisolubilidad del vínculo; pero esto no constituye a la Iglesia, recibida en el Estado bajo el patronato y protección del Estado, en soberano del mismo soberano, para exco-



mulgarlo y conjurar al pueblo a que resista el cumplimiento de sus leyes, como acaba de hacerlo el señor obispo del Paraná, con el gobierno, cámaras y tribunales de Santa Fe. Ese edicto de excomunión para que el pueblo no obedezca a sus autoridades y leyes constitucionales, es una provocación a la anarquía, a la revuelta y a la guerra civil, lo que es lamentable en un pastor y discípulo de Jesucristo, quien lejos de predicar a los pueblos que se rebelen contra sus soberanos, les enseñó la sumisión y la obediencia con aquel gran precepto: *Obedeced a vuestros superiores porque toda autoridad viene de Dios.*

En los momentos solemnes en que la *autoridad* asida como un náufrago al faro de la constitución y poderes públicos creados por ella, para salvarse del naufragio político de la anarquía y de los caudillos que se desbordan sobre ella como un remolino de sangre; en estos momentos de zozobra para la sociedad, provocar esa misma anarquía en nombre de la religión, dándole sus armas y su fanatismo, es un hecho que deploramos por esa misma religión que amamos, por la patria en que nacimos, y por el venerable Pastor, cuyo excesivo celo le han arrebatado hasta el borde de un abismo, donde aparece el original espectáculo de un *obispo revolucionario del Paraná* en duelo abierto con el *gobernador revolucionario de Santa Fe*, como le llaman sus enemigos, sin que nosotros tengamos noticias del orden constitucional que haya derrocado.

Pero el obispo, que sólo es nombrado y aceptado su *exequatur* a condición de respetar la Constitución nacional y la soberanía del pueblo argentino, que jura cumplir, no ha podido atentar contra las leyes



y autoridades constituídas por él mismo, ni mucho menos desconocerlas y ordenar la resistencia como ciudadano argentino en nombre de la *libertad de conciencia, que no es la libertad de rebelión*, sin atraer consecuencias lamentables a la sociedad y a la religión misma, que sufre en la persona de los pastores, a quienes desearíamos ver, como verdaderos apóstoles de Cristo, dominar desde el cielo las tempestades de la tierra, no con el rayo de Jupiter Tonante, sino con la luz tranquila del Evangelio, que vino a regenerar el mundo con la libertad del cuerpo, del espíritu y de la conciencia, que es el alma de la Democracia.

III

PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL
DEL DOCTOR VÉLEZ SARSFIELD

(Libro tercero y otras cosas)

I

La codificación, simple fisonomía de la conciencia jurídica de un pueblo en un momento dado, y que varía como toda fisonomía reflejando los fenómenos del interior y la estampa del tiempo y la moral que los produce, es la esencia y el producto de todas las elaboraciones parciales del organismo social, político y económico que constituye la vida del Estado.

Cuando esa codificación surge espontáneamente de su seno, engendrada por la colaboración simultá-



nea de todos los órganos del cuerpo social a que se destinan, entonces puede llamarse la expresión genuina de aquél, como una obra de arte lo es de los diferentes períodos de infancia, florecimiento o decadencia de una escuela, de una literatura o de un estadista. Algunas veces éste se anticipa a su siglo, a su época, o a su país, echando los cimientos de una gran reforma que viene a marcar los límites de dos principios en antagonismo: la escuela vieja que comienza a perder terreno en la índole y desarrollo de una sociedad joven, que rompe y abandona los viejos vestidos que aprisionan su movimiento de transformación; y la escuela moderna nacida de esa necesidad, que es la válvula de la vida, abriéndose paso al través de la petrificación del pasado, y la estagnación del presente, para ligarse al porvenir; lo mismo que los túneles ligan los pueblos a través del corazón de los ríos y de las montañas, haciendo de su mismo lecho la bóveda que los protege del cataclismo de un desplome.

Nosotros creemos que el legislador es el gran ingeniero del edificio social, cuyo terreno histórico debe estudiar en todas las capas de su formación, condiciones, defectos, necesidades y medios de llegar a la ejecución de sus destinos, para dominar este terreno, es necesario haber vivido en él, estudiándolo haciendo de su estudio su profesión. Troplong, Zachariae, Mittermaier, no serían los mejores legisladores de nuestro país, y no sería difícil hallar los peores en la importación servil de la codificación extranjera, como si se tratase de un texto de química, matemáticas o astronomía.

El jurisconsulto que domina los dos grandes prin-



cipios de la ciencia, el elemento del *derecho histórico*, que podemos llamar el *cuerpo*, y el elemento del *derecho filosófico*, el *alma* de la legislación, combinando ambas escuelas con su aplicación práctica a la relación de la vida civil, es el verdadero legislador; siendo de este modo que han procedido los codificadores del código Napoleón, de Prusia y otros de Alemania. Ellos no han sido sino el desarrollo gradual del derecho no escrito, de la jurisprudencia de sus tribunales, y de la doctrina de sus tratadistas recopilada en un código.

II

La codificación del señor doctor Vélez Sarsfield, tiene el singular mérito de haber construido el *derecho científico y filosófico* como se llama en Alemania, sobre las raíces del *derecho histórico* y de nuestras costumbres, hasta donde ha sido prudente conservarlo, produciendo de este modo una revolución científica que nos emancipa del dogmatismo feudal de la edad media, adonde la justicia tiene aún que retrogradar para consultar el oráculo de la ley a sus sibilas de pergamino, veladas con el polvo de los siglos. El nuevo código, por el contrario, sin perder el terreno histórico, conservado en gran parte, no como un complemento arquitectónico, sino como los estribos del edificio, ha tomado su plan y materiales a la ciencia moderna, introducida en forma de código al cultivo de nuestro foro y universidades, donde se alimentará hasta generalizarse y constituir nuestra conciencia jurídica como lo es de los pueblos en cuyo suelo ha fructificado y tiene sus raíces.



Ellos que no han importado, sino creado, como Francia, España, Alemania, Inglaterra y Estados Unidos, pueden decir: estas instituciones que han nacido, crecido y vivido con nosotros, son una parte de nuestro ser o más bien dicho, nuestro ser mismo, nuestra conciencia jurídica escrita en un código.

Nosotros que nos encontramos en un período de transición y cataclismo, como el *terciario* de la tierra, formándonos de un lado y destruyéndonos de otro, como si una porción de nuestra raza debiese desaparecer para salvar el resto en medio de un caos de elementos dispersos a la merced del primero que sopla sobre ellos la tempestad, porque todo carece de raíces, y es importado hasta el plomo y el fierro con que nos exterminamos y ayudamos a exterminar, en mataderos permanentes de carne humana, sin excluir los mismos flagelos del cólera, aclimatado para podarnos cada seis meses, sin que, esclavos de la guerra y sus pestes, tengamos el tiempo ni la libertad de hacer otra cosa; nosotros no podemos plagiar la actitud normal de sociedades regulares, reproduciendo en un código la conciencia jurídica de nuestro ser actual, es decir, la conciencia jurídica de un volcán en ebullición.

En una situación tan inversa y excepcional, no debemos esperar que los códigos sean formados por las costumbres, sino a formar las costumbres por medio de los códigos, dándoles el papel de una palanca civilizadora y humanizadora que en iguales circunstancias ejerció el derecho romano en los pueblos de la edad media también propiedad feudal o política de los mandones y caudillos, como algunas provincias argentinas, introduciendo con su sistema



un nuevo plan de mejora en las relaciones de la vida civil, y en los tribunales y en el estudio del derecho, elevándolo al rango y dimensiones de una ciencia que era necesario estudiar y aplicar fuera de los límites de la legislación local, defectuosa y transitoria como la nuestra.

La nueva codificación, cuerpo completo salvo el vacío del capítulo sobre el matrimonio civil, que echamos de menos, tomado en su plan, compaginamiento, incisos y tecnología a la escuela moderna, producirá una revolución transcendental en el foro y el estudio de sus comentarios substituyéndose los de Gregorio López, Covarrubias, Curia Filípica y Julio Claro, con Savigny, Zachariae, Mittermaier, Troplong, etc., que serán los expositores y fuentes vivas del nuevo derecho civil argentino.

Pero al emanciparnos de la legislación española, para darnos otra, sólo hacemos un acto de familia, sin renunciar al legítimo orgullo de nuestra raza, que produjo en medio de las tinieblas del siglo XIII las *Siete Partidas*, gran monumento de ciencia, moral, justicia y equidad, que después de haber iluminado y templado el obscurantismo de aquellos tiempos de fierro, hoy mismo, en pleno siglo XIX, podría ser el orgullo del más liberal de los códigos modernos, con declaraciones de los derechos del hombre como ésta: «Aman et cobdicien naturalmente todas las criaturas del mundo la libertad, quanto mas los omes que han entendimiento sobre todas las otras, e mayormente aquellos que son de noble corazon. (Proem. del tít. 2, part. 4.)

Antes que los Estados Unidos hubiesen dado sus instituciones federales, en que el gobierno no puede



decidir los asuntos de alta importancia sin acuerdo del Congreso, y la Corte suprema es el guardián de la constitución para conocer siempre que se afecte alguno de sus artículos, ya la España, por los años de 1336, estaba en posesión de un sistema representativo igual, que no permitía al rey decidir asuntos de transcendencia sin la aprobación de las Cortes, formadas de los representantes nombrados por todas las clases del pueblo, hallándose más ligado a la voluntad de aquéllas que el presidente Johnson al Congreso, que acaba de enjuiciarlo y absolverlo. El rey tenía menos poder que un presidente de república, que la lleva a manera de reloj en el bolsillo, como hay muchos en Sud América, pues las diferencias o cuestiones entre el rey y las Cortes, eran juzgadas por un juez de corte, llamado *Justicia*.

Este antecedente histórico, haciendo remontar las tradiciones del sistema representativo hasta la España del siglo XIV, no importa suponer que los Estados Unidos le hayan copiado a ella, pues ellos sólo copiaron a sus instituciones y a la índole y naturaleza de sus costumbres libres en un continente libre. Ellas tenían la consistencia del granito con que levantaron su edificio, mientras que el nuestro compuesto de masas de gentes sin preparación, es como una casa de tierra que se desploma bajo el peso de un caudillo.

III

Viniendo ahora al proyecto de código del doctor Vélez Sarsfield, el libro tercero que acaba terminar antes del fin de año, bajo el título *De los derechos*



reales, es un cuerpo de método y de ciencia, comprendida toda la materia de las cosas, la « posesión de las cosas y los derechos de las cosas » en toda la vasta escala de su desarrollo. Esa región del derecho, que es la que más se aproxima o encarna en la región práctica de los hechos, comunicándoles su vida jurídica, se halla deslindada en todas sus grandes secciones con la maestría del viejo jurisconsulto, que ha estudiado y comparado diversos sistemas, penetrando con la afinidad y filiación de las familias de las ideas, cuyo tronco y ramificaciones describe en todas sus gradaciones y categorías jurídicas, reduciéndolas a un todo sintético y analítico.

Las diversas cuestiones por razón de la naturaleza de las cosas, su posesión y las varias formas de derechos reales sobre las mismas, quedan comprendidas en los principios que las rigen hasta su último detalle, por la rigurosa definición y amplio desenvolvimiento de aquéllos.

El título *De las cosas* en relación a sí mismas, a las personas, traza reglas fijas y genéricas que permiten con seguridad distinguir en la vasta universalidad y accidentes de las cosas, la especie jurídica a que pertenecen.

Después viene el título *De la posesión*, que juega un papel tan transcendental en los actos jurídicos a que se liga; mientras que antes era legislada accidentalmente en cada caso o materia especial; por ejemplo en la prescripción, compraventa de un objeto, cuya posesión decide su validez y otras cuestiones accesorias. La definición *de la posesión* en toda su extensión genérica, « su carácter y requisi-



tos legales, modos de adquirirla, derechos y obligaciones de la que se tiene con buena o mala fe», de la pérdida y conservación de aquéllos, todas las situaciones jurídicas emergentes de hechos tan variados, se hallan legisladas con una precisión, que ese título parece más bien un extracto del gran libro *De la posesión* con que Savigny inauguró su celebridad de primer jurisconsulto en Europa.

Como los hechos engendran derechos y el ejercicio de éstos es la acción, las *acciones posesorias* constituyen el capítulo complementario de la posesión; y en este mismo orden trata de aquellos el título tercero del Proyecto de código que tenemos a la vista.

El título cuarto es la introducción a los *Derechos reales*, que comienza en el título quinto por el *Dominio y modo de adquirirlo* explicado en toda su esfera de acción, dando una verdadera idea de la propiedad, acciones reales, usufructo, condominio, sus límites y restricciones que forman el vasto título de la servidumbre, todo lo cual es un resumen metódico de las doctrinas y principios que rigen la ciencia.

IV

El título *De la hipoteca* es una reforma transcendental, restituyendo a esa obligación su carácter eminentemente convencional, y acabando con las hipotecas tácitas y legales, que las partes no han estipulado, y que el legislador no puede estipular por ellas como tutor, creando privilegios ocultos,



como una celada en que vienen a arruinarse derechos legítimos e intereses de buena fe.

El fisco mismo, que no es sino la masa y personalidad colectiva de los intereses sociales, tampoco puede estar armado de privilegios contra los mismos particulares de que se compone, sino conforme a las tradiciones de nuestra legislación monárquica que hacía dos personas del soberano y la Nación, sometida a la voluntad y régimen de aquél.

La revolución ha devuelto a la República la unidad de su persona y su derecho, cesando el antagonismo de dos personas y dos derechos, porque no hay sino el pueblo que se gobierna por sí mismo y para sí mismo, que es el *self government*, que estamos por plantear en una tierra amasada por siglos de despotismo e indolencia constitucional, puesta hasta la dictadura de Rosas, que nos obligaba a *llevar librea, amar y odiar, reír y llorar por decreto*, que confería a los hombres talento e inteligencia locura e imbecilidad, poniendo a unos arriba de la ley y a otros sin ley y fuera de la ley; todo este sistema que empalidece los antecedentes de la conquista y del mismo régimen colonial, estaba decorado con tela constitucional, fabricada por los poderes constituidos, como lo era el legislativo que sancionó.

El gobierno nada significa por sí mismo, sino en las monarquías donde ejerce derechos propios independientes del pueblo, a quien impone la política que el soberano quiere en uso de sus prerrogativas, aunque aquél se arruine, como sucedió a la Francia en la expedición de México, verificándose literalmente que el gobierno gobierna al pueblo.



En la república, es el pueblo quien se gobierna por medio del gobierno, simple apoderado de aquél para cumplir la voluntad del poderdante, en cuyo nombre obra, y no imponerle la suya, lo que importaría hacerse señor del dueño y de sus cosas, o cuando menos tutor forzador o forzado de la república, como no faltan ejemplos en Sud América.

Es por eso que nos ha chocado siempre, como un plagio o tradición monárquica, ver a un presidente subir al gobierno como un rey al trono, imponiendo al pueblo antes de gobernarlo, el programa de su voluntad; el verdadero programa de un presidente es «cumplir y respetar la voluntad del pueblo». Y a propósito de programas, el del presidente Sarmiento, de cumplir y hacer cumplir la Constitución, es digno del estadista que ha bebido la democracia y el principio de nuestras instituciones en las fuentes vivas del gran pueblo de quien las hemos tomado.

Cerrando este paréntesis, deslizado al tratar sobre la abolición del privilegio de las hipotecas legales en el proyecto de código del doctor Vélez Sarsfield, resumimos la materia, haciendo notar otra reforma no menos transcendental a saber: que pueden ser hipotecadas no sólo las cosas inmuebles, sino también los muebles, registrándose lo mismo que aquéllas.

El bien mueble queda así elevado al rango de crédito mobiliario, permitiendo levantar un crédito sobre su valor, desde que el acreedor queda garantido, sin necesidad de remover las cosas, privando al dueño de su uso y cargando al acreedor con su guarda, como en la presente.



V

Estas son las facciones más prominentes del libro tercero del proyecto de código civil que pasamos en revista. Casi diríamos, por sus dimensiones y detalles, que es demasiado científica y elemental, para un código, sino estuviéramos acostumbrados a una docena de volúmenes en folio, que constituyen nuestra actual codificación, y si el código de Prusia, que pasa por el más perfecto, no fuese todavía más extenso que el del doctor Vélez Sarsfield.

Hay dos opiniones respecto a la extensión de un código: una por el laconismo, como el de Napoleón, dejando a los jueces y abogados suplir con su doctrina los vacíos, y ausencia de la ley en principios de frecuente aplicación; otra por el desarrollo de todos, consignados en aquélla; no dejando al juez sino la aplicación, de manera que no necesite buscar frecuentemente fuera del código para la regla la solución de las cuestiones ocurrentes. Nosotros creemos que un término medio entre estas dos escuelas concilia las ventajas de ambas.

Puesto que estamos haciendo una crítica, que significa la libertad de examen, creemos poder agregar, sin temor de ser excomulgados, que sólo encontramos un vacío en todo el Proyecto de código civil. Él domina todas las necesidades de la vida civil, sin descuidar el establecimiento de un registro de hipotecas al cargo de un oficial público que garantizará en sus archivos hasta la hipoteca de un rebaño.

Pero el registro de las actas, que valen más que todas las fortunas de Buenos Aires, es decir del pa-



drón oficial del estado de la familia, de los que nacen, de los que mueren, de la legitimidad y legalidad de los hijos, que es la base de la sociedad civil, librada al caos de apuntes de curas y sacristanes, que entran y salen sin dependencia ni intervención alguna del Estado, y continuando aquélla bajo la jurisdicción eclesiástica, como si fuese diezmo ó materia espiritual. Es verdad que esto no puede reformarse radicalmente sin legislar sobre el matrimonio, condiciones y requisitos para su validez ante la autoridad civil respecto de los efectos civiles, pues fuera de ella ninguno existe. Mas esta legislación, que aun conservando el matrimonio religioso previo el civil, se llamaría siempre matrimonio civil, habría dado lugar a que se quemase el código en la plaza de Santa Fe una vez sancionado, lo mismo que las leyes del matrimonio civil de aquella provincia fueron quemadas allí, y lo habrían sido junto con su autor el gobernador Oroño, si éste no se aleja con tiempo del *auto de fe* que le esperaba.

Cumple a nuestra lealtad, como antagonista de nuestro amigo el señor doctor Vélez Sarsfield en la cuestión del matrimonio civil, darle la razón haciendo justicia a su alta previsión política, que le hizo abstenerse de dar una ley que habría obligado al gobierno nacional a intervenir en Santa Fe contra la sedición que quemase el Código civil de la República, teniendo entonces que derribar al gobierno que levantó, y levantar al gobierno que derribó.

Cuando las monarquías más estacionarias y ultramontanas, como Nápoles y Austria, han emancipado su derecho civil de la jurisdicción eclesiástica, nosotros nos hemos quedado atrás de aquéllas para



escarnio y caricatura de la república, como una colonia ultramontana con el matrimonio y el estado civil de la familia bajo la jurisdicción canónica, y sus autoridades administrando justicia y corriendo con los asientos de lo más civil y valioso que hay en la vida, sin derivar esa soberanía legislativa, judicial, administrativa del pueblo ni de la constitución, con tonsura, bonete, gorro y peluca, en que duermen la libertad de conciencia y de casarse, garantida por aquélla sobre el papel, y a pesar de la cual hay argentinos que no pueden ejercer aquel derecho constitucional sin impetrar y pagar el permiso y dispensa de un soberano extranjero. Y haga usted patria con repúblicas de este tipo; imposible. ¡Y sino preguntadlo a un yanqui!!...

IV

ÚLTIMO LIBRO DEL CÓDIGO CIVIL DEL DOCTOR VÉLEZ SARSFIELD. — ROL Y RELACIÓN DE NUESTRAS INSTITUCIONES CIVILES Y POLÍTICAS EN EL ESTADO ACTUAL DE LA SOCIEDAD ARGENTINA. — RESTO FEUDAL COLONIAL QUE LAS SERVILIZA Y ENCADENA AL PASADO.

I

Esta notable obra de codificación argentina, producto de una extraordinaria labor y erudición, en que el autor, como la abeja, ha extraído de la ciencia cuanto tiene de más adelantado, y de su experiencia en el foro cuanto la sociedad ofrece de más práctico, ha llegado a su término. Los abogados



han debido con noble rivalidad salir al encuentro de este código, que viene a regir todos los intereses y relaciones de la sociedad civil, para interrogarlo sobre su pensamiento, su plan y su estructura, so pena de que cuando traten de aplicar y hacer funcionar un mecanismo desconocido se encuentren desorientados, sin conocer el conjunto del sistema, ni las fuentes y doctrinas a que responde cada uno de sus artículos.

La transición de dos sistemas a seis siglos de distancia, es decir, de la legislación del siglo XIII que nos rige, para sustituirla en un día por la legislación del siglo XIX, es un fenómeno jurídico que sólo se ha operado en nosotros, y que no es sino la segunda edición del fenómeno político que nos hizo cambiar en veinticuatro horas la librea colonial de la España del siglo XV con el uniforme yanqui de la república americana del siglo XIX, sin que, a excepción de Buenos Aires, hayamos conseguido en el resto de la República, resolver prácticamente el primer problema social que separa la barbarie de la civilización, la garantía de la propiedad, de la vida y de los derechos políticos, monopolio de los corredores políticos y de los caudillos de provincia, como antes lo eran del rey de España. La democracia ha naufragado en la barbarie del desierto del campo y de las ciudades en esqueleto, como un tísico, por falta de educación y savia industrial que les dé vida autonómica, para caer a los pies de los caudillos o compañías políticas que trafican con ella y viven de su producto. La democracia es la cúpula del gran monumento de la civilización, y mientras aquél no esté construido de materiales civilizados, se des-



moronará eternamente como un castillo de azúcar, bajo el solo peso de cualquier caudillo. Las constituciones son el dibujo de un plan arquitectónico o mecanismo político: la forma, mas no el material, que cuando no corresponde, sólo sirve para una máquina de explosión. De nada serviría la pólvora y el vapor al que fundiese cañones y locomotoras de cinc a falta de fierro, que resiste a su presión.

El general Grant, presidente de los Estados Unidos y vencedor de la rebelión del Sur, galopaba por la calle en contravención de una ordenanza policial; un gendarme lo detuvo, haciéndolo bajar del caballo y llevándolo a la primera oficina de policía al héroe de los Estados Unidos, que pagó su multa como cualquier ciudadano; mientras que entre nosotros cualquier caudillo vulgar, sin ser general, atropellará una provincia entera, su sociedad y sus instituciones, y el pueblo lo hará gobernador y no faltarán turbas que se hagan matar por él como siervos.

La educación republicana, hace imposible que ningún americano sea arreado por otro hombre, ni que dé cuatro pasos sobre la constitución ni los derechos civiles y políticos del ciudadano, que cada uno sabe de memoria, para defenderlos con la vida si es necesario. De este modo, nadie los ataca; la república y la democracia es una verdad, y no un monopolio de personas privilegiadas. Entre nosotros, sucede esto último, porque todavía no hay en toda la República un colegio donde se dé educación republicana, y se enseñe con un catecismo republicano el compendio de los derechos y las obligaciones del ciudadano. Se votan millones para la erección de



escuelas particulares y normales, sin votar un peso para traer profesores que son el alma de aquéllas, y poseen la ciencia de educar la juventud y prepararla al profesorado, confiado a aprendices o aficionados que jamás tuvieron tal profesión ni tal diploma, sin el cual no serían admitidos ni para la escuela de una aldea de Alemania o de Inglaterra; porque allí no se confía la educación de la juventud al que no esté munido, como el médico o el abogado, de un diploma expedido por un cuerpo científico. Se votan fondos para hacer venir profesores de ciencias, y no se votan para profesores de la ciencia más fundamental, que es el profesor de escuelas, y de seminarios, donde se forman los profesores, que en ningún país se improvisan de simples aficionados; porque la escuela es el taller donde se funde la nacionalidad de cada país, y el tipo de sus hombres de Estado, trascendentales o frívolos, según sea un profesor o un aficionado de quien recibieron su primera estampa. El empirismo y superficialidad de la escuela es la tela con que los hombres entran a la vida pública y de Estado, resultando que el pueblo y el gobierno dilapidan su tiempo y sus tesoros en cuestiones pueriles, entrando y saliendo los años sin ver leyes prácticas y regeneradoras, que tanto necesita el país, porque los gobernantes y gobernados carecen de ideas serias y precisas sobre la ciencia de Estado que, no siendo *infusa*, en todas partes se enseña menos entre nosotros, bastando el decreto gubernativo que los cría y hace hombres de Estado. En una tela tan rala e imperfecta, las instituciones civiles y políticas que la realzan no alcanzan su objeto por la mezcla del más *perfecto de los sistemas*,



hecho del *más imperfecto de los materiales*, dando el *más imperfecto* y ruinoso de los mecanismos, como han sido por regla general muchos gobiernos a pesar de su buena voluntad. Ni ellos ni nosotros podemos echar la culpa a nuestras instituciones, pues precisamente han copiado teóricamente lo más perfecto que el ingenio humano ha alcanzado en la materia; y en la práctica, recogido los frutos más amargos y desastrosos, a la manera de aquel que se envenenó preparando un néctar con ingredientes distintos a los de la receta, creyendo que todos podrían dar el mismo resultado sin identidad ni preparación; mientras que los americanos, de quienes la hemos tomado, son un modelo de prosperidad y virilidad, que en todas sus crisis y fenómenos parte de la personalidad del pueblo, arrastrando a los individuos, al contrario de nuestros países feudales, en que toda su vida y sus acontecimientos se hacen por el individuo arrastrando al pueblo, que es un mito como ser político.

El material democrático con que los americanos han construido su edificio político está preparado con la pasta de granito de la autonomía política y económica del pueblo, elaborada en los talleres de la educación elemental e industrial que le dan esa consistencia, y cuya falta de preparación conserva al pueblo como una cera o pasta colonial destinada a recibir la estampa o figura personal de cada nuevo gobierno que la amasa en el hueco de su mano. Así, pues, hay gobiernos que fabrican diputados y senadores, y aun viven de esa industria, como alguno del interior; llevando aquéllos la señal o nombre del autor, como una figura de yeso. Entonces el



defecto no está en las leyes, sino en los hombres y en las cosas; pues a pesar del *más perfecto de los sistemas*, sólo hemos recogido el mayor cúmulo de calamidades, guerras y desastres, que se desmoronan lógicamente sobre nuestra sociedad, envolviéndola en sus ruinas, escritas de antemano, en los materiales de un edificio político, sin consistencia ni preparación.

Es necesario reformar los hombres y las cosas, fundiéndolos en el taller de la escuela industrial e intelectual, que nos enseña a *pensar y producir*, es decir, al ejercicio de su *conciencia política*, y de su *potencia autonómica*, para dar a nuestra tierra el abono político y democrático, que ayude al fecundamiento de las instituciones que hemos sembrado en ella.

II

Esto que decimos de las instituciones políticas es igualmente aplicable a las instituciones de un código, cuya aplicación y buenos efectos dependen de la capacidad y moralidad de los funcionarios que intervienen en ella, y de las garantías que aseguran su resultado.

El primer código de una república debe ser la institución del jurado, que es una escuela práctica de moral y soberanía democrática, ejerciéndose la justicia públicamente ante el pueblo y por el pueblo, como verdadero soberano que se administra y gobierna a sí mismo; mientras que hoy todo lo hace como un pupilo por medio de tutores, para quienes no ha llegado aún a la mayor edad, después de más



de medio siglo de emancipación, perpetuándose de este modo una incapacidad artificial para el ejercicio de la democracia — limitado a una vez por año — la cual siendo una escuela o aprendizaje, como el de los idiomas anglo-sajón de donde es oriunda, debe aprenderse y ejercitarse cada día, y no una vez al año; pues de ese modo, mientras más tiempo pase, sabrá menos y será más duro de aprender. La perpetuación de ese pupilaje es la causa del desquicio borrascoso de Sud América, es la manzana de la discordia de los tutores políticos que se disputan eternamente la posesión de esa hermosa y rica pupila, cuyas riquezas se dilapidan en la contienda de sus rivales, que en sus raptos de amor acaban por desgarrar su seno y sus vestidos, y la joven pupila desangrada y esclava de las locuras de sus pretendientes. Redimamos al pueblo de ese pupilaje por la educación republicana, y no habrá caudillos tutores, que cuestan al país su ruina.

Siendo la administración de justicia del pueblo, para el pueblo y por el pueblo, sus juicios deben ser públicos como el parlamento, y no en secreto como un negocio doméstico. El nombramiento de los jueces buenos y remoción de los malos o ineptos, debe hacerse por el Senado; lo primero, eligiendo de una terna del Superior tribunal, y lo segundo, previo informe del mismo, pues tratándose del nombramiento de los mandatarios de la porción más principal de la soberanía del pueblo, en que diariamente se falla sobre el honor, la fortuna y la libertad de cada uno, corresponde al Senado, sin intervención del Poder ejecutivo; ejercida hasta hoy, como un resto de tradición monárquica, que administraba la justicia en



nombre del rey, y le permitía avocarse el conocimiento de las causas radicadas y pendientes ante los tribunales, como acaba de hacerlo el gobierno con los autos de los herederos de López Osornio y la Municipalidad de la Ensenada, sacándolos del Superior tribunal, que acaba de fallarlos, para hacerlo en su oficina de tierras públicas, si bien, sea dicho en honor de aquel respetable cuerpo, ha ordenado le sean devueltos. Si los mandatarios de la soberanía judicial que aplican todos los días estuviesen exentos de un juicio de remoción ante el Senado, mediando causas legítimas, la justicia podría degenerar en la dictadura parcial de un mal funcionario, perpetuo como un rey, que el pueblo tendría que sufrir por toda la vida aunque sea malo, y con la tentación de serlo por la impunidad. No siendo los hombres raza de ángeles, siendo más bien ángeles destronados, errantes en la tierra, con los mejores códigos de este mundo, la justicia dejará mucho que desear, cuando carece de las garantías de la misma institución contra la inmoralidad, y el nombramiento de un magistrado es hijo del favor y no de la opinión, que señala a cada hombre su puesto. Un magistrado recto, como felizmente no faltan entre nosotros, es la providencia de Dios sobre la tierra, y la verdadera alma de un código, que en malas manos es el descrédito de la institución o de sus mandatarios, y algunas veces de ambos; como nuestra pasada municipalidad, copiada servilmente al régimen imperial de la de París, y constituída en tutela del Poder ejecutivo, como si fuera emperador, pues no tiene personería para dirigirse a las cámaras como cualquier otro poder soberano que es, sino



por medio de su tutor el gobierno, como si se tratara del Departamento topográfico, o de escuelas; resultando que la soberanía municipal del país, se halla en tutelaje de aquél, como el antiguo cabildo respecto del virrey, a quien ambos han sucedido.

Como nosotros sólo nos hemos preocupado hasta hoy de reformar las leyes, las palabras y el papel, sin reformar los hombres y la manera de elegir los buenos y remover los malos, que son el descrédito de la institución con daño del pueblo que los emplea, hemos querido al hablar de un nuevo código que debe reemplazar a los antiguos, no hacernos ilusiones, creyendo que nuestros males en la administración de justicia van a cesar por encanto, como a la aplicación de un remedio maravilloso; sino se emplea el principal, aumentando el personal de los jueces, y reglamentando un juicio de residencia, para que sólo se conserven los buenos, y la voz pública no tenga que señalar los que no lo son.

De otro modo, sucederá con el nuevo código lo que con nuestras instituciones políticas, que aunque son lo más perfecto de la más alta civilización moderna, y, por consiguiente, el mayor disparate en pueblos donde la sociedad es todavía un embrión que se agita en el seno de la fuerza bruta, que en cada alumbramiento electoral necesita ser parteada y custodiada por intervenciones para que no devore el fruto de sus mismas entrañas, él es siempre amargo, adjudicándole la culpa al sistema, y no a la negación de educación republicana e industrial que son los rieles de aquél. En materia de justicia, nos consolamos endosando la culpa a las leyes españolas del siglo XIII, y cuando se aplique el nuevo



código, sucederá lo mismo o peor que antes, por la confusión de una legislación importada que es necesario antes estudiar, aclimatar y aplicar por la primera vez en nuestro foro, sin el antecedente de comentarios ni jurisprudencia hecha, ni un código de procedimientos, que son los pies con que marcha el código civil.

En justicia al mérito del que tenemos a la vista, hemos querido tomar en cuenta las dificultades materiales que han de retardar por algún tiempo los frutos benéficos de esa obra legislativa, que requiere un mecanismo judicial más perfecto del que tenemos, y que la institución del jurado simplificaría inmensamente, compartiendo con los tribunales la tarea más pesada de la justicia criminal.

III

El último libro del proyecto de código, resume por las materias que trata y la manera cómo son tratados, los puntos más capitales de la codificación: las *sucesiones*, la *herencia* y los *testamentos*, que constituyen, por decir así, el árbol jurídico de la familia y de la propiedad en todas sus grandes ramificaciones. Los hombres y las generaciones desaparecen como una sombra en el ocaso; la propiedad y los vínculos de familia, es lo único que sobrevive, para servir de eslabón en la cadena de las sociedades que suceden. La estructura jurídica de esa cadena es en gran parte la estructura interna de una sociedad, y es precisamente a este respecto que la nuestra viene a pasar por una transformación substancial, si bien reconocemos que en ella se han consultado



los intereses de la familia, e interpretado bien las leyes de la equidad y las afecciones del corazón.

La legítima de los hijos legítimos, que nuestra legislación fija en cuatro quintas partes, ha sido consignada, lo mismo que las dos terceras partes de los ascendientes, siendo esa disposición el único punto de identidad sobre las porciones hereditarias de ambas legislaciones, como puede verse en el título X, *De la porción legítima de los herederos forzosos*.

Pasamos a ocuparnos de las demás personas y categorías hereditarias, aisladamente y en concurrencia con otras.

Si bien el hijo legítimo conserva en la nueva legislación sus cuatro quintas partes de herencia que le asigna la antigua, aquélla le da un coheredero más que antes no tenía, en la persona del cónyuge supérstite, que hereda en iguales partes con los hijos legítimos el haber líquido del finado, sin perjuicio de deducir su mitad de gananciales; de manera que la mujer sale ganando en el cambio, de lo que no hacemos un reproche al autor, al menos como una pequeña indemnización de lo que ha perdido por la omisión del matrimonio civil, que la deja espiritualizada como una capellanía regida por el derecho canónico o monja condenada al celibato, puesto que no le permite casarse con ingleses, alemanes y americanos, sin licencia de Roma y juramento del esposo de no educar a sus hijos en la religión de su conciencia, como si se tratase de mahometanos, idólatras o infieles que adoran al sol. En el pecado está la pena de que nos reservamos hablar al fin de este escrito, para resumir la materia



de la herencia de los hijos legítimos en concurrencia con los cónyuges.

Cuando es en concurrencia con los hijos naturales, el artículo 15 del capítulo IV asigna a estos últimos una cuarta parte de la herencia del hijo legítimo. Esta disposición pone término a los pleitos de nuestra actual legislación que, acordando una sexta parte absoluta al hijo natural, viene a hacerlo de mejor condición que los hijos legítimos cuando hay más de seis. Los hijos espurios no han tenido entrada en el código ni aun por vía de alimentos que son de derecho natural.

Por el artículo 5° del título X, la legítima de los hijos naturales, a falta de descendientes, ascendientes y cónyuges, es la mitad; en concurrencia con estos dos últimos, los ascendientes tienen una mitad, repartiéndose otra entre los hijos naturales y los cónyuges por mitad cualquiera que sea su número (art. 17) y, en concurrencia con los ascendientes o cónyuges separadamente, los hijos naturales conservan siempre la misma mitad. Los padres y los hijos naturales se heredan recíprocamente, en defecto de cónyuges y descendientes legítimos.

Los herederos colaterales hasta el sexto grado, por su orden, y en su defecto el fisco, vienen después de los herederos forzosos que hemos señalado, solamente *ab intestato*, y en ausencia de toda institución hereditaria respecto de los cuales no tiene obligación alguna el testador.

Se ha tirado, pues, una línea de demarcación que divide en dos grupos a los herederos de la línea recta y de la línea colateral, que sólo tiene lugar en defecto de la primera, única a quien se reco-



noce una porción legítima o forzosa en la herencia.

Su división y partición, que es uno de los puntos más capitales de esta materia, ha sido reglamentada con la previsión y economía sugerida por una larga experiencia de nuestro foro. En el proyecto de código, se introduce la reforma de que los padres puedan hacer la partición de los bienes que dejen a sus hijos, ya sea en vida entregándoselos, y en muerte por medio de testamento. Ningún partidario parece más conciliador que los padres, que conocen las flaquezas de los hijos, y contra cuyas operaciones estos últimos no harían tantos pleitos de adjudicación.

IV

La materia de los testamentos contiene innovaciones no menos trascendentales, que la precedente de las herencias.

Quedan establecidas tres formas de testamento por el artículo 1º del título XII, a saber: el *hológrafo*, de puño y letra del testador; el *público*, ante escribano y tres testigos residentes; y el *cerrado*, en la misma forma que lo tenemos, con la diferencia de requerirse sólo un escribano y cinco testigos, en lugar de los siete ordenados por la ley de Partidas. El testamento verbal nuncupativo es abolido por el nuevo código.

La reglamentación de los tres mencionados testamentos los garante del fraude en cuanto es posible, simplificando sus formas para facilitar la testamentificación.

La materia sobre la aceptación de la herencia,



derechos y obligaciones de heredero, su administración, institución de heredero, desheredación, legados, etc., es tratada con claridad y lógica a la luz de los principios más avanzados de los autores y la codificación. Una notable innovación se hace sobre la capacidad para testar de los menores, que nuestras leyes fijan a los catorce años, y que el proyecto de código señala recién a los diez y ocho, pues en aquella edad un menor carece de madura deliberación y juicio propio.

Pero como la capacidad *personal* de testar pertenece al *estatuto personal*, que rige al individuo en cualquier domicilio, no estamos, por esta razón, conformes con la forma absoluta del artículo 6º del título XI, declarando, sin excepción alguna de la nacionalidad del testador, su capacidad de serlo, regida por la ley de su domicilio.

El estatuto personal es un principio de derecho internacional privado, que puede resumirse en estas palabras del canciller D'Aguesseau: «Los estatutos personales son los que afectan la persona y forman lo que se llama su estado, y la hacen incapaz, no de disponer de tales o cuales bienes, sino de contratar y hacer estos o aquellos actos, de manera que el acto sea nulo independientemente de su ejecución.»

Supongamos que un francés, menor de diez y ocho años, hace testamento entre nosotros y el juez de la testamentaría lo declara válido, librando exhortos al juez del departamento de Francia donde se hallan situados los bienes para su venta y remisión del importe. El procurador fiscal, en vista de los documentos que acompañen el exhorto, instruído de la incapacidad personal de aquel súbdito francés



para testar con arreglo a la ley francesa que rige su *estatuto* personal, se opondría a que un testamento, nulo según aquélla, fuese mandado cumplir y ejecutar por un tribunal francés, que no puede obrar en infracción de aquélla. Teniendo intervención los cónsules en la liquidación de la sucesión intestada de sus compatriotas, en virtud de tratados existentes, podría ocurrir el conflicto de que el juez sostuviese el testamento, y el cónsul la condición intestada de su compatriota, por incapacidad en la falta de edad con arreglo a su *estatuto* personal. Tendríamos entonces dos jueces y dos testamentarías en conflicto sobre el mismo individuo, testado e intestado al mismo tiempo.

Pasando ahora de la capacidad del testador a la capacidad del heredero, tenemos que llamar la atención sobre la capacidad de las corporaciones o personas jurídicas, en que vemos comprometido un punto de importancia legal y social.

V

Todos los abogados sabemos que la persona del hombre es el principio, el medio y el fin del derecho, instituido para aquél, como lo dice una ley romana¹; y el cual no existiría ni puede concebirse sin aquélla, como nadie concibe un hombre sin cuerpo. El derecho, sin embargo, por una ficción, y haciendo excepción a ciertas corporaciones sociales que juzga dignas de un especial favor, les confiere, en nombre de la sociedad, un ser y personería jurídica que les permita un asiento y sus goces en la familia

¹ Ley 2, *De statu hominum*, 1, 5: *Cum igitur hominum causa omne jus Constitutum sit.*



del derecho civil. Sólo la ley puede conferir vida y personería jurídica a una entidad moral que no la tiene; porque todo ser jurídico deriva de la ley que es un acto del Poder legislativo. El Poder ejecutivo, o administrativo, puede permitir y autorizar todas aquellas corporaciones útiles al Estado, mas no puede crear *personas y seres jurídicos*, porque no puede crear leyes ni aumentar el número de las personas hábiles en derecho, por ser un acto esencialmente legislativo; y cuando admite una nueva persona jurídica, no la cría ni le confiere esa investidura, sino que reconoce simplemente su existencia y sus estatutos, por hallarse conforme a los requisitos de la ley para la personería de una sociedad o una corporación, como lo dice un texto de Ulpiano ¹.

Pero la misma persona jurídica, cualquiera que sea su extensión, está limitada a la naturaleza especial de su objeto y excluida de las demás relaciones jurídicas, pues aunque exista el ejemplo que una ciudad haya adoptado un huérfano, este hecho se parece tanto a la significación jurídica de la adopción, como se parecían a un verdadero matrimonio las bodas nupciales de la República de Venecia con el Mar, que recibía el anillo de su esposa. Como una consecuencia del principio que limita la capacidad legal de la persona jurídica a la naturaleza especial de su objeto, el derecho romano se la reconocía para adquirir, menos por herencia, por cuanto la adquisición hereditaria requiere según aquél la voluntad y acto personal. *Ni los municipios, ni los municipales pueden ser instituidos herederos*

¹ ULPIANO, XXII, 5, 6.



porque son un cuerpo incierto; de manera que no pueden gestionar ni como corporación, ni como heredero, para que puedan ser herederos¹. No directamente por sí, porque teniendo una existencia ideal y ficta, carece de la acción natural del hombre requerida para adquirir la herencia (*cernere vel gerere*); y no por medio de su procurador municipal, desde que no se podía adquirir la herencia por medio de representación, ni aun por medio del tutor, según la ley 65, párrafo 3º, *ad sc.* Treb, 35, 1, L. 5, 6; *De jure delib.*, 6, 30.

Con el crecimiento e influencia de las personas jurídicas, en que figuraban no sólo el fisco, las ciudades y los municipios, sino también algunos dioses de primer rango², los templos de los sacerdotes, y de las vestales romanas, consiguieron gradualmente ser exceptuadas de su incapacidad de heredar, por una ley especial que las habilitaba para ese acto, privilegio que el emperador Justiniano acordó después a ciertas corporaciones piadosas, templos y vírgenes del cristianismo.

El proyecto de código, dando a esas corporaciones su nombre histórico y jurídico, de personas jurídicas, y declarando en el artículo 2º del título XV, «No pueden adquirir por testamento las corporaciones no admitidas por ley», es decir, que no se hubiesen erigido con una sanción especial que les

¹ ULPIANO, XXII, § 5, *Nec municipia, nec municipes, heredes institui possunt: quoniam incertum corpus est, tuncque cernere universi, neque pro herede gerere possint, ut heredes fiant.*

² *Deos heredes instituere non possumus, praeter eos que Scto, Constitutionibus principum instituere concessum, ect. Sient Jovem Tarpeyum.* (Ulpiano, XXII, § 6.)



dé ese carácter y capacidad, como se exigía por derecho romano, nos parece la aplicación de aquél y de su jurisprudencia, que consignaron el principio de la incapacidad de las personas jurídicas para heredar, salvo aquellas que por una ley especial eran habilitadas al efecto.

El artículo 2º citado del proyecto de código, no es, sin embargo, perfectamente explícito en esta última parte, y nosotros desearíamos se consignase en él categóricamente aquel principio del derecho romano.

VI

La materia de la persona del heredero es susceptible de graves dudas y pleitos, que el proyecto ha tratado de evitar fijando la inteligencia no sólo de las *personas jurídicas* sino también de las *personas místicas o espirituales*, como el alma del testador, que le nombra heredera por no desprenderse del dinero ni aun después de la muerte. Las almas ni son persona natural, ni persona jurídica, desde que no pertenecen a este mundo; por consiguiente, no pueden adquirir a título de herencia ni de otro modo, puesto que el alma no puede presentarse a aceptar ni demandar judicialmente la herencia, por medio de escritos, peticiones, etc., ni ser demandada al pago de las deudas y legados del testador. Sería un absurdo la persona fantástica e invisible de tal heredero, cuya sola aparición para ser notificado, dejaría petrificados a todos los escribanos, dando fe de su miedo; y siendo ridícula la ficción *jurídica* de una tal persona, el derecho no puede adoptarla en forma alguna, sino declarar intestada la sucesión



por falta del heredero instituido. Es en este sentido, que habríamos deseado ver redactado el artículo 13 del título XIV, *que reconoce la institución de herederos en la persona* (si puede llamarse tal) *del alma del testador, aplicándose en sufragios, etc.*

Este primer artículo nos parece contrario a los principios de legislación sobre la persona del heredero, esencialmente distinta del testador, que no puede ser las dos cosas al mismo tiempo, tan contradictorias, como la vida y la muerte de la persona de ambos.

Tan concluyente es este principio, que hace más de seis siglos, fué ya consignado por el Fuero Viejo de Castilla, que prohibía al testador instituir por heredero a su alma, en más del quinto de sus bienes, declarando el resto a favor de sus parientes próximos, como se ve por dicha ley, que reproducimos textualmente:

«Esto es fuero de Castiella que todo home fijo-dalgo, que sea *mañero*¹ seyendo sano, puede dar lo suo a quien quisier o vender; mas des que fuer alechigado de enfermedad, a cuitado de muerte, de que morier, non puede dar más del quinto de lo que ovier por sua alma, et todo lo al que ovier, devendo eredit suos parientes que ovier, ansi como ermanos de padre o madre, e el mueble e las ganancias debendo eredit comunalmente los ermanos magüer que sean desendos padres o desendas madres: e la erencia del patrimonio de vela eredit

¹ *Mañero*. En esos tiempos se llamaban *mañeros*, y con razón, a los individuos *célibes* que morían tales, rebeldes o *mañeros* de entrar al estado conyugal. Citamos esa ley porque entonces como hoy, no faltan los celibatarios *mañeros* de que habla.



el pariente onde la erencia viene; e si ovier sobrinos, fijos da ermano que quieran eredat la bueno del Tio, puedenlo aver de derecho en esta guisa, que lo tenga el otro en sua vida en fiado, e despues de sua vida, que lo partan estos sobrinos con fijos de el.» (Fuero Viejo de Castilla, lib. V, tít. II, n° 1.)

Nosotros creemos que habría sido mejor conservar esta ley del siglo XIII, que colocarnos atrás de ella.

El código nada dice respecto de otro caso más natural y probable, de una *persona espiritual* (no podemos negarle el nombre de *persona*, desde que el código les da capacidad jurídica de adquirir y heredar), cuando el testador nombra por su heredero a Jesucristo, o a alguno de sus arcángeles, y vírgenes de la iglesia triunfante en la corte celestial, ¿a quién correspondería aceptar y administrar la herencia en este caso, y quién tendría su dominio y cuál sería el lugar de su radicación? La primera cuestión sobre la persona del heredero ha sido resuelta sofisticadamente por una ley romana; si bien, en rigor de derecho, la herencia correspondería al Papa, como vicario y representante de Jesucristo y de todos los miembros de su Iglesia en la tierra, pero el emperador Justiniano comprendiendo que de este modo el papado vendría a ser más rico que todos los soberanos juntos, y un imperio dentro de su imperio, trató de evitarlo, declarando que cuando Jesucristo sea instituido heredero, debe entenderse tal la iglesia del domicilio del testador; y cuando se nombre algún santo o arcángel, será la iglesia dedicada a él mismo, y sino existiese, en la capital del domicilio del testador¹.

¹ Ley 26, C. de S. S. Eccles., 1, 2.



La segunda cuestión, respecto al dominio y al lugar de su radicación, ha sido resuelta por Fray Sarmiento, cuya opinión puesta en las glosas de las Decretales es como sigue: «*Debe decirse que el dominio de las cosas eclesiásticas reside cerca de la iglesia particular a quien se aplicaron por dote, sin que ninguna persona particular tenga dominio, sino sólo la comunidad, y una persona individual no como tal sino como parte y miembro de la misma comunidad, tiene el derecho de usufructo en aquellas cosas.*» (Fray Sarmiento, *De los réditos de la Iglesia*, parte 1ª, cap. I, n° 21) ¹.

Respecto de las personas que constituyen la persona jurídica de una comunidad religiosa, como las monjas y monjes profesos, la nota del artículo 2º de que nos ocupamos, declara: *que pueden adquirir por herencia, desde que las profesiones monásticas no causan muerte civil según el mismo código* ¿Pero qué muerte civil o natural puede causarse a un individuo que él mismo ya se la dió, por el suicidio o por la enclaustración, abjurando la vida civil y jurando los votos y la jurisdicción de la vida religiosa que lo excluye de la profana? Los miembros de una profesión monástica se emancipan voluntariamente de la vida civil y sus cargas, para gozar de los fueros y prerrogativas de la vida religiosa, viviendo como un reino místico dentro del Estado, sin hacer parte del Estado, renunciando a serlo y separándose de él con sus votos de castidad y pobreza. La ley, que protege y respeta esos votos, no

¹ *Dicendum est dominium rerum ecclesiasticarum residere penes ecclesiam illam particularem cuius bona applicata sunt prodote... Nec persona aliqua singularis ha habet dominum, sed sola commu-*



debe poner a prueba la fragilidad de esas almas que renunciaron al mundo para vivir sirviendo a Dios con la tentación de herencias en perspectiva.

Así lo entendía una ley del Fuero Viejo de Castilla ya citado, prohibiendo que ninguna monja ni monje pueda heredar *ab intestato* a sus parientes *célibes* o *mañeros*¹, disposición lógica y liberal que habríamos deseado ver conservada por el nuevo código.

Hallándose los estatutos que rigen esas corporaciones y sus miembros bajo la aprobación y sanción de nuestras leyes, y siendo la *castidad* y *pobreza* el voto principal de su institución monástica, es claro que, *ipso jure*, son inhábiles para heredar, como lo son para casarse.

Si el código los dispensa del voto de *pobreza* permitiéndoles que hereden, ¿por qué no los dispensaría del voto de castidad permitiéndoles que se casen?

VII

¿Y qué diría el pueblo, que se llama libre por rutina, si le asegurásemos y demostrásemos, que todo él, con su bello sexo, matronas, ministros, legisladores y guerreros, se hallan, en materia de derechos

nitas, *persona autem singularis non ut talis, sed ut pars et membrum communitatis, habet in ipsis rebus jus utendi*. (Fr. SARMIENTO, *De ecclesiae redditibus*, parte I, cap. I, n° 21.)

¹ «Que ninguna monja, ni monje de religion, si murier algund pariente *mañero* que non haya fijos, los parientes mas propinenos del muerto, deben heredar los suos bienes; mas el pariente de religioso so monge o monja, non deven heredar ninguna cosa en la buena del pariente *mañero*.»



civiles, en peor condición que las monjas y monjes de profesión monástica; que a pesar de haberlos renunciado y dejado de ser miembros de la sociedad civil, pueden todavía heredar; mientras que los que lo son no pueden ejercer el derecho civil de casarse con la persona de su gusto (si es protestante), asegurado por la constitución, sin previa dispensa del soberano de Roma, como si la República Argentina fuese una colonia feudal de los Estados pontificios, o un monasterio de monjas y profesos, que no pueden casarse sin dispensa del Papa?

Un joven de catorce años puede casarse en una hora con la primera persona que encuentre, sin la venia de sus padres, ni de su tutor; y una joven de veinte años, no puede casarse con el caballero de su elección y de su felicidad, cuando es protestante, mientras no le venga dispensa de Roma, como si fuera monja ligada por votos a un monasterio, y su futuro no consienta en la humillación de hacer juramentos contra la religión de su conciencia. ¿Y luego hemos de hablar de civilización, de libertad de cultos, y libertad de conciencia, cuando no hay la de casarse, que es la principal, porque es la libertad de la familia? Esta servidumbre de conciencia, es la tumba de las libertades civiles, políticas y económicas. Los hombres llevan también hasta la tumba la estampa de su época, como Rivadavia escribió la suya dándole su nombre. Desde entonces reina un eclipse en materia de instituciones civiles, habiendo retrogrado como medio siglo, en que ya teníamos jurado de que hoy todavía carecemos, y encontrándonos para complemento, aun atrás de Nápoles y Austria, monarquías ultramontanas donde



ya rige el matrimonio civil. Nuestra república y nuestro código están espiritualizados en el capítulo más civil de la vida civil, regida como un beneficio o comunidad monástica por el derecho canónico. El nuevo código no ha tenido el valor de secularizarse y secularizar a la sociedad argentina, derribando la muralla monástica que la separa del extranjero; y lo sentimos no sólo porque impide al extranjero domiciliarse definitivamente en nuestro país, condenando miles de mujeres a un celibato forzado, a la indigencia y a vestir santos, si encuentran a alguno, sino porque siendo esa obra un monumento legislativo de la ciencia moderna, nos duele ver incrustada en él la ruina de una columna feudal, bárbara y aun ennegrecida por el humo de las hogueras con que la barbarie ajusticiaba a la libertad de adorar a Dios según su conciencia, que es la verdadera imagen de la divinidad.





DR. MANUEL ANTONIO SÁEZ¹

OBSERVACIONES SOBRE ALGUNOS ARTÍCULOS DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL PARA LA REPÚBLICA ARGENTINA.

Desde el momento en que cayó en nuestras manos el primer libro del Proyecto de código civil del doctor Vélez, nos llamaron la atención de un modo muy pronunciado ciertas disposiciones nuevas, especialmente sobre materias de una importancia incalculable, como el matrimonio y la filiación.

En un principio desconfiamos de nuestro propio juicio sobre esas disposiciones porque emanaban de

¹ Aparecieron las opiniones del doctor Manuel Antonio Sáez a principios de 1870, en un folleto en octavo mayor de 35 páginas a dos columnas, impreso en los talleres de *La Discusión*, de esta ciudad, con no pocos errores tipográficos.

Como lo anuncia en el título, el autor se concretó a analizar algunos artículos del Proyecto de código civil, sin exponer sus tendencias federalistas en materia de codificación, como lo hiciera después en el primer volumen de la obra que dejara inconclusa: *Observaciones críticas sobre el código civil*.

El folleto tuvo entonces profusa difusión y mereció elogiosos comentarios. Sin embargo según el doctor Juan Coustau, biógrafo del doctor Sáez, fué recibido por el codificador en forma despectiva. (*El doctor Manuel A. Sáez; su vida y sus obras*, Buenos Aires, 1899, pág. 48.)



una notabilidad como la del doctor Vélez Sarsfield, mas, a la segunda lectura, volvimos a ratificarnos en el que primeramente habíamos formado, afianzándonos más y más en ese juicio desde que vimos que la mayor parte de las nuevas disposiciones habían encontrado antecedente que las apoyase la variada legislación antigua y moderna que se consultado para dar más autoridad al proyecto.

Sin embargo, nunca creímos que pudiese llegar el caso de que la palabra desautorizada que salió de un rincón obscuro de una de las provincias remotas, tuviese que pronunciarse sobre un trabajo propio únicamente de aquellas inteligencias sobresalientes que se lucen en el cuerpo legislativo de la Nación; pero como hasta ahora no sabemos que haya dicho nada sobre un proyecto tan importante por su trascendencia, y acercándose la época que el Congreso nacional debe ocuparse de él, nosotros hemos decidido a hacer nuestras observaciones sobre algunos de sus artículos, que a nuestro humil juicio deben ser reformados o suprimidos.

Para lanzar con audacia una opinión contraria a la de uno de los más notables jurisconsultos de la República, no hemos tenido más móvil que un deseo sincero de ser de alguna utilidad para nuestro país.

Si nuestras observaciones merecen ser atendidas, quedará satisfecha toda nuestra aspiración con haber contribuido aunque en una parte muy insignificante a la formación de ese código que es destinado a producir bienes inmensos para la República; y si ellas son destruidas por razones que nuestras limitadas facultades no han alcanzado a conocer, nos quedará siempre la satisfacción de haber



ber llenado uno de los primeros deberes del ciudadano en su interés por el bien de sus semejantes.

En nuestro trabajo no se encontrará ni la erudición tan necesaria para autorizar las opiniones, ni la elocuencia para persuadir, ni la lucidez en el estilo para hacer agradable la exposición de las ideas.

Al principiarse, imploramos la benignidad del coloso a quien dirigimos nuestras palabras y la de aquellas entidades que, sorprendidas por el título de nuestro escrito, se tomen el trabajo de recorrerlo, creyendo encontrar en él más de lo que en la realidad contiene.

Mendoza, mayo de 1869.

TÍTULOS PRELIMINARES

Título 1

Art. 19. — La renuncia general de las leyes no produce efecto alguno; pero podrán renunciarse los derechos conferidos por ellas con tal que sólo miren al interés individual y que no esté prohibida su renuncia.

La facultad de renunciar los derechos conferidos por las leyes con tal que sólo miren al interés individual, nos parece demasiado vaga en su extensión pues una persona capaz tiene el mismo interés individual que una incapaz, y sería necesario establecer una diferencia expresa entre una y otra, porque, aun cuando ella existe racionalmente, la prescripción en general, da lugar o no impide con eficacia una aplicación tortuosa de la ley.

Además de establecer esta diferencia, creemos también necesario atender el interés del individuo den.



tro de los límites de la equidad, previniendo los casos de una lesión enorme y enormísima.

Hemos visto ejemplos de declarar válida para la mujer, sin haber resultado en su provecho una obligación mancomunada con su marido, porque había renunciado la ley que da al contrato el carácter de condicional y porque había hecho juramento de respetarlo; y más todavía, hemos visto declarar la validez porque la mujer había renunciado y porque había declarado que el importe del préstamo se había invertido en sus alimentos, aconteciendo que, por haber estado su marido enfermo, se la consideraba en la obligación de alimentarlo y consiguientemente de pagar sus deudas!

Hemos visto también el ejemplo de declararse la validez de un contrato en que había intervenido una lesión de treinta y cuatro veces el importe del justo precio, porque había habido una renuncia!

A esto podrá contestársenos que semejantes resoluciones judiciales sólo pueden emanar de la ignorancia o de la mala fe; pero a esto también replicaremos que el código no nos ha de traer instantáneamente la inteligencia y la buena fe; y que ínter obtengamos estas buenas condiciones en todas las magistraturas judiciales, tendremos esas resoluciones, estaremos obligados a pagar costas indebidamente y expuestos a todos los sinsabores que ocasiona un pleito, con especialidad cuando la resolución que en él recae, es contraria a las palabras y al espíritu de la ley.

Por otra parte, no encontramos inconveniente en la mayor explicación del verdadero sentido de la ley, siempre que de este modo se pueda precaver una



interpretación errónea y evitar los males efectivos que se causan a los que tienen que ventilar un derecho.

El artículo podría ponerse en estos términos:

«La renuncia general de las leyes no produce efecto alguno; pero podrán renunciarse los derechos conferidos por ellas con tal que sólo miren al interés individual de la persona capaz, siempre que no produzcan lesión en más de la mitad del justo precio y que no esté prohibida la renuncia.»

A esto no se opone y aun con ello está conforme la doctrina de Zachariae en su *Curso de derecho civil francés*, párrafo 34.

LIBRO I

SECCIÓN PRIMERA

Título IV

Art. 8°. — El máximo de tiempo del embarazo se presume que es el de diez meses, y el mínimo el de ciento ochenta días, excluyendo el día del nacimiento. Esta presunción no admite prueba en contrario.

Hemos tratado largamente el contenido de esta disposición en el artículo primero, título segundo, sección segunda de este libro, y así remitimos al lector a ese lugar que nos ha parecido más adecuado para hacer nuestra observación.

Título IX

Art. 7°. — Si el matrimonio fuese anulado, la emancipación será de ningún efecto desde el día en que la sentencia de nulidad pase en autoridad de cosa juzgada.



Desde que por los artículos 9° y 67 del título primero, sección segunda, el matrimonio entre católicos debe celebrarse según los cánones y solemnidades prescritas por la iglesia católica, y de su nulidad conoce el juez eclesiástico, queda este punto sujeto enteramente a la legislación eclesiástica, tanto respecto de la celebración, cuanto con referencia al procedimiento en la declaración de nulidad.

Ahora, pues, por decisión de Alejandro III, en el capítulo VII, *De sententia et re judicata*, la sentencia en causas matrimoniales no pasa en autoridad de cosa juzgada, y en este caso hay una contradicción entre el artículo de que tratamos y los 9° y 67 de que hemos hecho mención.

No creemos que el artículo 7° haya tenido por objeto hacer una alteración en el procedimiento en causas matrimoniales, por cuanto el poder civil no tiene facultad para legislar en materia puramente eclesiástica y más bien nos inclinamos a suponer que ha mediado una inadvertencia bien disculpable en el autor por la contracción de su inteligencia a un trabajo tan extenso como el código que formula.

Creemos que su mente ha sido establecer que cesa el efecto de la emancipación desde el momento en que se haya terminado el juicio sobre la nulidad del matrimonio, y como éste entre nosotros termina en la primera instancia si hay consentimiento, en la segunda si hay dos sentencias conformes, y en la tercera si ha habido disconformidad en las dos primeras, según el breve de Gregorio XIII, de 15 de mayo de 1573, sobre las apelaciones, el artículo puede quedar en estos términos:

«Si el matrimonio fuese anulado, la emancipa-



ción será de ningún efecto desde el día en que se termine el juicio sobre la nulidad.»

SECCIÓN SEGUNDA

Título I

Art. 7º. — El matrimonio disuelto en territorio extranjero en conformidad a las leyes del mismo país, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes de la República Argentina, no habilita para casarse a ninguno de los cónyuges.

Este artículo comprende dos casos: el de la anulación del matrimonio por la falta de algunos de los requisitos establecidos por la ley para su validez, y el de la disolución del matrimonio válido por alguna de las causas establecidas en las leyes de los países donde él es disoluble.

En el primer caso, si por el artículo 1º de este título admitimos la validez del matrimonio por la ley del lugar en que se ha celebrado, por consecuencia lógica debemos admitir su nulidad por la misma ley.

Tenemos por válido un matrimonio sólo porque según la ley del lugar donde se ha celebrado es válido, y no podemos rechazar su nulidad por la misma ley sin incurrir en una contradicción notable.

La razón que da el autor de que siendo entre nosotros indisoluble el matrimonio, si bien podemos tener por legítimo el que se ha contraído en otro país, disuelto el vínculo de un primer matrimonio, no podemos permitir que tales matrimonios se celebren en la República con efectos civiles; no justifica en manera alguna la contradicción, porque la



indisolubilidad de nuestro matrimonio nada tiene que hacer con la disolubilidad o insolubilidad del celebrado en otro país.

Admitimos el matrimonio contraído en otra parte porque la ley del lugar le da validez; mas desde que esa misma ley lo anula, es decir, lo reduce a la nada, no podemos admitirlo siempre como matrimonio porque falta la razón por la cual lo admitíamos.

Un matrimonio nulo no es matrimonio, es, si se quiere, una formalidad cualquiera que ha tenido lugar, pero que no ha producido vínculo alguno verdadero; y sería un contrasentido inexplicable que admitiésemos como matrimonio el que verdaderamente lo es por la ley del lugar de su celebración, y también el que por la misma ley no lo es.

En el segundo caso, sucede lo mismo, pues la disolución del vínculo autorizada por la ley del lugar, equivale a nuestra disolución por muerte de uno de los cónyuges o más bien a la disolución del vínculo en los tres casos que por derecho puede tener lugar aun sin la muerte de uno de los consortes. Una vez disuelto el vínculo, queda el cónyuge libre para contraer otro, pues, aun cuando ha existido un primero, puede contraerse un segundo de la misma manera que entre nosotros puede suceder cuando uno de los cónyuges infieles se convierte y no puede vivir con el otro sin ofensa de Dios, o en matrimonio rato, cuando uno de los cónyuges abraza profesión religiosa.

Si por la ley del lugar admitimos a una persona ligada a otra, no podemos también admitirla como tal cuando por la misma ley no lo está.

En este sentido se han pronunciado las decisio-



nes de los tribunales ingleses y americanos en casos semejantes; y ellas no pueden ser rechazadas sólo porque son de protestantes, como opina el autor, pues más bien deben seguirse en razón de que ellas se conforman con la razón natural y el buen sentido.

A seguirse la opinión del autor, un individuo cuyo matrimonio hubiese sido disuelto y se encontrase hábil para contraer otro, desde el momento que llegase a nuestro país, se encontraría siempre casado, expuesto a ser acusado por el supuesto consorte según el artículo 50 y obligado a dar alimentos también a un supuesto consorte según el artículo 72, lo que equivaldría a prohibirle la entrada en nuestro país donde se hacía de peor condición que en el suyo.

Art. 18. — El párroco, pastor o sacerdote que casase a personas que debían antes obtener el asentimiento de sus padres, tutores o curadores, sin que le presenten la respectiva licencia, podrá ser acusado por el ministerio público.

Si este artículo no está relacionado con el 71, toda nuestra observación se reduciría a ponerlo en estos términos: «El párroco, o sacerdote con su licencia, y el pastor que», etc., porque si admitimos para la celebración del matrimonio entre católicos, la legislación canónica, tenemos que sujetarnos a ella y según el capítulo I, sesión 24 del Concilio de Trento, el solo párroco, u otro sacerdote con su licencia, es el ministro hábil para la celebración del matrimonio, el cual es nulo si lo bendice cualquier sacerdote sin la licencia del párroco.

Mas si este artículo está en relación directa con el 71 y por él se confiere facultad a cualquier sacerdote para bendecir un matrimonio, sin estar conformes con la disposición, como lo manifestaremos



al llegar a este último, deberá expresarse que es sólo para los matrimonios de no católicos, pues la disposición del concilio Tridentino por la cual se hace indispensable la intervención del párroco para la validez del matrimonio, no puede derogarse por la legislación civil, cuyas facultades no alcanzan hasta comprender materias puramente religiosas, como son los sacramentos, entre los que figura el matrimonio.

Es necesario hacer estas especificaciones, porque si el artículo queda en general, puede comprenderse su prescripción también en general, ocasionándose dudas e interpretaciones erradas que pueden evitarse aclarando y explicando más sus conceptos.

Art. 22. — El matrimonio entre católico y cristiano no católico autorizado por la iglesia católica será celebrado como fuese de práctica en la iglesia de la comunión a que perteneciese el esposo no católico.

Art. 23. — Es nulo el matrimonio celebrado por sacerdotes protestantes cuando uno de los esposos es católico sino fuese inmediatamente celebrado por el párroco católico.

Si la mente del autor en el primero es la de que el matrimonio celebrado según la práctica de la iglesia de la comunión del no católico, es bastante y válido, no se concibe, entonces, cuál es el objeto del segundo que declara nulo el matrimonio autorizado por sacerdote protestante si el párroco católico no lo autoriza cuando uno de los contrayentes es católico; porque los protestantes son cristianos no católicos y están comprendidos en la prescripción general del primero.

Suponemos que la mente del autor es que esta clase de matrimonios debe celebrarse según la práctica de la iglesia a que pertenece el no católico, e



inmediatamente autorizarse por el párroco católico.

En este caso los dos artículos pueden ser reducidos a uno solo en los términos siguientes:

«El matrimonio entre católico y cristiano no católico, autorizado por la iglesia católica, para que surta efectos civiles, deberá celebrarse como fuese de práctica en la iglesia de la comunión a que perteneciese el esposo no católico y autorizarse inmediatamente por párroco católico.»

Art. 61. — El matrimonio válido no se disuelve sino por la muerte de uno de los esposos.

Desde que el matrimonio como sacramento en un todo está sujeto a la legislación canónica, no puede la civil dictar disposiciones que estén en pugna con las prescripciones que aquélla tiene establecidas.

Si bien la indisolubilidad del matrimonio es un dogma católico, fundado en clarísimos testimonios de la escritura, se admiten sin embargo, tres causas de excepción:

1ª Se disuelve el matrimonio válido si convirtiéndose a la fe católica uno de los cónyuges infieles, el otro no quiere absolutamente continuar viviendo con él o al menos no quiere habitar con él sin ofensa de la religión y contumelia del nombre divino o sin inducirle a algún grave pecado, según lo decidió Inocencio III, en el capítulo 7º, *De divortiiis*;

2ª Se disuelve el matrimonio rato no consumado por la solemne profesión en religión de uno de los cónyuges, según se deduce de la constante tradición, de la Iglesia y de la disposición terminante del Tridentino, sesión 24, canon 6º;



3^a Se disuelve el matrimonio rato no consumado por dispensa del papa, que se ha concedido con bastante frecuencia por pontífices dignos de toda veneración;

4^a Además, hay otro caso en que puede disolverse el matrimonio válido. La impotencia perpetua anula completamente el matrimonio, según lo decidió Alejandro III en los capítulos 1^o y 3^o, *De frigidis et maleficiatis*; y si bien esa impotencia tiene que ser anterior a la celebración del matrimonio, puede también ser materialmente posterior a él, porque cuando ella consta de un modo evidente y se duda sobre la anterioridad o posterioridad, se presume lo primero.

Por estas razones nos parece mejor la disposición del código chileno, cuyo texto en su artículo 123 es como sigue: «El matrimonio válido se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges. Acerca de las demás causas de disolución del matrimonio toca a la autoridad eclesiástica juzgar, y la disolución pronunciada por ella producirá los mismos efectos que la disolución por causa de muerte.»

Art. 62. — El matrimonio que puede disolverse según las leyes del país en que se hubiese celebrado no se disolverá en la República sino en conformidad al artículo anterior.

Este artículo por la generalidad de sus palabras, comprende el matrimonio de católicos y de no católicos, y al no hacer diferencia entre país católico y no católico, él se refiere a todo matrimonio celebrado en cualquier país que no sea el nuestro.

En el caso de matrimonio entre católicos, es de todo punto inadmisibile porque según su prescrip-



ción sólo por la muerte se disolverían en la República los matrimonios siguientes:

1° El que puede contraer un padre con una hija o una madre con un hijo, declarado nulo por decisión de Inocencio III en el capítulo 8°, *De consanguinitate*;

2° El que se contrae con error, como si por medio de poder o cualquier otro, en vez de ser con una persona, se hace con otra, declarado nulo en la causa 20, quest. 1 del decreto;

3° El que se contrae mediando voto solemne de castidad emitido en la profesión hecha en religión aprobada por la Iglesia, o sea por un religioso o religiosa, declarado nulo por el Tridentino en su sesión 24, canon 9;

4° El que se contrae por uno que ha maquinado y ejecutado con el otro la muerte de su primer consorte para poder celebrar el suyo, declarado nulo por Celestino III en el capítulo 1°, *De conversione infidelium*;

5° El que se contrae por la fuerza, como el de un militar que se hace echar bendiciones con una persona determinada, sin su consentimiento, declarado nulo por Alejandro III en el capítulo 14, *De sponsalibus et matrimonio*;

6° El que contrae un casado, declarado nulo por el Tridentino, sesión 24, canon 2;

7° El de un furioso, un demente, un fatuo, declarado nulo por Inocencio III en el capítulo 24, *De sponsalibus et matrimonio*;

8° El que se celebra ante cualquier sacerdote sin conocimiento del párroco y testigos, declarado nulo por el Tridentino, sesión 24, capítulo 1°.



Y por fin, todos los otros matrimonios celebrados con impedimento dirimente que los anula e irrita, por la sola circunstancia de haber tenido lugar en otro país, vendrían a ser válidos en el nuestro.

Sin embargo de que sería absurdo por demás sentar un principio tal, en la suposición de establecerse, veamos cuáles serían sus resultados en la práctica.

Pongamos, por ejemplo, el de un chileno que habiendo estado algunos años fuera de su país vuelve a él, se casa con una mujer cualquiera, se traslada con familia a la República Argentina, se arraiga en el país y después de haber habitado algún tiempo en él, descubre que su mujer es su hermana, su hija, su madre, ¿es moral, es racional, es conveniente que ese hombre tenga forzosamente que seguir vida conyugal con esa mujer, que no puede ante la ley divina y humana de todos los países ser su legítima esposa? Se me dirá que ese hombre puede volverse a su país y pedir allá la declaración de nulidad de su matrimonio; ¿y si por sus circunstancias no puede hacerlo? Mas, en el caso de poderlo se traslada a Chile, obtiene la declaración de nulidad y con ella la aptitud para contraer un matrimonio legítimo, pero no puede volver a la República Argentina con esa aptitud, porque en ella se le considerará siempre casado mientras viva aquella mujer, que por cierta especialidad de circunstancias apareció en un tiempo como legítima, sin serlo. Ese hombre, pues, tiene que emigrar de la República si no se resuelve a observar un celibato estricto mientras viva su supuesta consorte.

Esto es en el caso de que la autoridad eclesiástica



se sometiese a tan irracional disposición de la ley civil; mas si esto no sucede, como indispensablemente tiene que acontecer, el precepto de la ley civil no tendrá más objeto que crear causas para litigios injustos y de incalculables perjuicios.

No sometiéndose la autoridad eclesiástica, como es natural y racional que no se someta a esta prescripción extraña de la ley civil, ¿qué sucederá? Que ella declarará nulo un matrimonio tal y autorizará el legítimo que los supuestos consortes quieran después contraer, porque la ley que rige el caso no se lo prohíbe. Entonces, ¿qué valor tiene la disposición de la ley civil? Ninguno, a no ser de que el matrimonio autorizado por la Iglesia sea desconocido en los tribunales civiles.

Y esto no puede ser, porque la contradicción abierta entre las disposiciones de la ley civil y las de la eclesiástica en materias correspondientes únicamente a ésta, y que aquélla no puede hacer más que aprobar y sancionar, ocasionaría males de una trascendencia imponderable para la sociedad.

¿Es el matrimonio un sacramento o no lo es? Si lo es, está sujeto en todo a la legislación canónica sin que la civil pueda hacer más que aprobar sus disposiciones. Si el matrimonio no es sacramento, hágase de él entonces un contrato civil y sólo así quedará sujeto en un todo a la legislación civil.

Prescindiendo de esto y volviendo a las contradicciones que resultan de las disposiciones establecidas por este artículo, es bastante singular y ajeno a toda regla de lógica que se desconozca la nulidad de un matrimonio contraído con impedimento



dirimente sólo porque el acto ha tenido lugar en otro país.

No comprendemos cómo pueda conciliarse el principio establecido en el artículo 1º de esta sección, por el cual admitimos la validez del matrimonio por la ley del lugar de su celebración, con el que contiene este artículo, según el cual no admitimos la nulidad del acto por la misma ley del lugar donde se ha efectuado.

Esta contradicción se hace tanto más resaltante si se tiene en cuenta que un matrimonio contraído en otro país con impedimento dirimente, que nosotros de un modo inexplicable admitimos como válido, si se hubiese celebrado en el nuestro sería nulo y se declararía como tal y los supuestos consortes podrían contraer un matrimonio legítimo.

Por la razón y el buen sentido, se convierte en impedimento dirimente o en causa bastante para destruir un vínculo con que se han ligado dos personas, o con que aparecen estar ligadas, pues ese vínculo en la realidad no ha existido por el impedimento que ha imposibilitado su formación efectiva y ese hecho racional, justo y conveniente porque como tal lo apreciamos si tiene lugar en nuestro país, no puede ser totalmente desconocido sólo porque ha tenido lugar en otro, sin desviarnos completamente de la razón y del buen sentido que son los principios divinos de la legislación humana.

Por lo que respecta a los casos de matrimonio de no católicos, también es inadmisibles el artículo porque aun cuando no se nos presentarían hechos que chocasen con la razón, la moral y el precepto



religioso, desde que admitimos la formación del vínculo conyugal por la ley del lugar donde se ha efectuado, debemos también admitir su disolución por la misma ley.

Ahora, por lo que respecta a la conveniencia que pudiera resultar del establecimiento de una disposición tan extraña, no alcanzamos a comprender cuál sea.

Si se trata de apoyar el principio de la indisolubilidad de nuestro matrimonio, él lo está bastante con la disposición de la ley, sin que haya necesidad alguna de ocurrir a una ficción contra la justicia, contra la razón y contra la verdad.

Si se cree que con la disolución de matrimonios disolubles se ofende la moral, hay un error, porque la disolución se efectúa por virtud de una ley, y siempre que los actos del hombre se ajusten a la ley, no puede en manera alguna ofender a la moral.

Si la disposición del artículo se refiere con especialidad al matrimonio de no católicos en un caso de disolución por causas distintas de las que autoriza la iglesia católica y se teme que con un acto tal puede desvirtuarse la fuerza moral de nuestro matrimonio, hay también error porque con el solo hecho de admitir la libertad de cultos estamos sometidos a ver en nuestro país la diferencia de ritos en las diversas religiones que se profesan en él, sin que puedan en manera alguna afectarnos los actos religiosos de estos diversos cultos por muy contrarios que sean a los nuestros.

En tal caso, la República debería cortar sus relaciones con las demás naciones del mundo para no conocer sus costumbres, su religión, siempre que se diferenciase de las nuestras.



Art. 66. — La acción de nulidad de un matrimonio no puede intentarse sino en vida de los dos esposos.

Ni puede ni hay conveniencia en establecer esta prescripción.

No puede, porque habiéndose admitido la legislación canónica para la celebración y disolución del matrimonio, esta disposición contraría abiertamente las de esa legislación, especialmente en aquella parte que confiere al obispo, como juez privativo de la causa, la facultad de proceder de oficio a la declaración de nulidad de un matrimonio contraído con impedimento dirimente, como expresamente se contiene en los capítulos 3º, *De divortiis*, y 1º *De officio ordinarii*, de las Decretales.

No hay conveniencia alguna en hacerlo, pues aun cuando no mediase el obstáculo de que acabamos de hacer referencia, la innovación sólo produciría por efecto la introducción de un abuso para los interesados indirectos en la celebración de matrimonios en los últimos momentos de la vida de un hombre.

Si con el mero hecho de la muerte de uno de los cónyuges queda válido e indisoluble el matrimonio, tiene forzosamente que desaparecer el valor de los impedimentos dirimentes, y entonces esa muerte es la que produce el matrimonio verdadero, no la unión del hombre con la mujer de acuerdo con las prescripciones de la ley.

Así, por ejemplo, un moribundo que ha perdido toda acción para manifestar sus sentimientos y que recibe la bendición nupcial de un sacerdote extravagante, si muriese, quedaría legítimamente casado, porque sólo si viviese, se permitiría hacer uso de la acción de nulidad del matrimonio.



En tal caso, el consentimiento y la bendición del párroco que son ambos requisitos indispensables para la válida celebración del matrimonio, no tendrían valor alguno desde el momento en que muriese uno de los supuestos consortes; y lo mismo sucedería con los demás impedimentos dirimentes que la Iglesia tiene establecidos.

Hacemos esta observación porque hemos visto más de un caso de matrimonios celebrados con impedimentos dirimentes, abusando de los últimos instantes de un hombre enfermo por las ventajas que esperaban reportar del acto personas interesadas.

Si el objeto del artículo es impedir la declaración de nulidad de un matrimonio que los esposos durante su vida han tenido como válido, necesario es no perder de vista que la validez o nulidad, no depende de la voluntad de los consortes, sino exclusivamente de la legitimidad de los procedimientos que producen la validez del contrato y del sacramento.

Aun cuando así no fuera, el mal que se trata de evitar, es puramente ficticio; y el que se ocasionaría, sería indudablemente real y de gravísimas consecuencias. Opinamos, pues, por la completa supresión del artículo.

Art. 71. — Las causas de nulidad de los matrimonios celebrados ante la iglesia católica son extensivas a los que se celebrasen sin autorización de ella, con la sola excepción de la necesidad de la asistencia del párroco siempre que el matrimonio hubiese sido bendecido por algún sacerdote de la comunión de los esposos.

Teniéndose en vista los gravísimos males que resultaban de los matrimonios clandestinos, se esta-



bleció en el Concilio de Trento, después de largas y maduras reflexiones, que el matrimonio se celebrase ante el párroco y testigos, so pena de nulidad. Y los países protestantes reconociendo la utilidad de esta disposición de la iglesia católica, la adoptaron sin hesitación hasta hoy que se observa en la iglesia anglicana, respetada por sus diversas sectas, como también en la luterana, aprobada por la iglesia ortodoxa y la unida de Prusia, que son sus principales secciones.

La celebración del matrimonio ante el párroco y testigos ofrece la gran ventaja de proporcionar el conocimiento de los contrayentes, y, por consiguiente, la prevención contra toda sorpresa o fraude.

Sólo un hecho extraordinario o ilícito que produzca oposición puede impulsar a los contrayentes a celebrar el matrimonio fuera de la parroquia; y como por la ley están previstos los casos de las oposiciones irracionales, no es propio ni conveniente hacer ilusorias las racionales y justas, sólo porque los interesados no sean correligionarios nuestros.

Para dar mayor solemnidad al matrimonio por la importancia de éste en sus efectos, se ha establecido en todas partes que su celebración tenga lugar ante una autoridad; y no alcanzamos a comprender qué razón haya podido inducir al autor a establecer una excepción que no ofrece ventaja ostensible alguna para nosotros y que para los individuos a que se refiere puede ser muy perjudicial, autorizando la informalidad de los procedimientos en el acto más serio de la vida de un hombre.

Y si la razón que se ha tenido en vista es la que las religiones toleradas en la República apenas



tienen sus iglesias en la Capital, sin la formación aparente de parroquias en el orden que nosotros las tenemos establecidas, es infundada, porque esas iglesias pertenecen a parroquias más o menos extensas en sus límites, según el domicilio de los feligreses; y el sacerdote que desempeña en ellas el servicio divino, es un ministro autorizado como aparece reconocerse en el artículo 18 de este título al hacerse referencia del pastor que es el párroco entre los protestantes.

Opinamos porque se quite la excepción y se deje el artículo en estos términos:

«Las causas de nulidad de los matrimonios celebrados ante la iglesia católica, son extensivas a los que se celebrasen sin autorización de ella.»

Art. 72. — Si el matrimonio anulado fuese putativo, es decir, contraído de buena fe por ambos cónyuges, producirá hasta el día de la sentencia que lo anule, todos los efectos del matrimonio válido no sólo con relación a la persona y bienes de los mismos cónyuges sino también con relación a los hijos. En tal caso la nulidad sólo tendrá los efectos siguientes.

La ley debe tener siempre su razón, o más claro: debe haber siempre un motivo racional para establecer una disposición legal.

Cuando la ley tiene una razón verdadera, es siempre buena y no puede encontrar dificultad en su cumplimiento; pero cuando la razón de ella es falsa, tiene consiguientemente que ser mala, encontrar obstáculos en su cumplimiento y producir males, porque se desvía de los preceptos que Dios ha impuesto al hombre como reglas para sus procedimientos.



El Proyecto de código civil adopta lo que se llama matrimonio putativo con sus efectos de verdadero en la sucesión; y toda la razón que para ello ha inducido a su autor, es la que tuvo la ley 1ª, título XIII, de la partida IV, que nos cita. La razón de esta ley, según ella misma lo expresa, se reduce a la ignorancia de los dos supuestos consortes o de uno de ellos de la nulidad del matrimonio, *ca el non saber deste solo face los fijos legitimos*. Sorprende verdaderamente que un rey que ha pasado a la posteridad con el nombre de Sabio, como Don Alfonso, haya dado una razón tan falsa para establecer un contrasentido; pero más sorprende todavía que seis siglos después se acate esa razón como verdadera.

Sin embargo, la razón que da la ley de Partidas, no es la que ha habido para conceder al matrimonio putativo los efectos de verdadero. Dos razones han tenido los sabios antiguos para ello, pero ambas son falsas.

La primera ha sido la de dar al matrimonio más fuerza que la que se creía tener, imprimiéndole un carácter misterioso y confiriéndole virtud para producir efectos extraordinarios. Las ficciones que sobre él se habían admitido, hacían dudar de la efectividad de su fuerza y se creía que también por medio de ficciones, podría establecerse ésta con más solidez; error que pudo hacerse lugar en aquellos tiempos de la edad media en que ciertas preocupaciones dominaban hasta en las inteligencias más esclarecidas; pero en los actuales en que estamos sufriendo los efectos de muchos de esos errores, necesario es que principiemos la reforma reconociendo el principio de que sólo la verdad natural tiene fuerza



sólida y la comunica abundante a todo lo que en ella se funda. La unión legítima del hombre con la mujer está bastante garantida con la disposición de la ley que la sanciona; y la adopción de disposiciones contrarias a la razón y al buen sentido, en vez de serle favorables le son perjudiciales.

La segunda razón ha sido la inocencia de la prole, razón ostensiblemente falsa, porque tan inocente es la prole de un matrimonio legítimo como la de una cohabitación prohibida.

Que el matrimonio putativo produzca todos los efectos de verdadero mientras se le tiene por verdadero, es muy racional; pero que una vez declarado nulo, tenga efectos de verdadero, es irracional.

Las ficciones sólo deben establecerse cuando con ellas se hace un bien sin causar, directa o indirectamente, mal a persona alguna.

Considerándose el matrimonio putativo en un todo como verdadero mientras se le tiene por tal, se hacen innecesarias las disposiciones sobre la buena o mala fe de ambos o de uno de los consortes, que sólo sirven de fundamentos para litigios rencorosos; sin que por esto deje de acordarse al inocente el justo derecho que tiene para demandar por indemnización de perjuicios al de mala fe.

Art. 72, inc. 1º. — En cuanto a los cónyuges, cesarán todos los derechos y obligaciones que produce el matrimonio. Exceptuase únicamente la obligación recíproca de prestarse alimentos en caso necesario.

Por esta disposición, la única diferencia que existe entre los efectos del divorcio y los de la anulación del matrimonio, es la de que teniendo lugar el primero, a los esposos queda la facultad de acusarse



mutuamente de adulterio y no cuando sucede lo segundo.

De que cuando tiene lugar el divorcio, existiendo el vínculo del matrimonio, quede a los esposos la obligación de alimentarse aun cuando alguno de ellos, en razón y justicia haya perdido el derecho a un beneficio de esta clase, puede tolerarse en razón del vínculo indisoluble que une a esas dos personas; pero que no existiendo ese vínculo en razón de no haber habido matrimonio válido, quede la obligación recíproca de alimentarse, es inadmisibles, porque ella vendría a ser el efecto de una causa que no existe.

Sólo el hecho del matrimonio produce el efecto de la prestación recíproca de alimentos entre los cónyuges; y no habiendo tenido lugar ese hecho, incurriríamos en una contradicción injustificable admitiendo los efectos de una causa que no ha existido.

Además, esta disposición tiende a impedir la celebración de un matrimonio válido después de la disolución del nulo, porque existiendo la facultad en el supuesto consorte de exigir alimentos a su también supuesto cónyuge, cualquiera de ellos no podrá contraer un matrimonio válido con otra persona sin estar expuesto a una perturbación de la paz doméstica, con la alimentación de dos consortes legítimos, pero verdadero el uno y supuesto el otro; lo que sería absurdo y perjudicialísimo para la existencia de la familia.

Art. 72, inc. 2º. — En cuanto a los bienes, los mismos efectos del fallecimiento de uno de los cónyuges; pero antes del fallecimiento de uno de ellos, el otro no tendrá de-



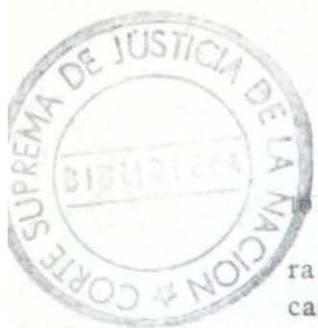
recho a las ventajas o beneficios que en el contrato del matrimonio se hubiesen hecho al que de ellos sobreviviese.

El contrato matrimonial se perfecciona con el sacramento, por lo que están ambos en tan estrecha relación que el uno no puede existir sin el otro.

Faltando el sacramento por la nulidad del matrimonio, ni es lógico ni conveniente que subsista el contrato matrimonial. No es lógico, porque no habiendo matrimonio, mal puede haber contrato matrimonial, y porque no es posible la existencia de una obligación sin el contrato que debiera producirla; y no es conveniente porque la subsistencia de esa obligación pone trabas a la libertad de celebrar un nuevo contrato que debe producir más o menos idénticas obligaciones para con una persona distinta, siendo incompatible la existencia de las unas con la de las otras por la naturaleza del matrimonio, que hace converger los intereses y hasta las afecciones del cónyuge en el otro, y que no admite relaciones idénticas a la que existen entre los consortes para con un extraño equiparado en posición a uno de ellos.

Art. 72, inc. 3º. — En cuanto a los hijos concebidos durante el matrimonio putativo, serán considerados como legítimos con los derechos y obligaciones de los hijos de un matrimonio legítimo. En cuanto a los hijos naturales concebidos antes del matrimonio putativo entre el padre y la madre y nacidos después, quedarán legitimados en los mismos casos en que el subsiguiente matrimonio válido produce este efecto.

El contrasentido adoptado en general como principio en el artículo, da lugar a la creación de todas estas ficciones que lejos de producir bien alguno pa-



ra la sociedad, le ofrecen motivos de pleitos de un carácter escandaloso por el vínculo de sangre que une a los contendientes.

Repetimos que las ficciones sólo deben establecerse cuando con ellas no se infiere directa o indirectamente perjuicio alguno; y en este sentido y por la importancia que tiene en sí el acto del matrimonio, es admisible que se le permita el efecto de legitimar el hijo natural nacido antes de él; mas desde que no ha habido matrimonio, no puede admitirse que se legitime el hijo natural por un hecho que tuvo la apariencia de un matrimonio legítimo, pero que no lo fué en la realidad.

Lo que hemos dicho sobre cada una de las tres partes que contiene el artículo 72, es bastante para fundar nuestro desacuerdo con sus disposiciones; sin embargo, vamos a ocuparnos por un instante del fundamento que el autor ha tenido para adoptarlas.

Él se apoya de un modo general en las leyes 1ª, título XIII, partida IV, y 4ª, título VI, libro III del Fuero Real, y en la opinión de Zachariae, párrafo 125. Decimos de un modo general, porque en seguida hace mención especial de las opiniones contrarias en cuanto a los hijos naturales.

La ley del Fuero determina que el hijo nacido del matrimonio de un hombre anteriormente casado siempre que la mujer ignore su condición, es legítimo; y la de Partidas establece que el hijo natural se legitima por el subsiguiente matrimonio, como también declara legítimo al nacido de un matrimonio nulo siempre que los supuestos cónyuges ignoren la nulidad, manifestando que es tal la virtud del matrimonio que puede producir semejantes efectos.



La disposición de estas leyes sólo puede servir de fundamento para apoyar aquella parte del artículo en la que se establece que los hijos concebidos durante el matrimonio putativo, sean considerados como legítimos.

Zachariae, párrafo 125, dice simplemente que pudiera llegar hasta atribuirse al matrimonio putativo el efecto de legitimar al hijo natural.

Y así, la prestación de alimentos después de la declaración de nulidad del matrimonio y la duración del contrato matrimonial sobre ventajas o beneficios al sobreviviente hasta la muerte de uno de los supuestos cónyuges, no tiene antecedentes que las autorice siquiera para encubrir en parte el contrasentido que ellas contienen.

En cuanto a la legitimidad de los hijos de un matrimonio nulo, cuando los supuestos consortes ignoran la nulidad, podrían las leyes del Fuero y de Partidas haber servido de fundamento en el siglo XIII, no en el XIX, en el que la verdad se ha hecho lugar a través de todas las preocupaciones.

Y referente a la legitimación del hijo natural por el matrimonio putativo la opinión indecisa de Zachariae, por muy respetable que sea este autor, no tiene bastante fuerza, porque está en pugna con el buen sentido y además tenemos en contra de su singular doctrina autores franceses de primer orden, como Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, verbo *Légitimation*, sección 2ª, párrafo 2, número 4; Proudhon, *Cours de droit français sur l'état des personnes*, II, página 109; Toullier, *Droit civil français*, I, número 657; Richefort, *Traité des familles*, II, número 197, y en el artículo 203 del código chileno



que adoptó la doctrina de Pothier, *Traité du mariage*, números 418 y 419, que expresa y decididamente niegan al matrimonio putativo la fuerza de legitimar al hijo natural.

Título II

Art. 1º. — La ley supone concebidos durante el matrimonio los hijos que nacieron después de seis meses del casamiento válido o putativo de la madre, y los póstumos que naciesen dentro de diez meses contados desde el día en que el matrimonio válido o putativo fué disuelto por muerte del marido o porque fuese anulado.

En tres partes dividiremos este artículo para expresar nuestra observación sobre él con mayor claridad.

En la primera, se determina el espacio más corto de tiempo que puede durar la gestación de un hijo legítimo.

En la segunda, se fija el espacio más largo de tiempo que puede estar un hijo legítimo en el vientre de su madre.

En la tercera, se establece la época en que principian y en que terminan ambos espacios.

Para determinar el número de ciento ochenta días como el espacio más corto de tiempo que un hijo legítimo puede estar en el vientre de la madre, no puede haberse tenido otra razón que la que tuvieron las leyes romanas, 12 ff., *De statu hominum*, y 3ª, *De suis et legitimis heredibus*, de que sacó su disposición la ley 4ª, título XXIII, partida IV; y esta razón fué la de haberlo así decidido Hipócrates, según las observaciones que había hecho.

Efectivamente, Hipócrates, en su libro *De carnibus*,



dice que el nacido antes del séptimo mes, ni es legítimo ni vital, y confirma esta opinión Galeno, en su libro *Dè septimestris partu*.

Mas la decisión de Hipócrates, aunque se encuentre apoyada por la opinión de Galeno, no puede tomarse como una regla fija e invariable, porque tenemos hechos posteriores que la contradicen.

El señor Llamas, en su estimable *Comentario a las leyes de Toro*, nos trae a Jerónimo Huerta, médico de Felipe IV, y traductor de la historia natural de Plinio, quien haciendo referencia de lo que dice éste que el parto de seis meses es imperfecto, inmaturo y abortivo, y de consiguiente, con más razón el de cinco, afirma que ha visto un parto de cinco meses y que el feto era vital, habiendo sucedido esto en una hija de una señora principal de Castilla, que había nacido de cinco meses y vivido más de catorce años aunque con debilidad increíble.

Otro muy semejante nos trae referido por el médico Francisco Valles, que dice haber nacido en su siglo una niña de cinco meses y vivido más de doce años, cuya delicadeza y débil contextura, mayor que la de las mujeres regulares, demostraba que su nacimiento había sido en los cinco meses, lo que también atestiguaban los domésticos.

Otro caso igual nos refiere Jacobo Capuron en su *Curso teórico y práctico de partos*, que se verificó en el nacimiento de Fortunio Licetti, a cuya madre, viajando en el sexto mes de su preñado, le sobrevino un accidente y de sus resultas dió a luz un niño que sólo tenía un palmo de largo. Su padre, como médico le hizo poner en un horno a aquella tempe-



ratura suave en que suelen en Egipto poner los huevos para sacar pollos sin gallina; dió instrucciones a la nodriza del modo cómo había de preparar el alimento y por medio de sus cuidados, logró que el hijo llegara no sólo a la edad de la adolescencia, sino a una vejez avanzada.

El mismo Capuron nos presenta otro ejemplo referido por Brouzet de una mujer que a los seis meses de haber parido, dió a luz otro niño.

F. J. Moreau en su *Tratado de partos*, nos asegura haber visto vivir un niño de cinco meses.

Y, finalmente, existe de no ha mucho el ejemplo de un cura escocés que, habiendo desembarazado su esposa pocos días después de los cinco meses de su casamiento, se le siguió una causa por considerársele haber tenido acceso con ella antes del matrimonio, resultando después del reconocimiento prolijo de facultativos que el niño sólo tenía cinco meses, porque se encontraban en él todas las condiciones características de un feto de esta edad.

Ahora, pues, si ha habido casos de nacer niños a los cinco meses y vivir, falla la decisión de Hipócrates que no consideraba legítimo ni vital a un feto de esta edad; y, consiguientemente, falta la razón que las leyes tuvieron para determinar que ciento ochenta días es el minimum del tiempo de la gestación.

La opinión de Hipócrates, por ser médico, se consideró una razón bastante para establecer el minimum de tiempo de la gestación; y ¿por qué no ha de ser aún más fundada la de Huerta, Valles, Capuron, Moreau y muchos otros que podríamos citar, médicos todos, que nos presentan casos prácticos de



seres vitales con una gestación de sólo ciento cincuenta días?

Se nos dirá que esto es muy raro; pero tan rara es la condición de vitalidad en el que nace de cinco meses como en el que nace de seis, según lo asegura Baudelocque, y por muy raros que sean los casos, desde que ya han tenido lugar, no hay imposibilidad que vuelvan a acontecer.

Las leyes romanas y de Partidas que hemos citado comprendieron bien que la opinión de Hipócrates no podía considerarse infalible y adoptaron la resolución en general, sin perjuicio de los casos extraordinarios que pudieran ocurrir; y así, aun cuando ellas fijaban como mínimun de término el de ciento ochenta días, si nacía un niño de menos tiempo, como los que hemos referido, se le consideraba legítimo y vital porque tenía esta condición y las características de la edad correspondientes al tiempo del matrimonio. Lo mismo que si nacía pocos días después del sexto mes del casamiento un niño que hubiere estado en el vientre de la madre el término común de la gestación, que son doscientos ochenta días, no se le consideraba legítimo, porque no había sido concebido durante el matrimonio. Ni podía ser de otro modo, porque ante la verdad material tiene indispensablemente que ceder toda presunción.

No sucede así con la disposición de nuestro artículo que fija el término entre el matrimonio y el nacimiento, y declarando en el artículo 5° siguiente que esta presunción no admite prueba en contra, rechaza de un modo absoluto el hecho material, en todo caso que llegase a ocurrir contrariando esa disposición.



Según ella, un niño que naciese un día antes de los ciento ochenta que se determinan como mínimum de la gestación, no sería legítimo, aun cuando se probase que había sido concebido durante el matrimonio, aun cuando la misma criatura presentase las condiciones características de su edad, aun cuando el mismo padre lo reconociese por tal, lo que podría ocasionar grandes trastornos en la familia con la deshonor de una madre honrada, con la zozobra de un padre que se vería imposibilitado para transmitir su nombre y su fortuna a su verdadero y legítimo descendiente, con el sacrificio de una criatura que siendo de origen legítimo, se le tenía por lo contrario, y con el motivo legal, pero injusto para hermanos, que subsiguiesen de cuestionar intereses entre sí, no habiendo razón verdadera para hacerlo.

Por el lado opuesto, un niño de completo desarrollo, es decir, de una gestación común, que naciese pocos días después de los ciento ochenta, sería legítimo aun cuando se probase que había sido concebido antes del matrimonio y él ofreciese las condiciones características de su edad; lo que ocasionaría grandes trastornos en la familia, obligando a un marido inocente a tener como propio un hijo ajeno, colocando tanto al padre como a la madre en la imposibilidad de separarlo del matrimonio aun cuando uno y otro reconociese que así debía hacerse, convirtiendo a un extraño en heredero de un patrimonio que no le corresponde o por lo menos haciéndole partícipe de él con herederos legítimos.

Es de advertir que entre las proporciones de uno y otro de estos dos extremos, hay una diferencia notabilísima, pues según las observaciones de Boerha-



ve en sus *Instituciones médicas*, los nacimientos prematuros de cinco o seis meses de seres vitales, se hallan con los de gestación común, en la relación de 10 a 1000; y así, en el primer extremo, si para mil casos comunes pueden ocurrir diez de hijos que perteneciendo realmente al matrimonio, la ley los separa de él, en el segundo sucederá que para diez casos de hijos nacidos entre el sexto y séptimo mes, pertenecientes realmente al matrimonio, ocurrirán mil de los extraños que la ley únicamente reviste de legitimidad contra la verdad, contra la razón y contra la justicia.

Si la concepción de una criatura dependiese de la determinación de la ley humana, podría establecer ésta su prescripción de la manera que pretende hacerse; mas como la concepción depende de un hecho natural enteramente distinto de la determinación legal, no puede ésta fijarse con una certidumbre determinada, sin incurrir en una aberración injustificable, sin sacrificar la verdad, la justicia y sin producir las más funestas consecuencias en la institución más importante y al propio tiempo delicada de la sociedad.

Por una parte, ¿podrá una madre honrada que ha tenido un hijo vital de cinco meses, conformarse con que el fruto de su vientre no sea legítimo y con que se la considere de vida licenciosa antes de su matrimonio, o que por lo menos se ponga en duda la pureza de sus costumbres en la tela de un juicio que se promuevan entre sí sus mismos hijos, sin haber dado motivo para ello, y sólo porque una ley establece una prescripción contraria a los acontecimientos naturales? ¿Podrá conformarse un padre que



tiene un hijo de cinco meses, con que éste no lo sea, aunque esté cerciorado de la pureza de su esposa, sólo porque una ley así lo determina? ¿Podrá serle indiferente que este hijo, sólo por ser el objeto de un caso raro de la naturaleza, sea excluído de su herencia por otros que han tenido la suerte de obtener un mejor desarrollo en la vida uterina, pero que son de la misma naturaleza de aquel, sólo porque una ley lo determina? ¿Es racional y justo que un niño, sólo por haber nacido de cinco meses, sea privado de un padre que la naturaleza le dió y de los derechos que como fruto de una unión legítima le corresponden, o por último que sea víctima de una ley que se ha atrevido a determinar sobre casos naturales con una precisión y fijeza que la misma naturaleza no observa? No.

Por la otra parte, ¿podrá un marido conformarse con que un hijo de completa vida uterina que pare su mujer en el séptimo mes de su matrimonio, que por consiguiente, ha sido concebido tres meses antes de su enlace, sea suyo sólo porque una ley así lo determina? ¿Podrá ese marido consentir en que un extraño se introduzca forzosamente en la familia y sea el heredero de su fortuna o por lo menos participe de ella con sus verdaderos hijos? ¿Podrán tanto su marido como su mujer convenir en que ese hijo extraño del matrimonio tenga forzosamente que pertenecer a él, y obtenga los mismos derechos que son exclusivos de los que pertenecen a su legítima unión? ¿Podrá racionalmente sostenerse que un hijo que la madre reconoce como no perteneciente al matrimonio y que naturalmente el padre no puede admitir como suyo, sea, sin embargo, considera-



do hijo legítimo sólo porque la ley lo determina? Jamás.

Para los casos de uno y otro extremo, sería necesario suponer a todos los hombres sin conciencia, sin afecciones y sin sentimientos de honor; sería preciso que el sentimiento de la paternidad, el amor natural y la indiferencia, se introdujesen en el corazón del hombre por determinación de la ley y no por virtud de la naturaleza.

En la segunda parte del artículo se fija el espacio de diez meses como término máximo de tiempo que puede estar un hijo legítimo en el vientre de su madre, estableciéndose, por consecuencia, según la declaración del artículo 5° siguiente, de que no se admite prueba en contra, que de ninguna manera, por motivo alguno y en ningún caso el parto puede retardarse de este tiempo.

Ahora, pues, si bien es cierto que el término común de la gestación es el de doscientos ochenta días y que, por lo general, cuando más se extiende hasta los trescientos, también lo es que el parto puede retardarse más allá de este último término, como tenemos ejemplos de cuya verdad no podemos dudar.

Aulo Gelio en sus *Noches áticas* trae uno, acontecido en Roma, de una mujer de buenas y honestas costumbres y nada sospechosa de incontinencia y liviandad, que parió en el onceno mes de la muerte de su marido; y habiéndose dudado de la legitimidad de su parto por el atraso del tiempo, sospechándose si había concebido después de la muerte de su marido a causa de que los decenviros habían dejado dispuesto que el hombre nacía en el

décimo mes y no en el undécimo mes, el emperador Adriano tomó conocimiento del asunto y determinó que el parto en el undécimo mes podía ser legítimo; cuyo decreto, dice Gelio, que él personalmente leyó, y en él expresaba el emperador romano que había tomado aquella determinación después de consultar las opiniones de los antiguos filósofos y médicos.

Dionisio Godofredo en sus notas a la novela 39, trae el de una mujer que parió a los catorce meses después de la muerte de su marido, cuyo parto fué declarado natural y legítimo por el parlamento de París.

Petit, Lebas, Lepecq-de-Laclature, traen muchos ejemplos de partos retardados más allá de los diez meses.

Lo mismo lo hacen por experiencia propia, el cirujano Dulignac, el doctor Panec y especialmente Fodéré de un caso que observó en su propia mujer.

Moreau trae uno de 1834, de la señora de un magistrado que parió a los diez meses y veintiocho días.

Si la experiencia nos demuestra que hay muchos casos de partos retardados, ¿por qué establecer nosotros con tanta fijeza y exactitud un espacio de tiempo que la misma naturaleza no observa con tanta escrupulosidad, cuando ni siquiera somos capaces de darnos cuenta de las causas de esas alteraciones del supremo poder natural?

En la disposición del artículo referente a esta parte pueden estar dos casos opuestos: el nacimiento prematuro y el retardado.

A la terminación de los diez meses, puede nacer un niño de cinco, seis, siete meses, y aun cuando



tenga las condiciones características de esta edad, es decir, aun cuando se pruebe que ha sido concebido, cinco, cuatro, tres meses después de la muerte del marido, pertenece, sin embargo, al matrimonio de éste, tiene que ser su legítimo heredero o que participar de la herencia con herederos legítimos inocentes, lo que es una injusticia inadmisibile.

Por el lado opuesto, si ocurre un nacimiento retardado de un día sobre los trescientos, aun cuando la madre haya sido una esposa fiel, una mujer de inmejorables costumbres y pueda acreditarlo hasta la evidencia, tiene que ser licenciosa, perder su crédito, no puede ser tutora o curadora de sus hijos y esa prole verdadera del matrimonio, es separada de él, es bastarda, privada de su verdadera paternidad y de los demás beneficios que por la legitimidad de su origen, le corresponden en justicia, sólo porque la disposición de una ley humana quiere sobreponerse a los acontecimientos naturales.

¿Hay razón, hay justicia, hay conveniencia alguna para que un hijo de nacimiento prematuro, que con las condiciones que caracterizan su edad prueba el tiempo de su concepción, se le haga pertenecer a un matrimonio anterior a ella con perjuicio de otros a quienes corresponden los beneficios de ese matrimonio? No.

¿Hay razón, hay justicia, hay conveniencia alguna para que un hijo por sólo haber nacido de un parto retardado, pierda su legitimidad, sea despojado de un nombre o de una herencia que le pertenece y le ocasione la deshonra de una madre pura? No.

En la tercera parte de este artículo se establece,



por un lado, que principia la gestación de un hijo legítimo en el día del casamiento válido o putativo de la madre; y por el otro que termina a los diez meses contados desde el día en que el matrimonio válido fué disuelto por la muerte del marido o el putativo por su anulación.

Tomando estas disposiciones como reglas generales, muy insignificante sería la observación que tendríamos que hacerles; mas como el artículo 5º siguiente, no admite prueba en contra de la presunción de la ley que ellas contienen, es imposible adoptar como época en que principia la gestación un acontecimiento del todo independiente de la concepción.

En el primer caso, si un matrimonio se celebra en un día determinado y no se consuma en cuatro o seis meses, el hijo que la mujer dé a luz después de los ciento ochenta días contados desde el casamiento pertenece al marido, porque no se admite prueba de que éste no lo haya consumado el mismo día de la celebración.

En el caso opuesto, el hijo que nace dentro de los diez meses de la muerte del marido de la madre o de la declaración de nulidad de su matrimonio, pertenece a ese hombre aun cuando no haya tenido acceso con la mujer desde mucho antes de la muerte o de la declaración de nulidad, porque no se admite prueba de esos hechos.

La muerte, por lo general, es precedida de una enfermedad más o menos larga, y la sentencia declaratoria de la nulidad de un matrimonio es la consecuencia forzosa de un juicio ventilado con dilatadas tramitaciones.



La enfermedad por lo común es un impedimento para la cohabitación.

La declaración de nulidad de un matrimonio es el resultado de un juicio promovido por la desinteligencia caracterizada de aversión entre los supuestos consortes que llegados al extremo de pretender la disolución del vínculo en que aparecían unidos, no ofrecen presunción alguna racional de que sigan prestándose el débito conyugal.

La ley 4ª, título XXIII, partida IV, establece las reglas en general para casos de duda, pero al propio tiempo hace lugar a las excepciones, expresando claramente que el espacio de tiempo que determina es para el caso en que el marido tuviese acceso con la mujer.

Para seguir esa sabia disposición, debe suprimirse el artículo 5º; y para mejorarla, de acuerdo con los principios de la verdad y de la justicia, se debe prestar gran importancia y hacer mención expresa de las *condiciones características de la edad del feto*.

Art. 2º. — Si disuelto o anulado un matrimonio, la madre contrayere otro en el plazo prohibido por el artículo 78 del título anterior, el hijo que naciese antes de los seis meses del segundo matrimonio, se presume concebido en el primer matrimonio.

La observación anterior sería bastante para el presente artículo; sin embargo, vamos a decir sobre él algunas palabras más.

El plazo establecido en el artículo 78 citado, dentro del cual se supone la celebración del matrimonio, es el de diez meses o sea trescientos días; y el que se determina para el nacimiento del hijo, el de seis meses o sea ciento ochenta días: forman-



do ambos diez y seis meses o sea cuatrocientos ochenta días.

Según este artículo, el hijo nacido dentro de los diez y seis meses posteriores a la disolución o anulación del primer matrimonio de la madre, pertenece a él, siempre que el segundo se haya celebrado dentro de los primeros diez meses.

La sola circunstancia de celebrarse el matrimonio dentro de un término dado, viene a ser una razón bastante para prolongar hasta diez y seis meses el término de la gestación.

Si el nacimiento del hijo tuviese lugar antes de los seis meses contados desde la celebración del segundo matrimonio, pero dentro de los diez meses posteriores a la disolución o anulación del primero, sería admisible para los casos de duda; pero establecido como prescripción general, con la condición que le impone el artículo 5° siguiente de que no se admite prueba en contra, no puede adoptarse sin el riesgo de sus malos efectos.

Veamos un caso.

Tiene lugar un casamiento a los nueve meses de la viudez de la mujer y ésta da a luz un hijo cinco meses después, es decir, a los catorce meses después de la muerte de su primer marido, ¿puede creerse que pertenece a éste? Jamás.

Ahora, por lo que respecta al objeto que puede tener el artículo, si es el de determinar el caso de duda, no se consigue de este modo, porque establece prescripciones para casos que se encuentran fuera de ella. Si él tiene el de poner una traba a la viuda para que no contraiga matrimonio dentro de los diez meses después de la muerte de su primer ma-



rído, debe hacerse pesar sobre esa misma viuda, de cuya voluntad depende el acto, los efectos de él, y no sobre personas extrañas que ninguna participación han tenido en el mismo.

¿Qué parte puede tener el marido difunto y en su lugar sus hijos o sus herederos colaterales, en el matrimonio de la viuda dentro del término que le está prohibido contraerlo, para que un hijo de ella venga a disminuir la herencia de los unos o a ser dueño de todo lo de los otros?

¿Qué conveniencia puede haber para hacer entrar forzosamente en un matrimonio, un hijo que ostensiblemente no le pertenece?

Que un hijo que naturalmente no es del padre, pero que nace en vida de él y cuya verdadera filiación no puede probarse, se presume en caso de duda, perteneciente a su matrimonio, es admisible; pero que ese mismo hijo nacido después de la muerte del marido de su madre, fuera del término máximo de la gestación, habiendo precedido una época en que la mujer ha sido dueña absoluta de sus actos, sin vigilancia de ninguna clase sobre ellos, se haga pertenecer a ese marido, no es admisible, porque tal determinación está en pugna con la verdad natural y con la razón.

La verdad natural, la razón, la lógica, deben siempre tenerse presentes por el legislador para asegurar a sus disposiciones el buen éxito y la estabilidad.

Art. 3°. — Se presume concebido en el segundo matrimonio el hijo que naciere después de los seis meses de su celebración, aunque se esté dentro de los diez meses posteriores a la disolución del primer matrimonio.



Nuestra observación al presente artículo se reduce a repetir lo que anteriormente hemos dicho sobre nacimientos precoces y retardados, sobre la época en que debe principiarse el cómputo de tiempo de la gestación y sobre la necesidad de la mención expresa de las condiciones características de la edad del feto, a fin de que la prescripción pueda adoptarse sólo como regla general para los casos de duda y ella sirva para las decisiones judiciales cuando ellas sean necesarias para determinar la filiación.

Art. 4º. — El hijo nacido dentro de diez meses posteriores a la disolución del matrimonio de la madre, se presume concebido durante el matrimonio de ella aun cuando la madre u otro que se diga su padre, lo reconozcan por hijo natural.

Según nuestra limitada inteligencia, tres objetos han podido tenerse en vista para el establecimiento de esta disposición:

Hacer que la viuda venera la memoria de su marido, observando una buena conducta después de su muerte;

Hacer respetable la condición de la viuda;

Impedir que ella haga aparecer como extraño un hijo que pertenece a su matrimonio.

Para conseguir lo primero, necesario es que el efecto de la violación recaiga sobre aquel de cuya voluntad ha dependido el acto, no sobre un extraño que carece de toda participación en él o que se encuentra en imposibilidad de impedirlo.

Si la viuda es quien por medio de una buena conducta, debe venerar la memoria de su marido; sobre esa misma viuda debe pesar la responsabilidad de la falta de cumplimiento de su deber, no sobre



un extraño que no tiene semejante obligación ni influye de manera alguna en el cumplimiento de ese deber.

Que la fortuna de la viuda sufriese el efecto de su falta de veneración a la memoria de su marido, se comprende: pero que venga a sufrirlo la fortuna del marido o sus herederos que ni tienen participación ni han podido impedir la conducta irregular de la viuda, no es lógicamente admisible.

Ahora, si la veneración puede creerse que consiste en encubrir la mala conducta de la viuda con perjuicio de los herederos de su difunto marido, es otra cosa; pero esta creencia nos parece deficiente de todo fundamento racional o de conveniencia pública.

Que los hijos verdaderos del marido tengan que participar su herencia con uno que no lo es, sólo porque la madre de éste aparezca de buena conducta, no habiéndola tenido, es manifiestamente injusto.

Que el hijo de la viuda aparezca como perteneciente a su difunto marido sin serlo, sólo porque esa viuda aparezca venerando la memoria de su consorte, sin haberlo hecho, no puede ofrecer conveniencia pública de ninguna clase, porque la desfiguración de una verdad conocida con perjuicio de un tercero, como que es una iniquidad resaltante, sólo puede producir el desprecio por la disposición de la ley y la relajación de la conciencia donde existe.

Por lo que respecta a la respetabilidad que quiera darse a la condición de la viuda, no se precisa de una ficción tal para conferírsela. Ella tiene la res-



petabilidad que por sus buenas cualidades sepa captarse; y si por su mala conducta, la pierde, una disposición como ésta no tiene bastante fuerza para hacérsela recuperar en la estimación pública, porque ella está en pugna con la razón y con la justicia.

Una viuda recatada y de buenas costumbres merecerá siempre la estimación y el respeto de todos; y si no tiene estas buenas condiciones, por más que la ley la declare respetable, no lo será ante la sociedad, con tanta más razón desde que esa declaración de la ley, al envolver en sí la desfiguración de la verdad, contiene también una injusticia remarcable, infiriendo perjuicios a un tercero que no ha dado motivo alguno para sufrirlos.

Si se mira bajo el punto de una conveniencia pública, no alcanzamos tampoco a comprender de qué modo pueda ella ser consultada con esta disposición.

Declarar de cierta condición a una persona que no la tiene, es poner en lucha abierta la disposición de la ley con la verdad natural.

Si de esta manera puede consultarse una conveniencia pública cualquiera, podría también declararse legítimo todo hijo de una mujer soltera a fin de que ésta tenga siempre una posición respetable y desaparezca todo motivo de suposición de que ha cometido un desliz; y en tal caso, siguiendo el mismo modo de raciocinar, todos los actos malos pueden ser desfigurados y revestidos con un carácter de bondad para que no exista un motivo de suponerse que hay la posibilidad de cometerlos!

El último objeto que suponemos pueda tener la disposición, cual es el de impedir que la viuda haga



aparecer como extraño un hijo que pertenece a su matrimonio, nos parece todavía más que los otros, deficiente de todo fundamento racional.

No desechamos la posibilidad del caso rarísimo de una madre que por odio profundo a su marido y puramente por el capricho intencional de hacerle sufrir, se exponga a sufrir ella misma una pena y consienta en echar sobre sí una infamia, declarando que un hijo pertenece a otro hombre; pero creemos imposible la subsistencia del mismo odio y del mismo capricho después de la muerte del marido, después de la desaparición de la causa que los había producido.

Y aun cuando así no fuese, el caso sería rarísimo; y la ley no debe determinar para los casos raros con prescindencia de los comunes, con tanta más razón cuando éstos se encuentran seriamente afectados por la disposición que se refiere a aquéllos.

Además del odio, puede también tomarse la causa del interés. En la suposición de que una viuda, por el interés de los bienes de su amante, haga aparecer como perteneciente a éste, el hijo de su matrimonio, debe tenerse presente que se ofrece un obstáculo bien poderoso a la consecución de sus pretensiones en el reconocimiento indispensable por parte del padre natural para establecer la filiación; y será preciso separarse completamente del buen sentido y de la generalidad de los acontecimientos, para aceptar como probable el hecho del reconocimiento sin la previa conciencia de la paternidad.

El caso podría llegar a presentarse, pero él sería verdaderamente raro.

Fuera de estos casos raros, no encontramos otros



que merezcan siquiera el nombre de menos raros; y por lo demás que hemos dicho sobre este artículo, opinamos por su completa supresión.

Art. 7º. — Son hijos legítimos los nacidos después de ciento ochenta días desde la celebración del matrimonio, y dentro de los trescientos siguientes a su disolución, si no se probase que ha sido imposible al marido tener acceso con su mujer en los ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

Este artículo tiene que ser considerado en sus relaciones con el primero de este título y en el contenido de sus disposiciones.

Tomándolo en el primer carácter, se deja notar al instante una contradicción verdaderamente asombrosa.

En el artículo 1º se fija el término mínimo de la gestación legítima en seis meses y al máximo de la misma en diez; se determina que el primero principia desde el día de la celebración del matrimonio y el segundo termina a los diez meses contados desde el día de la muerte del marido o de la declaración de nulidad del matrimonio; y en seguida se establece que las presunciones de ley que estas disposiciones contienen, no admiten prueba en contra. En el presente se fijan los mismos términos; se determina la época de la gestación desde el día del nacimiento, y también se admite la prueba de la imposibilidad del acceso con la mujer en los primeros cuatro meses de los diez anteriores al nacimiento.

En el primero se establecen como punto de partida para contar el término de la gestación, el día de la celebración del matrimonio y el de la muerte del marido o el de la declaración de nulidad del ma



trimonio; en el segundo se fija como punto de partida el día del nacimiento.

En el primer caso, la gestación principia a contarse desde una época determinada arbitrariamente y que puede estar completamente desligada del acto material de la concepción; en el segundo el término de esa gestación se cuenta desde el día en que se supone haber tenido lugar el acto natural de la concepción.

Entre una y otra disposición puede presentarse una diferencia enorme; y en tal caso, ¿cuál de ellas preferirá el magistrado que esté llamado a hacer la aplicación de la ley?

Vamos a la práctica.

Nace un niño a los doscientos ochenta días contados desde la muerte del marido y partes interesadas promueven una litis sobre su filiación.

Un demandante dice que el niño ha nacido doscientos ochenta días después de la muerte del marido, pero que no es legítimo porque no ha habido posibilidad del acceso en los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento y ofrece probar el hecho en conformidad con el artículo 7°. El demandado contesta que es legítimo porque ha nacido dentro del término que establece el artículo 1°, y alega que contra la presunción de la ley que él contiene no se admite prueba en contra según el artículo 5°. Entre tener que admitir prueba y tener que desecharla, supongamos que el juez se decida por lo primero y que se prueba plenamente que el marido no ha podido tener acceso con la mujer en muchos meses antes de su muerte, ¿qué resuelve el juez? El que



le pide que declare al hijo ilegítimo tiene razón, porque así lo determina la ley y porque además ha probado que, por la imposibilidad del acceso, el hijo no pertenece al marido. El que pide que se declare a ese mismo hijo legítimo, tiene razón porque así lo determina la ley y porque la prueba que ha producido el contrario no tiene valor alguno en razón de que la ley expresamente la rechaza.

En tal caso, ¿por quién se decide el juez sin violar una u otra disposición de la ley?

Consideremos ahora este artículo en el contenido de sus disposiciones.

Él naturalmente tiene su origen en las leyes que se citan para apoyar su disposición.

De esas leyes, la que ha servido de norma para la redacción del artículo, porque éste contiene substancialmente sus disposiciones, es el artículo 312 del código francés, cuyo texto es como sigue: «El niño concebido en el matrimonio tiene por padre al marido: sin embargo, éste podrá desconocer al niño si prueba que en el tiempo que ha corrido desde el tricentésimo hasta el centésimotogésimo día antes del nacimiento, se hallaba en la imposibilidad física, sea por causa de distancia o por efecto de cualquier accidente, de cohabitar con su mujer.»

En vista de esto, Zachariae, párrafo 161, tratando de la filiación legítima, fija, como simples reglas generales, los términos mínimo y máximo de la gestación en las disposiciones del derecho romano por la muy poderosa razón de que en las discusiones tenidas en el consejo de Estado, no se tuvo la intención de separarse de ese derecho ni de la opinión de la mayor



parte de los fisiólogos que están de acuerdo con los principios que él contiene.

Esa intención en el consejo de Estado se revela claramente en el artículo 315 que dice así: «La legitimidad del niño nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio, podrá ser contestada.»

La precisión de las palabras del artículo 312 y la vaguedad de la redacción del 315, han dado lugar a una diferencia de opiniones en los comentaristas, porque algunos sostienen que al parto undecimestre, sólo falta la presunción de la filiación legítima: Locré, *Code civil*, sobre el artículo 315; mientras que otros que forman la mayoría, sostienen que el parto undecimestre en virtud de la ley y sin que pueda admitirse prueba en contrario, es legítimo: Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, II, página 28; Delvincourt, *Cours du code civil*, sobre el artículo 315; Toullier, II, número 828; Duranton, *Cours de droit français*, III, número 58.

Debe darse preferencia a la primera opinión porque ella tiene en su apoyo la razón natural, el antiguo derecho, la discusión en el Consejo de Estado y la redacción del artículo.

Una sola objeción podría hacerse contra esta opinión y es la que se deriva del artículo 312 que parece pronunciarse en favor de la segunda; pero esta misma objeción se transforma en un nuevo argumento en favor de la primera opinión si se tiene en cuenta el origen de los artículos 312 y 315.

El tribunado se encontraba dividido en la opinión de que el parto undecimestre debiera ser considerado como absolutamente ilegítimo, por cuya



causa se hizo una proposición de enmienda en este sentido tanto al artículo 312 como al 315. La proposición relativa al 312 fué adoptada por el Consejo de Estado, pero no lo fué la concerniente al 315 por un informe de Fourcroi, en el cual establece que según el testimonio de los mejores fisiólogos, el décimo mes era el término normal de la gestación, pero que había, sin embargo, ejemplos verídicos de embarazos que se habían prolongado hasta el undécimo mes.

Hay dos sentencias de los tribunales franceses sobre esta cuestión, una de la Corte de Grenoble, de 12 de enero de 1809, y otra de la de Aix, de 8 de enero de 1812, ambas contrarias a la pretensión del niño nacido en el oncenno mes; pero en la primera, la opinión que sostenemos, tiene a su favor los motivos mismos de la decisión y en la segunda las circunstancias eran notablemente desfavorables al niño que había nacido a los trescientos quince días después de la muerte del marido y cuya madre había llevado una vida desordenada.

La cuestión de si el niño nacido después de los trescientos días de la disolución del matrimonio debe ser necesariamente reputado ilegítimo cuando es contestada su ilegitimidad, está muy controvertida en Francia, porque, según unos, fundándose en el artículo 312, la ilegitimidad del niño debe siempre ser declarada cuando hay contestación; decisión de la Corte de Grenoble, del 12 de abril de 1809; Duranton, III, número 56; Chardon, *Dol et fraude*, II, página 289; Vazeille, *Des successions*, páginas 16 y 17; Malpel, *Des successions*, página 76; Demolombe, *Cours du Code Napoléon*, V, número 86, y según otros



inspirados en el espíritu del artículo 315 los tribunales son los jueces propios para decidir si el hijo debe ser declarado ilegítimo o no, y apreciadores de las pruebas que puedan haber en favor de su legitimidad, como lo resuelven una decisión de la Corte de Limoges, de 18 de junio de 1840; Malville, *Analyse raisonnée de la discussion du code civil au conseil d'état*, I, página 314; Merlin, verbo *Légitimité*, sección II, parágrafo 11; Locré, sobre el artículo 315; Favard, *Répertoire de la nouvelle législation civil, commerciale et administrative*, verbo *Paternité*, número 6; Allemand, *Du mariage*, número 704.

Esta diferencia de decisiones en los tribunales de Francia y en las opiniones de los mejores comentaristas del código civil son el resultado preciso de la contradicción que existe entre los artículos 312 y 315, contradicción ocasionada por la falta de decisión con que se resolvió el punto, porque al pretender por una parte someterlo a reglas fijas y sentir por la otra la necesidad imperiosa de respetar los acontecimientos naturales, para no poner en pugna la disposición de la ley con la verdad material, se adoptó una disposición que se prestaba a dos interpretaciones distintas.

Igual cosa y aun peor tendría forzosamente que suceder entre nosotros si en la ley llegasen a quedar consignados este artículo y el primero de este título.

Para evitarlo sería necesario suprimir el artículo primero y agregar al presente la expresión de que él contiene la regla general y admite, por consiguiente, la prueba contraria.

De esta manera se fijaría la regla general y quedarían los tribunales establecidos para decidir, en



los casos excepcionales, el único medio de resolver esta grave cuestión, consultando los verdaderos intereses de la sociedad en general y los del particular que puedan ser afectados.

Art. 9º. — La madre tendrá derecho para que, de los bienes que han de corresponder al póstumo, se le asigne lo necesario para los gastos que se le causaren por el parto, y aunque el hijo no nazca vivo o resulte que la mujer no ha estado embarazada, no será obligada a restituir lo que hubiese recibido.

La única razón que puede haber para que de los bienes correspondientes al póstumo se asigne a la madre lo necesario para los gastos que se causaren por el parto, es la de que esa madre lleva en su vientre el dueño de esos bienes; y así se concibe bien que aun cuando el niño no nazca vivo, no se obliga a la madre a restituir lo que haya recibido; mas si esa madre resulta no haber estado embarazada, no hay razón alguna para que quede libre de restituir lo que indebidamente recibió. Otro tanto y aun más deberá decirse si el embarazo de esa madre es de un hijo legítimo, en cuyo caso sería una iniquidad repelente sancionar la asignación de la manera que se establece en este artículo.

El artículo 199 del código chileno que se cita para apoyar esta disposición, la contiene casi literalmente, pero agrega estas palabras: «a menos de probarse que ha procedido de mala fe pretendiéndose embarazada o que el hijo es ilegítimo». Sin embargo de que esta disposición es incuestionablemente muy superior a la establecida en el artículo que observamos, no estamos tampoco conformes con ella en la parte que sanciona la no restitución cuando



ha habido mala fe en la madre para considerarse embarazada. La madre recibe de los bienes que pertenecen al hijo que se supone tener en el vientre, lo necesario para los gastos del parto, por la razón de que esos bienes pertenecen a ese hijo; y si este jamás ha existido, sea con buena o con mala fe por parte de la madre, no hay razón alguna para que ella deje de restituir lo que percibió indebidamente.

Si puede creerse impropio hacer restituir a la mujer lo que recibió para gastos de un parto por la sola consideración de que ella una vez fué esposa del que fué dueño de los intereses, asígnese entonces a la esposa una parte cualquiera de los bienes de su esposo y habrá así una razón admisible para entregarle esa parte de los bienes; pero entregarle una cantidad por causa del hijo que se supone tener en el vientre y no obligarla a restituir dicha cantidad después que se sabe que no ha tenido tal hijo, es un contrasentido, es la autorización de un fraude.

El artículo quedaría bien en estos términos:

«La madre tendrá derecho para que de los bienes que han de corresponder al póstumo se le asigne lo necesario para los gastos que se le causaron por el parto; y será obligada a restituir lo que recibió, si resulta no haber estado embarazada o haberlo estado de un hijo ilegítimo.»

Título III

Art. 5º. — La obligación de dar alimentos a los hijos no cesa aun cuando las necesidades de ellos provengan de su mala conducta.

El hijo que ha pasado de la mayor edad, sólo puede tener derecho a alimentos cuando, por acon.



tecimientos ajenos de su voluntad, se encuentra en estado de necesitarlos.

No es justo ni racional que los padres y parientes estén obligados a alimentar a un deudo que por su mala conducta se coloca en situación de incomodarles con el ejercicio de un derecho que fomenta su mala conducta.

La negación de alimentos es el único freno de que un padre o un pariente puede valerse para contener a un deudo en la senda de la ociosidad o del vicio.

¡Qué inicua sería la ley que obligase a un hombre trabajador y cargado de familia a distraer una parte de sus recursos para sustentar a un deudo ocioso y que no quiere trabajar porque tiene la seguridad de sus alimentos!

Esta disposición sería un verdadero aliciente para el vicio y para la holgazanería, y con razón la ley de Partidas otorgó el derecho de alimentos sólo a aquel que carecía sin su culpa de los medios de proporcionárselos.

Opinamos porque no sólo se suprima este artículo, sino también porque se substituya por otro que deniegue el derecho de alimentos al que por su mala conducta se ha hecho indigno de tal beneficio.

Art. 6º. — Si el hijo de menor edad, ausente de la casa paterna, se hallase en urgente necesidad, que no pueda ser atendida por los padres, las sum ministraciones que se le hagan, se juzgarán hechas con autorización de ellos.

No podemos estar conformes con la latitud de esta disposición, porque ella no tiene en cuenta ciertas circunstancias de las personas sobre que hacen



recaer obligaciones, sólo por suposición de que ellas prestan su consentimiento para aceptarlas.

No es justo ni racional afectar de un modo indefinido los intereses de un padre sin conocer su clase, sus condiciones, sus facultades y la causa de la separación de su hijo, mayormente desde que ese gravamen se hace pesar sobre él sin su consentimiento ni noticia.

Si bien es cierto que es muy natural suponer que un padre se preste siempre gustoso a atender las necesidades urgentes de su hijo, también lo es que debe suponerse que lo haga según se lo permitan sus facultades; porque no puede racionalmente exigirse que un padre se quede en la calle por atender a las necesidades de un hijo ausente, con tanta más razón si tiene familia, si el hijo se halla ausente contra su voluntad o si por su mala conducta se ha hecho indigno de la protección paterna.

El artículo 232 del código de Chile que se cita para apoyar el contenido del presente, es preferible a éste, porque dice así:

«Si el hijo de menor edad, ausente de la casa paterna, se halla en urgente necesidad en que no pueda ser asistido por el padre, se presumirá la autorización de éste para las suministros que se le hagan, por cualquier persona, en razón de alimentos, habida consideración a la fortuna y rango social de su padre.

«Pero si ese hijo fuera de mala conducta, o si hubiere motivo para creer que anda ausente sin consentimiento del padre, no valdrán contra el padre estas suministros sino en cuanto fueran absolutamente necesarias para la física subsistencia personal del hijo.



«El que haga las suministraciones deberá dar noticia de ellas al padre lo más pronto que fuere posible. Toda omisión voluntaria en este punto hará cesar la responsabilidad del padre.

«Lo dicho del padre en los incisos precedentes se extiende, en su caso, a la madre o a la persona a quien por muerte o inhabilidad de los padres, toque la sustentación del hijo.»

Art. 21. — Los hijos de familia adultos que están ausentes de la casa paterna con licencia del padre, o en país extranjero, o en lugar remoto dentro de la República y tuviesen necesidad de recursos para sus alimentos u otras necesidades urgentes, podrán ser autorizados por el juez del lugar o por el cónsul de la República para contraer deudas que satisfagan la necesidad en que se hallaren.

Por las razones que hemos expuesto en el artículo anterior, somos de opinión de limitar la facultad a los recursos del padre, y así estamos porque se agreguen al presente las palabras siguientes: «habida consideración a la fortuna y condiciones especiales del padre».

Título IV

Art. 1º. — Los hijos nacidos fuera de matrimonio de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse, aunque fuera con dispensa, quedan legitimados por el subsiguiente matrimonio de los padres.

Como propiamente sólo debe poder legitimarse por subsiguiente matrimonio el hijo natural y en el lugar respectivo nos proponemos tratar sobre las condiciones de éste, opinamos porque el presente artículo se substituya por el que sigue:

«Los hijos naturales quedan legitimados por el subsiguiente matrimonio de sus padres.»

*Título V*

Art. 1º. — Los hijos designados en el artículo primero, título *De la legitimación*, son hijos naturales.

Como por la disposición del artículo 22 del primer título preliminar quedan derogadas las leyes sobre esta materia que actualmente rigen, tenemos por precisión que tratar sobre las condiciones para que el hijo sea natural y sobre la determinación de su clase en casos que ocurren con frecuencia.

En cuanto a lo primero, no estamos conformes con la opinión del autor que exige la aptitud de casarse en los padres indispensablemente al tiempo de la concepción del hijo.

Si bien es cierto que para establecer propiamente la condición del hijo, hay que tener en consideración el tiempo en que ha sido concebido, también lo es que una ficción de la ley, cuando no irroga perjuicio alguno a un tercero, debe admitirse, con especialidad si favorece a ese hijo en la primera época de su formación, en que ya precisa de la protección de sus semejantes civilizados.

Desde tiempos muy remotos tenemos ejemplos de esta ficción, sin que hasta hoy se haya presentado un motivo suficiente para desecharla.

El emperador Justiniano en la ley 11, código *De naturalibus liberis*, y en el capítulo 8º de la novela 89, declaró que para determinar el estado de los hijos, no se atendiese el tiempo de la concepción de ellos, sino el de su nacimiento, con excepción de aquellos casos en que fuese más favorable al hijo el tiempo de la concepción que el del nacimiento.



Mil años después, la ley española XI de Toro hizo substancialmente la misma declaración al establecer las condiciones del hijo natural.

Según ella, es hijo natural aquel cuyos padres al tiempo de la concepción o del nacimiento, podían casarse justamente sin dispensación.

Esta ficción de la ley, que favorece al hijo antes de su nacimiento, lejos de ser inconveniente, ofrece ventajas positivas para ese hijo y para la sociedad en general.

Si ese hijo ha sido concebido durante la inhabilidad de uno o de los dos de sus padres y nace cuando esa inhabilidad ha cesado, no comprendemos qué conveniencia pueda haber en hacerle participar de una mala condición cuando al tiempo de su nacimiento ha desaparecido ya la causa que podía haber producido esa mala condición.

Y por el contrario, hay una razón poderosa de favorecerle por su inocencia incuestionable y por la conveniencia de hacer desaparecer ante la familia y ante el público ese estado de inhabilidad de los padres al tiempo de la concepción.

Esto es tan obvio que sería innecesario ocurrir a ejemplos prácticos para corroborar nuestras vistas sobre el particular, sin embargo, vamos a hacerlo para patentizar mejor los resultados que producirían la disposición que quiere adoptarse y la que actualmente rige en nuestro derecho sobre la materia.

Supongamos la concepción de un niño en una época en que uno de sus padres se encontraba imposibilitado por el impedimento de ligamen para contraer matrimonio, y su nacimiento en tiempo en que su incapacidad había cesado por muerte del cónyuge, la condición de adulterino del niño ven-



dría a refluir en perjuicio del mismo, de su padre y de la moral pública.

En perjuicio del mismo, que a pesar de su notoria inocencia y de su ineptitud para perjudicar a un tercero, se le caracteriza con una mala condición, se le priva de llegar a ser heredero de su padre y aun de convertirse en hijo legítimo por un matrimonio subsiguiente: lo que no sucedería si su condición se estableciese al tiempo de su nacimiento.

En perjuicio de los padres, porque la condición de adulterino del hijo sería un obstáculo para una unión conyugal por la desigualdad en que quedaría colocado este hijo respecto a los que posteriormente fuesen concebidos durante la habilidad de sus padres, y aun a aquellos que tuviesen la existencia después del matrimonio.

En los casos de matrimonio subsiguiente podría establecerse como regla general que los padres, obediendo a los sentimientos de la naturaleza con preferencia a la disposición mezquina de la ley, considerarían y pretenderían establecer la igualdad de ese hijo con los posteriores que procreasen; y entonces la disposición legal vendría a ser una causa de discordia en la familia, suministrando a algunos de los hijos los medios de excluir al hermano mayor haciéndole de peor condición.

La disposición de la ley es perjudicial a la moral pública, porque tanto en el caso del hijo natural como en el del legitimado por subsiguiente matrimonio, su condición de adulterino es una causa, para los parientes colaterales o para los hermanos, de promover pleitos escandalosos en que hay que poner en tela de juicio la vida privada de los padres.



Podría argüírse nos que el hijo concebido durante la inhabilidad de los padres, es de distinto carácter o de diversa condición del concebido cuando los padres han estado hábiles para contraer matrimonio; pero este argumento, fundado en la disposición de una ley humana, no puede jamás tener tanta fuerza y vigor como para impedir los actos naturales, para destruir los efectos precisos de esos actos, para contener y aun desviar las inclinaciones del corazón del hombre, cuando ellas no chocan directamente con los preceptos de la razón natural.

La condición desfavorable a que la ley somete a un hijo cuando sus padres no tienen aptitud para contraer matrimonio, es una iniquidad de que se hace víctima a un ser inocente; y si el ejercicio de la iniquidad es el único medio que la sociedad ha encontrado para contener a los hombres dentro de la órbita de determinadas obligaciones morales, el legislador racional y equitativo tiene que restringir la aplicación de sus disposiciones o ampliar el favor de la víctima, adoptando para establecer su filiación, aquel de los tiempos que le ofrezca mayor utilidad, ya sea el de la concepción, ya el del nacimiento.

No dudamos por un instante que el eminente autor del Proyecto de código civil ha tenido en vista todas estas consideraciones; y para pensarlo así nos autoriza la innovación que pretende introducir sobre la dispensa del impedimento de parentesco; mas esta concesión es de distinto carácter y en nada equivale la restricción que contiene el establecimiento de la concepción como época para fijar la condición del hijo natural.



La concesión da una preferencia manifiesta al incesto sobre el adulterio; y, propiamente hablando, aquel delito es de peor carácter que éste.

El adulterio produce efectos morales perniciosos; pero el incesto además de ofender gravemente la moral, tiene consecuencias físicas funestas según se encuentra ya incuestionablemente demostrado por la estadística de todos los países del mundo.

La concesión no equivale a la restricción, porque si bien dispensa uno de los impedimentos del matrimonio, da fuerza a muchos otros para empeorar la condición del hijo desde el momento de su concepción.

No creemos necesario extendernos más para fundar nuestra desinteligencia a este respecto con la opinión del autor.

Pasemos ahora a ocuparnos de la determinación del hijo natural en la mayor parte de los casos que ocurren.

El artículo 1º del título anterior dice simplemente que es hijo natural aquel cuyos padres podían casarse al tiempo de la concepción.

Esta declaración sería bastante para los casos en que el hombre tiene en su casa a la mujer, porque este solo hecho suministra contra él una presunción bastante para atribuirle la paternidad; pero, esa declaración no es suficiente para los casos, cuyo número es mayor, en que la mujer no vive en casa del hombre.

En tales casos la declaración de la mujer no es bastante para establecer la paternidad; no basta tampoco el testimonio de deudos dependientes de la mujer ni el de extraños sobre su creencia respec-



to de la paternidad, y menos aquél sobre la frecuencia a la casa.

Estas son las únicas pruebas que pueden producirse sobre la paternidad natural cuando el hombre no tiene a la mujer en su casa y no se necesita de mucho criterio para reconocer que ellas no son suficientes para demostrar la verdad de los hechos.

Se necesita una prueba especial en lo que hay indispensablemente que dar al hombre una parte muy importante, si no se quiere abrir una puerta a los abusos más numerosos y de fatales consecuencias.

Esa prueba sólo puede encontrarse en el reconocimiento del padre, y por la misma razón que ella es especial, es necesario que se encuentre expresamente consignada en la ley.

El artículo entonces tendría que quedar reducido a estos términos:

« Es hijo natural aquel cuyos padres, al tiempo de la concepción o del nacimiento de él, podían casarse legalmente, siempre que el padre reconozca explícita o implícitamente al hijo cuando no ha tenido a la madre viviendo en su casa. »

Art. 2º. — Los hijos naturales tienen acción para pedir que sean reconocidos por el padre o la madre, o que el juez los declare tales, cuando los padres negasen que son hijos suyos, admitiéndoles en la investigación de la paternidad, todas las pruebas que se admiten para probar los hechos y que concurren a demostrar la filiación natural.

Opinamos porque se permita la indagación de la paternidad natural; pero no estamos conformes con la disposición de este artículo en la parte que no da al reconocimiento del padre, en los casos de



no vivir la madre en su casa, la importancia que en sí tiene, y en lo que confiere fuerza bastante a las pruebas que concurran a establecer la filiación.

Como hemos dicho antes, cuando la mujer no vive en casa del hombre, las únicas pruebas que pueden presentarse de la paternidad, se reducen a la declaración de la mujer, la de sus deudos y la de extraños sobre la creencia que tengan de que el hijo es de tal hombre y sobre la frecuencia de ese hombre a la casa.

La declaración de la mujer no puede tener fuerza probatoria alguna por el interés, tan directo que la afecta y porque dejándose a su arbitrio la determinación del padre de su hijo, se abre una ancha puerta al más ilimitado abuso.

El testimonio de los deudos o dependientes de la mujer, no ofrecen seguridad alguna de producir la verdad por el natural afecto o interés del deudo o del dependiente, y porque su creencia puede proceder del dicho de la mujer apoyado por circunstancias que ella aproveche para formar en ellos una convicción que venga después a serle útil. Este testimonio, si bien puede estar revestido de la mejor buena fe por parte de los deponentes, no presenta garantía alguna de producir la verdad, por el origen sospechoso que tiene.

La atestación de la frecuencia a la casa, es una prueba tan débil para demostrar la paternidad verdadera, que ni por los mismos deponentes puede formarse un juicio probable sobre ella.

Y como éstas son las únicas pruebas que pueden presentarse de la paternidad natural en el caso de que tratamos, tenemos que suponer que ellas son las



que se consideran « concurrentes » a demostrar la filiación natural.

Estas pruebas, ni aisladas, ni colectivamente pueden admitirse como bastantes para acreditar la paternidad natural en los tribunales, porque examinadas imparcialmente, no son ellas los medios más propios para producir la verdad.

Podrá contestárenos que en el caso de hacer indispensable como prueba de la paternidad natural el reconocimiento del padre, se ofrecería a éste la facilidad de abusar de ese privilegio, si así podemos llamarle, que le da la ley; mas a esta objeción replicaremos que si bien es cierto que puede el hombre cometer abusos, también lo es que en mayor escala lo puede la mujer, y no es justo que al hombre se le fuerze a admitir una paternidad que él voluntariamente no ha querido aceptar por razones que no siempre pueden exponerse.

El hombre que tiene a la mujer en su casa se halla en aptitud de observar su conducta y tiene la facultad de someterla al género de vida que halle por conveniente, según las condiciones de esa mujer. No sucede así con la que vive en casa separada, con una vida independiente y dueña absoluta de sus acciones.

En esa independencia de vida y cuando una mujer ha tenido ya la fragilidad de perder su inocencia, no puede dudarse que ella se halla en aptitud de abusar de los hombres que la visitan con mucha mayor frecuencia, según el interés, que los hombres que frecuentan la casa de una mujer de esa vida.

En esa independencia de vida, siempre que la mujer guarde al hombre que la frecuenta la fide-
li-



dad debida, puede contarse como regla general que se captará su confianza y asegurará la paternidad natural de sus hijos por medio del reconocimiento de su padre.

Y por el contrario, puede también sentarse como regla general, que cuando el hombre no reconoce al hijo que le atribuye una mujer, es porque ésta, por medio de su conducta le ha hecho concebir sospechas de su fidelidad.

No hay duda que siendo indispensable el reconocimiento del padre, pueden cometerse abusos por él; pero tampoco podrá desconocerse que el número de los abusos será mayor por parte de la madre sino se exige ese reconocimiento como requisito indispensable.

La ley debe regir para la generalidad de los casos, no para el menor número de ellos.

Antes de terminar, deberemos de observar que si la facilidad que se pretende introducir para proveer al hijo de la paternidad natural, prescindiendo del reconocimiento del padre, es un equivalente de la privación que se le hace sufrir fijando su condición desde el instante de su concepción y no de su nacimiento, deberá tenerse presente que esta concesión no corresponde a la privación.

La privación es de más extensas consecuencias; y la concesión con sacrificio de la verdad y de la justicia, dando al niño con ligereza un padre natural que en la mayor parte de los casos no es el suyo verdadero, importa un simple favor material al hijo con un perjuicio manifiesto del que la ley le señala como padre.

El artículo podría ponerse en estos términos:



«Los hijos naturales tienen acción para pedir que sean reconocidos por el padre o la madre, o que el juez los declare tales cuando los padres nieguen que son hijos suyos, admitiéndoseles en la investigación de la paternidad o maternidad, todas las pruebas que se admiten para probar los hechos. Se exceptúa el caso de no vivir la madre en la casa del padre, en el cual sólo se prueba la paternidad natural por medio del reconocimiento explícito o implícito del padre.»

Art. 12. — El reconocimiento que hagan los padres de sus hijos naturales, puede ser contestado por los propios hijos o por los que tengan interés en hacerlo.

Estamos conformes en que se conceda a los hijos naturales la facultad de contestar el reconocimiento del padre, porque no encontramos ni justicia ni conveniencia en obligar al hijo a aceptar una paternidad que tiene motivos para rechazar.

Lo mismo diremos de la madre o de los parientes maternos del niño, en quienes debe presumirse un interés verdadero por todo lo que le sea útil.

Pero no estamos conformes en que se confiera esta facultad a todos los que tengan interés en contestar el reconocimiento.

Tienen interés todos los parientes colaterales del padre en que éste no tenga hijo natural; y los motivos que en un hombre pueden hacer fuerza para reconocer a un hijo, no es justo ni conveniente que se destruyan por el interés particular de sus parientes colaterales, halagados por la esperanza de una herencia que puede llegar a corresponderles.

Por esta razón opinamos porque en lugar de: «todos los que tengan interés», se ponga: «por los propios hijos o sus parientes maternos».



Art. 13. — Los padres naturales no tienen la administración ni el usufructo de los bienes de los hijos.

Si el padre transmite su nombre al hijo natural, tiene la obligación de alimentarle y educarle, puede hacerle heredero de sus bienes y aun convertirle en hijole gítimo, ¿por qué razón no ha de ser él el llamado a administrar y usufructuar los bienes de ese hijo?

¿Puede haber algún motivo racional para que un extraño administre y usufructúe los bienes de un hijo natural con preferencia a su padre? No.

Esto es tanto más evidente en aquellos casos en que el hijo natural ha sido creado por el padre y no conoce en el mundo más deudo que él, en los cuales la disposición que pretende establecerse sería la iniquidad más irritante.

Creado el hijo por el padre, ¿puede haber razón alguna admisible para que un extraño sea llamado a administrar y usufructuar sus bienes en lugar de ese padre a quien el hijo todo lo debe? No puede haberla si no se presenta por parte del padre una causa que le inhabilite para desempeñar ese cargo, de igual modo que podría suceder con el padre legítimo.

Zachariae, citado en apoyo de la disposición, dice en su párrafo 171 que el padre y la madre no pueden pretender el usufructo de los bienes de su hijo natural reconocido, porque este derecho no se deriva ni de la naturaleza esencial de los deberes que incumben a los padres, ni de ninguna disposición particular del código; pero en nuestra humilde opinión Zachariae, a pesar de su reputación, padece en esto un error notable, porque el derecho de usu-



fructuar los bienes del hijo natural, se deriva de los deberes del padre de alimentarle y de educarle.

Esos mismos deberes son los que dan al padre legítimo el derecho de administrar y usufructuar los bienes de su hijo, y no comprendemos cómo puede desconocerse que idéntica cosa tiene que suceder con el hijo natural.

Existe una diferencia entre el hijo legítimo y el natural; pero esa diferencia en nada altera los deberes del padre para con el hijo; y los derechos que por reciprocidad se derivan de esos deberes.

Por esta razón la opinión de Zachariae, tiene en su contra la de autores franceses, respetables por su buen criterio, como Favard, verbo *Enfant naturel*, párrafo 2; Magnin, *Traité des minorités*, I, número 268; Loiseau, *Traité des enfants naturels*, página 550.

Aun cuando no se tomasen en cuenta los beneficios que el hijo recibe del padre, el solo afecto de éste, o más bien el amor filial, sería una razón para conferirle el derecho de administrar y usufructuar los bienes del hijo por el interés de este mismo.

Opinamos porque se suprima enteramente este artículo, para que quede en toda su latitud el quinto de este título, por el cual el padre y la madre tienen sobre sus hijos naturales los mismos derechos y autoridad que los padres legítimos sobre sus hijos.

Art. 15. — El hijo adulterino es el que procede de la unión de dos personas que al momento de su concepción no podían contraer matrimonio, porque una de ellas o ambas estaban casadas. La buena fe del padre o la madre que vivían en adulterio sin saberlo, la violencia misma de que hubiera sido víctima la madre, no muda la calidad de la filiación y en uno y otro caso el hijo queda adulterino.



Al observar el artículo que trata sobre los hijos naturales, hemos demostrado la conveniencia que hay de que se atienda al tiempo del nacimiento o al de la concepción para fijar la condición del hijo; y así en la primera parte de este artículo, substituiríamos las palabras «al momento de su concepción» por «al momento de su concepción o de su nacimiento».

En cuanto a la segunda parte no podemos dejar de manifestar nuestra disconformidad con sus disposiciones.

No estamos conformes con ellas, porque no encontramos razón alguna para usar de tanto rigor con el hijo de personas adúlteras, cuando una de ellas ha ignorado la condición de la otra, o cuando la mujer ha sido víctima de una violencia.

Además de no encontrar razón alguna que apoye estas disposiciones, no hallamos tampoco motivo alguno de conveniencia particular ni general que las autorice.

Los casos comprendidos en la segunda parte del artículo son casualmente de los que exigen del legislador una ficción en favor de la víctima de una injusticia, que hasta ahora se considera necesario cometer para inducir a los hombres al cumplimiento de sus obligaciones.

El caso de una mujer que traba relaciones amorosas con un hombre casado, sin saber que lo es, y del cual tiene hijos, es de los que exigen la ficción de la filiación natural, por lo menos respecto de la madre, porque con esa filiación no se infiere perjuicio a nadie; y por el contrario, se hace uno extraordinario a ese hijo o a esos hijos sin reportar de ello utilidad alguna privada o pública.



Igual cosa sucedería si la ignorancia y buena fe estuviesen por parte del hombre.

El de la violencia es todavía más inicuo, porque ni siquiera hay el pretexto de castigar actos malos de la madre para hacer pesar sobre el hijo ese castigo.

¿Qué culpa tiene una mujer que ha sido violentada, para que en esa misma violencia se encuentre un motivo de imprimir al fruto de sus entrañas una marca de infamia? ¿A quién puede perjudicar el hijo de esa mujer inocente para que se le prive de la condición de natural siquiera respecto de su madre?

Al llegar a este punto, no podemos menos de manifestar nuestra extrañeza por la variación que observamos en el autor, en el uso de la ficciones legales.

No ha mucho le hemos visto adoptar la ficción antigua del matrimonio titulado putativo con una extensión que jamás ha tenido, con una virtud que jamás se le concedió, como la de legitimar hijos naturales, la de producir la obligación de alimentar al supuesto cónyuge, y la de dejar subsistentes los contratos matrimoniales hasta la muerte de uno de los supuestos consortes.

Ante una ficción tan exagerada que llega a ocasionar males de consideración, sin reportar bien alguno, ha debido precisamente sorprendernos la lógica tan severa en la aplicación de la ley, que llega a producir males sin obtener en cambio beneficio alguno.

Y a propósito del matrimonio putativo, si él llega a quedar establecido, la segunda parte del presente artículo, se encuentra en completa contradicción con él.



En esa segunda parte está también comprendido el matrimonio con ignorancia de la ineptitud de uno de los consortes.

Si el matrimonio putativo legitima los hijos habidos en él, esta disposición de la ley los declara adulterinos; y no comprendemos, en un caso dado, cómo pudiera conciliarse la condición de hijos adulterinos en un matrimonio putativo en el cual uno de los supuestos cónyuges se halla en el deber de alimentar hasta la muerte a su supuesto consorte y de respetar también hasta ese tiempo los contratos matrimoniales.

Si las resistencias que encuentra siempre toda innovación no fuesen tan fuertes en la designación de los hijos naturales, habríamos comprendido respecto de la madre los que tiene una mujer soltera de padre no conocido y los de padre conocido inhábil; como viceversa respecto del padre los que de los mismos casos tuviese reconocidos.

Esto es lo que debiera disponer la ley, porque es lo que generalmente sucede, habiendo por solas excepciones los casos en que intervienen intereses pecuniarios en los cuales se reclama la disposición de la ley con perjuicio de la familia y escándalo del público: males que ocasionan una zozobra continua al padre o a la madre, quienes para evitarlos después de su muerte, ocurren a los medios de establecer ficciones en sus disposiciones testamentarias, buscando los recursos que la ley les deja para eludir las disposiciones infundadas o desacordes de la ley humana con la suprema ley natural.

Creemos muy conveniente que se suprima toda la segunda parte de este artículo que puede quedar



en su primera con la enmendación que le hemos hecho al principio.

Art. 16. — Hijo incestuoso es el que ha nacido de padres que tenían impedimento para contraer matrimonio por parentesco que no era dispensable según los cánones de la iglesia católica.

No creemos que haya razón alguna para dar preferencia al incesto sobre el adulterio, pues ya hemos manifestado que consideramos el primer delito de peores consecuencias sociales que el segundo; y así, para la ficción, podríamos con mayor fundamento inclinarnos más bien al adulterio que al incesto; sin embargo, creemos, como lo han hecho todas las legislaciones modernas, que deben considerarse ambos delitos bajo un mismo punto de vista, ambos como acciones igualmente ilícitas para la clasificación de la prole.

Partiendo de este principio, la redacción del artículo debe sufrir la alteración siguiente:

« Hijo incestuoso es aquel cuyos padres al tiempo de su concepción o nacimiento, no podían contraer matrimonio entre sí por el impedimento canónico del parentesco. »

Art. 17. — Hijo sacrílego es el que procede de padre clérigo de órdenes mayores, o de persona, padre o madre ligada por voto solemne de castidad, en orden religiosa aprobada por la iglesia católica.

Por las mismas razones que hemos expuesto al tratar de los hijos naturales, opinamos porque este artículo se substituya por el que sigue:

« Hijo sacrílego es aquel cuyos padres, al tiempo de la concepción o nacimiento, no podían contraer matrimonio entre sí por el impedimento canónico



de orden profesado solemnemente en grado mayor, o porque uno de ellos se encuentra ligado por voto solemne de castidad en orden religiosa aprobada por la iglesia católica. »

Art. 20. — La sola excepción al artículo anterior es que los hijos adulterinos, incestuosos o sacrílegos, reconocidos voluntariamente por sus padres pueden pedirles alimentos hasta la edad de diez y ocho años y siempre que estuviesen imposibilitados para proveer a sus necesidades.

La cesación de los alimentos por solo el motivo de llegar a los diez y ocho años, no tiene un fundamento racional.

No opinamos porque la obligación de alimentar en estos casos sea sin condición y dure indefinidamente, sino que creemos necesario y muy conveniente que una causa racional produzca la cesación, y que condiciones también racionales, restrinjan la obligación de alimentar.

La edad de diez y ocho años es una causa tan falsa, como lo sería la de los diez y seis, de veinte, de veinticinco, porque la edad de una persona, después de haber salido de la pubertad, no es una razón bastante para privarlo de un beneficio.

La obligación de alimentar, siempre que el alimentado está imposibilitado para proveer a sus necesidades, es muy indefinida, porque una continuada mala conducta trae irremediabilmente consigo una imposibilidad perpetua de proveer a las necesidades de la vida.

La cesación de alimentos debe ser producida por una causa que los haga innecesarios para el alimentado.

Así, el código francés, en su artículo 764, dispone que tan luego como el padre o la madre del hijo



adulterino o incestuoso, le hayan hecho aprender un arte mecánico cesará para él el derecho de pedir alimentos.

En esta disposición existe una causa bastante para hacer cesar las obligaciones del alimentante: la posesión de un arte mecánico que suministra los medios de procurarse la subsistencia el alimentado.

La consignación de esta causa en la ley, ofrece la conveniencia de inducir a los padres a enseñar al hijo un arte mecánico que le asegure una independencia.

La simple prestación de alimentos, hará ocurrir el caso muy común de que el hijo no sólo llegue a los diez y ocho, sino también a los veinticinco, sin haber aprendido a ganar su vida, por la misma seguridad que tiene de sus alimentos.

De acuerdo con la opinión de un autor francés, Marcadé, ocupándose del artículo 764 del código francés, opinaríamos porque la ley no sólo se concretase en sus palabras a un arte mecánico, sino también a una profesión liberal o industrial que produjese el mismo efecto del arte mecánico.

La imposibilidad del alimentado necesita una definición para evitar los abusos y también para evitar muchos de los casos en que ella ocurre.

Cuando la imposibilidad proviene de circunstancias independientes de la voluntad o de la falta del hijo, es muy racional que éste tenga seguros los alimentos de su padre; pero cuando esa imposibilidad tiene su origen en la mala conducta del hijo, ni es justo que conserve el derecho de pedir alimentos, ni es conveniente que se le conceda; a fin de contenerle en su descarrío, obligándole de esta manera a conocer sus deberes y cumplirlos.



Esta opinión la encontramos apoyada por un respetable autor francés, Delvincourt, tratando sobre la disposición del artículo 764 del código.

Por las razones que hemos expuesto debe introducirse en el artículo una reforma que lo deje del tenor siguiente:

«La sola excepción al artículo anterior es que los hijos adulterinos, incestuosos o sacrílegos, reconocidos voluntariamente por sus padres, pueden pedirles alimentos hasta la mayor edad si antes ellos no les han hecho aprender un arte mecánico o dándoles una profesión liberal o industrial; y siempre que por circunstancias independientes de su falta o voluntad, se encontrasen imposibilitados para proveer a sus necesidades.»

Art. 21. — Los hijos adulterinos, incestuosos o sacrílegos no tienen ningún derecho en la sucesión del padre o de la madre y recíprocamente los padres no tienen ningún derecho en la sucesión de dichos hijos, ni patria potestad, ni autoridad para nombrarles tutores.

Para los casos en que el padre o madre tenga hijos naturales o legítimos o ascendientes, convenimos en que los hijos de esta clase no tengan derecho alguno en la sucesión de sus padres; pero cuando estos no tienen otros hijos ni ascendientes, es muy justo que tengan algún derecho en la sucesión.

Y respecto de los hijos, si los padres no tienen ningún derecho en su sucesión ni patria potestad, ni autoridad para nombrarles tutor, ¿a quién corresponde esos derechos?

El hijo adulterino, incestuoso o sacrílego, reconocido por sus padres, alimentado por ellos, atendido por los mismos en las necesidades apremiantes



de la vida, ¿a quién puede con más razón dejar sus bienes que a las únicas personas a quienes en este mundo debe beneficios? Y entonces, ¿quiénes son los llamados a heredar *ab intestato* esos bienes con mejores títulos que los padres?

¿Quiénes pueden ejercer autoridad sobre los hijos con más razón que los padres? ¿Y quiénes pueden tomar mayor interés en su suerte para nombrarles tutor que sus padres?

En estos casos el derecho de sucesión, la patria potestad y la autoridad para nombrar tutor, conferidos a los extraños con preferencia a los padres, es una injusticia para con éstos, que en reciprocidad de sus obligaciones, tienen derecho a la sucesión; y un perjuicio indudable para los hijos en la privación de las atenciones y cuidados que pueden prestarles las únicas personas capaces de interesarse en su suerte.

Si la razón de la disposición que pretende introducirse es el temor de ver afectada la moral por la manifestación pública de la paternidad y de la filiación, debe tenerse presente que esa manifestación se hace desde el reconocimiento del padre y se gestiona en los tribunales cuando se exigen los alimentos que otorga el artículo anterior.

Si la razón es la de impedir la cohabitación incestuosa, adulterina o sacrílega por medio de las consecuencias tremendas que se hacen pesar sobre la prole o por medio de las privaciones que se imponen a los padres, preciso será desconocer la fuerza de las pasiones humanas y considerar a los que se encuentran en la pendiente de cometer el delito, con la misma calma y tranquilidad de espíritu que



dominan al legislador cuando está confeccionando la ley. Si el castigo viniese inmediatamente después del delito, podría abrigarse la esperanza de que el temor de la aplicación de aquel, impidiese la ejecución de éste; pero cuando ese castigo es bien dudoso y está muy distante su imposición, no puede racionalmente esperarse que bajo el dominio de pasiones tan violentas como son las sexuales, pueda él ser tomado como un motivo bastante para sofrenarlas.

Y si la razón está en la opinión de Zachariae que se cita en apoyo, no debe olvidarse que ella es simplemente una opinión individual y que además tiene por único fundamento meros argumentos, puras inducciones sacadas de la disposición de los artículos 908 y 911 del código francés.

Si no se encuentra conveniente conceder un derecho de sucesión a los hijos y a los padres, como a éstos la patria potestad y la autoridad para nombrar tutor a aquéllos, creemos mejor la supresión del artículo.

Título VI

Art. 26. — El pariente que pida alimentos debe probar que le faltan los medios para alimentarse y que no le es posible adquirirlos con su trabajo, sea cual fuese la causa que lo hubiese reducido a tal estado.

No estamos conformes con la disposición que da alimentos al pariente sin consideración a la causa que le haya reducido a estado de no poderlos adquirir con su trabajo, porque ese mismo derecho redundaría en perjuicio del pariente alimentado que se entrega a la disipación y a los vicios, y que se coloca,



ilusorio en el caso que se declare la no existencia del derecho en el alimentado.

Opinamos por la supresión del artículo.

Título X

Art. 21. — El pariente que diese alimentos al pupilo, podrá tenerlo en su casa y encargarse de su educación, si el juez lo permitiese.

Se establece por regla general que el pariente alimentante pueda tener en su casa y encargarse de la educación del pupilo alimentado, si el juez lo permite; y no debe ser así, porque el pariente alimentante, por el servicio que presta, debe tener el derecho de encargarse de la educación y tener en su casa al pupilo alimentado, pudiendo el juez colocar en otra casa o encargar a otro de su educación, sólo en los casos en que haya una justa causa para sacar al alimentado de casa del alimentante y retirar a éste el encargo de su educación.

No hay razón alguna para dar al juez de un modo ilimitado la disposición de la persona y de la educación de un pupilo, prescindiendo absolutamente del individuo que le proporciona los medios para la vida y para la educación, o no tomando en consideración el perjuicio que éste pueda experimentar siendo obligado a entregar dinero para los alimentos y la educación del pupilo cuando le sea más fácil la prestación de alimento en su propia casa, y la educación encargándose él mismo de ella.

Hay una razón más para restringir las facultades del juez en los casos en que se coloca en su arbitrio la persona y los intereses de un menor; y



ella es la irresponsabilidad completa de los que administran la justicia, pues, por más que hacemos la farsa de « escribir » la responsabilidad de los funcionarios públicos, ella en la realidad no existe.

El artículo podría quedar en estos términos:

« El pariente que diese alimento al pupilo podrá tenerlo en su casa y encargarse de su educación excepto si hay o sobreviene una justa causa para que el juez así no lo permita. »

Art. 25. — El tutor responde de los daños causados por sus pupilos menores de diez años que habitasen con él.

No encontramos justicia alguna para hacer pesar sobre el tutor esta obligación, fuera de los casos en que los daños se han hecho por la falta de vigilancia o cuidado.

Y cuando los menores no viven en la casa del tutor, ¿quién responde por los daños que causen? Es el dueño de casa, o son los mismos menores, o se presume que debe serlo el tutor.

La diferencia de casa de habitación en los menores viene a ser una causa para hacer caer obligaciones sobre distintas personas.

Opinamos por la supresión del artículo.

CONCLUSIÓN

Aquí ponemos término a nuestro trabajo, porque nuestras obligaciones no nos han permitido ni concedido más tiempo para continuar el estudio del proyecto.

Bien pocas e insignificantes son nuestras observaciones; mas con ellas hemos cumplido nuestro de-



ber, haciendo lo que nos ha permitido nuestras facultades.

Si ellas surten el efecto que deseamos, nos halagará la satisfacción de que a nuestra provincia natal le quepa el honor de tener una parte, aunque muy pequeña, en la confección del Código civil de la República.



DR JUAN BAUTISTA ALBERDI ¹

PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL
PARA LA REPÚBLICA ARGENTINA

I

MOTIVO DE ESTA CARTA Y PLAN DEL ESTUDIO
QUE ES SU OBJETO

Yo debo el ejemplar que tengo del Proyecto de código civil para la Republica Argentina a un galante origen: un regalo de su eminente autor, mi antiguo amigo.

Esta circunstancia debería bastarme para abstenerme de hacer su crítica, si se tratase de criticar un mero trabajo literario. Pero ante una obra destinada a convertirse en constitución civil de mi país,

¹ La crítica un tanto acre hecha al Proyecto de código civil, comienza con la carta abierta redactada en París, en noviembre de 1867; dicho folleto se incluyó en las obras completas de este publicista, tomo VII, página 80. Al escrito del doctor Vélez, le replicó su colega Alberdi, con un largo artículo titulado: *Efectos del sistema federal en la unidad tradicional de la legislación civil de las repúblicas de Sud América*. Réplica dirigida al autor del Proyecto de código civil para la República Argentina, que su autor no publicó, y que el editor de sus escritos póstumos insertó, en las páginas 280 y siguientes del tomo VII.



mi abstención no tendría sentido a los ojos de los que me han visto pasar lo más de mi vida ocupado en estudiar las bases de su organización nacional.

Por otra parte, la obra ha sido distribuída oficialmente a los abogados y a las personas competentes para su estudio, y yo creo reunir este doble título para responder a ese llamado, si se me permite advertir que la competencia me viene de mi carácter de argentino, es decir, de parte interesada en la materia, no de otra causa. Creo que nadie pretenderá, en vista de esto, que me entremeto en cosas que no me van ni me vienen, si aventuro mi opinión sobre una ley que puede abrazar, si pasa, la reforma entera de la sociedad argentina y fijar los destinos de sus habitantes en lo que tienen de más caro: la familia, la propiedad, la vida privada y sus libertades.

Se me preguntará tal vez si los límites de una carta pueden bastar para contener el examen de todo un código civil. Ciertamente que no. Pero yo no intento ocuparme del código en sí mismo, sino del espíritu del código proyectado, es decir, del código considerado en sus relaciones con el motivo que ha determinado su composición, con el método que ha presidido a su trabajo, con las fuentes y modelos en que se ha inspirado el autor, con el sistema de gobierno del país en que debe ser aplicado, con la vocación comercial de los pueblos del Plata, con su índole y carácter histórico, y por fin, con el momento político de su elaboración y sanción. El mismo autor del código me da el ejemplo de este modo de apreciar su vasto trabajo en los límites de una carta, pues esto es cabalmente lo que él hace en la que sirve de prefacio a su proyecto, dirigida al gobier-



no que le encomendó su elaboración, con el objeto de darle una cuenta sucinta y general del código. Yo estudiaré su libro desde la misma altura, a vuelo de pájaro, como se ven y se estudian los vastos trabajos para tener más cabal idea en su conjunto. Mi carta será paralela, no respuesta de la suya. Él se dirige al gobierno que ha de dar la ley; yo me dirijo al país que ha de sufrirla, si no le opone a tiempo su veto. Como la suya, será dividida en tantos párrafos como lados presenta el examen sintético del código, siguiendo un método de que nos da la fórmula general el autor del *Espíritu de la leyes*.

II

DEL CÓDIGO EN SUS RELACIONES CON EL MOTIVO QUE DETERMINA SU SANCIÓN

La legislación civil o el código civil de un país, es la parte de su legislación que tiene por objeto desarrollar los derechos naturales de sus habitantes considerados como miembros de la familia y de la sociedad civil. Esos derechos son esenciales del hombre sin distinción de condición. Rossi los llama *derechos públicos*, y Laboulaye *derechos individuales o libertades individuales*. Son los derechos naturales del hombre de orden civil y privado, declarado en los manifiestos célebres de tres grandes revoluciones ejemplares: la de Inglaterra, la de Estados Unidos y la de Francia.

La revolución argentina de la independencia, faz transatlántica de esos grandes cambios, proclamó esos mismos derechos, y la constitución que expresa y realiza el pensamiento de la revolución, lo consagró en



su primer capítulo, titulado *Declaraciones, derechos y garantías*, por sus artículos de 14 a 20.

No bastaba declararlos. La revolución los había conquistado para convertirlos en regla de vida práctica para el pueblo argentino.

De la ley civil era el papel de reglamentar su ejercicio en la organización que debían recibir la familia y la sociedad civil argentina, según los principios proclamados por la revolución y declarados en la constitución. Pero la ley civil existente era la antigua ley, que desarrollaba el derecho colonial y monárquico. Dejar en pie la antigua ley civil, era dejarle el cuidado de deshacer por un lado lo que la revolución fundaba por otro.

No podía quedar la revolución en la constitución, y el antiguo régimen en la legislación civil; la democracia en el régimen del Estado, y la autocracia en el sistema de la familia; la democracia en el ciudadano y el absolutismo en el hombre.

El derecho civil argentino debía ser como su constitución, la expresión y realización de las miras liberales de la revolución de América en los pueblos del Plata.

Penetrada de ello, la constitución dispuso por su artículo 24, que el Congreso promoviese la reforma de la legislación actual en todos sus ramos.

La constitución no fijó el plan de reforma, si había de ser por códigos o por leyes graduales y sucesivas. Es verdad que ella dió al Congreso la *facultad* de dar el código civil (art. 67, inc. 11º), pero no le hizo del ejercicio de esa atribución un deber directo y especial.

La constitución fué sensata en esa reserva: ella



se limitó a disponer que los derechos civiles por ella consagrados en sus artículos de 14 a 20, *fuesen disfrutados por todos los habitantes de la Nación, conforme a las leyes que reglamentasen su ejercicio* (art. 14).

Esas leyes que debían desarrollar y reglamentar el ejercicio de los derechos y garantías declarados por la constitución como fundamentales de la familia y de la sociedad civil argentinas, no son otras que las leyes civiles, estén codificadas o dispersas.

La constitución no se contentó con declarar los derechos que debían servir a la ley civil de objeto y fundamento, sino que prohibió la sanción de toda ley civil que alterase esos derechos so pretexto de reglamentar su ejercicio (art. 28).

Por esta disposición, la constitución abrogaba virtualmente o condenaba a desaparecer toda la antigua legislación civil que estuviese en contradicción con los derechos proclamados por la Revolución. Era confirmar y ratificar la necesidad de la reforma. Omitir ese precepto habría sido dejar en pie la contrarrevolución en la parte de la legislación del país que tiene por objeto las más altas miras de la Revolución, es decir, la constitución de la familia y de la sociedad civil argentinas.

He ahí todo el motivo constitucional que puede explicar el proyecto de reforma civil, pero no el plan de esa reforma por un código civil.

Lo primero en que pensó la Revolución francesa de 1789, así que constituyó su gobierno nuevo, fué la sanción de un código civil. Todas sus constituciones consagraron su promesa. Pero la Francia nueva habló de códigos civiles y no de meras leyes porque



necesitaba de las dos cosas: las leyes que debían organizar la sociedad sobre las bases proclamadas por la revolución, y la forma de código exigida para esas leyes por la necesidad de unificar la Francia en ese punto en que su legislación era un caos, pues el norte se regía por el derecho romano, el sur por el derecho consuetudinario, introducido por los francos, las ordenanzas de los reyes por un lado, el derecho intermediario por otro. La República Argentina no se halla en ese caso. En el Plata no falta *unidad de legislación civil: lo que falta es unidad de legislación política, unidad de gobierno, unidad de poder*. Hay quince constituciones, cuyo resultado natural es la falta casi absoluta de gobierno.

¿Qué explicación puede tener la idea de proponer un código civil? No vemos motivo alguno que la explique por un interés real del país.

Por lo común, en los trabajos de este género conocidos en Sud America, no es el talento, no es el estudio ni la buena intención lo que falta: es el juicio, y no tanto en los encargados de trabajarlos como en los que decretan su ejecución. Son hijos más bien de la vanidad que de la necesidad.

En Roma fueron los códigos la última expresión de un imperio que desaparecía; en las monarquías incoherentes y heterogéneas de la Europa, formadas por conquistas, han sido un instrumento de unificación y centralismo. Así la Prusia y el Austria, cediendo a esa necesidad, fueron las primeras en los tiempos modernos en darse códigos civiles.

En Sud América son el testamento de un abogado, o el monumento de la vanidad de un presidente, que, no pudiendo perpetuarse por una dinas-



tía, se contenta con perpetuar su nombre por un código.

Por el lado de la vanidad, el trabajo de un código es el más pobre de los títulos. Ni siquiera vale la pena de tener autor conocido, pues se reduce a un trabajo de copia o de asimilación de trabajos extranjeros, más fácil y trivial que el de un simple *alegado en derecho*. La obra en que M. Antonio de Saint-Joseph ha reunido todos los códigos del mundo en columnas paralelas en que su comparación se hace por sí misma, ha creado la erudición a vapor, la erudición mecánica, por decirlo así, con que se hace historia casi con la facilidad con que se toca música en un órgano de Barbarie¹.

Tenemos en Sud América la costumbre de aplaudir a las grandes repúblicas, pero, llegando a la práctica, imitamos a los grandes imperios. Ya que tanto respeto inspiran hoy los Estados Unidos de América, ¿por qué no seguimos el ejemplo de su circunspección en legislación civil?

Al mismo tiempo que le copiamos su constitución federal y su descentralización política, imitamos al Brasil y a la Francia sus códigos unitarios e imperiales: de donde resulta que tenemos la federación en el código político y la unidad en el código civil. Nadie mejor que los Estados Unidos habrían necesitado darse códigos para suprimir las diferencias de legislación que han traído en su seno las anexionaciones de la Florida, de la Luisiana, de Tejas, Nuevo Méjico, California, países de origen español y francés.

¹ *Concordance entre les codes civils étrangers et le code Napoléon*



Pero no sólo se han abstenido de darse un código civil para toda la Unión, incompatible con su gobierno compuesto de estados unidos sin estar confundidos ni refundidos, sino que tampoco se han dado códigos locales o de Estado, con excepción del de Luisiana, y a fe que Nueva York, Pensilvania, Massachusetts tenían materiales que no tiene Buenos Aires para darse códigos de Estado.

Y las provincias argentinas, que se dicen organizadas a su ejemplo y que no necesitaban unificar su legislación civil ya uniforme, son entre tanto las que han creído necesario emplear ese medio de unificación, y eso al día siguiente de reformar su constitución en el sentido de una descentralización casi feudal¹.

Washington no dejó un código civil, pero dejó un gobierno monumental que hace de su nombre una gloria del mundo entero. Sus dignos sucesores Jefferson, Adams, Hamilton, Clay, Monroe, Jackson, tampoco se ocuparon de códigos civiles, y no porque les faltasen manos a quienes encomendar su trabajo, pues Kent, Story, Wheaton, Franklin, etc., son notabilidades del mundo sabio en ambos hemisferios.

Lincoln ha muerto por reformar la legislación civil de su país, es verdad, pero la reforma de un solo artículo, que probablemente no está reformado en el proyecto de código brasileño que ha servido de modelo al argentino, es el que clasificaba entre las *cosas vendibles*, la persona sagrada del hombre. Es verdad que esa simple reforma, que vale diez códigos, pone a Lincoln en el rango de Washington por

¹ Véase el capítulo VII de esta carta.



ser el coronamiento de su constitución monumental.

¿Por qué no se han dado un código civil federal los Estados Unidos? Porque la idea de un código, esencialmente unitaria y centralista, es incompatible con la idea de un país compuesto de muchos estados soberanos o semisoberanos.

Y los que reformaron la constitución argentina de 1853, dando por razón que no se parecía bastante a la de Estados Unidos, son los que hoy pretenden dar un código civil para toda la Confederación Argentina!

En los Estados Unidos cada Estado tiene su legislación civil aparte. Esto mismo sucede en la federación suiza, donde cada cantón tiene su legislación civil, criminal, comercial aparte. Inútil es decir que la confederación germánica no ha tenido jamás en sus diversas maneras de existir un código civil general.

Es verdad que la confederación alemana del norte se ocupa hoy del pensamiento de un *código de proceduria* uniforme y general para toda ella. Sábese que nunca pensó en tal cosa la antigua confederación germánica. ¿Por qué la presente se separa de su ejemplo en ese punto? Porque la nueva confederación es una evolución evidentemente unitaria y centralista en sus miras. El código es uno de los medios más eficaces de llegar a la realización de ese pensamiento de unificación. Es que la Confederación del norte es un régimen de transición y preparación de otro orden de cosas que va a reemplazarla. Para nadie es esto un misterio. Ya desde hoy la Confederación del norte es una especie de anexo de la Prusia, pues tiene por presidente y cabeza al soberano de esa monarquía.



Se dirá tal vez que la constitución argentina admitía en sus previsiones la sanción de un código civil para toda ella, cuando atribuía al Congreso el poder de sancionarlo.

Pero ese artículo era propio del espíritu centralista de la Constitución de 1853, que la reforma tuvo por objeto suprimir. Antes de la reforma, la ejecución de ese artículo hubiese sido posible. Después de refundida en el molde de la constitución de Estados Unidos, el código civil es un contrasentido, un absurdo jurídico que no se concibe en los reformistas argentinos de 1860. ¿Y quiénes eran ellos? El mismo presidente que ha decretado más tarde la confección del código civil y el mismo jurisconsulto que ha recibido el encargo de ejecutarla. Por la reforma de la Constitución de 1853 derogaban la unidad tradicional de la República, y por la sanción de un código civil pretenden hoy derogar la federación de tipo norteamericano que ellos mismos sancionaron en 1860. ¿Cuál es entonces su principio político? La idea de un código descubre a su pesar su incredulidad en el federalismo argentino.

No son códigos civiles lo que necesitan más urgentemente las repúblicas de la América del Sur, sino gobiernos, orden, paz, simple seguridad para el goce de las leyes uniformes que no les faltan, y que pueden darse bajo el dictado gradual de la experiencia. ¿Qué vale mejorar de un golpe todas las leyes civiles si han de quedar letra muerta? El mal de las leyes actuales no es que son injustas, sino que no se cumplen. Con leyes civiles que no igualan al código de las Siete Partidas, los Estados Unidos hacen respetar la propiedad, la persona, la fa-



milia, mejor que los países más bien codificados de Sud América.

En este sentido Chile y el Brasil han obrado con más juicio que sus imitadores, porque no han pensado en códigos civiles, sino después de tener gobiernos estables, capaces de hacer de la justicia y de la ley civil una verdad práctica.

Es lástima que el ilustre y grave Savigny, cuya doctrina figura citada entre las fuentes del código argentino, no haya servido más bien como guía del autor y de su gobierno en su grande idea de oposición a la manía de dar códigos civiles. El gran jurisconsulto alemán, que no era incapaz de hacer códigos, no los propuso ni los quiso para su país, que ciertamente no estaba tan escaso de preparación como la República Argentina. «Lejos de que las leyes, es decir, las disposiciones expresas del poder constituyan el derecho, ellas pueden a menudo corromperlo y desnaturalizarlo, ha dicho Savigny. Ellas ejercen sobre todo su influencia por los códigos. Los códigos son una especie de programa legal, por el cual deroga el Estado todo lo que no está en él...» «Si se quiere promulgar un código útil, es necesario elegir la época en que la ciencia del derecho sea vigorosa y haya alcanzado su más poderoso desarrollo. Un código no debe contener sino los principios de donde emanan las decisiones de las especialidades; porque el derecho como la geometría, subsiste por puntos fundamentales y fecundantes...» «Redactad un código en una época en que la ciencia es débil y pobre, vuestro trabajo inconsistente será funesto al país. El código promulgado parecerá regir la administración de la justicia, y no la regirá...»



« Pocas épocas, según esto, convienen a la sanción de un código... ¹. »

III

DEL CÓDIGO EN SUS RELACIONES CON EL ESPÍRITU QUE HA PRESIDIDO A SU COMPOSICIÓN

El proyecto de código, ¿ha obedecido en su composición al espíritu natural de su instituto, como expresión de la revolución de América en el Plata?

¿Cuál es la mente, cuál es el espíritu que ha guiado al autor en la formación de su trabajo? ¿Ha tenido en realidad una mente, un espíritu general y dominante? ¿Puede una ley dejar de tener ese espíritu, ser ciega y marchar como la fatalidad? Si una ley aislada no puede carecer de una mente, ¿pueden dos mil leyes, por razón de su número, carecer de una mente común y general?

El autor del código argentino, no se ocupa de decírnoslo en el lugar en que era natural decirlo, en la carta-prefacio que figura al frente de su obra, sirviéndole de explicación general. Y lo probable es, que no habla de ello en el prefacio, porque no ha pensado en ello al trabajar su código. Sus palabras mismas parecen confirmar esta suposición.

« ¿Qué es un código civil? ¿Cuáles son los derechos que debe abrazar la legislación civil? », se ha preguntado él mismo, y su respuesta ha sido: « Únicamente los derechos relativos... » « En un código civil no debe tratarse de derechos absolutos, como

¹ SAVIGNY, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la jurisprudencia*.



el de la libertad, igualdad, seguridad... » Esta contestación nos da la medida del código en cuanto al alcance de su mente y espíritu.

Curiosa impresión la que hubiese causado en la Convención francesa, que se sentía llamada a cambiar la sociedad moderna desde sus cimientos por una nueva legislación civil, si producida en su seno la cuestión de ¿qué es un código civil? alguien lo hubiese definido, ¡un cuerpo de leyes que se ocupa de derechos relativos, no de derechos absolutos!

El hecho es que según este modo de considerar el trabajo del legislador civil, el código argentino se ocupará de todo menos de los derechos absolutos, es decir, de los derechos civiles del hombre, que la constitución argentina declara como bases elementales de la familia y de la sociedad civil, de que la legislación argentina no debe separarse, según su artículo 14.

En efecto, los derechos civiles llamados *relativos* no son más que un desarrollo y aplicación variada que reciben en la vida práctica aquellos derechos, que se llaman *absolutos* únicamente en el sentido metafórico de *fundamentales, esenciales, naturales* del hombre; calidades que no excluyen su relatividad esencial, pues no se concibe la idea de un *derecho* absoluto, siendo como es toda idea de derecho correlativa de la idea de *obligación*. Donde hay obligación y derecho, hay dos personas libres, hay sociedad, hay derecho civil. El código civil, que olvida los *derechos absolutos*, es como la religión, que al fijar sus preceptos olvida que hay un Dios.

El proyecto de código argentino, parece haber dejado a los autores de su modelo el cuidado de dis-



tinguir entre *derechos relativos* y *derechos absolutos*, pues todos los derechos (relativos o absolutos), no son los mismos en cuanto a su principio y modo de concebirse. La *democracia* los entiende de un modo, la *aristocracia* de otro, y la *autocracia* de otro. Tomad, por ejemplo, el derecho relativo personal de *autoridad paterna*, o el derecho relativo real de *sucesión hereditaria*, y veréis que cada legislación civil lo entiende de diversos modos, según el principio de su régimen político y social. Si cada teoría de gobierno entiende los derechos relativos a su modo, el código civil de una monarquía no puede ser el código de una república, y viceversa; no puede la constitución política ir hacia el sur, y el código civil hacia el norte. La dirección debe ser común como lo es su objeto y mira. Si la democracia es la mente de la constitución, la democracia debe ser la mente del código civil. No podéis cambiar el orden político sin cambiar el orden social y civil en el mismo sentido, porque lejos de ser independientes y ajenos uno de otro, son dos aspectos de un mismo hecho.

Así lo ha entendido la revolución democrática de América que, como la Revolución francesa, ha sido a la vez política y social. Ella ha tenido en mira el Estado y la familia ¹. La constitución que codifica sus miras políticas y sociales en el Río de la Plata, con-

¹ *La vérité est une et indivisible. Partout dans le corps de nos lois le même esprit que dans nos corps politiques, et, comme l'égalité, l'unité, l'indivisibilité, ont présidé à la formation de la république, que l'unité, l'égalité président à l'établissement de notre code civil. (CAMBACÈRES, Rapport fait à la Convention au nom du comité de législation.)*



sagra a la vez *los derechos naturales del hombre individual, y los derechos naturales del ciudadano o del hombre político* ¹.

Los primeros están consignados en sus artículos de 14 a 20. Son los *derechos absolutos* de todo hombre que habita la República Argentina. Ellos constituyen el derecho fundamental de la familia democrática, de la familia de la revolución de América, de la familia libre y moderna. Ellos deben ser la mente constitucional del código civil argentino, que no puede tener otra que la de la constitución misma, a saber: la democracia. El código civil para ser fiel a su instituto, debe ser la codificación de la revolución de América en lo relativo a la familia y a la sociedad civil.

Si la revolución hubiese olvidado lo civil por lo político, la familia por el Estado, habría olvidado lo principal por lo accesorio.

El Estado ha sido hecho para la familia y no la familia para el Estado, como lo prueba la cronología de su existencia histórica.

Si los derechos civiles del hombre pudiesen man-

¹ Ella escapa en este punto a un error en que incurrió el proyecto de código que desechó la Convención francesa: *La constitution a fixé les droits politiques des français. C'est à la législation qu'il appartient de régler les droits civils.* (CAMBACÉRÈS, *Rapport*, etc.)

La constitución argentina es más lógica cuando fija *los derechos políticos de los argentinos, y los derechos civiles de todos los habitantes del país*. Los derechos de trabajar, adquirir, enajenar, comerciar, navegar, transitar, etc., consagrados por los artículos de 14 a 20 no son *derechos políticos* sino *civiles* que la misma constitución encarga a la legislación de desarrollar.



tenerse por sí mismos al abrigo de todo ataque, es decir, si nadie atentara contra nuestra vida, persona, propiedad, libre acción, etc., el gobierno del Estado sería inútil, su institución no tendría razón de existir. Luego el Estado y las leyes políticas que lo constituyen, no tienen más objeto final y definitivo que la observancia y ejecución de las leyes civiles, que son: el código de la sociedad y de la civilización misma. Ellas constituyen todo el secreto de la grandeza pasada de Roma, y son hoy mismo, doce siglos después de su desaparición, el monumento inmortal de su gran renombre en la historia del género humano.

En el nuevo mundo, la sociedad civil tiene mayor importancia que la sociedad política, porque abraza el interés de todos los individuos que habitan el Estado. Los millares de inmigrados que aumentan su población, se hacen miembros de la sociedad civil desde que pisan el suelo americano.

Sin duda alguna el papel de la ley civil es más importante que el de la ley política en la organización y desarrollo de la democracia, pues si la democracia no comienza por existir en la familia, jamás existirá en verdad en el Estado.

La democracia en la familia, no es la anarquía, no es la negación del poder paterno, como pudiera parecerlo. En la familia, como en el Estado, la democracia es la libertad constituida en gobierno, pues el verdadero gobierno no es más ni menos que la libertad organizada.

La democracia en la familia, es el derecho distribuido entre todos sus miembros por igual. Ella quiere decir, todos *iguales* en el sentido de todos



propietarios, todos *herederos*, todos con derecho a recibir *educación*. Todos *iguales*, quiere decir todos *libres*, el padre, la mujer, los hijos. La mujer no será la esclava, la doméstica, la pupila de su marido. La hija no será la mercancía de sus padres. El gobierno del hogar tendrá dos cabezas, como el consulado de una república.

La autoridad del padre no será la negación de la libertad del hijo, sino su regla de dirección y desarrollo. La libertad de los hijos no será la negación del derecho que su padre debe a la naturaleza para ser el intérprete y el juez de lo que conviene al bien del hijo.

Así como la igualdad no es más que la libertad de todos por igual, la *libertad* no consiste sino en el gobierno de sí mismo. No somos iguales sino cuando todos somos libres; no somos libres, sino cuando nos gobernamos a nosotros mismos. Así la democracia es el gobierno de la naturaleza, el gobierno por excelencia. La democracia nace y se forma en la familia, porque en ella aprende el hombre a conocer su derecho y a gobernarse a sí mismo. La familia democrática es la escuela primaria de la naturaleza, en que se hace el *hombre*, de que se forma el *ciudadano*. La casa es la almáciga de la patria. Cuando el niño va a la escuela, ya lleva de su casa un sello, un molde moral que no le quitarán todas las escuelas del mundo.

Todos estamos de acuerdo en América sobre que a la educación incumbe crear la democracia, decretada por la Revolución, pero olvidamos que la escuela favorita de esa educación es la familia, y no el colegio, y que la ley que organiza la familia es



la ley que realmente protege la educación de la democracia.

Como el instrumento de la libertad es la *propiedad*, se sigue que la propiedad al alcance de todos es realmente la libertad en todos, es la igualdad, es la democracia. Organizando la propiedad, el código civil tiene en sus manos los destinos de la democracia moderna.

La propiedad no es inviolable, sino lo es su fuente natural, a saber: el derecho al *trabajo libre*.

El derecho al trabajo, es decir, a llegar a ser propietario, es el derecho al comercio libre, a la navegación libre, al tránsito libre, al cambio libre, al crédito libre, a la libre asociación; fases y aspectos diversos del trabajo en que el derecho romano no vió los manantiales naturales y únicos de la propiedad accesible a todo el mundo. ¿Puede un código de América, calcado en ese molde, entender y organizar la propiedad como el cetro de la democracia moderna?

Tales son los *derechos civiles absolutos* en que reposa la sociedad civil argentina por la constitución fundamental que la rige, según sus artículos de 14 a 20. Los *derechos civiles relativos* no son ni pueden ser más que el desarrollo, aplicación y derivación hecha por la legislación civil de esos derechos absolutos *declarados*, no *creados*, por la constitución.

¿Puede un código civil argentino prescindir de los unos al ocuparse de la organización de los otros? El artículo 14 de la constitución obliga a la ley civil a ser un mero reglamento del ejercicio de esos derechos esenciales de la *sociedad civil* argentina.



¿Ha seguido este plan el proyecto de código civil? El autor nos declara que no se ha ocupado de esos derechos absolutos sugeridos por la constitución de su país, como derechos elementales de la familia y de la sociedad civil argentina. Luego su código, considerado en abstracto puede tener todo el mérito científico que se quiera, sin que eso le impida ser en cuanto a su *credo social* un código ateo, sin fe política, sin patria, sin ley constitucional que lo gobierne, sin mira ni mente nacional, que tanto puede ser código de un imperio como de una república, del Brasil como del Plata.

Es el grande inconveniente natural de los códigos dados para países nacientes: tienen forzosamente que ser copias sobre un punto en que toda copia es imposible.

¿Con qué espíritu ha podido el proyecto prescindir de la constitución y de los derechos constitucionales en que ella hace reposar la familia argentina por sus artículos de 14 a 20? ¿Es por no fundar una obra permanente en una constitución aceptada de mala voluntad que espera todavía alterarse en el sentido de su reforma de 1860? No faltan ejemplos de esa táctica. La Asamblea legislativa en Francia se abstuvo de dar curso a un proyecto de código civil, que debía dar estabilidad a la constitución de 1791 dada por la Asamblea constituyente, por un cálculo de hostilidad contra la constitución que no expresaba sus miras de partido.

Si tal ha sido la mira del Proyecto de código civil argentino, en prescindir de los derechos absolutos que la constitución le da por bases obligato-



rias, su error no puede ser más grande, pues se trata de la democracia, no de la constitución, en ese olvido. La constitución no es la causa, productora de la democracia, sino su efecto y resultado. Escrita o no, olvidada o no, la democracia es el derecho natural del nuevo mundo, y toda la ley (civil o política) que deje de ser su expresión será ley efímera, caduca y muerta desde antes de nacer. No es la constitución lo que ha olvidado el código, es la revolución, es el nuevo régimen de América, de que son el credo civil y social los derechos absolutos, repetidos por la constitución argentina en sus artículos de 14 a 20.

IV

EL CÓDIGO EN SUS RELACIONES CON EL MÉTODO QUE HA PRESIDIDO A SU COMPOSICIÓN

« El método que debía observar en la composición de la obra, nos dice el doctor Vélez, ha sido para mí lo más dificultoso y me ha exigido los mayores estudios. »

¿Qué resultado han dado esos estudios que no se sabe por qué quiso imponerse? Que no debía seguir el método de la Instituta de Justiniano *porque es absolutamente defectuoso y no podrá servir para formar sobre él libros elementales de enseñanza*. ¿A causa tal vez de que la Instituta misma es el más célebre libro de enseñanza jurídica que presente la historia, seguida en las escuelas por quince siglos, y calcados en ella los más célebres códigos modernos, desde el código francés hasta el código de Chile, el más moderno de todos? ¿Es



esta una razón para desconfiar de la eficacia de su método para la enseñanza?

Inútil parece agregar que los códigos no son hechos para producir *libros elementales de enseñanza*, sino para gobierno de las naciones.

Tampoco ha merecido la simpatía del doctor Vélez el método del código civil francés, y él nos da una razón desconocida hasta aquí, de su divergencia. «En el código de Napoleón, dice, y en los códigos que lo toman por modelo, no hay ni podría haber método alguno. Un solo artículo de un código puede decidir de todo el sistema de su composición. El artículo del código francés que hace del título un modo de adquirir, y da a los contratos el efecto de transferir el dominio de las cosas, acaba con los derechos personales que nacen de los contratos, y era imposible salir del laberinto que para el método del código, creaba ese solo artículo.» Según esta afirmación del doctor Vélez, para que un código sea susceptible de algún método es preciso que haya derechos personales nacidos de la obligación y del contrato; y para que estos derechos existan, es preciso que no exista la doctrina subversiva de todo método, que hace del mero contrato un título traslativo de la propiedad de los bienes.

El doctor Vélez cree que este remedio es fácil, es decir, que la supresión de esta doctrina es posible y aun la da como realizada por la jurisprudencia en Francia, acerca de lo cual está mal informado mi honorable compañero.

No es un mero artículo casual el que modifica el método del código francés; es un principio en que reposa toda una revolución sobre la transmisión



de la propiedad y del dominio de las cosas. No es el código francés el autor de ese cambio; es el espíritu de esta época, que tiende a fundar toda la sociedad civil en la reorganización de la propiedad sobre bases diferentes de la propiedad romana.

Llamada a multiplicarse por el número de los hombres y a engrandecerse por la circulación, la propiedad moderna, democrática en su papel social, necesitaba dejar las solemnidades romanas que relacionaban sus menores cambios con los de la constitución política del país.

Hoy somos dueños de una cosa, porque la hemos comprado o heredado, no meramente porque nos ha sido *transmitida*.

La transmisión o *tradición material* no es más que el símbolo material y grosero de la transferencia del dominio, hecho moral como el mismo dominio transmitido. El derecho de propiedad, como cosa abstracta e inmaterial, debe transmitirse por un acto análogo, es decir, inmaterial, abstracto como es la *obligación* y el *contrato*, que es un acto de la voluntad inteligente y libre. La tradición material es apenas un símbolo grosero de ese acto propio del derecho primitivo.

La introducción de este principio no hace imposible el método, sino que substituye un método a otro. El del código francés es eminentemente lógico.

El que lo haya abandonado el profesor Zachariae para la composición de su curso escolar, no es una razón para excluirlo de un código. Zachariae ha hecho un curso universitario, no un código; un libro de ciencia, no de legislación. El mismo hace un mérito a los autores del código francés, de ha-



ber tenido presente la diferencia entre el método de la ciencia y el método de la l.y. La ciencia y la ley no van al mismo fin; su camino no puede ser el mismo. La ciencia investiga la verdad desconocida, la ley sabe la verdad que le conviene, y la promulga para que se observe no para que se discuta.

En su vocación política, la ley se aparta a menudo de la verdad científica y se acomoda a la preocupación, si ella puede servirle para ser mejor conocida, comprendida y observada.

Las leyes, como los ríos, se acomodan en su curso al modo de ser del suelo en que hacen su camino. Una vez formado su lecho lo conservan, aunque la geometría les demuestre que el camino recto es el más corto. El mundo moderno ha tomado al pasado el método y planta de sus códigos, como el de sus ciudades y edificios: no por su perfección absoluta y abstracta, sino mecánicamente, sin examen, como una parte de su educación y un legado de su modo de ser.

El primer mérito de un método, es el de ser ya conocido, cuando no se trata de investigar una verdad desconocida. En ciencias de investigación, la cuestión de método, es cuestión de ser o no ser, porque el método que no nos lleva a la verdad, nos aleja de ella. En la clasificación de las leyes positivas el método es otra cosa. Poco importa que los derechos personales estén colocados a la izquierda y los reales a la derecha, o viceversa, con tal que todos estén colocados en un orden que facilite su inspección. Lo demás es cuestión de etiqueta no de método, y los derechos democráticos no riñen por razón de jerar-

quía, porque todos son iguales y hermanos a los ojos de la ley.

Un método según el cual se han compuesto los comentarios más célebres y luminosos de la legislación conocida e imitada por los códigos modernos, merecía ser conservado por esa sola razón de utilidad. Peor para el código oscuro y secundario que se separa de la gran ruta común; pues se verá desorientado de sus comentarios y comentadores naturales, más antiguos que su sanción misma.

Así, pues, en tanto que el país de Descartes, de Pascal, de Cuvier, de Laplace, de Arago, y de cien pensadores que han contribuido a educar la inteligencia moderna; en tanto, digo, que la Francia moderna no ha tenido la fortuna de concebir para su código civil un método que satisfaga al autor del proyecto argentino, ¿cuál ha sido por fin el método afortunado que le ha satisfecho del todo?

«Yo he seguido, nos dice él mismo, el método tan discutido por el sabio jurisconsulto brasileño en su extensa y doctísima introducción a la recopilación de las leyes del Brasil.» El señor Freitas ha destronado en la predilección del ilustrado codificador argentino a los Gayo, a los Tronchet, a los Portalis, a los Meleville.

Como el doctor Vélez no nos dice en qué consiste el mérito de ese método, y como la recopilación de leyes del Brasil no tiene la expectabilidad y difusión que merecía tener, según él, en las bibliotecas de la Europa, no podemos juzgar del método del jurisconsulto brasileño sino por el método seguido a su imitación por el jurisconsulto de Buenos Aires: es decir, *personas y cosas, contratos y sucesiones; en*

lugar de *personas y cosas, sucesiones y contratos*.

En obsequio de la verdad debemos admitir que la variación es menos alarmante para la suerte del código argentino, que lo haría creer el lenguaje independiente de su autor. Bien que no estando acabado el código brasileño, que sirve ya desde antes de su sanción de modelo al código argentino, no es posible formar una opinión definitiva acerca del método de éste último, que también espera su terminación.

V

EL CÓDIGO Y EL PLAN SEGUIDO PARA SU COMPOSICIÓN

El autor del código usa de las siguientes locuciones, que dan lugar a una reflexión seria:

« He dejado un título que se halla en todos los códigos: *De los registros del estado civil de las personas*. . . He dejado también el título de la adopción. . . He dejado también el título de la excusación de los tutores. »

Al oír este lenguaje, se diría que el código argentino era la reforma de un código anterior que le servía de término de comparación y referencia.

Pero como es notorio que la República Argentina no tiene un código civil a la francesa, dividido en libros, títulos, capítulos y artículos, lo único que revela involuntariamente por esas locuciones el autor del proyecto, es que su trabajo carece de originalidad, y que con todas las pretensiones de independencia no es más que la imitación de un modelo extranjero, y que el autor toma ese modelo que no nombra, pero que tampoco olvida, como una especie



de ente absoluto, dotado de una contextura anatómica especial, en que el número de títulos y artículos y materias, es como el número de huesos, tendones y vértebras de un ser viviente, de tal o cual especie. Ese modelo ideal, que parece haber gobernado al autor, según su propia confesión indirecta, no es otro que el código civil francés, calcado a su vez, en cuanto a su método, en la Instituta de Justiniano, e introducido en el Plata por las aduanas de Holanda, Cerdeña, Chile, Brasil y Alemania, pues el profesor Zachariae, citado como fuente alemana, no lo es de ningún modo, en atención a que su obra es un mero curso de derecho civil francés, y no de derecho alemán.

Por lo demás, no es un mero *título* lo que ha dejado el autor, omitiendo estatuir sobre los *registros del estado civil de las personas*, es una parte de la soberanía civil de la República Argentina, dejada en manos del rey de Roma, supremo pontífice de los católicos; incurrir en esa omisión, era dejar a la República Argentina en la condición de colonia ultramontana, no en lo religioso sino en el más temporal de los objetos del código civil de una nación libre y soberana, a saber: la constancia y prueba de la legitimidad de los hijos y de los padres, de la legitimidad de los matrimonios, de la legitimidad de la propiedad adquirida por herencia, el padrón de la familia; enorme omisión que deja en pie la edad media de la Europa y todo el antiguo régimen colonial en un estatuto, sin el cual los derechos civiles más esenciales de un argentino quedan como en el aire.

Si el *estado civil* es la condición social en virtud de la cual goza el hombre de ciertos derechos, la



incertidumbre de ese estado deja en problema el goce de sus derechos de marido, de esposa, de hijo legítimo, de viuda, de heredero, de huérfano, etc.

Con razón la Revolución francesa dijo por órgano del Comité de legislación de su famosa Convención, al redactar su proyecto en que descansa el actual código de Napoleón: « *Les rapports établis entre les individus qui composent la société constituent l'état des personnes. La législation doit donc régler les dispositions et les formes des naissances, des mariages, des divorces et des décès. L'homme naît et meurt à la patrie; la société doit le suivre dans les principales époques de sa vie.* »

La causa de esa omisión en el proyecto argentino es bien conocida aunque no se hable de ella: es el temor de romper con los fueros de origen eclesiástico y con las prácticas del derecho canónico; o más bien, con los escrúpulos religiosos de los argentinos, heredados a su régimen pasado. Ese temor prueba un hecho tal vez cierto, y es que en Sud América no ha madurado el tiempo de retirar ese poder a la Iglesia, como en otras naciones católicas de la Europa más adelantada se ha hecho, tales como Francia, Austria, Bélgica, y que la República Argentina, acometiendo prematuramente esa obra, olvida el consejo sabio de Savigny sobre que la sanción del código debe ser precedida de un poderoso desarrollo de la inteligencia y de la civilización del país para ser eficaz.

¿A qué dar códigos civiles, que han de ser meros trajes franceses de moda puestos al viejo derecho civil de otros siglos? Mejor sería quedar en ese punto como los Estados Unidos, que no han cam-



biado sus antiguas leyes civiles por medio de códigos, sino gradual y parcialmente, con excepción del último y más atrasado Estado de la Unión, la Luisiana, donde los negros fueron clasificados entre las cosas o propiedades de dominio civil.

Al oír: *he dejado, he suprimido, he omitido*, se diría que el autor había dado a su obra el laconismo y la concisión esenciales de un código de libertad; pero no ha sido así, según lo confiesa él mismo. El autor ha agregado más que lo que ha omitido.

«A todos los títulos referentes a las personas — nos dice — he dado una mayor extensión que la que regularmente tienen, a fin de que materias muy importantes se hallasen completamente legisladas.

«Y he agregado seis o siete títulos que no se hallan en los códigos sobre algunas materias principales del derecho, respecto de las cuales sólo se advierte algunas pocas disposiciones dispersas.»

Agregar seis o siete títulos, significa incluir seis o siete materias nuevas en la que constituye el fondo ordinario de los códigos civiles. Es sensible que un código de ensayo, como debe ser todo el de un país nuevo, no haya creído más prudente disminuir que aumentar el número de las materias.

Los códigos de libertad deben ser cortos. En esto están de acuerdo la Convención francesa y el juriconsulto Savigny, es decir, el entusiasmo y la ciencia. La Convención desechó el Proyecto de código civil redactado por Cambacérès por largo, y se componía de quinientos artículos¹. Era natural que más.

¹ «Ce serait se livrer à un espoir chimérique que de concevoir le projet d'un code qui préviendrait tous les cas. Beaucoup de lois a dit un historien célèbre, font une mauvaise république; leur mul-



tarde el código civil imperial contuviese dos mil trescientos.

En un país libre o formado para serlo, la mitad de la obra del legislador queda reservada en la mano de cada hombre. Ser libre es legislarse a sí mismo en la mayor parte de los negocios de la vida.

El doctor Vélez, nos habla de materias nuevas muy importantes, que se *hallarán completamente legisladas* en su código.

Completamente legisladas, ¿en qué sentido? ¿en el de perfectamente, acertadamente, sabiamente? La modestia de mi hábil amigo no me permite creer que abrigue una pretensión que sería temeraria en Troplong o Savigny. Ellos, al menos no se valdrían de esa palabra tomada en el sentido de perfección.

Lo creíble es que haya querido decir, *abundantemente, copiosamente, sobradamente* legisladas. Esta calidad es la mayor recomendación de la ley de un país gobernado a la antigua española, es decir, por el despotismo ilimitado, que hace profesión de intervenir y legislar hasta en los actos más íntimos y más insignificantes de la vida civil. De todas las abundancias y profusiones de este mundo, Dios libre a mi país de la profusión legislativa: es la única riqueza que causa horror a la libertad, y sobre todo a la riqueza misma.

No cada artículo representa una libertad, para que un código se tenga por más libre cuanto más

tiplicité est un fardeau, et le peuple qui est accablé, souffre presque autant de ses lois que de ses vices. (CAMBACÉRÈS, *Rapport*, etc.)

La idea de un código, representa en sí misma la necesidad de abreviar, simplificar y reducir una legislación numerosa y complicada. Así un *código largo* es un contrasentido.



voluminoso. Al contrario, cada artículo de más es una libertad de menos. Para consagrar una libertad no se necesita el artículo de un código; basta, al contrario, su omisión.

En un país que se pretende libre, la libertad se presume, la restricción se expresa. Para las leyes es el proverbio árabe, que dice: si la palabra es plata, el silencio es oro. El silencio de la ley es la voz de la libertad. Un grueso código es un catafalco monumental elevado a la libertad difunta.

VI

EL CÓDIGO EN SUS RELACIONES CON LAS FUENTES, MODELOS Y AUTORIDADES QUE HAN GUIADO AL AUTOR EN SU COMPOSICIÓN.

Conviene oír lo que el autor del código nos dice sobre las fuentes y modelos en que se ha inspirado para su trabajo.

« Para este trabajo he tenido presente todos los códigos publicados en Europa y América, y la legislación comparada del señor Seoane. Me he servido *principalmente del Proyecto de código civil* para España del señor Goyena, del código de Chile, que tanto aventaja a los códigos europeos, y, *sobre todo, del Proyecto de código civil que está trabajando para el Brasil* el señor Freitas, del cual *he tomado muchísimos artículos.*

« Respecto de las doctrinas jurídicas que he creído necesario convertir en leyes (para resolver antiguas y graves cuestiones entre los jurisconsultos, o legislar en puntos de derecho que debían ya salir del estado de doctrina), mis guías principales han sido



los jurisconsultos alemanes Savigny y Zachariae; la grande obra del señor Serrigny sobre el derecho administrativo del imperio romano, y la obra de Story, *Conflict of Laws*. »

Según estas palabras del autor, su código viene a ser la conversión en ley argentina de doctrinas jurídicas, sacadas del dominio de la ciencia extranjera y una especie de sanción argentina dada a dos *proyectos* extranjeros de código civil.

No será la novedad en tal caso lo que falte al código argentino inspirado en tales fuentes, sino al contrario, la autoridad de la experiencia que no tienen ni pueden tener los proyectos de código en igual grado que los códigos sancionados y probados por una larga práctica; ni las doctrinas que no han pasado todavía del terreno de la ciencia al de la ley positiva.

Los que no son sino *proyectos* de la ley en la monarquía del Brasil y en la de España serían el código civil de la República Argentina, antes de saber si España y el Brasil mismos los encuentran dignos de su sanción, y antes de saber si la experiencia los declara dignos de imitación.

¿Qué motivos han podido determinar al autor del proyecto argentino para servirse de estas fuentes extranjeras, y no de las fuentes naturales y normales de un código argentino? Oigamos la explicación que nos da él mismo a este respecto.

« En la necesidad de desenvolver el derecho por la legislación, ya que nos falta la ventaja que tuvo el pueblo romano de poseer una legislación original, nacida con la nación, y que con ella crecía, podíamos ocurrir al derecho científico, del cual pue-



den ser dignos representantes los autores citados.

Así el doctor Vélez ha tenido presente para su obra todos los códigos de los dos mundos, todas las doctrinas de la ciencia, excepto las fuentes naturales del derecho civil argentino.

¿Pero existen fuentes argentinas de que pueda salir un código civil? Más abundantes y mejores que las que pueden tener España y el Brasil. No es cierto que la nación Argentina carezca de una legislación propia, nacida con la nación y desenvuelta con ella. Tiene dos legislaciones originarias a falta de una, como tiene la nación dos existencias: una que empieza con la conquista operada por nuestra raza europea y por su instalación victoriosa en el suelo americano; otra que empieza y se desenvuelve con la república independiente de todo poder respecto de España.

¿Por quiénes se nos toma a los argentinos cuando se nos llama *nación sin legislación propia*? No somos los americanos indígenas de la raza *pampa*, o *guaraní* o *aimará*, para que nos falte una legislación propia. Somos una raza culta, procedente de la Europa civilizada; somos la raza conquistadora, no la raza vencida. Como nación americana e independiente del pueblo español, tiene la República Argentina, desde su origen, una legislación que, si no es apropiada a su gobierno actual democrático, es al menos tan suya propia como lo es de España misma. El doctor Vélez conoce esa legislación mejor que nadie. En ella justamente es *doctor en leyes*, y tiene a cada paso que citar, para la composición de su código, esa legislación histórica que dice, por otra parte, no existir. Esa legislación, es



DEL DR. JUAN BAUTISTA ALBERDI

una de las más adelantadas de la Europa civilizada, y lo que le falta en los tiempos modernos, se lo ha agregado la revolución de America por sus constituciones y por su legislación intermediaria, que representan en el Plata la traducción americana de las revoluciones liberales de la Europa moderna.

En efecto, además de la legislación civil hispano argentina, la Nación tiene también su legislación *intermediaria*, enteramente patria y argentina, promulgada durante la revolución, la cual se compone de sus constituciones, de sus leyes administrativas, de sus tratados, de sus leyes comerciales y civiles modernas.

Todas esas fuentes han sido puestas a un lado por el autor del proyecto de código argentino, si hemos de estar a sus palabras, en lo cual, lejos de imitar el proceder de Justiniano, como pretende, lo ha invertido del todo; pues el código romano es el resumen de toda la antigua y moderna legislación de Roma, de sus constituciones y de su literatura jurídica, pero propia y nacional, no de la literatura de autores y países extranjeros, como la que pone en contribución el autor del código argentino para escribir el código de su país. Así habría imitado el proceder de Napoleón I, al dar un código civil para la Francia, pues el mismo Zachariae, al exponerlo en su libro, demuestra que ese código tiene por fuentes y orígenes el derecho consuetudinario de la Francia, las ordenanzas de sus reyes anteriores a la Revolución, el derecho intermediario dado por la Revolución, el derecho romano considerado como razón escrita a pesar de haber sido ley de la Francia misma.



Con elementos y orígenes tan extraños a la nación Argentina, un código puede tener cuanto mérito abstracto y metafísico se quiera, pero raro será que tenga el de las buenas leyes, que no son las más perfectas en abstracto, sino las más apropiadas a la capacidad y carácter del país que debe recibirlas.

¿Qué mira ha podido conducir al doctor Vélez en esa desviación de las fuentes naturales del derecho civil argentino? Difícil es saberlo.

La elección de Story, *Conflicts of Laws*, entre sus fuentes favoritas de doctrina para la composición de su proyecto de código civil argentino nos haría creer que el doctor Vélez ha tomado a lo serio y como orden definitivo de su país, ese estado de cosas impropriamente llamado *federación argentina*, el cual representa en política la idea opuesta y antagónica de lo que es un *código* en materia civil. La idea de *código civil federal* es un contrasentido. Toda idea de *código civil* implica la idea de unidad nacional; la de *federación*, al contrario, significa diversidad, multiplicidad de Estados, y por tanto de legislaciones y códigos. Los Estados Unidos de América pueden tener tantos códigos como Estados. La posibilidad legal y constitucional de ese hecho, explica la existencia de los conflictos recíprocos de esas legislaciones de Estado de que Story ha hecho el objeto de su libro de *derecho internacional privado*. Pero esos conflictos, que pertenecen al derecho de gentes, más bien que al derecho civil, no pueden existir en el seno de una nación que ha sido unitaria en legislación civil desde antes de su creación, y que sigue siéndolo a pesar de su federación nominal y aparente, en el hecho de querer



darse un código civil uniforme y unitario para todas las provincias de su territorio. Tal código sería la negación implícita y tácita del hecho ficticio de una diversidad o multiplicidad de Estados soberanos, que no existen propiamente, pues en realidad lo que se toma por tales Estados son *provincias interiores de una nación*, como se llaman ellas mismas por las palabras de su *Constitución nacional*.

Hay, por lo tanto, el derecho de ver en el uso que se hace de la autoridad y de la doctrina internacional de Story para el Proyecto del código civil argentino, una nueva prueba involuntaria de que el código civil inspirado por Buenos Aires, lejos de tener como todo código por mira un trabajo de unificación o centralización del país, tiende por el contrario, a relajar su consolidación interior, aparentando hacer todo lo contrario.

Si los Estados Unidos han continuado teniendo tantas legislaciones civiles como Estados, es porque las tuvieron antes de unirse en federación, y porque su federación misma es de tal naturaleza que les permite conservar esa variedad legislativa.

En este punto el Proyecto de código civil es consecuente, por su espíritu, con los *pactos de noviembre y de junio* y con las reformas hechas en virtud de ellos en la Constitución nacional de 1853, con el fin de descentralizar el poder político de la República Argentina en el interés de una provincia y de los aliados extranjeros de esa provincia, a punto de hacer posibles legalmente los conflictos de que se ocupa Story.



VII

EL CÓDIGO CIVIL EN SUS RELACIONES CON EL SISTEMA
DE GOBIERNO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA.

Las leyes, dice Montesquieu, deben ser de tal manera apropiadas al pueblo para quien son hechas, que es una gran casualidad si las de una nación pueden convenir a otra.

«Es preciso que ellas se refieran a la naturaleza y al principio del gobierno establecido, o que se quiere establecer, sea que ellas lo formen, como hacen las leyes políticas, *sea que lo mantengan como hacen las leyes civiles* »¹.

En efecto, las leyes civiles no son sino leyes orgánicas de las disposiciones de la Constitución nacional, que consagran los derechos naturales en que se funda la familia y la sociedad civil, tales son las que se refieren al estado de las personas, a la propiedad, su goce y transmisión por sucesión y por convenio, y a la sociedad civil en general.

Según esto, el código civil argentino debía ser el cuerpo metódico de leyes que organizan *los derechos civiles* concedidos a todos los habitantes de la Nación por los artículos 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20. Esos derechos concedidos a todos los habitantes de la Nación, sean nacionales o extranjeros, no son derechos políticos, sino derechos civiles; y ellos constituyen la substancia y la base democrática de la legislación civil argentina. Si, como dice Montesquieu,

¹ *Esprit des lois*, libro I, capítulo III.



las leyes civiles tienen por objeto mantener la naturaleza y el principio del gobierno establecido o que se quiere establecer, la democracia debe estar en el código civil argentino como está en la constitución. Hijos ambos y codificación los dos de la revolución democrática del pueblo argentino, el código civil debe ser el contrafuerte democrático de la constitución política, y de no ser así, tiene que ser un fuerte avanzado del antiguo régimen contra su estabilidad.

Es extraño, sin embargo, que el ministro que mandó hacer el proyecto de código, y el jurisconsulto que lo ha ejecutado, hayan olvidado ese apoyo obligado y necesario del código civil argentino, a punto de consultar para su formación todas las leyes del mundo extranjero, menos la ley *fundamental* de la República Argentina, de que el código civil debía surgir todo entero como de su fuente natural y genuina.

Expresión del nuevo régimen democrático, creado por la revolución de América, la constitución es la ley de todas las leyes de la Nación, tanto civiles como políticas y administrativas, y ninguna de ellas puede establecer cosa alguna sin recibir su inspiración y espíritu del código fundamental.

«Los principios, derechos y garantías reconocidos en los anteriores artículos (los citados), no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio», dice el artículo 28 de la constitución argentina.

¿Cuáles pueden ser esas leyes reglamentarias del ejercicio de esos derechos civiles, sino las leyes civiles de la República?

Reformar nuestro antiguo derecho civil español porque era monarquista y contrario al nuevo régi-



men, como dispone el artículo 24 de la constitución, y traer para instalar en su lugar el derecho civil de monarquías extranjeras y rivales, en cierto modo, como las del Brasil y España, lejos de organizar las miras de la constitución, es reaccionar contra ellas y restaurar indirectamente el sistema derrocado en 1810. El derecho civil, como la constitución de que ha de ser un derivado estricto, debe ser la expresión codificada de la revolución democrática que dió nacimiento y ser a la nación Argentina. Esa es la mente del artículo 28 de la constitución.

Las leyes de una monarquía no pueden convenir a una república en todo lo que tenga relación con la potestad paterna, v. gr., con el derecho de los menores, con el sistema hereditario, con la constitución de la familia democrática y republicana.

La madre de familia brasilera, el hogar doméstico basado en el servicio servil, el súbdito de un imperio, el fidalgo aristocrático y privilegiado por la legislación monarquista del Brasil, ¿serían los modelos de que deben ser copias las madres argentinas, las familias argentinas, los ciudadanos de la democracia argentina?

El autor del código está obligado a demostrar que cada una de sus disposiciones es el desarrollo, la deducción y aplicación en lo civil del código de los códigos, de la *ley suprema* y fundamental de la República, a la organización civil y social del país; o que al menos ninguno de sus artículos contraviene a la obligación que la constitución (art. 28) impone a toda ley civil argentina de respetar sus bases obligatorias y fundamentales.

Eso habría hecho de su trabajo una verdadera



creación original de tanta utilidad para su país, como para el resto de América.

Si sus fuerzas le han permitido sacudir la tradición del derecho civil hispanoargentino, resolver por numerosos artículos problemas difíciles que dividían el mundo jurídico, convertir en leyes para los argentinos doctrinas flotantes en las escuelas jurídicas de Alemania, ¿por qué hubiera sido más difícil a la fertilidad e independencia de su talento convertir la doctrina y el principio democráticos de la constitución argentina en legislación civil de los argentinos?

Sólo de ese modo habría quedado satisfecha por ese código la constitución argentina, cuyo artículo 24 dispuso lo siguiente: «El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos.»

Pero el Proyecto de código civil, no sólo ha olvidado en la constitución que debía servirle de base la *democracia*, es decir, el *fondo* del gobierno político y civil de la República Argentina, sino también la *federación*, es decir, la *forma*. El código es, por sí mismo, una derogación del federalismo de la constitución, que excluye radicalmente toda idea de un código civil. Una *federación* (y con doble razón una confederación), es una liga o unión de Estados soberanos que conservan toda la parte de su soberanía no delegada a la unión y cuya delegación es revocable y rescindible, como toda liga. Este modo de existir implica esencialmente la idea de tantas legislaciones civiles como Estados contiene la confederación. Es lo que nos ofrece el ejemplo de las tres federaciones célebres que existen en el mundo. Ni los Estados Unidos, ni la confederación suiza, ni la confederación germánica tienen códigos civi-



les federales. La excepción haría de la República Argentina en este punto, una monstruosidad política.

Es verdad que la constitución atribuyó al Congreso la facultad de dar un código civil. Pero el autor del proyecto de código, no negará que ese artículo fué virtualmente revocado por las 22 reformas hechas a su texto en 1860, mediante las cuales fué despojada esa constitución de todo lo que tenía de centralista o nacionalista, para acercarla (según ellos) a la constitución de los Estados Unidos, declarada por los colaboradores de la reforma (el doctor Vélez, el general Mitre, el señor Sarmiento), el *gran modelo*, el *ideal abstracto* y perfecto del cual era una insensatez el pretender separarse en la constitución de la República Argentina.

Antes de la reforma que descentralizó el gobierno argentino más de lo que ya lo estaba, la idea de un código no tenía mucho de incompatible con una constitución que sólo se llamaba *federal* porque descentralizaba un poco la unidad tradicional del gobierno político argentino, sin alterar esa unidad dejada subsistente en el resto de la legislación.

Pero después de la reforma que erigió en absurdo la idea de separarse en lo más mínimo del *gran modelo* de los Estados Unidos, la idea de un código civil federal, que no entró jamás en la cabeza de un americano del norte, sería un absurdo que sólo tendría precedente en la organización que pretenden dar a la Confederación Argentina los imitadores inflexibles de la federación de Norte América.

Cuando se piensa que los autores de la tentativa de un código civil son los mismos que lo hicieron



imposible por su reforma de 1860, se pregunta uno: ¿cuál es su principio? ¿Son *unitarios federalistas*, o son federales que quieren unitarizarse después de haber maltratado la unidad histórica de su país? Es que no se mata la unidad vital de una nación por medio de una simple constitución escrita. Es tan difícil destruir esa unidad cuando viene de la historia, como lo es el constituirla artificialmente de países que fueron diferentes desde su origen. Si así no fuese, hace medio siglo que hubieran dejado de existir las repúblicas del Plata, Bolivia, el Perú, Chile, etc.; pues ninguno de esos Estados ha dejado de tener sus ocho o diez constituciones sucesivas desde la revolución fundamental de 1810. La vida de un pueblo no es el resultado de una constitución escrita; el pueblo debe su ser individual, su anatomía de cuerpo político a su alma común, a su historia nacional, al vínculo de sangre y de territorio que lo hace ser una familia que no se confunde con otra; y su identidad de nación queda la misma, aunque cambie cien veces de constitución escrita y de forma exterior de gobierno, es decir, de traje y de nombre.

VIII

EL CÓDIGO EN SUS RELACIONES CON LAS NECESIDADES ECONÓMICAS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

Bien que los códigos de comercio, de agricultura rural, de minas, se ocupen más especialmente de esos ramos del trabajo industrial, no por eso el código civil tiene menos intimidad con esas industrias y con los intereses económicos en general.



Es un error funesto para la riqueza del país, el creer que el código civil nada tenga que ver con su producción y distribución. La verdad es que el papel más importante del código civil es el de la organización de la propiedad y de la riqueza en que se basa el orden y el poder de las sociedades. La riqueza es un árbol cuyo ramaje está en el ambiente del derecho comercial e industrial, pero cuyo tronco y raíces están en el terreno del derecho civil.

La más grande cuestión económica de Sud América, que es la de su población, está ligada íntimamente con su legislación civil, y casi depende de ella.

El derecho civil de un país despoblado debe tener por principal objeto el poblarlo, mediante sus disposiciones dirigidas a este gran fin económico. En la República Argentina la ley civil recibe este papel de la constitución misma, que ha sido concebida en general como para poblar su inmenso y desierto suelo. A ese fin ha hecho del extranjero inmigrado en el país un miembro de su sociedad civil desde el momento de su entrada en el territorio (art. 20), y ha declarado que el gobierno debe fomentar la población por inmigraciones de la Europa (art. 25).

Así, el desarrollo de la población argentina, reconoce dos fuentes principales: la familia y la inmigración. La familia de un país que se puebla principalmente por inmigrados tiene a menudo que ser mixta, es decir, compuesta de miembros que divergen en religión y en nacionalidad. Su prole a cada instante dará lugar a las siguientes cuestiones: ¿cuál es la *religión*? ¿cuál es la *nacionalidad* de los hijos?



La ley civil argentina encuentra en las previsiones de la constitución, de que está obligada a ser intérprete, las llaves de su solución, que son la libertad religiosa y la libertad de nacionalidad o la nacionalidad facultativa (art. 14, 19 y 20).

La ley civil argentina que olvida sus deberes constitucionales en ese punto, abdica su ministerio y traiciona su instituto. Esto es lo que parece olvidar el Proyecto de código civil en ambos puntos esenciales a la paz y a la fertilidad de la familia argentina, cuando se abstiene de secularizar el contrato matrimonial, sin perjuicio de su carácter religioso ¹; de dar al poder civil la facultad exclusiva de hacer constar el *estado civil de las personas* que nacen, que se casan y mueren en el país ², y de fijar las condiciones y garantías del *domicilio civil*, conforme al texto y al espíritu de la constitución fundamental.

El supremo aliciente de la población en América es la propiedad, base del desarrollo de la familia y de la inmigración extranjera. Se puede decir que en la organización de la propiedad descansa todo el edificio de la democracia, levantado o más bien delineado por la revolución de América.

¹ «El matrimonio entre personas católicas debe celebrarse según los cánones y solemnidades prescritas por la iglesia católica», dice el artículo 9º, capítulo III, sección II, título I, del libro I del Proyecto de código civil del doctor Vélez.

² El nacimiento de las personas, según el Proyecto de código civil, se probará por asientos públicos, que para tal fin deben crear las municipalidades, o por lo que conste del libro de las parroquias (tít. V, sec. I, lib. I). Así para el estado de nacidos, un sistema de prueba; para el estado de casados o viudos, otro sistema, o más bien un doble sistema.



La propiedad no pasa de un fantasma seductor cuando no es inviolable por todos sus lados. Pero es un error el creer que sólo pueda ser violada por los ladrones y por los gobiernos tiránicos. El código civil instituido para protegerla puede por lo mismo violarla con más impunidad que todos sus enemigos. Este es el pecado original de todos los códigos calcados en el derecho romano con respecto a la propiedad.

Hija absoluta del trabajo libre, la riqueza moderna escapó del todo a las miras trascendentes del derecho romano que, al contrario, deshonró el trabajo haciéndole propio del esclavo, y decoró el pillaje y el latrocinio político con el rango de fuentes legítimas de la propiedad.

Pero la propiedad moderna difiere de la romana no sólo en su origen y fuente, sino en su papel y destino, en la sociedad democrática y cristiana. En Roma ella formó el poder de la nobleza y del trono; en América es un instrumento de poder y libertad que pertenece a cada hombre. Accesible a todo el que puede producirla por su trabajo, ella es el brazo de la libertad democrática y de la soberanía del pueblo.

Territorial o mobiliaria la propiedad nace del trabajo y se agranda por la *circulación libre*, otra faz del trabajo, en que consiste el *comercio civil* con sus mil contratos accesorios y variados. La misma sucesión hereditaria, que es otro modo de circulación o transmisión de la propiedad, no desmiente ese su origen único y laborioso, pues ella es la adquisición mediata de una propiedad que debió su origen inmediato al trabajo de otro.



De los dos grandes modos de circulación o transmisión de la propiedad (la sucesión hereditaria y la convención), el *contrato* es el modo favorito de la propiedad moderna, que es más bien mobiliaria que raíz, y que siendo neutral por carácter es del todo ajena de significación política. La ley civil que regla la transmisión de la propiedad, no conoce su tiempo ni las condiciones de la riqueza moderna, si no se constituye simple traducción de esa ley natural que gobierna el fenómeno de los cambios.

A mi ver, el autor del proyecto de código argentino desconoce este fenómeno, cuando se constituye eco de la crítica que ha despertado la grande y bella innovación del código civil francés, que hace del contrato un título de transmisión de la propiedad. Este cambio no es invención del código francés, es un hecho económico de la riqueza moderna, de que la ley francesa se ha hecho expresión. La *tradición* no es el origen real de la propiedad; lo es el *convenio*, es decir, la voluntad libre del propietario que cede y del propietario que adquiere; no necesita de dos orígenes. En este tiempo somos dueños de una cosa, no meramente porque nos ha sido *entregada*, sino porque la voluntad libre de su dueño ha consentido en que, por nuestra voluntad libre igualmente, seamos su propietario en adelante mediante una causa verdadera. Dando a la propiedad raíz mayor movilidad en su circulación que a la propiedad mobiliaria, ese cambio ha herido de muerte todo resabio de feudalidad territorial y del viejo espíritu aristocrático del código romano, que rodeó de solemnidades la transmisión de la propiedad raíz, porque la propiedad territorial era base del po-



der político, concentrado en una clase privilegiada. ¿La Revolución francesa, democrática e igualitaria por esencia, cambió naturalmente ese principio que el doctor Vélez, intérprete de esa revolución en la República Argentina, desearía ver eludido, por respeto acaso de la propiedad territorial que nada vale en países inmensos y despoblados? Si el nuevo principio tiene adversarios en Francia es porque la economía política no es familiar a los sabios que cultivan el derecho. ¿No decía un día el célebre Dupin, en pleno Senado, que la economía política no era una ciencia? Por lo demás se equivoca el doctor Vélez cuando piensa que la jurisprudencia ha restablecido en el código francés el principio añejo del derecho romano, que además del *convenio* exigía el requisito de la *tradición* para transferir la propiedad.

El doctor Vélez no es consecuente en este punto consigo mismo. Comprendiendo el carácter racionalista y democrático del derecho moderno, desecha con razón las *ficciones* de la *muerte civil* y de la *adopción*; y sin embargo, se empeña en conservar la ficción igualmente añeja de la *tradición simbólica*, formalidad grosera y embarazosa que desdice de la naturaleza moral del derecho de propiedad. La tradición no es la *enajenación* de la propiedad sino el *símbolo material* de la enajenación. La enajenación es un hecho moral como la propiedad misma, y ese hecho no tenía necesidad para perfeccionarse sino de otro hecho moral como él: el contrato.

Si el símbolo de la *tradición* ha parecido esencial al autor del proyecto argentino para la transmisión del dominio, ¿por qué no ha exigido también el restablecimiento de la *estipulación* romana como



requisito esencial a la perfección del contrato? La innovación francesa en lo tocante a las formas transmisivas del dominio, es lo que la innovación española que emancipó a la obligación de todas sus formalidades exteriores. Esos cambios no son de esta o aquella nación: son del simple buen sentido del espíritu moderno ¹. ¿Puede la ciencia del pasado, que resiste su abrogación, oponer resultados iguales a los que presenta el régimen contrario en los Estados Unidos, donde se compra la tierra con la facilidad con que se compra un asiento en el teatro? Desenterrar la tradición simbólica como requisito esencial de la transmisión del dominio en un tiempo en que una oficina de Londres, sin más que con simples notas tomadas en los libros, hace circular en una mañana más millones de pesos, que toda la propiedad de la antigua Roma en el espacio de un año, es realmente un anacronismo inconcebible.

Estos cuidados del legislador, son tanto más necesarios, cuanto que en Sud América, y particularmente en el Plata, existe una causa permanente de despoblación que la ley civil es llamada a neutralizar y enervar por los medios indirectos que sugiere la ciencia de la legislación. Esa causa consiste en la extrema benignidad del clima, en la fertilidad natural del territorio. Esta causa es tanto más desas-

¹ «*La spiritualisation du droit, suite de l'émancipation de l'élément plébéien (democrático), est un progrès et un bien...*» «*Dans le droit privé elle renverse toutes les formes, dont le symbole est la manifestation la plus expressive. Cette spiritualisation du droit privé a conduit la France à la suppression de la tradition dans la vente des immeubles, ce qui peut très bien se justifier.*» (CHASSAN, *Symbolique du droit*, lib. II, cap. VII.)



trosa en sus efectos contra la población, cuanto que los sudamericanos somos inclinados a considerarla al contrario, como un estímulo suficiente para dotar al país de los habitantes que necesita; y ateniéndonos a ella sola, descuidamos las verdaderas causas de la población, que no son otras que la libertad y la seguridad.

« Les pays — dice Montesquieu — ne sont pas cultivés en raison de leur fertilité, mais en raison de leur liberté; et, si l'on divise la terre par la pensée, on sera étonné de voir la plupart du temps des déserts dans ses parties les plus fertiles, et de grands peuples dans celles où le terrain semble refuser tout. »

Pero esta libertad de cultivar la tierra en que estriba su fertilidad no es una libertad política, sino una libertad civil, como todas las que la constitución pone al alcance del cultivador favorito de la desierta América, que es el inmigrado procedente de países adelantados en el arte de cultivar la tierra, es decir de la Europa.

¿Cómo es tratado el inmigrado, por el Proyecto de código civil, con respecto a esas libertades, que, según Montesquieu, son las que deciden de la cultura territorial de un país, y de su población por lo tanto? La constitución (art. 25) dispone que el inmigrado de la Europa sea traído al territorio argentino en vista del desarrollo de su población; pero en vez de eso el Proyecto de código civil entrega la suerte del inmigrado a los códigos antiguos de las Siete Partidas y de las leyes de Indias, hechas como se sabe para alejar la población extranjera, y estas leyes lo endosan todavía al derecho canónico, que es derecho tradicional de Sud Amé-



rica en muchos puntos íntimamente relacionados con la población. Este punto, que es de un interés supremo para Sud América, es el único en que sus códigos modernos dejan de ser copia fiel de los códigos monarquistas de Europa. ¿Será esto lo que se llama copiar con un juicio y discreción equivalentes a una creación original?

El inmigrante disidente que viene a cultivar la tierra de Sud América, es decir, el alemán, el inglés, el suizo, quiere casarse y formar una familia en el suelo de su nuevo domicilio; la constitución se lo permite, pero el derecho canónico se lo impide si la novia es católica de religión, es decir, americana, «La ley — dice el Proyecto de código civil, — reconoce como impedimentos para el matrimonio ante la iglesia católica, los establecidos por las leyes canónicas (uno de los cuales es la disparidad de cultos); perteneciendo a la autoridad eclesiástica decidir sobre el impedimento y conceder dispensa de ellos.»

¿El inmigrado tiene un hijo que quiere hacer bautizar, o cuyo nacimiento quiere hacer constar de un modo auténtico? Debe acudir para ello al cura católico de la parroquia, según el Proyecto de código civil, en tanto que los registros públicos que para tal fin deben crear las municipalidades, no estén creados.

¿El hijo del inmigrado europeo ha cumplido veinte años? La República le pone su escarapela, se lo apropia como ciudadano, y lo hace un soldado sin que el proyecto se ocupe de esto para nada.

¿Muere el inmigrado en la tierra que ha cultivado con el sudor de su frente? Esa tierra se opone a recibir sus restos en los cementerios cató-



licos, si no abjuró su religión disidente antes de morir, no obstante la constitución, que le permitió vivir con su religión y morir en ella en medio de católicos.

Tal es el estado en que deja las cosas que tanto interesan a la población de la República Argentina el Proyecto de código civil, que se abstiene de sacar del imperio exclusivo del derecho canónico la parte de la legislación civil argentina, llamada a reglar el *estado civil de las personas* sin distinción de nacionalidad ni religión, conforme a los derechos absolutos, consagrados por la constitución de la República en sus artículos de 14 a 20.

En cuanto a la nacionalidad de las personas sobre que estatuye el derecho civil, el proyecto de código se abstiene de reglarla. Limitase únicamente a reglar el *domicilio*. No procede así el código francés, que define al frente de su primer libro, la nacionalidad de los franceses y de los que nacen en Francia sin ser franceses, en el título que trata del *goce y de la pérdida de los derechos civiles*.

El código de Chile deja de seguir en este punto el ejemplo del código francés, pero es porque la constitución chilena hace esa definición en su capítulo IV. Como en este punto la constitución argentina no imita a la de Chile, resulta del silencio observado por el Proyecto de código civil, sobre este punto tan relacionado con la población, que ni la constitución ni el código civil de la República Argentina se ocupan de definir y fijar las condiciones de las personas consideradas en su nacionalidad de argentinos o de extranjeros para el goce y la pérdida de los derechos civiles. El autor del pro-



yecto de código argentino, ha declarado no querer ocuparse de este punto. ¿Será tal vez porque hay una ley especial que trata de la materia? Pero el objeto de un código civil es que no anden sueltas las leyes de esa importancia cuyo lugar natural es el libro del código que trata de las personas, según el uso recibido por la codificación de todas las grandes naciones.

Esta omisión deja de ser insignificante, si se recuerda que Buenos Aires hizo rehacer el tratado de reconocimiento que celebró la confederación con España en 1860, porque consagraba el *principio de la nacionalidad facultativa* del hijo del extranjero nacido en el suelo argentino. En lugar de ese principio moderno, proclamado por la Revolución francesa de 1789, Buenos Aires hizo restablecer el principio feudal de las leyes de Partidas, según el cual la tierra hace suyos todos los hombres que nacen en ella¹. Este principio con tanto calor sostenido por el general Rosas en las cuestiones con Inglaterra y Francia, es inofensivo para Buenos Aires, porque tiene su contraveneno en la situación geográfica de esa provincia, privilegiada en alto grado para atraer la inmigración; pero es aciago para el desarrollo de la población extranjera en las provincias y países interiores de Sud América.

El proyecto de código no lo consagra, es verdad; pero lavándose las manos en esa cuestión que le pertenece rigurosamente, lo deja en su terreno extraño desde el cual sigue esa ley de otro tiempo, excluyendo al extranjero del interior de la Repú-

¹ Ley 1ª, título 20, partida 22, sancionada en España en el siglo XIV, y abolida hoy por su constitución.



blica Argentina¹. Los países americanos (argentinos y no argentinos) menos favorecidos que Buenos Aires y Montevideo por su situación geográfica para atraer las poblaciones y los capitales de Europa, no necesitan más que imitar al pie de la letra las instituciones económicas de Buenos Aires, que se relacionan con esos objetos, para que ningún capital ni poblador de la Europa se tome la pena de penetrar cien y doscientas leguas en países mal seguros, en busca de una instalación que se les ofrece con las mismas ventajas en la puertas de Sud América. No deben olvidar este aviso importante las provincias argentinas, el Paraguay, Bolivia, Chile, etc., si quieren tenerse al nivel de Buenos Aires en prosperidad material espontánea.

El Proyecto de código civil por su silencio sirve más de lo que se piensa a esa ventaja de Buenos Aires para atraer la inmigración a despecho de un mal gobierno. Los extranjeros se aumentaban en

¹ M. des Retours, opuesto a ese principio, decía sin embargo lo siguiente en la sesión del cuerpo legislativo del 30 de diciembre último: «*Avant la révolution tout individu né en France était français et assujetti à la loi militaire. La constitution de 1791, à la loi de l'an III, avaient modifié cette ancienne législation. Lors de la discussion du code civil, l'empereur Napoléon Ier, prévoyant les abus qui pourraient découler de la législation nouvelle, voulut revenir à l'ancienne; mais sa doctrine ne fut pas adoptée, celle du tribunal prévalut, et donna naissance à l'article 9 du code civil, qui porte que tout individu né d'étranger établi en France, pourrait devenir français, en faisant la déclaration dans l'année qui suit la majorité. C'était rétablir un privilège au lendemain de l'abolition de tous les privilèges.*» A esto último respondió M. Gressier, muy a propósito: «*Le privilège c'est d'être français.*» Quedó vigente el principio nuevo de la Revolución de 1789, que es el que no quiere Buenos Aires.



Buenos Aires, en el momento mismo en que el general Rosas luchaba contra los gobiernos de Europa, por principios que interesaban a la seguridad de sus nacionales en los países del Río de la Plata.

IX

EL CÓDIGO CONSIDERADO EN SUS RELACIONES CON EL MODO
DE SER GEOGRÁFICO DEL PAÍS ARGENTINO

La geografía de un país, quiero decir su conformación geográfica, forma una parte de su constitución política, porque de ella depende en gran manera su independencia, su seguridad, la necesidad para conservarlas de un ejército y de un presupuesto más o menos grandes, su sistema de gobierno según el influjo y rango de sus vecinos, su sistema de comercio y de rentas, la naturaleza de sus alianzas, toda su política exterior y casi todo su gobierno interno.

Todas estas cosas reciben una dirección o un carácter en tal o cual sentido, según que el país colinda con un imperio comparativamente fuerte, como le sucede al Plata, o con una república fuerte, como le sucede a Méjico; según que una provincia del país posee todos sus puertos, todo su comercio exterior, todas sus aduanas, y las otras provincias nada poseen como sucede en la República Argentina con la provincia de Buenos Aires respecto de las otras; según que un Estado ocupa las regiones de grandes ríos navegables, y otro Estado posee su embocadura, como sucede al Paraguay respecto de Buenos Aires.



La ley civil debe darse cuenta de todas esas circunstancias y constituirse la expresión y el brazo de su acción combinada, si quiere tener eficacia y poder, pues una ley que no está apoyada en la fuerza de las cosas, es ley sin sanción ni realidad.

Al tomar la geografía por base, el legislador debe distinguir la *geografía política* de la *geografía física* y guardarse de tomar la una por la otra; v. gr., si los límites del territorio consisten en grandes ríos, o grandes montañas, o sólo en demarcaciones matemáticas; si los puertos por donde el país hace su comercio y vive en contacto con el mundo son únicos por obra de la naturaleza, o son únicos por obra de una ley, que así lo dispuso en servicio de una mira política determinada, eventual y transitoria por su naturaleza.

En el primer caso la ley deberá plegarse a la acción de la geografía, aunque no fuese sino para reaccionar contra ella; en el segundo, debe plegar la geografía de la ley vieja a la geografía de la ley moderna; v. gr., en el Plata, el código de las leyes de Indias al código civil de la República. Si esta doctrina es verdadera en general, lo es con doble razón para un país que está constituido por su geografía física y política, más que por su constitución misma, y cuyos partidos contrarios, los antagonismos de su economía doméstica, y las luchas de su historia, son en cierto modo partidos y antagonismos geográficos. Tal es la República Argentina, cuyas provincias interiores son como colonias virtuales del litoral por la simple acción de la geografía política que ese país recibió de las leyes dadas por España en el tiempo en que fué de su per-



tenencia. En fuerza de este precedente y a fin de corregirlo, sus leyes civiles que se relacionan con la población, con la propiedad, con el trabajo, con el comercio, deben ser especie de compromisos de todas las rivalidades regionales del vasto suelo, si han de satisfacer sus necesidades comunes con justicia y con igualdad, para formar un solo cuerpo de nación regular y capaz de vida permanente.

Las leyes civiles argentinas deben ser especie de compromisos entre el interés de las provincias y el interés de Buenos Aires. Para que la justicia presida a tales compromisos será preciso que el ascendiente de las provincias en su elaboración y sanción iguales al de Buenos Aires, lo cual está lejos de suceder en este momento. De otro modo, un código que se diese bajo la inspiración preponderante de Buenos Aires sería una especie de código colonial: las *leyes de Indias de Buenos Aires*, en lugar de ser las *leyes de Indias de Madrid*. Pero si no es una garantía de ese espíritu de justicia la circunstancia de estar escrito el proyecto de código en Buenos Aires o bajo su inspiración, ¿lo sería la de estar compuesto por el hijo de una provincia interior rival de la de Buenos Aires?

Dos leyes célebres en que reposa todo el edificio del gobierno que ha mandado trabajar el código civil pueden servir para hacer apreciar el espíritu del código a este respecto; son los *Convenios de noviembre y de junio*, incorporados a la constitución actual por su artículo 104. Dictados por Buenos Aires, para terminar el conflicto que le tenía separado de las provincias, en 1859, en vez de transigirlo, como debió suceder, esos convenios sirvieron



en realidad para hacer pasar a las manos exclusivas de Buenos Aires el comercio, las aduanas, el tesoro, la política exterior de las provincias interiores, que su hermana del exterior no había podido arrancarles por las armas. Eso nada menos significaba en sus efectos prácticos la especie de restauración de la geografía colonial que traían los dos convenios impropriadamente llamados de unión.

¿A quién confió Buenos Aires la redacción de esos pactos? A la misma mano que ha recibido el encargo de componer el código civil de la República, sometida por su habilidad legislativa a la provincia de su adopción. El talento que creyó servir a su patria provincial adoptiva, redactando esos pactos, ¿sería incapaz de entender que la sirve igualmente extendiendo por el código civil los beneficios de esa confiscación doméstica al aliado imperial de Buenos Aires? Desde luego, el autor mismo nos hace una revelación que autoriza hasta cierto punto este temor. El modelo predilecto entre todos los códigos conocidos para la composición de su proyecto ha sido, según nos lo declara él mismo, un *Proyecto de código civil para el imperio del Brasil*. «Para este trabajo, nos dice, he tenido presente todos los códigos publicados en Europa y América...» «Me he servido *principalmente* del Proyecto de código civil para España...» «Y *sobre todo* del Proyecto de código civil que está trabajando para el Brasil el señor Freitas, del cual *he tomado muchísimos artículos*.»

¿Probaría este hecho que el autor del Proyecto de código civil para la República Argentina esté privado de un sentido elevado del patriotismo de su



país? Lejos de mí la idea de una pretensión semejante. Lo único que resulta de ese hecho que he creído no deber omitir para no dejar en la obscuridad un punto luminoso, es que él mismo constituye un argumento de más en prueba del influjo que ejerce la geografía, no sólo en los códigos, sino en la mano misma que los escribe.

El mismo hombre que colocado en una provincia del interior comprende con la claridad del día que Buenos Aires pertenece a la Nación, puesto en esa ciudad ve con la misma claridad que la Nación pertenece a Buenos Aires. ¿Está en el hombre la causa de esta variedad? No: el *provinciano* y el *porteño* son el mismo argentino. La diversidad viene de las cosas, el antagonismo está en los intereses regionales mal coordinados. Es una frontera moral, obra del error, la que cambia de ese modo el color de las cosas. No es el arroyo del Medio, hilo de agua que se pierde en las cartas de los geógrafos, sino las leyes que hacen de ese límite doméstico un cordón cuatro veces internacional, constituyéndole en frontera militar, frontera financiera, frontera política y frontera administrativa, que de una patria hace dos patrias rivales, por el error de las leyes que la vieja geografía permite al lugar del país más favorecido sancionar en perjuicio del país desheredado.

Un código civil hecho como esas leyes, concebido por sus mismos padres, nacido en el mismo lecho, ¿qué podrá ser para los pueblos septentrionales del arroyo del Medio, sino la transmigración o metempsicosis del código de las leyes de Indias, por su espíritu económico y social; el viejo derecho colonial



vestido a la moda francesa del siglo XIX, hablando la lengua elegante y sonora de la civilización del día, pero obrando en realidad como el código de Indias, no ya en provecho de Madrid, es verdad, sino en beneficio de un pedazo de la patria argentina, colocado en lugar de la patria entera como España estuvo antes de 1810 respecto de ese país y de toda Sud América?

Sólo un cambio de geografía política, o la consumación del cambio ya empezado en el sentido de la unificación nacional del país, hará desaparecer ese triste legado del antiguo régimen colonial español.

Felizmente no son los legisladores propiamente dichos, los que cambian la geografía política de las naciones; ellos escriben y consagran los cambios operados por los *grandes intereses* (llamados *grandes principios*, cuando se consideran por su lado moral). De sus grandes choques salen los cambios y condiciones de su constitución geográfica para los Estados.

Esos intereses supremos fueron los que abrieron el puerto de Buenos Aires a principios de este siglo, y arrebataron a España, con ese monopolio, sus colonias del Río de la Plata. Esos intereses soberanos abrieron en 1853 los afluentes de este río, y comenzaron a quitar a Buenos Aires la dominación colonial sobre las provincias en que reemplazó a España en nombre de la independencia común. Digo que empezaron, porque la lucha dura todavía entre otros combatientes.

La vieja geografía colonial se defiende por la mano de su heredero mejorado en el tercio y quinto; pero los intereses nuevos fuerzan esa mano a



cambiar de táctica en la lucha para lo venidero. Ya no es la misma táctica que empleó Buenos Aires bajo Rosas, que consistía en gobernar a las provincias por la ausencia de gobierno nacional, es decir, por el aislamiento de las provincias, decorado con el nombre de *Federación*. Desde que el gobierno nacional sin Buenos Aires y a pesar de Buenos Aires se ha probado ser posible al favor de la apertura de los afluentes del Plata (es decir, de la nueva geografía política), Buenos Aires ha comprendido que para continuar poseyendo de hecho ese gobierno nacional, tiene necesidad de traerlo a su provincia, y que para poseerlo sin ser poseída por él, tiene que simular la existencia de ese gobierno general, componiéndolo artificialmente con un fragmento del poder material y real que Buenos Aires arrebató a las provincias para formar un monopolio de la suya.

Ese modo de componerse y de existir, obliga al gobierno dicho nacional a depender del gobernador de Buenos Aires, agente más poderoso que su jefe.

Para emanciparse de esa dependencia humillante y burlesca, ¿qué hace el presidente presidido? No pudiendo apoyarse en las provincias desarmadas por ese mismo sistema que le hace ser un presidente nominal, tiene que buscar el poder real que falta a su título en alianzas con poderes extranjeros pre-dispuestos a dañar a la República Argentina por miras propias, y para encontrar y mover a esos aliados, tiene que buscar guerras y arbitrarse enemigos artificiales donde no los tiene en realidad.

Esa es la historia de la presidencia del general Mitre, y esa será la de su sucesor, si gobernase con



su sistema. Aunque aparente tener otras ideas para subir al poder, tendrá que gobernar con las de su predecesor después de estar en el gobierno. En la presidencia sin poder pagan los gobernadores de Buenos Aires, ascendidos a ese rango por su vanidad, el delito de habérselo absorbido para la provincia que más tarde los sienta en la picota presidencial.

Buenos Aires puede estar ufano de ese predominio sobre su propia Nación, que le han dado sus revoluciones y sus campañas domésticas. Pero esas ventajas de un patriotismo sin altura y sin vista, costarán caro a sus destinos propios. Dos son hasta hoy los resultados inevitables de esa organización violenta y falsa dadas a las cosas: 1º la división de Buenos Aires, en dos facciones (*crudos y cocidos*, que quiere decir, *localistas crudos y localistas cocidos*), producida por la división de su poder local en dos gobiernos que no son más que uno solo, y que por tanto conspiran por absorberse uno a otro; 2º la alianza permanente con el Brasil, en que el presidente nominal tiene que buscar el poder real, que le arrebatara Buenos Aires, para ejercer su presidencia.

El tratado de alianza de 1º de mayo de 1865, y el Proyecto de código civil, que enfeudan la República Argentina al imperio del Brasil, no son más que el resultado lógico de esa situación de cosas, que el extravío de Buenos Aires considera como una *feliz actualidad*, y que se ha vuelto hoy una negra actualidad. Ese resultado conduce a otro. Para escapar del predominio del Brasil y de Buenos Aires, las provincias argentinas a su ejemplo buscarán



alianzas reaccionarias y defensivas en Chile, Bolivia, el Paraguay, y las guerras se sucederán a las guerras, por no querer dar a la patria lo que es de la patria: su capital, su tesoro, su consolidación, su poder, su rango y dignidad.

Un código civil nacido antes de que llegue ese momento de justicia, no será más que un aborto; será más efímero que los efímeros tratados y los efímeros gobiernos que lo dan a luz.

Hasta aquí ha sido el Estado el campo favorito del desorden y del escándalo en el Plata. Desde la idea de un código civil el mal amenaza invadir el orden de la familia y de la sociedad civil. Una vez lanzado el código de guerra y de desorden, hemos de ver cambiar todos los días los derechos del padre de familia, las condiciones del matrimonio, las bases de la propiedad, el sistema de los contratos, la regla de la sucesión hereditaria, como cambian las atribuciones de los gobernadores y comandantes militares de campaña.

X

EL CÓDIGO EN SUS RELACIONES CON EL CARÁCTER Y COSTUMBRES DE LOS ARGENTINOS

Si el autor del Proyecto de código civil para el imperio del Brasil, no se hubiese acomodado en la concepción y ejecución de su obra a las costumbres, al carácter e índole, a las tradiciones que el clima tórrido, la institución de la esclavitud, el gobierno monárquico han debido producir en la sociedad civil, en las instituciones americanoportuguesas, en la constitución y costumbres de la familia brasileña,



el señor Freitas, autor del proyecto, habría trabajado una copia sin talento ni juicio, indigna del imperio americano, como país civilizado, y de un juriconsulto eminente. Yo no lo creo, y pienso al contrario que el señor Freitas merece los elogios que le tributa su ilustrado imitador argentino por la prudencia y sabiduría con que ha sabido observar esas condiciones.

En este caso la sabiduría faltaría completamente en el legislador argentino que se propusiese dar a su país republicano, español de raza y de origen, habitando un clima templado y viviendo sin esclavos, del comercio y del pastoreo, por código civil, la copia más o menos completa de un código cuya sabiduría consistiría en estar vaciado en el molde de un país diametralmente diferente en clima, geografía, sistema de gobierno, sociedad civil, familia, tradiciones, historia, origen, raza, idioma, etc.

Decir que estas circunstancias son sin influencia en la legislación civil de un país, es negar el hecho consagrado por la ciencia y por la historia, en cuya espléndida demostración descansa la gloria del autor del *Espíritu de las leyes*.

El gobierno doméstico tiene inmensa ligación con el gobierno político de un país. Montesquieu observa que las costumbres de la mujer de Europa, introducida bruscamente en Oriente, bastarían para trastornar todo el régimen de su sociedad. ¿Estamos ciertos de los efectos que producirían en el Brasil los usos libres de la mujer de la América antes española? Las limeñas que asisten desde la barra a las discusiones del Congreso, las porteñas que asisten a los *clubs* políticos de Buenos Aires, llevan-



do sus costumbres al Brasil, donde las mujeres no son presentadas a los hombres, ¿no harían el efecto tumultuoso que Montesquieu temía de las mujeres europeas en Oriente? ¿Y no es mil veces más admisible esa hipótesis que la del bello sexo hispanoamericano, recibiendo de la mujer brasileña su condición y modo de ser asiáticos y orientales en cierto modo por su reserva y sujeción claustrales?

Como argentino, yo tendría menos dificultad en recibir para mi país la constitución del gobierno del Brasil, que no la constitución de su sociedad civil y doméstica, es decir, su código civil, que organiza la familia brasileña según las influencias climatéricas de la zona tórrida, del principio imperial y de la esclavatura de la raza negra.

XI

DEL CÓDIGO EN SUS RELACIONES CON EL MOMENTO POLÍTICO
DE SU COMPOSICIÓN Y SANCIÓN

« Los códigos no se hacen en un país porque los jurisconsultos los reclaman o los quieren. Los traen únicamente los acontecimientos políticos. Ellos, son un instrumento de poder o de revolución, y no se consulta a la ciencia sobre su oportunidad.

« Así César, Teodorico, Justiniano, Federico, Napoleón, meditan o instituyen códigos para establecer mejor la uniformidad de su gobierno »¹.

Hijos de la política y sancionados en servicio de sus miras, los códigos civiles son incomprensibles si no se estudian por el lado de sus relaciones con la situación que los hace nacer.

¹ LERMINIER, *Histoire du droit*.



¿En qué situación política de la República Argentina ha ocurrido la idea de la sanción de un código civil? Durante una alianza con el imperio del Brasil, creada por una autoridad de Buenos Aires llamada gobierno argentino, como medio para este gobierno de existir y sostenerse en su propio país al favor de una guerra extranjera, que debía darle el pretexto y la ocasión de traer a sus manos las fuerzas militares de la alianza. Subyugado en cierto modo a su poderoso aliado, no ha podido tener inspiración importante que no le viniese de su indirecto protector.

La adopción de un proyecto de código brasileño, con preferencia a tantos otros códigos célebres y acreditados por la experiencia, acaba de confirmar la natural conjetura de que el código argentino es la obra de la política del Brasil, más bien que de la política argentina, y que si el padre de ese código es Mitre, Don Pedro II es el abuelo.

¿Cuál puede ser la mira del Brasil en la sugestión de ese trabajo? No es difícil suponerlo. Si la historia secular no miente en la imputación que hace al Brasil de querer extender su dominación hasta en los países del Plata, todos sus ejércitos y escuadras no serían tan poderosos para el logro de esa mira, como la acción de un código civil para asimilar y uniformar la sociedad argentina al espíritu de la sociedad del Brasil y preparar e iniciar de hecho su anexión. Extended el código del Brasil, por una traducción o asimilación, más o menos hábil, a los pueblos del Plata y la conquista está hecha por ese solo camino en más de sus dos tercios. La diversidad de principios y de instituciones en la sociedad civil



es de ordinario una barrera más poderosa que todas las fronteras naturales, para contener los avances de conquista. Entre pueblos de raza portuguesa y pueblos españoles de origen, la absorción de los menos bien gobernados en el seno de los más cuerdos, no puede llevarse a cabo sino por la refundición del sistema social de los primeros según el tipo y molde de los otros. Esto es lo que conseguiría el Brasil por la reforma civil argentina, hecha bajo su inspiración, mejor que por la acción de sus ejércitos, de sus escuadras y de sus alianzas políticas y militares, si el señor Freitas lograra ver convertida en código argentino la copia o reproducción de su trabajo, que no es hasta ahora sino un proyecto o una idea de código para el imperio del Brasil.

XII

CONCLUSIÓN Y CONSEJO

¿Qué debe hacerse con el código propuesto? Guardarlo como a los vinos algunos años antes de aprovecharlo y para mejor aprovecharlo, si fuere digno de adopción.

El código de las Partidas, esperó un siglo para recibir su sanción; el código civil francés esperó veinte años. La Prusia publicó el suyo cuarenta años antes de darle su sanción, y Austria puso más de veinticinco entre la publicación y la adopción definitiva de su código civil. De la sanción de los códigos debe ser como de la canonización de los santos, no se debe proceder a ella, sino después de haberlos



hecho el blanco de la crítica de todo el mundo por muchos años.

Este consejo, en todo caso, ofrece menos inconvenientes que el que daba un periódico de Buenos Aires, a la legislatura de esa provincia, para la sanción del código rural.

La *Tribuna* aconsejaba el mismo proceder que se había seguido para la sanción del Código de comercio de Buenos Aires. Debía discutirse el proyecto de este código en la legislatura local de esa provincia (porque fué un código de provincia en su origen como la *Ordenanza de Bilbao*), y un diputado que no había gastado lo mejor de sus años en ojear códigos de leyes, encontrando incómodo el apearse de su alta reputación pedagógica en materia de instrucción primaria, para ponerse a discutir los principios de la *letra de cambio*, del *seguro marítimo y terrestre*, de las *sociedades anónimas*, de las *hipotecas y privilegios*, etc., tuvo la feliz idea de proponer un expediente que la legislatura acogió como una verdadera inspiración, y fué la de sancionar el código sin la menor discusión, y dejar que el tiempo y la experiencia fuesen revelando los defectos, para corregirlos por leyes sucesivas. Es así como recibió su sanción el código porque se rige el comercio de la República Argentina, sin haberse abierto por los legisladores que lo sancionaron.

Los legisladores franceses no pensaron como el señor Sarmiento en ese punto. Al someter el Proyecto de código civil a la convención que debía discutirlo, Cambacérès se expresaba en estos términos en nombre del comité de ochenta miembros que lo había redactado: «*Vous ne déciderez point dans une matière si grave*



sans une discussion approfondie. Les lois, une fois rédigées, il faut craindre de toucher à ce dépôt sacré.»

Es verdad que el código que la república francesa no acertó a promulgar después de doce años de estudios y de ensayos, la dictadura consular, creada por el 18 Brumario (el 2 de diciembre de Napoleón I), hizo redactar en tres meses, por cuatro grandes jurisconsultos, el proyecto que hoy es el *Código de Napoleón*. Pues bien, a pesar de que la dictadura es tan expeditiva para otorgar un código como lo es para otorgar una constitución, el código civil francés no recibió su sanción definitiva sin ser discutido previamente por el cuerpo legislativo de 1804, después de pasar por otros diez exámenes y pruebas diversas.

¿Qué prisa corre la sanción de un código civil en una república que todavía no tiene un gobierno definitivo? Si es verdad lo que observa Montesquieu, que: *«C'est le partage des terres qui grossit principalement le code civil»*, la República Argentina, que no está tan escasa de tierras como la Bélgica, pues puede alojar cuatro veces la población del imperio francés, bien puede esperar algunos años antes de pedir a un código civil el remedio de conflictos y tempestades de carácter agrario que no se ven venir todavía.

Guarde entre tanto el código del doctor Vélez el mérito que realmente tiene, de un trabajo de ciencia que hace honor a su laboriosidad cuando menos; pero no tome el título de *Código argentino*, porque en realidad no lo es ni puede serlo.

El derecho civil natural, proclamado por la revolución de América y consagrado por la constitu-



ción argentina en sus principios más cardinales, no está desarrollado en el trabajo del doctor Vélez Sarsfield; no es ni puede ser por lo tanto un código argentino; ni siquiera puede ser considerado como código de América, por la razón que no es democrático, y que debe toda su inspiración a países, a gobiernos, a tiempos, a doctrinas extranjeros del todo a la América del siglo XIX.

¿Cómo se explica que un abogado como el doctor Vélez haya podido desconocer de ese modo la constitución de su país? Como el abogado Lincoln desconoció el derecho de gentes, cuando el ministro Seward le hizo firmar el decreto de bloqueo de los *Estados del sur*, declarándoles él mismo *beligerantes* mucho antes que a su ejemplo lo hubiesen hecho la Inglaterra y la Francia, en perjuicio de la integridad de la Unión. *Yo era un abogado del Oeste, donde no se hace derecho de gentes*, contestó Lincoln al juez Stevens, para disculparse de ese desacierto, que casi costó la vida de su integridad nacional a los Estados Unidos.

El señor doctor Vélez podría excusarse de su código destituido de fe política, diciendo: «Yo soy abogado de un país, donde nunca se enseñó ni aprendió el derecho público constitucional», a causa de que nunca hubo constitución, o más bien porque el derecho constitucional de ese país consistió en estorbar sistemáticamente la sanción y existencia de una constitución nacional argentina, porque esta situación convenía al interés local de la provincia que tiene al doctor Vélez por hijo adoptivo. El doctor Vélez no podrá decir que alteramos en esto la verdad, pues su nombre está al pie de un documento solemne en



que se establece lo siguiente: «El derecho público nacional o federativo, carece *totalmente* de antecedentes históricos, vivaces entre nosotros.» «Puede decirse con verdad, que la República Argentina no *tiene un solo antecedente histórico vivaz en materia de derecho público nacional.*» (Sic.) «Nunca estuvo unida (la Nación), por el vínculo del derecho, y cuando lo estuvo aparentemente, ese vínculo no tuvo solidez. En los diversos ensayos de constitución nacional que se intentaron, *los principios de gobierno escritos en el papel, nunca llegaron a ejercer influencia en la opinión*, ni a convertirse en fuerzas vivas que reaccionen poderosamente sobre los hombres y las cosas. Así *nuestras constituciones nacionales se han borrado de la memoria de los pueblos como caracteres trazados en arena sin haber podido dar origen a un derecho público argentino.*» Estas afirmaciones están firmadas por los señores Vélez Sarsfield, Mitre, Sarmiento¹, etc. Y estos mismos hombres, con las mismas doctrinas, tienen hoy en sus manos el trabajo de la codificación civil argentina.

Felizmente no son ciertas esas aseveraciones sino en lo tocante a una constitución general escrita y permanente, que haya sido aceptada por la Nación; pero la Nación y los principios de gobierno que eran la condición de su vida moderna, no dejaron jamás de existir por falta de esa constitución escrita, como lo dan a entender los autores de las palabras citadas, que representaron y sirvieron al provincialismo de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1860. Sus aseveraciones son verdaderas herejías para el

¹ Informe de la comisión examinadora de la constitución federal, presentado a la Convención del estado de Buenos Aires, 1860.



nacionalismo argentino. Para servir al localismo, que tiene en la Nación su obstáculo y su condenación, tuvieron la debilidad de negar que la Nación existe, es decir, afirmaron que el pueblo argentino carece de un vínculo, de un principio, de un derecho o ley nacional.

¡Cómo! ese país no tiene antecedente alguno de derecho público, según los publicistas de Buenos Aires, y se llama y es una república democrática establecida en el principio de la soberanía del pueblo; un estado independiente de todo poder extranjero, con una bandera nacional, conocida de toda América; con un escudo de *armas argentinas*; con tratados internacionales de comercio; con actas inaugurales de su existencia, como las de 25 de mayo de 1810 y 9 de julio de 1816, verdaderas actas de *estado civil* del pueblo argentino en la sociedad de las naciones; con leyes uniformes de orden civil, comercial, industrial, penal, militar; con generales *argentinos* (no de provincia), de la notoriedad histórica de los San Martín, los Belgrano, los Alvear, los Las Heras, los Alvarado, etc.; con guerras y victorias célebres dadas en la conquista de los grandes principios de la revolución de América: ese es el país que *no tiene sino principios escritos en el papel*, y que hasta ahora poco lo mismo ha podido llamarse una colonia que una monarquía, una república que un caos?

A creer en las palabras del documento increíble que dejamos citado, la revolución de América en el Plata y todos los principios de gobierno que ella ha proclamado y convertido en otros tantos hechos victoriosos, que forman la vida moderna de la nación Ar-



gentina desde 1810, tales como la independencia nacional, la soberanía del pueblo, el principio republicano, la democracia como esencia del gobierno, el sufragio universal activo y pasivo, la igualdad ante la ley, la libertad de conciencia y de cultos, la libertad de comercio y de industria, la abolición de la esclavatura, la revocación de la desigualdad de clases y de origen; todos esos principios del gobierno argentino (nos dicen Vélez Sarsfield, Sarmiento y Mitre) *se han quedado escritos en el papel y nunca llegaron a ejercer su influencia en la opinión ni a convertirse en fuerzas vivas que reaccionen poderosamente sobre los hombres y las cosas.*

Y es el doctor Vélez que ahora nos dice con Savigny que *la ley es el desarrollo del derecho*, es decir, que el derecho es anterior a la ley y vive independiente de ella, el que niega que la República Argentina haya tenido derecho público antes de 1853, porque hasta ese tiempo no tuvo constitución escrita permanente.

Al oír ese lenguaje en boca de tales hombres, pensaría cualquiera que la independencia del país sigue siendo un problema ante sus mismos ojos; que el país no está cierto sobre si es colonia, república o monarquía; que todavía cree que hay negros esclavos en su suelo, condes y marqueses, gremios y estancos, privilegios de sangre y mayorazgos; que no hay templos disidentes respetados, y que el extranjero sigue excluido del goce de los derechos civiles como en el tiempo colonial: ¡y todo esto, por la razón de que hasta 1853, no ha tenido una constitución nacional escrita, que haya durado mucho



tiempo! El *derecho* ha muerto, porque han muerto las *leyes escritas*, que eran su mero desarrollo!

No, esos principios, que forman por sí solos todo un derecho público, toda una constitución, están escritos en la conciencia de los argentinos, viven en sus convicciones, palpitan en sus almas, gobiernan sus votos, se encarnan en sus costumbres políticas más firme e irrevocablemente que lo estarían en el texto de una constitución escrita. Y lo que digo del pueblo argentino, lo digo de Bolivia, del Perú, de Chile, de toda Sud América. Las constituciones escritas han podido desaparecer unas tras otras; lo que no ha desaparecido es la nacionalidad de cada república, vivificada por el derecho no escrito a que debe su ser. Y sino, cread títulos de nobleza y veréis si es vivaz el precedente republicano; abrid mercados de negros, y veréis si es vivaz la abolición de la esclavatura; llamaos jefe del Estado por derecho divino, y veréis si es vivaz el principio de la soberanía del pueblo; reinstalad la inquisición, y veréis si la libertad de cultos vive como un antecedente vivaz; cread mayorazgos, y veréis si el principio democrático *se ha borrado de la memoria de los pueblos, como carácter trazado en la arena*, o es una fuerza que vive palpitante en el derecho argentino!

Solo agregaré una palabra antes de terminar esta carta, y es que la crítica que en ella hago del Proyecto de código civil del doctor Vélez, no tiene por objeto el examen detallado y prolijo de tan vasto trabajo. Por dura que parezca, no implica en nosotros el ánimo formado de desconocer todo mérito en el trabajo de un ilustrado compañero. Lejos de eso, creemos poder decir, sin afectación, que un código

DEL DR. JUAN BAUTISTA ALBERDI



argentino dejaría de ser de utilidad para la República si tomase por sistema excluir todo lo que contiene el proyecto, que sólo hemos creído deber *discutir en general*, como se dice en las asambleas deliberantes, y no por artículos ni capítulos.

Noviembre de 1867.





DR. DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD ¹

EL FOLLETO DEL DOCTOR ALBERDI

I

Cuando se anunció que el doctor Alberdi había escrito un largo folleto sobre mi Proyecto de código civil, tuve, por motivos especiales, el mayor empeño en conocerlo. Hacía veinticinco años que me había separado de mi joven amigo que acababa de recibirse de abogado en Montevideo; conocía sus talentos y me prometía ver sus adelantos en la ciencia del derecho. Lo que dijera de mi trabajo poco cuidado me daba. Yo ya había estudiado con los primeros jurisconsultos los grandes capítulos del derecho que se encuentran en mi proyecto y no creía hallar un lumínar superior a Savigny, Freitas, Marcadé, Rau y otros. Pero todas mis esperanzas se han desvanecido. El folleto del doctor Alberdi no es el escrito de un jurisconsulto. Mi antiguo amigo, a

¹ Este artículo es la contestación a la precedente crítica, publicado en *El Nacional* de 25 de julio de 1868 y en *La Tribuna* del 29 de julio del mismo año. Más tarde fué reproducido en el tomo VII, página 249 y siguientes de *Escritos póstumos* de J. B. Alberdi, y después en la *Enciclopedia jurídica* dirigida por el doctor Alcides Calandrelli, agosto de 1901, tomo I, página 167 y siguientes.



quien había mandado todo lo publicado del código civil, no ha tenido la deferencia de leer una sola página de la obra. No conoce mi trabajo. Nada, nada absolutamente hay en su escrito que se refiera a algún título del derecho de los varios que contiene el código, ni a ninguno de sus artículos. Su opúsculo únicamente se contrae al oficio de remisión al gobierno nacional del primer libro que salió a luz. Por sola esa comunicación juzga de toda la obra que no había leído, de las disposiciones que contendrá el proyecto en los libros que aun no se han publicado, y que aun no he acabado de trabajar.

No critica ni recomienda disposición alguna de las contenidas en el código; escribe sólo, como lo dice, sobre el proyecto en general; pero aun para esto era indispensable conocer siquiera las principales resoluciones. Tal vez ha abierto el libro, ha visto la indicación de materias altas y difíciles, y se ha aplicado a sí mismo la sabida sentencia de Voltaire, *un nombre afamado es una carga muy pesada*, y yo agregaré, muchas veces imposible de llevarla. Ha cerrado el libro: ha dejado para otros su examen y sobre el prólogo se resuelve a escribir, no sobre el derecho positivo sino sobre la política argentina y y brasileña.

Sin embargo, voy a contestar todas sus observaciones sobre el proyecto en general, como él llama al contenido del folleto.

El doctor Alberdi principia su trabajo preguntando, qué explicación puede tener la idea de proponer un código civil; y con este motivo escribe contra las codificaciones, tomando con poco criterio



la lección de la escuela alemana, llamada *escuela histórica*.

La Alemania, a principios de este siglo, se dividió en dos escuelas de derecho. Descomponiendo la ciencia se encontraron dos elementos muy distintos, el elemento histórico (el derecho positivo) y el elemento filosófico (el derecho ideal). El señor Savigny, cuyas palabras contra las codificaciones nos transcribe el doctor Alberdi, fué el jefe de la escuela histórica. Él tuvo un digno competidor en el señor Thibaut, jefe de la escuela filosófica, cuyas contestaciones al señor Savigny podría oponerle al doctor Alberdi, recomendando la codificación de la legislación civil. La escuela histórica era la glorificación del derecho positivo, la escuela filosófica, la apoteosis de la razón pura. Téngase presente que si el señor Savigny se oponía a la codificación en la Alemania, no era porque juzgase mejor las prácticas consuetudinarias, sino porque juzgaba que la legislación romana que los rigiera era lo mejor posible.

Entre estas dos escuelas opuestas en sus principios, extremas en sus consecuencias, la ciencia levantó una escuela moderna, la *escuela sincrética* (unión de dos principios) nacida de la alianza del elemento histórico y del elemento filosófico. Ella no es irreligiosa respecto del pasado, ni rebelde a las exigencias del porvenir. Su obra es a la vez lo que quiere la razón y lo que han practicado los antepasados. Según ella, una nación puede darse nuevos códigos teniendo siempre presente la legislación que la ha regido, el derecho positivo de los que han precedido, las nuevas leyes que exija el estado social, y



las reformas que la experiencia haya demostrado ser indispensables en la legislación ¹.

La Inglaterra, la tierra clásica de los precedentes, y que en su superstición por el pasado diviniza hasta la incertidumbre de su legislación, es el mejor ejemplo de la necesidad que un pueblo tiene las más veces de darse códigos. Allí hay dos poderes legislativos, el uno manifiesto, el otro oculto. El uno creando la ley escrita (*statute law*) el otro declarando la ley tradicional (*common law*).

¹ En la excelente memoria que hace poco publicó el doctor López, dirigida a las sociedades de geografía y jurisprudencia de Berlín, decía lo siguiente: «Cuando los fragmentos del imperio romano agitados por la crisis regeneradora de su formación anagráfica, se convirtieron después de siglos en reinos e imperios de diferente raza, idioma, religión y costumbres, un vínculo que jamás dejó de unirlos les recordaba siempre la comunidad jurídica de su origen. Ese vínculo es el derecho romano objeto de mayor culto y erudición que no lo fué en tiempo de los emperadores romanos. Sus principios de jurisprudencia como los de toda otra ciencia son comunes a todos los pueblos, y constituyen el espíritu y la forma de su foro y de sus códigos. Pero la aplicación de esos principios a la vida práctica y social de los hombres sufre la modificación de sus ideas, carácter, religión y costumbres, como resultado de su causa general la educación y el clima. El idealismo y realismo del derecho (derecho abstracto, derecho positivo), estos dos términos representados por las dos escuelas de derecho, deben completarse, la una revelando la ciencia de lo justo ante el fallo de la razón; la otra, la ciencia de lo practicable ante la ley de las cosas; y ambas combinando según el sistema sincrético de la teoría de Hegel, la psicología de la idea con la psicología del hecho, reduciéndolas a su verdadera relación y armonía. Por este método el estudio comparado de varias legislaciones las aproximará al punto de su mayor afinidad.



Dos legislaturas coexistentes funcionando sin cesar, echando la una a la arena judicial el enorme volumen de *statutes*, y la otra innumerables tonos de *reported decisions*. Con tal legislación, nada más difícil, en Inglaterra, que formarse un abogado o un juez. Los hombres de todas clases que no son del oficio, ignoran absolutamente sus derechos en las diversas fases que diariamente se presentan. Entre tanto, la ley civil es estacionaria, no hay progreso alguno en la ciencia del derecho. El ilustre Bentham consagró mucha parte de sus trabajos a hacer sentir la necesidad de una codificación.

Los Estados Unidos han seguido en mucha parte el ejemplo de la madre patria; pero algunos Estados han comprendido la necesidad de codificar sus leyes. Nueva Jersey lo hizo desde el año 30. Muy luego la Luisiana, y últimamente el grande estado de Nueva York.

El doctor Alberdi, en la página 6 de su folleto, nos cita el ejemplo de Nueva York que no se ha dado códigos a pesar de tener para hacerlos más elementos que Buenos Aires. Si él hubiera abierto mi proyecto de código habría notado que varias veces citamos el código de Nueva York que es un grueso volumen donde está reunido el derecho civil y el derecho mercantil por artículos numerados.

La España, y nosotros con ella, puede decirse que nos hallamos aun en peor condición que la Inglaterra. Aquí rige el código llamado Fuero Real, las doscientas y más leyes del Estilo, el voluminoso cuerpo de leyes de Partida; seis grandes volúmenes de la Novísima Recopilación, y cuatro en folio de las leyes de Indias: a más de todo esto, multitud



de cédulas reales para América comunicadas a las respectivas audiencias que aun no se han recopilado. Esta es la legislación española.

Todas estas leyes promulgadas en épocas diferentes, en intereses contrarios, sin que las últimas en su fecha traigan la abolición de las precedentes, contienen un poco de todo y las más veces son absolutamente deficientes. El pro y el contra pueden igualmente invocarse. Un juez fallará una sucesión valiosa declarando que el derecho a suceder *ab intestato* llega hasta el décimo grado de parentesco, según una ley positiva, y otro día otro juez fundado también en otra ley no hará lugar a esas sucesiones declarando que el derecho se limita al cuarto grado. Y como, por otra parte, no hay memoria humana que pueda soportar el peso de toda esta vana ciencia, resulta que el arbitrio del juez es en definitiva la ley suprema.

¿Por qué tomando por base el derecho existente no podríamos reformar las leyes dadas para el reino de España desde el siglo XIII? ¿Por qué no agregaríamos las leyes que exigen, o el adelantamiento de la ciencia o las nuevas necesidades de los pueblos, su nuevo ser político, las nuevas costumbres, o los principios económicos, todo este distinto o contrario orden de cosas al orden en que vivían en la edad media los pueblos españoles?

Hace unos pocos años que nos regía una legislación comercial en la cual no había sociedades anónimas, sociedades en comandita, sociedades por acciones, ni sociedades en participación. Algunas existían de hecho, y todas ellas eran indispensables para el desenvolvimiento de la riqueza de los pueblos, y



dimos el Código de comercio que sin duda no ha causado males algunos. El folleto olvida este gran acto legislativo que destruye sus teorías contrarias a la nueva codificación de las leyes de todas las naciones.

Pero el doctor Alberdi nos hace una observación al parecer incontestable. Nos dice que en una federación cada Estado debe darse sus leyes civiles, comerciales y criminales; que el Congreso sancionando códigos para las provincias federales concluye con la soberanía interior de esos pueblos; y que ni en los Estados Unidos, ni en la federación suiza no hay códigos generales para toda la nación, sino que cada Estado se da el código que le conviene.

Satisfaremos el argumento, pero antes diremos que no hay buena fe al hacerlo. Ni el presidente de la república, ni el abogado a quien encargó el trabajo del código civil, ni el pueblo de Buenos Aires o sus representantes, ni ninguno de los individuos contrarios políticos del doctor Alberdi han sido los autores del artículo 67 de la constitución que faculta al Congreso para dar a toda la Nación los códigos civiles, comerciales y criminales. Fueron el mismo doctor Alberdi y el Congreso del Paraná los autores exclusivos de la constitución de la Confederación en que se tomó esa importante resolución. ¿Cómo entonces el doctor Alberdi no levantó su voz como hoy lo hace en defensa de los derechos federales de las provincias?

No es de una omisión que culpamos al doctor Alberdi. El tomó la defensa de la Constitución del Paraná. Sostuvo en diversos folletos que era bajo todas sus relaciones la mejor constitución; que no



se debía permitir que Buenos Aires la examinase; que esa constitución debía imponerse por la fuerza y *que después fuese Buenos Aires a la barra del Congreso a pedir lo que le conviniera*. El doctor Alberdi contrajo entonces toda su ciencia, no a ilustrar a los pueblos, sino a incendiarlos. En mucha parte la sangre derramada en la guerra civil que concluyó con la batalla de Pavón se debe a la pluma del doctor Alberdi, precisamente sosteniendo la imposición de la Constitución del Paraná en que se encuentra el artículo 67 que faculta al Congreso para dar los códigos a toda la República. Si entonces el general Urquiza o el doctor Derqui hubieran ordenado el trabajo del código civil al doctor Alberdi, sus objeciones de hoy no podrían tener lugar y se habrían salvado los derechos de las provincias.

Él, sin embargo de no negar los hechos, dice que Mitre, Sarmiento y Vélez, que reformaron la Constitución del año 53, debieron reformar el artículo de que se trata, pues habiendo descentralizado la República, ese artículo no podía ya tener lugar. No entendemos qué quiere decir descentralizar la República. Las reformas que se hicieron ni mudaron el carácter de la constitución, ni limitaron los derechos de las provincias, ni alteraron en cosa alguna las facultades del Congreso. Pero yo daré la razón por qué no lo hicimos.

Los escritos del doctor Alberdi habían creado en verdad, una opinión general en los pueblos sujetos al gobierno del Paraná, negando a Buenos Aires el derecho de examinar y enmendar la Constitución del año 53.

Fué preciso rechazar invasiones que costaron



mucha sangre y dinero: fué preciso dar batallas y tratados públicos para establecer el derecho de examinar esa constitución y sujetar las reformas a una convención nacional. Sabíamos que las reformas que hiciéramos no serían aceptadas sino las limitábamos a las materias de menor importancia.

Dejando muchos artículos de un orden secundario que debían ser reformados, nos ocupamos sólo de las materias políticas más trascendentales. Reunida la convención en Santa Fe, estábamos en minoría. Había veintiún votos para el rechazo de todas las reformas, contra veinte que las aceptábamos. Nos preparábamos a fuertes debates cuando llegó una carta del general Urquiza a uno de los convencionales, encargando la aceptación de las reformas hechas por la convención de Buenos Aires, lo que bastó para que la constitución reformada fuese aceptada. No podíamos, pues, ni pensar en reformar el artículo que es hoy 67 cuando teníamos que luchar para alcanzar reformas sin las cuales jamás Buenos Aires, se hubiera unido con los otros pueblos.

Después de esto, diremos al doctor Alberdi que a nuestro juicio hicieron muy bien los constituyentes del Paraná en dar al Congreso la facultad de dictar los códigos civiles, comerciales y criminales, y que si hubiéramos podido reformar ese artículo de la Constitución del 53, no lo hubiéramos hecho atendido el estado de las provincias y los precedentes de la misma constitución.

El Congreso constituyente se vió en la necesidad de admitir como Estados en la confederación a todas las fracciones de las antiguas provincias que se habían separado de las capitales de las intenden.



cias: y que así habían vivido desde el año 1820. Pero en varias de esas provincias no había los elementos más indispensables para un gobierno regular. Era de la primera importancia crear el medio para que hubiera leyes civiles conformes a los principios de la constitución política.

Por otra parte, nuestro modo de ser había sido muy diferente del de los Estados Unidos. Allí hay Estados que se han formado bajo la legislación española. Otros bajo la legislación francesa. Unos eran regidos por las cartas reales, y otros por sus respectivos cuerpos legislativos. No era posible, pues, ni conveniente destruir esas leyes propias, y hacer que pueblos cuyas legislaciones tenían tan diversos orígenes se sujetaran a las disposiciones de una sola ley. Los Estados, tales como eran en el primer congreso continental se conservaron hasta la sanción de la constitución. No hubo desmembraciones en los Estados de que se formaran otros Estados. La ley fijaba las condiciones para que en adelante un territorio pudiera alcanzar el papel de Estado, y quedó al Congreso la facultad de admitirlo o no, aunque tuviera la población designada por la ley, pues esas condiciones hacían indispensables todos los medios de población y riqueza para gobernarse por sí.

Entre nosotros, son Estados todas las desmembraciones que sucedieron durante la anarquía de treinta años, tengan o no medios propios de existencia; puedan o no darse una legislación digna de la época en que vivimos y en armonía con la legislación política. Las más de las provincias han pedido, o han recibido una asignación mensual para ocurrir a sus



primeras necesidades. Hoy mismo el que conozca nuestro desgraciado estado no dudará que los gobernantes de algunos de los pueblos pueden componer a su antojo los cuerpos legislativos y hacer sancionar las leyes que quieran.

Con códigos generales salvamos los primeros derechos de los hombres, aunque por tiempo ilimitado desaparezca en mucha parte la soberanía provincial. Así también continuamos el orden bajo el cual nacieron y se formaron esos pueblos. Una legislación civil uniforme en todo el territorio los había regido y rige hasta ahora, legislación que ha creado costumbres también uniformes y por la cual los derechos relativos son perfectamente iguales. El habitante de Buenos Aires que vaya a establecerse en Córdoba o en Salta no se hallará en un país extranjero, como sucede al habitante del norte de los Estados Unidos que muda su domicilio al sur. Se evitarán los conflictos que suceden en los Estados Unidos por la diversidad de las legislaciones civiles.

Los jueces nacionales allí, en los casos que abracen sus jurisdicciones, no conocen ni es posible que conozcan treinta y seis legislaciones diversas. La prueba de la existencia de la ley, como si fuera un hecho del proceso, es a cargo de la parte que la invoque, porque el juez no la conoce.

Pero hemos dicho que un código nacional, aunque tenga ventajas incontestables, destruye en mucha parte la soberanía de las provincias. Esto es sólo un mal temporal que otro día puede cesar sin que se altere la Constitución de la Nación. Cuando las provincias se hallan en estado de darse sus leyes civiles, el Congreso puede retirar la sanción que hubie-



se dado el código civil, y quedarán los pueblos con capacidad legal para reformarlo o darse otras leyes civiles; pero siempre tendremos un precedente muy feliz en el orden social: el haber tenido las provincias una misma legislación civil.

El doctor Alberdi nos dice, en esta parte del folleto, que «el trabajo de un código es el más pobre de los títulos, que se reduce a un trabajo de copia más fácil y trivial que el de un simple alegato en derecho, pues que la obra de M. de Saint-Joseph ha reunido todos los códigos del mundo y ha creado la erudición mecánica». Este solo párrafo nos demuestra que el doctor Alberdi nunca se ha ocupado de trabajos legislativos, y nos hace dudar de sus estudios y de su valer como jurisconsulto; pues que cree que un cuerpo de derecho puede formarse copiando artículos de otros códigos. A lo menos nosotros hemos procedido de otra manera y con otros estudios. Podemos decir al doctor Alberdi que las tres cuartas partes de los artículos del proyecto no están en ninguno de los códigos de las diversas naciones, y que si él hubiera siquiera pasado la vista por las citas que hago, hubiera advertido las varias fuentes que me han servido, las doctrinas de los más clásicos escritores.

Yo me proponía que en mi código aparaciera el derecho científico, como lo llaman los alemanes al derecho que la ciencia establece, las doctrinas de los más acreditados jurisconsultos; que en él se viese, si era posible, el estado actual de la ciencia, si yo alcanzase a tanto; y por esto justifico las resoluciones del código con los escritores más conocidos de todas las naciones.



II

Yo había dicho al gobierno en el oficio de ren
sión del primer libro, que en un código civil no d
bía tratarse del goce ni de la pérdida de los de
chos civiles, de la nacionalidad, ni de ninguno
los derechos absolutos; que las correspondientes ob
gaciones de los derechos de igualdad, libertad e
gibilidad, seguridad, etc., afectan a toda la masa
las personalidades; que por ellos no se crea relaci
alguna de derecho entre los particulares, ni se i
duce la privación de un derecho de parte de aquell
a quienes la obligación incumbe: que la obligaci
en tales casos es meramente de una inacción ind
pensable para la efectividad de esos derechos; y q
ellos están protegidos de toda violación por las l
nas del derecho criminal.

No creía con esto abrir un vasto campo como
que se ha creado el doctor Alberdi para empeñar
en demostrarnos que los derechos relativos de q
únicamente se ocuparía mi proyecto deben estar
perfecta armonía con los derechos absolutos; que
esto consiste la democracia, y por lo tanto no l
llándose en el código establecidos los derechos al
lutos es un código ateo, sin fe política, sin patri
sin ley constitucional, sin mente nacional, que tai
puede ser el código de un imperio como de una
pública, del Brasil como del Plata.

Falta también aquí la buena fe del escritor.
no he dicho que no deben establecerse los derech
absolutos de elegibilidad, igualdad, seguridad, e
sino que el código civil no es un asiento correspo



diente. No he dicho que prescindo de ellos, ni que los olvido. Estos derechos tienen un carácter más alto que una simple ley civil que puede en cualquier día revocarse por el Congreso. Ellos están consignados en el código político, en la Constitución nacional donde únicamente deben hallarse. Los supongo existentes, pero no los hago nacer de la ley civil.

Lo que importaría es que el doctor Alberdi estudiando mi proyecto nos demostrara, que en alguno de sus artículos quebranto los derechos absolutos establecidos por la Constitución nacional; pero no lo hace porque no ha leído el código, y el proceso que forma es sólo contra el oficio de remisión del primer libro. Muy luego vamos a demostrarle, que sabemos cuáles son los principios que debe observar un código democrático, y que las leyes civiles que proyectamos están en perfecto acuerdo con ellos.

Había yo también dicho en el oficio de remisión del primer libro, que el método en la composición del código me había exigido los estudios más serios, y que me había decidido por el doctor Freitas, que después de la más ilustrada discusión aceptaba para la recopilación de las leyes del Brasil. El doctor Alberdi sin fijarse en el método del código, sin reprobarlo y sin decir lo que tenga de malo, me culpa por no haber seguido el que se ha observado hasta ahora, que es el de las Instituciones de Justiniano. El doctor Alberdi parece ignorar que el método del Digesto, el gran cuerpo de derecho que hizo trabajar el emperador Justiniano, no se siguió por el código que muy luego hicieron por su orden los mismos jurisconsultos.

El doctor Alberdi también ignora que las insti-



DEL DR. DALMACIO VELEZ SARRSFIELD

tuciones no fueron un cuerpo de leyes, sino un compendio de las leyes del Digesto y del código, tratadas con sólo el objeto de la enseñanza del derecho y que en ellos no se guardó ni el método del Digesto ni tampoco el del código romano. Infinitos críticos han criticado el método de la Instituta por falta absolutamente la filiación de las ideas.

Entre ellos sobresale Leibnitz en la parte de su obra que se intitula *Nova methodus discendi docendaeque jurisprudentia*. Domat, en su *Delectus legum* empenió en crear un nuevo método de legislación. Pothier emprendió el mismo trabajo en el título *Diversis regulis juris antiqui*, conociendo mejor todos los defectos de la legislación romana. Estas obras no han satisfecho a las necesidades de la ciencia.

Mas el doctor Alberdi ha creído citarme ejemplo del código francés que equivocadamente cree que ha seguido el método de la Instituta, y se burla de la preferencia que he dado al señor Freitas sobre Thuet, Portalis y Maleville. El doctor Alberdi confiesa que no conoce los trabajos de la legislación del señor Freitas, y parece convencido que nada mejor puede haber que los jurisconsultos que formaron el código francés, tan criticados hoy por otros jurisconsultos de la misma nación. Puede perdonarme yo después de un serio estudio de los trabajos del señor Freitas, los estime sólo comparables con los del señor Savigny.

El doctor Alberdi no da al método importancia en la legislación, lo cual es muy conforme a todo lo demás que escribe sobre códigos. Dice que *los pueblos democráticos no tienen gerarquía, porque todos son iguales y hermanos a los ojos de la ley*. Más de un



gado se le ha de reir en su cara al oírle hablar de *derechos democráticos, de códigos de libertad*, expresiones tan usadas en su folleto.

Decía yo también al gobierno, en el oficio de remisión, que había dejado algunos títulos que se hallaban en todos los códigos, uno de ellos sobre los registros del estado civil de las personas, porque la materia no correspondía al Congreso, sino que sería objeto de las leyes provinciales, o de las ordenanzas municipales. El doctor Alberdi, poco fiel al transcribir esa parte de mi nota al gobierno, encuentra un gravísimo defecto en el código omitiendo legislar sobre los registros del estado civil de las personas, que es una parte, dice, de la soberanía de la República; pero a mí no se me había encargado legislar tan alta materia como todo lo que puede comprender la soberanía de la Nación.

La causa de esa omisión, dice, aunque no se hable de ella, es bien conocida, es el temor de romper con los fueros de origen eclesiástico, con las prácticas del derecho canónico, o bien con los escrúpulos religiosos de los argentinos, herederos del régimen pasado; pero ¿cómo el doctor Alberdi asegura que no se habla de la causa de esa omisión y la atribuye a otro origen que el que muy claramente designa? En la nota del gobierno digo lo siguiente: «por sólo una excepción en nuestra constitución ha correspondido al Congreso dictar algunos de los códigos, dejando el de procedimientos a la legislatura de los Estados. Buenos Aires, tiene una buena ley sobre los registros del estado civil de las personas que yo propuse en años pasados, que podía trasladarse al código civil, por esto podría estimarse como una usur-



DEL DR. DALMACIO VELEZ SANSFORD

pación de los derechos de Estados independientes, pues sería disponer sobre los deberes de los curules, la policía de cada pueblo o de la municipalidad de cada Estado. Debía suponer existentes esos registros o que se crearan por las legislaturas respectivas para llevar a efecto el código civil de la Nación ».

Ya ve el doctor Alberdi que ni la legislatura de Buenos Aires, ni yo, tenemos las preocupaciones ligeros de que nos culpa: y que mucho antes que él nos alumbrara, ya estaban establecidos esos registros por solo el imperio de la ley civil.

III

Dejemos éstas y otras cosas de una importancia secundaria, y pasemos a los vicios radicales que el doctor Alberdi juzga que ha de tener nuestro proyecto de código civil.

En mala hora dije en mi oficio de remisión entre las fuentes que me habían servido para la composición del primer libro, tenía como muy principal el proyecto de código civil que trabaja el señor Freitas para el imperio del Brasil.

Esto ha bastado para que el doctor Alberdi dijere no haber yo buscado las fuentes naturales para el trabajo de un código democrático, las primeras leyes patrias; nos dice que no tenemos la dirección que las leyes del Brasil; que vamos a introducir las instituciones y costumbres brasileñas aunque el señor Freitas haya abandonado su obra faltándole mucho para acabarla, el doctor Alberdi supone que en las materias más importantes de



ese escritor no había aún tratado, vamos a seguir la legislación que prepara para el Brasil.

Con este motivo nos enseña los principios democráticos que debían guiarnos, nos habla de la organización de la familia, sin decir si la hemos organizado bien o mal en el primer libro.

Otras veces vuelve sobre sus antiguos temas políticos, y me dice, que el hombre que dirigió el tratado de noviembre, y que hizo el tratado de junio, encargado ahora de hacer el código civil, tiene siempre en mira *hacer la Nación para la provincia de Buenos Aires: hacer leyes de Indias para Buenos Aires*, y todo lo demás que tantas veces atribuye a los que rechazaron el acuerdo de San Nicolás, y resistieron la imposición de la Constitución del Paraná sin previo examen.

Ahora toma un nuevo motivo, la guerra del Paraguay, y ya juzga que mi trabajo es un corolario del tratado de alianza y que lleva idénticas miras, la subordinación de la república al imperio. ¿Qué contestar a todo esto? Diremos solamente que el error como la verdad tienen su lógica; que hay espíritus que empeñados una vez en un mal camino son arrastrados a descender todas las gradas de un abismo, donde no se precipitaría la ignorancia misma.

Diremos también, que ahora dudamos de los adelantamientos que con su buen talento podía haber hecho el doctor Alberdi en las ciencias positivas. Su carácter no le permite ver las cosas sino como una vez las vió; no saldrá de un primer error, tiene un exceso de confianza en su propia capacidad; ni los hechos ni las demostraciones más patentes nada le enseñarán.



Si el doctor Alberdi hubiera recorrido siquiera ligeramente mi proyecto de código, habría encontrado que la primera fuente de que me valgo son las leyes que nos rigen. El mayor número de los artículos tienen la nota de una ley de Partida, del Fue Real, de las Recopiladas. Después podía haber observado que en los diversos títulos me guiaron unas veces Savigny, Zachariae, Ortolan, etc., y otros Aubry y Rau, Pothier, Troplong, Duranton y otros grandes jurisconsultos que no escribieron para Brasil. Podía también haber visto todo lo que me sirvió del código francés sin pensar que mi patria tome las costumbres francesas ni que sea colonia de aquel imperio. No conoce dónde ha acabado el proyecto del señor Freitas, y verá muy luego que continúo mi trabajo en las más altas materias del derecho sin auxilio alguno del señor Freitas.

El doctor Alberdi nos hace tan graves inculcaciones, nota en mi obra vicios tan radicales, pero no designa algún título, algún artículo que justifique sus cargos. Prescinde de las disposiciones del código y juzga de lo que serán sólo porque esas fórmulas son trazadas por uno de los que rechazaron la Constitución del 53, y porque el trabajo del código lo ordenó el que hizo un tratado de alianza con el Brasil para defendernos de la invasión del Paraguay.

Veamos, pues, en el código mismo, cómo hemos constituido la familia; veamos si la mujer argentina será la mujer brasileña, como dice el doctor Alberdi; veamos si hemos establecido los principios democráticos propios de una república y con los cuales una aristocracia no podría subsistir.

Al matrimonio, fundamento de la familia,



conservamos su carácter religioso que ha tenido desde los más antiguos tiempos, tanto por la iglesia católica como por la iglesia griega, por las iglesias disidentes como por las no conformistas de los cultos protestantes.

Reconocemos por legítimos todos los matrimonios celebrados según las leyes y costumbres del lugar en que el acto ha pasado. Reconocemos por legítimos aun los matrimonios celebrados entre infieles. Los hijos de los matrimonios de los indios de nuestras Pampas son para nosotros, como lo son para la iglesia, hijos legítimos, doctrina que ya ha tenido sus efectos prácticos. Aun aquellos matrimonios que la iglesia católica no reconoce por legítimos, nosotros los tenemos como matrimonios legales, y un francés católico casado civilmente en Francia no podría casarse en la República viviendo su mujer.

Respecto a los hijos, la obligación de mantenerlos según su clase, es solidaria en los padres, aun para el que no es culpable en el divorcio. Ni al padre ni a la madre constituímos el derecho de tener los hijos, cualquiera de ellos que diese causa a la separación del matrimonio.

Los hijos deben ir con el padre o madre más capaz de educarlos. Desconocemos en nuestro código la teoría de los peculios. En lo que el hijo gane por sí, el padre no tiene el usufructo. Limitamos la minoridad a solo 22 años. No reconocemos otro medio de emancipación que por el matrimonio; pero al menor emancipado no le permitimos la libre disposición de sus bienes. No habrá ya esas cuestiones escandalosas entre hijos y padres sobre el disenso



DEL DR. DALMACIO VELEZ SARRFIELD

2

de éstos para que sus hijos contraigan matrimonio. El señor Alberdi podía estudiar en nuestro título de la patria potestad los derechos y obligaciones de los padres, para decirnos que hemos faltado en la constitución de la familia a los principios que exige hoy el estado de la sociedad.

Veamos a la mujer. Nosotros partimos de una observación en la historia de la humanidad, que en cada paso que el hombre da hacia la civilización, la mujer adelanta hacia la igualdad con el hombre.

A la madre viuda le damos los mismos derechos que tenía el padre sobre sus hijos y los bienes de éstos. Le damos la patria potestad igual a la del padre: le damos el usufructo de los bienes de los hijos menores y no emancipados por el matrimonio. Ella ya no será la mera tutora de sus hijos, no tendrá necesidad de dar fianzas para la administración de los bienes de ellos. Sus hijos no podrán ser quitados sino en los casos en que los padres pueden ser privados del ejercicio de la patria potestad.

Durante el matrimonio, la mujer argentina será por cierto la mujer brasileña. En todo lo relativo a la sociedad conyugal nos hemos separado absolutamente de la legislación brasileña y del Proyecto de código civil del señor Freitas y de todos los códigos existentes.

Nosotros permitimos las convenciones entre esposo y esposa antes del matrimonio, pero las limitamos a muy pocos objetos. Nos separamos de los códigos extranjeros y de las mismas leyes españolas que permiten a los esposos contratar sobre la administración de sus bienes, educación y religión de sus hijos, divorcio de los esposos, privación de algu-



derechos de los maridos y tantos objetos que por las legislaciones existentes pueden abrazar las convenciones matrimoniales. Decimos todo esto para que el doctor Alberdi conozca positivamente cómo constituímos los derechos relativos a la familia.

Permitimos las donaciones del esposo a la esposa en la cantidad y valor que él quiera; pero no permitimos las de la esposa al esposo, como la permiten las leyes españolas, porque esas donaciones no pueden tener, según nuestro sistema, otro fin que comprar un marido, desde que la esposa casándose debe entregarle todos sus bienes.

Hacemos una verdadera sociedad de la sociedad conyugal. La mujer será una compañera del marido y tendrá en sus bienes los verdaderos derechos de un propietario. Podrá ella enajenarlos aunque sean innumerables con consentimiento del marido. Podrán ambos a este respecto obligarse solidariamente. Hacemos por lo tanto enajenables los bienes dotales quitándoles la inmovilidad a que están condenados con grave perjuicio de la riqueza general; pero, por esto mismo que facultamos a la mujer para disponer libremente de sus bienes y tener la mitad de las ganancias durante el matrimonio, le privamos de los privilegios extraordinarios que gozan los bienes dotales.

Concedemos derechos sucesorios al marido y a la mujer no habiendo ascendientes o descendientes, y aun habiéndolos, a uno y otro les señalamos una parte legítima en la herencia.

Díganos, pues, el doctor Alberdi ¿en que se parece la mujer argentina a la mujer brasileña?



IV

Demostraremos ahora que no hemos faltado a los principios que debían guiarnos en un código civil para una república, a los principios democráticos, como lo cree el doctor Alberdi sin designarnos dónde se encuentra el error. Él se sirve de expresiones tan generales en la materia, que el lector que no es de la profesión, creerá que el doctor Alberdi tiene conocimientos muy especiales para la legislación civil de un pueblo democrático.

Ni Cujas ni Savigny habrán oído hablar de *códigos de libertad*. La jurisprudencia tiene sus principios generales que han guiado a los legisladores de todos los siglos. Justiniano aceptó en Constantinopla como leyes, los textos de escritores romanos de cinco siglos anteriores, jurisconsultos del tiempo de Augusto, Papiniano, Paulo, etc.

Mas de mil años después, los primeros hombres de la Francia, al formar el Código Napoleón, tomaron también en los títulos generales del derecho los principios de la legislación de Justiniano explicados y desenvueltos por Pothier y Domat a los cuales copiaron a la letra.

Ni en Roma, ni en Constantinopla, ni en Paris, los profesores de la ciencia oyeron jamás que hubiese algun tratado de obligaciones democráticas, de contratos democráticos, de códigos democráticos, o de códigos de libertad. El principio democrático en un código debe sólo aparecer en la igualdad de todos ante la ley, sin conceder jamás privilegios personales: en la constitución de los derechos reales



que únicamente puedan permitirse en una república: en la libre transmisión de la propiedad, sin que se pueda imponer a los bienes la condición de inalienabilidad; y en la ley de sucesiones que reparte igualmente los bienes entre todos los herederos legítimos.

Veamos lo que nosotros hemos observado y lo que observaremos en lo que nos resta que hacer de nuestro trabajo.

Es excusado decir que en el Proyecto de código civil no hay clase alguna de persona privilegiada.

En las leyes de sucesión nos hemos separado no sólo de las leyes existentes y de las leyes del Brasil, sino también de las de todos los códigos publicados. Sea la sucesión testamentaria *ab intestato*, los herederos legítimos suceden por iguales partes tanto en los bienes raíces como en los bienes muebles. No damos a los padres la excesiva facultad de dar a un solo hijo la mitad de los bienes en el tercio y quinto que vienen a formarla próximamente. El derecho de mejorar no puede exceder de una legítima. Damos a los hijos naturales una parte legítima en la herencia, la cuarta parte de lo que corresponda a los herederos legítimos. Les damos también a los cónyuges una porción legítima como lo hemos dicho, aunque haya ascendientes o descendientes legítimos. Establecemos la reciprocidad en el derecho de suceder.

Prohibimos a los testadores imponer rentas perpetuas sobre los bienes territoriales, ni hacer vinculaciones de ningún género; les prohibimos imponerles carga de género alguno por un término que pase de cinco años; no admitimos que los testadores



prohiban a sus sucesores que enajenen los bienes raíces o muebles que les donaren o dejasen en testamento por más término que el de diez años.

Prohibimos la constitución de derechos superficiares, y el único derecho real sobre el territorio será el del propietario del suelo.

No conocemos la enfiteusis, ni permitimos su constitución, base indispensable para la aristocracia.

En los actos jurídicos entre vivos, los bienes inmuebles serán siempre enajenables aunque el propietario se hubiese obligado a no enajenarlos.

Los propietarios de esos bienes no pueden tampoco imponerles censos, ni rentas que se extiendan a más término que el de cinco años, cualquiera que sea el fin de la imposición.

Prohibimos los arrendamientos que usan en Europa por muy largos años, y no reconocemos a los que pasen de diez años.

En el sistema hipotecario nos hemos separado absolutamente de la ley hipotecaria que rige en el Brasil, de la que se han dado la España, la Francia y otras naciones, y a tal gravamen en las fincas le damos sólo por término legal el de diez años.

Podríamos continuar esta serie de disposiciones que contiene o que contendrá nuestro trabajo; pero juzgamos que lo que hemos dicho será suficiente para satisfacer al doctor Alberdi que no hemos faltado a los principios de la democracia, ni en la constitución de la familia, ni en la constitución del matrimonio, ni en las sucesiones, ni en las leyes que deben regir los bienes raíces que hacen parte del territorio de la Nación.

Hemos concluído la contestación al folleto del

doctor Alberdi, dejando puntos secundarios que no importan mucho a los lectores. El doctor Alberdi ha escrito sobre mi proyecto de código por sólo la manía con que nació de escribir folletos. Ha escrito más folletos en Buenos Aires, en Montevideo, en Chile y en Europa que los años que tiene, sin que su gran talento se demuestre una sola vez en una obra didáctica. Pero, puesto que ha escrito sobre el proyecto en general, como él dice, le pedimos, y él no puede rehusarse, de escribir en particular sobre los títulos del código. Este sería un trabajo que manifestaría imparcialidad en sus juicios, su saber, y el interés verdadero que toma por una buena legislación para la República Argentina.





DR. VICENTE FIDEL LÓPEZ ¹

I

COMPETENCIA DE LOS PODERES PÚBLICOS PARA CODIFICAR

La prensa de Montevideo ha publicado una memoria con el título de *Deberes y facultades del poder judicial en presencia de los nuevos códigos*, que bajo una forma contraída, y casi podemos decir apresurada, toca puntos del derecho administrativo y civil que son de una importancia vital en los países representativos.

El folleto apareció firmado por varios abogados conocidos de la ciudad de Montevideo; pero de las publicaciones que después se han hecho en los diarios, resulta que el que se encargó de concebir y redactar la idea común, es decir, el autor de la memoria, fué el doctor don Jaime Estrázulas, cuya com-

¹ Desde Montevideo, donde se hallaba voluntariamente expatriado a raíz de los sucesos de junio de 1852, escribió los siguientes artículos sobre *Crítica jurídica*, en los meses de julio y agosto de 1869, que publicó la *Revista de Buenos Aires*, en los tomos XIX, página 227, y XX, página 106, de la primera edición. En la reimpresión de dicha revista, corren impresos en los tomos XIX, página 193 y XX, página 93.



petencia jurídica está generalmente acreditada en los tribunales orientales por largos años de experiencia y por trabajos profesionales de verdadera importancia.

La materia que forma el fondo de este escrito se extiende a tópicos de sumo interés en las ciencias legales, y por eso es que al tratar de formular nuestro juicio sobre este escrito, creemos de primera necesidad tocar en general los puntos de las teorías que hoy forman las bases universales del derecho constitucional, para que nuestras observaciones recaigan sobre fundamentos filosóficos que vengan a ser los axiomas que las justifiquen.

La materia es grave. El acto de codificar constituye el ejercicio primordial de una soberanía. Si el acto de constituir una nación requiere el ejercicio de un *poder extraordinario* que organiza para siempre, y de un modo *absoluto*, la sociedad política, el acto de codificarla es un acto igualmente extraordinario que organiza la sociedad civil para siempre y de una manera también absoluta. A la luz de los principios sociales es de mucho menos consecuencia el ejercicio del poder constituyente que el ejercicio del poder codificador; porque la sociedad política tiene un círculo limitado y excepcional en el que solo se trata de las funciones del ciudadano, que son ajenas de los intereses directos de la familia y del hombre civil; mientras que la sociedad civil abraza los derechos y los intereses de todos desde el hombre hasta la mujer, desde el padre hasta el huérfano: abraza el pasado, el presente, el porvenir, en las sucesiones, en los contratos, en los negocios, en la subsistencia de la familia, en la estabilidad y en el valor económico de la propiedad: accidentes vitales de



un pueblo entero que son totalmente ajenos al terreno de la política constitucional y que son infinitamente más substanciales que ella en el desarrollo de la vida social.

Una simple reflexión lógica basta para enseñarnos que el ejercicio de semejantes facultades es excepcional como el ejercicio de la facultad constituyente; y que los cuerpos administrativos ordinarios no lo pueden ejercer con arreglo a los principios de la ciencia legal, sin que una delegación expresa para el objeto, hecha por la concurrencia de todas las fuerzas intelectuales de la Nación las autorice.

Porque ese ejercicio constituye una parte de la soberanía latente, que es la que los pueblos constituidos sobre bases libres no delegan jamás sino por momentos excepcionales y para objetos señalados.

No se puede suponer sin sofisma que cuando un pueblo libre reúne ordinariamente sus cámaras legislativas para que atiendan al gobierno administrativo de la Nación, disponiendo sobre sus rentas, sobre sus relaciones con el extranjero y sobre el sistema de sus empleados, que son las únicas materias que abraza esencialmente el ejercicio del Poder legislativo, les haya acordado el poder discrecional de reformar fundamentalmente sus códigos.

Porque si vedó que al hacer eso se le toque en un ápice de su constitución política, ha debido vedar también que se le toque en un ápice el derecho de la familia y de la tradición; o bien que por una reforma fundamental se cambie de repente y a ciegas (sin que nadie sepa en qué ni cómo), todo el orden entero de sus derechos civiles.

La razón es clara. El Poder legislativo ordinario



carece de facultades para reformar el estado social sin que los ciudadanos estén avisados y apercibidos de la necesidad de hacerlo y sin que lo resuelvan.

Las facultades ordinarias de los poderes, constitucionales para administrar no se extienden a disponer por sí de los derechos fundamentales de la sociedad, es decir, de la constitución y del sistema de las leyes civiles. Y no se crea que esta doctrina es nueva: los buenos estudiantes de derecho la conocen desde que hacen la primera lectura de la instituta romana: *ipsae leges, nulla alia ex causa nos tenent, quam QUOD JUDICIO POPULI RECEPTAE SUNT*.

Para estos objetos se requiere la intervención y la cooperación del soberano mismo: se requiere su delegación en forma otorgada a un cuerpo o a cuerpos competentes, nombrados *ad hoc* como se hizo para dar el código francés.

No queremos aquí negar que las cámaras legislativas tengan facultades para hacer leyes secundarias en el orden civil, ampliando, explicando, o reglamentando los principios del derecho privado y las cláusulas contenidas en sus códigos. Pero esta facultad que nuestra constitución acuerda a nuestras cámaras es restrictiva, no abraza de lo particular a lo general, y no debe ejercerse sino *con prudencia suma*, como lo vamos a demostrar.

En ningún país representativo pueden hallarse constituídas ordinariamente cámaras legislativas con mayorías competentes para codificar las relaciones civiles del ciudadano, de la familia y de la propiedad. Porque, o ese país comete el escándalo político de no admitir en el seno de su parlamento más miembros que los letrados jurídicos, constituyendo una



clase privilegiada con ellos, o bien tiene que admitir los miembros del medio común social que, incompetentes en las formas y cláusulas jurídicas, incapaces de hacer o juzgar un código civil en sus vastas relaciones, llevan, no obstante, a la ley administrativa y al gobierno el sentido común de su experiencia y su habilidad en los negocios políticos y administrativos. Es tan lógico en principio como lo es en la práctica, suponer la ineptitud política, científica y literaria de un abogado práctico, como es lógico suponer la ignorancia del derecho civil en un excelente y vigoroso administrador político.

De estos antecedentes se deduce que en los países representativos un código no puede emanar de las facultades ordinarias de los cuerpos administrativos, sin que resulte una violación de los principios legales, y sin que la doctrina de uno o de poquísimos miembros del foro, se substituya a la inteligencia y a la deliberación de todo el cuerpo social. Desapercibido éste del acto y de su gravedad, entra en peligros inminentes de desorden y anarquía; y queda plenamente ignorante por muchísimos años de cual es el orden y leyes civiles que ha venido a substituir a las que durante siglos tenían arreglada la estabilidad de los derechos fundamentales del individuo y del hogar.

En los Estados Unidos, en Inglaterra, en Bélgica o en otro país cualquiera, parlamentariamente constituido, no podría un código emanar de las funciones ordinarias de los cuerpos constitucionales, sin la cooperación extraordinaria y excepcional (*ad hoc*) de las altas magistraturas y cuerpos consultivos y profesionales en quienes se hallase depositado el fondo



tradicional de su jurisprudencia. Un código civil emanado sin previas consultas, y sin previo estudio de muchos años del ejercicio ordinario de los poderes administrativos, y promulgado ex abrupto, sería un hecho pasmoso que trastornaría todas las bases del criterio social y jurídico de aquellos pueblos que son la norma práctica y doctrinaria del nuestro. Ni el Banco de la reina, ni las cortes supremas, ni las cancellerías, ni los jueces de condado o de distrito le acordarían ejecución. Se declararían ignorantes de la ley nueva e incompetentes para entrar a aplicarla en los hechos de detalle, antes de que la nación la hubiese estudiado y declarado su aquiescencia por el intermedio de los cuerpos competentemente organizados *ad hoc*. Hace ocho años que el Banco de la reina y las comisiones jurídicas del parlamento inglés se ocupan de hacer una ley sobre sociedades y no la han promulgado porque *no está bastante estudiada todavía*.

Es verdad que carecen por allá de nuestro genio para improvisar códigos en pocos días.

Hemos tomado de propósito el ejemplo del parlamento inglés, porque este cuerpo, como se sabe, es una *convención omnipotente en permanencia*, que no tiene trabas escritas para proceder, y que (si fuera posible concebirlo del genio político inglés) podría, si quisiese, cambiar la constitución misma del Reino Unido. Allí, sin embargo, la costumbre y los principios encarnados en la tradición legal establecen las reglas constitucionales que consagran como axiomas incontrovertibles las doctrinas que vamos exponiendo.

Claro es que estas doctrinas pueden tener oposi-



tores y que no por ser nuestras han de ser absoluta y forzosamente verdaderas. Nunca ha sido ni es nuestra costumbre discutir las materias científicas con las garras del tigre o con los hábitos de los pedantes de claustro, que condenan al fuego a los actores de las ideas que contrarían su posición, sus actos o sus creencias; pero repetimos que son los principios que nos hemos formado en la meditación y que constituyen el punto de arranque de nuestra crítica en la materia.

Sentado, pues, que el acto de codificar importa — como el de constituir — un ejercicio extraordinario de la soberanía social que no ha sido delegada a los cuerpos ordinarios; y que ambos actos se reservan *ad hoc* para casos y facultades excepcionales, sacamos por una lógica forzosa dos grandes consecuencias: primera, que los poderes ordinarios usan de la omnipotencia legislativa al sancionar por sí códigos civiles; y segunda, que puesto que se necesita la cooperación de las fuerzas intelectuales de una nación para formar un código, no todas las épocas son oportunas para proyectarlos y sancionarlos en breves momentos y sin seria consulta.

La memoria que nos ha llevado a este juicio crítico se ocupa del primer punto y toma motivo de él para examinar las condiciones jurídicas del Código civil oriental, descendiendo al examen importante de algunas de sus prescripciones, que son, en efecto, de supremo y de serio alcance.

Nosotros tocaremos también ese primer punto; hablaremos con franqueza del segundo en toda su latitud; nos ocuparemos de caracterizar el sentido de un código nuevo, examinando las graves condiciones



de una reforma jurídica y las ventajas de toda jurisprudencia tradicional, pues que pertenecemos en derecho a la escuela que los alemanes han denominado *histórica*; examinaremos la competencia y las aptitudes de los redactores de éstos códigos y de los códigos argentinos, sus dotes como hombres de ley, de estilo literario y jurídico, su erudición profesional y filosófico-social; y trataremos de aplicar nuestras observaciones justificándolas con ejemplos de redacción.

Nos proponemos hacer, en una palabra, acto de crítica jurídica, que será tan elevada y tan franca como nos lo permitan los límites de nuestros propios alcances, ya que por haber firmado la memoria redactada por el doctor Estrázulas, creemos de nuestro deber no permanecer mudos en un terreno que pertenece a las ocupaciones de nuestra vida.

Como la dicción *omnipotencia legislativa* se presta a varias interpretaciones, se hace necesario que la precisemos. Omnipotencia legislativa quiere decir: «la facultad virtual y orgánica de hacer toda clase de leyes y equivale, por consiguiente, a la suma de todo el poder social otorgado en confianza al arbitrio del legislador sin limitación ninguna. La cuestión práctica se reduce entonces a saber quién es o debe ser ese legislador; y al tocarla los publicistas se dividen en tres escuelas: los que la atribuyen a un autócrata como el zar de Rusia, o el antiguo rey de España; los que la atribuyen a un cuerpo deliberante como la Convención francesa, y los que sostienen que constitucionalmente no debe atribuirse a hombre ni cuerpo alguno, porque el hacerlo es arruinar por su base misma la libertad y la energía mo-



ral de los gobiernos. En el primer caso, la omnipotencia es personal y autocrática; en el segundo, es *parlamentaria*; en el tercero, no existe, porque *todas las fuerzas que concurren al gobierno social son limitadas y fragmentarias*.

En los países constitucionales o representativos es claro que no hay para qué tratar de la omnipotencia legislativa de los autócratas. Pero no son tan claras las ideas en el terreno de la omnipotencia legislativa de los cuerpos deliberantes, omnipotencia que en adelante llamaremos *parlamentaria* para establecer con claridad nuestras deducciones.

La doctrina de la omnipotencia «parlamentaria» tiene su origen en las revoluciones de emancipación y es esencialmente revolucionaria. Ella va derecho al despotismo de las asambleas; y sienta como un principio que las asambleas deliberantes nombradas (que se suponen nombradas) por el pueblo, para que le gobiernen y dicten las leyes administrativas de sus intereses generales y políticos, tienen facultad absoluta para legislar en todas las materias sin más delegación especial y sin más consulta que su propio ímpetu en el momento de la resolución: que pueden codificar, y que ejercen una superintendencia dominadora sobre todas las autoridades del Estado. Bajo el imperio de esta doctrina, desaparece la gerarquía de los poderes públicos; y, o bien se rompe la armonía de los resortes combinados del gobierno, inmovilizándose cada poder en su respectivo departamento, o bien los poderes ejecutivo y judicial se reducen a meros satélites del Poder legislativo, para ejecutar el uno, y para aplicar el otro, los mandatos omnipotentes del poder parlamentario; todo lo que de



él emana es ley, y toda ley impera de una manera absoluta.

Esta doctrina que fué, como todos saben, la de la Revolución francesa, y que conserva su favor en no pocos publicistas, se halla reprobada por la revolución y por la constitución de los Estados Unidos como fundamentalmente contraria a la libertad y a las garantías del ciudadano; y ha sido también contraria a las prácticas inglesas, a pesar de la omnipotencia constitucional de su parlamento. Lo singular es que entre estos dos grandes pueblos que han reprobado esta doctrina, el que mejor la ha anulado en la práctica es el que no tiene escritas las limitaciones del ejercicio del poder soberano: la Inglaterra.

En los Estados Unidos el poder público se halla encastillado en sus tres departamentos: ni las cámaras tienen acción sobre el presidente, si éste quiere resistirles, ni el presidente la tiene sobre las cámaras para combinar con ellas el gobierno administrativo de la República; de lo que resulta una singular nulidad de la acción oficial del gobierno federal, que es suplida por la pasmosa y excepcional iniciativa de la energía individual de cada ciudadano y de los municipios.

En Inglaterra, la práctica concilia mucho mejor la majestad del gobierno con el juego armónico de sus grandes resortes. El parlamento y el Rey son dos entidades tan mancomunadas entre sí, tan atadas a marchar juntas en la tarea de cada día que no se puede decir que sean dos poderes sino dos piezas mecánicas de *un solo poder*. Todo depende de dos prerrogativas trabadas en la misma acción: la primera es la facultad de disolver el parlamento que



tiene el rey; y la segunda la prerrogativa que tiene el parlamento de no dejar gobernar al rey sino por un ministerio, impuesto por su mayoría. De aquí toda la salud de ese gobierno y toda la majestuosa importancia de los grandes hombres que la desempeñan siempre. De aquí otro resultado mejor todavía, la asombrosa libertad y quietud del pueblo, y la inmensa prosperidad de la nación.

Con este mecanismo, el rey, disolviendo el parlamento, apela al pueblo para que le dé una nueva asamblea; y el pueblo decide así la cuestión dándola o reeligiendo la antigua; mientras que el parlamento, teniendo en el ministerio los jefes de su mayoría, hace que el rey *reine* de acuerdo con las doctrinas de esa mayoría. Resulta que en vez de estar roto o separado el enlace de la máquina política, se halla todo ensamblado; y el gobierno es una discusión permanente que transa y decide, *con la cooperación* de todas las fuerzas sociales, todos los negocios y todos los intereses de la nación.

Delante de estos ejemplos, la omnipotencia parlamentaria, la soberanía discrecional del poder legislador, queda en efecto relegada a los resabios turbulentos de las asambleas revolucionarias y de las dictaduras de circunstancias; y es fácil comprender que semejante omnipotencia no puede servir de órgano regular y aceptable para la codificación de los intereses civiles del ciudadano, porque la composición de su personal le hace incompetente para sancionar libros de ley, códigos voluminosos con un material de tecnicismo y de resoluciones, trabajados sin premeditación, y lo que es peor *sin discusión y sin estudio*.

De aquí proviene que la omnipotencia parlamen-



taria caiga en accesos de debilidad que nos parecerían extraordinarios si no estuviesen a cada instante confirmados por la historia. La omnipotencia parlamentaria lo mismo que la omnipotencia personal concluye por la impotencia del cuerpo o de la persona que la ejerce. Esa impotencia llega a tal grado que se reduce a firmar las leyes mismas que expide sin conocer siquiera su objeto, ni sus alcances, ni su texto, ni la materia de que tratan.

Y no se necesita ir muy lejos para encontrar los ejemplos de esta verdad. ¡Los reyes imbéciles de la monarquía absoluta de España firmaban sin entender una sola de las leyes que componen sus recopilaciones, y su firma sola era la sanción y la promulgación de la ley! Y no hace mucho que en Buenos Aires, presentado a la cámara, todo un código y una organización de la magistratura de comercio, que no había pasado por la crítica profesional y jurídica de ningún cuerpo competente, los diputados que componían esa cámara se encontraron delante de un singular embarazo.

No sabían ni cómo ni hasta cuándo iban a entrar en la discusión de todo ese inmenso libro. Un teniente coronel se levantó entonces, y deshizo la nube proponiendo: que puesto que el código estaba hecho por los doctores Acevedo y Vélez Sarsfield, se sancionase por aclamación... y hubo un código a cuya confección no habían contribuido sino dos abogados de aquella comunidad.

Estas delegaciones emanadas de los dos extremos del poder que se cree omnipotente, prueban no sólo lo absurdo sino lo peligroso de la doctrina. Poniendo a un lado las más sanas intenciones, el hecho es



que se edifican de nuevo todos los intereses fundamentales de una sociedad en el sigilo y en el secreto, y que la mente y la redacción de un solo abogado, se convierte en ley, antes de que nadie pueda haber estudiado y concebido las consecuencias de lo que él dispone.

A este respecto, la memoria que nos ha sugerido este juicio crítico, tratando del código uruguayo, entra en detalles de una vasta importancia, sobre la manera con que la doctrina de la *retroactividad* ha introducido la anarquía y la arbitrariedad en el criterio legal: sobre la alteración de las bases de la propiedad y de la posesión, con otros puntos no menos serios que era indispensable hubiesen pasado por el juicio crítico de la Nación antes que hubiesen pasado a ser leyes fundamentales.

Para nosotros, dado el orden republicano y democrático — cuasi demagógico —, que aquí, como en los Estados Unidos, ha de ser la condición civil y económica de nuestra sociedad definitiva, es un principio absoluto, que, en materia de leyes civiles, es decir, de codificación fundamental, la *retroactividad* debe ser rechazada sin condición ninguna que la atenúe en ningún caso.

La retroactividad, por escondida que esté en los pliegos de un código, es un principio invasor y deletéreo que amenaza de muerte la subsistencia de todas las leyes de ese código; y por eso es que el autor de la memoria se ocupa con muchísima razón de este punto al tratar de la omnipotencia legislativa, o más bien dicho, parlamentaria. Si una asamblea, al decretar un código fundamental de la sociedad civil, procede de su omnipotencia para hacer retro-



activas sus disposiciones: ¿cuál es la garantía que queda a la estabilidad de ese código cuando esa misma asamblea, otra, u otro orden de cosas, cambie de intereses y sienta en su mano el instrumento de su omnipotencia para legislar sobre el pasado?

La memoria opina con razón que sobre estos puntos debe llamarse de una manera seria la atención de los tribunales para que se penetren con energía del sentimiento de la independencia constitucional que invisten; y para que hagan pasar por el crisol de su juicio magistral (en cada caso) esa especie de decretos anónimos. El poder mismo que los ha sancionado ignoró su texto; de modo que no son otra cosa que el producto de las combinaciones de un simple individuo: una verdadera simulación como los *apartes* de las comedias. ¿Es esto digno en actos que penetran hasta las entrañas de los intereses y de la moral de las familias?

Contra esto no se nos puede oponer que la publicación de los proyectos y la libertad de la prensa son un medio de llegar al conocimiento y al análisis de todas las disposiciones de un código. La acción del individuo es impotente para substituir lo que debería formular la acción de cuerpos oficiales y colegiados *ad hoc*.

No negamos que la prensa sea la que con frecuencia da el grito de alarma. Pero sostenemos que en tales materias no es fácil que lo haga a tiempo, y que la protección de intereses tan graves requiere que se proceda con formas auténticas y oficiales para que ellas sean la salvaguardia directa y pública del derecho común.

La prueba de ello es la manera seria y solemne



con que se procedió en la confección del código francés, que es tipo obligado en que se quiere vaciar a todos por igual, prescindiendo de la necesidad, de la tradición y hasta del estudio. Ese código fué llevado a cabo bajo la influencia omnipotente de un déspota ante cuya voluntad desaparecía el derecho de pensar de los demás. ¡Pero cuán lejos estuvo de su mente el querer que ese cuerpo de las leyes de su país abortase en el pensamiento de un abogado o en el de un círculo de sus favoritos!... Napoleón llamó a esa obra a todas las fuerzas inteligentes de la jurisprudencia francesa: el trabajo se hizo con una laboriosidad hercúlea y por un número vasto de grandes inteligencias. Comenzado a preparar en 1792 bajo la Convención, fué promulgado recién en 1803; ¡once años de labor con la cooperación de los mejores jurisconsultos del mundo!

«Permítasenos, dice Féraud-Giraud, recordar cómo se hizo esta codificación. Los jurisconsultos y los hombres de Estado de mayor consideración en la época, fueron convocados a *preparar el trabajo*, mandándoseles que se inspirasen en las necesidades de la nación, que consultasen los documentos de los archivos y los trabajos de los jurisconsultos franceses, de Domat y Pothier sobre todo. Los proyectos que se presentaron pasaron por el examen y deliberación de los grandes cuerpos judiciales familiarizados en la práctica de los negocios y en las costumbres de las diversas provincias. Después, *estos mismos proyectos* fueron estudiados en los consejos del gobierno, y discutidos allí con prolijo detalle; y por fin, los delegados de la nación (el tribunal y el senado) fueron llamados a discutirlos, advirtiéndoseles de



que cuidasen de que todas las necesidades de la nueva sociedad quedasen justamente satisfechas. *Cooperaron así a esta obra todas las fuerzas intelectuales y vitales del país*, agrega el autor citado.¹

Compárese ahora esta seriedad con la triste ligereza que ha presidido a la imposición de los códigos nuevos en el Río de la Plata; y eso que, como lo hemos de demostrar después, las imprevisiones y los defectos constantes de redacción dan una prueba muy grave de la necesidad que habría habido de que plumas más correctas, y más hábiles en el manejo del estilo, hubiesen venido a corregir, con labor, los tristes defectos de que adolece en ellos la expresión de los conceptos.

No quisiéramos avanzarnos hasta sentar una paradoja, cuando deseamos no decir sino la pura verdad; pero no trepidamos tampoco en decir que, si no es cierto, es probable al menos que los códigos nuevos no son conocidos jurídicamente de ningún abogado todavía; y esto es sin excluir al que los ha redactado, ni a los miembros de la comisión que lo acompañaron. Todos sabemos cómo se confeccionan hoy esas compilaciones de artículos dispositivos, expuestos y comentados ya en centenares de libros, buenos y malos, que se hallan a manos de todos.

En efecto, *la confección de un código es hoy tanto más fácil y menos científica, cuanto más ligero se haya ejecutado*. La ciencia no entra para nada en ese trabajo; no ha entrado al menos en los que llevamos sancionados, y de su texto bien claro se desprende,

¹ MAURICE BLOCK, *Dictionnaire de la politique*.



que no son otra cosa que copias, que selecciones, más o menos felices, de lo *estatuído y redactado* por los códigos franceses, anotados por la crítica jurídica y por los pronunciamientos de la magistratura francesa. Trabajos de mera comparación, de mero acomodo de incisos, que, por su mismo carácter absoluto y fragmentario, carecen hasta del mérito de ser obras de jurisprudencia, y de poder servir al crédito excepcional de ningún jurisconsulto. Esa gloria la ganó ya entre los modernos el famoso profesor de Goetingen, Zachariae: los demás lo copian y lo comentan directa o indirectamente. Entre los antiguos, ella pertenece a Domat, cuya edición de 1777 es el arsenal de donde el doctor Vélez Sarsfield toma fácilmente la vasta erudición en el derecho romano que con acierto pone por base a su proyecto de código civil argentino.

El método está expuesto, la forma jurídica está vaciada, ¿y los secuaces de esa forma creen que proyectan códigos cuando copian? No: los que hicieron el código francés, fueron eminentes jurisconsultos, porque tuvieron que sistemar el caos de legislaciones y de costumbres diversísimas, hasta por el idioma, en que se dividía cada provincia, *creando el sistema y la lengua de la ley civil*. Entre nosotros no ha habido jamás semejante caos. Por el contrario, los códigos a la francesa lo preparan, y lo hemos de demostrar también.

Para cualquiera que medite lo que es hoy hacer un código, será fácil comprender que ese es un simple trabajo de selección, en el que no puede haber otro mérito que el de la pureza del estilo, su corrección, su diáfana concisión. En este terreno caen



bajo nuestra jurisdicción los redactores de nuestros códigos.

Resulta de los informes judiciales que el redactor exclusivo del código uruguayo es el doctor don Tristán Narvaja¹. No sabemos si la reputación literaria y jurídica de este abogado goza de alguna notoriedad en el foro argentino. Sus trabajos no han salido que sepamos de la esfera modesta de los escritos con que se defienden pleitos: trabajos cuyo mérito es común en el Río de la Plata. En el foro oriental el doctor Narvaja goza de la reputación de un abogado diestro en lo que podríamos llamar el *matorral* de las formas prácticas: la máscara del derecho, como decía Leibnitz. Es abogado laborioso y fértil en recursos. Pero como escritor tiene la desgracia de carecer del sentimiento de las bellas letras. Esa chispa que brota al contacto del alma con la idea de lo bello, no ilumina su mente cuando escribe; la cadencia de la frase nunca acentúa sus conceptos; le falta la intuición de los rasgos del estilo, y podríamos decir que es un ateo en el culto de las formas que hacen al escritor. Ni el gran Paulo, ni Ulpiano, ni Tácito o Virgilio, han dejado rastros en la pluma del doctor Narvaja. Su estilo es globuloso y empañado: la idea es casi siempre compleja, pálida; y no arriba a completarse sino por un hacinamiento o aglutinación de incisos, abrochados los unos a los otros al favor de partículas adverbiales,

(¹) Las críticas a este código fueron rebatidas en unos artículos dirigidos a *La Tribuna* y que reprodujo *El Nacional* de esta ciudad bajo el título de *El Código civil y la crítica del doctor López*, en los números correspondientes al 24, 25 y 26 de enero de 1870.



gerundios y conjunciones, donde se pierde la luz y la paciencia para entender: *confusa profusio*, de Quintiliano.

A este respecto la codificación argentina goza de una inmensa ventaja. Porque si bien es generalmente conocido el desaliño del doctor Vélez Sarsfield, la idea se conserva, sin embargo, siempre fuerte y prepotente en su frase. Se nota que es un pensador aventajado; y que aunque escribe mal, nunca es impotente para ajustar su idea en la expresión, sea que hable o que escriba. Así es que su Proyecto de código civil contiene indudablemente en la dicción un magisterio, que si no es el estilo de Paulo, es por lo menos la dicción franca e incisiva de un mandato.

Por otra parte, Vélez Sarsfield sino es verdaderamente erudito, posee al menos el juego de los resortes que hacen parecerlo; y sabe exhibir un ceremonial de textos que siempre es imponente, aun para los iniciados. Decíamos que no sabemos si Vélez Sarsfield es verdaderamente erudito, porque no conocemos su competencia histórica o científica ni su saber arqueológico. El aparato de su erudición se ha contenido prudentemente hasta en el terreno de los textos legales y de los autores *ad hoc*; datos fáciles de agrupar alrededor de un asunto cualquiera, desde que se tenga una mediana destreza para remover índices con un talento aventajado de exposición como él lo tiene. Vélez ha sacado esto al menos de los clásicos latinos que conoce a fondo, ya que no haya podido connaturalizarse con las dotes del estilo que los distingue.

¿Quién lo creería?... Vélez Sarsfield ha ocupado muchos años de su vida en una traducción de Vir-



gilio. ¡Será de ver al *dandy* de los poetas al través de la prosa y del gesto del doctor Vélez! Pero sea de ésto lo que fuere, el hecho prueba al menos que rinde un culto serio al arte, y que alcanza que el estilo clásico es el complemento del jurisconsulto.

En cuanto a este talento de saber agrupar con arte y con travesura los elementos de la erudición, el doctor Narvaja es sumamente inferior al doctor Vélez Sarsfield. Mientras que el uno hacina, el otro exhibe las autoridades de que usa en el plano correspondiente: les da perspectiva, y es generalmente feliz en la forma arquitectónica de sus escritos. Así es que el uno hace el efecto de un jurisconsulto, no pareciendo el otro sino un simple jurisperito. Los dos, el uno por su edad, el otro por sus hábitos y tendencias peculiares, son totalmente ajenos al movimiento científico, filosófico y literario de la época actual.

Vamos a verlo estudiando sus obras respectivas de codificación, en cuanto a su necesidad, en cuanto a su forma y a la tendencia social de sus doctrinas; y en cuanto a su armonía moral con nuestras costumbres, con nuestro estado social y con nuestro porvenir.

Antes de cerrar este artículo, nos permitiremos decir que los que se figuran que se pueden improvisar cóligos en la atmósfera de un gabinete, se muestran muy ajenos de saber lo que es la jurisprudencia; ignoran que sus vastos fundamentos se hallan en aquellos célebres axiomas que son la bóveda maestra de ese eterno edificio que se llama derecho romano.

Sine scripto, Jus venit.

Id custodire oportet, quod moribus et consuetudine inductum est.



Ipsae leges, nulla alia ex causa nos tenent quam
QUOD JUDICIO POPULI RECEPTAE SUNT.

Por eso era que al frente del mesón, sobre la puerta en que el célebre Dumoulin fulminaba sus oráculos, había escrito:

Servabitur ubique jus romanum non
Imperii ratione, sed Patioris imperio.

Lema que podría escribirse al frente de las Siete Partidas, pero que no se escribirá, por cierto, sobre las aulas en que se enseñen los códigos nuevos del Río de la Plata.

II

CUESTIONES DE FORMA Y ESTILO, TERMINOLOGÍA
LEGAL, VICIOS DE REDACCIÓN, COMPARACIÓN DEL
SISTEMA LEGAL, PRÁCTICO O HISTÓRICO, CON EL
SISTEMA IMPERIAL.

Son tan profundos los intereses que se ligan a esta materia, que ha bastado bosquejarlos con rasgos generales, para que la atención pública se preocupe de ellos en las dos orillas del Plata.

Ella es en efecto una materia en la que la cuestión de forma no es menos grave que la cuestión de fondo. La primera compromete la dignidad moral de la sociedad misma, porque la imposición de un código, sin que preceda su discusión, sin que se conozca siquiera el texto de lo que sanciona, supone en un país democrático la pereza degradante del espíritu público o una vergonzosa declaración de su incompetencia para estudiar y para opinar en la con-



fección de sus propias leyes. ¿A qué grado queda reducido entonces el ejercicio de sus derechos y la práctica de sus libertades?

A la luz de verdades como éstas, que constituyen los principios elementales del derecho, no es posible recibir y meditar sin asombros las doctrinas del gabinete de Buenos Aires sobre la cuestión de forma para la aceptación de un código; y es preciso creer que sino proceden de la inexperiencia jurídica del joven ministro que firma los documentos bajo la influencia personal del otro ministro que ha redactado ese código, tienen por objeto una maniobra poco constitucional, para sobreponerse a los obstáculos de la discusión y del estudio, y para lograr que la obra pase a pesar de todos sus gravísimos defectos.

Con esa doctrina se aconseja al Congreso argentino que adopte en *confianza* el proyecto del doctor Vélez; y que se abra al mismo tiempo la tarea de ir reformando sus defectos y sus inconvenientes, por leyes y reformas de detalles que se irán expidiendo y sancionando a medida que el tiempo y la experiencia las aconseje. Basta la enunciación de semejante procedimiento para que se descubra su falacia. ¿Es necesaria o no lo es, la reforma jurídica de nuestras leyes? Si lo es, no puede ser por otra causa que la de estar ya conocidos y estudiados sus vicios. Procedamos entonces de lo conocido a lo desconocido como lo aconsejan los principios de todo método racional; y aquéllos que hemos de hacer, o que se piensa hacer sobre los defectos no estudiados aunque ya supuestos, del código desconocido, hagámoslo con pleno conocimiento sobre los defectos y deficiencias estudiadas, aplicando en cada ley los



principios ya comprobados por la jurisprudencia práctica tradicional.

Proceder de otro modo, prometer después del código aceptado, la tarea de su reforma gradual, es prometer una cosa que será imposible por más de dos o tres siglos; es salir de la jurisprudencia práctica y consuetudinaria para entrar en todas las ambigüedades de una jurisprudencia nueva, que nadie sabe y que todos vamos recién a *ensayar* con la idea de derogarla a medida que la apliquemos.

La víctima tiene que ser necesariamente los intereses del pueblo; y tanto vale ese proceder para formar jueces y abogados a costa de los litigantes como que se permitiese que cualquiera se hiciese médico para aprender curando y para reformar sus ideas a medida de los casos en que acierte o yerre.

Es imposible que ningún jurista entendido pueda aceptar como lógico y eficaz semejante sistema. Son tantos sus vicios que nunca habría como agotar su exposición; y no sería el menor de ellos, el de la falta de sanción moral que tendrían las resoluciones legales desde que saliesen a ingresar como un ensayo, y bajo el supuesto jurídico de su reforma que es lo mismo que decir de su incongruencia.

Más adelante hemos de volver sobre este punto, para investigar si es cierto que exista entre nosotros la necesidad notoria de una reforma jurídica: si hay ventaja en substituir las leyes que nos rigen por ese nuevo sistema de códigos dogmáticos, sembrado de fórmulas sacramentales, obscuras y compendiadas, en los que un tecnicismo convencional y de escuela, suplanta la enunciación flexible y admirablemente

equitativa del principio y del caso con que habla el texto de nuestras leyes actuales.

He aquí para nosotros la cuestión de fondo.

Aunque quisiéramos prescindir por veleidosos antojos de la profunda sabiduría con que están escritas nuestras leyes vigentes: aunque cerrásemos los ojos a los elogios con que hoy mismo las estudian y las aplican, como doctrina incomparable los jurisconsultos más acreditados de los Estados Unidos, que viven y piensan en el país más democrático y reformador del mundo ¹, bástenos reflexionar, que ellas por lo mismo que llevan seis siglos de escritas, seis siglos de práctica aplicación a todos los intereses de la familia y del individuo, han adquirido ya en la conciencia de los pueblos la flexibilidad natural con que las cosas morales se amoldan a todos los pliegues del sentido común y de la mente popular. Sus formas, sus resoluciones, sin que sea necesario haberlas leído ni haberlas visto jamás, se hallan incorporadas al espíritu popular de las transacciones y de la vida jurídica, formando esa inestimable tradición que los hombres de raza anglosajona llaman el *common law*, y que es para ellos el paladión de la integridad y de la fuerza del cuerpo social.

La ridícula manía de las obras imperiales pretende ahora llevarnos a otro terreno; y pretende llevarnos por imposición, sin dejarnos discutir, y sin que podamos ver primero si entendemos siquiera el lenguaje nuevo de las leyes que se nos impone: si están bien y claramente escritas. ¡Eso lo sabremos después que sean leyes!

¹ Wheaton, volumen III (1818), página 201, nota a.



En una orilla del Plata se nos dice que no tenemos ni el derecho de preguntarlo, porque la obra nueva es el testamento político de la víctima de febrero, no ya la obra del doctor Narvaja. En la otra, que ese proyecto es la obra del doctor Vélez Sarsfield, y que esa obra con solo serlo, es *la última palabra de su ciencia jurídica, condecorada ya con los elogios unánimes de nacionales y de extranjeros*. ¡Qué bambolla!

Nosotros hemos querido verificar esa extraordinaria proclamación que nos llega así anónima en la palabra de los mismos elogiados; y francamente, después de haber comparado los textos, nos hemos dicho: o los nacionales no han leído; o los extranjeros no entienden la lengua en que se supone escrito el proyecto del doctor Vélez Sarsfield.

Si no pudiéramos acumular pruebas textuales no lo diríamos. Esas pruebas nos sobran, y ellas nos demuestran en muchísimos casos una triste carencia del sentido jurídico: una inexperiencia completa en el manejo del idioma legal, de que no debería adolecer jamás el texto de la ley.

Este proyecto es la obra más mal escrita entre todos los trabajos del doctor Vélez, que son, como se sabe, defectuosísimos en cuanto a sintaxis, prosodia y analogía.

Nos urge llegar a las pruebas. Porque una vez que con ellas hayamos expuesto en una forma tangible los vicios increíbles de la obra doble que criticamos, habremos desempeñado la parte árida y pesada de nuestro asunto, y podemos pasar a trazar en general el sistema jurídico, a la luz de la filosofía social, para que, poniéndosele en confrontación



con las obras criticadas, se vea en todo lo que pecan como derecho común y como sistema oportuno de leyes apropiadas a nuestro suelo.

Pero antes vamos a desembarazarnos por un instante del proyecto uruguayo, con algunas palabras que nos permitan dejar para más adelante su análisis de fondo. Este proyecto cuenta 2534 artículos. De ellos hay 1157 artículos copiados del texto chileno, redactado por el doctor Bello; consumado hablista que si bien escribía generalmente con un estilo lento y sin vivacidad, lo tejía por lo menos con una dicción admirablemente correcta, siempre propia y completa. A ese número de copias tomadas de Bello, y adulteradas en algunos pocos aunque graves casos, como veremos, hay que agregar 984 artículos tomados del Proyecto de Goyena, jurista de un criterio filosófico y literario poco notable, pero que escribe con paciencia y con propiedad. Esos dos textos le han suministrado al doctor Narvaja 2171 artículos de los 2534 de su proyecto: artículos hechos ya, vestidos y calzados, cuya jurisprudencia no tenía siquiera que verificar. Entran a figurar después 220 artículos tomados del Proyecto Acevedo; de 40 a 60 del código francés; muchos del código de Bolivia, según nos han asegurado, cuyo número no ponemos porque no hemos tenido tiempo de verificarlo.

De suerte que quedan de 50 a 60 artículos positivos cuya paternidad podrá quizás reclamar el autor del código uruguayo, para consolarse al menos de que su caso no sea enteramente igual al de la fábula de la abutarda.

Sería de desear en efecto que el doctor Narvaja nos señalara cuál es la parte del proyecto uruguayo



que no sea una copia textual como sistema de materias, como distribución de detalles y como redacción. Nosotros la hemos buscado sin encontrarla; y como entendemos que en materias científicas o literarias no hay mérito sin originalidad, nos permitirá que tengamos por muy dudosa, al menos, la justicia con que pueda honrarse por un trabajo literariamente tan fácil como el que ha ejecutado. Él no debe suponer que tengamos el candor de recibir como juicios críticos los cumplimientos de urbanidad que, instados por él, o por sus actos, le hayan dirigido Harzhembour y otros, que por supuesto se han guardado bien de leer su proyecto, y mucho menos de estudiarlo comparativamente. Quisiéramos que nos mostrase algún cumplimiento chileno firmado por persona competente.

Trazado el terreno que recorreremos al hacer la crítica del proyecto del doctor Narvaja, como concepción y como ejecución, vamos a contraernos al proyecto del doctor Vélez Sarsfield.

Nadie es capaz de concebir las imperfecciones de estilo, y hasta deberíamos decir los desatinos, que resultan de la inexperiencia del doctor Vélez para manejar la lengua literaria y jurídica. Van a verse ejemplos asombrosos; y se juzgará por ellos, si tendríamos razón para decir que jamás se ha leído una obra con mayores pretensiones de seria y con efectos más cómicos.

¿Habrà quien crea que el doctor Vélez, tratando del daño que causare un animal, llame *doméstico* o *feroz* al pobre dueño y no al animal mismo?

En el artículo 18, página 383, dice: «*El propietario de un animal, sea doméstico o feroz*», etc. Cualquier



niño de escuela sabe lo que se ha querido decir, pero tratándose de leyes, la cuestión grave es lo que se dice en el texto, no lo que *se debió decir*. Esa frase tiene un sujeto: *el propietario de un animal*; ese sujeto tiene que estar en correlación directa con el verbo: él es, pues, el *que es*, y a él le corresponde gramaticalmente el verbo *sea*. Para qué se entienda mejor que así ha querido entenderlo el autor, ha puesto una coma que separa y excluye el complemento *animal* de la relación verbal para ponerla sobre el dueño, y gracias al estilo del doctor Vélez, quedamos todos expuestos a que, por razón de nuestros perros o caballos, la ley tenga que declararnos *animales domésticos* o *bravíos*... ¿Para qué se ha metido a escribir códigos originales el doctor Vélez?

¿Se pensará tal vez que este absurdo sea excepcional, único, simple descuido y casualidad? No, señor: la capa está llena de casualidades. ¿Habrà quien pudiera creernos, si lo asegurásemos sin transcribir el texto, que el doctor Vélez ponga al cadáver del difunto como la cosa substancial en cuya posesión entra el heredero?

Véase en la página 1023, artículo 9º, donde dice: «El heredero sucede no sólo en la *propiedad*, sino también en la *posesión del difunto*». Bien sabemos que no es eso lo que el doctor Vélez ha querido decir; pero repetimos que se trata de leyes, y que la cuestión grave es lo que se dice, *lo que está gramaticalmente escrito*.

Otras veces el doctor Vélez entra en lucubraciones matrimoniales infinitesimales, penetra en las sermismáticas de la generación de las transformaciones del ser, y Allan Kardec, el célebre papa de los es-

prítus, no sería capaz de ir más lejos, ni de concebir siquiera como el codificador argentino que *un muerto pueda dejar hijos para concebir*.

Si la regla del presunto código argentino se adoptase, se hace inútil toda su parte relativa al matrimonio: puesto que así como los vivos entramos por ahora *en la posesión* y propiedad de los difuntos, con toda clase de usufructos y servidumbres sobre sus cadáveres, no necesitamos ni casarnos ni estar solteros para entrar en la posesión presunta de todos los hijos que *no* hayamos engendrado en vida. Desde que se prueba, no faltará quien reciba las delegaciones para obrar en nombre ajeno; y que se puede, parece indudable, puesto que el doctor Vélez, jurisconsulto eminente, así lo entiende cuando dice en la página 977, artículo 12: « *El hijo que no está concebido al tiempo de la muerte del autor* », etc. Tenemos, pues, un hijo que no está concebido y que, sin embargo, tiene padre corporal y espiritual entre los muertos. ¡Vaya una especie admirable de criaturas! Y al verlas entrar así en las leyes del doctor Vélez, *huérfanas de padre y madre*, como la Juana de la zarzuela, poco tenemos que admirarnos de que esas leyes traten de animales feroces a los dueños mismos de los animales, aunque los pobres sean domésticos y mansos de carácter y muy distintos de sus bestias. Con la posesión y propiedad de los cadáveres, y con la posesión y propiedad de los *hijos no* engendrados en vida al tiempo de nuestra muerte, hemos extendido nuestras conquistas jurídicas y podemos decir que poseemos el presente, el pasado y el porvenir. ¡Lo que puede un estilo!

¿Habrá leído el doctor Vélez *Le fou Yegof*?...



Si él no fuese un hombre tan serio y tan enemigo de las obras de estilo literario, como lo demuestra el estilo de su proyecto, le aconsejaríamos que leyese con atención ese precioso libro, para que completase su título de los dementes con otro de los maníacos por vanidad y por pompa.

Podríamos atestar páginas sobre páginas con ejemplos tan marcados y tan grotescos como éstos; pero bien se comprende que no vamos a estar escribiendo por años en este asunto, y que tenemos que darnos espacio para diseñar al menos nuestras ideas sobre todo el horizonte de la materia. Por otra parte, la continuación de lo ridículo aburre pasando de ciertos límites.

Al mostrar esos vicios burlescos del proyecto de Vélez Sarsfield, hemos estado muy lejos de creerlo que burlesco era su vicio capital. En ellos lo absurdo mismo de su contextura gramatical salva los peligros jurídicos de la declaración legal. Pero generalícese las imprevisiones, la inexperiencia, la cojera y lo retorcido de las frases que componen un estilo capaz de caer inocentemente en semejantes desatinos, y se verá cuán grave es el lado serio de la cuestión social cuando a ese estilo quedan abandonados los fallos que han de darse sobre los más caros intereses de la vida de relación y de la vida doméstica.

Cualquier persona entendida en las materias legales, sabe por experiencia propia cuánto varía el carácter y el aspecto de un texto legal a la luz de cada caso que viene a confrontarlo; cuánta deficiencia resulta en unas veces, cuánta demasía en otras en daño de la justicia y de la equidad a que ha-



brían tenido derecho los interesados. No hay juez que no lo experimente cada día; y si eso sucede al aplicar leyes que son modelos humanos de redacción y que están completadas por una jurisprudencia práctica de seis siglos, ¿qué no será cuando imperen códigos absurdamente escritos y absurdamente concebidos, redactados con una notoria incompetencia literaria y que en aquello en que se refieren a las relaciones del derecho privado con el derecho público, y con la circulación libre del valor económico y con su transmisión, es decir, en matrimonios, en bienes dotales y en sucesiones, están en completa contradicción con el espíritu social y democrático que ha de regirnos, con la invasión necesaria de nuevas razas, de nuevas entidades personales, no sólo en cuanto al hombre sino en cuanto a la mujer, y con la necesidad en fin de que nuevas formas den mayor libertad para disponer en materia de herencias, adoptando la doctrina de las substituciones que rige en los Estados Unidos y que allí todos aman, porque saben a qué grado llegan los servicios que hace a la riqueza y a la democracia.

Nosotros no somos todavía más que una sociedad en gestación. No hemos encontrado nuestro ser, y es insensato que nos demos códigos imperiales con un fárrago ruinoso de tecnologías de clausuro, de fórmulas extranjeras y exóticas, para satisfacer el amor propio de los parientes de Yegof que quieren oír el ruido de sus latas proclamando la gloria de sus obras y de su nombre.

Si queremos ser sabios y ser grandes, no trozemos nunca las buenas tradiciones del espíritu social, no mudemos de maestros ni de escuelas, pro-



gresemos y tengamos presente que progresar no es cambiar sino desenvolverse.

Nuestra tradición legal es buena; es inmejorable, es mil veces mejor que el sistema de los códigos imperiales, que por fuerza tienen que ser impuestos por el despotismo y por la omnipotencia para entrar a regir; y que vicia y que violan así los principios de la ley democrática desde su misma promulgación. Sigamos haciendo nuestro derecho común y nuestro *common law* a medida que vamos sintiendo las aptitudes y los apetitos de nuestro progreso social; y para hacer camino, no perdamos la senda de admirable justicia, de admirable equidad que tenemos en nuestros antiguos textos, porque ellos son mil veces más pródigos, más claros, más sencillos, más flexibles, más completos, más conformes con nuestro espíritu social y con nuestras tradiciones, que esas falsas imitaciones de la centralización francesa, que aun bajo la forma de código civil son de una aplicación insensata a países definitivamente democráticos y federales como los del Río de la Plata; y lo decimos porque al fin, su perfección aislada los tiene que llevar forzosamente a su mancomunidad federal.

Pero no es tiempo todavía de que tratemos estas fases de la cuestión jurídica. Podría creerse que el código proyectado por el doctor Vélez no nos da asidero a mayores críticas. No es por excusar la prueba de que las tenemos a montones, que hemos extendido ligeramente la mano hacia estos otros horizontes, sino para que se comprenda cuán grave es la cuestión del estilo de las leyes, y para que se reflexione que de lo ridículo se pasa a lo serio, y



hasta a lo trágico cuando ese estilo es malo o inepto,

Los vicios gramaticales con que el doctor Vélez Sarsfield escribe nuestro lenguaje se hallan tan radicados en su naturaleza, y en el defecto gravísimo del acento, que para darlo, retuerce y atormenta el más simple período. El proyecto contiene a este respecto cosas increíbles; hay frase o complemento que en seis palabras contiene cinco verbos, como en la página 213, al final del artículo 5º: *hubiese dejado de poder ser prestado*. Muchísimas otras veces nos encontramos con sujeto sin verbo ni predicado, v. gr., página 179, artículo 12: «El que se ha obligado bajo de una condición, si impide voluntariamente su cumplimiento, la condición se tendrá por cumplida» Este vicio se repite a cada instante. «Si las cláusulas accesorias de una obligación fuesen cláusulas imposibles con apariencia de condiciones, o fuesen condiciones prohibidas, su nulidad hace de ningún valor la obligación.» El sujeto *las cláusulas* no tiene verbo que diga que son nulas y se cambia por otro sujeto, *su nulidad*, que no pertenece a la forma condicional con que empieza el artículo.

Sería nunca acabar, no digo ya querer hacer la apreciación detallada de los vicios de idioma y de las anfibologías que afean su texto, sino intentar hacerlo en el tratado solo de las obligaciones, que se puede examinar si se quiere ver modelos increíbles de torturas, de cuevas y de espirales, fabricadas con palabras.

Natural es que una inexperiencia tan caracterizada en el manejo de la lengua vulgar se extienda al manejo de la lengua jurídica, lengua con la que según se ve, jamás ha podido familiarizarse el doctor



Vélez Sarsfield, a pesar de los regimientos de citas y de autores con que apoya sus frágiles líneas. ¿Ha leído el doctor Vélez todos esos libros? ¿Y como es que habiéndolos leído no los imita, no se inspira siquiera de su lenguaje, y que se muestra sin criterio jurídico hasta para copiarlos?

Legos y juristas saben que el primer deber de los deudores *es cumplir aquello a que están obligados*; pues legos y juristas se engañan: no es eso lo que mandan las leyes trenzadas del doctor Vélez, sino que el deudor sea el *procurador forzoso* del acreedor sin más obligaciones para con éste que la *de procurarle* aquello a que se obligó. Esto no es ya escribir mal solamente, sino que es carecer hasta de sentido y de escuela jurídica; aquí va el texto para que no se diga que inventamos, página 160, artículo 11: «Los efectos de las obligaciones respecto del acreedor son: 1º darle derecho *para* emplear los medios legales, *para* que el deudor *le procure* aquello a que se ha obligado.» Aquí tenemos por primera vez en los fastos de la jurisprudencia convertidas en obligaciones *de hacer* todas las obligaciones directas que nacen de los contratos, y cambiados *de fondo a borde*, todos los principios, por obra y gracia del doctor Vélez... pero pidamos a Dios que lo perdone, porque en verdad no sabe lo que hace ni las ruinas que prepara con su estilo legal.

Hasta él, *procurar* había sido siempre para legos y juristas educados, *procuratorem agere*, desempeñar la comisión de otro, y cuando más en los más bajos de los dialectos provinciales, *buscar y agenciarse las cosas*. Desde hoy en adelante, *procurar es obligarse a pagar*, y estar obligado a pagar, *no pasa de estar*



obligado a procurar. Lo dice el doctor Vélez, y los elogios de extranjeros y de nacionales le han llovido, según el gabinete de Buenos Aires por cuyos labios habla el mismo doctor Vélez.

Ese artículo es además un modelo de inexperiencia gramatical y de inexperiencia jurídica. Dejando a un lado por brevedad, esos *paras* que llevan del cabestro a otros *paras*, y que son un vicio de redacción en que jamás incurre un hombre educado por buenos modelos; basta leerlo para ver que su redactor tiene todo embrollado en la mente, y que no ha sabido decir en la sencillez con que deben hacerse las leyes, lo que cualquier hombre del pueblo hubiera dicho. El efecto de las obligaciones es dar acción al acreedor para exigir su cumplimiento.

En otra parte (pág. 201, art. 34) levanta el doctor Vélez la singularísima doctrina de que *el deudor no está obligado a pagar* sino parado en un lugar propio, es decir, de su propiedad. Repetimos que no es eso lo que ha querido decir sino lo que dice, aquí está: «En estas obligaciones, el deudor debe dar, en lugar propio, una cantidad correspondiente,» etc.

Hablándose de derecho y de lugares propios quiere decir lo que pertenece a la propiedad, y cuando mucho querría decir decente y limpio; de modo que el día en que se inicie el primer pleito ejecutivo bajo el ingenio del nuevo código, el ejecutado se excepcionará, alegando que *no tiene lugar propio* o limpio en que pararse para hacer el pago, y si no se viola el texto de la ley nueva, substituyéndole las prácticas de la jurisprudencia tradicional, el deudor tiene necesariamente que ser absuelto de pagar:



el texto es categórico. Lo que puede sentirse es que las víctimas de esas redacciones han de ser otros y no el doctor Vélez Sarsfield, para que pudiese experimentar lo que son leyes escritas con ese estilo.

Aquí está lo que se nos dice que es la última palabra de la ciencia jurídica.

No teniendo aquí otro plan ni otro fin que el de hacer una crítica literaria ajustada al gusto y amenidad del común de los lectores de la *Revista*, no podemos engolfarnos en la discusión científica de los principios, ni en el laberinto de las consecuencias que van a producir las novedades jurídicas y la fórmulas *cecinarías* de dos códigos como estos, cuyos artículos oscuros, enjutos, pálidos y amortajados, nos hacen el efecto de las momias de una necrópolis peruana, cuando los comparamos con las fórmulas vivas, correctas, humanas, blandas y bellas del idioma de las Partidas. Hemos de trazar, sin embargo, algunos rasgos para que los juristas reflexionen a ese respecto.

Véase aquí otra prueba de la falta de sentido jurídico y de competencia con que ha sido escrito el el proyecto argentino. En la página 387 se define así el contrato, que es materia capital en derecho: «Hay contrato cuando varias personas *se acuerdan (sic)* sobre una *declaración* de voluntad común, destinada a *reglar* sus derechos» (!). Son tantos los vicios del concepto legal, de buen sentido y de lenguaje que hay en esta definición, que casi se descorazona uno de entrar a analizarlos.

Por lo pronto, tenemos a la fuerza legal de los contratos dependiendo *del recuerdo* de las partes. Basta que una de ella diga *no me acuerdo del con-*



trato, para que no haya contrato aunque esté vaciado en escritura pública. Eso y nada más que eso es lo que dice el texto inventado por el doctor Vélez como última palabra de la ciencia jurídica.

Si a las partes se les antoja excepcionarse *con su propio recuerdo*, habrá que hacer justicia para la jurisprudencia práctica y menospreciada en el texto categórico del código, o será preciso hacer injusticia, aplicando ese texto, y reformarlo a los dos siglos de injusticias, como lo aconseja, con un rosado candor, el joven ministro de Justicia.

Pero no es únicamente la singular acepción del verbo reflexivo *se acuerdan* lo que afea ese artículo sino muchísimas otras circunstancias de que vamos a ocuparnos.

Después de haber incurrido en tan negra anfibia-logía como esa, le quedaba al pecador un recurso, y era cargar al impresor con el pecado, así como en el código uruguayo se le han cargado también al encuadernador pecados mil veces más graves; y la cosa pasa. Pero detrás del *se acuerdan* que pudo quedar en *acuerdan*, va un *sobre* desgraciado, que como todo techo sin corrientes se desploma sobre la cabeza de su dueño. Podría haber dicho *acuerdan una declaración*, etc.; pero el *sobre* impide que el *se acuerdan* vaya sin *sobre* a otra conciencia que la del codificador argentino.

Veamos ahora, ¿qué es lo que *tienen que recordar* las partes para que haya contrato? (¡qué singular derecho!), tienen que recordar *una declaración de voluntad común*, y no extraordinaria. ¡Dios las libre de que se *acuerden* de algo extraordinario! por que no sería extraño entonces que el codificador las



declarase *animales domésticos o dañinos*, poniéndolas entre las bestias que fueron creadas en el Paraíso terrenal. Exceptuados, pues, de la materia de los contratos, todos los asuntos que no sean ordinarios, veamos qué quiere decir *declaración* en derecho, para saber si semejante concepto legal puede ser miembro de esa definición.

Declaración, se llama en derecho aquel medio de prueba con que se descubre un hecho.

El que *contrae* se *obliga*; el que declara, no se obliga, sino que hace público un hecho ajeno. Se puede contratar legítimamente en secreto, y para que el secreto se guarde, lo que prueba que la declaración o no declaración, no tiene nada que ver con la esencia jurídica del contrato. No hay jurista que no sepa que en el idioma de la ley, lo mismo que en el idioma común, la declaración no es contrato, ni el contrato es declaración.

Establecer en la definición que el contrato es una declaración *destinada a reglar los derechos de las partes* es incurrir en una demasía jurídica, totalmente falsa y vaga por su propia latitud. Los contratos determinan y reglan ciertos y determinados derechos y obligaciones, pero no *los derechos de las partes*, sino limitadamente aquellos que han sido materia de la convención. Nosotros no conocemos contrato alguno (fuera del matrimonio, que es excepcionalísimo) que regle los derechos de las partes; y como el único que podría hallarse en ese caso sería el de la sociedad universal, que es prohibido por derecho, resulta que la definición es evidentemente falsa, vaga y contraria a derecho.

Ella desconoce la naturaleza virtual del contrato



que consiste en ser convención libre con fuerza legal: no un simple medio de prueba como es la declaración. Por eso es que sólo puede definirse diciendo que: «Es la obligación convenida entre personas civiles, cuyo cumplimiento puede exigirse invocándose la ley o la doctrina legal.»

La definición del doctor Vélez no tiene idioma jurídico ni analogía gramatical. La definición del doctor Narvaja sería muy superior si al tomarla de Bello no hubiese alterado la pureza y posición jurídica que este eminente hablista le había dado en el texto chileno.

Bello, con una inteligencia perfecta de la lengua y de la naturaleza del derecho moderno, había dicho: «*Contrato o convención*, es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.» Compárese este idioma legal con el del doctor Vélez. En efecto, en el derecho moderno hay sinonimia perfecta entre el contrato y la convención, son un mismo ente jurídico, y uno de los términos no puede definir al otro. El doctor Narvaja desconoció el valor jurídico de la fórmula chilena permitiéndose copiarlas sin embargo, y dice: «*Contrato es una convención por la cual*», etc. Esto equivale a definir la cosa por la cosa misma, como los niños, y a decirnos: *contrato, es un contrato por el cual*, etc. Cuando Bello *corregía* en su definición la forma francesa, consignando la sinonimia legal entre contrato y convención sabía lo que hacía; cuando el doctor Narvaja *corregía* a Bello restableciendo el verbo *es* y quitando la partícula acumulativa *o*, desconocía la esencia moderna del contrato, que es estrictamente la misma que la de la convención y



definía, con impropiedad, el objeto por el objeto.

La definición del doctor Narvaja es imperfecta, pues, como expresión del derecho moderno, y mucho más lo es como expresión del derecho anterior. Antes de la ley de Alcalá, el contrato no era convención, ni la convención era contrato sino intervenía la forma sacramental respectiva de que dependía la fuerza de la obligación. El contrato era, pues, *un efecto* de la fórmula jurídica, y la convención era la causa de esa fórmula, *negotii contrahendi transigendi que causa*. De todos modos, la definición del doctor Narvaja, cuya originalidad consiste en haber alterado con un *es* el *o* de la de Bello, tiene concordancia, analogía y precisión castellana, dotes de que carece el texto argentino.

En algunas páginas de este texto, encontramos construcciones raras que a cualquiera le parecerán partos de una sintaxis vascuence: «Compete al juez eclesiástico de la disolución del matrimonio conocer, celebrado ante la iglesia católica o con autorización de ella.» En otras, el doctor Vélez legisla *para entes visibles (sic) e invisibles* (parece increíble!!), dividiendo las *personas civiles* en unas de *existencia ideal* y otras de *existencia visible*. A cualquiera se le ocurre lo cómico de semejante metafísica; y como más adelante el texto argentino nos pone a estos *entes invisibles*, obligándose *los unos HACIA los otros*, antójasele a uno figurarse que estos *entes increíbles*, como los de una mesa de títeres, se dan vuelta *los unos HACIA los otros*, para hacerse saludos y para estirarse las manos con toda la seriedad de la metafísica legal del doctor Vélez. En este punto el proyecto penetra en lo *invisible*, y cubre sus majes-



tades de estilo con los velos fantásticos de la leyenda. No es poco mérito ese en un código civil, y la originalidad del argentino va a ser perfecta a este respecto. Hasta ahora habíamos creído que hablando castellano se debía decir que los hombres se obligan *los unos* PARA CON LOS OTROS, como dice Bello. ¿Cuándo nos hará conocer el doctor Vélez, su traducción de la Eneida?

¿No era mejor y más serio decir, con la sencillez y cordura del buen sentido (que es, y que debe ser siempre la metafísica única de la ley), que las personas civiles se dividen en *particulares, asociadas y legales o jurídicas*?

Por otra parte, es inexacto que la persona civil pueda ser visible: un impúber es tan visible como su tutor; un idiota es tan visible como su padre; y como la esencia de la persona civil es el conjunto de facultades que la permiten *accionar*, en derecho, esa esencia es siempre invisible, porque es puramente legal. ¡Qué criterio jurídico! Así sucede generalmente con ciertas reputaciones de pura convención, formadas de confianza y sin obras, el día que producen, nos dejan lelos.

En cuanto al uso de las partículas gramaticales de nuestra lengua, no puede haber nada más vicioso que el texto de la ley que se le prepara al pueblo argentino. Las personas nunca se obligan las unas *para* con las otras como se dice en castellano, sino las unas *hacia* las otras como si se tratara de piruetas. Léase el artículo 32, página 395 y se verá el uso promiscuo y vicioso de las conjunciones simples y de las disyuntivas. En la página 202 todos los artículos adolecen del mismo vicio; vicio feísimo en

todo trabajo literario, y que tratándose de leyes tiene gravísimas consecuencias, porque llegado el caso litigioso será dudoso lo que debió estar separado por una partícula acertada, o lo que debió estar reunido.

Todas estas observaciones aparecerán quizás, como nimiedades para muchas personas. Pero tratándose de ley, no lo son, porque una simple *coma* basta para hacer negativo o afirmativo un texto; es decir, para cambiar radicalmente la ley misma. Bástenos recordar el ejemplo del *credo cristiano*; su fórmula católica romana, hablando del Salvador, dice: *Genitum non; creatum consubstantialem patri*. Pero los cristianos moravos y los unitaristas niegan que ésa haya sido su forma en la iglesia apostólica, y dan la suya escribiendo: *Genitum; non creatum consubstantialem patri*; que cambia, sin cambiar una sola letra, el sentido total de las dos religiones. En la una Jesús es Dios y consubstancial al padre; en la otra es persona creada, hombre y nada más que apóstol.

Véase, pues, la importancia de las *comas* y de las partículas cuando se trata de leyes o de dogmas.

Por eso el pueblo inglés tiene un sentido admirable para hacer bien sus cosas, se ha creado un poderosísimo instrumento con el que ha dado a su magistratura extensas facultades para declarar lo que es derecho común en los casos ocurrentes y para interpretar bien los actos legales. Ese instrumento, como todo lo que es bueno, es sencillo, y consiste en no permitir puntuación alguna en las escrituras públicas. Así es como el juez tiene poder efectivo para interpretarlas fijando la intención y voluntad de las partes de acuerdo con los prin-



cipios de la materia y con las palabras del contrato. No será extraño que cuando hagan sus leyes civiles, los ingleses empleen el mismo proceder abandonando así su interpretación al espíritu público y a la jurisprudencia práctica, que es la única pródiga y benéfica.

Si después de haber reflexionado sobre la importancia legal de este punto, se quiere tener una idea del abominable método con que el proyecto argentino usa de la puntuación y de las partículas copulativas y disyuntivas, a discreción y sin criterio gramatical, léanse todos los artículos de la página 202, y se verá un inextricable mosaico de *oos* de *yaas*, y de *yys*, que se repite a cada página. Léase el artículo 15 de la página 668 y dígase si se puede encontrar en página impresa nada más desgredado; la ineptitud de ese artículo llega hasta resolver lo contrario de lo que ha querido decir. Podría haber dicho sencillamente: «El comodatario no responde de los efectos del caso fortuito, ni de los de fuerza mayor, sino cuando procedieron de su culpa.» Con esto, la disposición estaba completa, clara y terminante para el juez que la hubiere de aplicar. ¡Pero no, señor! era preciso que el doctor Vélez asesinando el sencillo criterio que debe animar la palabra legal, retorciese los períodos y preparase cien pleitos en cada caso de accidente o fuerza mayor: «El comodatario no responde de los casos fortuitos, o de fuerza mayor», primer período. Debía haber dicho *ni* y no *o*, porque caso fortuito y fuerza mayor no son cosas iguales en derecho; y este es una muestra del verdadero criterio legal del codificador. Debía haber dicho *de los efectos*



del caso fortuito, que es la única materia en cuestión, y no del caso mismo, que no lo es. Sigamos y véase ahora el embrollo: «con tal que estos accidentes no hayan sido precedidos *por alguna culpa suya*». ¡Este *alguna* es delicioso, como cláusula jurídica! ¿Qué significa? ¿quiere decir por todo grado de culpa? ¿por *algún* grado limitado y designado?... La materia es grave; y dejado el caso, amargos se han de ver el comandante, el comodatario y el juez para saber lo que es justo con esa *alguna* culpa. Para mayor confusión y semillero de pleitos *esa alguna culpa* ha de ser *suya*, y no como era de derecho comun, extensiva a los *suyos*, es decir, a aquellos a quienes él manda y a quienes debe vigilar para que no produzcan accidente: ha de ser *suya*; de modo que cuando provenga de sus animales no es responsable, y si a esto se agrega la inutilidad viciosísima de la cláusula siguiente: «sin la cual el daño en la cosa no hubiese tenido lugar», veremos que empezaremos ya a engolfarnos en un laberinto gramatical y jurídico. En efecto, esa inversión del sujeto y del predicado es otra muestra chistosísima de siutaxis vascuence, cuyo veneno no sabemos cómo habrá podido infiltrarse en un hombre que, aunque traductor de Virgilio, es de suyo poco filólogo y gramatical como se ve en el proyecto.

Continúese ahora el análisis del artículo y se verá que acaba por acordar al fin, lo que había negado en el principio, a causa del equivocadísimo empleo de las partículas *o, e, y*. La sentencia gramatical que rige es: *El comodatario* NO RESPONDE: el primer complemento termina en la palabra *lugar*; hay allí punto y coma, luego la *o* que sigue es una cópula



que se refiere a *El comodatario no responde*; y entonces dice: «El comodatario no responde si la cosa prestada no ha perecido por caso fortuito, sino porque la empleó en otro uso, o por que la empleó por un tiempo más largo», etc.

Si eso es lo que se ha querido decir, lo dicho es contra todos los principios de derecho común, y contra la primer parte del artículo, puesto que se excusan de la responsabilidad cosas de *culpa suya*, y casos bien graves como son esos. Sino es eso lo que se ha querido decir (como lo creemos) se ha dicho lo contrario de lo que se tiene por derecho.

Si el doctor Vélez Sarsfield hubiese sabido alguna vez manejar la lengua jurídica habría dicho: «El comodatario responde de los efectos del caso fortuito y de la fuerza mayor, cuando ellos proceden de su culpa directa o indirectamente: cuando haya empleado la cosa en otro o por mayor plazo que el convenido: y cuando debiendo o pudiendo servirse de las cosas propias, no lo hizo, y expuso la cosa comodada al riesgo y a la pérdida por usarla.»

No hay un artículo en el proyecto argentino que no sea un modelo acabado de desgreño. Puede sacarse a la suerte el que se quiera, seguro de no errar la raya. Véanse los artículos 4º y siguientes de la página 666. ¿Habrán quién los entienda? ¿Puede continuarse el comodato al mismo tiempo que se obliga a devolver la cosa prestada, como lo dice sin quererlo el artículo 5º? ¿Puede darse una frase más quebrada de cintura que ésta «y hubiese con dolo, inducido, a la otra parte, a contratar». ¿Qué quiere decir el artículo 6º? ... «sólo será comodato», no es frase jurídica; se dice: «se tendrá por comodato», por-



que no se trata de existencias sino de obligaciones. La restitución de la cosa comodada por *cosa idéntica* como ese artículo lo dice es un absurdo de derecho; porque en el comodato no se vuelve cosa *idéntica* sino la *cosa misma* (o en *especie*, hablando como los juristas). La facultad de volver cosas idénticas, confunde al *comodato* con el *mutuo* y es una prueba de que hay poca solidez en el criterio jurídico del redactor argentino. Debía haber consultado el diccionario antes de emprender su obra, ya que era tan poco fuerte en *analogía*, porque sin el diccionario de la lengua no se puede escribir la ley. Una de dos, o ignora que la cosa se devuelve *en especie* cuando se trata de comodato, o ignoraba que la identidad de cosas supone separación de individualidades. Vea el diccionario para convencerse. Pero su poco criterio jurídico se dejó alucinar por la fórmula, *identidad de la persona* cuando se trata de cosas de estado civil, sin ver que esa fórmula equivale a una ficción de derecho que hace presumir la duda para resolverla, y que recae sobre dos personas: la desconocida y la probada. Pero querer sacar de esta ficción la lengua jurídica y aplicar al *comodato*, al *depósito*, al *mutuo*, la acepción *cosas idénticas*, o no idénticas, es subvertir todos los principios jurídicos que rigen en esos contratos.

¿Qué quiere decir el final del artículo 9º de la página 667? o hay tasa legal o no lo hay: si la hay basta decir claramente: «El comodato no está sujeto a ninguna fórmula legal, depende sólo de su convención y de la entrega sea el que fuere el valor de la cosa que le sirva de materia».

En la página 661 pone el doctor Vélez un artícu-



lo 2º trivialísimo, sin más objeto que procurarse ocasión para poner una nota sobre cosas fungibles que no por ser de Marcadé, deja de ser jurídicamente inexacta, y de ser un simple tejido de sutilezas. Se llaman *cosas fungibles* aquellas que se contratan por cantidad y por calidad sobre una clase general de *cosas idénticas*. Porque, como las cantidades y sus calidades no tienen identidad *corporal*, sino identidad *genérica*, el deudor adquiere el dominio perfecto de ellas, puede disponer por consiguiente a su arbitrio; y su obligación se reduce a devolver la cantidad y el género. La sutileza de si son o no consumibles, nada tiene que ver con el derecho; y es claro que se consumen, puesto que *desaparecen individualmente para los efectos del contrato*. La sabiduría de la ley de Partidas, su filosofía eminente, nos hacen innecesarios en este punto las lucubraciones de Marcadé. El artículo mismo del doctor Vélez lo prueba, desde que concluye por decir *basta que sean fungibles aunque no sean consumibles*.

El artículo 1º de esa página acusa otra vez la falta de sentido jurídico del doctor Vélez. Suponer que *en el mutuo se requiera la autorización* del mutuante *para* que el mutuario pueda consumir la cosa, es tan contrario a la naturaleza jurídica del contrato, como sería suponer que *el comprador que paga la cosa vendida queda autorizado* por el vendedor para disponer de ella. Basta que haya mutuo para que *ipso jure*, y no por autorización, pase al mutuario la propiedad del género mutuado.

El doctor Vélez podrá ser jurista erudito a la manera de Castejón, pero lo que es jurista versado en la lengua del derecho y en la lengua materna en



que debieron estar escritas nuestras leyes, es preciso convenir, al ver las pruebas palmarias de su proyecto, que está más abajo de la mediocridad, y que raya en lo pésimo. Lo más singular de ese proyecto es que sus notas están generalmente mejor escritas que los artículos, lo que prueba la gran verdad de que no es lo mismo hablar en nombre de la ley que en nombre de sí mismo; y que no es por los decretos ni por las notas rosadas de los ministerios que se forjan los Paulos y Papinianos.

El artículo 2º de la página 173 que es una materia sencillísima y admirablemente tratada por Zachariae, se convierte en un atado de ropa revuelta al pasar por la lógica y por el estilo del doctor Vélez. Siguiendo paso por paso a Zachariae podría haber escrito: «Las cláusulas de las obligaciones se dividen en cláusulas principales y accesorias. Las cláusulas principales deben tener por objeto el cumplimiento del acto o actos directos que estén convenidos. Las cláusulas accesorias son las que tienen por objeto la manera de cumplir las principales; y puede ser de tres clases, penales, reales y personales, según que se pacte pena, garantías hipotecarias o prestaciones de fianza». Compárese ahora con ésta fórmula el texto del doctor Vélez, como fondo legal y como sintaxis.

Otras veces, el doctor Vélez Sarsfield, usando de una licencia que no le es permitida al jurista, confunde la acepción *resolución de derecho* con la de *resolución de la obligación*, como se ve en el artículo 2º, página 175. Resolución de derecho es aquello que crea lo justo, o la regla de lo justo; y en lenguaje jurídico solo *se resuelven* las obligaciones, no



los derechos. Hablando propiamente, se dice que se desata un nudo, y no que se desata el cordel. Así también en derecho se dice que se desata la obligación; pero no se dice que se desata sino que *se extingue* el derecho. Un jurista debe saber, pues, que si bien puede decir *extinción de un derecho* no puede decir *resolución* de un derecho, porque la resolución *libra* del vínculo legal y es absurdo decir que uno se *libra del derecho*.

El artículo que sigue es ininteligible y contradictorio... Y por fin como todo el código entero está viciado por esas anfibologías, nos parece que no se nos exigirá que las agotemos, cuando por cumplir un deber de conciencia (con el gusto que es natural a todo crítico que encuentra paño): dudamos si no habremos abusado ya de la atención de los lectores de la *Revista*, amigos siempre de cosas ligeras y de horizontes ricamente variados.

Un pueblo que tiene espíritu viril hace muy mal de ser indiferente, por vicios de partido o de camaradería, al estilo de sus leyes.

Los que eso hacen tienen en poca estima la idea de la patria, el interés común, y esa tradición intrínseca de vida que constituye la fuerza o la fragilidad de las naciones, agobiando el presente, despreciando las lecciones del pasado, y comprometiendo los progresos del porvenir. Los que eso hacen no conocen o no han meditado las bellas palabras que Lermínier toma de Vico sobre este punto ¹: «Una nación no llegará jamás a su completo desarrollo, sino por el manejo, la cultura y los progresos de su propia lengua.

¹ *Introduction à l'histoire du droit*, página 136, 1830.

Si tuviese creencias, si su constitución política fuese para ella como un dogma religioso, SI SU LEGISLACIÓN CIVIL EN VEZ DE SER UNA OBRA IMPUESTA POR EL PODER *procediere de sus hábitos, de sus costumbres*, nada más le queda por hacer, para consumir el círculo de sus destinos, sino cultivar con energía su propia lengua y sellar con ella la originalidad y la propiedad de sus leyes.» ¡Qué hermoso! Compárese ahora el aspecto lingüístico y jurídico del doctor Vélez con el viejo texto de nuestras Partidas y se verá la inmensa riqueza que llevamos riesgo de dilapidar, de puro inocentes, y por no decir otra cosa.

Pero antes de pasar a encarar estos grandiosos horizontes de la cuestión que tratamos, permitásenos llevar nuestra atención por un momento a la tarea del doctor Narvaja, como forma primero, para estudiarla después en sus rasgos jurídicos más prominentes.

Hemos dicho ya que la forma y el estilo de la obra pertenecen al código chileno y al Proyecto de Goyena, al Proyecto Acevedo, etc., y no es, por consiguiente, en semejante obra (por muy laboriosa que haya sido) donde podríamos estudiar las originalidades del que se dice su autor en el informe con que fué remitido al gobierno. Si Bello es un hablista consumado, si Goyena es por lo general correcto y preciso, no se deduce que lo sea el que los traslada. A tal grado ha llevado el autor su antipatía de la originalidad, que sólo se ha permitido uno que otro artículo y el injerto de pequeños incisos entre los pliegues de la frase ajena; y hasta en la nota de remisión, al lanzarse el doctor Narvaja a dar algunas vistas de filosofía y de erudición jurídica sobre códigos extranjeros y sobre la doctri-



na de la tradición, la toma textualmente en una página notable de la obra de Delamarre y Lepoitvin. Cuando se copia hasta para trazar un informe jurídico, no puede ser prohibido tomar los artículos de códigos viejos para hacer con ellos un código original.

Por esto mismo, el código *del* doctor Narvaja tiene una superioridad de estilo evidente sobre el proyecto de Vélez, así como este proyecto tiene una superioridad de citas y de trabajo original evidéntísimo sobre la obra *del* doctor Narvaja. Este letrado encontró su trabajo bien hecho ya por Bello y por Goyena, por Acevedo, etc., el otro lo ha querido hacer original, y ha sucumbido en la tarea de escribir a su modo.

Sin embargo, de su falta de originalidad jurídica, el código *del* doctor Narvaja ofrece de vez en cuando algo que le pertenece, algo grave, y algo que es monstruoso como regla de justicia. Como un ejemplo aislado, tomamos del artículo 191 que el doctor Narvaja ha formado agrupando sin criterio jurídico dos artículos separados de Goyena, los artículos 104 y 107, y se verá si no basta la resolución contenida en esa aglutinación, para que una república moderna y civilizada como la que ocupa el oriente de este río, debiera resolver la forma de esa monstruosidad legal.

Se comprende bien que en derecho una cosa sea hablar del póstumo como *capaz de heredar* si vive, o si nace en condiciones dadas; y que otra cosa muy distinta sea hablar del feto como perteneciente o no al marido de la mujer que lo concibió. Si la criatura nace muerta, o si el feto se desprende in-



forme por falta de tiempo o defecto de formación, presumió siempre el derecho que no hubiese vivido, o no pudiendo vivir, no habría podido ser criatura humana ni persona civil, y que, por consiguiente, no podría recibir ni transmitir derechos. No heredaba al padre muerto; y no heredando, el desprendimiento de su cadáver, arrojado por el seno materno, no era bastante causa para que la madre heredase de él lo que si hubiese vivido él habría heredado de su padre.

Pero de esto a presumir que una mujer es adúltera o no, con relación a *las horas* de vida que haya tenido el feto desprendido antes de tiempo, hay una distancia enorme. Tratándose del póstumo no hay inconveniente en asignarle más o menos horas de vida fenomenal para tenerlo por criatura humana y viviente, porque con eso no se le niega la filiación verdadera ni se infama el honor de la madre. Pero tratándose de si el padre vivo ha de tener o no por engendro suyo a un feto que nace informe, es bárbaro hacer depender la filiación de las horas que respire el monstruo, y hacerle decir a la ley: si vive veintidós horas la mujer está salvada, si vive más de veinticuatro la mujer está perdida, y el marido puede negar la paternidad.

Por otra parte, si no hay póstumo, puesto que hay marido vivo, ¿con qué fin útil o jurídico entra el doctor Narvaja a confundir, en uno, dos casos que son diversísimos y separados en el autor que copia (Goyena) como lo fueron siempre en todas las leyes? Si el marido ha muerto, ¿cómo puede quedar abandonada la mujer a que su honor y sus derechos dependan de las horas de vida que haya



de tener la criatura para por ellas deducir si fué o no engendrado por el marido.

Goyena dice que se tiene por póstumo, para los efectos civiles, a la criatura que después de desprendida del seno materno vive cuarenta y ocho horas; la ley de Toro da los mismos efectos a la que vive veinticuatro horas; la ley de Partidas y la ley romana, más sabias y filosóficas que Goyena y que Toro, tienen por póstumo al que nace vivo. Pero a ningún legislador antes del doctor Narvaja se le ocurrió jamás confundir la filiación misma del póstumo con su capacidad para los efectos civiles, y mucho menos se le ocurrió a nadie hacer depender ese gravísimo punto, de las horas de vida fenomenales que *pueda* completar el feto desprendido. Para acordar la capacidad de heredar que es de creación puramente legal, se puede tomar sin inconveniente ni atrocidad moral, un término arbitrario de horas de vida externa; pero para negar la filiación misma es monstruoso tomar por regla esa arbitrariedad en horas fenomenales; y partir de ella para imponer al marido y a la mujer su deshonra respectiva.

Todo lo que puede y debe decir la ley es que si el feto nació con formas íntegras y vivo, es criatura de tiempo legal, que entra en las condiciones normales de la naturaleza; que si nació monstruo y con vida ficticia, dure lo que dure esta vida, se le tenga por excepcional; y caso que el padre no exista, la ley puede considerarlo o no como entidad civil, según la filosofía jurídica que se adopte, ya sea favoreciendo a la madre que es inculpable de la monstruosidad del hijo, ya sea favoreciendo a los parientes del marido.



Por lo demás, el texto del doctor Narvaja es inextricable como resolución legal. Si se compara la parte primera del artículo, con su tercer inciso, se verá lo difícil de su fraseología. Esa confusión procede de la forma negativa de los dos extremos:

... « El marido *no* podrá desconocer la paternidad de la criatura, nacida antes de transcurridos ciento ochenta días de la celebración del matrimonio en los siguientes casos: ... 3°. si la criatura *no* nace viable, esto es, de vida, y que haya vivido veinte y cuatro horas naturales. »

Este tercer inciso es áspero de entender por mala redacción: « Si la criatura *no* ha nacido viable y que haya vivido veinticuatro horas naturales », es una frase en que, como frase original del doctor Narvaja, no se sabe por cuál partícula va regida en el final la conjunción *y* con el verbo *que haya*, flotan sin vínculo con las partes que anteceden. Debemos suponer que en lugar de *y que haya*, el doctor Narvaja quiso poner *aunque haya vivido* veinticuatro horas, porque solamente así se ligaría esta parte con el *Si no ha nacido viable*; y con el principio del artículo que dice: *El marido no podrá desconocer*, etc. Tendríamos entonces que lo resuelto es: « que el marido no puede desconocer la paternidad del feto nacido fuera de tiempo (sin hablar del 1°. y 2°. casos) cuando la criatura no nace viable aunque haya vivido veinticuatro horas. »

Esta ocurrencia de tomar por base la vitalidad externa del hijo monstruoso o excepcional para reglar en ella la culpabilidad de la madre harto infeliz ya, y para hacer depender cosa tan grave de veinticuatro horas precisas, prueba que ella no es



obra del juicio naturalmente sensato y poco atrevido del doctor Narvaja. Es tal el bulto de esa novedad jurídica, es tan ajena a todos los precedentes, que basta estudiarla para ver que resulta de la poca atención y del poco criterio con que el doctor Narvaja agrupó en un solo artículo dos artículos de Goyena. Como uno de esos artículos habla sólo de los casos relativos a la paternidad (104) y como el otro (107) habla sólo de las condiciones de la criatura nacida para que se le tenga por viviente humano (no por legítimo o no), han resultado que agrupándolos se ha identificado dos casos que no pueden legalmente confundirse sin hacer monstruosa la regla del uno aplicada en el otro.

Si cuando se escribe, es axioma que no se escribe bien sin originalidad, también lo es que cuando se copia no se copia bien sin estricta fidelidad y dejando cada cosa en su lugar.

Lo que dice Goyena y decían nuestras leyes es que si el feto vivía tantas horas se tendría por póstumo legítimo del padre; que si no vivía esas horas no era póstumo, sin dejar por eso de ser engendro legítimo. El doctor Narvaja ha reunido las dos cualidades y hace depender la legitimidad, la honra de la mujer, de una hora más o menos de la vida fenomenal de un ser imperfecto. Si vive veinticuatro horas la madre está salvada de la deshonor; si vive veinticuatro horas y media, está perdida; el texto es formal y categórico.

¿Pero cómo sabe el doctor Narvaja que la prueba del adulterio se halle en ese término fatal asignado a la vida fenomenal del feto desprendido *antes de tiempo*? La ley de Toro no dice ni pensó decir



jamás semejante cosa; Goyena no lo dice ni pensó decirlo, que si lo hubiesen hecho, ambos habrían sido absurdos y monstruosos. Fijar las horas que ha de vivir el ser para que no se le considere como abortivo, no es decir que de esas mismas horas depende su legitimidad, como engendro humano.

Si el doctor Narvaja ha hecho este inmenso descubrimiento en la ciencia que Vicq-d'Azyr llamó la ovología, y ha logrado probar que veinticuatro horas precisas de la vida externa del feto son prueba legal del tiempo de la concepción, le aconsejamos que lo exponga en una tesis a la Facultad de medicina de París. Con esa originalidad ganará de seguro una gloria científica que es difícil obtenga con *su* código.

Pero antes consulte con el doctor Vélez, que en su proyecto resuelve dos cuestiones sobre la misma materia mucho más graves: aquellos de los *hijos no concebidos a la muerte del padre*, y aquella de que *son hijos por nacer los que no habiendo nacido están concebidos en el seno materno*. Esta cláusula final es deliciosa y profundamente científica, como todo lo que el doctor Vélez Sarsfield escribe sobre derecho: es una cláusula acertadísima para el caso en que nos salieren hijos concebidos fuera del seno materno. Y dígase ahora que éstos códigos nuevos no son excelentes para completar las deficiencias de los códigos viejos!

Los que se figuren que esto es imposible es porque no saben esta nigromancia *espirita*, arte de ejecutar cosas extrañas y preternaturales invocando al demonio, como dice el diccionario de la lengua castellana.

Lo que no nos parece acertado es que el doctor Narvaja haga hablar a la ley de *vías* y caminos con



motivo tan poco plausible. La palabra *vía* aplicada a estas materias es agria y creemos que no debe usarse sino en el lenguaje de la clínica. Hablando del hijo, en español se dice nacer *viviente*, y si se quiere sustantivar dígase al menos *vidario* o *vidaridad*, porque así, el neologismo quedaría claro, propio y levantado sobre raíces con analogía gramatical. Los franceses dicen *viable* porque su raíz es *vie*; *vía* entre nosotros es camino, y viable sería cuando más andable. Si el doctor Gutiérrez Fernández, que es poca autoridad en materia de lengua, ha incurrido en el mismo defecto, ha mostrado sólo con eso la incompetencia en el manejo de su idioma, y su ejemplo nada vale.

Exige el doctor Narvaja que las veinticuatro horas sean *naturales*, y francamente no entendemos lo que pueda significar horas *naturales* en un código de este siglo. Si se tratase de las leyes del bajo imperio o de los tiempos góticos, de las que la de Toro heredó esta tradición, lo entenderíamos, porque entonces había horas *sacras* consagradas a oficios religiosos obligatorios; horas *gentilicias* o bien horas de mercader, y horas naturales que son las de sol a sol, pero hoy no tiene sentido semejante plagio, y mucho menos tiene criterio para que se convierta en *cláusula categórica* de un código.

¡Y qué código!...

Cuando analicemos el valor jurídico de la doctrina, hemos de encontrar motivo para otros graves estudios. Pero antes queremos estudiar los inconvenientes y los vicios de la forma francesa, y las inmensas ventajas de la forma de nuestras viejas Partidas.





DR. ALFREDO LAHITTE ¹

EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL.

Cuando nos decidimos a poner en la prensa algunas breves observaciones sobre el Proyecto de código civil, redactado por el doctor Vélez Sarsfield, queremos comenzar declarando que lejos de estar inspirados por otro sentimiento que el deseo del acierto, por otro espíritu que el que debe animarnos tratándose de un asunto cuya importancia está a la altura del supremo interés de la sociedad, no trepidamos en reconocer la distinguida capacidad del esclarecido jurisconsulto a quien fué encomendada la honrosa y noble tarea de proponer para su patria las leyes que debieran regirla.

Pero siempre hemos creído que tan ardua empresa exige el concurso simultáneo de diversas inteligencias, porque fuera difícil, sino imposible, acertarse en encontrar reunidas en un solo hombre las distintas condiciones intelectuales que demanda la formación de un código.

¹ En *La Nación Argentina*, correspondiente a los días 30 y 31 de octubre de 1869, bajo el seudónimo de *Un abogado argentino*, publicó el doctor Lahitte el presente estudio.



No basta el talento y el estudio para abrazar de una vez el complejo de tantas condiciones; porque al conocimiento de las verdades, a la elección de los medios que deben emplearse en la terapéutica legal para dejarlas satisfechas, es preciso agregar la facultad, que no es común por cierto, de saber expresar las ideas con orden para metodizarlas, con claridad y precisión para facilitar su inteligencia; calidades que admiramos frecuentemente repartidas en la distribución de los dones naturales, pero que no es fácil hallar coleccionadas en un solo individuo, hasta formar de ellas el contingente de su capacidad.

Es posible se nos objete que, si para facilitar la expedición de los trabajos es más conveniente encomendarlos a una sola mano, para obtener su perfección bastaría someterlos al examen y estudio de diversas personas competentes.

Pero esta objeción, que si algo prueba es lo mismo que acaba de decirse, sólo sirve para demostrar-nos que estando la perfección que se requiere y que debe buscarse en el concurso de diversas inteligencias reunidas, no hay para qué perder tiempo y trabajo con lo que no puede ofrecernos un resultado provechoso. Y si a esto se agrega que es más difícil dar cima a una obra iniciada bajo el influjo de inspiraciones que nos son extrañas, que iniciarla desde el principio, metodizando el plan de ellas por nuestro propio pensamiento, hasta establecer la unidad de la idea y la propiedad de su expresión, es fácil comprender lo que acabamos de decir.

La legislación de un país debe guardar en sus detalles toda aquella armonía necesaria para alcanzar el resultado que se busca. No basta concebir la



idea del bien, si los medios para obtenerlo son deficientes e incompatibles entre sí.

La falta de esa armonía en la legislación suele ser muy comúnmente la rémora que detiene a los pueblos en la marcha del progreso.

Así como el arquitecto combina los detalles de un plano para producir un resultado perfecto, así también el legislador se halla en el deber de combinar los principios y doctrinas a fin de llegar al resultado que se pretende en toda legislación: el mejoramiento social en todas sus relaciones civiles.

Prescindir de esta condición necesaria es exponerse a formar una codificación informe e ineficaz para los objetos que se han tenido en vista.

Las comisiones que se nombran para examinar los códigos ofrecen, pues, el peligro de destruir la unidad de las ideas que han precedido a su confección.

Difícilmente puede nadie hacerse cargo del criterio privado del hombre al concebir un vasto pensamiento. Apenas es posible estimar aisladamente sus doctrinas por su mérito jurídico; pero esto no es entrar en el fondo de las cosas.

Al pensar, pues, en los inconvenientes y peligros que ofrece el sistema de constituir comisiones para examinar los códigos, creemos que el mejor medio de codificación es encargar ésta a un cierto número de jurisconsultos competentes. El concurso de muchos no se opone a la unidad, que peligraría si en vez de colaboradores fuesen meros examinadores de un trabajo extraño.

Por lo demás, la jurisprudencia tiene a su favor el hecho de contar con un vasto repertorio de doc-



trinas y principios adonde acuden cada día nuestros jurisconsultos, en las discusiones filosóficas de la ciencia.

Es bien sabido, que el derecho romano basado sobre las reglas inmutables de la justicia, es el mejor auxiliar de que nos servimos para facilitar el éxito de nuestros trabajos. Todos los códigos han tomado de él sus mejores principios, principios que sobrevinieron al imperio merced al cristianismo, que sin más armas que su doctrina, subyugó a los bárbaros, civilizándolos y despertando en ellos esa afición a las letras, que ilustrando su razón mejoró sus costumbres.

Al subyugar el imperio de los Césares, a todos los pueblos civilizados impúsoles sus leyes; y como éstas, a pesar de ser tan duras como el bronce en que estaban escritas, basábanse en principios de justicia y de derecho natural, no han podido menos que perpetuarse como fundamento de toda legislación.

La España, que en su poder y cultura fué alguna vez árbitra de los destinos de la Europa, es la que primero sacó partido del derecho romano, al darse códigos propios. Sucesivamente fué mejorándolos, hasta confeccionar el célebre código de las Partidas, monumento grandioso para la España, y que le bastaría, a falta de otras glorias, a conquistarle la mejor página de la historia.

El código de las Partidas no solo es un compendio de leyes civiles, sino un epítome luminoso de moral, cuyas reglas sobrepasan por su sabiduría el límite a que pudieran alcanzar los esfuerzos de la filosofía.

Pero como las leyes llevan en sí el sello de su



época, la legislación de Partidas resintióse de la dureza de sus tiempos. Sin embargo, en pleno siglo XIX todavía estamos regidos por ellas; y esto, si bien prueba por una parte nuestro atraso e incuria en darnos una legislación propia y adecuada, por otra nos revela hasta dónde ha alcanzado la acción de aquellas leyes.

Con posterioridad al código de las Partidas, tenemos el código prusiano, el de Luisiana, Dos Sicilias, Sardo, Vaud, Holanda, Baviera, Austria, Suecia, Berna, Baden, Friburgo, Argovia, Haití, Chile y otros más.

La legislación moderna, a nuestro juicio, no tiene sino el mérito de estar en armonía con los progresos de la humanidad y el de haber adoptado la forma de la articulación, que seguramente facilita consultar sus disposiciones.

Los códigos modernos no ofrecen en lo demás alguna originalidad notable, a pesar de diferencias entre sí en los pequeños detalles, que son consiguientes al diverso modo de ser de cada país. El estudio de la legislación comparada acredita esta verdad.

La codificación hoy día no es materia de invención sino de mera elección de los buenos modelos con que puede contarse para semejante trabajo. Sin embargo, no por esto deja de ser harto penosa y difícil la misión de un codificador desde que le es dado aceptar servilmente leyes de otros países, sin un previo discernimiento, para la sociedad a que se quieren aplicar.

La jurisprudencia es una ciencia esencialmente práctica, sin que sea capaz de sacarla de ese terreno



ni el idealismo alemán, ni las exóticas pretensiones de los novadores sistemáticos. La misma filosofía del derecho está basada sobre principios prácticos: la metafísica no tiene sentido en la jurisprudencia, ni como estudio recreativo. Filosofar sobre una jurisprudencia no es filosofar: es engolfarse en delirios que no acepta ninguna ciencia positiva, que extravía la razón y nos conduce al caos.

La Alemania, que de algunos siglos atrás ejerce una notable influencia en el mundo científico, ha querido también envolver en sus teorías metafísicas a la jurisprudencia, y en este vano propósito está detenida la revisión de su código, porque, como hemos dicho antes, es imposible apartarse de los principios prácticos del derecho sin hacer una legislación inútil, como lo es toda la que no sea para regir prácticamente las relaciones civiles de una sociedad cualquiera.

Teniendo a la vista los códigos citados, desearíamos que el proyecto del doctor Vélez reuniera a la precisión del código francés el razonamiento de las Partidas; pero, desgraciadamente, no tenemos en él ni una ni otra cosa.

La comparación de los diferentes códigos que hemos recordado nos hace comprender que si el proyecto del doctor Vélez es una importantísima obra como trabajo científico, como un repertorio de importantes doctrinas o como un libro doctrinario, en fin, como código es tan defectuoso e inconveniente como el más.

Si el código francés ha sido censurado por su falta de jurisprudencia, el proyecto del doctor Vélez peca por el extremo opuesto de demasiada jurisprudencia.



dencia, descendiendo a pormenores que forman el objeto especulativo de la ciencia.

Tal vez en nuestras apreciaciones estemos equivocados; pero ya que manifestamos nuestro juicio sobre aquel importante trabajo, nos creemos en el deber de demostrar los fundamentos de nuestro juicio.

No podemos descender a un análisis de artículo por artículo, porque esto no sólo nos exigiría un tiempo de que no podemos disponer, sino porque sería ajeno a nuestros propósitos. Pero sí examinaremos a grandes rasgos aquellos artículos que nos parecen merecer una seria refutación.

Así demostraremos cuán acertada fué la decisión del Colegio de abogados al ser consultado por el gobierno nacional sobre si debía sujetarse a examen el proyecto de código o sancionarse tal como está.

El Colegio de abogados, que en el curso de muchos años que lleva de existencia ningún servicio ha prestado al país, a no ser el nombramiento de regulador que hace anualmente, fué en esta vez felizmente inspirado, y no cedió a las declamaciones de los que con ficticio entusiasmo pretendían la aclamación del código como un voto de confianza a la ilustración de su autor.

Si en el mundo hubiera menos cómicos, menos comedias tendríamos.

Tenemos la desgracia que aun en las cosas más serias nos resentimos de ligereza, producida por el hecho de dar fácilmente cabida a hombres que por hablar mucho pretenden llevar la iniciativa que les acuerdan los círculos que los elevan.

Y no se diga que somos injustos en nuestros



conceptos, ni que apreciamos con pasión ciertos procedimientos. Sobre lo primero nos referimos a un hecho. Sobre lo segundo nos basta recordar, que tratándose de dar leyes a la República Argentina, es decir, de confeccionar los códigos civil, penal y de procedimientos, no sólo no se ha pensado en la unidad de la legislación, pero ni siquiera se la ha creído precisa.

Así se explica que antes de conocer el Código de procedimientos, como si éste no dependiera de la teoría de los derechos.

Los procedimientos judiciales deben ajustarse a la naturaleza de las acciones o derechos que deben ejercerse ante los tribunales, y sin conocer antes éstos no fuera posible pensar en procedimientos. Hacer lo contrario nos produce el mismo efecto que nos causaría ver a un sastre concluir un traje, y después de hecho pasar a tomar la medida al sujeto. ¿Qué puede esperarse de todo esto? Claro está: una legislación informe, cuyos códigos exigirán muy luego alteraciones que no hacen sino complicar más la legislación.

Volviendo al Proyecto de código civil, repetimos lo que dijimos antes: su mérito como libro doctrinario es precisamente el que lo aleja de ser un buen código. No pensamos como los que censurando el proyecto del doctor Vélez, lo hacen acusándolo de no estar adaptado al régimen político de nuestro gobierno.

Pensamos que esos señores no tienen razón. Sus observaciones serían muy atendibles en épocas en que las diversas leyes que rigen las sociedades no estuviesen deslindadas, hallándose tanto las políti-



cas como administrativas y civiles comprendidas en un solo código. Pero el progreso de las ciencias ha ido deslindando gradualmente las leyes, y el código civil ha sido depurado de todo aquello que no sea únicamente derecho privado de un orden civil.

Todos los pueblos civilizados tienen hoy un código político, y es de éste en donde únicamente cabe el cuidado de robustecer por sus principios y doctrinas la forma de gobierno que se haya proclamado en él.

Si la forma de gobierno influye en la legislación civil, es tan pálidamente que no vale llamar la atención.

Tratándose del derecho civil, sólo puede pretenderse la armonía de las instituciones políticas sobre la materia de sucesiones y los derechos de familia. Sobre lo primero no habría sino temer los mayorazgos; pero esta institución no puede aceptarla hoy ningún jurisconsulto, no tanto por lo que se relaciona con la forma de gobierno, cuanto por ser opuesto a las leyes naturales y fundamentales de la sucesión. De manera que bastarían razones meramente jurídicas civiles para no aceptar tal institución.

Sobre el régimen de la familia, consideramos que no cabe más forma que la que asegura al padre la autoridad necesaria para llenar su misión. Querer introducir en la familia el espíritu democrático, es un absurdo, es relajar los resortes sin los cuales fuera un caos la sociedad. La autoridad paterna en los límites que la naturaleza y la civilización establecen, no admite teorías que sólo pueden plantearse en el terreno político. La democracia sólo puede



concebirse en el orden político; quererla llevar al hogar de la familia es llevar la exageración de las ideas hasta el exceso.

Nuestras observaciones van a otro terreno.

¿Cuáles son las condiciones que constituyen la bondad de un código? A nuestro juicio son varias: unas de forma externa, otras de fondo. Por de forma, entendemos la claridad, precisión y poca extensión. Son de fondo: 1ª la generalización de sus principios; 2ª la armonía con las buenas costumbres sociales; 3ª la reforma de usos inconvenientes y opuestos al espíritu del siglo; 4ª hacer prevalecer en lo posible el bien general sobre el interés de los menos; 5ª garantizar la buena fe; 6ª robustecer los vínculos de la familia; 7ª mejorar la condición de todos, extinguiendo esas diferencias que hacen de mejor condición a unos que a otros; 8ª rehabilitar a la mujer para aquellos actos que no se oponen al decoro de su sexo bajo el pretexto de una exagerada fragilidad.

He ahí, en resumen, las condiciones necesarias de un código, si es que él ha de ser la expresión de las necesidades actuales de la sociedad.

Un código no debe comprender, a nuestro juicio, sino principios generales; no debe descender a detalles que pertenecen a la parte especulativa de la ciencia.

Los códigos son para el pueblo; deben estar a su alcance a fin de que cada uno se dé cuenta de sus derechos y de sus deberes civiles. El código que no procure ésto es un mal código, es un código únicamente para abogados, porque tan sólo ellos pueden entenderlo. La misión de éstos, sin embargo no es la de instructores del pueblo, sino la de sos-



tener los derechos privados cuando se les quiere conculcar con mengua de la ley.

¿En qué consiste que todo francés conoce las leyes de su país? En que el código francés por su claridad y concisión está al alcance de todos. ¿En qué consiste que los españoles generalmente ignoran aun las leyes más comunes, como son las que establecen las relaciones de familia? En que la España ha legislado tanto y tan sin método, que aun los mismos abogados son frecuentemente sorprendidos con leyes desconocidas para ellos. Véase por ésto sólo si puede ser indiferente la precisión de un código.

Parece que el doctor Vélez, imitando al doctor Freitas en su Proyecto de código para el Brasil, se hubiera dejado llevar del amor a la ciencia entrando a discernir nimiedades ajenas a un código y propias sólo de un libro doctrinario.

La intensidad del proyecto del doctor Vélez, no sólo pone al código fuera del alcance común de las gentes, sino que aun los mismos magistrados que hubieren de fallar por él, veríanse a cada paso perplejos en sus juicios.

Cuanto más descienda el legislador a pormenores en la materia de jurisprudencia; cuanto más desmenuce los hechos y entre en más detalles, tanto más se embarazará el criterio del magistrado, porque tanto más multiplicará su perplejidad. Al procederse de esa manera, lejos de allanarse el camino a los jueces, no se obtendrá sino estrechar la acción de su criterio ante los infinitos accidentes en que difieren los casos prácticos sujetos a una resolución judicial.

Cuando se consigna el principio general, se deja



libre al criterio del magistrado, y la inducción jurídica le conduce fácilmente a hacer la aplicación de la ley. En este caso no pueden ofrecerse dudas porque nada hay que las forme.

La aplicación de la ley tiene que ser necesariamente obra exclusiva del criterio del magistrado. Por mucho que la ley descienda a los accidentes que acompañan a los hechos jurídicos, no es posible que ella abrace las infinitas combinaciones de las circunstancias que hacen diferir los hechos entre sí. He ahí una razón que aconseja el razonamiento de la ley, desde que ella va hasta donde alcanza el principio que la determina.

El proyecto del doctor Vélez, como el trabajo del doctor Freitas para el Brasil, adolecen del mismo defecto. Son trabajos de gran mérito científico; son riquísimos repertorios de doctrinas jurídicas. Pero precisamente este mérito científico, es el que los aleja de la forma de un código.

Sancionado el proyecto tal como está, nuestra Universidad no precisará de otro texto de enseñanza que el mismo código, porque cualquiera otra obra didáctica sería deficiente ante esa obra llena de profunda jurisprudencia.

Respecto del Proyecto de código civil del doctor Vélez, podemos decir lo que Saint-Joseph, del código prusiano: su grave falta está en no tener la concisión necesaria, y en ocuparse demasiado de la ilustración de doctrinas, descendiendo a pormenores que embarazan a los magistrados.

Vamos ahora a descender al examen analítico del código para demostrar los errores contenidos en sus artículos.



TÍTULOS PRELIMINARES

TÍTULO PRIMERO

De las leyes

Art. 2º.— Las leyes no obligan sino después de su publicación.

No alcanzamos a concebir cuál sea la razón que haya aconsejado al redactor del proyecto, dar a la publicación una fuerza obligatoria que está reservada por la mayor parte de los códigos al hecho de la promulgación.

Decir que las leyes obligan desde su publicación, es falsear los fundamentos de la sanción de la ley. La publicación no supone su conocimiento: es apenas un medio de hacerlas conocer. Por esa razón es que los códigos francés, Dos Sicilias, Luisiana, holandés y bávaro, establecen que las leyes obligan desde su promulgación.

Si al menos se hubiera agregado a la palabra publicación la calificación *oficial*, se habría salvado el inconveniente, desde que la promulgación no es más que la publicación oficial de la ley: pero no puede decirse lo mismo de la simple publicación, que pudiendo emanar de la autoridad, carece de fuerza obligatoria, si no procede de ella, ni se ordena su cumplimiento.

El artículo 3º consigna un principio universalmente reconocido y sancionado por todos los códigos como una máxima de moral legislativa.

La retroactividad de la ley haría ilusorio todo derecho y efímera toda garantía social.



no puede entonces prevalecer en ningún caso contra los intereses comunes, sin destruir las bases en que reposa el edificio social.

Esos derechos que se suponen contra el orden público pondrían en peligro la existencia social y entonces el principio de su conservación bastaría para desconocerle de todo punto.

Así es cómo concebimos la diferencia entre derechos contra el orden público y lo que está fuera de él. Los primeros son inadmisibles en todo país, porque, como hemos dicho, tienden a destruir necesariamente las bases sociales; los segundos constituyen los privilegios concedidos en países monárquicos, que aunque odiosos no afectan la estabilidad social. Sin embargo, esas excepciones de la ley común van desapareciendo ante el principio de igualdad que ha proclamado la civilización a fines del siglo pasado.

El respeto a las leyes que afectan al orden público ha sido consignado de un modo absoluto, no sólo por el código francés en su artículo 6º, sino por los de las Dos Sicilias, de Luisiana, el Sardo, etc.

La sanción de ese principio jurídico en el orden civil es la nulidad, así como en el orden criminal sería la pena correspondiente al caso. Siendo, pues, la nulidad la sanción de ese principio en materia civil, es claro que no cabe revocabilidad: porque lo que es nulo no tiene existencia: *nullum est nulla qualitas*. Según esto, parece que en el artículo 5º se hubiera confundido el hecho con el derecho.

A pesar de las leyes prohibitivas pueden existir hechos contrarios, porque la existencia material de éstos es independiente de las del derecho. Estos he-



chos son revocables porque tienen una existencia positiva; pero de esto no puede deducirse que haya revocabilidad de derechos, desde que se trata de un hecho ilícito que no haya podido constituirlo ningún derecho.

Desde el artículo 6º hasta el 14 trátase de los estatutos reales y personales. Esta materia es de tan alta importancia y ofrece tantas especialidades, que ha merecido un estudio detenido de los más espectables publicistas.

La civilización ha conseguido estrechar más cada día las relaciones de los pueblos, procurando a la vez evitar en lo posible los conflictos que pueden ofrecer esas mismas relaciones, respecto de ciertos derechos inherentes a las naciones.

La tendencia del derecho público moderno es procurar que las naciones estén regidas, en lo que concierne al derecho internacional, por unos mismos principios, y aunque será imposible que ese propósito alcance hasta formar un código universal que rija a las naciones, ya por la falta de un poder supremo que imponga el respeto a ese código, ya porque las diversas condiciones de cada nación las obligue a regirse por diversos principios; mucho se ha conseguido a este respecto y mucho hay que esperar de esa civilización, cuyo progreso va asegurando los destinos de la humanidad.

Pero sea cual fuese la tendencia del derecho público, su jurisprudencia tiene que basarse en dos principios fundamentales, a saber, su independencia y soberanía. De aquí es que las reglas establecidas en los estatutos con el propósito de evitar conflictos de jurisdicción no pueden en ningún caso afectar en lo más mínimo aquellos principios.



De acuerdo como están las naciones en los requisitos que constituyen la soberanía de un país y en las consecuencias de este hecho, no han podido menos que convenir en ciertas reglas respecto de los estatutos.

La necesidad de esas reglas ha hecho decir, con alta razón a un publicista, que sería contradictorio que un individuo por el mero hecho de transportarse de un país a otro, cambiara de estado y de condiciones, llegando a ser a la vez mayor y menor de edad, libre y bajo patria potestad, soltero y casado.

Pardessus, y con él el mayor número de los publicistas, convienen en que, en cualquier parte que se encuentre, el hombre está sometido a las leyes de su país, en lo que concierne a su capacidad y condiciones personales. Esta sujeción del hombre a las leyes de su patria, no es sino una consecuencia lógica y necesaria del imperio de la soberanía a que está sometido todo súbdito o ciudadano, sin que pueda considerarse que se substraer a ese imperio por el mero hecho de hallarse fuera del territorio de su patria.

El ciudadano es parte integrante de la sociedad que constituye su nacionalidad, y al separarse de ella puede decirse que se opera una especie de desmembración social, desmembración puramente material, pero cuya unidad moral subsiste mediante los vínculos que lo unen y encadenan con su patria.

Por consecuencia del mismo principio de soberanía, es claro que desde que un individuo pise en país extranjero, tiene que someterse a las leyes de éste y no puede pretender que las de su país rela-



tivas a sus condiciones personales prevalezcan y le amparen con menoscabo de la legislación del país en que se encuentra; porque esto importaría invocar un principio contradictorio respecto a la soberanía, la cual es absoluta, únicamente en los límites que fijan los principios que la constituyen. En una palabra, la soberanía en el sentido de jurisdicción es relativa y de ninguna manera absoluta. Por consiguiente, el principio establecido en el artículo 6° respecto a actos o bienes en país extranjero es inadmisibles, y ninguna nación lo aceptaría a menos que por tratados especiales se consignara la reciprocidad en tales casos.

El artículo 8° contradice completamente los principios establecidos en los dos artículos precedentes, reconociendo en éste el principio de la jurisdicción local.

Entre las diversas reglas que establece Ueberus respecto de los estatutos, una de ellas es que todas las personas que habitan en los límites de un territorio son consideradas como súbditos de ese Estado, respecto de su legislación civil, aunque su permanencia sea temporaria.

Por más que se pretendan establecer excepciones y distinciones numerosas respecto de la jurisdicción de las naciones, nada será capaz de poner límite a la soberanía en el territorio propio.

Está universalmente reconocido que los bienes raíces están regidos por las leyes del país en que se encuentran y que no puede ejercerse ningún derecho sino con arreglo a esas leyes. A este respecto la Inglaterra y los Estados Unidos no admiten la menor restricción y observan los mismos principios



que reconocían todas las naciones desde la edad media.

Respecto de los bienes muebles, es doctrina común que están regidos por las leyes del domicilio de su dueño. La ninguna fijeza de estos bienes y su naturaleza movable han aconsejado considerarlos adheridos a la persona; pero esta regla reconocida universalmente, debe entenderse respecto de los bienes muebles que acompañan al individuo, pero no de aquéllos que se encuentran en diverso país.

Nuestro juicio se basa en dos poderosas razones: 1ª que no todas las legislaciones convienen en la misma denominación de muebles, siéndolo para unos los mismos que para otros son reputados inmuebles. La legislación escocesa, por ejemplo, considera inmueble la renta que produce la tierra, los contratos de fondos públicos, las acciones de banco, etc.; 2ª porque ese principio importaría el despojo de aquellos a quienes las leyes amparan en un derecho respecto de bienes situados en su propio territorio.

Supongamos el caso de un argentino que testando en la India dispusiera de dineros colocados en el banco de esta provincia con arreglo a las leyes de la India. ¿Sería válida ésta disposición con perjuicio de los herederos forzosos, a quienes las leyes del país asignan como legítima las cuatro quintas partes de los bienes de los ascendientes? De ninguna manera.

Decir que las leyes del domicilio deben regir los bienes muebles siempre que no sea con infracción de las leyes del país en que se encuentra es reconocer implícitamente el principio de soberanía local; porque entonces, por más que se diga, no es a virtud



de las leyes del domicilio que se dispone de los bienes sino de la jurisdicción local, sea porque coincidan ambas legislaciones respecto de la forma en que pueda disponerse de los bienes muebles, sea porque la legislación local consienta en que se disponga de ellos con arreglo a las leyes extranjeras. Considérese como se quiera el caso, el hecho es que por último resultado tendremos que respecto de bienes muebles las leyes que rigen son las del lugar en que se encuentran.

Respecto a los contratos o actos meramente civiles hay que distinguir lo que concierne a las formas externas y lo que se refiere al mérito intrínseco de ellos, esto es, a las obligaciones o fines que lo hayan ocasionado.

Sobre lo primero, esto es, sobre las formas externas, es doctrina común que deben guardarse las leyes del país en que tengan lugar, y que estas deben ser respetadas en todas partes, en todo.

El asentimiento que han prestado las naciones a ese principio proviene no solo de que él no afecta de ninguna manera la soberanía local, sino porque las formas y solemnidades de que deben estar revestidos los actos civiles, tienen un mismo objeto en todos los países, como lo es asegurarse de la autenticidad de las convenciones particulares o de liberaciones del individuo. Así es que aun cuando no en todos los países se revisten de unas mismas formas los actos civiles, en todos ellos se tiene el mismo propósito, lo cual basta para ser aceptado recíprocamente entre las naciones. El único procedimiento a que están sujetos los documentos en que constan los actos celebrados en el extranjero es a la visa-



ción del cónsul del país en que han de exhibirse, lo cual sólo tiene por objeto acreditar la autenticidad que revisten los documentos.

En cuanto a la validez de las estipulaciones o actos celebrados en el extranjero rige la regla de *locus regit actum* toda vez que su ejecución debe verificarse en el mismo lugar de su otorgamiento; pero si hubiera de ejecutarse en otro país h y que estar a las leyes de éste y no a las de aquél en que se otorgó.

Según lo expuesto, es evidente que los estatutos reales y personales se basan en los principios de soberanía y en los tratados que celebran las naciones; por consiguiente, las reglas de *lex rei citae*, *lex loci domicilii*, *locus regit actum* y *lex fori*, no tienen otro fundamento.

Sin embargo, hay un hecho excepcional al cual han convenido todas las naciones civilizadas en reconocerlo como legítimo, sean cuales fueran las leyes que lo hubieran autorizado. Este hecho es el contrato matrimonial.

Prohibida como está en todo país cristiano la poligamia, las leyes de todos los pueblos, convienen en exigir del hombre una soltura absoluta tratándose del contrato matrimonial. Por manera que, sean cuales fueren las formas con que el hombre contraere matrimonio legítimo en un país, queda inhibido, mientras subsista su cónyuge, de poderlo contraer en otro país, por más que las leyes de éste establezcan diversas formas y solemnidades para el contrato de matrimonio. Este es el único hecho que afecta la capacidad del individuo de una manera absoluta en todas partes.



Respecto a la aplicación de leyes extranjeras consideramos absoluta la regla de *lex fori*, no sólo por el principio de soberanía, sino por razón de orden jurídico.

La excepción que establece el artículo 13, respecto del caso en que los extranjeros convengan en ser juzgados por las leyes de su país, es innecesaria desde que la jurisdicción de los tribunales en tal caso no sería ordinaria sino voluntaria, lo cual no ha menester de ninguna sanción especial desde que el juicio arbitral es permitido por nuestras leyes.

Resumiendo nuestras observaciones sobre la materia de estatutos, decimos que los artículos 6° y 7° respecto de su segunda parte son inadmisibles, y aunque el redactor ha tratado de salvar por medio de una nota la contradicción en que aparecen dichos artículos con el principio consignado en los posteriores respecto de los bienes situados en el extranjero y de los actos verificados en éste, esa salvedad es inadmisibile por su forma tratándose de un código cuyas disposiciones deben ser completas, tanto en los principios que se establecen como en las excepciones que se permiten.

El artículo 11 debiera limitarse a los bienes muebles que acompañan al individuo, a virtud de las razones que hemos dejado expuestas.

Sin embargo, en uso del principio de la soberanía, las naciones pueden alterar por tratados especiales las reglas que rigen los estatutos reales y personales. Algunas de ellas no han esperado hacer tratados para alterar esas reglas, consignando concesiones en sus propios códigos a condición de reciprocidad. Esto es altamente conveniente entre



naciones que se encuentran en unas mismas condiciones; pero respecto de los Estados débiles que carecen de poder bastante para sostener sus derechos, consideramos peligrosa semejante reciprocidad, porque llegado el caso de un conflicto de jurisdicción no tendrían cómo contrarrestar la fuerza en que generalmente apoyan sus derechos las naciones poderosas.

TÍTULO SEGUNDO

Del modo de contar los intervalos del derecho

Respecto a este título habría sido de desear que se hubiera establecido una distinción entre los términos de las obligaciones y los que se refieren a procedimientos judiciales.

Sobre los primeros, esto es, los términos de las obligaciones, no hallamos inconveniente en que sean corridos, comprendiendo toda clase de feria; pero sobre los segundos, no podemos decir otro tanto desde que media una circunstancia que modifica su objeto.

Si una feria cualquiera abraza mayor número de días que los hábiles, en los términos de procedimientos, no es justo ni lógico que los que liquidan sean perjudicados por la feria.

Ya que se ha tratado de establecer un principio general de legislación en los términos, sin dejar lugar a que el Código de procedimientos consigne los principios que le son relativos, es indispensable entonces establecer ya esa diferencia entre los términos de las obligaciones y el de los procedimientos judiciales.



Desde que el objeto de los términos en los procedimientos judiciales es dar lugar al estudio y defensa de los derechos que se ventilan, no hay una razón para restringir ese beneficio con mengua de los derechos.

La homogeneidad establecida por el código civil entre los términos de las obligaciones y de los procedimientos ofrece el grave inconveniente de hacer ilusorio en muchos casos el beneficio de los términos, pudiendo suceder que una feria comprenda gran parte del término probatorio o de apelación, en cuyo caso los litigantes se ven despojados de un derecho que la ley debe asegurar en toda su plenitud.

En consecuencia de nuestra observación y en armonía con aquel principio de derecho de que *favorabilia sunt amplianda*, creemos que sería más jurídico establecer que en los términos de procedimientos judiciales no se incluyan los días feriados o inhábiles para los tribunales.

LIBRO PRIMERO

TÍTULO PRIMERO

De las personas jurídicas

Así como el hombre se halla constituido por dos principios de distinta naturaleza, esto es, el principio físico y el principio moral, cuya existencia se manifiesta de diversas maneras, así también, la humanidad que no es sino el conjunto de los hombres, tiene que reconocer los mismos principios constitutivos.



Al establecer la ley civil las relaciones de las personas de una existencia física no ha podido dejar de percibir la entidad moral que constituye al orden social, la cual, no obstante su existencia meramente moral, se relaciona de tal manera con la naturaleza física que fuera imposible dejar de reglamentar sus relaciones con el orden material de la sociedad.

El hombre es naturalmente sociable y lo es de tal modo que no se le puede concebir de otra manera. Establecida esta necesidad social en el hombre, tenemos que la entidad moral social es inherente a su naturaleza.

El individuo, como ser físico, es capaz de representar por sí mismo sus derechos individuales; pero a más del individuo hay la comunidad que abraza a todos y que debe prevalecer aun con menoscabo del derecho individual. Mas estos derechos de la comunidad, no pueden considerarse sólo en la esfera moral, desde que su existencia la forman precisamente las relaciones con los individuos; luego es menester legislar sobre ellos. He ahí, a nuestro juicio, el origen de las entidades jurídicas llamadas propiamente morales respecto de su existencia jurídica, respecto de sus relaciones.

Parece que el autor del código civil hubiera confundido el principio de existencia moral con las relaciones de ese principio, y sólo así es que puede decir en su nota que impropriamente se llaman personas morales.

El jurisconsulto Zachariae, cuya autoridad cita con frecuencia el autor del código, no ha trepido en llamar personas morales a las entidades jurídicas,



puesto que refiriéndose a su existencia ha tenido que buscarla en el terreno moral.

Por más que sea una verdad que en el mayor número de los códigos no se usa de la denominación genérica de personas morales, no lo es menos que en todos ellos se legisla sobre las entidades que la constituyen, esto es: municipalidad, Estado, comunidades religiosas, etc. De manera que la falta de denominación de personas morales en los códigos, no es una circunstancia que altere en lo más mínimo su naturaleza.

El artículo 14 de este título, establece que no se puede ejercer contra las personas jurídicas acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellos.

No vemos homogeneidad de razones para confundir la responsabilidad criminal con la civil.

Si bien reconocemos que las entidades morales por la índole de su naturaleza abstracta no son capaces de cometer crímenes, puesto que la ficción del derecho tiene que ceder ante la realidad de las cosas, no sucede lo mismo respecto del orden civil, en cuyo terreno está reconocida plenamente la entidad moral para el goce de los derechos civiles.

Si una municipalidad u otra corporación cualquiera infiriera perjuicios sin derecho a un tercero ¿qué razón hay para que no los indemnice?

Excusar la responsabilidad en tales casos no sólo importaría una excepción odiosa en el derecho común, sino que sancionaría la impunidad de todo avance o tropelía cometido por tales corporaciones.



Sean cuales fuesen las consideraciones con que se quieran vestir a las entidades morales, no es posible consentir en que aquéllas se lleven hasta hacer ilusorias las primeras garantías sociales, como lo son la seguridad individual y la propiedad.

El artículo citado ha debido, pues, limitarse a excusar la responsabilidad criminal, no solo por razón de que como seres abstractos son incapaces de cometer delitos, y porque la ficción del derecho no puede llevarse hasta cubrir con el manto moral lo que sólo puede ser obra exclusiva de persona física, sino porque gozando las entidades morales de la plenitud de los goces civiles, no es justo que substraigan a las relaciones que puedan afectarla de una manera desfavorable.

CAPÍTULO PRIMERO

Del principio de la existencia de las personas jurídicas

Art. 16. — Comienza la existencia de las corporaciones, asociaciones, establecimientos, etc., con el carácter de personas jurídicas, desde el día que fuesen autorizadas por la ley o por el gobierno, con aprobación de los estatutos y confirmación de los prelados en la parte religiosa.

Según el artículo citado las entidades morales no son personas jurídicas mientras su existencia no sea aprobada expresamente por la ley o por el gobierno.

Consideramos que la restricción impuesta en ese artículo es antisocial y antiliberal, según vamos a demostrarlo en muy pocas palabras.

La existencia jurídica de las entidades morales no es una gratuita concesión de la ley ni una sutil invención de la jurisprudencia.



La existencia jurídica procede de las necesidades sociales. La ley no ha hecho otra cosa que reconocerla como una necesidad de la condición social y del progreso en que marcha la humanidad.

Ya hemos manifestado cuál es, a nuestro juicio, el origen de las personas jurídicas y creemos haber probado también que su existencia es inseparable del hombre porque lo es del orden social.

Según el principio establecido en el artículo citado, todas las asociaciones que no tengan la sanción expresa de la ley o del gobierno son incapaces de ejercer derechos, a pesar de tener una existencia positiva según lo reconoce el artículo 17 del mismo capítulo.

Según esta teoría, es imposible la existencia de una asociación cualquiera, desde que por lícita que sea se le desconoce todo género de derechos y toda especie de garantías.

Ninguna institución civil puede subsistir en el orden social si su existencia no está garantida por las leyes.

El progreso de la sociedad, el desarrollo de su comercio y los multiplicados arbitrios que se conciben en la rápida marcha de la civilización han hallado en las instituciones morales el más poderoso elemento de progreso. Poner, pues, trabas a la plantación de las instituciones de una existencia moral, es poner un dique al torrente del progreso, y es por esta razón que no hemos podido menos de clasificar de antiliberal el principio establecido en dicho artículo.

La fiscalización de los gobiernos en las asociaciones que se hallan fuera del terreno político, es de todo punto efímera y embarazosa a la libre acción de aquéllas.



Es la sociedad misma la que aconsejada por sus propios intereses puede fiscalizar y apreciar con mejores datos las garantías y conveniencias que ofrecen las asociaciones.

En vez del artículo 16, nosotros propondríamos el siguiente: Comienza la existencia jurídica de las entidades morales desde que tengan una representación física y no sean contrarias a las leyes y a las buenas costumbres.

CAPÍTULO SEGUNDO

Del fin de la existencia de las personas jurídicas

En este capítulo se encuentra el artículo 21 re-dactado en estos términos: «Disuelta o acabada una sociedad con el carácter de persona jurídica, los bienes y acciones que a ella pertenecían, tendrán el destino previsto en sus estatutos; y si nada se hubiese dispuesto en ellos, los bienes y acciones serán considerados como vacantes y aplicados a los objetos que disponga el cuerpo legislativo, salvo todo perjuicio a tercero y a los miembros existentes de la corporación.»

Si nos fuera permitido clasificar este artículo tal como lo concebimos, diríamos que es un anzuelo jurídico para pescar bienes de frailes.

Las asociaciones sólo pueden ser o meramente civiles o religiosas.

Respecto de las primeras es de todo punto inverosímil que no esté prevista en sus estatutos su liquidación definitiva de bienes o la aplicación de todos en caso de disolución.

Por manera, pues, que el espíritu de dicho ar-



título sólo puede referirse a las instituciones religiosas, que no teniendo por base ni objeto en su establecimiento los bienes temporales, no preven nunca la distribución de sus bienes en los casos de extinguirse la comunidad o asociación que las representa.

Desearíamos alcanzar la razón en que pueda fundarse el derecho de la legislatura para disponer de los bienes de las comunidades religiosas, cuyos individuos hayan desaparecido por motivos particulares o a virtud de una ley.

Si tal cosa se sancionara entre nosotros ya sabrían las comunidades religiosas a qué atenerse respecto de sus bienes.

El día que cualquiera de ellas, mediante la piedad de los fieles, se encontrara con bastantes bienes, no faltaría seguramente una razón de Estado que aconsejara la supresión de las comunidades. Verificada ésta, sus bienes pasarían entonces a las arcas del tesoro público. Semejante consecuencia sería en todo tiempo un incentivo tan poderoso a los gobiernos como funesto a las instituciones religiosas.

Establecido el principio de que las personas jurídicas son capaces de adquirir propiedades, es menester ser consecuente con las condiciones que constituyen la propiedad en toda su plenitud.

No pueden confundirse las asociaciones meramente civiles con las religiosas, puesto que difieren en origen, en propósitos y en su forma.

Las asociaciones civiles proceden de la reunión de los individuos, y antes de nada existen, por manera que la entidad jurídica procede inmediatamente de la asociación de individuos, así como se extingue



por la separación de los miembros que las han constituido.

Respecto a las instituciones religiosas es diversa cosa. No son los individuos los que crean la institución; lejos de esto, es a virtud de ella que se asocian para darle una expresión material capaz de hacer sentir los beneficios piadosos. La comunidad, pues, es a la institución religiosa lo que el contrato social en la asociación es respecto de los individuos. Siendo esto así, es claro que aun disuelta una comunidad no desaparece el instituto porque teniendo este una existencia moral no puede ser extinguido a virtud de un hecho material. Esta facultad está reservada a la autoridad que la creó, la cual, ejerciendo las atribuciones con que fué investida, tiene el poder moral de extinguirla. Ni sería una razón tampoco que faltando la comunidad desaparezca la representación física y necesaria para constituir la persona jurídica, porque siendo toda comunidad religiosa una fracción de la Iglesia, su extinción local ni afecta al instituto ni altera la personería positiva de la Iglesia respecto de sus bienes, que lo son sin duda todos los que corresponden a instituciones religiosas, por el mero hecho de reputárseles bienes eclesiásticos, a virtud de estar determinados al sosten del culto y de sus ministros.

Siendo los bienes de comunidad religiosa, bienes que pertenecen a la Iglesia, es lógico que por la extinción de una comunidad sus bienes temporales pasen al prelado diocesano, no como sucesor sino como administrador legal de ellos.

No debe olvidarse, por otra parte, que los bienes de comunidades religiosas proceden de una donación



espontánea de los fieles, quienes en cambio de su liberalidad merecen muy especialmente como bienhechores de la Iglesia los sufragios de ella. Esta condición implícita de los donantes sólo puede llenarla la Iglesia. Privar, pues, a ésta de sus bienes, no sólo es cometer un despojo violento, y por consiguiente un atentado injustificable a la propiedad, sino que es desconocer la legitimidad, espontaneidad y propósitos de esas donaciones.

Bajo cualquiera faz que se medite este punto resalta a primera vista la extorsión de que ha sido víctima la Iglesia por muchos gobiernos, que bajo frívolos pretextos se han apoderado de bienes que no han debido tener otro destino que aquel designado por sus donantes.

Si razones económicas, administrativas, aconsejan a los gobiernos impedir la acumulación de bienes raíces en manos muertas, esto es, en manos que no propenden a las mejoras que forman el progreso material de los pueblos, la expropiación es un medio legal de salvar ese inconveniente, conciliando el respeto a la propiedad.

En resumen, pues, consideramos que en vez de lo que establece el artículo 21, debiera consignarse como un principio legal el que toda vez que desaparezca por cualquier causa una comunidad religiosa, sus bienes sean administrados por el prelado diocesano, pudiendo éste disponer de ellos según las facultades de que estuviesen investidos respecto de los bienes eclesiásticos.



únicamente estaría justificada la intervención del ministerio público.

Ya que el principio de autoridad va cediendo a las tendencias del siglo y a los principios democráticos de la sociedad, es menester vigorizar de todas maneras la autoridad paterna, si es que se quiere evitar que desaparezca y con ella los vínculos y resortes de la familia.

La tutela pública sobre los hijos que se hallan bajo la patria potestad contribuye poderosamente a relajar la autoridad paterna, infundiendo desconfianza de las afecciones naturales y enseñando la posibilidad que prevalezca el interés material y egoista a los nobles sentimientos que más enaltecen el corazón humano.

TÍTULO CUARTO

De la existencia de las personas antes del nacimiento

Art. 1º. — Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento ellas pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieran con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.

Como se ve, el artículo precedente establece una nueva doctrina en el derecho, acordando capacidad jurídica al ser humano con toda prescindencia de su viabilidad.

Sin embargo, al sancionar la existencia legal de los seres humanos en el seno materno, esto es, al aceptar la ley el hecho físico desde su constancia



fisiológica, tiene que ser necesariamente basada en la presunción de la viabilidad del feto. En consecuencia de esto, los derechos adquiridos por la presunción de la viabilidad deben extinguirse desde el momento que la presunción desaparezca.

Dice el artículo citado, que para adquirir irrevocablemente los derechos basta que los concebidos manifiesten signos de vida fuera del seno materno. Esta declaración importa prescindir de una manera absoluta de la viabilidad, lo cual no puede aceptarse sin graves inconsecuencias jurídicas.

La existencia de los seres humanos no la constituye únicamente la vida orgánica que aparece desde su concepción, y cuyo principio está fuera del alcance humano. Parece que la naturaleza hubiera cubierto con un denso velo sus más sublimes arcanos, para escapar a la investigación humana y obligar al hombre a ver en Dios el creador de todos los seres.

La existencia humana sólo puede concebirse según los principios fisiológicos.

En esta materia la ley civil tiene necesariamente que someterse a la ciencia médica, si es que busca la verdad y la justicia en sus preceptos.

Si los seres humanos no se hallan en perfecto desarrollo de su organismo, al grado de poder tener una existencia independiente del seno materno, su falta de viabilidad en este caso, sólo deja una vida orgánica que es apenas principio de la vida humana. Sin embargo, según el artículo que analizamos, el aborto expedido con síntomas de vida orgánica es un ente tan perfecto como el más para adquirir y transmitir derechos.



La legislación española, estableció una viabilidad legal haciéndola depender de un tiempo determinado; pero el progreso de la ciencia fisiológica ha alcanzado a demostrar que ese período legal era insuficiente para comprobar la viabilidad natural.

Al ocuparse de esta materia, los legisladores han sido inducidos más por la necesidad de establecer la legitimidad de los hijos que por la de constatar la existencia natural.

Creemos, como Matta, que no hay ni puede haber más que una viabilidad y que la legal no puede ser otra que la natural.

Para fijar la edad o las condiciones que en el acto del nacimiento deba tener una criatura, si ha de ser declarada viable, el legislador necesita, dice Matta, del concurso de la fisiología, y lo que la fisiología enseña, lo que la ciencia tenga resuelto sobre este punto, eso ha de ser la base de la ley; de modo que es imposible establecer entre la ley y la ciencia diferencia alguna, a menos que se quiera apartarse de lo que hace justas las leyes.

Estando de acuerdo con el artículo citado, en cuanto a no hacer depender la viabilidad de un tiempo determinado y en no conceder al más o menos tiempo de vida la importancia legal que le ha atribuído la legislación española, creemos, sin embargo, que debe exigirse la viabilidad como una prueba del desarrollo completo de un ser informe, que no ha alcanzado a gozar de la vida humana mediante el concurso de sus sentidos.

La viabilidad, pues, es tan indispensable para acreditar la perfecta existencia humana que prescin-



dir de ella sería apartarse de los rectos principios del derecho y de la justicia.

Respecto a la significación de la viabilidad no están de acuerdo los fisiólogos. Los unos se limitan a exigir el desarrollo necesario del organismo humano para la vida; otros exigen además las perfectas condiciones que aseguren la vida, y otros finalmente van hasta la capacidad natural de recorrer todos los períodos de la vida.

La ley civil no puede basarse en probabilidades que una constante experiencia acredita su incertidumbre; porque esa misma incertidumbre haría injusta la ley. Es preciso, pues, que ésta limite su sanción a lo cierto, a lo que es constante de un hecho actual, sin librar su disposición a hechos futuros e inciertos.

De acuerdo con estos principios somos de opinión que la viabilidad se haga depender únicamente del completo desarrollo orgánico que haga posible a existencia independiente del ser humano.

TÍTULO SEXTO

Del domicilio

El domicilio de los individuos pueden constituirlo diversas causas según las relaciones sociales, y será más o menos perfecto según lo exijan los objetos que lo hagan necesario. Para el orden político, el domicilio debe ser constante de hechos positivos; para el orden municipal, las condiciones del domicilio pueden ser menos rigurosas; y finalmente para el orden meramente civil respecto al goce de derechos comu-



nés, no debe haber necesidad de domicilio para considerarse en la plenitud de los derechos civiles.

El domicilio en materia meramente civil sólo podría tener por objeto determinar la jurisdicción a que deben estar sujetos los individuos. Siendo esto así, consideramos que la simple residencia personal deba bastar para quedar sometida a la jurisdicción local.

No diríamos otro tanto tratándose de derechos políticos o municipales; porque afectando éstos la comunidad social, la ley está en el caso de buscar la garantía de esos intereses en el arraigo de los individuos o en otras condiciones que los haga suponer adheridos estrechamente al cuerpo social.

Uno de los propósitos que debe guiar al legislador es propender a que la acción de la ley no se sienta embarazada por obstáculos personales, con perjuicio de la comunidad social.

Exigir, pues, domicilio en materia meramente civil ni tiene objeto, ni produce ningún bien; muy al contrario, parece establecer cierta especie de inmunidad para los que no se hallan en condiciones de atribuírseles un domicilio. Según esto, convendría establecer como un principio el que la simple residencia de un individuo, aun con el carácter de transeunte, basta para considerarlo sometido a la jurisdicción civil.

Sancionado el principio que establecemos, no hay necesidad entonces de falsear el sentido de las palabras, atribuyendo domicilio al que por su carácter de transeunte no puede suponersele.



TÍTULO SÉPTIMO

Fin de la existencia de las personas

Si bien estamos de acuerdo en que desaparezca de nuestra legislación la muerte civil como pena, no lo estamos en cuanto se relaciona a lo religioso.

Las razones que han inducido al autor del proyecto para acordar vida civil a los religiosos, no son bastantes a nuestro juicio para contrariar la disciplina eclesiástica relajando sus resortes hasta poner en peligro los santos y sublimes propósitos del catolicismo.

Las complicaciones y dificultades que se han suscitado hasta hoy respecto de los religiosos profesos que han recobrado sus derechos civiles a virtud de las dispensas que han obtenido, ya para secularizar, ya para relajar los votos solemnes, ya para desempeñar ciertas dignidades eclesiásticas, no proceden del hecho de la vindicación de la vida civil, sino del silencio de la legislación a este respecto.

Consignándose, pues, de una manera clara y terminante los efectos civiles en caso en que los religiosos profesos vuelvan a la vida civil, no hay que temer esas complicaciones de familia que tanto han alarmado al autor del Proyecto de código civil.

La muerte civil del religioso no pende únicamente de la ley civil. La iglesia católica ha establecido que el religioso profeso muera para el mundo en cuanto a sus relaciones políticas y civiles. La ley civil no ha hecho sino aceptar la sanción de la Iglesia, como una consecuencia lógica y necesaria de la abnega-



ción que acompaña al hombre al entrar en la vida monástica.

Las órdenes mendicantes, por ejemplo, cuyos religiosos hacen votos solemnes de pobreza, no pueden por su instituto tener peculio alguno y mucho menos aceptar herencias cuantiosas. Acordar la vida civil a estos religiosos sería destruir por su base la institución hasta hacer imposible la vida monacal.

El poder civil tiene un perfecto derecho para permitir o no el establecimiento de instituciones monacales; pero es impotente e incompetente para alterar los institutos religiosos y relajar la disciplina eclesiástica.

Con la misma libertad que el hombre abraza la vida religiosa, hace una renuncia explícita de todos aquellos goces sociales y derechos civiles que no siéndole ya necesarios a sus propósitos en esta vida, su privación espontánea le prepara el camino de la virtud y su consagración a Dios.

Aunque más no fuera, pues, que por respeto al libre albedrío del hombre, la ley no debiera contrariar jamás el propósito de una abnegación que ha sido, es y será la mejor enseñanza del catolicismo.

Creemos, pues, que desaparece toda dificultad sobre esta materia estableciendo que el religioso profesado, que por secularización u otra causa legítima volviera a la vida civil, sus derechos se entiendan únicamente desde la fecha de su rehabilitación sin que pueda retrotraerlos a tiempo alguno sobre hechos consumados. La sanción de ésto no sólo implica el respeto debido a los derechos legítimamente adquiridos, sino que evitando estímulos mundanos para abandonar la vida monástica, pondría a cubierto a



las familias de toda controversia o litigio de intereses.

TÍTULO OCTAVO

De las personas ausentes con presunción de fallecimiento

El presente título guarda bastante armonía con los principios establecidos en el código francés y demás códigos que le han imitado. Sin embargo, aunque el código francés no diga expresamente que la ausencia sea una presunción de fallecimiento, como en efecto no puede decirse racionalmente, al hablar de los efectos de la ausencia, hace posible la presunción del fallecimiento en casos determinados, pues a no ser así, no habría cómo explicar la posesión de los herederos respecto de los bienes del ausente. De manera que el código francés, sin avanzar hasta atribuir a la ausencia una presunción del fallecimiento, lo establece implícitamente en casos determinados aunque no de una manera absoluta.

Juzgamos que, después de declararse los efectos de la ausencia, el código no ha debido ocuparse más de la materia. La manera de proceder en los casos de ausencia, ya respecto de bienes, ya respecto de los derechos del ausente, parece corresponder únicamente al código de procedimientos, como lo ha consignado el código prusiano.

Sin embargo, haremos algunas ligeras observaciones respecto a la inconsecuencia de ciertos principios consignados en este título.

El artículo 1º establece el lapso de seis años de ausencia sin noticia del individuo para presumir su fallecimiento. La presunción de la ley constituye una



prueba plena en derecho, salvo prueba en contrario; según esto, no se concibe cómo es que por el artículo 13, ya no bastan los seis años establecidos en el artículo 1º, sino que son necesarios quince años de ausencia u ochenta de nacimiento del individuo para acordarse la posesión definitiva a los herederos del ausente.

No concebimos tampoco qué sentido jurídico tiene la posesión definitiva, cuando se establece al propio tiempo la posibilidad de perderse esa posesión cuando aparece el individuo ausente.

Sobre este punto se ha copiado literalmente el artículo 132 del código francés, adoptado también por el código de Luisiana.

Al usarse tan impropriamente de la frase *posesión definitiva*, parece haberse tenido por objeto distinguirla de la primera posesión concedida a los parientes en los casos de ausencia, sin darle, sin embargo, derecho alguno a los bienes.

No obstante, el hecho de confundir el sentido jurídico de las palabras compromete los principios del derecho.

Hablándose de la entrega de los bienes del ausente a sus deudos, no puede propiamente usarse la voz posesión, porque ésta sólo procede de un título que seguramente no pueden invocar los parientes mientras no haya evidencia o presunción legal del fallecimiento del ausente. En este caso no es sino una mera administración de bienes y sólo se tiene en virtud de establecerlo así la ley, en la presunción de que los parientes son los que mayor interés pueden tener en la conservación de las cosas.

Transcurrido el término de la nueva administra-



ción, es recién entonces que puede hablarse con propiedad de la posesión interinaria; porque es recién entonces que empieza a adquirirse algún derecho a los bienes poseídos.

La posesión definitiva sólo puede proceder en virtud de un título legítimo, capaz de conferir propiedad, y, por consiguiente, no puede depender su revocabilidad de un simple hecho.

Por lo demás, creemos que el lapso de quince años para hacer del poseedor las rentas de los bienes del ausente es demasiado tiempo.

Atravesamos una época en que el agente vapor, las líneas telegráficas, y los esfuerzos de la inteligencia en acortar la distancias, abreviar el tiempo y estrechar las relaciones de los pueblos, hace difícil que pueda ignorarse por mucho tiempo el paradero de un individuo que se ausenta de su país.

Por las observaciones expuestas hallaríamos más razonable: 1º que los parientes del ausente puedan solicitar y obtener la administración de sus bienes toda vez que no hubiera dejado un representante; 2º que transcurridos cinco años sin tenerse noticias del individuo ausente y previa justificación de haberla procurado, se conceda a los administradores la posesión interinaria con derecho irrevocable a los productos de los bienes, y 3º que vencido el término de diez años de ausencia en los mismos términos, los poseedores adquieren el derecho de propiedad a los bienes poseídos.

Desde que la ausencia por el término de diez años con prescindencia absoluta de los bienes importa un abandono de ellos, no es justo que la ley



garanta un derecho en perjuicio de los intereses sociales.

Creemos que nadie podrá sorprenderse de que se hagan caducar los derechos de propiedad por el abandono absoluto de ellos por el término de diez años, cuando vemos en otros códigos efectos más trascendentales respecto de la ausencia.

El artículo 81 del código de Luisiana establece, que la ausencia de un marido por espacio de diez años sin tener noticia de él, autoriza a su consorte a contraer segundas nupcias, y aun cuando después aparezca, no por eso invalida este segundo matrimonio. Otro tanto dispone el código holandés en su artículo 550.

Después de conocer estas disposiciones legales en códigos que gozan de alta reputación en la ciencia del derecho no pueden parecer extrañas las modificaciones que hemos propuesto a los efectos de la ausencia.

TÍTULO NOVENO

De los menores

Sin hacer mayor alto en la novedad introducida en la legislación respecto a nivelar el hombre a la mujer en su desarrollo intelectual, con prescindencia de la verdad y de lo que la experiencia atestigua, nos llama la atención de que hablándonos de la emancipación, sólo se establezca el matrimonio como único medio legítimo de ella.

Nosotros somos de opinión que, cuando menos, debieran admitirse otros dos medios de emancipación,



ya como consecuencia forzosa de ciertos principios de derecho, ya como una necesidad impuesta por ciertas conveniencias sociales.

Sería una consecuencia de los principios del derecho el que los padres a quienes la ley les acuerda patria potestad tengan derecho de emancipar a sus hijos poniéndolos en aptitud de ejercer libremente todos sus actos. ¿Qué razón jurídica puede invocarse para negar al padre ese derecho y obligarle muy a pesar suyo a tener bajo su patria potestad a un hijo cuyas aptitudes lo hacen capaz de la dirección de negocios? Semejante restricción no sólo es un contrasentido con la autoridad paterna, sino que puede ser en muchos casos contraria a los intereses de familia.

Respecto a las conveniencias públicas se nos ocurre el caso de un empleado de la administración de gobierno. Consideramos que todo cargo público debe emancipar *ipso facto* a los menores que lo ejerzan. La incompatibilidad de la patria potestad con el hombre público es tan palpitante, que cuando menos colocaría en una posición ridícula al hombre que se encontrara a la vez ejerciendo un cargo público y bajo la patria potestad.

Según lo expuesto, no es posible desconocer la necesidad que hay de ampliar más la emancipación sancionando como medios legítimos de obtenerla, no sólo el matrimonio, sino la voluntad paterna y el hecho de ejercerse cargo público.

Respecto a los artículos 3º, 8º y 10 no podemos menos que notar la contradicción.

Dicen así:

Art. 3º. — Cesa la incapacidad de los menores por la



mayor edad, en el día en que cumpliesen veintidós años y por su emancipación antes que fuesen mayores.

Art. 8º.— La emancipación es irrevocable y produce el efecto de habilitar a los casados para todos los actos de la vida civil, aunque el matrimonio se disuelva en su menor edad por muerte de uno de ellos, tengan o no hijos.

Art. 10.— Tampoco podrán, sin expresa autorización del juez, y bajo pena de nulidad, vender o hipotecar bienes raíces de cualquier valor que sean;

Ni vender los fondos o rentas públicas que tuviesen, ni las acciones de compañía de comercio o de industria;

Ni contraer deudas que pasen del valor de quinientos pesos;

Ni hacer arrendamientos, como arrendadores o arrendatarios por plazo que exceda de tres años;

Ni recibir pagos que pasen de mil pesos;

Ni hacer transacciones, ni sujetar un negocio o juicio arbitral;

Ni estar en juicio en pleito civil.

Basta la lectura de los precedentes artículos para percibir no sólo la contradicción en que se encuentran sino lo absurdas que son las restricciones a que sujetan al menor casado.

No es posible comprender cómo es que el hombre a quien se le entrega el porvenir de una mujer y de sus hijos, al hombre en fin a quien se le ha creído capaz de organizar y dirigir una familia, se le considere, sin embargo, incapaz hasta de poder contraer obligaciones de quinientos pesos. ¿Vale menos que esta suma, por ventura, el porvenir de una familia entera? ¿Es posible que pese más en la balanza de los derechos la suma de quinientos pesos al conjunto de atribuciones que competen al padre de familia? La exageración de semejantes restricciones ha ido no sólo hasta pugnar con los



DEL DR. ALFREDO LAHITTE

principios de la ciencia sino aun contra el sentido común.

Siendo el matrimonio un medio legítimo de emancipación, y debiendo suponerse que el que va a formar una familia tiene la capacidad necesaria para organizarla y dirigirla, consideramos que es odiosa, denigrante e inconveniente toda traba puesta al hombre casado respecto de sus bienes.

Como una consecuencia de nuestra convicción en este punto, lo que prescribe el artículo 12 del título de que nos ocupamos, no debería sancionarse, además que consideramos que en materia de estipulaciones debe estarse más al espíritu de ellas que a las palabras en que se estipulan.

Con verdadero pesar nos vemos en el caso de suspender nuestras observaciones al código civil redactado por el doctor Vélez Sarsfield. Creemos que es bastante lo que hemos dicho para demostrar el fundamento de nuestro juicio sobre tan importante trabajo.

Habíamos pensado hacer el análisis de todo el código, y mucho tenemos hecho en este sentido: pero la sanción que acaba de dar el Congreso nacional a aquel trabajo, sin que sepamos que a esta sanción haya precedido el examen, estudio y discusión, que parece debían haber mediado, nos arrebató el único estímulo que animaba nuestra tarea, cual era el de llamar seriamente la atención de las cámaras nacionales y de los hombres de ciencia, respecto de un proyecto defectuoso en todo sentido y cuya sanción hará sentir muy pronto las consecuen-



cias de la ligereza en proclamarlo con un ficticio entusiasmo, con mengua de los intereses más trascendentales de la República, como son sin duda los que están encomendados a la legislación civil de un país.



DR. VICTORINO DE LA PLAZA ¹

CONTESTACIÓN A LOS ARTÍCULOS SUBSCRITOS
POR EL DOCTOR VICENTE FIDEL LÓPEZ

I

EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

I

Esta importante obra del distinguido juriconsulto doctor Dalmacio Vélez Sarsfield, recientemente terminada y sancionada ya por el Congreso, empieza a llamar la atención, a despertar del sueño de inercia en que reposaban tranquilos los hombres ilustrados de nuestro país, encerrados en la indiferencia y ocultando los vastos alcances de muchas inteligencias, tal vez privilegiadas y llenas de ilustración.

¹ Las críticas formuladas por los doctores López y Lahitte fueron contestadas por el entonces estudiante de derecho don Victorino de la Plaza, quien las rebatió desde las columnas de *El Nacional*.

Dichos artículos se publicaron por primera vez en los números del diario citado correspondientes al 9 y 17 de noviembre, 1º y 30 de diciembre de 1869; enero 3, 4, 5, 7,



Hoy el ancho campo de la discusión jurídica está abierto y ofrece un espacio inmenso donde pueden medirse las fuerzas del talento y de la ciencia.

Vengan, pues, a él los amantes, sea de la ciencia, sea del bien de la patria, porque todos, con sus comunes esfuerzos, deben propender al bien público, a la felicidad y engrandecimiento de nuestro país, y a que el nombre de los argentinos ocupe el lugar que merece entre las naciones civilizadas.

Los pueblos muestran su grandeza en sus leyes y en sus costumbres, nos dice un eminente pensador, y nada es más cierto, si se considera la íntima relación de ese poderoso resorte en cuya circunferencia se mueve y desarrolla esa masa inmensa y progresista llamada sociedad.

Un código civil es la obra de más alta importancia, de mayor trascendencia que puede presentarse a todo un pueblo. Su sanción es un acontecimiento que marca una época en los fastos de su historia.

Allí están legislados el bienestar, la tranquilidad de las familias y de sus más caros intereses.

Es que esas leyes se internan en la vida de los hombres, penetran en el sagrado hogar de las familias, aun más, se apoderan del individuo desde su

10, 15, 27, 31 y 1º de febrero de 1870. Comenzaron a aparecer como de autor anónimo, lo cual hizo que se atribuyeran, entonces, al doctor Ezequiel Pereyra, en razón de la copiosa argumentación basada en textos romanos. Su verdadero autor, recién estampó su firma en el último artículo.

Como se verá, en la primera parte el doctor De la Plaza rebate las ideas sustentadas por su colega López en su *Crítica jurídica*. Los párrafos de este abogado que se refie-



concepción en el seno maternal para darle ficticiamente una existencia real, cuando se trata de su interés, y le acompañan hasta la tumba para hacer sobrevivir las disposiciones de su voluntad entre sus sucesores.

Así vemos que el derecho civil, en su grande división toma por punto de partida el derecho de las personas, de los bienes y de las sucesiones.

Nada, pues, más importante, lo repetimos, que venir a imponerse de esa combinación de leyes complicada y poderosa, donde entran en juego todas las relaciones civiles de los hombres, donde puede estar sancionada la felicidad o desgracia pública, donde, en fin, están consideradas todas las acciones que crean relaciones de derecho y quedan sometidas al poder del legislador, bajo el criterio tanto de la justicia como de la sana equidad.

Poco importa que el código haya sido sancionado, pues, esto no le da un carácter de irrevocabilidad, de modo que no puedan alterarse aquellas disposiciones, que en el concienzudo estudio que de ellas se haga, resulte que su ilustrado autor haya incurrido en errores sobre tal o cual materia.

La capacidad de un hombre no es absoluta, su inteligencia no es infalible; y nada más fácil que en la redacción de tan variadas y arduas materias

ren al *Código civil para el estado Oriental del Uruguay* fueron contestados por *Un estudiante de derecho*, desde las columnas de *El Nacional*, de enero 24, 25 y 26 de 1870.

En la segunda parte del trabajo, su autor impugnó los reparos que al *Proyecto de código civil para la República Argentina* le hiciera *Un abogado argentino*, que, como se sabe, era el seudónimo adoptado por el doctor Lahitte.



como son aquellas sobre las que ha legislado, se encuentren muchas disposiciones que requieran alteración.

Esta opinión la hemos oído al mismo doctor Vélez, y es muy natural, puesto que en su clara inteligencia no puede menos de reconocer que nada habría más infundado, que escudarse en un amor propio inconcebible, y resistirse a toda discusión y a toda reforma que pudiera hacerse en esa obra de tan trascendental magnitud.

Partiendo de esta base, es que entraremos a ocuparnos de la materia, no precisamente para abrir un juicio independiente y aislado, sino para contestar con toda imparcialidad a las críticas que se han hecho, con o sin fundamento, y que son las que nos deciden a escribir sobre la materia.

Al hacerlo, ninguna pretensión abrigamos, y habríamos cedido gustosos el terreno a otra inteligencia más experimentada, cuando vemos figurar entre los que se han ocupado del código tan notables escritores, como el doctor don Vicente López, a quien haremos algunas ligeras observaciones sobre la crítica que publicó hace pocos días en la *Revista de Buenos Aires*; y como el autor del notable artículo publicado recientemente en el diario *La Nación Argentina* suscrito bajo el seudónimo de *Un abogado argentino*.

Pero diremos en nuestro descargo que sólo el deseo de atraer mayor estudio sobre la materia, y de que no se forme una falsa impresión en los que hayan leído sus artículos, uno de ellos bien enconado, antes de conocer los principios dominantes sobre ella, y de los cuales ha partido el autor del



código, nos mueven a entrar en debate con tan formidables adversarios.

II

Desgraciadamente, no tenemos a la vista en este momento el artículo del doctor López, y sólo conservamos en la memoria alguna de sus censuras literarias a la que limitaremos nuestra réplica, pues como no abrigamos la intención de escribir sobre ese artículo, no hemos procurado conseguirlo; pero ya que vamos a hacerlo sobre el publicado en *La Nación Argentina* que principalmente debe ocuparnos, no dejaremos de consagrar algunos párrafos al del señor López.

Este escritor, goza de una fama que le ha colocado en una altura espectral, y que le ha hecho considerar como una de las primeras y más notables inteligencias del Río de la Plata.

Importantes producciones, llenas siempre de interés y originalidad han acrecido su reputación de hombre científico, y muy reconocidas pruebas tiene dadas de su vasta erudición y talento.

Pero como no procuramos hacer su perfil o retrato literario, diremos solamente que, en nuestra opinión, su artículo lleno de acritud y de punzante ironía, no está a la altura de la ilustración y fama de que goza.

No comprendemos, en verdad, si no hemos de atribuirlo a la expresión de enconadas y rencorosas pasiones personales, cómo un hombre de su altura puede dedicar un inmenso artículo que debe haberle absorbido algunas horas de trabajo y estudio



para concretarse a criticar vicios de forma, de estilo y de lenguaje en la obra del doctor Vélez Sarsfield.

Es cierto que la misma importancia de ella exigía una corrección, claridad y precisión tales que expresasen con toda exactitud y rigor terminológico la idea del autor, sin alterar ni dar lugar a un doble sentido con que pudiera extraviarse la recta interpretación del pensamiento del legislador.

Pero diversas observaciones se presentan aquí que oponer al inexorable gramático, que condena el desatinado lenguaje, la mala construcción, o la inexactitud de las palabras empleadas en relación a la idea contenida y expresada.

Difícilmente se encuentra la feliz casualidad de que el hombre que ha dedicado su tiempo al estudio del fondo de la ciencia que le preocupaba, sin cuidarse del estilo más o menos correcto con que estaban expresados los conceptos, reúna el doble mérito de exponerla con la perfección de un retórico y la concisión de un sabio.

El doctor López nos dirá, bien lo calculamos, que quien reúna esas dos condiciones es verdaderamente un hombre más sabio y más perfecto en la ciencia; y no dejaremos de convenir en ello.

Pero es que entre nosotros falta tal vez ese hombre o si lo tenemos, lo criticaríamos también porque nada hay perfecto en el mundo y mucho menos cuando se trata de las facultades humanas.

Supongamos que la redacción del código hubiese sido confiada al doctor Vicente López, a quien nos hacemos un deber en reconocerle una elegancia de estilo y una pureza de dicción inmejorables; a estas bellas y excelentes dotes unamos su reputación co-



mo filólogo y hablista de primer orden, y de escritor no menos distinguido.

Ahora bien, ¿nos responderá el doctor López, que él habría hecho el código con mayor perfección de la que tiene el redactado por el doctor Vélez Sarsfield?

Perdónenos que al interpelar su modestia, añadamos la duda que nos acompaña sobre el buen éxito, y esto, por cierto, sin quitarle una línea de su talento y aptitudes.

Pero es que la concepción, la organización y la redacción de un código, no es lo mismo que la de hacer bellos artículos de literatura, hermosos discursos políticos, famosas combinaciones económicas para asociaciones como la del «Fomento», escribir novelas, hablar y escribir de idiomas antiguos o lanzar artículos que viertan la hiel venenosa en la herida que abren en el amor propio de un hombre.

La redacción de un código necesita otros estudios, otros conocimientos, una inteligencia más elevada, una concepción más vasta, que llega hasta preocupar de tal modo al autor que poca atención le deja para la forma de estilo, cuando su mente está absorbida por la combinación de las ideas, y la aplicación conveniente de los principios de la ciencia armonizados con la rectitud de la justicia.

El doctor López bien sabe y comprende esto, pero en su animado espíritu entra con el escalpelo terrible del crítico, a buscar hasta una triste *coma* para abrumar con ella al autor de un código, sin recordar siquiera que es de práctica entre los críticos tener un rasgo de generosidad, y atribuirlo a un descuido de imprenta; o aunque sea del mismo



autor, pues, ¿quién no se descuida o incurre en errores? El doctor López ya tendrá ocasión de convenirse de lo que decimos.

Pero volvamos a nuestro punto principal.

Habíamos dicho que difícilmente podía reunirse en un solo hombre la doble condición de ser competente en el fondo de las materias y correcto en la forma de la exposición, pero no existiendo éste ¿cómo podría subsanarse el defecto? ¿Debía el gobierno que se empeñaba en encargar la redacción del código, buscar la reunión de las condiciones necesarias para la buena redacción en una comisión compuesta de personas de distinguido talento sobre cada una de esas cualidades esencialísimas, para que unas concibieran, otras organizaran y otras redactasen las disposiciones legales, después de pasarlos por el maduro criterio de cada una de ellas? Nada habría sido más difícil e impracticable por diversas razones de la más alta consideración.

Primeramente, la dificultad de reunir esas personas en número suficiente, cuando son bien escasas en nuestro país, y cuando debe tenerse en vista que la retribución que se les acordase, por ejemplo, si era la misma que ha gozado el doctor Vélez Sarsfield durante los cuatro años que ha estado ocupado en la redacción del código, no podría compensarles los trabajos que abandonarían, y que, sin duda, les serían más lucrativos.

En segundo y más importante lugar, se habría sacrificado la unidad de ideas, porque es bien reconocido que los hombres colocados a esa altura científica tienen sus principios fijos e invariables, principalmente en aquellos puntos en que la legislación



queda al arbitrio del codificador por no partirse de bases inmutables como en el derecho científico. Tal sucede, por ejemplo, entre las leyes que se refieren a las personas y sucesiones, y las que tratan de las obligaciones y derechos reales.

Era, pues, consiguiente que sus doctrinas y opiniones no se conciliarían jamás, como sucede y lo vemos diariamente entre los tratadistas, sin que hubiera una autoridad superior e irrecusable que resolviera en tales casos; de donde resultaría que siempre caeríamos al mismo punto de partida, la opinión y dirección dominante de un solo hombre legislando en el código; y esto dado el caso que los demás miembros de la comisión quisiesen avenirse a tal superioridad.

Como consecuencia forzosa de todo esto habría venido la inacción y abandono, no habríamos tenido código y continuaríamos bajo la dominación vergonzosa de las leyes de los godos, de los reyes absolutos y sus sucesores hasta la época de nuestra emancipación política; leyes bellísimas y admirables según el criterio del doctor López por más que hayan permanecido impasibles ante el paso luminoso de muchos siglos en que ha adelantado la humanidad en el sendero de la ciencia jurídica y del progreso y civilización.

Llegamos, por fin, a la última observación que queremos presentar al doctor López, y es que quién nos garante de que el código adolece de grandes vicios de forma, tan solamente por haberlo él afirmado.

Tendrá defectos, enhorabuena, desde el principio lo hemos consignado, porque consideramos, como con-



sidera el mismo autor, que es absolutamente imponible la perfección, mucho más en una obra de esta clase y en la redacción especial que necesita; pero, ¿son éstos tan grandes que merezcan tan violentos reproches, hasta llegar a esparcir una mala idea sobre toda la obra como lo ha hecho el articulista asegurando que en cualquiera parte de él, se encuentren esos desagradables vicios y esos defectos imperdonables?

Vengamos al examen y analicemos con escrupulosa imparcialidad, esas anfibologías, los chocantes galicismos, los modelos de construcciones *vascuences* que el doctor López nos refiere con tanto bombazo y con elocuencia tan contundente como si se creyera aun en las sesiones de junio.

Y es precisamente en este momento que sentimos más no tener a la vista el artículo del señor López, para que pudiéramos observarle los errores que a él se le hayan deslizado, a pesar de su reconocida competencia en idioma español, cediéndole gustosos por cierto el lugar a *la revancha* que merezcamos, si nos cree acreedores a tal favor.

Recorreremos, pues, tan solamente aquellas observaciones que conserve nuestra frágil memoria.

III

Lo primero que ella nos acuerda es la crítica al artículo 63, título 1º del libro 1º (pág. 77), impreso en estos términos: «Compete al juez eclesiástico de la disolución del matrimonio conocer celebrado ante la iglesia católica o con autorización de ella.»

Efectivamente que la construcción gramatical de



este artículo está tan extraviada del buen sentido, que puede ser un modelo de construcción *vascuence* como el señor López la clasifica.

Pero, ¿habrá algún hombre que criticando al código de buena fe y sin dejarse dominar por una rencorosa pasión, no vea y comprenda que la alteración de los términos del artículo, proviene de un error de imprenta, o de un descuido de corrección? Nos parece imposible, y creemos que tan solamente el doctor López podía ser inexorable en este punto para no hacer un poco de más justicia al buen juicio del doctor Vélez, y salvarle de la responsabilidad de esa descabellada redacción.

Pero si hay algo cierto en esta vida, es que las pasiones enceguecen al hombre y abrumen su razón e inteligencia hasta postrar las más elevadas facultades que le distinguen.

Si el doctor López, en su fiebre delirante de criticar, se hubiese tomado el trabajo de abrir un poco más el código para imponerse mejor de sus particularidades; si hubiese hecho lo que hacen todos los escritores de este mundo que tienen buen sentido y buena fe en su propósitos, habría empezado por abrir e imponerse de la fe de erratas, para no cargar al autor errores de que no puede ser responsable cuando no es el mismo el impresor.

Allí al final del libro 4° habría encontrado el fecundo crítico salvada la redacción equivocada del artículo, y se habría excusado de hacer tan zahirientes como injustos cargos al autor de una obra, digno por cierto de mejores consideraciones que las que él le dispensa.

Sobre todo, se habría evitado de dar un fiasco



tan desagradable para su buena reputación, como el de criticar lo que no merece crítica, puesto que los términos en que queda establecido ese artículo, por la oportuna corrección que de él se hizo, son los siguientes:

«Compete al juez eclesiástico conocer de la solución del matrimonio celebrado ante la iglesia católica o con la autorización de ella.»

Ya verá, pues, el articulista, que nada es más temerario que lanzarse a criticar, cuando no se han tomado las precauciones convenientes, ni se está seguro de no dar lugar a réplicas más punzantes; y es por esto que anteriormente le decíamos que ya había de tener ocasión de convencerse de la facilidad que hay de incurrir en errores.

Pero vamos a recordar algunos otros puntos de su artículo, porque no tan sólo ha sido poco feliz en el que acaba de ocuparnos, sino casi, en la totalidad de los que ha criticado, como si un castigo providencial hubiese querido mostrarle la verdad de aquellas evangélicas palabras: ... con la vara que midas serás medido.

Siguiendo el doctor López, su cómodo sistema de abrir donde mejor le parece el Código civil, llega *casualmente* y le abre en la página 387 del libro 2º, sección 3ª, y se encuentra con el artículo 1º que establece cuándo hay contrato entre partes.

Cualquiera que tenga noticia de la fama que goza aquel señor, se habría imaginado que un hombre de su altura, entraría a criticar la doctrina jurídica allí consignada, a medir sus fuerzas con el criterio del doctor Vélez y combatir las teorías del jurisconsulto Savigny, que da la misma definición



en su *Tratado del derecho romano*, tomo III, párrafo 140, donde dice: «*Le contrat est l'accord de plusieurs personnes sur une déclaration de volonté commune destinée à régler leurs rapports de droit.*»

No podía ni debía esperarse menos de los conocimientos científicos del señor López; pero triste decepción habría sufrido cuando anhelante siguiera con empeño el curso de su interesante escrito lleno de animación y colorido, y se encontrase con que el jurisconsulto, el hombre afamado y científico, descendía de su talla gigantesca a criticar dos palabras empleadas en aquel artículo, redactado en estos términos: «Hay contrato cuando varias personas se acuerdan sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos.»

Ahora bien, ¿qué palabra hay en ese artículo que merezca una censura tan amarga como la que aquel señor hace?

¿Sus palabras *se acuerdan y declaración* son las que han mortificado el talento filológico del doctor López? Pues, perdónenos que le repliquemos que a pesar de su reconocida competencia como hablista y etimologista, sostenemos el uso jurídico y legítimo de esas dos palabras en la terminología técnica del derecho escrito en el idioma castellano.

Y en efecto, y por más que le repugne la voz *se acuerdan*, nos atrevemos a replicar al doctor López, que hay autoridades, por lo menos de tanta altura como la suya, por ejemplo la de la Academia española y la de los señores Domínguez, en su *Diccionario de la lengua española*, y Escriche, en el *Diccionario de legislación y jurisprudencia*, que dan a esa frase la misma significación que le ha dado el doctor



Vélez en el artículo citado, siguiendo a Savigny

La Academia española en su *Diccionario* le da el sentido siguiente: «ACORDARSE, v. r., *ponerse de acuerdo, convenirse, tomar acuerdo o deliberación premeditada*».

El mismo sentido le atribuye el señor Domínguez en su obra citada, y el señor Escriche, verbo *Acordar*, es: «*determinar o resolver de común acuerdo algún asunto*».

Ahora bien, señor López, ¿no es ese mismo el significado que le atribuye el autor del código, y que le dará todo el que interprete con buena fe el artículo de que nos ocupamos, sin ocurrir a escudarse en articulaciones ridículas y poco dignas de un hombre serio y sensato?

Y no nos venga a excusarse con las raíces y etimologías del idioma, porque en este terreno hemos también de seguirle, mostrándole en los mejores clásicos y en cualquier diccionario latino la voz *concordare* de los romanos, equivalente en aquel idioma a la de acordarse o ponerse de acuerdo en el nuestro.

Llegamos a la palabra *declaración* contra la que también se ensaña nuestro excelente hablista.

«*Declaración*, nos dice, *se llama en derecho aquel medio de prueba con que se descubre un hecho*» (sic).

¡Maravillosa definición o explicación, señor López! ¿De modo que si ocurre un caso cualquiera, por ejemplo, un asesinato en que se encuentre a la víctima empapada en su propia sangre, y a un hombre inmediato a ella que contempla espantado el fruto de su crimen, teniendo en la mano, trémula y convulsiva, el puñal ensangrentado de que se ha servido;



y si en el acto de aprehenderlo parece en su sorpresa, sin que haya otro medio de comprobación del asesinato y de atribuir la culpabilidad al asesino que el hecho de haberle encontrado con el arma homicida en la mano, tenemos al puñal que viene a convertirse en *declaración*, puesto que es uno de los medios con que se descubre el hecho del asesinato y a su autor?

Esto no pasa de una excéntrica originalidad, doctor López. Tal vez divagando usted en la conexión de los idiomas griego, quichua o aimará con el castellano, habrá encontrado una definición tan impropia y antijurídica, que lo ha hecho incurrir en un error que han de reprocharle sus colegas, como los doctores Gutiérrez (Juan María), Quesada y otros

Declaración, en el idioma jurídico, señor López, según la opinión respetable de algunos autores, en el sentido que usted ha querido darle, es «la manifestación solemne y jurada que hace una parte, un testigo o un perito en algún juicio, tendiente a la aclaración de los hechos que en él se ventilen.»

Pero el sentido que le ha dado el doctor Vélez Sarsfield, y que ha de darle todo hombre que entienda lo que lee, es el que da, por ejemplo, la Academia española en primera línea, es decir, antes de atribuirle la significación en que usted la toma para buscarle el ridículo.

Declaración, nos dice aquélla en su diccionario, «es la manifestación, explicación o interpretación de lo que se duda o ignora», cuya raíz latina es la palabra *declaratio* que significa declaración, manifestación, testimonio y explicación; habiendo sido usada



en todos estos sentidos por el modelo de los hablistas y oradores romanos, el célebre Cicerón.

Y después de ésto pretenderá aún el doctor López asegurarnos que el doctor Vélez ha aplicado desatinadamente la significación propia de aquella voz, incurriendo en una anfibología chocante?

Si uno de sus sentidos genuinos y radicales es el de *manifestación*, como no podemos dudarlo, por más que la autoridad del afamado filólogo esté de por medio, porque nos fundamos en otra como la de la Academia española, que por lo menos puede estar a su nivel científico; le sostenemos que ella ha sido perfectamente empleada, sin que jamás pueda prestarse a una ambigüedad tan vulgar como la que supone el señor López, cual si los que han de interpretar y aplicar el artículo del código fuesen algunos charlatanes sin sentido común.

En cuanto al acomodo más o menos correcto del adverbio *sobre* allí empleado, no merece la pena de detenerse, desde que tanto éste como la proposición *en*, habrían dado igual resultado, el de complementar la redacción.

Sobre, según un diccionario que tenemos a la mano, significa también *acerca de*; por consiguiente, la forma en que está expresado el artículo, tiene con sus propias palabras la misma significación que tendría si estuviera concebida en estos términos:

«Hay contrato, cuando varias personas se ponen de acuerdo acerca de (o en, puede acomodarle si quiere) una manifestación de voluntad común, destinada a reglar sus derechos.»

Y bien, ¿cuál es el defecto que le encuentra usted, señor López, a esta redacción? Todos los térmi-



nos son castizos y derivados de las legítimas raíces del idioma; ¿está en la última parte del artículo, no es cierto?

Ya recordamos que usted la ha clasificado de inútil o vaga por la extensión de sus términos. Ha supuesto usted que algún hombre de este mundo que lleve la cabeza sobre los hombros, podía creer que esos derechos allí reglados, comprendiesen todos los que un contratante puede tener durante su vida, de modo que éste quedaría obligado para siempre desde el momento en que compró o vendió una casa, por ejemplo, en todas sus acciones o derechos, sea al comprador o al vendedor, y éste recíprocamente?

Perdónenos, señor, que le repliquemos, que a nadie se le ocurriría semejante sarcasmo: si hay derechos reglados, no han de ser otros que los que nazcan del contrato, créalo usted, doctor López, nadie lo ha de entender de otro modo; y si todos los vicios de que adolezca el código fueran semejantes al de la redacción de ese artículo, o al de la vaguedad de los términos de su última parte sería, a no dudarlo, una obra muy perfecta.

Es llegado el caso de que recordemos por tercera vez, al temible crítico, que todo hombre está más propenso a errar que a acertar, pues creemos haberle demostrado que si ha sido poco feliz en la acepción que daba a la palabra *acordarse*, ha sido completamente descabellado en la de *declaración*, según la cual puede considerarse como tal *declaración* el objeto hurtado que encuentra la policía en el bolsillo de un ratero, desde que el doctor López, como abogado que es, no puede ni debe ignorar que es un principio de prueba, o una prueba completa sino se demuestra lo



contrario sobre el hurto cometido y la persona de su autor, el hecho de encontrarse el objeto substraído en poder de una persona.

En la crítica, por la vaguedad de los términos, nos atrevemos a decirle que ha llegado al ridículo.

Pero prosigamos un momento más, que así como el doctor López encuentra vasto paño en que cortar en la obra del doctor Vélez, encontramos nosotros en la crítica de aquel afamado publicista, chocantes injusticias, dardos emponzoñados y críticas sarcásticas, aunque descabelladas y sin fundamento, que ponen en su pálida y horrorizante desnudez, la pasión rencorosa con que ha esgrimido su pluma contra el respetable autor del Código civil argentino.

Nos dice el doctor López continuando su crítica a la definición del contrato, que ésta no puede darse de otro modo que diciendo:

«Contrato es la OBLIGACIÓN (sic) convenida entre personas civiles, cuyo cumplimiento puede exigirse invocándose la ley o la doctrina legal» (sic).

Doctor López, permítanos que le digamos, que si resucitaran Gayo, Ulpiano o cualquier otro de aquellos célebres jurisconsultos, pero no nos vamos tan lejos, quitemos algo del tiempo que media entre esos clásicos y usted, y digamos solamente Savigny, Molitor o cualquier otro hombre de aquellos que saben mejor que usted y que yo, lo que es contrato, se tomarían la cabeza desesperadamente con ambas manos al oír esa definición tan anfibia!

Y no crea usted que aplicamos por mera ironía el término anfibia, ahora mismo hemos de demostrarle que no sólo es tal, sino que es descabellada, ridícula y absurda.



Nos felicitamos de todo corazón de encontrarlo a usted en el terreno a que su categoría en la ciencia del derecho le llamaba, ha entrado usted en el fondo de una materia jurídica, y ha sido con toda desgracia porque ha desbarrado malamente.

Principiemos, pues, con método el análisis de esa definición que debe estar a la altura de su ilustrado autor.

¿Qué es lo que usted quiere definir, señor López, un contrato o una obligación? Su definición puede aplicarse a las dos cosas, sin servir para ninguna de ellas, y es por ello que la clasificamos de anfibia.

En efecto, ¿cuál de las dos cosas es? Si es el contrato el *convenido entre personas civiles*, no puede ser la obligación; y si es ésta, no puede ser el contrato, porque no nos atrevemos a suponerle tan ignorante y atrasado en materia de derecho, que no pueda o sepa comprender que lo uno no es lo otro; pero si así no fuese, doctor López, como parece no serlo por los términos precisos de su definición, ¡qué desconsoladora decepción nos produciría su talento desde la encumbrada fama en que le hemos contemplado!

Confundir el contrato con la obligación, la causa con el efecto, el acto generador con el vínculo generado, es llegar al colmo del absurdo, señor López; y apelamos a los conocimientos jurídicos, no diremos de los doctores del derecho, sino de los más desgraciados estudiantes de cualquier universidad del mundo, y estamos seguros de que el autor de semejante herejía legal será condenado *con costas*.

¿Cómo confundir, por Dios, al hijo con el padre, cuando en nada se parecen?



Supongamos que quisiéramos dar razón de lo que es el padre de una criatura, y para explicarlo dijésemos: el padre es la criatura generadora, etc.

¿Habría algún hombre, que no estuviese loco, que dejara de reírse con toda la fuerza de sus pulmones al oír semejante explicación?

Pues el mismo efecto nos produce su definición de contrato.

¿Por qué no se detuvo un momento más y reflexionó que lo mejor que podía usted dar, era tal vez la misma o muy parecida a la que da el doctor Narvaja, por más que a usted le parezca defectuosa; la misma del doctor Bello que encuentra usted tan perfecta?

Por lo menos se habría usted evitado dar un nuevo fiasco en su inventiva jurídica, pues por más que usted diga que *contrato* y *convención* en el derecho moderno son la misma cosa, es muy dudoso que así sea realmente, mucho más cuando lo dice usted que nos acaba de dar tan malas pruebas de sus conocimientos forenses; y aunque tenemos pocas ganas de seguir en esta materia, no dejaremos de hacerle algunas observaciones al respecto.

En el derecho moderno se llama *convención* al mero *acuerdo*, *consentimiento* o *convenio* entre dos o más personas, sobre el hecho o materia de que debe surgir el contrato: mientras las partes se conservan en este simple avenimiento, aun no hay contrato, ni nominado, ni innominado, y si usted desecha esta división por antigua o inaplicable en la legislación moderna, quedaremos en el mismo caso de no haber contrato.

Usted debe saber, como versado en las cuestiones



teóricas y prácticas del derecho, que para la existencia de todo contrato se requiere la realización de diversas circunstancias que son las que la perfeccionan y dan vida, de modo que siempre encontrará usted que éste empieza a existir, desde el momento que hay el principio de ejecución, diremos así, por una de las partes, que venga a arraigar y constituir la obligación de la otra.

Así, por ejemplo, en un contrato cualquiera de compraventa, comodato, mutuo, etc., hay contrato desde que hay un hecho que compruebe la voluntad de los contratantes y haga nacer la relación jurídica de donde deben emanar las obligaciones recíprocas, si el contrato es sinalagmático; de la parte que resultará obligada, si es unilateral.

Y era idéntica o muy semejante la acepción que le daban los romanos, aunque las definiciones de sus contratos no fuesen muy semejantes a las nuestras, como lo encontrará consignado en la decisión de Ulpiano en estas palabras de la ley 1ª, párrafo 3º, Dig. *De Pactis*: «*Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens. Nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur, et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentium, id est, in unam sententiam decurrunt. Ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quoe nom habeat in se conventionem; sive re, sive verbis fiat...*»

Así, pues, podemos asegurar al doctor López que la voz *convención*, exacta y jurídicamente hablando, no es el contrato; y por consiguiente, no hay la perfecta sinonimidad que él encuentra. Podemos aún



marcarle más perceptiblemente la diferencia en el caso siguiente.

Supongamos un contrato en que ha habido dolo o violencia en una de las partes; en riguroso derecho hay contrato mientras no se deduzcan las excepciones *doli* o *quod metus causa*; pero nadie sostendrá que allí ha habido ni hay *convención*, porque éste significa el acuerdo perfecto de las voluntades de los contratantes, acuerdo que no existe en el ejemplo supuesto.

Por consiguiente, la sinonimidad de este término jurídico no es con la palabra *contrato*, como lo dice el jurisconsulto señor López, sino con las que anteriormente indicamos, como son *avenimiento*, *consentimiento* o *acuerdo* entre las partes que quieren contratar.

Tal es la acepción en el lenguaje del derecho moderno, muy semejante como lo dijimos, a la que le daban los romanos.

Y como no tenemos la pretensión de que el articulista se convenza por nuestras propias conclusiones, sin embargo que son terminantes e irrefutables, porque están tomadas de las fuentes más puras, vamos a citarles algunas autoridades del derecho moderno, que por lo menos estarán a su altura sino quiere concederles alguna superioridad.

En primera línea está el artículo 1101 del código francés que dice:

«*Le contrat est une convention par laquelle un ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.*»

La misma definición repiten otros muchos códigos



DEL DR. VICTORINO DE LA PLAZA

gos europeos que han seguido casi en todo al francés.

En segundo lugar, viene la opinion casi unánime de los jurisconsultos modernos más afamados de diversas naciones, entre las cuales citaremos solamente a los que tenemos a la vista. Entre los franceses empezaremos por el célebre Pothier, quien nos dice en el párrafo 2º, capítulo IV, de su *Introducción general a las costumbres de Orleans*, lo siguiente:

« *On appelle contrat la convention de deux ou plusieurs personnes par laquelle l'une et l'autre réciproquement, ou l'une d'elles seulement, s'engage envers l'autre à lui donner quelque chose, ou à faire ou ne pas faire quelque chose.* »

Merlin en su *Repertorio de jurisprudencia*, verbo *Contrat* nos dice: « *C'est (dans le sens le plus étroit) une convention revêtue des formes d'un acte public. Mais dans l'acception la plus générale, suivant la définition qu'en donne l'article 1101 du code Napoléon.* (Anteriormente lo hemos transcrito.)

« *Pris dans ce sens, le mot contrat est à peu près synonyme de convention, pacte, etc.*

« *Celui de convention paraît le plus générique, celui qui comprend tous les autres.* »

Como se ve, parece más genérica la palabra convención en la opinión de este autor, porque en todos los contratos que no adolecen de vicios, como los que antes manifestamos u otros que sería largo enumerar, tiene por punto de partida la *convención* de los contratantes; pero esto no quiere decir que la convención sea el mismo contrato; sino que en su más lata acepción jurídica comprende a los contratos, o se manifiesta en ellos; y todo esto lo demos-



traremos con una opinión no menos respetable que la del sabio Merlin.

Duranton, en el tomo X de su obra de *Derecho civil francés*, número 21, nos repite por definición de *contrato* la misma que da el código francés en su artículo 1101, antes citado.

Y finalmente el sabio Demolombe nos dice lo mismo en su *Tratado de los contratos u obligaciones convencionales*, recientemente publicado, en el tomo I, número 12, cuya lectura recomendamos a nuestra vez al ilustrado doctor López, como él recomendaba al doctor Vélez la de *Le fou Yegof*.

No puede, pues, quedar duda que para los juriscultos franceses de más alta fama, el contrato es una *convención* entre partes, etc., porque así lo dice el código de aquella nación; y porque no tenemos noticia de que algún escritor caracterizado haya contradicho ni criticado tal definición.

Entre los alemanes tenemos a la vista la obra de Zachariae sobre el *Derecho civil francés*; la celebridad de este autor es bien y generalmente reconocida y él también nos dice como los anteriores, en el párrafo 610, tomo III.

« *Le contrat est la convention entre deux ou plusieurs personnes pour laquelle une ou plusieurs des parties s'obligent à une prestation envers une ou plusieurs autres.* »

Y en su nota primera agrega un razonamiento que es concluyente en esta materia.

No debe confundirse, expone, la *convención que es el género*, con el *contrato, que es la especie*.

La *convención* puede tener por objeto tanto la *formación* como la *disolución* de una obligación



(*engagement*); mientras que el contrato, que envuelve la idea de obligación, no tiene por objeto sino la formación de ésta (*engagement*).

Ya ve, pues, el señor López que la doctrina transcrita es decisiva. Pero, para mayor abundamiento, vengamos a los españoles. Empezando por el señor Goyena que en su obra de las *Concordancias al código civil español*, encontramos que en su artículo 973, dice lo siguiente:

«El contrato es un convenio por el cual una o varias personas se obligan, respecto de otra o más, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.»

Los señores La Serna y Montalbán en el título II, del libro 4º, tomo II, dicen: «Contrato es el *convenio* en una misma cosa, celebrado entre dos o más personas, que pueden ser compelidas a cumplirlo.»

Y finalmente el señor Escriche en su *Diccionario de legislación y jurisprudencia*, verbo *Contrato*, dice: «Una convención por la cual una o más personas se obligan para con otra u otras, a dar, hacer o dejar de hacer alguna cosa»; y luego agrega: «*Convención* es el consentimiento de dos o más personas sobre una misma cosa o hecho. Convención, contrato, obligación, *no son términos sinónimos*, aunque en el uso se emplean indiferentemente los unos por los otros. La palabra convención es un término general, que significa toda especie de convenio o acuerdo de dos o más personas, sea con intención, sea sin intención de obligarse.

Con la uniformidad de las doctrinas de autoridades tan eminentes y conocidas como son las que dejamos citadas, creemos haberle demostrado al doctor López que ha dicho un absurdo verdaderamente



imperdonable en un jurista de su reputación, cuando ha sostenido la sinonimidad de las palabras *convención* y *contrato*; y consiguientemente, que si en lugar de ponerse a dar una nueva definición de *contrato* hubiera repetido sea la del doctor Vélez o Narvaja, no habría incurrido en el ridículo de decir cosas sin sentido, y contrarias al principio jurídico que trataba de establecer.

Y para que no le quede duda alguna de que esa palabra tiene la misma significación que *convenio*, y ésta que *consentimiento* o sea la *manifestación de una voluntad común*, le recordaremos las palabras de la ley 1ª, *Dig. de Pactis*, citada por todos los autores y tratadistas de derecho.

La *convención* es, pues, como lo ha dicho Zachariae la frase genérica, y el *contrato* la especie; de donde sigue, que si en todo contrato, sin las excepciones dichas anteriormente, hay una convención, no toda convención es un contrato, como opina Demolombe.

Lo expuesto hasta aquí nos basta para demostrar que la vez que el doctor López ha entrado a ocuparse de una doctrina, de un punto verdaderamente legal, ha sido para dar una pobre idea de sus conocimientos en la materia.

Finalmente, recordaremos que al criticar los *paras* que traen del *cabresto* a otros *paras* en el código del doctor Vélez se le ha deslizado al eminente filólogo la palabra *cabresto*, cuando tenemos entendido que en buen castellano se dice *cabestro*; pero seremos más generosos que el doctor López, y lo pasaremos como error de imprenta.



IV

Concluimos, pues, esta extensa contestación asegurando al señor López que conocemos la traducción de la *Encida* hecha por el doctor Vélez, y que esa obra está muy a la altura de la fama que goza este señor.

No será un modelo de traducción, pero está tan perfecta y llena de erudición que jamás creeríamos pudiese hacer una mejor el doctor López a pesar de su corrección de estilo y elegancia de lenguaje.

Ahora nos llega el turno de repetirle aquellas palabras que él con tanta dureza aplicó al doctor Vélez. Hay famas convencionales que produciendo muestran la hilacha.

Habíamos dicho que no considerábamos a la altura de la fama del que las suscribía, tanto por ocuparse en ellas principalmente de criticar palabras, como porque esas críticas no siempre eran exactas, y creemos haberlo probado.

Ahora le cedemos el turno al doctor López a la vez que le pedimos en nombre del bien público que lea con más detención el código, y se ocupe de la apreciación de sus doctrinas en cuyo terreno no le faltarán contendores, estamos seguros.

Estas materias son más adecuadas a su ilustración y talento como abogado, pero eso de criticar palabras es una trivialidad que no merece la pena, mucho más cuando puede hacerlo de paso al discutir el fondo de las doctrinas como lo acostumbran los autores que están a su altura.

Sentimos, en verdad, no haber tenido su artículo a la vista y más tiempo de qué disponer para ha-



berlo seguido en todos los puntos que ha criticado al doctor Vélez, pues tenemos la pretensión de creer que le habríamos demostrado del mismo modo que en los que hemos analizado, lo infundado y erróneo de sus censuras científicas y literarias.

En cuanto a este artículo, tendrá muchas faltas que observarle, no lo dudamos, pues por una parte está nuestra incompetencia en el perfecto conocimiento del idioma, y por otra la precipitación con que ha sido escrito.

Pero otra vez, y cuando el doctor López se ocupe de las materias del código, tal vez tendremos mejor ocasión para replicarle, si es que no somos de sus ideas.

Le rogamos, pues, que no nos haga cuestión de palabras y construcciones gramaticales porque no le seguiremos y mucho menos en el conocimiento filológico de las frases.

Si hemos sido algo duros al contestarle, no puede quejarse cuando él lo ha sido mucho más en su crítica.

II

CONTESTACIÓN AL DOCTOR ALFREDO LAHITTE

I

Entramos ahora en un nuevo orden de ideas.

Abandonamos el terreno fatídico de la discusión de palabras y fraseología en que nos vimos forzosamente colocados, para contestar a la crítica literaria del doctor don Vicente F. López.

Un nuevo campo se presenta a nuestra vista, más



escabroso y científico, donde no entraremos sino con el recelo que nos inspira nuestra deficiencia.

El artículo crítico de que vamos a ocuparnos abarca una extensión inmensa en sus apreciaciones, por consiguiente, nuestra contestación tendrá que ser tanto más detenida cuanto así lo requiere la importancia del asunto.

Su autor, con un conocimiento y estudio que harían honor a cualquier jurista de distinguida reputación, ha venido a deslumbrarnos por un momento con la sagacidad de su raciocinio y con su vasta erudición.

Habríamos deseado, como lo dijimos al principio, que una inteligencia más hábil, entrara a refutar aquellas meditadas doctrinas, aquella crítica verdaderamente interesante, porque penetra en materias de alta trascendencia, que requieren serios estudios, pues muchas de ellas son de reciente creación en nuestro derecho; y otras hacen notables innovaciones en el que hasta hoy nos ha regido.

Y tanto más necesario es el estudio detenido de aquellos títulos del código, cuanto que muchos de ellos pertenecen al derecho que algunos autores llaman *arbitrario*, por no estar sometido a otras reglas de criterio que las que provienen de antiguas costumbres, tradiciones o de nuevas evoluciones sociales.

En el derecho de las obligaciones, contratos, derechos reales, por ejemplo, tenemos puntos de partida invariables, puede decirse; ocurrimos a buscar la rectitud de nuestras ideas en ese monumento grandioso e imperecedero de la razón escrita llamado *Corpus juris*, y no *Código de las Partidas*, donde encontra-



mos la legislación humana tomando por fuente de sus inspiraciones a la justicia absoluta.

Pero cuando se trata de las leyes que crean y determinan los derechos personales, para atribuirles luego en el desarrollo de su existencia la capacidad y responsabilidad de sus actos, no podemos ir a tomar por guía luminosa de nuestro criterio aquellas leyes que el progreso de la humanidad ha borrado del libro grandioso de la civilización moderna.

La esclavitud ha sucumbido ante el poder sublime de la libertad.

La desigualdad de los hombres y de las razas ha sido substituída por la democracia.

La soberbia altivez de los señores, ha desaparecido suplantada, por la bonancible enseña de la confraternidad humana.

Apenas un acuerdo confuso y repulsivo nos queda de aquellos tiempos en que los plebeyos, después de derramar su sangre en los campos de batalla, para dar una nueva conquista a su patria, un nuevo galardón a su historia, regresaban a restañarla en los calabozos, donde les llevaban los nobles por sus usurarios préstamos de dinero, después de haberse apoderado de sus campos; o derramar la última gota en las plazas públicas para conquistar una libertad, una remisión al menos de sus deudas.

Al abrir el curioso investigador de las generaciones que nos precedieron el libro de la historia, no puede menos que admirar a la vez que la grandeza de aquellas sociedades, la cruel desigualdad de aquellos tiempos y la dura esclavitud de los desgraciados.

Pero cuando la soberbia de aquellas edades cayó



desplomada bajo el peso de su propia corrupción y bajo el yugo ominoso de la barbarie, bien pronto volvió a levantarse la humanidad más pura, más radiante, impulsada por esa fuerza prodigiosa, nacida en su propio seno, y que la conduce por el sendero de la civilización hacia sus grandes destinos.

Cientos de generaciones han caído en esa marcha luchando con el poder de la naturaleza, con los desconocidos secretos de las ciencias; pero otras se han levantado más robustas y vigorosas a seguir en la lucha hasta dominar los elementos y medir con la exactitud del compás la marcha de los astros que vagan en las regiones celestes.

Estas sociedades nuevas, estas generaciones juveniles, necesitan leyes nuevas, inspiradas en el temple de su civilización, en las necesidades de su vida y de su industria.

Vengamos, pues, a examinar si el honorable jurisconsulto llamado a redactar sus conocimientos y estudios científico-legales, ha llenado esa honrosa misión, legislando con el acierto que era de esperarse de su reconocido talento, de su profunda erudición, y del interés que debía dominarle por la felicidad y engrandecimiento de su patria.

Por nuestra parte, humildes como somos, procuraremos suplir con el estudio la insuficiencia de nuestros conocimientos en el deseo de contribuir en cuanto nos sea posible a la dilucidación de tan importantes materias.

El artículo que nos proponemos contestar, puede dividirse a nuestro juicio en tres partes:

Primera, la que trata del sistema adoptado por el autor del código;



Segunda, la que trata de los dos títulos preliminares, sobre la aplicación de las leyes, y los modos de contar los intervalos del derecho;

Tercera, la que se ocupa de los nueve títulos del libro 1º, sección 1ª.

II

Serías y muy graves han debido ser las primeras cuestiones que debía resolver el codificador antes de dar principio a su obra.

Él nos lo da a entender así en el siguiente párrafo que tomamos de la nota con que acompaña al gobierno el libro 1º del código:

«Al emprender el trabajo que V. E. me encargó, he debido preguntarme: ¿Qué es un código civil? ¿Cuáles son los derechos que en sus resoluciones debe abrazar la legislación civil?»

Y en efecto detengámonos un momento a considerar estos puntos.

Antes de todo, debía el encargado resolver *qué clase de derechos, en qué extensión, en qué división debía considerarlos, y finalmente cuál era el límite de acción de sus facultades.*

¿Legislaría imitando y siguiendo a nuestras más antiguas y modernas fuentes del derecho, y a la generalidad de los códigos europeos y americanos formados por la legislación contemporánea, sobre los derechos absolutos y relativos, o sea sobre los derechos políticos y civiles? ¿o desecharía ese sistema para ocuparse exclusivamente de estos últimos?

El articulista nos da su opinión por lo segundo, y estamos perfectamente de acuerdo en ese punto.

La ciencia moderna, los más notables escritores



han condenado al primero, por inconveniente, por ajeno y desnaturalizado del orden de ideas a que pertenece una y otra materia, y finalmente por la inconsistencia que traería a un *cuerpo del derecho*, que por la naturaleza de su legislación y la gravedad de los intereses que afecta, no puede ser alterado con frecuencia.

Las leyes políticas son fácilmente variables, cambian con el sistema político, con las tendencias de los gobiernos y de los pueblos en circunstancias dadas; la forma de gobierno, las convulsiones, los cambios de partido, y en fin otras mil circunstancias, pueden alterar en algún sentido sus disposiciones, hasta quedar en su mayor parte o en su totalidad invertidas o variadas.

¿Cómo, pues, conciliar este propenso movimiento de las unas, con el carácter serio y poco mudable de las otras?

El doctor Vélez resuelve la dificultad en el mismo párrafo del cual tomamos antes algunas palabras, con las siguientes:

«Únicamente (debe abrazar el código civil) los derechos relativos reales o personales que crean obligaciones peculiares entre ciertas y determinadas personas. Los derechos absolutos, como el de libertad, elegibilidad, igualdad, seguridad, etc., tienen la especialidad que sus correspondientes obligaciones afectan a toda la masa de las personalidades. Por ellos no se crea relación alguna de derecho entre los particulares; ni se induce la privación de un derecho de parte de aquellos a quienes la obligación incumbe. La obligación en tales casos es meramente de una acción indispensable para la efectividad de esos de-



rechos. Cuando, por el contrario, al derecho relativo corresponde una obligación de no hacer, la persona obligada se priva de un derecho que tenía, y que voluntariamente renuncia », etc.

Este párrafo nos demuestra la marcada diferencia que media entre ambas legislaciones.

La una crea derechos voluntarios, si así pueden llamarse, que si no son renunciables por el carácter que imprimen, puede al menos abandonarse su ejercicio dejando de hacer uso de las facultades que acuerdan, sin que haya otra sanción para tales omisiones que las del propio daño.

La sociedad no tiene ni los medios, ni el poder, ni el derecho de exigir hasta por medio de la coacción el ejercicio de esos derechos y el cumplimiento de sus obligaciones recíprocas, porque la acción de los individuos es facultativa, y el daño causado al orden o a las conveniencias sociales no puede ser apreciado con exactitud.

Finalmente, porque como lo dice el autor del código, si el abuso o la abstención merece una represión o castigo, él corresponde al fuero criminal, y sólo de un modo accesorio, puede tener alguna relación con el civil.

Pero en el código de que tratamos domina un sistema de principios muy diferentes.

Los derechos, las obligaciones que determina, afectan directamente los intereses privados de los particulares, no son renunciables, no pueden dejar de ser cumplidos porque no quedan a la voluntad del arbitrio individual.

Todas estas consideraciones, y muchas otras de no menos valor, han debido influir en el espíritu



del legislador para determinarse a adoptar un nuevo sistema, a dar una nueva faz y una nueva división a los derechos que redactara en su código.

Los que, como el doctor Alberdi, le han criticado este proceder, se han dejado guiar por la antigua rutina y por la tendencia poco premeditada de algunos códigos modernos al hacer esa confusión de principios, esa unión de ideas pertinentes a materias distintas y lejanamente relacionadas, comprendiendo en el cuerpo de la legislación civil, la legislación política.

De estas conclusiones se deriva el principio enunciado por el articulista, y que repetimos a nuestro turno, por estar también en perfecto acuerdo, a saber que, «si la forma de gobierno influye en la legislación civil, es tan pálidamente, que no vale llamar la atención».

Estas mismas doctrinas nos llevan a refutar el inmerecido reproche que se ha hecho por algunos, como, por ejemplo, el doctor López, de que el autor del código haya buscado y tomado de los códigos de las monarquías europeas, disposiciones que deben aplicarse en nuestra república, cuando son inconciliables con nuestro espíritu democrático.

En la exageración de estas ideas, de las que en algo ha participado el articulista, llegan hasta condenar rotundamente aquellas fuentes de legislación y sabiduría; y con chocante contraste y contradicción de principios quieren elevar el código de las Partidas, hasta erigirlo en el monumento más grandioso, y en el tipo ideal de la legislación y justicia humana y de moral social.

Nuestra humilde opinión por más que respeta la



de tan elevados pensadores disiente en mucho a ese respecto.

Encontramos leyes muy sabias, principios sublimes de equidad y justicia, pero encontramos también disposiciones tan retrógradas y bárbaras que apenas acierta el investigador a explicarse cómo han podido regir entre los hombres, si no ha de convencerse que la humanidad en su existencia ha tenido los mismos desaciertos que un niño en la infancia.

Pero sobre todo, ¿cuál es el mérito que las coloca, en juicio de estos señores en tanta superioridad sobre la legislación actual de las sociedades? ¿es su estilo, su origen, su originalidad?

Estas tres condiciones las encuentran allí agrupadas, formando ese conjunto bellísimo, según el doctor López.

Pero nosotros, si no tenemos la bastante competencia para negarle esos caracteres, por lo menos podemos sostener que en lo poco que de ellas sabemos no se lo encontramos ni reconocemos.

Su estilo es malo precisamente por la razón que lo encuentran bueno sus admiradores. El método de razonar las leyes, no es un buen sistema, porque puede presentarse el chocante contraste de las contradicciones e inconsecuencias legales que es absolutamente pernicioso; y como más adelante hemos de volver sobre este punto, esperamos ese momento para demostrar con razonamientos y con la autoridad del más respetable jurisconsulto de nuestra época, los fundamentos de esta opinión.

Su origen es aún más destestable e impuro que el de los códigos modernos. Emanada aquella legislación de reyes que apoyaban su cetro en el dere-



cho divino, que no buscaban las fuentes de las leyes en la felicidad general, en la igualdad social; queda muy atrás, y es menos preferible sin duda, a la que hoy se ha formado bajo el imperio de monarcas constitucionales, llevando por emblema la igualdad de los hombres ante la ley, la comunidad de intereses, la confraternidad de principios.

Su originalidad es incierta, desde que no encontramos tal vez una sola ley, una sola máxima de derecho, que no haya sido tomada del Digesto o código romano, o del derecho canónico.

Es, pues, en el *Corpus juris* donde encontraremos todos esos méritos, toda esa grandeza, toda esa sublimidad de principios de justicia; y aun allí mismo notaremos, como antes lo dijimos, muchos defectos que las nuevas edades han condenado. Allí mismo encontramos en los razonamientos de sus leyes, sutilezas y vicios que la ciencia ha analizado y rechazado.

Volviendo a nuestro punto de partida, sigamos la marcha del doctor Vélez en la formación de su código.

Resuelta en su espíritu la primera dificultad que se presentara sobre la naturaleza de los derechos a legislar, surgían inmediatamente otras dos de no menor importancia y de resolución previa: la *división general de la obra*, y *el sistema de legislación en cuanto a la forma de las leyes*. Este último punto es el que ha sido más vivamente criticado en el artículo que contestamos.

Sobre lo primero, nos dice el autor del código, lo siguiente:

« El método que debía observar en la composi-



ción de la obra ha sido para mí lo más dificultoso, y me ha exigido los mayores estudios. El método de las instituciones de Justiniano seguido en las escuelas por tantos siglos, y en muchos de los códigos, hasta en el de Chile, es absolutamente defectuoso. Todo el derecho tiene por objeto las personas y las cosas, los derechos personales y los derechos reales.

«El primer libro de la Instituta lleva la inscripción de *Jure personarum*. El segundo pasa ya a las cosas y tiene por inscripción de *Divisione rerum et qualitate* concluyendo con la sucesión testamentaria. El tercero comienza por las herencias *ab intestato*, como si fuera materia distinta de la del libro anterior, y vuelve sobre los derechos personales y reales, las obligaciones y los diversos contratos.

«Las obligaciones que nacen de los delitos se ponen en el libro 4º, destinado a las acciones, cuando las acciones, no son sino el mismo derecho que se tiene saliendo de su estado de reposo y entrando en actividad para perseguir lo que se le debe, o defenderse judicialmente.

«En el código Napoleón, y en los diversos códigos que le toman por modelo, no hay ni podrá haber método alguno.

«*Un solo artículo* de un código, puede decidir de todo el sistema que deba observarse en su composición, o hacer imposible guardar un orden cualquiera.»

Los párrafos transcritos nos muestran claramente que el legislador debía encontrarse en una situación embarazosa para resolver esta segunda dificultad. Las fuentes donde debía ocurrir en busca de precedentes eran defectuosas, en su opinión, formada



probablemente con la lectura de las amargas críticas que se han hecho, tanto al sistema romano, como al francés que le ha seguido casi en un todo.

Nuestra legislación tampoco podía servirle de guía, siendo como es un maremágnum de leyes, esparcidas en diversos libros, todas embrolladas, contradichas, derogadas y sin una base de método ni medianamente regularizado.

Y aunque tenía el punto de partida marcado por Gayo, en el párrafo 18, título 1º, libro 1º, de su Instituta que lo formula en estas palabras: *Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*, seguido por las *Instituciones* de Justiniano, y consignado en el título 3º, libro 1º; era necesario salvar la confusión de ideas que más tarde se nota en la división de las materias y que reprochaba el doctor Vélez.

Por consiguiente, debía adoptarse un nuevo orden de división que estuviese de acuerdo con lo que enseñan los más notables tratadistas del derecho moderno; y con lo que su propio criterio considerase más conveniente. Y los últimos párrafos de la nota indicada, nos dan la solución razonada de la división del Código. ¿Ha sido con acierto? Creemos que sí, y esperamos el juicio de los críticos.

Viene por fin el tercer punto: *¿cual debía ser la forma en que se redactaran las leyes?* ¿Optaría por la concisión del código francés en cuanto a la generalización de los principios legales, o el razonamiento de las leyes antiguas, como las de Partidas, por ejemplo, para explicar los fundamentos de ellas, y el espíritu o la idea que dominaba o de que partía el legislador? ¿o adoptaría lisa y llanamente el



sistema de articulación sin dar razón ni expresar motivos ni analogías de ningún género, siguiendo a todos los códigos modernos?

El articulista se decide por lo primero y nosotros sostenemos lo segundo. Midamos, pues, nuestros fundamentos.

¿Cuál es el objeto práctico de que el legislador explique el fundamento de sus resoluciones? ¿facilitar la recta interpretación? ¿hacer demostración pública de la justicia o equidad que le impulsan? ¿facilitar la inteligencia de las leyes, y sentar un precedente para su aplicación por analogía?

Pero todos estos motivos están hoy completamente refutados.

La experiencia ha conquistado, dice Savigny, el principio de que ni las sentencias de los jueces, ni las leyes civiles deben expresamente fundarse para establecer sus razones. Los motivos de una sentencia pueden ser dudosos o falsos, y ser la sentencia justa, o al contrario; y de igual modo los de una ley pueden ser errados (como sucede en muchas de las leyes de Partidas) y ser la ley no obstante, muy acertada o al contrario.

Estos casos, tal vez se nos objetará, pueden ser raros, pero son posibles; nadie puede garantírnos su excepcionalidad, y los inconvenientes que traen son de fatales y perniciosas consecuencias.

Por otra parte, el legislador no está de ningún modo obligado a manifestar las razones más o menos sensatas y concluyentes que le deciden a dictar la ley en la ley misma. Si su razonamiento no forma ley ni parte de ella, como es indudable, y ésta sólo se constituye en su parte dispositiva o prohibitiva,



¿para qué recargarnos con la aglomeración de esas ideas, exactas o inexactas?

Ese trabajo debe quedar librado a la doctrina del derecho. El comentador buscará y expondrá tanto las razones filosóficas como legales en que toman su fundamento las leyes, porque su trabajo consiste en interpretar, explicar y derivar todas las consecuencias de aquéllas en los distintos casos que puedan presentarse en la vida práctica.

Constituir un precedente para las analogías, no es un punto de la competencia del legislador, esta es una tarea que corresponde también a la doctrina del derecho, a la pericia del intérprete, o del abogado, al criterio del magistrado que conoce la ley, penetra en su espíritu, estudia la doctrina, y aplica la decisión al caso propuesto, fundándose en los principios generales del derecho, sino hay ley especial y expresa que le comprenda y resuelva.

Estas diversas consideraciones que son hoy del dominio de la ciencia, nos muestran de un modo concluyente e irreplicable, que el autor del código ha procedido en esta materia con el mayor acierto, guiándose por los sanos consejos de la experiencia y aceptando una solución verdaderamente irreprochable que ha salvado toda dificultad y evitado los motivos para toda crítica fundada.

En efecto, las notas puestas en artículos de importancia, que resuelven controversias entre las diversas escuelas, o que crean, modifican o contrarían las disposiciones de nuestra legislación actual; o en aquellos cuya interpretación puede ser trastornada por la ambigüedad de la materia que resuelven, suplen ventajosamente a ese razonamiento cansado o infruc-



tuoso de las leyes de Partidas, en las que muchas veces encontramos por todo fundamento *que así lo dijeron los sabios antiguos*, que no son otros según las mismas, que los santos padres.

Todas esas notas no son leyes, no forman parte de ellas, manifiestan sí de un modo auténtico el espíritu y pensamiento del legislador, sus razones y opiniones legales, y forman un *cuerpo* de doctrina oficial y auténtica para la aplicación de las leyes en los casos comprendidos, y el punto de analogía para las que no lo estén.

Es, pues, para nosotros fuera de cuestión, después de los precedentes raciocinios, que el doctor Vélez ha seguido el mejor camino científico que podía adoptarse; y que con ellos queda refutada la crítica sobre ese punto.

Establecidos esos precedentes, quedaban resueltas las dificultades previas a la formación del código, y su autor debía entrar de lleno a la redacción de las leyes, teniendo siempre en miras el plan general de la obra.

III

Hasta aquí hemos considerado tres puntos, de los que indicamos al principio de nuestro escrito: *la clase de derechos, extensión y división en que debían considerarlos*. Vamos ahora a analizar ligeramente el último: *¿cuál era el límite de acción de sus facultades?*

El articulista entrando a ocuparse a este respecto de la obra, nos dice, que su mérito como un tratado de jurisprudencia es innegable, como lo es la competencia de su autor; pero que dejándose éste llevar del amor a la ciencia siguiendo la marcha del juris-



consulto doctor Freitas, ha descendido a detalles y minuciosidades que le alejan de ser un buen código, desde que las leyes son hechas para el pueblo, y deben ser general y concisamente redactadas, para que fácilmente pueda saberse y estar al alcance de todos.

La acción de los magistrados, dice, se hace más embarazosa, y se crean mayores dificultades para la aplicación de las leyes, cuando, por el contrario, el legislador debió concretarse a establecer los puntos generales, para dejar amplia extensión a la doctrina y a los comentadores, que explicaran sus disposiciones; y termina con estas palabras: «Respecto del Proyecto de código civil del doctor Vélez podemos decir lo que Saint-Joseph del código prusiano, su grave falta está en no tener la concisión necesaria y en ocuparse demasiado de la ilustración de doctrinas, descendiendo a pormenores que embarazan al magistrado.»

Como se ve, el articulista critica al código del doctor Vélez, como al del doctor Freitas, por su falta de concisión en la generalización de los principios legales, llegando hasta suponer a este respecto muy superior al código francés; y acusando, por cierto, al autor de haberse excedido en el límite de sus facultades.

Pero, felizmente, este es un punto sobre el que los más respetables autores han escrito y emitido opinión, hasta tal extremo que si bien es cierto que el código francés es una de las obras más perfectas de legislación por la forma enérgica y concisa de su redacción, no es menos evidente que ha recibido las más amargas críticas de autores tan afamados co-



mo Marcadé por ese estudiado espíritu de concisión en las materias legisladas.

Concedamos, como nos dice el articulista, que cualquier francés pueda imponerse fácilmente de todo el código y retener sus disposiciones, lo que no sucede con un español que jamás podría acabar de instruirse en ese fárrago de leyes sin concisión, esparcidas sin orden ni método alguno; pero vamos a lo positivo y veamos lo que puede adelantar el francés con la lectura de su código, ¿sacará algún provecho? Puede ser; mas, para entenderlo como se debe, le sería necesario ocurrir a mil comentadores que interpretan de diversos modos sus leyes.

Y si no, ¿cómo se explica de otra manera que éstos tengan que escribir un crecido número de volúmenes para interpretar y aclarar esas desiciones?

Vemos a Troplong, por ejemplo, escribir cuatro gruesos tomos para explicar unos cuantos artículos sobre convenciones matrimoniales, mostrándose perplejo siempre de la deficiencia del código; a Dalloz que lleva escrito cerca de cincuenta volúmenes, y aun no ha terminado de establecer la doctrina y jurisprudencia del mismo; a Demolombe, Duranton y otros muchísimos que escriben y escriben hasta el cansancio, sin ponerse de acuerdo ni encontrar una interpretación común para ese breve conjunto de leyes.

Preguntad a un francés, hijo natural, dice un jurisconsulto afamado, cuál es la parte que tiene en la sucesión de su padre, cuando hay hijos legítimos, y él os dirá que conoce bien su derecho, que el código dice claramente: « que si el padre o la madre hubieren dejado descendientes legítimos, la porción



hereditaria del hijo natural sería un tercio de lo que habría tenido si fuese legítimo».

El pobre hombre estaría muy engañado, continúa, si creyese que siendo tres o cinco los hijos naturales habían de dividir entre ellos el tercio de la parte que les hubiera correspondido si fuesen legítimos, o si se persuadiese que cada hijo natural tendría el tercio de la porción que le habría correspondido en caso de ser legítimo.

El código francés fué conciso, habló en singular; y los jurisconsultos Aubry y Rau, Demolombe, Troplong, etc., en sus largas discusiones sobre la materia, nos hacen ver que la Francia ha quedado sin ley sobre la sucesión de los hijos naturales, cuando éstos son varios y concurren con los legítimos.

Y cuando todos esos jurisconsultos de tanto saber y de conocimientos tan profundos en el derecho reprochan ese sistema de legislación, que trae como consecuencia la confusión, y con ella una interminable serie de cuestiones, ¿cómo había de seguirle el doctor Vélez, llamado a escribir la última palabra de la ciencia moderna, y a tomar en consideración las opiniones más dominantes y adelantadas de los tratadistas?

¿En qué ventajas prácticas, en qué principios inmovibles había de fundarse para tomar por norma ese método censurado con tanta justicia? Francamente, nosotros no alcanzamos a penetrarlos ni a preverlos.

Al contrario, cremos observar que la tendencia de las sociedades modernas, que la aspiración común, que la opinión de las personas sensatas que observan y palpan los hechos de cerca, son que se



deje el menor lugar posible a la apreciación arbitrariedad de los magistrados.

Y esto tiene su explicación muy racional, cuando el legislador se concreta a fijar los principios generales; más tarde vienen los jueces, a hacer las deducciones, las analogías y las aplicaciones a los diversos casos que ante ellos se controvierten. Pero sus resoluciones, aunque no tengan un efecto extensivo y general, que es lo que las distingue de las leyes, tienen, sin embargo, la importancia y la fuerza de tales para esos mismos casos particulares.

Ellas afectan la vida, el honor, el bienestar de las familias, la tranquilidad del hogar. Forman la jurisprudencia legal, y en las naciones más adelantadas constituyen precedentes de tal modo respetados que muy rara vez dejan de seguirse; estableciendo así una especie de legislación no sancionada, pero sí aplicable y decisiva en los tribunales.

De allí resulta que en los litigios que se hallan fuera de las palabras de una ley, tenemos de legislador al juez de primera instancia que interpreta de un modo o busca la analogía según su criterio; al tribunal de apelación en segunda instancia que juzga de otro; y finalmente al de 3ª que resuelve de otro. ¿Cuál de ellos habrá tenido más razón y aplicado mejor la justicia? Nadie podría decirlo con exactitud; y por esto aceptamos el principio convencional de considerar más acertada una resolución, cuando está garantida por la opinión de un mayor número de jueces.

La respetable opinión de los autores que hemos indicado y las diversas consideraciones expuestas, nos demuestran clara y evidentemente la convenien-



cia y la mayor garantía que hay en que el legislador descienda, principalmente en materia de alta trascendencia y difícil interpretación, a legislar el mayor número de casos posibles; tanto porque de este modo se evitan muchas cuestiones y se facilitan las analogías, cuanto porque se deja menor ocasión a la apreciación de los abogados y jueces.

Hemos terminado aquí el examen de los cuatro puntos cuyo análisis nos propusimos para refutar la crítica sobre el sistema en general del código redactado por el doctor Vélez Sarsfield. En él creemos haber patentizado que no sólo ha procedido con todo acierto en esa parte, inspirándose en las sabias lecciones de la experiencia y en el talento y estudio de los más eminentes pensadores, sino algo más.

Que por su propio criterio y con sus vastos conocimientos ha creado un nuevo sistema en la legislación, que aventaja en mucho a los que hasta hoy se nos han presentado como modelo; que, por consiguiente, la acción de sus facultades como legislador no se ha limitado a tomar los materiales de otros códigos como ha sucedido en la mayor parte de las naciones de Europa que siguieron al código Napoleón; sino que coordinando un nuevo plan ha creado una nueva faz en la parte más importante de la legislación, cual es la de su sistema general.

Si hemos sido acertados en nuestro empeño hasta dejar completamente refutadas en esa primera parte las ideas de nuestro ilustrado contendido, lo decidirán imparcialmente los lectores.



IV

Entramos a ocuparnos de la segunda parte del artículo, que es la que trata de los dos títulos preliminares del código sobre la aplicación de las leyes, y los modos de contar los intervalos del derecho.

Nuestro trabajo desde ahora es puramente analítico, así es que nuestros lectores no encontrarán en este artículo como en el anterior una generalización de ideas que haría más amena la lectura.

Concretaremos, pues, nuestra réplica a los artículos criticados siguiendo el mismo orden que ha observado el articulista, sin detenernos en los que aquel no haya considerado; pues, como anteriormente manifestamos, no haremos por nuestra parte otras apreciaciones sobre la obra, que las necesarias para contestar las censuras que se le han hecho.

TÍTULO PRIMERO

De las leyes

Art. 2º — Las leyes no obligan sino después de su *publicación*, etc.

El articulista principia su crítica, extrañando que el autor del Código haya usado de la palabra «publicación» y no «promulgación» tratándose del hecho por el cual se hace notoria la sanción y vigencia de las leyes, o al menos, porque no se haya agregado a aquella frase el calificativo *oficial*, para evitar, sin duda, el peligro de que alguien crea, que cualquier publicación que se haga de un mero proyecto de ley, tiene la importancia de darle sanción y ponerle en vigencia.



Pero emplear la una por la otra, es falsear, dice los fundamentos de la sanción de la ley, subvirtiendo los términos legales que se usan para dar a conocer su vigencia. En apoyo de su opinión cita la autoridad de los códigos francés, de las Dos Sicilias, de la Luisiana, Holanda y bávaro, que usan la voz *promulgar*.

En verdad que no encontramos el fundamento de esta crítica. En nuestro idioma *promulgar* y *publicar* significa la misma cosa, como lo dice el *Diccionario de la Academia española*.

La raíz latina *promulgare*, significa en aquel idioma *promulgar*, *publicar*, *hacer saber*, *enseñar*; y es en este sentido que se toma la decisión de Anastasius en la ley 65, código *De Decurion* cuando dice: *ex die quo promulgata est, suas vires obtinente*; y la de los emperadores Valentinianus y Martinianus en la ley 9ª, código *De legibus*.

En el mismo sentido son las palabras de la novela 48 *in epilog.*, que dice: *solemniter per programmata propria manifesta faciat universis*; y la 66, capítulo 1º, *ex quo in commune factae manifestae*.

En nuestras leyes tenemos la 4ª, título 2º, libro 1º, Fuero Juzgo, que dice: «La ley debe ser manifiesta» palabras que repiten la 2ª, título 6º, libro 1º, Fuero Real y 1ª, título 1º, libro 2º, Recopilación Castellana.

Entre los códigos europeos tenemos el Sardo, artículo 8º, austriaco, artículo 3º, y prusiano artículos 7º al 13, que usan la palabra *publicar* y no *promulgar*.

Entre los autores, el señor Goyena en sus *Concordancias al código español*, comentario al artículo 1º, dice: «la ley se da para el pueblo, y éste no pue-



de quedar obligado a su observancia sin su *promulgación o publicación* lo que supone que para este autor son sinónimas, como se ve más claramente leyendo toda su nota al artículo citado.

Duranton en el número 44, nota 1ª, tomo 1º, nos dice: «*Aujourd'hui il n'y a aucune différence entre la promulgation et la publication de la loi puisque l'une et l'autre résultent de l'insertion de la loi au Bulletin officiel des lois.*»

Merlin en su *Repertorio de jurisprudencia*, verbo *Loi*, párrafo 4º, nos enseña perfectamente la razón por qué el código francés ha empleado en su artículo 1º la palabra *promulgation* y no *publication*, siendo sinónimos relativamente a las leyes, como lo atestigua el *Diccionario de la Academia francesa* que definía la *promulgation*: *publication d'une loi faite avec les formalités requises.*

Para este autor de reconocida celebridad, no hay duda que una y otra voz expresan la misma idea, cuando nos dice: «*La promulgation est nécessaire, sans doute, mais seulement pour faire connaître la loi, pour la faire exécuter.*»

Y Zachariae expone en el tomo 1º, párrafo 24, de su obra, una doctrina que es decisiva sobre este punto, cuando dice: «*La loi promulguée n'est cependant pas immédiatement et simultanément obligatoire sur tous les points du territoire français. Sa force obligatoire ne commence dans chaque département que du moment où la loi promulguée peut y être connue.*»

La decisión acorde de todas las leyes y códigos que hemos citado, como la opinión unánime de los jurisconsultos nombrados, nos muestran dos circuns-



tancias de toda evidencia: 1º que una y otra palabra expresan la misma idea cuando se trata de las leyes, y 2º que es preferida la de *publicar* a la de *promulgar*, porque aquella presupone el medio por el que la ley llegará a conocimiento de todos, en tal o cual término fijado en la misma, desde cuya fecha se hace obligatoria; mientras que la otra no produciría el mismo resultado si se le diese otra acepción que la de publicar como lo pretende el articulista.

Y como la materia es de tanta importancia y puede ofrecer controversia, vamos a detenernos un momento más hasta fijar con una precisión irrefutable la opinión que sostenemos.

O la palabra *promulgar* tiene un mismo sentido, y puede ser substituída por la de *publicar*, o aquélla tiene una significación más perfecta, y da mejor idea de lo que se quiere expresar.

Para nosotros, sólo el primer término de este dilema debe aceptarse; el segundo es inexacto, y sería rechazable en el código, en el sentido que se pretende atribuirle.

Algunos han querido ver como el articulista, la significación de aquella palabra en la fórmula que usa el Poder ejecutivo para sancionar las leyes dictadas por el Congreso. Pero esto es un error craso y que puede tener su origen, por ejemplo, en la confusión que se haga en la inteligencia del inciso 4º, artículo 86 de la Constitución nacional, que dice, hablando de las atribuciones del Poder ejecutivo:

« Participa de la formación de las leyes con arreglo a la constitución: las sanciona y *promulga*. »



Pero es aquí precisamente, donde encontramos la más perfecta solución de la materia.

Una ley emanada del Congreso no puede ser tal mientras no reciba la sanción del Poder ejecutivo, porque éste, según la Constitución nacional, es un poder colegislador que *participa en la formación de las leyes*; y al prestarles su acuerdo y decretar su cumplimiento, que es lo que importa la sanción que él hace, ordena su publicación y esto es lo que corresponde a la última palabra del inciso: *y promulga*.

Tal vez el mismo autor del código incurrió en un error semejante si de acuerdo con el doctor Acevedo redactó los artículos 1º y 2º del Código de comercio en que se confunde la palabra *promulgación* con la de *sanción*, salvo el caso que la mente de ellos fuese emplearla como sinónima de *publicación*.

Estas diversas observaciones nos conducen a afirmar que el artículo criticado es irreprochable, y que muy al contrario de falsearse en él los fundamentos de la sanción de la ley, el legislador se ha colocado en el verdadero terreno, empleando la palabra más precisa y apropiada para expresar su idea. De ese modo la ley no es obligatoria sino después de su publicación en los términos y condiciones fijadas en ese mismo artículo.

Art. 3º.—Las leyes disponen para lo futuro, no tienen efecto retroactivo y no pueden alterar los derechos ya adquiridos.

Este artículo consigna el gran principio legal de la no retroactividad de las leyes.

Los vínculos sociales, las relaciones de los hom-



bres deben reposar en una base inmutable y permanente, no sujeta a las vacilaciones del tiempo, al cambio de los partidos y gobiernos, a la nueva faz de los acontecimientos e ideas que en el mundo se desarrollen.

La tranquilidad de la vida, la garantía del honor, la seguridad y conservación de la sociedad están decretadas en aquel alto principio de justicia y equidad.

Las generaciones que se levantan, los siglos que se suceden, las legislaciones que se crean, carecen de todo derecho para retrotraer su voluntad hacia el pasado, porque a ningún legislador, a ninguna autoridad humana le es dado ejercer su imperio más allá del presente y porvenir; y es en esa barrera inquebrantable que reposa la incommovilidad de los *derechos adquiridos*.

Los jurisconsultos romanos, con el profundo conocimiento del derecho, con la inspiración ardiente de la razón y de la justicia que los hace admirables, aun después de tantos siglos, decretaban en sus códigos la no retroactividad de las leyes:

«*Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta præterita revocari*», escribían los emperadores Theodosio y Valencio, en la ley 7ª, código *De legibus*.

Los códigos españoles repetían la misma disposición en las leyes 12, título 1º, libro 2º, Fuero Juzgo; 15, al fin, título 14, partida 3ª; 1ª, título 28, Ord.; y 3ª, título 1º, libro 2º, Recopilación Castellana.

Hoy es un principio sancionado en todas las legislaciones de los pueblos civilizados, y nuestro có-



digo inspirado en las mismas ideas de justicia y perfeccionado con los adelantos y progresos de la ciencia moderna, no podía dejar de consignarle en sus primeras disposiciones.

Partiendo, pues, de estos precedentes, parece que ninguna crítica debiera merecer ese artículo, mucho menos, cuando nuestro contendido con toda lucidez ha hecho con su hábil pluma, una exposición brillante de las mismas ideas que dejamos manifestadas.

Pero, por una razón inconcebible para nosotros, después de exponer él mismo la inconveniencia de limitar la extensión del principio con excepciones, que podrían dar lugar al falseamiento de la verdadera y legal doctrina, que de aquel artículo debe deducirse, suscita una observación que carece de fundamento.

«La no retroactividad de las leyes como principio de legislación civil, nos dice, no puede admitir ninguna excepción; pero como principio absoluto de legislación, tal como se establece en el proyecto de código, da lugar a una salvedad.

«En materia criminal, en aquellos delitos en cuyo castigo sólo está interesada la moral social, debiera admitirse por razón de equidad, la retroactividad, cuando una ley posterior modera el rigor de la que fué violada; porque en este caso ni se burlan derechos de nadie, ni se hacen ilusorias las garantías sociales, puesto que se procede con arreglo a una ley que sólo afecta al delincuente. Esta salvedad a nuestro juicio, complementaría el principio de la no retroactividad de las leyes.»

Antes de entrar a contestar la observación que



precede, debemos manifestar que, en nuestro juicio, aquella crítica fué escrita antes que apareciera el libro 4° del código; o si ha sido después, su autor aun no se habría impuesto del título complementario sobre la aplicación de las leyes, que figura al final de dicho libro.

Allí está perfectamente complementada la disposición del artículo que nos ocupa, y habría sido de desear que el articulista le hubiera tenido a la vista, sea para que modificase su opinión, o para que hubiese ampliado sus observaciones, siendo como son tan importantes las aplicaciones que allí se hacen sobre el principio de la retroactividad.

Las leyes que conceden privilegios, como, por ejemplo, las que versan sobre los bienes dotales; las que tratan de la capacidad o incapacidad de las personas; las de prescripciones adquisitivas están allí derogadas o modificadas en el todo o parte, por la aplicación del principio retroactivo de las nuevas leyes.

Pero como nuestro objeto no es el de hacer otras apreciaciones que las necesarias para refutar la crítica, renunciemos a ocuparnos de aquel título y volvemos a nuestro punto de partida.

El articulista incurre en un error, a nuestro juicio, cuando sostiene que el código civil legisla de una manera absoluta, quedando por tanto excluída la excepción en materia penal.

El código no legisla de un modo absoluto, de suerte que sus disposiciones sean extensivas a toda materia y a todo derecho.

Sus límites no se extienden más allá del imperio de las relaciones civiles, que crean, modifican o



extinguen derechos de esa naturaleza. Sus reglas generales son relativas a esas clases de derechos. Por consiguiente, ¿qué salvedad podía hacerse para hechos de una naturaleza distinta, sujetos a un fuero diferente legislado por un código especial?

La salvedad sería completamente ajena e impertinente en aquel artículo. Y tan es así, que si entramos a examinar los códigos europeos, no encontraremos tal vez más de uno que haga semejante excepción, que importaría una usurpación de jurisdicción.

El código francés, artículo 2º, nos dice: «*La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif*»; disposición que repiten en un todo conformes el de las Dos Sicilias, el Sardo, el de Vaud, el de Holanda, lo mismo que los de Luisiana, bávaro, austriaco y el proyecto de código español con algunas adiciones o excepciones; pero ninguno de ellos hace la salvedad que se pretende y tan sólo encontramos esa confusión de ideas en el código prusiano, artículos 14 al 21, y en algunas de las leyes españolas antes citadas.

Después de estas consideraciones, creemos que no podrá menos de convenir con nosotros el articulista, en que su crítica sobre el artículo 3º no tiene razón de ser, porque parte de la falsa hipótesis de que las reglas contenidas en el título preliminar del código, sean absolutas y aplicables, tanto en el fuero civil como en el criminal.

Las únicas excepciones que a ese principio pueden hacerse, son las contenidas en el título complementario anteriormente indicado, y las que por su naturaleza y carácter, deben entenderse compren-



didas en su espíritu, como lo dice el señor Goyena refiriéndose al proyecto de código español; tales serían por ejemplo, las expresadas en la misma ley 7ª, cód. *De legibus* en estas palabras: «*nisi nominatim, et de præterito tempore, et adhuc pendentibus negotiis cautum sit*», y en las 22 y 24, Digesto *De legibus*, etc.

Art. 5º. — Ninguna persona puede *tener* derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público.

¿Cuál es la importancia y significación jurídica de este artículo?

Buscamos su analogía en los códigos europeos que tenemos a la vista, citados anteriormente y no encontramos en ninguno de ellos artículo alguno semejante, ni lo vemos discutido por los autores.

¿Será pues, una disposición ajena al código civil? ¿Será innecesaria a su sanción, o puede tener alguna aplicación práctica en el derecho?

En la crítica a que contestamos, si no padecemos un error, se le hacen dos objeciones, que en realidad carecen de fuerza, a la vez que se incurre en una confusión de su sentido con el que se deriva del artículo 21 del mismo título. Pero un breve análisis y la aplicación de un ejemplo práctico entre nosotros, nos conducirá, sin duda, a demostrar su verdadera importancia, y a marcar la diferencia que existe entre éste y el artículo 21 citado.

La primera observación que se hace, está concebida en estos términos:

«La redacción de este artículo supone la posibilidad de adquirir derechos contra una ley de orden público, aunque de una manera revocable. Esta po-



sibilidad que supone el artículo citado, es inadmisiblesible ante el principio de moral legislativa, de que contra el orden público no pueden adquirirse derechos.»

La segunda está fundada en que es inaceptable el principio de que pueda nadie atribuirse derechos revocables o irrevocables contra el orden público, desde que jamás puede prevalecer ni sobreponerse el interés individual al colectivo; que aun dado el caso que existiese el hecho, no podría constituir un derecho, ni debiera confundirse lo uno con lo otro.

Que la sanción en tal caso sería en el fuero civil la nulidad, en el criminal la pena correspondiente al caso; y como lo que es nulo en el derecho, no tiene existencia, segun el principio *nullum est nulla qualitas*, o se ha confundido el hecho con el derecho; y en último resultado no ha debido establecerse ese artículo.

Ahora bien, no obstante que el articulista ha empleado los mejores razonamientos para impugnarle, sus conclusiones no pueden ser más equivocadas.

Ni revocable, ni irrevocablemente pueden *adquirirse* derechos contra el orden público, precisamente por las mismas razones que él aduce.

El haber empleado el autor del código el adverbio *irrevocablemente*, no hace suponer en buena lógica que puedan *adquirirse* de una manera revocable, porque no es ésta una consecuencia que se derive naturalmente de aquel principio.

Si el articulista hubiese leído la notable disertación escrita por M. Duvergier, que cita el doctor Vélez en la nota al artículo, habría encontrado la



fuelle de donde tomó éste sus ideas para dictar aquella disposición.

En la vida de las sociedades, ni los hechos ni los derechos son permanentemente constantes. Cambian las costumbres y cambian las instituciones, siguiendo proporcionalmente en todo esta marcha que les impone la civilización.

Hoy se deshace lo que ayer se hizo, se muda, se transforma; las leyes que antes eran buenas, hoy nos parecen malas, retrógradas, inadecuadas para la nueva generación que se levanta, para las nuevas ideas que profesamos.

Es, pues, para seguir este cambio constante, para no oponerse a ese impulso regenerador de las nuevas edades, que viene el legislador a redactar ese artículo cuya apreciación ha sido equivocada, y cuyos efectos son completamente diversos de los que se le atribuyen.

Los individuos, las personas adquieren derechos, ejercitan acciones, o están en posesión y en la posibilidad de verificar ciertos hechos consentidos y constituídos por leyes preexistentes, emanadas de las legítimas autoridades, y que llevan la razón de su existencia en las ideas dominantes al tiempo de su sanción.

Pero cuando más tarde se regeneran estas ideas, se subvierten los principios, y las leyes que poco antes se consideraban como la viva expresión de las costumbres, son substituídas por otras radicalmente opuestas, o que las alteran en sus partes principales.

Es entonces que se presenta el caso de la aplicación del artículo. Los individuos que *tenían* dere-



chos adquiridos en virtud de esas leyes precedentes, ¿pueden hacerlos prevalecer contra el imperio de las que son posteriormente sancionadas por el poder social?

¿Pueden cuestionar, que esos derechos no son contrarios, ni a la moral, ni a la justicia, ni al orden social, cuando han sido generados por leyes vigentes, y que en su tiempo tenían tanta fuerza, como las que vienen a derogarlas?

He ahí el punto que resuelve el artículo 5º; contéstenos el articulista, demuéstrenos en este momento la aplicación de su teoría, verdadera y prácticamente aceptable en casos dados; pero inexacta en su punto de partida, cuando se trata de acomodarla, al espíritu, a la idea que encierra aquel principio.

Para satisfacer nosotros a esas dos cuestiones, haremos una distinción fundada en la naturaleza de las personas a quienes se aplica.

O los derechos, que se *tienen* adquiridos en virtud de las leyes precedentes, y cuyas acciones derivativas tratan de ejercerse, afectan al interés y orden social, o al interés privado puramente.

En el primer caso les aplicaríamos la disposición del artículo que nos ocupa. «*Ninguna persona puede TENER derechos IRREVOCABLEMENTE adquiridos contra una ley de orden público*», conforme al principio consignado por los romanos en estas enérgicas palabras: *Salus populi suprema lex esto*.

Para el segundo, buscaríamos su solución en las disposiciones generales sobre la aplicación de las leyes y el alcance del efecto retroactivo de éstas.

El perentorio rechazo que se hace en el primer



caso, está fundado, en la suprema necesidad del orden y conservación de la sociedad, *salus populi*, y jamás podría admitirse la pretensión inmoral y absurda, de que pudiese el interés particular sobreponerse a aquéllos.

Pero en el segundo caso no reina el mismo interés; la tranquilidad social no está comprometida, su existencia no peligrá ni aun remotamente.

Estas ligeras pero evidentes observaciones nos sirven para demostrar que el legislador no solamente ha debido hacer uso de la palabra *irrevocablemente* sino que era necesario la emplease, para complementar la exactitud de la idea que encierra aquella disposición.

Si hemos visto que las personas adquieren, en virtud de leyes vigentes, ciertos derechos que están en íntima relación con el orden público, es indudable que los que adquieren esos derechos los *tienen* como tienen la facultad de ejercerlos y ponerlos en actividad; que deben igualmente y según su naturaleza considerarse permanentes, duraderos e irrevocables mientras subsistan las leyes que les han dado origen.

También hemos visto que cuando esas leyes desaparecen derogadas por otras contrarias, las mismas personas no podrían cuestionar la permanencia de esos derechos; y es en esos casos precisamente que se les oponen la disposición legal; que si los han *tenido*, no pueden considerarse irrevocablemente adquiridos, de tal modo, que puedan prevalecer contra la nueva ley que se considera necesaria al orden público.

Las ideas vertidas hasta aquí, nos bastarían para dejar refutada la crítica que nos ocupa; pero para



que no quede ningún género de duda, detendremos un momento más a nuestros lectores para demostrar con toda claridad posible la falsa apreciación hecha sobre el artículo, por nuestro contendido, partiendo de un supuesto verdaderamente equivocado.

El legislador no se ha puesto en el caso de que puedan *adquirirse* derechos; sino que si se *tienen* adquiridos, no pueden subsistir de una manera irrevocable, cuando una nueva ley los declara contrarios al orden público.

La idea, en uno y otro caso, es del todo distinta. Las palabras *puede tener* expresan que si están ya adquiridos, no deben ejercerse, mientras que la objeción del articulista, parte del principio de que no pueden *adquirirse*.

Supongamos un hecho práctico, para facilitar la comprensión de estos raciocinios un tanto sutiles pero no inexactos. Nuestra constitución actual, establece que los jueces o ministros de la Corte suprema de justicia nacional como uno de los más altos poderes del Estado, sus jueces o ministros sean inamovibles, mientras dure su buena conducta, etc. Estos, una vez nombrados, adquieren el derecho de permanecer en sus empleos mientras llenen las condiciones de la ley; pero supongamos, también, que más tarde se reformase la constitución en esa parte y se estableciese que los miembros de aquel tribunal, serán nombrados en otra forma, y que permanecerán en el ejercicio de sus empleos tan solamente por un cierto número de años.

Ahora bien, ¿podrían esos jueces sostener que ellos no pueden ser removidos de esos empleos, sobre los cuales tienen derechos adquiridos mientras dure



su buena conducta, como lo establecía una ley anterior, según la cual fueron nombrados?

¿Quién nos negaría la existencia de ese derecho? Pero a esa pretensión, fundada como se ve en un derecho, se les opondría el principio que la constitución del Estado es la primera ley de orden público, y que contra sus disposiciones ninguno puede tener ni ejercer derechos adquiridos en virtud de una ley precedente.

Esta cuestión se ha presentado en nuestro país, y se resolvió en el sentido del artículo 5°. Con tal motivo el doctor Vélez escribió un notable artículo siguiendo las ideas de M. Duvergier, y combatiendo victoriosamente la pretensión de los jueces de la antigua Corte de la confederación, que fueron removidos a consecuencia de la reforma que sufrió la constitución.

Y aunque el caso propuesto correspondería ser legislado por la constitución, tratándose de uno de los poderes que ella crea, lo hemos tomado únicamente como un ejemplo, para hacer resaltar la aplicación que debe tener el artículo, en los casos que estén sometidos a la jurisdicción del derecho civil, y sean análogos al que hemos considerado.

Ahora solamente nos queda por demostrar la confusión que se ha hecho con la disposición del artículo que nos ocupa y la contenida en el artículo 6° del código francés, que cita el articulista, y que es en un todo semejante a la sancionada en nuestro código en el artículo 21 del título que nos ocupa, cuyo texto es el siguiente:

« Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia están inte-



resados el orden público y las buenas costumbres.»

Como se verá, esta disposición legal es completamente distinta de la que hemos analizado; allí se trata de un principio de derecho público, aplicable a todos los casos en que quieran hacerse prevalecer los derechos adquiridos en virtud de una ley anterior, contra las disposiciones de una posterior.

Y en el caso presente sólo se trata de una disposición prohibitiva también de derecho público pero cuya tendencia es impedir que por actos particulares o convenios privados, puedan burlarse los efectos de las leyes de orden y moral públicas.

Así, aun cuando dos o más personas, de común acuerdo, celebrasen un contrato para la ejecución de actos ilícitos o inmorales, tal convención no tan solamente no tendría eficacia alguna ante la ley, sino que si esos actos ofendiesen el orden o buenas costumbres, serían sometidos sus autores al imperio de la ley penal para sufrir la represión que aquella imponga, según el sentido del artículo 18 del mismo título.

La ley romana decía al respecto: «*Pacta, qual turpem causam continent, non sunt observanda; veluti si paciscar, ne furti agam, vel iniuriarum si ufeceris expedit enim timere furti vel iniuriarum pœnam*», ley 27, párrafo 4º, Dig. *De Pactis*, repetida por la 38, id., y la 35, título 1º, libro 45, cuya disposición está tomada por la ley 28, título 11, partida 5ª. Los códigos europeos, casi todos están de acuerdo sobre este punto, y entre los autores, especialmente el señor Goyena sobre el artículo 11 al proyecto de código español, manifiesta la opinión decisiva sobre



la materia. Pero ninguno de estos trae la disposición del artículo 5º que hemos analizado.

Finalmente, como las diferencias son tan marcadas y evidentes en uno y otro caso, nos parece inútil insistir más para ponerlas a la vista.

Con lo que hemos expuesto hasta aquí, creemos haber demostrado tanto la inexactitud del punto de partida de nuestro contendido en la crítica de ese artículo, como sus erróneas conclusiones y la confusión de ideas en que ha incurrido sobre dos leyes de distinta naturaleza y aplicación, pero tendientes a un mismo objeto, el bien público.

Llegamos ahora a la materia más escabrosa y complicada, objeto de las más vivas controversias entre los tratadistas del derecho.

Las leyes que rigen las personas en su estado y capacidad, llamadas en el lenguaje de los juriscultos *estatuto personal*; a las que tratan directamente de los bienes sin consideración de sus propietarios, llamadas del *estatuto real*; y finalmente las que establecen aquellas que deben regir la forma y solemnidades de los actos.

Al hacer nuestro contendido la crítica de esas leyes, ha incurrido en una omisión del mismo género de la que, con motivo del artículo 3º, le reprochamos. Ha tratado la materia teniendo en consideración tan solamente los artículos 6º, 7º y 8º y muy ligeramente los 11, 12 y 13 del título que nos ocupa, sin traer a la vista, los del 69 al 80 del título 1º, sección 3ª, libro 2º, complementarios e integrantes de los cuatro primeros.

No acertamos verdaderamente a explicarnos, cómo es que ha podido prescindir de esas disposicio-



nes tan íntimamente ligadas con las que ha criticado; dando lugar esa omisión a la confusión de principios que ha hecho al tratar de la materia; de tal modo, que por más atención que hemos puesto en su lectura, no encontramos formuladas sus observaciones de una manera decisiva.

Pero no tan solamente no son terminantes esas observaciones sino que la doctrina expuesta por él, es exactamente la misma que se desprende de esos artículos y cuando ha dejado de seguirla el articulista, ha sido para incurrir en chocantes contradicciones como vamos a ponerlo de manifiesto.

Art. 6º. — La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas en el territorio de la República, sean nacionales o extranjeros, será juzgada por las leyes de este código, aun cuando se trate de actos practicados en país extranjero, o de bienes existentes en país extranjero.

Este artículo consigna el principio generalmente reconocido por los autores y sancionado por los códigos extranjeros, de que la capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas en un Estado, sea cual fuere el punto en que accidentalmente se encuentren, es regido por las leyes del domicilio, y ésto es lo mismo que nos dice el articulista, aunque después lo contradice.

La cuestión que a nuestro juicio a este respecto podía presentarse, consiste en determinar cuál sea la base que deba adoptarse para la aplicación de las leyes personales, si las de la nacionalidad de origen o las del domicilio.

El autor del código, siguiendo la opinión dominante de los jurisconsultos más notables en la materia, ha establecido que las leyes del domicilio de-



ben prevalecer a las de la nacionalidad; y esto es lo que se deduce del artículo 6° y de la nota al mismo, donde el autor reproduce la opinión del señor Freitas, que dice: «El domicilio y no la nacionalidad, es el que determina el asiento jurídico de las personas, para saber qué leyes civiles rigen su capacidad de derecho.»

Pero el articulista no toca esta materia, por consiguiente, no tenemos para qué detenernos sobre ella. Sus observaciones están expuestas en los párrafos siguientes:

Por consecuencia del mismo principio de soberanía, dice: «es claro que desde que un individuo pisa en país extranjero, tiene que someterse a las leyes de ése, y no puede pretender que las de su país relativas a sus condiciones personales, prevalezcan y le amparen con menoscabo de la legislación del país en que se encuentra, porque esto importaría invocar un principio contradictorio respecto a la soberanía, la cual es absoluta, únicamente en los límites que fijan los principios que la constituyen. En una palabra, la soberanía en el sentido de jurisdicción es relativa y de ninguna manera absoluta. Por consiguiente, el principio establecido en el artículo 6°, respecto a actos o bienes en país extranjero, es inadmisibles y ninguna nación lo aceptaría, a menos que por tratados especiales se consignara la reciprocidad en tales casos.»

Este párrafo nos demuestra que el articulista dirige su crítica a la última parte del artículo (aun cuando se trate de actos practicados en país extranjero, o de bienes existentes en país extranjero), sobre lo cual cita en apoyo de su doctrina la de Ube-



ro, que dice: «... todas las personas que habitan en los límites de un territorio, son consideradas como súbditos de ese Estado respecto de su legislación civil aunque su permanencia sea temporaria».

Antes de contestar con nuestros argumentos, lo haremos con los mismos del adversario, contenidos en las siguientes palabras:

«Pardessus, y con él el mayor número de publicistas convienen en que, en cualquier parte que se encuentre el hombre, *está sometido a las leyes de su país en lo que concierne a su capacidad y condiciones personales*. Esta sujeción del hombre a las leyes de su patria, no es sino una consecuencia lógica y necesaria del imperio de la soberanía a que está sometido todo súbdito o ciudadano, *sin que pueda considerarse que se substraе a ese imperio por el mero hecho de hallarse fuera del territorio de su patria*.

«El ciudadano es parte integrante de la sociedad que constituye su nacionalidad, y al separarse de ella puede decirse que se opera una especie de desmembración social, desmembración puramente material, pero cuya unidad moral subsiste mediante los vínculos que lo unen y encadenan con su patria.»

Ahora bien, después de estos párrafos, parece que aceptado como está por el articulista, puesto que no ha hecho observación alguna en contrario, al principio adoptado por el autor del código de tomar por base de las leyes personales las del domicilio, ninguna otra contestación más concluyente que la suya propia podría dársele; pero no queremos prevalecernos de su confusión de ideas y vamos a mostrarle cómo la decisión del código es inatacable.

La primera parte del artículo no puede dar lugar



a discusión, una vez admitida la preeminencia de las leyes del domicilio para reglar el estado y capacidad de las personas. Desde el momento que se las supone domiciliadas en la República, como lo hace el código, están, pues, sometidas a las leyes de ésta, y, por consiguiente, su capacidad o incapacidad deben ser regidas por las mismas.

Si se tratase de actos celebrados en país extranjero, deberán serlo igualmente por el mismo principio que hemos sentado, de que las leyes personales siguen al individuo en cualquier parte que se encuentre; y del mismo modo lo será para los bienes existentes en país extranjero. Tal es la opinión de Fœlix en su *Tratado de derecho internacional privado*, en los números 30 al 33, fundándose en un inmenso número de autores y en la decisión de algunos códigos europeos que allí analiza.

Supongamos que un menor de 22 años (edad fijada por el código para poder contratar libremente), nacional o extranjero, pero domiciliado en la República, hallándose en un país distinto, contrae una deuda, o celebra un contrato cualquiera.

Si se le ejecuta para el pago en el país donde se ha obligado, se exceptuaría con la declinatoria de jurisdicción por incompetencia de aquellos jueces, pues el actor debe seguir el fuero del demandado que es el de su domicilio, y la ejecución tendría que traerse ante los tribunales de la República, dado el caso de que no se hubiese obligado a pagar en el lugar donde contrató.

En éste, la acción sería igualmente rechazada por no reconocer personería en el menor sometido a las leyes del país para obligarse, sin intervención de sus



tutores y sin la observancia de las demás formalidades que establezcan las leyes. Aquí se ve, pues, cómo la capacidad o incapacidad con relación a los actos celebrados en país extranjero, sería juzgada por las leyes de la República.

El mismo individuo puede transmitir en este país sus derechos sobre bienes existentes fuera de él; pero al adquirente se le opondría también la excepción, que aun cuando los bienes raíces están regidos por la ley de su situación efectiva, la capacidad del enajenante lo está por las de su domicilio, y según éstas no puede válidamente transmitir sus derechos.

Si el menor, según nuestras leyes, fuese mayor y reuniese las demás condiciones de capacidad por las del país en que estuviesen situados los bienes, el contrato produciría allí sus efectos; pero entre nosotros no tendría valor esa transmisión, y ni el enajenante ni el adquirente podrían accionar ni excepcionarse con ese contrato ante nuestros tribunales, porque éstos desconocerían la capacidad personal del primero para celebrar actos de esa naturaleza. Y es de este modo que se salva la contradicción, que a no ser así, existiría entre el artículo de que nos ocupamos y el 74, título 1º, sección 3ª, libro 2º, cuyo texto es el siguiente:

«Los contratos celebrados en la República para tener su cumplimiento fuera de ella, serán juzgados en cuanto a su validez, su naturaleza y obligaciones, por las leyes y usos del país en que debieran ser cumplidos, sean los contratantes nacionales o extranjeros».

La ley 21, Digesto *De obl. et act.*, sancionaba el mismo principio en estas palabras: *Contraxisse unus-*



quisque in eo loco intelligitur, in quo ut solveret obligavesit.

De estas diversas consideraciones resulta que el artículo examinado está dentro de los límites en que podía extenderse el legislador, sin afectar en nada la soberanía de estados extraños, y sin ultrapasar los principios de la jurisprudencia aceptada por las naciones civilizadas (sobre las doctrinas expuestas, véase a Foelix en su obra citada, en los números 96 a 102, de donde han sido tomadas algunas, y se encontrará allí la opinión de un crecido número de autores y la decisión de los códigos europeos).

Art. 7º — La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas fuera del territorio de la República, será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio, aun cuando se trate de actos practicados en la República, o de bienes existentes en la República.

En éste se establece el principio recíproco del anterior, de modo que ninguna discusión puede ofrecer desde que está fundado en las mismas doctrinas que establece el código para el alcance de sus leyes respecto de las personas sujetas a su jurisdicción.

La soberanía del Estado no está de ningún modo comprometida, y la inmunidad y autonomía de sus derechos tienen su garantía en las disposiciones de los artículos 10 del título que tratamos, y 73 y 65 del título 1º, sección 3ª, libro 2º, que establecen lo siguiente:

Art. 10. — Los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes del país, respecto a su calidad de tales, a los derechos de las partes, a la capacidad de adquirirlo, a los modos de transferirlos, y a las solemnidades que deben acompañar esos actos. El título, por lo tanto, a una propiedad raíz, sólo puede ser adquiri-



do, transferido o perdido en conformidad a las leyes de la República.

Este artículo establece la misma doctrina de las leyes 15, título 14, partidas 3^a y 5^a, título 9^o, libro 7^o, Recopilación Castellana, y concuerda con el artículo 3^o, párrafo 2^o, código francés, y con la decisión casi uniforme de los códigos europeos que le han seguido. Los autores están generalmente de acuerdo sobre este punto; y especialmente el señor Goyena sobre el artículo 8^o de las *Concordancias al código español*.

Art. 73. — Los contratos celebrados en la República o fuera de ella, que deban ser ejecutados en el territorio del Estado, serán juzgados en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones por las leyes de la República, sean los contratantes nacionales o extranjeros.

Son aplicables a este artículo las citas del anterior.

Art. 75. — Los contratos hechos en país extranjero para transferir derechos reales sobre bienes inmuebles situados en la República, tendrán la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que constasen de instrumentos públicos, y se presentasen legalizados. Si por ellos se transfiere el dominio de bienes raíces, la tradición de éstos no podrá hacerse con efectos jurídicos hasta que estos contratos se hallen protocolizados por orden de un juez competente.

La disposición de este artículo está fundada en el mismo principio de los anteriores. Estando los bienes inmuebles regidos por la ley de su situación efectiva, corresponde a ésta determinar las formalidades que crea convenientes para dar validez a los títulos porque se transfiere la propiedad o se constituyen derechos reales.

Esta doctrina se deduce de lo que expone Fœlix,



números 96, 223 y siguientes de su obra citada, y Duranton, tomo 1º, números 80, 91 y siguientes.

Y bien, después de la exposición que precede, preguntamos, ¿cuál es la contradicción que existe entre los artículos 6º y 7º de que nos habla el articulista?

Ambos son tendientes a establecer las leyes que rigen el estado y capacidad de las personas, domiciliadas en la República o extrañas a su jurisdicción. La misma restricción que se hace en el primero, se concede en el segundo para los que están fuera del imperio de nuestra legislación. Es, pues, imaginaria la discordancia que encuentra el articulista, como es incierto que haya tratado de salvarse por medio de la nota al artículo 6º cuando ésta sólo se refiere a demostrar la razón por la cual se acepta el domicilio como asiento jurídico de las personas para determinar las leyes civiles que rigen su capacidad de derecho.

Art. 11. — Los bienes muebles que tienen una situación permanente y que se conservan sin mira de transportarlos, son regidos por las leyes del lugar en que están situados; pero aquellos muebles que el propietario lleva siempre consigo, o que son de su uso personal, esté o no en su domicilio, como también los que se tienen para ser vendidos o transportados a otro lugar, son regidos por las leyes del domicilio del dueño de ellos.

La confusión que hace el articulista a este respecto es inexplicable. Según su doctrina el artículo es completamente bueno y malo; para mostrarle esta contradicción chocante de ideas, nos bastaría transcribir los párrafos en que ha expresado su opinión, pero nos excusamos de hacerlo por no extendernos demasiado.



Así, pues, resumiendo lo que dice sobre la materia, es lo siguiente: «Aunque es doctrina general considerar a los bienes muebles regidos por la ley del domicilio de su dueño, como lo dice el artículo en su segunda parte, esto no es cierto; entre esos bienes hay unos que el propietario lleva siempre consigo y otros que aunque son muebles por su naturaleza, están situados en diversas partes.

«En el primer caso, no hay duda que son regidos por la ley que rige al dueño; en el segundo, es inexacto, salvo el caso que estuvieren situados en el lugar del domicilio del propietario, de otro modo, serían regidos por la ley de su situación.»

Pero esta distinción es la misma que hace el código, y que está sostenida por la generalidad de los autores, como nos lo dice Demangeat en sus notas a la obra de Félix, sobre los números 61 al 66, de modo que ninguna réplica tenemos que hacer sobre este punto.

En el mismo caso nos encontramos en lo relativo a las leyes que rigen las formalidades de los actos y se comprenden en el principio, *locus regit actum*, que es la misma decisión del código en su artículo 12 de aquel título, cuyo texto es el siguiente:

«Las formas y solemnidades de los contratos y de todo instrumento público son regidos por las leyes del país donde se hubiesen otorgado.»

Igualmente esta disposición es conforme con la opinión general de los autores, que sólo disienten si en ella deben comprenderse también las formalidades substanciales o intrínsecas, pero que el código resuelve dejando salvada toda dificultad con la disposición del artículo 73 anteriormente citado.



La observación al artículo 13 que determina los casos en que podrán aplicarse o no las leyes extranjeras en la República, carece completamente de fundamento.

Aunque esté admitido entre nosotros el juicio arbitral lo es por leyes que quedan derogadas por la vigencia de las del código; por consiguiente, parece muy natural que su autor estableciese de un modo explícito los casos en que pueden o no aplicarse, como lo dispone en el artículo citado y en el 14.

Con lo que dejamos expuesto hasta aquí, creemos haber contestado suficientemente las observaciones principales que se han hecho al título primero.

V

TÍTULO II

Del modo de contar los intervalos del derecho.

Versa la crítica sobre este punto por no haberse establecido una distinción entre los términos que rigen en materia de obligaciones y en la de procedimientos.

El articulista se funda en que no excluyéndose en las disposiciones del código los días feriados, en los términos legales, parece de todo punto injusto que de la misma manera se incluyan esos días inhábiles en los términos del procedimiento, pues por ese medio viene a coartarse la libre defensa de los derechos.

Pero a que el articulista ha incurrido en el mismo error en que incurrió al tratar del artículo 3°. El



código no se ocupa ni legisla para los procedimientos, pues estos deben ser reglados por leyes diferentes.

Así, pues, las observaciones que se hacen al respecto carecen de todo fundamento y no pueden tener otra contestación que la que dejamos consignada.

La legislación sobre procedimientos pertenece y debe hacerse exclusivamente por las provincias y son éstas quienes deben buscar el mejor medio de garantizar la defensa de los derechos de las partes, estableciendo los términos y el modo de contarlos que consideren más conveniente.

Pero el Código civil es ajeno completamente a aquellas materias: su autor no podía entrar a legislar sobre uno y otro punto, tanto porque carecía de atribuciones, cuanto porque fijar la regla de los procedimientos es de la competencia privativa de cada Estado.

Lo contrario, habría sido hacer la misma confusión de ideas que hicieron los códigos españoles, intercalando en las leyes civiles disposiciones relativas a los procedimientos.

Pero hoy ese sistema de legislación ha sido unánimemente condenado por la ciencia, y todos los códigos de las naciones civilizadas nos dan el ejemplo de la absoluta separación de los dos órdenes de leyes: las puramente civiles y las de procedimientos.

Esperamos, pues, que el articulista se convencerá del error en que ha incurrido a este respecto.

Terminamos aquí nuestra réplica a la segunda parte de la crítica. Los lectores que hayan tenido ocasión de ver el artículo de nuestro contenido criticando los puntos que hemos contestado, juzgarán



si las ideas vertidas en este artículo han refutado victoriosamente las falsas apreciaciones que en aquel hizo sobre los dos títulos preliminares.

Pasaremos ahora a ocuparnos de la tercera parte de la crítica en la cual se trata de los siete títulos del libro 1º, sección 1ª, y terminará nuestra contestación.

VI

LIBRO I, SECCIÓN I

TÍTULO I

De las personas jurídicas

Los autores nos refieren que los romanos introdujeron las ficciones en el derecho para suavizar un tanto el rigor inflexible del *stricto jure civile*, conciliando, hasta donde fuera posible, sus severas disposiciones con los principios del *jus gentium* y de equidad que los pretores proclamaban en sus edictos anuales.

El engrandecimiento social, el incremento de su comercio y civilización aumentaron las relaciones jurídicas que debían ser discutidas en el *forum*, resueltas por los magistrados, y consiguientemente legisladas por leyes positivas.

Pero la antigua legislación no satisfacía esas necesidades; sus disposiciones reducidas hasta entonces a un limitado número de casos, eran o muy deficientes en aquella situación, o inaplicables por su excesiva severidad para el estado de cultura a que había llegado aquel gran pueblo.

¿Cómo encontrar un medio lógico y humanitario



que eludiese la tiranía de aquellas leyes, de aquellas *jures iniquitates*, como las llamaba Gayo, que se conservaban no obstante como un monumento sagrado? Su manera de proceder en esto fué muy notable, nos dice un autor.

Los pretores se valieron para ello de ingeniosos medios; lejos de afrontar directamente las disposiciones del derecho civil, las desviaron procediendo por medio de ficciones, suponiendo que tal o cual hipótesis nueva, estaba comprendida en aquellas que habían sido previstas por la ley; y es por esto que Papiniano escribía esta definición: «*Jus pretorium est quod pretores introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi, jus civile propter utilitatem publicam.*»

Como hemos dicho, el punto de partida que para ello adoptaron se basaba en los sanos preceptos de la equidad; y así nos los enseña Marcellus, cuando dice: «*Et si nihil facile mutandum est ex solemnibus; tamen ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est.*» (Lib. 3º, Dig., que es la L. 183, *Fr. de diver. reg. jur.*)

Por el predominio de tales principios es que se eludió, por ejemplo, la restricción evidentemente inicua de la ley de las Doce Tablas por la cual se negaba la acción de hurto a los *peregrini*, creándose una acción ficticia por la cual *civitas romana eis fingebatur*.

En otro caso, el derecho civil declaraba extinguidas por resultado de la *capitis diminutio* las deudas anteriores a la abrogación; y el pretor destruyó esa injusticia permitiendo obrar por una acción útil, «*In qua fingitur capite diminutus, diminutare non esse.*»



Pero si encontramos introducidas en el derecho estas disposiciones fundadas no solamente en la equidad sino en los más altos principios de justicia, ¿qué razón podía encontrarse para la admisión de personalidades ficticias, que carecían de una representación física determinada de un *corpus certum*, y que solamente reposaban en una abstracción?

¿Qué principios, qué consideraciones influían en las ideas de los célebres jurisconsultos de la antigua Roma que les llevaban hasta admitir la capacidad de tales personalidades para poder comparecer en juicio, celebrar contratos, adquirir derechos y contraer obligaciones, cuando por leyes terminantes se necesitaba para ejercer todos esos actos una personalidad cierta y determinada, que reuniese todas las condiciones de capacidad exigidas por el derecho?

¿Cómo es que pueden ser instituidas herederas, cuando el rigor de los principios legales, había llegado hasta prohibir que pudiese adquirirse una *hereditas* por el intermedio de un representante, aunque fuese un tutor?

Incerta persona heres institui non potest, escribía Ulpiano en el título 22 de su *Instituta*, agregando estas palabras: «*Nec municipia, nec municipes heredes institui possunt: quoniam incertum corpus est, ut neque cernere universi, neque pro herede genere possint, ut heredes fiant.*»

Pero algo más; los mismos dioses que recibían la adoración pública no podían ser instituidos herederos, sino con excepciones determinadas por leyes especiales, como lo dice el mismo Ulpiano en el título citado.

Sin embargo, la extrictez de los principios, la



inflexibilidad de aquellas restricciones, tuvo que doblegarse ante la existencia de esas personalidades de un carácter indefinido, pero convenientes por su pública utilidad.

Se principió desde luego por reconocer al pueblo una personalidad abstracta pero capaz de ciertos actos jurídicos; así, por ejemplo, los encargados de el *aerarium*, más tarde el *fisco*, obraban como procuradores representando los intereses públicos. Lo mismo se hizo con ciertas congregaciones religiosas a las cuales se concedió también el derecho de representación y más tarde ciertas corporaciones de utilidad pública, como las *vectigalium*, *auri/jodinarum*, y demás que se encuentran citadas en la ley primera, Digesto *Quod cujus*, etc.; y finalmente los *collegia* y demás establecimientos y asociaciones también de interés y utilidad pública, a quienes se concedieron por diversos senados consultos y constituciones los mismos derechos, pero sujetando siempre la creación de estos últimos al permiso de la autoridad pública, como lo disponía la ley anteriormente citada y otras muchas, como la 3ª, párrafo 1º, Dig. *De coll. et corp.*, etc.

He aquí, pues, el origen de las personalidades, cuyo carácter, existencia y atribuciones nos proponemos analizar refutando la crítica que al respecto se ha hecho por el articulista a quien contestamos.

Como se ha visto, en el derecho romano no había una denominación precisa de esas personas, como lo dice el autor del código en su nota al título 1º; se empleaban indistintamente las palabras *universitas*, *municipia*, *collegia*, *societas*, etc., según la institución o comunidad a que las aplicaban; pero todas



ellas contenían y expresaban la idea de capacidad legal para determinados actos jurídicos que podían ejercer por medio de sus representantes o síndicos.

En el derecho no podía tenerse otra idea de aquellas personalidades sino bajo el punto de vista jurídico; su naturaleza, su existencia o relaciones como seres morales, no podían llamar la atención de los jurisconsultos, porque con ellos nada tenían que ver, limitándose solamente a la capacidad que ellos creaban para los actos jurídicos.

No obstante estas consideraciones que no pueden dejar de tenerse presente, el articulista principia su crítica, después de algunos razonamientos sobre la naturaleza de esas personas, sosteniendo que el autor del código ha confundido las ideas al respecto, cuando rechaza la denominación de *personas morales*, para adoptar, exclusivamente, la de *personas jurídicas*.

El párrafo siguiente contiene todo el espíritu de esa crítica. «Parece, nos dice, que el autor del código civil hubiera confundido el principio de existencia moral con las relaciones de ese principio, y sólo así es que puede decir en su nota que impropriamente se llaman personas morales.

«El jurisconsulto Zachariae, cuya autoridad cita con frecuencia el autor del código, no ha trepido en llamar personas morales a las entidades jurídicas, puesto que refiriéndose a su existencia ha tenido que buscarla en el terreno moral.»

Y finalmente, dice, que aun cuando los códigos modernos no emplean una denominación precisa, pues cuando legislan para tal objeto usan de las palabras comunidad, municipio, etc., eso no excluye que



se adopte la que reposa en el fundamento natural, en la existencia moral que es la que constituye la capacidad de esas entidades.

Pero la verdadera confusión de ideas está, a nuestro juicio, en la teoría del articulista, y proviene sin duda de no haberse formado una idea exacta de la naturaleza de esas personas, ni haber establecido su definición clara; y es precisamente la misma falta que encontramos en el corto capítulo que dedica Zachariae a esta materia.

Y aunque por toda contestación podríamos limitarnos a transcribir lo que dice el señor Savigny a este respecto, cuya autoridad en la materia es completamente decisiva, tanto por su crédito como jurisconsulto, cuanto por ser el autor que más se ha detenido en ella y analizado todos sus detalles, hasta no dejar una sola observación que suscitar; no obstante, queremos hacer por nuestra parte algunos razonamientos, siendo como es un punto tan nuevo y de tanto interés en nuestra legislación.

Hemos dicho que la personalidad que se atribuye a esas entidades es puramente abstracta, y sólo tiene una existencia ideal; por consiguiente, la capacidad que se le concede es ficticia, y creada en el solo interés de dar mayor desarrollo y movilidad a esos establecimientos cuyo fin característico debe ser la utilidad pública.

Más adelante hemos de establecer la distinción necesaria entre unos y otros; y por ahora tomaremos indeterminadamente cualquiera para que sirva de ejemplo en las demostraciones que nos proponemos.

Un hospital o una sociedad anónima para un



banco; el primero nos representa un establecimiento de beneficencia de caridad pública; el segundo una sociedad puramente mercantil. El primero puede ser creado o fundado, por el poder público o por particulares; el segundo lo es siempre por un número determinado de accionistas. El uno adquiere bienes originariamente por la caridad, y más tarde puede hacerlo por la negociación de los fondos con que cuente, el segundo los adquiere siempre por su comercio.

Ahora bien, en ambos casos, ¿en quién reposa la personalidad de que se trata? ¿es en los fundadores del primero, en los enfermos, en los administradores? Indudablemente, no. Tampoco no es en los socios en el segundo, porque esta es una clase de sociedad especial, puramente de capitales para el fin dado, sin consideración alguna a los contribuyentes, como se deduce del artículo 403, Código de comercio, hablando de las sociedades anónimas, y a no serlo así se confundiría con cualquier otra sociedad cuando existen, notables y radicales diferencias entre unas y otras, que más tarde hemos de marcar.

Los fundadores pueden desaparecer, hacerse incapaces, pero la personalidad del establecimiento en uno y otro caso continúa, luego ésta no reposa en ellos, porque sería contradictoria que una o más personas fuesen capaces e incapaces a la vez; incapaces para representarse en los actos extraños a la corporación, y capaces, cuando se trata de éstos.

Tampoco es en los administradores, síndicos o gerentes en uno y otro caso, pues éstos son meros encargados de ciertas funciones, y mucho menos puede serlo en los enfermos.



La personalidad reposa en la capacidad que ficticiamente les atribuye la ley para el ejercicio de tales o cuales actos, como adquirir por todos los medios traslativos de dominio, y enajenar solamente de ciertas maneras. Así pueden, por ejemplo, adquirir por testamento, pero no pueden transmitir por sucesión.

Luego, entonces, siendo esa capacidad tan solamente para determinados actos jurídicos, que son de los que únicamente se ocupan las leyes civiles, ninguna relación tiene la entidad moral.

La capacidad, o personalidad moral pertenece a un orden de ideas diferente; será a la filosofía, al derecho natural, pero en el derecho positivo no tiene influencia alguna.

El legislador desde el momento que encuentra una institución cualquiera cuyo fin sea el bien público, y que para conseguirlo necesite de la negociación de fondos, del ejercicio de ciertos hechos, le atribuye una capacidad para determinados actos puramente jurídicos; y, por consiguiente, su denominación precisa debe ser: *personas capaces para ciertos actos jurídicos* o *personas jurídicas*.

Esto es lo que nos dice el jurisconsulto Savigny en el tomo II de su *Tratado de derecho romano*, en el capítulo 2º, párrafo 85, donde da la definición siguiente:

«On les appelle personnes juridiques, c'est-à-dire personnes qui n'existent que pour des fins juridiques, et ces personnes nous apparaissent à côté de l'individu, comme sujets de rapports de droit.»

«J'emploie l'expression personne juridique opposée à personne naturelle, c'est-à-dire à l'individu, pour



montrer qu'elles n'existent comme personnes que pour une fin juridique. On employait autrefois l'expression de personne morale; je la rejette pour deux motifs. D'abord, elle n'atteint pas l'essence du sujet qui n'a rien de commun avec les rapports moraux; ensuite, appliquée aux individus, elle désigne ordinairement l'opposition de la moralité à l'immoralité, ce qui nous reporte à un ordre d'idées tout différent.»

El código de Chile en el título 33 del libro 1º les da la misma denominación y lo mismo lo hacen los señores Ortolan en su obra de *Derecho romano* capítulo 5º, título 1º, parte 1ª, y La Serna y Montalbán, en la obra *Derecho civil de España*, título 1º, párrafo 1º.

Con lo que dejamos expuesto, creemos haber demostrado, como lo dijimos al principio, que el autor del código ha empleado la verdadera clasificación técnica que corresponde para determinar el carácter de esas personas, y que la confusión de ideas está propiamente en nuestro ilustrado contendido, cuando, siguiendo a Zachariae, sostiene como aceptable la clasificación de *personas morales* en vez de jurídicas.

Algunos autores, entre ellos el señor Maynz, les dan la denominación de *personas civiles*, que nos parece muy preferible a la de *morales*.

Hasta aquí sólo hemos tratado de los principios generales sobre las personas jurídicas, entraremos ahora al análisis de los artículos, siguiendo siempre el mismo orden en que han sido criticados.

Art. 14. — No se puede ejercer contra las personas jurídicas acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas.



Sobre este artículo escribe lo siguiente:

«No vemos homogeneidad de razones para confundir la responsabilidad criminal con la civil.»

«Si una municipalidad, u otra corporación cualquiera infiriera perjuicios sin derecho a un tercero, ¿qué razón hay para que no los indemnice?

«Excusar la responsabilidad en tales casos no sólo importaría una excepción odiosa en el derecho común, sino que sancionaría la impunidad de *todo avance o tropelía cometida por tales corporaciones.*»

«El artículo citado ha debido, pues, limitarse a excusar la responsabilidad criminal, *no sólo por la razón de que como seres abstractos son incapaces de cometer delitos y porque la ficción del derecho no puede llevarse hasta cubrir con el manto moral lo que sólo puede ser obra exclusiva de persona física; sino porque gozando las entidades morales de la plenitud de los goces civiles, no es justo que se substraigan a las relaciones que puedan afectarla de una manera desfavorable.*»

Estos párrafos nos demuestran claramente que el articulista no se ha dado cuenta exacta de los principios legales en que reposa aquella disposición; y haciendo una confusión poco sensata de ideas, cree razonable sostener que la misma persona, que es incapaz de cometer delitos, puede ser responsabilizada por los daños y perjuicios resultantes del dolo, fraude o culpa que puede existir en los actos y contratos que se hagan en su nombre; o de las tropelías o desacatos que cometan sus representantes, abusando de las inmunidades o poder que ejerzan por la persona jurídica.

Tal confusión es verdaderamente inexplicable,



porque importa un desconocimiento completo de la esencia de esas personas, atribuyéndoles una capacidad que verdaderamente no tienen.

Nuestro ilustrado contendido ha demostrado en esta materia un criterio poco premeditado, inspirándose en falsas ideas con el único fin de criticar, llegando a las más erróneas conclusiones, y para demostrarlo nos bastará transcribir el siguiente párrafo.

«Si bien reconocemos que las entidades morales por la índole de su naturaleza abstracta no son capaces de cometer crímenes, puesto que la ficción del derecho tiene que ceder ante la realidad de las cosas, no sucede lo mismo respecto del orden civil, en cuyo terreno está reconocida plenamente la entidad moral para el goce de los derechos civiles.»

Ahora bien, ¿cuál es la razón porque las personas jurídicas no pueden cometer delitos? «La índole de su naturaleza abstracta», nos dice el articulista, pero este raciocinio no es completo: no solamente es la falta de una persona física, en quien resida esta capacidad moral jurídica, lo que les inhabilita para cometer delitos, es algo más esencial, más necesario ante los ojos de la ley: es precisamente la falta de una determinación espontánea; en una palabra, la falta de la facultad psicológica llamada *voluntad*, es la que impide que pueda considerárseles responsables de un hecho u omisión que importe un delito, cuya responsabilidad pueda atribuírseles para la aplicación de la pena.

Y si es evidente, como no puede negarse ni se ha negado hasta ahora, la carencia de libre voluntad de acción en la persona jurídica, que es el elemento



en que reposa toda responsabilidad moral, ¿cómo podrá lógicamente sostenerse que una municipalidad u otra corporación cualquiera, puede cometer avances o tropelías contra los particulares?

Si tales atentados tuviesen lugar, a nadie se le ocurriría atribuirlo a una persona inerte, sin otro movimiento, sin otra acción que la que le marcan sus estatutos y leyes orgánicas; ellos provendrían indudablemente del abuso o mal proceder de sus representantes, pero nunca podrían considerarse como emanados de la voluntad de la persona jurídica.

Para convencerse de esto, basta traer a la vista algunas observaciones.

La capacidad ficticia de esas personas, como hemos dicho, es creada para ciertos y determinados actos jurídicos. La autoridad social, interviene, crea y limita, con las restricciones convenientes, el poder de acción de aquellas personalidades sin concederles otra voluntad, otras atribuciones, ni más facultades que aquellas que expresamente le confiere al determinar las leyes porque deben regirse, o aprobar los estatutos que forman los empresarios en ciertos casos.

Por consiguiente, todos sus actos deben estar en los límites marcados por aquel poder.

Pero, aunque la manera de obrar de aquellas personas está fijada, puede suceder muchas veces que sus leyes orgánicas o estatutos no prevean ciertos casos que pueden presentarse, y en tal evento debería estarse por lo que resolviera la mayoría de los miembros que representan a una corporación cualquiera con carácter de persona jurídica, como lo enseñan Maynz y Savigny. El código de Chile lo dispone expresamente en el artículo 550.



Pero toda determinación que por esa mayoría se tomara, que fuese contraria sea a los intereses públicos o privados, se consideraría legalmente extraña de las atribuciones propias de la persona jurídica.

El jurisconsulto Maynz, cuya autoridad es bien reconocida, dice a este respecto lo siguiente:

«Une universitas peut-elle être obligée par un délit? Évidemment non, car elle n'a de personnalité que pour le but en vue duquel elle a été créée par le pouvoir social, et il est impossible que le pouvoir social autorise un délit. Lors donc qu'un méfait a été commis au nom d'une communauté, il ne peut être imputé, même au point de vue civil, qu'aux individus qui s'en sont rendus coupables. Mais il va sans dire que l'universitas, doit restituer ce qu'elle a pu gagner par suite du délit, quodad ean pervenit. Ces principes, fondés dans la nature des choses, sont consacrés par les Fr. 15, paragraphe 1^{er}, Digeste De dolo malo, 4, 3 et Fr. 4, Digeste De vi, 43, 16. Le Fr. 9, paragraphe 1, Digeste Quod metus causa, 4, 2, qui pourrait paraître contraire, s'explique facilement quand on tient compte de la nature particulière des remèdes légaux contre la violence, qui sont in rem scripta.

«Il ne faut pas confondre avec la question que nous venons de signaler celle de savoir si les universitates sont tenues du dommage provenant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de leurs obligations, alors que les faits qui ont occasionné le dommage ont été posés par leurs agents. Ici la réponse doit être évidemment affirmative.» (Droit Romain, tome 1^o, párr. 109, n. 30.)

Estos mismos principios están terminantemente



sancionados en los artículos 7º, 8º y 10 del título que nos ocupa, que disponen lo siguiente:

Art. 7º.—Se reputan actos de las personas jurídicas los de sus representantes legales, siempre que no excedan los límites de su ministerio. En lo que excedieren sólo producirán efecto respecto de los mandatarios.

Art. 8º.—Si los poderes de los mandatarios no hubiesen sido expresamente designados en los respectivos estatutos, o en los instrumentos que los autoricen, la validez de los actos será regida por las reglas del mandato.

Art. 1º.—Las corporaciones, asociaciones, etc., serán consideradas como personas enteramente distintas de sus miembros. Los bienes, etc.

Por lo que hace a la falta de responsabilidad en las personas jurídicas por su carencia de voluntad, está comprendida en la disposición de los artículos siguientes (tít. 1º, sec. 2ª, lib. 2º):

Art. 5º.—Los hechos que fuesen ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, no producen por sí obligación alguna.

Art. 18.—Ningún hecho tendrá el carácter de hecho voluntario, sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste.

Y el 16, título 8º del mismo libro, que establece la responsabilidad del daño causado en los términos siguientes:

Art. 16.—La obligación de reparar el daño causado por un delito pesa solidariamente contra todos los que han participado en él como autores, consejeros o cómplices, aunque se trate de un hecho que no sea penado por el derecho criminal.

Omitimos citar las concordancias de este artículo y los anteriores por no considerarlas necesarias, y porque serían las mismas expresadas en las notas del código.



Los razonamientos que preceden, así como la opinión de los dos jurisconsultos más notables que han tratado esta materia y las diversas disposiciones del código que hemos transcrito, y que sin duda nuestro contendido no tuvo en vista, pues nada nos dice de ellas, nos autorizan para establecer dos principios que podemos considerar como irrefutables, de los cuales se derivan diversas consecuencias.

Primero, que las personas jurídicas siendo seres puramente ideales carecen de la facultad psicológica esencial para la responsabilidad de todo acto o hecho la voluntad, la libertad de acción; y que la que ficticiamente se le supone al darle el legislador la capacidad necesaria para ciertos actos jurídicos no puede extenderse más allá de los límites fijados en sus estatutos o leyes orgánicas.

Segundo, que esa capacidad solamente se le concede para el ejercicio de actos jurídicos adquiriendo derechos y obligaciones como un particular, pero que el poder social jamás autorizaría, ni tendría facultad para hacerlo, la creación de esas personalidades para otra clase de actos.

Este segundo principio está claramente sostenido por la disposición del artículo 10, título 2º del libro y sección anteriormente citado, cuyo texto es el siguiente:

Art. 10.—El objeto de los actos jurídicos debe ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos



jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto.

Véase sobre este artículo en todas sus consecuencias la importante doctrina de Mackeldey, *Droit romain*, párrafos 168 a 171, basada en innumerables textos de derecho; y las disposiciones terminantes de las leyes 26 y 27, Digesto *De reb. obl.*, y la 4ª, Código *De inutilibus stipulationibus*.

Igualmente lo está por la doctrina irrefutable de Savigny, que ha mencionado el doctor Vélez en la nota al título 8º, libro citado.

«En los actos ilícitos no hay distinción que hacer; como su fin no es un fin jurídico, no son ni se llaman actos jurídicos, aunque estén determinadas sus consecuencias jurídicas. El que me roba, dice Savigny, ciertamente que no se propone venir a ser mi deudor *ex delicto*, para restituir la cosa hurtada o indemnizar todo el daño.»

Tales son los caracteres diferenciales entre los actos lícitos e ilícitos.

La disposición del artículo transcrito, y la doctrina de Savigny, nos demuestran, pues, evidentemente, que el poder social, ni concede ni puede conceder otra capacidad a aquellas personas, que la necesaria para determinados actos jurídicos marcados en sus estatutos y que toda vez, que sus representantes o mandatarios obren fuera del límite de esas atribuciones son ellos única y exclusivamente los responsables del daño.

Tal es la doctrina común de los autores, y la que sigue el doctor Vélez en su nota al artículo de que tratamos.

«Al lado de una obligación que produce un de-



lito, nace otra obligación del todo diferente, *obligatio ex re ex eo quo aliquen pervenit* que se aplica a las personas jurídicas, como a los dementes o a los impúberes. Si, pues, el jefe de una corporación comete un fraude en el ejercicio de sus funciones, él solo es obligado por el dolo; pero la caja de la corporación debe restituir la suma con que el fraude la hubiera enriquecido.»

Esto mismo es lo que disponía la ley romana con estas palabras: «*Sed an in municipes de dolo datur actio dubitatu? Et puto, ex suo quidem dolo non pose dari: quid enim municipes dolo facere possunt? Sed quid ad eos pervenit ex dolo eorum qui rex eorum administran: puto dandum.*» (Lib. 15, párr. 1^o Dig. De dolo malo.)

He ahí, pues, establecido el verdadero principio legal. La persona jurídica, sólo responde en tanto en cuanto se hubiese enriquecido; pero sus administradores son responsables, tanto por las consecuencias penales del acto, como por los daños y perjuicios ocasionados, desde que éstos provienen de un acto extraño a la capacidad de aquéllas, o sea de un acto no jurídico.

Por lo que hace a la responsabilidad procedente de actos lícitos, sea por la mala ejecución o por la inejecución de las obligaciones contraídas por la persona jurídica, hay que hacer una distinción esencial, fundada en los más sanos principios de justicia.

Si la mala ejecución o inejecución, proviene de falta propia de la persona jurídica, como, por ejemplo, si tratándose de un banco no paga sus libramientos por falta de recursos, indudablemente puede



ser demandada por los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de sus obligaciones; pues siendo esa una acción puramente civil y procedente de un acto civil, está comprendida en la disposición del artículo 13, cuyo texto es como sigue:

Art. 13. -- Las personas jurídicas pueden ser demandadas por acciones civiles, y puede hacerse ejecución de sus bienes.

Pero si la falta de ejecución proviniese solamente de hecho propio de los administradores, es indudable que la responsabilidad pesaría sobre estos y no sobre la persona jurídica.

Lo expuesto hasta aquí nos demuestra con evidencia, que nuestro adversario ha incurrido en una verdadera confusión de ideas al tratar de la responsabilidad de las personas jurídicas, sosteniendo principios enteramente contradictorios e inconsecuentes que repugnan a la esencia de aquéllas.

La ley romana que hemos transcrito, y la disposición del artículo 552 del código chileno, nos muestran igualmente que el autor del código ha seguido la doctrina y jurisprudencia dominante en la materia.

CAPÍTULO I

Del principio de la existencia de las personas jurídicas

Art. 16. -- Comienza la existencia de las corporaciones, asociaciones, establecimientos, etc., con el carácter de personas jurídicas, desde el día que fuesen autorizadas por la ley o por el gobierno con la aprobación de sus estatutos, y confirmación de los prelados en la parte religiosa.

El articulista hace a esta disposición los más severos reproches, llegando hasta considerarla *antiso-*



cial y antiliberal, por la intervención que en ella es confiada a la autoridad para la creación de las personas jurídicas.

«Según el principio establecido en el artículo citado, dice, todas las asociaciones que no tengan la sanción expresa de la ley o del gobierno, son incapaces de ejercer derechos, a pesar de tener una existencia positiva, según lo reconoce el artículo 17 del mismo capítulo.

«Según esta teoría, es imposible la existencia de una asociación cualquiera desde que por lícita que sea se le desconoce todo género de derechos y toda especie de garantías.»

«La fiscalización de los gobiernos en las asociaciones que se hallan fuera del terreno político, es de todo punto efímera y embarazosa a la libre acción de aquéllas.»

«En vez del artículo 16, nosotros propondríamos el siguiente: «Comienza la existencia jurídica de las «entidades morales desde que tengan una representación física y no sean contrarias a las leyes y a las «buenas costumbres.»

Como se ve por estos párrafos, el articulista muestra la más completa falta de ideas generales sobre la esencia y naturaleza de las personas jurídicas. Después de leer sus párrafos no nos extraña en verdad que haya sostenido como preferible la denominación de *personas morales* a la de *jurídicas*; ni que haya incurrido en una falta de lógica tan resaltante, sosteniendo que el mismo ser incapaz de cometer un delito pueda ser responsabilizado por los daños y perjuicios que de él resulten y se reclamen civilmente.



Cuando se confunden los principios, hasta asími-
lar una corporación, una institución, que tiene una
existencia independiente de la de sus fundadores o
miembros, de sus condiciones personales o de capa-
cidad, con una sociedad comercial cualquiera, que
depende en un todo, y está radicada en la existen-
cia, capacidad y condiciones personales de los socios;
o con la comunidad que existe entre los diversos
propietarios de un bien cualquiera, puede decirse
que, o se ignora o confunde lo que se discute; o que
se critica por el placer de encontrar defectos donde
no los hay.

Sentimos que el articulista no haya fundado sus
teorías a este respecto en alguna autoridad, aunque
fuese la más trivial; pero estamos seguros que no
ha de encontrarla, no digamos autoridad de un trata-
dista, pero ni aun la opinión de un estudiante de de-
recho podría citarnos, para sostener que las personas
jurídicas, pueden crearse a voluntad del primero que
se le ocurra, por más descabellada o fraudulenta que
fuese la empresa que se propusiera.

Pero, como a pesar de la inexactitud de tales
doctrinas, pueden haber producido alguna impresión
en los que se dejan alucinar fácilmente, vamos a
tomarnos el trabajo de contestar como lo hemos he-
cho hasta aquí, con demostraciones concluyentes, el
error de nuestro adversario, fundándonos para ello
en las mejores autoridades, y en la del mismo Za-
chariae, donde parece haber tomado el articulista
sus ideas.

Al principio de este artículo manifestamos cómo
se reconocieron las ficciones legales entre los roma-
nos, por los cuales se introdujo la de dar capacidad



para ciertos actos jurídicos a esas entidades abstractas.

Naturalmente, muchas de estas tenían un origen muy anterior a las mismas leyes, y su capacidad había empezado con su existencia, como ésta empezó con la de la sociedad misma.

El pueblo, *populus*, la religión, la caridad, tienen su vida en la vida y en el corazón del hombre, su origen está en los sentimientos que la naturaleza impuso en su alma; así es que éste, al darles una capacidad jurídica no hacía sino seguir los impulsos de su espíritu, reconociendo y propendiendo al engrandecimiento de esos seres de cuya personalidad completa formaba parte él mismo.

¿Cómo negarse la capacidad al pueblo por el pueblo mismo? ¿cómo negársela a la religión los mismos que la sustentan? ¿cómo desnudarse del espíritu de confraternidad cuando es el más bello sentimiento que late en el corazón humano?

Aquí principia, pues, la capacidad que se atribuye a los seres abstractos. Pero, aparte de estos tres primeros elementos, se presentan otros muchos, la educación, la política, los intereses públicos alentados por los esfuerzos de los particulares, son de una necesidad vital para toda sociedad humana.

Y es en todas esas circunstancias, que encontramos el origen y la creación de las personas jurídicas.

Bien sabido es que se dividen y se diferencian entre sí, sea por razón de su constitución, de sus tendencias, y de su objeto, no obstante podemos considerarlas agrupadas en dos órdenes diferentes, entre las cuales hay algunas que participan de uno y otro.



Así, entre las primeras consideraremos las que anteriormente hemos mencionado, y todas las que tienen su fundamento en la beneficencia, y todas aquellas que son de interés y utilidad pública, pero que sus fundadores se proponen la idea de obtener un lucro, tales como en las asociaciones anónimas, bancos, seguros y demás de este género, mientras que hay otras, como las universidades, colegios, ciertas asociaciones políticas, etc., cuya personalidad es más indefinida, pero a las cuales conviene atribuirles una capacidad jurídica.

Esta misma división es la que hace el código de Chile, artículo 545.

Ahora bien, en las primeras hay unas que indudablemente necesitan de la autorización del poder público no sólo para adquirir la capacidad jurídica; sino lo que es más, para poder ser admitidas en el Estado.

Así, por ejemplo, cuando se trata de comunidades religiosas, la Constitución nacional proclama el gran principio de la libertad de cultos, que dicho sea de paso, el autor del código ha convertido en mera tolerancia, y lo demostraremos cuando llegue la oportunidad; pero ¿puede por ésto el poder público mirar impasible la organización de distintas sectas, sin tener un conocimiento previo de sus doctrinas y tendencias? Indudablemente no, porque eso sería abdicar de una de las primeras facultades de su soberanía; sería abandonar el orden público a la conmoción que podrían producir doctrinas turbulentas o inmorales; y el primer deber de toda sociedad, de toda autoridad humana, es el de asegurar su propia conservación, su propia tranquilidad.



Háganse las objeciones que se quieran a este principio, pero no habrá persona que nos niegue que si en nombre de una religión cualquiera vieran a predicarse ideas contrarias a la constitución del Estado, o a los principios de moral, tal religión sería rechazada; y no tan solamente rechazada, sino que sus propagadores, serían perseguidos por la justicia encargada de vigilar el cumplimiento de las leyes.

Y es por esto, que la Constitución nacional, por el inciso 20º, artículo 67, establece como facultativo del Congreso: «Admitir en el territorio de la Nación otras ordenes religiosas a más de las existentes», de donde se deduce que para la admisión, sería necesario el conocimiento previo de las ideas religiosas y estatutos de la sociedad que tratara de establecerse.

Pero si es evidente que no podría admitirse una secta que profesase o al menos que hiciese manifestaciones externas contrarias a la Constitución y a las buenas costumbres, es mucho más evidente que jamás podría considerarse a tales corporaciones como constituyendo los elementos de una persona jurídica con capacidad para la ejecución de actos jurídicos.

Esto nos demuestra, pues, que si algunas personas ficticias que pertenecen al primer orden, no están sujetas a la autorización del poder público porque la llevan consigo mismo, como el Estado; hay otras en ese mismo orden que no podrían existir sin la intervención de aquel poder.

Respecto a las segundas es aún más necesaria e importante esa intervención y autorización de la autoridad pública, por más que nuestro contendido crea *antiliberal* tal circunstancia.



Además del párrafo de Savigny, citado anteriormente, y cuya autoridad como uno de los primeros jurisconsultos modernos no será negada, encontramos otros muchos del mismo autor, que nos permitiremos transcribir aunque sintamos extendernos tanto.

«Pour les autres personnes juridiques, dice refiriéndose a las que nos ocupan, il est de principe que pour les constituer il ne suffit pas de l'accord de plusieurs individus ou de la volonté d'un fondateur, mais qu'il faut encore l'autorisation du pouvoir suprême de l'État.

«Cette autorisation peut être accordée aussi bien expressément que tacitement; elle peut résulter d'une reconnaissance formelle ou d'une tolérance ouverte: cette règle est générale.» (Droit romain, t. 2º, párr. 89.)

Maynz, en el párrafo 107 de su obra citada, dice: ... *la capacité personnelle de ces êtres fictifs peut être plus ou moins étendue selon la teneur de la disposition législative qui les crée personnes.»*

En el párrafo 108 se expresa en estos términos más decisivos: *«On appelle corporation, communauté (universitas, corpus, collegium, ordo) une association de plusieurs personnes poursuivant un but et des intérêts communs, à laquelle l'État a attribué la qualité de personne. C'est donc l'autorisation de l'État qui constitue essentiellement la corporation; et cette autorisation n'est accordée qu'en vu du but que l'association se propose d'atteindre.»*

Y en su nota 5 expone del mismo modo que Savigny, cómo puede otorgarse esa autorización.

Zachariae, que como dijimos, es de donde parece haber tomado el articulista sus ideas, se expresa del modo siguiente: *«Les personnes morales sont l'État, à*



qui cette qualité appartient de plein droit; les communes et les établissements d'utilité publique reconnus par l'État, et à qui cette qualité n'est acquise que par une déclaration spéciale des pouvoirs publiques.» (Droit civil français, t. 1º, párr. 40.)

Ahora bien, ¿puede sostenerse en contra de la autoridad de los más eminentes jurisconsultos la opinión de nuestro adversario, afirmando que el principio establecido por el autor del Código, es antisocial y antiliberal?

Por nuestra parte, no encontramos otro origen a la crítica, que la absurda confusión de las personas jurídicas con las sociedades, cuando difieren completamente en su esencia.

Veamos, sin embargo, para adelantar nuestras investigaciones, cuáles son los principios de jurisprudencia dominantes en esta materia, y aplicables a cualquier clase de corporaciones con tal que tengan la capacidad de personas jurídicas.

La ley 4ª, título 3º, partida 6ª, niega formalmente la capacidad para ... «ser establecidas por herederos, las cofradías o ayuntamientos, que fuesen hechos contra derecho o contra la voluntad del rey o del príncipe de la tierra.»

Las leyes del título 12, libro 12, Novísima Recopilación, principalmente la 12, que son tomadas de diversos títulos y libros de la Recopilación Castellana, disponen terminantemente que no puedan hacerse asociaciones como ayuntamientos, sin el expreso permiso de la autoridad real.

El código de Chile, que entre todos los modernos, es el único que dedica un título especial a esas personas, y el que ha establecido los mejores prin-

cipios con excepción del argentino, que es muy superior, como lo observará cualquiera que se tome el trabajo de compararlos, nos dice en su artículo 546:

«No son personas jurídicas las fundaciones o corporaciones que no se hayan establecido en virtud de una ley, o que no hayan sido aprobadas por el presidente de la República con acuerdo del consejo de Estado.»

El inciso 1º del artículo 548 dice: «Las ordenanzas o estatutos de las corporaciones, que fueren formados por ellas mismas, serán sometidos a la aprobación del presidente de la República con acuerdo del consejo de Estado, que se la concederá si no tuvieran nada contrario al orden público, a las leyes o a las buenas costumbres.»

Entre los códigos europeos sólo se encuentra con aplicación a este punto, el argumento de los artículos 910 y 2045, código francés; 1717 y 1889, holandés; 2083, Sardo, y 826 de las Dos Sicilias.

En las leyes romanas encontramos la 1ª pr., Digesto *De quod. cuj.*; y las 1ª, 2ª y 3ª, Digesto *De coll. et corp.*, siendo la primera terminante en la materia.

Hablando el señor Savigny, con motivo de las asociaciones prohibidas, y haciendo la aplicación de las leyes precedentes, escribe en el tomo y obra citada, párrafo 88, lo siguiente:

«*Aussi voyons-nous, dans les sources du droit qu'en principe, aucune association ne peut se former sans l'autorisation du gouvernement, autorisation rare et difficile a obtenir.*

«*Néanmoins, les regles contenues dans les sources du droit ont une double signification, qui ne ressort*



pas clairement de leurs termes. D'abord, aucune association ne peut sans l'autorisation du gouvernement devenir personne juridique et cette règle importante que subsiste encore dans le droit moderne est tout à fait indépendante du caractère innocent ou coupable de l'association; ensuite les associations non autorisées sont défendues et poursuivies criminellement. »

Y finalmente la ley 8ª, Código *De hered. inst.*, que tratando de la capacidad de las personas jurídicas para adquirir por sucesión, dice terminantemente: « *Collegi un si nullo speciale privilegio subnixum sit hereditatem capere non posse, dubium non est.* »

Ya ve, pues, nuestro adversario que el artículo del código está fundado en las terminantes disposiciones de la jurisprudencia antigua y moderna, como en la opinión de distinguidos jurisconsultos, y no podía ser de otro modo.

Cómo suponer, en efecto, que es dado a la voluntad individual crear personalidades con una capacidad legal para obligar y obligarse; capacidad ficticia que no ofrece una garantía positiva como la de la persona natural.

El hombre nace con un principio de capacidad que más tarde se desarrolla, se fortalece, y es entonces que la ley la reconoce, mientras subsiste en cierto grado de regularidad uniforme y conveniente; pero puede permanecer en principio o por su falta, o irregularidad de desarrollo, como en el idiota, o el mentecato de nacimiento, o adquirida, pudiendo perderse cuando sobrevienen semejantes defectos.

Pero a ningún hombre le sería dado atribuir una capacidad legal a otro que realmente no la tuviera. Así, un padre, un curador, no podrían jamás dar al



menor, aunque esté en la pubertad y tenga una inteligencia privilegiada, una capacidad jurídica suficiente para celebrar actos de esa naturaleza, porque la ley nunca los reconocería como válidos desde que no ofrecen la garantía de la reflexión, discernimiento y voluntad necesarias para establecer la responsabilidad legal que se supone y resulta de la acción de esas facultades psicológicas, desde cierta y determinada edad.

Y si esto es evidente, ¿cómo se pretendería racionalmente que si una persona interesada en la felicidad de su propio hijo no podría atribuirle una capacidad jurídica, pudiese hacerlo creando la de una persona ficticia?

En las sociedades comerciales, es al público a quien le corresponde buscar la garantía de sus intereses para no ser defraudados, nos dice el articulista; pero semejante doctrina es no solamente contraria a las atribuciones que tiene la autoridad, sino que lo es al buen sentido, cuando se trata de ellas como de personas capaces de ciertas relaciones.

El poder público cuenta entre sus primeros deberes y facultades la de velar por el bien, por la tranquilidad y el orden social, a cuyo fin debe tomar todas las medidas precaucionales conducentes para garantizarlo; de no ser así, no llenaría los más altos fines de su institución.

Con lo expuesto hasta aquí nos bastaría para considerar completamente refutada aquella opinión desautorizada y contraria a los principios del derecho, universalmente reconocidos; pero para complementar nuestro estudio y salvar la confusión de ideas que se ha hecho, asimilando las simples socie-



dades comerciales con las corporaciones que tienen por objeto formar una persona jurídica, vamos a establecer ligeramente las diferencias que existen entre unas y otras.

Se ha procurado determinar la diferencia fundamental, dice Maynz, entre la corporación y la sociedad ordinaria. Estas dos instituciones presentan una reunión de hombres propendiendo a un fin común. Es en este sentido, que algunos autores han creído encontrar el elemento de diferencia, diciendo que el objeto de la comunidad es de cierto modo estable, permanente, mientras que el de la sociedad ordinaria, no es sino momentáneo o pasajero. Este es un error; una comunidad puede tener un objeto pasajero, y una sociedad puede proponerse un objeto perpetuo.

Otros han pretendido que la principal diferencia consiste, en que en una comunidad, los miembros deben someterse a las decisiones de la asamblea, mientras que en la sociedad ordinaria, cada miembro permanece independiente. Pero, desde luego, esta regla no es absolutamente verdadera; porque los estatutos de la comunidad del mismo modo que los de la sociedad podrían derogarlos; además, aun cuando se pudiera considerarla como absoluta, asimismo no sería sino una consecuencia de la diferencia que se procura determinar; y es una petición de principio darla como elemento fundamental de esta diferencia. Sucede lo mismo con las opiniones que buscan este elemento en la extensión de los derechos que son acordados a los miembros.

La única semejanza que existe entre la comunidad y la sociedad, es que una y otra son compues-



tas de hombres, pero esto no es esencial para la cualidad fundamental de la comunidad, que es la de ser persona; con relación a esta cualidad no hay nada común entre ella y la sociedad ordinaria.

La sociedad es la reunión de varias o muchas personas que permanecen todas y cada una como personalidades distintas. La comunidad es una persona en sí misma, y esto es una cualidad ficticia, esta atribución dada por el Poder legislativo, que la constituye un ser distinto e independiente. De esta diferencia fundamental resultan distinciones notables en las manifestaciones exteriores de las dos instituciones.

Así, en la comunidad no son los miembros los que tienen derechos adquiridos sino la comunidad, mientras que en la sociedad, cada miembro tiene su parte determinada tanto en los bienes como en las obligaciones. En la sociedad, cada uno conservará su individualidad. De donde se deduce que toda decisión obligatoria no puede ser tomada contra la voluntad de un solo miembro, a menos que todos ellos no estén de antemano sometidos a una restricción de su derecho individual.

La doctrina que se deriva de los fragmentos 11, párrafos 1º y 2º, Digesto *De duob. reis stip.*, párrafo 43, Digesto *De re judic.*, y 10, párrafo 3º, Digesto *De apell.*, título, Código *Si plures una...* Véase también la Novela, 115, capítulo 6º y *Auth. Si quando*, Código *De const. pecun.* (Véase Maynz en el párrafo 271, y nota 2). Códigos francés, artículos 1862, 63 y 64; de la Luisiana, 2843, 44 y 45; de Chile, argumento artículo 549, inciso 4º. Entre nosotros, artículos 454 y 474, Código de comercio. En el código que nos



ocupa están los artículos 99 y 100 del título 7º, sección 3ª, libro 2º.

En la comunidad, al contrario, la individualidad de las personas que forman parte no es un elemento constitutivo, jamás pertenece semejante derecho a los miembros; las decisiones deben tomarse del modo prescripto por los estatutos; y si estos nada dijeran al respecto, no queda otro medio racional para suplir esta deficiencia, que dejar a la mayoría la facultad de decidir las cuestiones que puedan presentarse.

Y es por esto que la sociedad se disuelve por la separación de un solo miembro, como lo dicen las leyes 1ª (pero si algunos) y la 10ª, título 10, partida 5ª y artículo 484, inciso 5º y siguientes; Código de comercio. Leyes 63, párrafo 10, y 65 párrafo 6º, Digesto. *Pro socio*, y 5º, Código *Comm. divid.* Código francés, artículo 1865; de la Luisiana, artículos 2847 y 48; Sardo, 1888; holandés, 1855. Los autores están generalmente de acuerdo, sobre este punto; pero nuestro código le ha variado como puede verse en el capítulo 10, del título y libro citado.

Mientras que la comunidad continúa subsistiendo en tanto que sus elementos constitutivos existen, aunque no quede sino uno solo de los miembros fundadores (ley 7ª, Dig. *Quod cuj.*), esto es lo mismo que dice el autor del código en la nota al artículo 21 del título que nos ocupa.

Finalmente, debemos recordar que entre nosotros no es nueva la disposición criticada. El Código de comercio tratando de las sociedades anónimas, establece las disposiciones siguientes que están en com-



pleta vigencia, sin haber sido hasta ahora criticadas.

Art. 405. — Las sociedades anónimas son administradas por mandatarios revocables, socios o extraños, y sólo pueden establecerse por tiempo determinado y con autorización del Poder ejecutivo, dependiente de la aprobación de la asamblea general cuando hayan de gozar de algún privilegio. (Cód. de com. francés, art. 37, y Sardo, artículo 17.)

Art. 407, inc. 2º. — Las sociedades sólo pueden ser prorrogadas con aprobación del poder que hubiere autorizado su institución.

Muchísimas otras diferencias podríamos citar en fundamento de la teoría que sustentamos; pero para no extendernos tanto, nos remitiremos a las que resulten, comparando en el mismo Código de comercio y en el civil, las diferencias, por ejemplo, entre las sociedades anónimas y las colectivas, comanditarias, etc., sea en los modos de su formación, extinción, y sobre todo la muy marcada diferencia de la responsabilidad de los socios en uno y otro caso.

Pero nuestro adversario ha confundido el género con la especie, sin tener en cuenta esta reconocida doctrina en el derecho, derivada de la ley 59, Digesto *Pro socio*, que distingue claramente una cosa de otra, y que Maynz formula con toda precisión en estos términos: « *Rien n'empêche, à la vérité, qu'une société reçoive par la sanction du pouvoir suprême la personnalité civile, mais dans ce cas, elle jouit de la personnalité, non parce que société, mais abstraction faite de sa qualité de société. C'est ainsi que, dans les sociétés de publicains chez les romains et dans les sociétés anonymes chez nous, ont doit toujours soigneusement distinguer la qualité de personne*



civile qui existe à l'extérieur ou vis-à-vis les tiers, et la qualité de société qui opère à l'intérieur, c'est à-dire entre les associés. »

Y siguiendo estos principios, es que el autor del código formula el artículo 17, cuyo texto es el siguiente: « Las asociaciones que no tienen existencia legal como personas jurídicas serán consideradas como simples asociaciones civiles, comerciales o religiosas, según el fin de su instituto. »

Con lo expuesto hasta aquí creemos haber demostrado con la claridad que nos ha sido posible, la errónea doctrina con que se critica al código por la disposición contenida en el artículo 16, proponiendo el articulista otro en su lugar tan desmedidamente *social y liberal*, que se librarán bien las naciones civilizadas de aceptarlo, deslumbradas por las ruinosas y fraudulentas ventajas que de seguro ofrecería.

CAPÍTULO II

Del fin de la existencia de las personas jurídicas

Art. 21. — Disuelta o acabada una asociación con el carácter de persona jurídica, los bienes y acciones que a ella pertenecían tendrán el destino previsto en sus estatutos; y si nada se hubiese dispuesto en ellos, los bienes y acciones serán considerados como vacantes y aplicados a los objetos que disponga el cuerpo legislativo, salvo todo perjuicio a tercero, y a los miembros existentes de la corporación.

Si el autor del código hubiese procedido con toda la independencia, con toda la energía que era de esperarse de su circunspección y talento, no tendríamos hoy que contestar a una crítica como la que se ha hecho a este artículo.



Si con toda imparcialidad se hubiese establecido la soberanía del derecho civil en todas las relaciones de la vida humana que caen bajo su imperio, se habrían salvado los principios, se habría colocado el autor del código en el verdadero centro de las ideas modernas, y nos habría librado de cierta cohesión que existe entre la Iglesia y el Estado, cohesión violenta contraria a la naturaleza de las cosas y a la tendencia de ambas personalidades.

Se habría establecido la independencia que cada día y cada momento se hace más necesaria entre una y otro, y nos hubiera quitado ese predominio ilegítimo que se concede al derecho canónico sobre el civil en ciertas materias, cuando aquél no cede a éste ni una línea de sus rigurosos principios o prerrogativas.

Pero no ha sido así; el autor del código, por más que sea un hombre lleno de ilustración, no ha podido abandonar ciertas ideas que desde la infancia se encarnaron en su mente, que han germinado en ella y que lo dominan aún.

El prisma con que ha contemplado a la sociedad moderna, el criterio con que ha juzgado las ideas que se levantan, y las que han dominado al mundo civilizado, no ha podido contrarrestar a esa influencia, de tal modo adherida al espíritu que le fascina y menoscaba su rectitud en las ideas.

Mucho tendríamos que escribir sobre ésto, pero consecuentes a nuestro propósito, nos concretamos a las observaciones absolutamente necesarias para contestar al que tan vivamente ha atacado al código, por creer que en él se tiende *un anzuelo jurídico para pescar bienes de frailes*.



El articulista nos dice que el doctor Vélez ha sido inconsecuente en sus principios, al tratar de los bienes de la Iglesia, pues, habiéndole reconocido la capacidad para adquirir, se la desconoce para conservar el dominio.

Nosotros le contestamos que si realmente ha sido inconsecuente el doctor Vélez, no lo ha sido, por cierto, *por pescar bienes de frailes*, sino por un favoritismo indebido, por ciertas concesiones a la Iglesia, con que ha sacrificado, no sólo la soberanía y los principios del derecho civil, quebrantando sus propósitos y la inflexibilidad de su deber, sino algo más sagrado, más augusto, como son ciertos principios de la libertad de conciencia.

Nuestra sociedad que se levantó en los albores de la libertad que ha conquistado y va haciendo práctica a costa de tantos sacrificios; que tiene la gloria de haber sido la primera de las naciones de la América del Sur en haber proclamado el gran principio de la libertad de cultos; que en sus instituciones políticas abre sus brazos para unir en la confraternidad a todos los hombres que quieran habitar el suelo de la Patria, tenía el derecho de esperar que sus instituciones civiles correspondiesen a sus libertades políticas, y que todos los que oyendo su voz, que repercute en todas las zonas, concurriesen a su llamado desde los confines de la tierra, pudiesen ejercer todos los actos que la naturaleza impone a los seres en la vida social y civil, sin ninguna extorsión de conciencia, sin ninguna restricción ni obstáculo a una voluntad lícita.

Y esa esperanza era tanto más natural cuanto que allá en las naciones del antiguo continente, donde



aun no se respira esa libertad política, donde aun en muchas de ellas se doblegan los principios a la voluntad de un monarca inviolable, se encuentran, no obstante, consignadas esas libertades que respetan lo más sagrado del hombre, lo más inviolable de la humanidad, la conciencia, el derecho de unirse, de formar una familia, sin que se le violente, sin que se le exija la apostasía o la renuncia de un afecto inconciliable con sus creencias religiosas, sin que se le obligue a la sumisión de autoridades cuyo origen y ministerio desconoce.

Pero, en fin, volvamos a nuestro punto de partida, abandonando un terreno que no nos pertenece; reanudemos las ideas con nuestras doctrinas anteriores, y busquemos en la esencia de las personas jurídicas la solución del punto que debe ocuparnos.

El artículo tal como ha sido consignado en el código establece, según nuestro humilde juicio, el verdadero principio de derecho, como hemos de demostrarlo más adelante; y si hay en todo el código principios que están asentados sólidamente en una base sensata y científica, entre uno de los primeros encontraremos a éste.

No obstante, el articulista tomando un aire de imparcialidad que no alcanza a cubrir cierto espíritu de fanatismo, encuentra aceptable el artículo por lo que hace a las corporaciones civiles, industriales, etc., pero malísimo cuando se trata de aplicarlo a las comunidades de la *iglesia católica puramente*, y escribe lo siguiente:

«Si tal cosa se sancionara entre nosotros, ya sabrían las comunidades religiosas a qué atenerse respecto de sus bienes.»



Él dice que «cualquiera de ellas, mediante la piedad de los fieles, se encontrará con bastantes bienes y no faltaría seguramente una razón de Estado, que aconsejara la supresión de las comunidades. Verificada ésta, sus bienes pasarían entonces a las arcas del tesoro público». Semejante consecuencia sería en todo tiempo un incentivo poderoso a los gobiernos como funesto a las sociedades religiosas.

«Desearíamos alcanzar la razón en que pueda fundarse el derecho de la legislatura para disponer de los bienes de las comunidades religiosas, cuyos individuos hayan desaparecido por motivos particulares o a virtud de una ley.»

«Establecido el principio de que las personas jurídicas son capaces de adquirir propiedades, es menester ser consecuente con las condiciones que constituyen la propiedad en toda su plenitud.»

«Siendo los bienes de comunidad religiosa, bienes que pertenecen a la Iglesia, es lógico que por la extinción de una comunidad, sus bienes temporales pasen al prelado diocesano, no como sucesor sino como administrador legal de ellos.»

«En resumen, pues, consideramos que en vez de lo que establece el artículo 21, debiera consignarse como un principio legal el que toda vez que desaparezca por cualquier causa una comunidad religiosa, sus bienes sean administrados por el prelado diocesano, pudiendo éste disponer de ellos, según las facultades de que estuviese investido respecto de los bienes eclesiásticos.»

Según esto, para nada tenemos que ocuparnos de las asociaciones de carácter puramente *civil*. El artículo no compromete en manera alguna sus intere-



ses, porque es de suponer que siempre estará previsto en sus estatutos el destino que haya de dárseles; y si así no fuera, los derechos quedan salvados con la última parte de la disposición *salvo todo perjuicio a tercero, y a los miembros existentes de la corporación.*

Nuestro adversario así lo reconoce, cuando dice: «Respecto de los primeros es de todo punto inverosímil que no esté prevista en sus estatutos su liquidación definitiva de bienes o la aplicación de todos en caso de disolución. Por manera, pues, que el espíritu de dicho artículo sólo puede referirse a las instituciones religiosas, que no teniendo por base ni objeto en su establecimiento los bienes temporales, no preven nunca la distribución de sus bienes en los casos de extinguirse la comunidad o asociación que las representa.»

Hasta ahora llevamos estudiada la naturaleza y esencia de las *personas jurídicas*, hemos visto también, cómo su personalidad es meramente abstracta y completamente distinta e independiente de las personas de sus miembros; cómo, en una palabra, ellas son unos seres ideales cuya existencia se columbra en los hechos que en su nombre se ejecutan, mediante la capacidad que efectivamente les reconoce la ley.

De modo que aceptados, como no pueden menos de serlo tales principios, la dificultad está resuelta y sólo nos queda a controvertir una cuestión de *mejor derecho* a los bienes de aquellas entidades incapaces de transmitir por sucesión.

Decimos resuelta la primera dificultad y vamos a demostrarlo.

Las personas jurídicas, en principio, carecen de todo derecho para adquirir y poseer bienes, y para



el ejercicio de todo acto jurídico, porque no siendo personas de una existencia real y visible, mal podrían tener una capacidad que las leyes sólo reconocen originariamente en la persona natural.

Si gozan, pues, de tales derechos, es debido a las facultades que la ley civil les acuerda, cuando su institución es consentida por el Estado, por la autoridad social.

Es en este mismo caso que se encuentran las iglesias y comunidades religiosas.

La religión no es otra cosa que un conjunto de principios morales, tendientes a constituir y a tributar la adoración al ser supremo. Como tal es, pues, un conjunto puramente moral, en cuyo torno se agrupan los hombres, formando una mancomunidad de ideas y creencias que se revelan en actos externos y constituyen el culto.

Los instrumentos, los medios físicos de que se valen, la materialización de las ideas, no tienen otra significación en sí, que la necesidad de personificar la individualidad divina para conmover más los sentimientos, para excitar más vivamente la adoración.

No es, pues, en los edificios, en los instrumentos, en las imágenes dedicadas al culto, donde reposa la personalidad moral a quien la ley acuerda una capacidad jurídica como si fuese una persona; ella reposa en ese conjunto ideal de principios en esa comunidad metafísica de ideas que se mancomunizan en la adoración de un Dios. Esto es lo que significa la personalidad de una *iglesia*, de una *congregación*, de una *secta*, tomadas estas últimas palabras en su sentido abstracto y como sinónimas de Iglesia.

En cuanto a una comunidad religiosa, a un con-



vento, a una corporación de personas destinadas por profesión a esparcir y propagar las doctrinas de un culto cualquiera, a mantener encendida la fe, a predicar doctrinas vivificantes al espíritu de sus afiliados, constituyen el elemento de una otra personalidad jurídica que no debe confundirse con la anterior, como lo ha hecho el articulista, porque son diferentes.

Así, la corporación de frailes de un convento no representan la personalidad propia de la Iglesia, sino una personalidad distinta, pues, la corporación puede desaparecer o suprimirse, desapareciendo con ella la personalidad jurídica que constituía la mancomunidad de esos individuos; pero la de la Iglesia queda perfecta e íntegramente subsistente, con su destino que es el de la congregación de los afiliados, que constituyen su representación propia, y con su administración regular, que reside en el jefe de la Iglesia.

Conviene, pues, y es sumamente necesario para tratar la cuestión con la estrictez de los principios legales, hacer esa distinción, que puede tener frecuentes aplicaciones en la práctica. Así, tomando, por ejemplo, un caso práctico para aclarar nuestras ideas, un testador o un donante pueden dedicar su manda o liberalidad a la iglesia de tal santo, o a la comunidad de religiosos de la misma. Ahora bien en uno y otro caso, ¿a quién corresponde la propiedad de los bienes?

Sobre lo primero encontramos la decisión en la ley 27, Código *De sacro. eccl.*, citada por el autor del código en su nota al artículo 12 y sobre la cual escribe el señor Savigny lo siguiente: «Ordinariamente e ve atribuir la propiedad de los bienes eclesiásti-



cos ya a Jesucristo y a la iglesia cristiana, ya al papa, como su jefe visible. Pero reflexionando sobre esto, se ve que la generalidad de este punto de vista no era hecho por el dominio del derecho necesariamente restringido, y que sería necesario admitir la pluralidad de personas jurídicas, aun para los bienes de la iglesia.»

Si un testador instituye a Jesucristo por heredero, se entiende por esto, la iglesia del lugar que él habitaba. Si instituye a un arcángel o a un mártir, se entiende serlo a la iglesia consagrada a éstos en el lugar de su domicilio, o en su defecto, en la capital de la provincia. Si en la aplicación de estas reglas hay dudas entre muchas iglesias, se prefiere aquella por la que el testador tenía una devoción particular, y en ausencia de este indicio la más pobre. En este caso el sujeto del derecho de la sucesión es una parroquia determinada, es decir, la corporación de cristianos que pertenecen a esa iglesia.

Tales son precisamente las disposiciones que contiene la ley citada.

Respecto del segundo caso, la solución es igualmente sencilla. Aunque un testador instituya heredera, o deje una manda a tal o cual comunidad, se entiende que es a la persona moral a quien se dirige, y quien adquiere el dominio; pues no es a estos frailes, no es tampoco a los que les suceden a quien se instituye o lega sino al ser abstracto.

De consiguiente, ni es el obispo o el papa el propietario de los bienes donados a una iglesia, porque éstos son meros representantes de aquélla, y sólo tienen el derecho de administración, mientras subsiste la iglesia a que corresponde la donación: no lo



son los frailes, en los bienes donados a una comunidad.

Llega, pues, el momento de aplicar los principios precedentes; desaparece una comunidad por cualquier causa, ¿a quién corresponden sus bienes? ¿a las otras comunidades? no; ¿al obispo? ¿al papa? tampoco, porque ellos no son sucesores de esa comunidad, ¿A quién deben, pues, pasar esos bienes? El articulista nos dice que «al prelado diocesano, no como sucesor sino como administrador legal de ellos», pero se equivoca completamente; los bienes de una comunidad no son los de una iglesia, por consiguiente, no debe atribuirse la representación de una personalidad jurídica, al que sólo es representante de la iglesia. Tampoco puede reclamarlos quien los donó o sus sucesores, porque la donación transfirió el dominio que se radicó en la persona jurídica, y desde ese momento cesó el dominio del primero.

La personalidad jurídica está en tal caso en un estado de inacción incapacitada de obrar por falta de una representación física que corresponda a su institución, y como no está en aptitud de llenar los fines para que fué creada, el poder que le dió capacidad para adquirir se lo retira y declara vacantes los bienes adquiridos.

¿Quién entra, pues, a la sucesión de esa entidad abstracta que se ha extinguido?

Los bienes de las comunidades religiosas, dice el articulista, proceden de una donación espontánea de los fieles, quienes en cambio de su liberalidad merecen muy especialmente como bienhechores de la Iglesia los sufragios de ella. Esta condición implícita de los donantes, sólo puede llenarla la iglesia.



Privar, pues, a ésta de sus bienes no sólo es cometer un despojo violento, y, por consiguiente, un atentado injustificable a la propiedad, sino que es desconocer la legitimidad, espontaneidad y propósitos de esas donaciones.

Sobre la segunda parte de este razonamiento, ya hemos demostrado que no debe confundirse la propiedad de la iglesia con la de una comunidad.

En cuanto a la condición de las donaciones, puede ser cierta, y lo es en muchos casos. Pero es que cuando un donante hace una donación de esa clase tiene dos cosas igualmente importantes en vista: socorrer a tal comunidad y obtener un beneficio en bien de su alma. Ambas cosas se habrán realizado en parte; pero desde el momento en que deja de existir la comunidad, se hace imposible cumplir la voluntad del testador, porque le falta la persona del donatario sobre quien pesaba la condición, y no ha dejado quiénes le sucedan en su capacidad jurídica mediante la cual pueden adquirir esos bienes. En tal caso, lo racional es que el poder social que dió vida y capacidad a esa persona con un objeto de bien público, se apodere de sus bienes y los dedique también al servicio público, desde que no pueden quedar abandonados.

En cuanto a los bienes de una iglesia, claramente se comprende que pertenecen al servicio público, pues que cuando se le hace donación, no se tiene en vista beneficiar ni al obispo ni al papa, sino propender a la mantención del culto que en aquel se tributa. De modo que destruído un templo, proscrita una religión, ¿quién podrá reclamar los bienes que posea? Los representantes de ese culto cesarían en su ministerio desde el momento que se condenaron sus



doctrinas, y consiguientemente cesarían en su administración. De modo que siempre pasarían al dominio público representado por el poder social, quien los destinaría a un servicio análogo.

Tales son en conjunto los principios que dominan esta materia, y que derivan de la esencia de las personas jurídicas. Al traerlos a nuestro examen no hemos tenido por cierto otro móvil ni otra idea que la de traer la cuestión a su verdadero terreno y levantar una inculpación injusta que se hacía al autor del código, quien lejos de ser hostil en algo a la religión o a las comunidades, ha llevado su favoritismo hasta incurrir en cierta inconsecuencia a fin de dejarles la amplia facultad de adquirir y conservar la posesión de bienes raíces.

Y para que no se crea que hablamos sin fundamento, recordaremos que el doctor Vélez, inspirándose en las ideas más favorables a la Iglesia, expone en la nota de artículo 12, en la cual encontramos este párrafo tomado de Savigny, y que por más respeto que tributamos a uno y otro, no podemos menos de considerarlo muy inconsecuente con sus grandes ideas sobre las personas jurídicas; dice: « Diremos, en fin, con el señor Savigny, que si las legislaciones de algunas naciones han restringido las adquisiciones de las corporaciones de manos muertas, esas restricciones jamás han hecho parte del derecho común. »

Ahora bien, este principio es evidentemente inexacto, desde que hemos visto que la capacidad de esas entidades es meramente concedida por la ley que puede extenderla o limitarla a voluntad, y según lo exijan las conveniencias sociales.

Por consiguiente, esas disposiciones no son del



derecho común, sino de una legislación especial destinada a crear una capacidad ficticia para personas ideales.

Tal vez nos hemos detenido demasiado en toda esta materia, pero los que hayan leído nuestro estudio habrán podido apreciar que nos ha sido absolutamente necesario hacerlo así, desde que teníamos que buscar la razón de nuestras ideas en una discusión metódica y filosófica para establecer los verdaderos principios que han guiado al autor del código, al formar un título de leyes completamente nuevas en nuestro derecho.

TÍTULO II

De las personas de existencia visible

La primera observación que el articulista dirige a este título, es la de ser inútil, desde que es una recopilación de disposiciones que se hallan consignadas en las diferentes materias del código.

Segun ésto, muchos títulos debieron suprimirse, porque siendo las disposiciones de una obra de esa clase tan íntimamente ligadas las unas con las otras, frecuentemente se repiten. Así, por ejemplo, hay un título *De las leyes*, donde se establecen reglas generales sobre su aplicación en los actos jurídicos; y muchas de sus disposiciones, o al menos de las doctrinas que de aquellas se derivan, se repiten, en el título 4º, sección 1ª, libro 1º, *Del domicilio*; en el título 2º, sección 2ª, libro 2º, *De los actos jurídicos*; en el título 1º, libro 2º, sección 3ª, *De los contratos en general*, y en otros muchos.

El articulista como abogado debe saber que para



formar un cuerpo completo y acabado de legislación, es necesario, agrupar las diversas disposiciones pertinentes a una misma materia y formar con ellas un título donde fácilmente puedan encontrarse. Esto es lo que se llama ordenar un código, y sin esto sería imposible su estudio metodizado; así lo comprende cualquiera que conoce el derecho, y mucho más si ha tenido que entenderse con los códigos españoles.

Para una observación tan sin fundamento ni importancia práctica, es suficiente lo que dejamos dicho.

Pasamos, pues, a las más importantes, aunque están tan poco precisadas, y demuestran tan poco estudio de la materia, que estamos persuadidos las ha consignado el articulista por no dejar de decir algo sobre ese título, salga bien o mal lo que haya dicho.

La primera consiste en no alcanzar la razón por qué el autor del código coloca la ausencia entre las incapacidades absolutas siendo ella un hecho accidental y relativo que no altera la facultad de los derechos individuales.

El código dispone sobre esto lo siguiente:

Art. 2º.— Las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones. Se reputan capaces todos los que en este código no están expresamente declarados por incapaces.

Y al establecer en el artículo 4º los que tienen incapacidad absoluta para los efectos del artículo anterior viene el inciso 5º, que dice: «Los ausentes declarados tales en juicio.»

Pero ¿cuáles son los ausentes declarados incapaces? «Los declarados tales en juicio», dice el código, y



el articulista no presta atención ninguna a estas palabras, cuanto tienen tanta importancia.

Le aconsejamos que lea el título 8° del libro que nos ocupa y que también lo critica, pero cuyas disposiciones no ha creído, sin duda, oportunas de este lugar, sin embargo de ser las que deciden este punto. El artículo 1° dice: «la ausencia de una persona del lugar de su domicilio o residencia en la República, haya o no dejado representantes, sin que de ella se tenga noticia por el término de seis años (o tres, según los casos, como puede verse en los artículos siguientes), causa la presunción de su fallecimiento».

Vienen luego los artículos del 3° al 6° que especifican las personas que pueden pedir la declaración de la ausencia ante el juez del último domicilio del ausente; el modo en que han de hacerlo y las formalidades que ha de observarse, y entonces se aplica la disposición siguiente:

Art. 7°.—Pasados los seis meses y recibidas las pruebas que presentaren los que hubiesen pedido la declaración del día presuntivo del fallecimiento del ausente, el juez, oído el defensor del ausente, *declarará la ausencia*, y el día presuntivo del fallecimiento del ausente, y mandará abrir si existiese el testamento cerrado que hubiese dejado el ausente.

Los artículos transcritos nos demuestran, pues, que la incapacidad absoluta que se atribuye al ausente, no es para cualquier ausente sino para el que ha sido declarado tal, en virtud de considerársele como fallecido. Por consiguiente, ¿qué capacidad puede concederse para el ejercicio de actos jurídicos, al que una sentencia de juez competente fundada



en justificaciones legales le declara muerto? Esperamos que nuestro contendido convendrá con nosotros que no ha estudiado con la detención necesaria esta materia.

En nuestra actual legislación tenemos la ley 14, título 14, partida 3ª, que establece un principio semejante al del artículo 1º que hemos transcrito, pero que fija el término de diez años.

La segunda observación que se hace nos muestra también que el articulista no ha comparado la disposición que critica con las que se encuentran en el mismo código, y son concordantes.

El artículo 7º dice: «al designar los representantes de las personas incapaces», habla de padre, pero ha olvidado abrazar en esa representación a los hijos menores que se hallan bajo la patria potestad.

El artículo a que se hace referencia es el siguiente:

Art. 7º. — Son representantes de los incapaces:

1º De las personas por nacer, sus padres, y en falta o incapacidad de éstos los curadores que se les nombre;

2º De los menores impúberes o adultos, sus tutores, etc.

Es, pues, al inciso 2º a que hace referencia la crítica, pero si el articulista se hubiese tomado el trabajo de buscar donde corresponde los derechos que la ley acuerda al padre sobre las personas y bienes de sus hijos habría encontrado el título 3º, sección 2ª, *De la patria potestad*, donde están consignadas las siguientes disposiciones, y con ellas perfectamente salvadas y en su verdadero lugar la omisión que se reprocha en el artículo 7º.

Art. 11. — Los padres sin intervención alguna de sus hijos impúberes, pueden por ellos estar en juicio como ac-



tores o demandados, y pueden a nombre de ellos celebrar cualquier contrato en los límites de su administración, señalados en este código.

Art. 18. — El hijo de familia no puede comparecer en juicio como actor, sino autorizado por el padre.

Art. 30. — El padre es el administrador legal de los bienes de los hijos que están bajo su potestad, aun de aquellos bienes de que no tenga el usufructo.

Omitimos citar las concordancias de éste y demás artículos anteriores, porque los que la tienen lo están en las notas del código.

Como se ve, pues, por las disposiciones transcritas, el padre en virtud del derecho de patria potestad que tiene sobre sus hijos, ejerce la representación legal de ellos en todas sus acciones y derechos, y es el legítimo administrador de sus bienes; por consiguiente, son de todo punto infundados e inexactos los cargos que hace el articulista, al título de que nos hemos ocupado.

TÍTULO IV

De la existencia de las personas antes del nacimiento

Art. 1º. — Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento ellas pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.

Art. 3º. — Tampoco importará que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer por un vicio orgánico interno o por nacer antes de tiempo.

No obstante que los principios en que funda el autor del código las disposiciones de estos artículos,



en las notas referentes, son decisivas y pueden decirse irrefutables, el crítico ha creído encontrar en ellas una fuente de inconsecuencias jurídicas, y un verdadero error en la atribución de la capacidad de derecho en los seres que, nacidos en época oportuna tienen un vicio orgánico que impide su vitalidad o cuando no puede ésta prolongarse y subsistir a consecuencia de haber nacido antes del tiempo en que regularmente debe realizarse el nacimiento, como en el caso de *aborto*.

Dos son las doctrinas que dominan en esta materia, y en atención a su importancia nos permitiremos analizarlas separadamente, para que pueda formarse mejor criterio.

Unos, con el señor Savigny, sostienen la misma que ha seguido el doctor Vélez, mientras que otros exigen que además de nacer viva una criatura, debe tener capacidad de prolongar su existencia, ser *viable*, por un tiempo dado, según unos, o indefinidamente, según otros.

Los primeros se fundan en que esa condición es contraria a los principios generales sobre la capacidad de derecho que deriva del hecho de la existencia de la criatura humana, sin ninguna consideración a la duración más o menos prolongada que puede tener esa existencia; pues, ¿cuál sería el motivo para introducir una restricción o fijar un límite? nos dice Savigny.

Los segundos dicen: hay en el embarazo una cierta época antes de la cual un niño nace vivo algunas veces, pero no puede vivir más allá de algunas horas, o de algunos días. Esta imposibilidad de prolongar su existencia debe hacerle rehusar la ca-



pacidad de derecho aun para el corto intervalo que haya vivido.

« Cuando un niño nace antes de los ciento ochenta y dos días desde la concepción, aunque nazca vivo, según las reglas fisiológicas sancionadas por las legislaciones, es incapaz de prolongar su existencia, y desde luego no se le puede atribuir ningún derecho. La capacidad del derecho depende no solamente del nacimiento, sino de la vida, o de la *viabilidad*. Así, pues, el que por su nacimiento prematuro es incapaz de vivir no tiene derechos y debe ser asimilado a un niño que nace muerto, o muere al desprenderse de los órganos maternos. »

Ahora bien, veamos cuáles son los fundamentos legales y científicos de ambas doctrinas.

La primera sigue los pasos de la jurisprudencia romana.

En los tiempos antiguos, nos dice un autor, algunos jurisconsultos miraban como una condición indispensable para que una criatura pudiese adquirir la capacidad de derecho, que hubiese manifestado los signos de su existencia por gritos u otros medios que no dejasen duda alguna.

El emperador Justiniano condenó formalmente esta opinión en la ley 3ª, código *De postumis*, en que haciendo referencia a aquellas doctrinas, se pronunció decididamente por la de los sabinianos, y dispuso lo siguiente:

« *Et sancimus, si vivus perfecte natus est, licet illico postquam in terram cecidit, vel in manibus obstetricis decessit, rumpi testamentum.* »

Por esta decisión se sancionaba que el nacimiento de un hijo póstumo, hacía *ruptum* el testa-



mento del padre cuando hubiese sido preterido.

Pero encontramos en el Digesto diversas disposiciones anteriores al reinado de Justiniano que consignaban un principio semejante.

La ley 6ª, Digesto *De inoff. test.*, dice: «*Simile modo et eum, qui post testamentum matris factum, excepto ventre extractus est posse queri dico.*»

La 12, *De liberis et posth.*, y la 141, *De ver. signif.*, disponían lo mismo. De modo que la primera opinión está basada en las fuentes de la antigua legislación.

En la nuestra los principios han participado de una y otra doctrina. Así, el Fuero Juzgo disponía que la criatura para adquirir el derecho de heredar a sus padres debía vivir diez días y ser bautizada (ley 18, tít. 2º, lib. 4º); mientras que el Fuero Real, sólo exige el bautismo, que, como es consiguiente, puede hacerse en el acto del nacimiento (ley 3ª, tít. 6º, lib. 3º). La 5ª, título 23, partida 4ª, y 8ª, título 33, partida 7ª, no establecen condición ninguna. Finalmente la 2ª, título 8º, libro 5º, Recopilación Castellana, dispone que debe vivir veinticuatro horas y ser bautizado.

Los segundos pretenden basar su argumentación, en principios completamente indirectos a la cuestión, y de los cuales puede formarse una objeción de más fuerza que la que ellos aducen.

En el antiguo derecho se fijaba como término mínimun el de ciento ochenta y dos días y como máximun el de diez meses para considerarse legítimo al hijo nacido durante el matrimonio, en el caso del primer término, o después de la muerte del padre en ambos casos (leyes 3ª, párrafos



II y 12, lib. 38, tít. 16 y 12, lib. 1º, tít. 5, Dig.)

Justiniano más tarde dispuso lo mismo en algunas leyes del código, y en el derecho español la ley 4ª, título 23, partida 4ª, fundándose en la misma autoridad de Hipócrates, que citan los jurisconsultos del Digesto, fija el *mínimum* en siete meses, aunque sea con sólo un día del séptimo mes, y el *máximum* en diez meses.

Fundándose, pues, en estas disposiciones sostienen que el nacido antes de los ciento ochenta y dos días no puede ser *viable*, dado el caso que pertenezca al matrimonio y que, por consiguiente, no pueden atribuírsele derechos de ningún género.

Pero diversas observaciones se presentan para rechazar completamente esa argumentación.

Desde luego, y como lo hemos dicho anteriormente, ella no toca directamente la cuestión, pues la parte principal de ésta, versa sobre un principio jurídico a saber: si la capacidad de derecho se adquiere por el mero hecho de la existencia, sea o no ésta susceptible de prolongarse por un tiempo más o menos largo; o si a la primera condición debe unirse forzosa e imprescindiblemente la de *viabilidad*.

Como se ve, esta es una cuestión puramente teórica y de principios, mientras que la argumentación de los que se basan en los términos legales, versa sobre una cuestión de hecho, que puede tener una relación indirecta e incierta con la primera por lo respectivo a la *viabilidad*; pero que ni toca el fondo de la cuestión, ni puede jamás llegar a ser decisiva. Por consiguiente, esta sola circunstancia bastaría para desvirtuar la fuerza que se le quiere dar. Pero aun concediéndosela, debemos ante todo averiguar



su grado de exactitud, para apreciar debidamente su valor en el debate.

Si el que nace antes de los ciento ochenta y dos días que fijaban los romanos, o de los ciento ochenta días que fija el autor del código, es incapaz de prolongar su existencia, debe haber algún medio que asegure el estricto cumplimiento de la ley, fijando con toda certidumbre, si una criatura, en un caso dado, ha sido concebida y nacida antes o después de esos términos, y aquí es donde estriba la dificultad.

¿Cómo conocer el día de la concepción? nos dice el doctor Vélez en la nota al artículo 3º, valiéndose de las palabras de Savigny. ¿Qué médico puede decir que el nacido no ha estado ciento setenta y ocho días en el vientre de la madre y no ciento ochenta, los seis meses fijados por las leyes? Se abriría así una puerta a la incertidumbre de los juicios individuales y las opiniones siempre dudosas de los facultativos sobre el tiempo que el hijo hubiese estado en el vientre de la madre, que por la imperfección de su constitución material vendría a decidir de los derechos más importantes.

Y, en efecto, aunque nos diga el ilustrado doctor Matta, según lo afirma nuestro contendido que: «...para fijar la edad o las condiciones que en el acto del nacimiento deba tener una criatura, si ha de ser declarada viable, el legislador necesita del concurso de la fisiología y lo que esta enseña, lo que la ciencia tenga resuelto sobre ese punto eso ha de ser la base de la ley; de modo que es imposible establecer entre la ley y la ciencia diferencia alguna, a menos que quiera apartarse de lo que hacen justas las le-



yes. Por nuestra parte siempre rechazaremos la aplicación que quiere hacerse de esta opinión a la solución del punto propuesto.

Lo que puede hacer la fisiología, lo que puede determinar la ciencia médica y resolver un facultativo, es lo mismo que decidió Hipócrates según las leyes del *Corpus juris*, es decir, fijar el término máximo y mínimo en que puede realizarse el embarazo de una mujer; pero jamás podrá un hombre fijar el día preciso y cierto en que se realizó la fecundación, para decidir con exactitud si el nacimiento está dentro o fuera de los términos legales.

Pero aparte de esas diversas consideraciones contra la doctrina fundada en los términos legales, se presenta otra que acaba de desvirtuar completamente su aplicación.

La argumentación que se hace, presenta un doble aspecto; se rehusa la capacidad a un niño por nacer antes de tiempo, y se la rehusa también, por nacer con un vicio orgánico que impida su *viabilidad*, y forzosamente tiene que hacerse así para no incurrir en una inconsecuencia; pero es que no hay ley alguna que determine los vicios orgánicos, su naturaleza y tiempo en que deban desarrollarse.

Y aunque podría decirse que eso está comprendido en el espíritu de la que fija el término que debe vivir el recién nacido, no se trata de que la ley lo establezca, sino de los principios en que se funde el legislador para determinarlo así; y sería una petición de principio fundar la ley en la ley misma.

De modo, que puede decirse, que si el rechazo del que nace antes de los términos legales está fun-



dado, aunque indirectamente, en las leyes fisiológicas y en el orden natural de las cosas, no lo está de ninguna manera el que se haría del nacimiento con un vicio orgánico; y, por consiguiente, falta toda razón legal para negarle la capacidad.

Además, si la ley fija un tiempo determinado al nacimiento para atribuir al nacido el derecho primitivo de legitimidad respecto de sus padres, ¿en virtud de qué principio se le negarían los derechos que, como consecuencia se derivan del mismo principio, como son, los de entrar en la sucesión del padre y transmitirla a sus ascendientes, nada más que por haber nacido con un vicio orgánico?

Preguntaríamos de igual modo, ¿cuál es la razón superior que milita para conceder derechos al que permanece en el seno materno si de *ejus commodo agitur*, en virtud de los cuales puede adquirir y ser válidamente representado, y se le negarían al que nacido vivo, pero antes de tiempo, y que no ha podido conservar la existencia por un determinado tiempo; cuando muchas veces su fallecimiento prematuro no será ocasionado por no haber permanecido todo el tiempo necesario en el seno materno, sino por diversas e independientes circunstancias?

Por otra parte, es también contradictorio que al mismo ser que se le concede cierta capacidad de derecho cuando está en el vientre de la madre, se le niegue cuando nace vivo, sea antes o después del tiempo, pero fallece aun que sea una hora antes del término que arbitrariamente le fijase la ley para adquirir esa capacidad que había gozado aun antes de nacer.

Todas estas consideraciones nos muestran que



la doctrina de los términos legales es completamente insostenible, porque falta la unidad y alcance de los argumentos en que directamente se sostiene, para comprender los dos casos que se presentan; porque su origen no reposa en fuentes legales, y finalmente, porque su fundamento científico ni es exacto, ni puede ser aplicado con la certidumbre necesaria.

Es contraria a todo principio de justicia, porque se hace depender la capacidad de derecho de circunstancias que no pueden apreciarse con exactitud. Es inconsecuente, y contradictoria ante la lógica del derecho porque niega al nacido una capacidad que se le reconocía antes del nacimiento. Y, finalmente, es inhumana y opuesta a la equidad, porque restringe los derechos individuales, por una causa independiente de la voluntad del hombre, y no contraria a las condiciones legalmente esenciales para poseer la capacidad.

Si los códigos europeos como el francés, artículo 725; de las Dos Sicilias, artículo 646; Sardo, 705; de Vaud, 512; Bávaro, libro 1º, capítulo 3º; Portugal, artículo 54, siguiendo al primero, que entre las incapacidades para heredar establece la de: «la criatura que no nació en estado de vivir», han impuesto como condición esencial para la capacidad de esos seres la de su *viabilidad*, no han dejado de incurrir como el primero en una arbitrariedad combatida por notables jurisconsultos, como ser el señor Savigny, en el apéndice al tomo segundo de su obra de *Derecho romano*.

El señor Goyena, en sus *Concordancias al código español*, que consigna en el artículo 107, estos tér-



minos: «Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, nace con la figura humana, y *vive cuarenta y ocho horas naturales*», escribe lo siguiente: «La comisión creyó que este importantísimo punto no debía pender de un solo instante de vida, como lo establecieron las leyes romanas y de las *Partidas*, no nacer viable o de vida, vienen a ser a los ojos del legislador lo mismo que no nacer o nacer muerto.

«Crejó también, contra los códigos modernos, que debían fijarse reglas ciertas para la *viabilidad*. ¿Cómo dejar las herencias en la incertidumbre, dar ocasión a un pleito en cada caso, y a fallos encontrados en diferentes y aun en los mismos tribunales, con mengua del legislador y de los jueces? Cuando no pueda llegarse a la seguridad y precisión es preciso atenerse a lo mas común y verosímil, como se establece para los casos del artículo 101.»

«A decir verdad, debía parecer suficiente el término de veinticuatro horas señalado en la ley de Toro, que formaba el último estado del derecho; pero había en el seno de la comisión sujetos respetables que miraban como un despojo hecho a la familia del padre o madre difuntos esta súbita transmisión de bienes por la sola circunstancia de sobrevivir la criatura veinticuatro horas y pretendían prolongarla mucho mas allá de los diez días del Fuero Juzgo; el término de cuarenta y ocho horas fué como una especie de transacción; de todos modos, si es conveniente señalar tiempo, *el señalamiento será siempre arbitrario.*»

Estos párrafos enseñan cómo el espíritu de doctrina viene a confundir las ideas de los hombres más



ilustrados, pues claramente se ve la chocante inexactitud de la asimilación entre el que vive tal o cual tiempo con el que nace muerto.

Si es arbitrario fijar término a la existencia, ¿cómo es que el legislador lo hace para restringir desfavorablemente los derechos de un ser que lo adquiere por el hecho de la existencia con vida, siquiera sea ésta por un momento?

Si el que no nace viable por un tiempo determinado, es igual ante los ojos del legislador al que nace muerto, tendría el señor Goyena, y cualquier otro que sostenga esa doctrina, que reconocer y confesar claramente que no puede haber delito de infanticidio, como lo dice Savigny, cuando se mata voluntariamente a la criatura que los facultativos declaren no ser *viable* por haber nacido antes de tiempo, o por tener un vicio orgánico que finalizará su existencia en un momento más o menos limitado.

Pero semejante doctrina sería una monstruosidad que felizmente se encuentra condenada por los códigos criminales.

Véase, pues, a qué confusión de ideas conduce la doctrina de la *viabilidad* en el carácter que se le quiere dar.

Por esto los códigos que están a tanta altura como el francés, como son el de Prusia, párrafos 12 y 13; el de Austria, capítulo 3º, parte 1ª; el de Luisiana que dice terminantemente, artículo 950: «Basta que el hijo haya nacido viable, aunque no haya vivido sino un instante»; y añade en el 957: «La existencia del hijo nacido vivo podrá declararse observando su respiración, sus lamentos u otras señales.» El holandés, cuya doctrina puede aplicarse fa-



vorablemente, a lo que sostenemos; y finalmente el de Chile, artículo 74, establecen una doctrina del todo semejante a las del 1º y 3º del código nuestro.

Si como nos dice el articulista contradiciendo sus ideas anteriores, «... la ley civil no puede basarse en probabilidades que una constante experiencia acredita su incertidumbre, porque esa misma incertidumbre haría injusta la ley. Si es preciso que ésta limite su sanción a lo cierto, a lo que es constante de un hecho actual sin librar su disposición a hechos futuros e inciertos, convendrá forzosamente con nosotros en que lo incierto y arbitrario, sería que la ley fijase un término a la existencia de una criatura, o estableciese una condición que no deriva ni de las fuentes del Derecho, ni se basa en los principios científicos, ni pertenece a la doctrina legal, que nos enseña que la capacidad de las personas principia con la existencia de éstas en el seno materno.

Si todo derecho es la sanción de la libertad moral inherente a cada hombre; si la idea primitiva de persona o sujeto del derecho se confunde con la idea de hombre, y la identidad primitiva de estas dos ideas puede formularse en estos términos: cada individuo, y el individuo solamente tiene la capacidad del derecho; nuestro ilustrado contendido tendrá igualmente que convenir con nosotros en que no hay razón para despojar a la criatura que vive siquiera un momento, de la capacidad que debe reconocerse a todo ser que lleve en su espíritu el germen de esa facultad moral.

Fundados, pues, en todas las consideraciones precedentes creemos inaceptable la doctrina de los términos legales, y sostenemos que las únicas con-



diciones que puede fijar el legislador, son las que se determinan en la nota al artículo 1º del título que nos ocupa, donde el doctor Vélez ha consignado la doctrina de Savigny, y dice lo siguiente: «1º Es preciso que el hijo sea separado de la madre; 2º separado completamente; 3º es preciso que viva después de la separación; 4º que el hijo sea una criatura humana.»

«Respecto a lo primero, son indiferentes los medios que se empleen para obtener esa separación. Así, pues, en derecho no se distingue el nacimiento natural, del que se obtiene por una operación quirúrgica (ley 12, Dig. *De liberis*; ley 6ª, pr., *De inoff.*, y 1ª, parr. 5º, *Ad sc. Tertull.*). Una antigua ley ordenaba expresamente que después de la muerte de una mujer embarazada, su cuerpo fuera abierto, a fin de salvar si fuera posible la vida del hijo.» (Ley 2ª, *De mort. infer.*, Dig.).

«La separación debe ser completa (ley 3ª, Cód. *De post.*) Es preciso que el hijo viva después de la separación (ley 3ª cit., y 8ª, tít. 33, part. 7ª). Si, pues, durante un parto trabajoso, el hijo da un signo de vida, pero muere antes de haber sido completamente separado de la madre, él jamás tuvo la capacidad de derecho. Debe decirse lo mismo y con más razón, si antes de comenzar el nacimiento el hijo hubiera muerto.» (Ley 129, Dig. *De ver. signif.*, y 8ª, tít. y part. cit.).

«Es preciso que la vida sea indudable, no importa por qué signos» (ley 3ª, Cód. *De post.*). La duración de la vida es también cosa indiferente; y el hijo tiene la capacidad de derecho aun cuando muera inmediatamente después de su nacimiento (leyes 2ª y 3ª, Cód. fr. cit.).



«En fin, para tener la capacidad de derecho, el hijo debe presentar los signos caraterísticos de humanidad exteriormente apreciables; él no debe ser según la expresión de los romanos ni un *monstrum* ni un *prodigum* (leyes 3ª, Cód. cit.; 135. Dig. *De ver. signif.*, y 5ª, tít. 23, part. 4ª); pero una simple desviación de las formas normales de la humanidad, por ejemplo, un miembro de más o un miembro de menos, no obsta a la capacidad de derecho.

Los textos no nos dicen a qué signos se reconoce una criatura humana. Parece que la cabeza debe representar las formas de la humanidad.» (Leyes 44, Dig. *De relig.*, 5ª, tít. y part. cit., y 8ª, tít. 33, part. 7ª).

Sobre los últimos párrafos sólo por analogía se aplica la ley 44 citada, pues no dice formalmente que sea la cabeza. Ulpiano en la ley 12, *De liberis et post*, dice *cum spiritu tumem*, etc., pero no determina miembro alguno. Las de Partidas tampoco lo dicen, pues la 5ª sólo expresa, «si oviesen cabeza o otros miembros de bestia.»

Toda la doctrina de la nota que dejamos transcrita está consignada en los artículos del título del cual nos hemos ocupado. El legislador al establecerlo ha partido del principio de que es más razonable y equitativo conceder la capacidad al nacido, siempre que llene las condiciones manifestadas, que el de imponer restricciones fundadas en términos arbitrarios, o fijando otras condiciones como la de *viabilidad*, ajena completamente de los elementos que deben esencialmente exigirse para atribuir la capacidad de derecho.

Y esperamos que nuestro contenido, después del



análisis que dejamos hecho, convendrá en que es más justo y humanitario el principio adoptado por el doctor Vélez, que el que propone en previsión de temores imaginarios, y en guarda de los derechos paternos que en ninguna manera se menoscaban por darse la capacidad a un ser que nace destinado a vivir más o menos tiempo; pero cuya duración nadie puede prever con plena seguridad ni es necesaria para la adquisición de un derecho que se radica en el individuo por el hecho de la existencia.

TÍTULO VI

Del lugar de la existencia de las personas. Del domicilio

Siguiendo el articulista en la confusión de ideas que manifestó al tratar de los *estatutos*, nos dice que es completamente inútil fijar el domicilio para las relaciones puramente civiles, pues los únicos derechos que requieren la fijación de esas disposiciones, son los políticos o municipales porque son los que afectan al orden social.

He aquí los párrafos que escribe:

« El domicilio de los individuos pueden constituirlo diversas causas según la relaciones sociales, y será más o menos perfecto según lo exijan los objetos que lo hagan necesario. Para el orden político, el domicilio debe ser constante de hechos positivos; para el orden municipal las condiciones del domicilio pueden ser menos rigurosas, y, finalmente, para el orden meramente civil respecto al goce de derechos comunes no debe haber necesidad de domicilio para considerarse en la plenitud de los derechos civiles. »



« Exigir, pues, domicilio en materia meramente civil, *ni tiene objeto ni produce ningún bien; muy al contrario, parece establecer cierta especie de inmunidad para los que no se hallan en condiciones de atribuírseles un domicilio.* Según esto, convendría establecer como un principio el que la simple residencia de un individuo, aun con el carácter de transeunte, basta para considerarlo sometido a la jurisdicción civil. »

La ultima parte del párrafo 2º, nos muestra que el articulista, al consignar estas líneas, no recordaba que el primer artículo del Código dispone lo mismo que él propone; vamos a transcribirlo para traérselo a la memoria y para que se vea cómo se critican los vicios y defectos de aquella obra.

Art. 1º.—Las leyes obligan a todos los que habiten el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeuntes.

Después de esto, nada debiéramos de añadir a nuestra réplica, pero queremos satisfacer aunque sea brevemente a nuestro contendido y demostrarle, cómo para las relaciones civiles hay tanta necesidad de establecer un domicilio, como lo hay en el orden político.

Para desembarazarnos de la confusión de ideas que se ha hecho sobre esta materia, haremos antes las divisiones y las distinciones convenientes.

En la vida social el individuo desempeña diversos papeles, ejerce diversos derechos, y esta sometido a distintas obligaciones y deberes.

Sus actos, como sus derechos y obligaciones están previstos y sancionados por las distintas legislaciones que la sociedad establece para asegurar su con-



servación, su buen gobierno, y el bien de sus asociados.

Si se trata de la organización social, del gobierno y demás poderes públicos, el individuo ejerce sus derechos políticos en la órbita que las leyes de este género le conceden; estas mismas fijan las condiciones necesarias para adquirir la capacidad de ejercer esos derechos, y entre ellas figura sean las nacionalidades, las de domicilio, etc.

Cuando se trata de las leyes municipales, lo mismo que de las policiales, no hay distinción que hacer, salvo algunas excepciones, ellas rigen indistintamente, no ya a los ciudadanos y domiciliados, sino a todos los habitantes, sean del país o del municipio.

Los dos principios precedentes pueden considerarse como de legislación universal, y no nos detendremos en consideraciones de ningún género por que no pertenecen a esta materia.

Entramos, pues, en el orden civil. Los principios generales del derecho nos enseñan que las personas están sometidas a las leyes de su patria, como lo decía el articulista al tratar de los *estatutos*, o a las de su domicilio, como lo dice el autor del código.

La ley civil ante todo fija el asiento jurídico de las personas para determinar qué leyes rigen su capacidad de derecho y establecer en consecuencia el imperio de su jurisdicción y soberanía; y es por esto que todos los códigos, quizá con raras excepciones, determinan en sus primeros capítulos las disposiciones generales estableciendo el imperio de las leyes civiles, sobre sus ciudadanos y domiciliados, como sobre las cosas y bienes comprendidos en el terri-



torio de jurisdicción; reconociendo a su vez el imperio de las leyes personales que rigen la capacidad de los extranjeros.

Nuestro código en su primer título ha fijado las reglas generales sobre el alcance y aplicación de sus leyes tomando, como lo hemos dicho, el domicilio como asiento jurídico de las personas, y determinando que las leyes de éste, son las que reglan la capacidad de derechos. Nada más natural, entonces, que en un título separado determine, qué es lo que se entiende por domicilio, y qué personas se consideren domiciliadas y consiguientemente sujetas al imperio de sus leyes.

Tal vez se nos dirá que eso corresponde a la doctrina, y que es ya un punto decidido en el derecho; pero a esto contestamos que si es cierto que hay uniformidad de opiniones en que la habitación con *animus manendi* constituyen el domicilio legal de las personas, no es menos evidente, que hay ciertas excepciones a ese principio, o sobre ciertas personas para quienes expresamente debe hablar la ley; y no sólo eso, sino que es necesario y muy conveniente que aquélla determine con claridad qué es domicilio y qué circunstancias lo constituyen.

Duranton escribe a este respecto lo siguiente: *L'habitation est un signe caractéristique du domicile, et si chaque personne n'en avait qu'une, si, lorsqu'elle l'a choisie, elle ne pouvait la changer ou la transporter ailleurs, les règles pour déterminer le domicile seraient à peu près superflues, puisque l'habitation serait alors synonyme de domicile. Mais il n'en est pas ainsi dans l'état de société; la loi ne fixe pas un citoyen dans un seul endroit, elle ne lui défend pas de changer*



de lieu quand bon lui semble: seulement elle décide que le domicile de tout français quant à l'exercice de ses droits civils, sera au lieu où il aura fixé son principal établissement (art. 102); indiquant ainsi la relation morale qui existe entre la personne et l'endroit où elle a placé le siège de ses affaires» (tomo I, número 35).

He aquí, como dice el mismo autor, el principio de donde derivan casi todas las disposiciones que forman el título que nos ocupa.

La ley asigna un domicilio de derecho, nos dice Zachariae en el párrafo 89, a los funcionarios públicos, a las mujeres casadas, a las menores bajo tutela o curatela, a los militares en servicio, a las personas jurídicas, etc.

Y bien, si el Código civil no determinase en un título por qué ley están regidas esas personas o cómo lo han hecho, preguntaríamos a nuestro contendido a qué principios de legislación ocurriríamos en un caso dado, para saber por cuáles debían ser juzgadas su capacidad y derechos. Nos diría que a la doctrina o a las disposiciones generales; pero es que ese título no hace sino consignar la doctrina y aplicar sus disposiciones a las personas según su estado, para no dejar lugar a dudas y controversias que se suscitarían indebidamente, cuando el primer deber del legislador es evitarlas por medio de disposiciones que reglen los casos más usuales que se presentan en la vida práctica.

Si es inútil redactar en un código un título destinado a ampliar sus disposiciones generales y fijar las reglas del domicilio de las personas, porque esos principios se aprenden en la doctrina del derecho,



por la misma razón, sería inútil escribirlo sobre obligaciones o contratos porque los principios científicos referentes a esta materia se aprenden y enseñan en los tratadistas.

Pero, ¿por qué se enseñan y aprenden sino porque ellos constituyen la legislación de las sociedades con las modificaciones que sus distintos hábitos y costumbres les imprimen?

Las razones precedentes nos demuestran, pues, con toda evidencia lo infundado de las censuras hechas al código sobre este título, y lo erróneo de la teoría de nuestro contendido cuando sostiene que para el ejercicio de las relaciones civiles no deben establecerse leyes que determinen el domicilio de las personas. Tal vez una confusión en la inteligencia de este término jurídico le ha hecho escribir en ese sentido; pero si hubiese consultado a Zachariae sobre este punto, como lo ha hecho en algunos otros, habría encontrado estas pocas palabras que le hubieran hecho desistir de su crítica.

«Le domicile civil, c'est le lieu où une personne est censée toujours présente, sous le double rapport de ses droits et de ses obligations, est ou général ou spécial, etc. (t. I, párr. 88).

Bajo este mismo aspecto, es que consignan los códigos europeos títulos semejantes al del nuestro; el francés en el 3° del libro 1°; y así los demás que le han seguido. El señor Goyena en el título 2°, libro 1° de su obra sobre *Concordancia del código español*. El código de Chile, párrafos 2° y 3° del título 1°, libro 1°. Entre nosotros la ley 32, título 2°, partida 3°. En las leyes romanas se encuentran agrupadas algunas disposiciones en el fr. *Ad Munic. et de Incolis*



(lib. 50, tít. 1º, Dig.) Y fr. *De Incolis et ubi qui domice* (lib. 10, tít. 39, Cód.).

Como hemos dicho todos esos códigos y cuerpos de legislación han establecido sus leyes sobre el domicilio de las personas que deben encontrarse sujetas a su imperio; y no obstante no conocemos autor ni tratadista alguno que los critique como superfluos; semejante reproche tan injusto como inmerecido había estado reservado para el nuestro, por disponer lo que todos los otros disponen. Si lo hubiese omitido también se le habría tachado, y con razón; lo cual nos demuestra que lo malo y lo bueno merecen censura, cuando se está con el ánimo predispuesto.

TÍTULO VII

Fin de la existencia de las personas

Art. 1º. — Termina la existencia de las personas por la muerte natural de ellas. La muerte civil no tendrá lugar en ningún caso, ni por pena ni por profesión en las comunidades religiosas.

La crítica sobre este título, no tiene ni un carácter científico ni se basa en principios doctrinarios o de jurisprudencia.

Ella se funda en otro orden de ideas, cuyo origen remonta a los siglos de la edad media. Su autor, después de hacernos columbrar en su ilustración los horizontes regeneradores de la ciencia moderna, vuelve sobre sus pasos atraído por una fuerza contra la cual no opone ni la resistencia invencible del raciocinio, ni el poder de las ideas conquistadas por la civilización.

Con el ánimo predispuesto por sus creencias ca-



tólicas abandona la rectitud del criterio, y encuentra a cada paso un peligro, un avance, una violencia a las inmunidades eclesiásticas, un ataque a la religión, o un desafuero a los sacerdotes, y dejándose guiar por un excesivo celo pretende que se sacrifique el imperio del derecho civil a la teocracia de las instituciones religiosas y monásticas.

He aquí el punto de donde parte nuestro contenido. Por el artículo 1º que hemos transcrito se establece que la muerte civil no tendrá lugar en ningún caso, ni por pena *ni por profesión en las comunidades religiosas*. Consecuente con esta disposición, dice el autor del código en la nota al artículo 1º lo siguiente: «Los votos solemnes en comunidades religiosas causan la incapacidad para todos los efectos civiles. Desde ese momento la sucesión de los religiosos es diferida según su testamento, o se da a los parientes que se encuentran en el grado de sucederlos. Pero esta posición de una persona viva no ha podido sostenerse sino con excepciones tan comunes que todos los días vemos dejar sin efecto la ley que causó la muerte civil por la profesión religiosa. El religioso profeso que ha sido elevado al episcopado, queda secularizado, recobra por su promoción a esta dignidad la vida civil que había perdido por su profesión; y viene a ser capaz de todas las funciones públicas. Puede adquirir bienes por toda clase de actos. Tiene el derecho de disponer por testamento de lo que posee, y *ab intestato* transmite su sucesión a sus parientes.

«También los religiosos, curas de las parroquias, de que ha habido tantos ejemplos en la República, pueden adquirir bienes y disponer de ellos libremente.



«Son también restituidos a la vida civil los religiosos que obtienen una dispensa de su voto, dispensas comunes y tan fáciles de obtener, como lo vemos todos los días.

«Ni la muerte civil era efectiva. Mil veces los religiosos han sido miembros de los cuerpos legislativos, nacionales o provinciales, y en muchos pueblos lo son hasta hoy.

«Si, pues, una sucesión es deferida a un religioso o religiosa, él puede hacer una abdicación voluntaria de ella con más conocimiento que la que hacen al profesar de las sucesiones futuras. El religioso por conservar la vida civil, no deja de ser miembro de una persona jurídica, su convento, sujeto en un todo a los estatutos que lo rijan.»

Como la realidad de los hechos en que se funda el doctor Vélez es de toda evidencia, natural sería que las razones que se alegasen para combatirlo, fuesen perentorias y concluyentes o por lo menos estuviesen basadas en una conveniencia superior a la que decidió el autor del código. Pero no ha sido así.

Dominado el articulista por ciertas ideas, ha creído que las leyes civiles deben todavía en este siglo someterse a las decisiones de la Iglesia; pero siquiera fuese a esa autoridad solamente, que al fin y al cabo reviste cierto grado de poder moral e influencia en materias en que no debiera tener intervención ninguna.

El articulista va más lejos; pretende que las leyes civiles se dobleguen ante la soberanía de los estatutos monacales, y aunque más no sea que por respeto al libre albedrío del hombre nos dice: «la ley no debiera coartar jamás el propósito de una abne-



gación que consiste en renunciar a los bienes temporales declarándose muerto civilmente, lo que constituye la mejor enseñanza del catolicismo.»

Verdaderamente que semejante doctrina tiene poca originalidad y mucho fanatismo. Su autor tal vez se ha inspirado en los libros de los santos padres, o no ha dado la verdadera inteligencia a las palabras del código.

Lo que nos decide a opinar en este sentido, son las razones tan poco sólidas de nuestro contenido, contenidas en estos párrafos que dicen: «Si bien estamos de acuerdo en que desaparezca de nuestra legislación la muerte civil como pena, no lo estamos en cuanto se relaciona a lo religioso. Las razones que han inducido al autor del proyecto para acordar vida civil a los religiosos, no son bastantes a nuestro juicio para contrariar la disciplina eclesiástica relajando sus resortes hasta poner en peligro los santos y sublimes propósitos del catolicismo.»

«La muerte civil del religioso no pende únicamente de la ley civil. La iglesia católica ha establecido que el religioso profeso muera para el mundo en cuanto a sus relaciones políticas y civiles. La ley civil no ha hecho sino aceptar la sanción de la Iglesia, como una consecuencia lógica y necesaria de la abnegación que acompaña al hombre al entrar en la vida monástica.

«Las órdenes mendicantes, por ejemplo, cuyos religiosos hacen voto solemne de pobreza no pueden por su instituto tener peculio alguno y mucho menos aceptar herencias cuantiosas. Acordar la vida civil a estos religiosos sería destruir por su base la institución hasta hacer imposible la vida monacal.»



Cualquiera que leyese esos párrafos creería que el autor del código ha establecido algún medio coercitivo para que los religiosos posean bienes contraviniendo a las prescripciones de su orden; porque de otro modo no se concibe cómo puede decirse que el código destruye por su base las instituciones monacales, permitiendo a los religiosos ser instituidos herederos, y rehabilitándolos en la vida civil.

Pero fácilmente se advierte leyendo con detención el artículo y nota criticados, que no hay otra cosa que un error de apreciación por parte del articulista.

En efecto: el código lo único que hace, es sancionar la capacidad pasiva de derecho, diremos así, del individuo para poder adquirir por sucesión, capacidad de que ninguna persona puede desprenderse, cuando se la reconoce la ley, porque no está en el poder, en la voluntad individual, ni de los estatutos de una comunidad, rechazar las disposiciones legales que se establecen para normalizar la sociedad.

La capacidad de las personas se funda como lo vimos anteriormente en el grado de aptitudes que la ley supone y requiere para reconocer y sancionar la validez de los actos, como para establecer la responsabilidad consiguiente.

De tal modo, que no bastaría que una persona por mera voluntad se declarase incapaz, por ejemplo, para representar sus derechos en un juicio, y pidiese que se le nombrase un curador *ad litem*.

Los tribunales rechazarían tan absurda pretensión, porque ese medio ficticio de representar los derechos de otro, está fundado en la imposibilidad que tenga el representado para ejercitar sus acciones, sea por su menor edad, por defectos morales u otros



que vengan a establecer su incapacidad jurídica.

Por razones idénticas tampoco un religioso cualquiera por el mero hecho de profesar en una orden o comunidad puede declararse por sí mismo muerto civilmente, y desprender de su persona la capacidad de derecho que la ley le reconoce, por el hecho de la existencia física y moral.

Lo que este individuo puede hacer, es abandonar, ejercitar sus derechos, renunciar la posesión de sus bienes temporales; algo más, renunciar a lo que espera o puede tener, para conformarse a la prescripción de los estatutos de la institución en que ingresa. Esto es lo que sucede hoy, lo que constituye el voto de pobreza; y lo que puede hacerse siempre porque el código no se lo prohíbe, como se ha visto en la nota transcrita, y en lo que veremos más adelante.

Pero esto no es la muerte civil, porque la renuncia de los derechos en los bienes no implica la incapacidad, sino únicamente el desprendimiento que se hace de ellos para adoptar una carrera en que se requiere esa abnegación.

La Iglesia con todo el poder y sublimidad de propósitos que quiera suponerle el articulista, tampoco tiene la más mínima facultad de declarar muerto civilmente a nadie, si hemos de considerar a cada entidad circunscrita en la esfera de sus atribuciones, porque la muerte civil es la incapacidad absoluta de derecho y no es la Iglesia ni sus santos fines la que crea y establece la capacidad jurídica de las personas, porque tal facultad es ajena de su misión y carece de todo poder para hacerlo.

Estas razones evidentes nos permiten establecer



los siguientes principios que deben servir de base a las conclusiones que de ellos han de derivarse:

1º La capacidad jurídica de las personas viene de la ley civil, que fija las condiciones necesarias para reconocerla y establecerla;

2º El individuo puede abdicar de sus derechos presentes o futuros, pero no puede declararse incapaz de derecho, porque la capacidad o incapacidad vienen de la ley y son sancionadas por ella;

3º La muerte civil es la incapacidad absoluta de derecho en las personas. Pothier en el *Tratado de las personas*, consigna en su doctrina el último punto, pero enseña lo contrario del 2º, porque según él la incapacidad se realiza por la renuncia de los derechos, no obstante, el dice: *incapaces de los efectos civiles*.

Vengamos, pues, a la aplicación de estos principios y analicemos el artículo del código con todas sus consecuencias.

A primera vista se ofrece una contradicción en sus disposiciones, pero es fácil conciliarla estudiando la materia con la atención necesaria.

Ella parece haber sido columbrada por el articulista, pero no ha sido formulada en sus verdaderos términos, dice: « El poder civil tiene un perfecto derecho para permitir o no el establecimiento de instituciones monacales; pero es impotente e incompetente para alterar los institutos religiosos y relajar la disciplina eclesiástica. »

La segunda parte de este raciocinio es impertinente; ese término debiera expresar lo que cualquiera observaría, a saber: si ese poder ha consentido el establecimiento de una comunidad, ha aprobado im-



plícitamente sus estatutos donde se establece como condición para sus afiliados la renuncia de los bienes temporales, luego, pues, si por ellos se establece que no pueden poseer bienes, es inconsecuente concederles la capacidad de adquirirlos por sucesión.

Esta doctrina se funda, en que las comunidades religiosas, son personas jurídicas (art. 4º, inc. 5º, título 1º, lib. y sec. 1ª), en que la existencia de éstas como personas empieza desde el día que fuesen autorizadas por el gobierno *con aprobación de sus estatutos* (art. 16, id.); y en que los derechos respectivos de los miembros de una asociación con el carácter de persona jurídica, son reglados *por el contrato, o por el objeto de la asociación, o por las disposiciones de sus estatutos* (art. 11, id.).

Se presentan, pues, dos leyes en oposición, se nos dirá tal vez, la que les prohíbe tener bienes, consignada en el *objeto* de la asociación y estatutos que forman su ley; y las que les concede adquirirlos, y se deriva de la nota al artículo 1º, título 15, libro 4º, sección 1ª, que es la que ofrecimos transcribir, y dice lo siguiente:

« Desde que por este código las profesiones monásticas no causan la muerte civil (lib. 1º, tít. 7º, art. 1º), pueden adquirir por testamento los religiosos de las órdenes reconocidas.» Esto no es dar un efecto retroactivo a la ley sino quitar un impedimento que existía para que esas personas pudiesen adquirir por testamento. Volvemos así a la legislación romana y a la Iglesia. Hasta el siglo IV las monjas tuvieron facultad de testar; pero Justiniano modificó esta capacidad porque entrando ellas a un convento debían transmitir todos sus bienes y hacer



voto de pobreza (Nov. 5, párr. *illud quoque Auth ingresi*, cód. *De sacros*), más ellas podían suceder (Nov. 123, cap. 41).

« Esto mismo dispuso el derecho canónico (Decret. 7º, caus. 19, cuest. 3º). Al presentarse el código de Chile a las Cámaras, el arzobispo de Santiago y otros obispos pidieron al cuerpo legislativo, que facultase a las monjas para recibir por testamento. La ley sin embargo no hizo lugar a esa solicitud. »

Pero para salvar esta antinomia aparente no tenemos sino la doctrina legal del código.

Llegado el caso de que se defiera una herencia a un religioso profeso, este no es incapaz para aceptarla, porque según nuestro derecho no está muerto civilmente; pero, ¿puede hacerlo? Responderemos negativamente.

Su capacidad de derecho tiene una limitación fundada en el voto espontáneo de pobreza que hizo en el acto de profesar.

Si se nos sostiene que ese voto o la renuncia de los bienes temporales, está destruída por la ley que los faculta para heredar, contestaremos que esa ley establece el principio general de la capacidad de las personas para suceder; pero que esa disposición está limitada por la del artículo 11, del título 1º y libro 1º, que puede considerarse como una de sus excepciones, donde se determina que: *Los derechos respectivos de los miembros de una asociación con el carácter de persona jurídica son reglados por el contrato o por el objeto de la asociación, o por las disposiciones de sus estatutos.*

Si, pues, los estatutos son la ley especial y determinante de las asociaciones y asociados, y en ellos



se establece la prohibición de que estos puedan poseer bienes de fortuna, es de todo punto innegable que el religioso heredero tendría que abdicar de sus derechos hereditarios, en favor de las personas llamadas a sucederle, no pudiendo hacerlo a favor de la comunidad, desde que ésta tiene por principio la pobreza.

Esta doctrina se deriva del último párrafo de la nota al artículo 1º del título que analizamos.

«Si, pues, una sucesión es deferida a un religioso o religiosa, él puede hacer una abdicación voluntaria de ella con más conocimiento, que las que hacen al profesar, de las sucesiones futuras. El religioso, por conservar la vida civil, no deja de ser miembro de una persona jurídica, su convento, sujeto en un todo a los estatutos que lo rijan.»

Como se ve, de este modo queda clara y evidentemente salvada la contradicción que podía suscitarse, y que hemos procurado explicar, a pesar de no haber sido bien formulada por el articulista.

Ahora le interpelamos a que nos conteste, ¿cual es el germen de destrucción para las instituciones religiosas que encuentra en el código? El análisis hecho, nos demuestra que aun cuando se restituya la vida civil a los profesos, y se les reconozca la capacidad para adquirir por sucesión, éstos, mientras subsisten en la vida comunal, no pueden poseer, ni tener la propiedad de esos bienes porque están sometidos a la prohibición de sus estatutos.

Por consiguiente, tendrá que convenir con nosotros en que su crítica es completamente infundada a este respecto; y que el autor del código no ha hecho sino establecer el imperio del derecho civil, sobre



los estatutos monásticos que pretendían hacer desaparecer la capacidad inherente al hombre como sujeto de derecho, cuando carecen de poder y facultad para darla o quitarla.

Juzguen, pues, nuestros lectores cómo se critica al código.

TÍTULO VIII

De las personas ausentes con presunción de fallecimiento

La materia que va a ocuparnos no tiene precedentes en la legislación antigua, y apenas encontramos en las fuentes del derecho algunos raros e incompletos fragmentos que hablan de los ausentes, no en el sentido que lo hace el título del código, sino para casos muy especiales, y que eran los únicos que podían en aquellas épocas llamar la atención del legislador.

Los romanos no legislaron nunca como ahora lo hacen los códigos modernos. La ausencia para ellos, no tenía una importancia tal, que fuese necesario establecerle determinados efectos jurídicos; y la razón de esto se concibe recordando la actitud, estado y relaciones de aquel pueblo.

La historia nos lo presenta bajo dos aspectos, que pueden considerarse como las causas originarias, de que la ausencia entre ellos no se realizase en el carácter que hoy se la considera, sino en casos muy determinados.

Sea porque no habrían podido encontrar en otra parte las ventajas y placeres que Roma les procuraba, sea porque viviesen continuamente en guerra con los otros pueblos, a lo que debe agregarse la pérdida de los derechos civiles y políticos que sobre-



venía al que se expatriaba voluntariamente o por negocios; el hecho es, nos dice Duranton, que los romanos rara vez abandonaban su país.

Si en los azares de la guerra caían algunos prisioneros y eran esclavizados, la ley reglaba sus derechos por medio de dos ficciones. Muertos en la esclavitud, les consideraba como si lo hubiesen sido en el acto del combate. Si escapaban de ella les amparaba con el *jus post limini*. En ambos casos se realizaba una retroacción de sus derechos que interesaba directamente a sus sucesores.

Para el primero, porque su sucesión se declaraba abierta desde el combate en que se le consideraba muerto, cualquiera que fuese el tiempo transcurrido en cautiverio; para el segundo, porque era restituído en sus derechos como si nunca hubiese estado ausente, de modo que su capacidad jurídica había permanecido inalterable.

Así, pues, la acción *quasi publiciana vel rescissoria* creada por el pretor en su edicto, no era aplicable, sino a aquellas personas que se ausentaban con una justa causa, *justa causa*; de modo que no constituye ni aun una excepción a lo que hemos expuesto. (V. lo que dice Duranton sobre esta acción en la nota al n° 384, t. 1°.)

En el imperio de Justiniano encontramos una disposición prohibiendo que las mujeres de los militares u otros que estuviesen ligados al ejército pudiesen casarse, aunque la ausencia del marido fuese muy larga, y no recibiesen cartas o noticias de él durante cualquier número de años, a menos que hubiera personas que bajo juramento atestiguasen la muerte del marido, después de lo cual debía esperar

un año más para contraer segundas nupcias. (V. *Auth ut liceat matri, et aviae*, nov. 117.)

Y estas razones explican suficientemente la deficiencia y vacío que encontramos con motivo de los ausentes en aquella legislación que, por la inmensidad de las materias que abraza, parece haberlo previsto y reglado todo, hasta no dejar a las legislaciones futuras más que la gloria de imitarla.

En la de los códigos españoles, no encontramos tampoco otra disposición relativa a esta materia que la de la ley 14, título 14, partida 3ª, que versa propiamente sobre «Como se deue dar Prueua, si acaesciesse dubda, en razon de ome que biuiesse en otra tierra, si es muerto, o biuo»; y sobre la cual nos dice Gregorio López en su glosa 2, *De consuetudine est, quod dantur ejus bona propinquioribus cum fidejussoribus*.

Pero hoy, en las nuevas sociedades, en las nuevas relaciones que ha hecho nacer la civilización entre los hombres, la ausencia, la desaparición se ha hecho mucho más fácil. Atraídos por diversos incentivos, se transportan de un lugar a otro y recorren las más remotas regiones del mundo.

Si la inteligencia humana ha alcanzado el grandioso invento de unir los confines de la tierra por medio del telégrafo y del vapor, no ha hecho por ésto desaparecer los peligros que rodean al hombre en todos los momentos de su vida, y que pueden arrebatársela en un lugar ignorado; ni otros muchos accidentes que le impedirán comunicarse con su familia, o hacer valer sus derechos en sus bienes abandonados.

Tal es el origen en que se funda la legislación moderna sobre los ausentes. Sus primeras disposicio-





nes fueron formuladas por los jurisconsultos autores del código Napoleón; más tarde han sido reproducidas con más o menos alteración en los códigos que le han seguido, y hoy el legislador argentino los presenta en un título de su obra, con las modificaciones que han surgido de los adelantos de la ciencia, introduciendo una novedad en nuestra naciente jurisprudencia. Vengamos, pues, a su análisis.

Art. 1º. — La ausencia de una persona del lugar de su domicilio o residencia en la República, haya o no dejado representantes, sin que de ella se tenga noticia por el término de seis años, causa la presunción de su fallecimiento.

Art. 3º. — Causa también presunción de fallecimiento la desaparición de cualquier persona domiciliada o residente en la República, que hubiese sido gravemente herida en un conflicto de guerra, o que naufragase en un buque perdido o reputado por tal, o que se hallaba en el lugar de un incendio, terremoto u otro suceso semejante, en que hubiesen muerto varias personas, sin que de ella se tenga noticia por tres años consecutivos. Los tres años serán contados desde el día del suceso, si fuese conocido, o desde un término medio entre el principio y fin de la época en que el suceso ocurrió, o podía haber ocurrido.

A este respecto, y con motivo del artículo 1º, escribe el crítico lo siguiente:

«El presente título guarda bastante armonía con los principios entablados en el código francés y demás códigos que le han imitado. Sin embargo, aunque el código francés no diga expresamente que la ausencia sea una presunción de fallecimiento, como en efecto no puede decirse racionalmente, al hablar de los efectos de la ausencia hace posible la presunción del fallecimiento en casos determinados, pues a no ser así, no habría cómo explicar la posesión de los herederos respecto de los bienes del ausente. De ma-



nera que el código francés sin avanzar hasta atribuir a la ausencia una presunción del fallecimiento, lo establece implícitamente en casos determinados aunque no de una manera absoluta. »

Es cierto que este título tiene analogía con el código francés, en tanto que legisla sobre la misma materia partiendo de principios análogos, pero la semejanza está principalmente en los efectos jurídicos que produce la ausencia. En los términos y en algo de los procedimientos difieren uno y otro.

Según el articulista, el autor del código no ha procedido racionalmente estableciendo *la presunción del fallecimiento* como lo ha hecho en los artículos citados, y se funda en que el Código francés no lo ha dicho expresamente, aunque al hablar de los efectos de la ausencia, hace posible esa presunción en casos determinados. Pero aunque aquel código no lo haya expresado así, como no lo han hecho el de las Dos Sicilias, el de Luisiana, el Sardo, el de Vaud y otros, esa presunción ficticia de la ley no compromete en manera alguna los derechos individuales ni la propiedad de los bienes.

Nuestro contendido va a tener ocasión de ver en el curso de este escrito, cómo los efectos que se atribuyen por tal circunstancia en nuestro código, no se extiende más allá de lo que hacen los códigos de las naciones civilizadas.

Por otra parte, si hay ese desacuerdo entre el código francés y los demás citados con el argentino, no por eso está éste menos basado en principios de jurisprudencia, y en códigos que están a tanta altura como el primero. El holandés, artículo 524; el austriaco, artículos 24 y 277; el de procedimientos



de la Prusia, parte 1ª, título 38; el chileno, artículos 80 y siguientes, consignan disposiciones semejantes al del nuestro en lo relativo a la presunción de muerte, y el articulista debe saber que los códigos prusianos gozan hoy de una alta reputación que si no aventaja, al menos no cede a la de los franceses, del mismo modo que el civil de Chile.

Pero aparte de esta circunstancia, que bastaría para dejar contestada la crítica; puesto que ella no tiene otro fundamento que el de no estar establecida en el código francés la presunción de muerte, desde que le hemos presentado la autoridad de otras fuentes de la jurisprudencia moderna; hay no obstante otras muchas consideraciones que deben traerse a la vista.

Desde luego, podemos observar a nuestro contenido, que si nuestro código disiente de algunos de los europeos, no es precisamente por la causa que él atribuye de no ser racional la presunción de fallecimiento, puesto que él mismo confiesa que el francés al hablar de los efectos de la ausencia, la hace posible, porque de otro modo no habría cómo explicar la posesión de los herederos respecto a los bienes del ausente.

La razón de esa discordancia está en que aquéllos legislan en sus primeros capítulos, no para una ausencia en el mismo carácter que la considera nuestro código, sino para otra de un carácter *provisorio*, si así puede llamársela, o *presunta*, como la designan aquéllos, que no reviste las mismas condiciones, y, por consiguiente, el legislador no podía partir de principios idénticos, ni establecer efectos análogos.



Así, el código francés en el título 4º, libro 1º, capítulo 1º, empieza con estas palabras *De la presunción de ausencia*, y dice en el artículo 112: «Si hay necesidad de atender a la administración del todo o parte de los bienes que ha dejado una persona que se *presume* estar ausente, y que no tiene nombrado apoderado, se proveerá acerca de ello por el tribunal de primera instancia a petición de las partes interesadas»; los artículos 113 y 114 hablan en el mismo sentido, y recién en el artículo 115, capítulo 2º y siguientes, entra a ocuparse de la declaración de ausencia, considerada en el mismo carácter que lo hace el código argentino.

Los demás citados, incluso el holandés y prusiano, y con excepción solamente del de Austria, traen un capítulo o sección sobre esa *ausencia presunta*, de que el nuestro no se ocupa.

El señor Goyena, que ha seguido en esta materia el método del código francés, en sus *Concordancias al código español*, escribe a este propósito en el capítulo 2º, título 11, libro 1º, lo siguiente, que explica y confirma lo que dejamos dicho.

El objeto de este capítulo, expone, es la *ausencia legal o propiamente dicha*. En el primer capítulo no existe sino una ausencia material y corta, que algunos códigos califican, no sin propiedad, de *presunción de ausencia*; por esto los tribunales no proveen durante aquel período sino a lo que estimen necesario y en caso de urgencia.

Hasta aquí hemos visto, cuál es la jurisprudencia en los códigos extranjeros sobre la materia que nos ocupa; hemos visto igualmente cuáles son los que concuerdan o disienten con el nuestro; pero di-



jimos anteriormente que esa discordancia versa tan sólo sobre la ficción de derecho de presumir muerto al ausente de quien no se tiene ninguna clase de noticias.

Ella carece de toda importancia práctica; los códigos que no la establecen no dejan por esto de fijar las mismas disposiciones respecto de la posesión provisoria y definitiva de los bienes del ausente del mismo modo y en las mismas condiciones que lo hacen los que las declaran; por consiguiente, puede decirse que en el fondo están todos de acuerdo, menos en lo relativo a los términos, y algunas otras cosas que no hacen al punto que tratamos.

Así, pues, la presunción de fallecimiento declarada por un juez, según nuestro código, produce exactamente el mismo resultado que la simple declaración de ausencia que se hace por el código francés, en cuanto a los bienes del ausente.

De manera que para terminar este análisis, sólo nos falta examinar si es avanzada y contraria a la razón la presunción de fallecimiento establecida en el artículo primero.

A este respecto escriben los jurisconsultos Goyena y Duranton en el capítulo y obras citadas lo siguiente:

«Pero cuando a la desaparición sin dejar apoderado, dice el primero, y a la falta absoluta de noticias se agrega el transcurso de cuatro o cinco años (nuestro código fija seis), no puede negarse que se debilita la presunción de vida, o que, por lo menos, hay incertidumbre sobre ésta.

«¿Cómo explicar racionalmente que por tanto tiempo haya podido el ausente permanecer sordo a



la voz de la sangre, de la amistad y de su propio interés? La ley obra sabiamente en regular sus efectos por las mayores probabilidades de vida o muerte atendida la duración de la ausencia, y consultando en sus diversos períodos a los intereses del ausente, a los de la sociedad y a los de un tercero.

« En este segundo período saca los bienes del abandono, y da su posesión a los que tienen mayor interés en su conservación y fomento. »

El segundo, con la persuasión habitual de su estilo, escribe en los números 389 y 390:

« Cuando un hombre se ausenta de su residencia habitual, se debe naturalmente pensar, que su ausencia no será sino pasajera, porque generalmente se conocen sus causas, y se sabe el punto adónde dirige sus pasos; si se les ignora, es probablemente porque aquél tiene razones particulares para no hacerlas conocer. Si su regreso se retarda, se supone que esa demora proviene de alguna circunstancia imprevista, la complicación de un negocio, una enfermedad, etc.

« En fin, si durante algún tiempo no transmite noticias suyas, fácilmente se creará que es porque piensa venir de un momento a otro; de modo que no pudiendo, hasta entonces, razonablemente afirmar nada sobre su existencia, no puede haber una *presunción de ausencia*.

« Pero cuando este estado de cosas se prolonga, y no puede suponerse al individuo sedentario por hábito, ni se conoce el motivo que haya podido obligarlo a ausentarse de su domicilio, ni razón alguna que le haya impedido volver, o al menos dar noticias de su paradero; cuando no ha encargado a



nadie de la administración de sus negocios, que sufran durante su ausencia, o se ignora si ha sufrido algún acontecimiento desgraciado: entonces surgen ciertas inquietudes sobre su suerte, y no puede dejar de considerarse su regreso como incierto; la presunción de muerte balancea poderosamente la de la vida; se hace aún más grave, y autoriza a tomar medidas, sea en el interés del ausente mismo, puesto que puede aparecer de un momento a otro, sea en el interés de aquéllos que tienen derechos subordinados a la condición de su muerte.»

Como se ve, la opinión de estos dos autores, no obstante que comentan códigos, que no establecen aquella presunción, no pueden desconocer que es más verosímil y acertado suponer muerta a una persona que abandona todo lo que puede serle más querido e interesante por un largo período de años, durante el cual permanece sordo a la voz de la sangre, de la amistad y de sus propios intereses.

Cuando se consignaba el título del código francés sobre los ausentes, aun no se había aplicado el descubrimiento del vapor a unir los continentes, contrarrestando a las tempestades de los mares, ni se hacía uso del telégrafo para la transmisión instantánea de las ideas, y por eso sin duda procedió así en sus disposiciones, y fijó largos términos para el efecto de la transferencia de la posesión de los bienes del ausente.

Pero los que han legislado y legislan después de estos grandiosos inventos de la inteligencia humana, no pueden seguir aquel sistema porque sería obrar sin discernimiento, o mostrarse ciego a la luz que irradian setenta años de civilización y de



progreso que han recorrido las nuevas generaciones.

Hoy seis años de ausencia y silencio equivalen a doce de los anteriores tiempos, porque en dos o tres meses o seis pueden transmitirse noticias de los opuestos puntos del globo. ¿Qué podría entonces pensarse más racionalmente del que en seis años no da noticias tuyas, sino que ha fallecido? Esta suposición no es violenta, avanzada ni mucho menos irracional, sino la más prudente y conciliable al hombre, si no se trata de personas tan indiferentes a todo afecto, que constituyan una excepción en la raza humana.

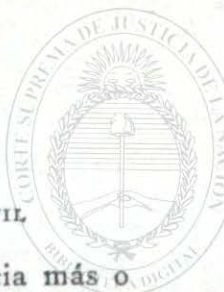
Tales son, sin duda, las ideas que ha tenido el autor del código, y en esto, en nuestro humilde juicio, no ha hecho sino interpretar el pensamiento general entre las personas.

Y finalmente, repetimos que esa presunción no compromete en manera alguna los derechos ni la propiedad individual y vamos a demostrarlo, con las disposiciones de los artículos siguientes:

Art. 9º. — Fijado el día presuntivo del fallecimiento, los herederos testamentarios, y en su falta los legítimos, a la época de la desaparición del ausente, o los herederos de éstos y los legatarios, entrarán en la posesión provisoria de los bienes del ausente bajo inventario formal, y fianzas que aseguren su buena administración. Si no pudiesen dar fianzas, el juez podrá exigir la garantía que juzgue conveniente, o poner los bienes bajo la administración de un tercero.

Art. 10. — Los derechos y las obligaciones del que hubiese obtenido la posesión provisoria, serán los mismos que los del curador del incapaz de administrar sus bienes.

Art. 11. — Si dada la posesión provisoria se presentase el ausente, o hubiese noticia cierta de él, quedará sin efecto alguno.



Estos tres artículos tienen concordancia más o menos aproximada. El 9 con el 120 del francés, 126 de las Dos Sicilias, 58 de la Luisiana, 84 y 85 Sardo, 43 de Vaud, 526 y 29 holandés, argumento 728 austriaco, y 834, código civil de Prusia.

El 10 con el 125 francés (le considera como depósito) y el 131 de las Dos Sicilias del mismo modo, argumento de los artículos del 59 al 66 en el de Luisiana, 88 Sardo, 47 de Vaud, argumento 531 al 33 holandés, 269 a 276 austriaco, y 19 y siguientes, código de procedimientos prusiano.

El 11, argumento 125 del francés, 131 de las Dos Sicilias, 88 Sardo, 47 de Vaud, 538 holandés y 12 código de procedimiento prusiano. El de Chile respecto de los tres artículos citados, en los artículos 80, inciso 6°, 86, 89 y 90.

Como hemos dicho, todos los artículos de los códigos extranjeros citados, guardan analogía con el nuestro en lo relativo a la posesión provisoria.

Los artículos del 4° al 8° fijan las formalidades y procedimientos que deben observarse para la declaración del día presuntivo del fallecimiento, sobre ellos no se ha hecho observación y por consiguiente no tenemos para qué detenernos.

Como se ha visto, la presunción que establece nuestro código no afecta los derechos del ausente, ni produce otros efectos que los que resultan de la declaración de ausencia según los códigos europeos. Queda igualmente constatado que ella nada tiene de avanzado ni contrario a lo que racionalmente puede suponerse del que permanece por seis años ausente de su domicilio o residencia, sin dar noticias suyas, y sin que se conozca su paradero.



Y esperamos que nuestro ilustrado contendido convendrá con nosotros en que su crítica sobre ese punto, no tan solamente no tiene razón de ser, sino algo más, carece de importancia práctica desde que ningún perjuicio ni gravamen puede resultar al ausente.

Todos los códigos europeos y el chileno, después de la declaratoria de ausencia, los que no establecen la presunción de muerte, ordenan la apertura del testamento del ausente, como lo hace el nuestro en el artículo 7º, lo que importa según la expresión de Mourlon, la declaratoria de hecho del presunto fallecimiento y la apertura de los derechos sucesorios, para que los llamados por la ley puedan entrar en el goce de los bienes que más tarde heredan definitivamente.

Vamos a ocuparnos ahora ligeramente de las observaciones que se hacen a la posesión definitiva que se concede de los bienes del ausente, a los herederos y a todos los que tuviesen derechos subordinados a la condición de la muerte de aquél.

Art. 13. — Pasados quince años desde la desaparición del ausente, o desde que se tuvo noticia cierta de su existencia, u ochenta desde su nacimiento, el juez a instancia de parte interesada, podrá dar la posesión definitiva de los bienes del ausente a los herederos instituidos, si hubiere testamento, y no habiéndolo a los herederos presuntivos al tiempo de la desaparición del ausente, a los legatarios y a todos los que tengan derechos subordinados a la condición de su muerte.

Art. 15. — Si el ausente apareciese después de dada la posesión definitiva de sus bienes, le serán entregados en el estado en que se encuentren, o los que con el valor de ellos se hubiese comprado; pero no podrá exigir el valor de los consumidos, ni las rentas o intereses percibidos por los que hubiesen tenido la posesión definitiva.



A este respecto escribe el articulista lo siguiente:

« El artículo 1º establece el lapso de seis años de ausencia sin noticia del individuo para presumir su fallecimiento. La presunción de la ley constituye una plena prueba en derecho, salvo prueba en contrario; según esto, no se concibe cómo es que por el artículo 13 ya no bastan los seis años establecidos en el artículo 1º, sino que son necesarios quince años de ausencia u ochenta de nacimiento del individuo para acordarse la posesión definitiva a los herederos del ausente.

« No concebimos tampoco qué sentido jurídico tiene la posesión definitiva, cuando se establece al propio tiempo la posibilidad de perderse esa posesión cuando aparece el individuo ausente. »

« Al usarse tan impropriamente de la frase *posesión definitiva*, parece haberse tenido por objeto distinguirla de la primera posesión concedida a los parientes en los casos de ausencia, sin darle, sin embargo, derecho alguno a los bienes. »

« No obstante, el hecho de confundir el sentido jurídico de las palabras compromete los principios del derecho. Hablándose de la entrega de los bienes del ausente a sus deudos, no puede propiamente usarse la voz posesión; porque ésta sólo procede de un título que seguramente no pueden invocar los parientes, mientras no haya evidencia o presunción legal del fallecimiento del ausente. En este caso, no es sino una mera administración de bienes, y sólo se tiene en virtud de establecerlo así la ley, en la presunción de que los parientes son los que mayor interés pueden tener en la conservación de las cosas. »



Los párrafos precedentes demuestran que se ha hecho una confusión de ideas.

La posesión provisoria que confiere el artículo 9º del código, a los herederos del ausente, a los legatarios, etc., sólo tiene un carácter de *tenencia administrativa* de los bienes que no confiere otros derechos y obligaciones que los que tiene el curador en la administración de los bienes del incapaz, como lo dice el artículo 10 antes transcrito.

Los códigos europeos la llaman *posesión provisional*; el de Chile la llama como el nuestro *provisoria*; y todos ellos le atribuyen los mismos efectos como lo dijimos anteriormente, y se verá en las concordancias citadas.

El código francés, artículo 125, la considera como un *depósito*, lo mismo que el de las Dos Sicilias y algunos otros, y confieren el derecho a los que han obtenido esa posesión provisional de retener cierta cantidad de los frutos percibidos de los bienes, y restituir lo restante al ausente, dado el caso que se presentase. Esas cantidades varían en los códigos, según el término en que aquél reaparezca, o por la sola disposición del legislador.

Pero en el nuestro no hay ni esa reserva; el artículo 11 ya transcrito, es terminante, y el 12, que vamos a reproducir, ponen una nueva limitación, a más de las anteriores, a los derechos que confiere esa posesión; dice: «Los herederos presuntivos, o los herederos instituidos, después de dada la posesión provisoria, pueden hacer división provisoria de los bienes, sin poder enajenarlos, sean muebles o raíces sin autorización judicial».

En cuanto a la posesión definitiva, ella confiere



otra clase de derechos, ya entonces no hay una mera administración de los bienes del ausente con prohibición de enajenarlos. Como la presunción del fallecimiento se ha fortalecido, con el transcurso de un mayor tiempo o con la prolongada edad de ochenta años del ausente, se entregan los bienes definitivamente a los que tienen el derecho de sucesión, según las reglas fijadas por el código.

El jurisconsulto Mourlon resume en el siguiente párrafo, después de hacer un detenido análisis, los derechos que confiere la posesión definitiva.

«El que la ha obtenido, dice, tiene un mandato mucho más extenso (comparándolo con el de la *posesión provisoria*). Así, puede válidamente enajenar los inmuebles, constituir hipotecas sin ninguna condición ni formalidad, como lo haría un propietario absolutamente dueño de sus derechos. Los terceros que tratan con él, tienen una entera seguridad. Ningún peligro de evicción les amenaza. El regreso del ausente no puede inquietarlos, todos los actos que emanan del poseedor, su mandatario, le obligan como si los hiciera el mismo ausente». (*Examen sur le code Napoléon*, lib. 1º, tit. 4º, § V.).

Y finalmente, «con la posesión definitiva queda concluída y podrá liquidarse la sociedad conyugal» (art. 14).

Dice también nuestro contendido que: «La posesión definitiva sólo puede proceder en virtud de un título legítimo, y, por consiguiente, no puede depender su revocabilidad de un simple hecho», el regreso del ausente.

La primera parte de este raciocinio es cierta, la segunda es completamente equivocada.



El artículo 13 fija el carácter de las personas llamadas a obtener la posesión definitiva de los bienes, así, «los herederos instituidos si hubiese testamento, y no habiéndolo, los herederos presuntivos al tiempo de la desaparición del ausente, los legatarios y todos los que tengan derechos subordinados a la condición de su muerte».

Todas estas personas, como se ve, tienen un título legítimo para entrar en la posesión de los bienes del ausente.

Pero aunque la validez y legitimidad del título constituyen el más perfecto derecho para entrar en esa posesión, ese derecho de los herederos y demás personas, se funda en la presunción legal pero ficticia de la muerte del ausente, y como el mismo articulista lo consigna, aunque la presunción forme prueba plena en derecho, cede a la prueba en contrario, a la realidad de las cosas, y por consiguiente desaparece, cuando resulta incierta la muerte y el ausente se presenta a reclamar sus bienes.

Por eso el autor del código, de acuerdo con lo que disponen los códigos francés, artículo 132; de las Dos Sicilias, 138; de la Luisiana, 74; Sardo, 97; de Vaud, 129; holandés, 542; prusiano, 852, y chileno, 93 y 94, establece el artículo 15 anteriormente transcrito.

Mourlon en el título y obras citadas dice a este respecto: «En resumen, el envío en posesión definitiva, es *provisorio* en el sentido que aquellos que la han obtenido, podrán ser obligados a restituir al ausente, o a los que tengan causa, lo que hayan conservado de su fortuna; *definitivo* en el sentido que pueden conferir, tratando con los terceros, de-



rechos irrevocables, que el ausente estará obligado a respetar».

Pero el articulista, contrarrestando todo principio de derecho, de equidad y justicia, pretende que a los diez años de ausencia se arrebate al ausente todo derecho en sus bienes, sin otro fundamento para semejante despojo, que el abandono durante ese tiempo.

Y ahora nos llega nuestro turno para preguntarle en qué principio jurídico, en qué código antiguo o moderno, se apoya para proponer esa disposición prescriptiva sin hacer distinción de bienes, cuando la ley común de las naciones, establece el término de veinte años para la prescripción entre ausentes, dado caso que el poseedor tenga justo título, y demás requisitos esenciales, cuando se trata de bienes raíces.

Y, ¿cuál sería, pues, ese justo título de los poseedores de los bienes del ausente?

¿En virtud de qué principios, repetimos, se haría la excepción inicua contra aquellos, por haberse entregado sus bienes a sus sucesores en la presunción de su fallecimiento, el artículo 53, título 1º, libro 4º, sección 3ª, que establece la prescripción de la propiedad con buena fe y justo título, por diez años entre presentes y veinte entre ausentes?

Pero todo el error del articulista sobre esta materia proviene de haber partido de una idea enteramente falsa: ha creído que la disposición del artículo 15 es absoluta, y que en cualquier tiempo que se aparezca el ausente puede recobrar sus bienes; pero se equivoca, como ha sucedido otras veces, a causa de no haber leído todo el código antes de emprender la tarea de criticarlo.



El artículo 8º, libro 4º, título citado, establece la limitación del artículo 15, y fija el tiempo en que puede empezar a correr la prescripción contra el ausente, fundada en el justo título que confiere la entrega de los bienes en posesión definitiva; dice: «La prescripción de la acción hereditaria de los herederos instituidos, o los herederos presuntivos del ausente, no principia para estos últimos, sino desde el día en que se les hubiese dado la posesión definitiva de los bienes del ausente, y para los herederos desde que la sucesión se abrió.» (Véase, Mourlon sobre los artículos 125 y 128, *Prescripción*, § VI.)

Consideramos suficiente lo expuesto para demostrar la mala apreciación que se hizo por el articulista al hablar de este título. Nos hemos detenido más de lo que deseabamos, pero nos ha sido necesario hacerlo así para establecer la doctrina que de sus disposiciones se deduce.

Igualmente hemos procurado traer todas las citas y concordancias de los códigos extranjeros y las opiniones de los autores, porque el autor no las ha citado en el título.

TÍTULO IX

De los menores

Art. 1º.—Son menores los individuos de uno y otro sexo, que no tuviesen la edad de veintidós años cumplidos.

Art. 2º.—Son menores impúberes los que aun no tuviesen la edad de catorce años cumplidos, y adultos los que fuesen de esta edad hasta los veintidós años cumplidos.

Art. 6º.—La emancipación de los menores sin distinción de sexo, sólo tendrá lugar en el caso del matrimonio de ellos, sin depender tampoco de formalidad alguna, cualquiera que fuese la edad en que se hubiesen casado, con tal



que el matrimonio se haya hecho con la autorización necesaria, conforme a lo dispuesto en este código.

El articulista combate las precedentes disposiciones con los párrafos siguientes: «Sin hacer mayor alto en la novedad introducida en la legislación, respecto a nivelar el hombre a la mujer en su desarrollo intelectual, con prescindencia de la verdad, y de lo que la experiencia atestigua, nos llama la atención, de que hablándonos de la emancipación, sólo se establezca el matrimonio como único medio legítimo de ella.

«Nosotros somos de opinión que cuando menos debieran admitirse otros medios de emancipación, ya como consecuencia forzosa de ciertos principios de derecho, ya como una necesidad impuesta por ciertas conveniencias sociales.

«Sería una consecuencia de los principios del derecho el que los padres a quienes la ley les acuerdan patria potestad, tengan derecho de emancipar a sus hijos, poniéndolos en aptitud de ejercer libremente todos sus actos. ¿Qué razón jurídica puede invocarse para negar al padre ese derecho y obligarle muy a pesar suyo a tener bajo su patria potestad a un hijo cuyas aptitudes le hacen capaz de la dirección de sus negocios? Semejante restricción no sólo es un contrasentido con la autoridad paterna, sino que puede ser en muchos casos contrario a los intereses de familia».

No nos detendremos en traer a consideración los principios que han dominado sobre esta materia en las fuentes del derecho y los que rigen hasta hoy entre nosotros según las leyes españolas, porque



sería un trabajo inútil, siendo como son tan generalmente conocidas.

Los artículos en discusión pertenecen exclusivamente a la legislación positiva, al derecho arbitrario de las naciones. De modo que si ocurrimos a los códigos antiguos, nos ofrecen la misma variedad y discordancia que encontramos en los modernos.

La civilización, las costumbres de los pueblos, son las que rigen y deciden estos puntos.

Por consiguiente, para impugnarlos es absolutamente necesario razonar, demostrar con argumentos recogidos en las fuentes de las conveniencias y orden sociales, en datos científicos; y en fin, en la importancia práctica, en el valor evidente, en todas las consecuencias jurídicas que deben resultar de su aplicación.

Así, pues, no basta decir, tales principios son malos, inexactos o contrarios a la experiencia o a la conveniencia, sino que es imprescindible, presentar a la discusión esos datos, hacer el análisis de esas conveniencias o disconveniencias.

Cuando se supone a otro en error, y que obra en sentido extraviado de los principios, nos dice Savigny, forzoso es señalar ese error con cierto grado de evidencia que muestre la fuerza y realidad de nuestra convicción contraria.

Así, aun cuando el articulista no determina el artículo a que se refiere, estamos autorizados a creer, que la experiencia que invoca contra la igualdad establecida en la edad para fijar la capacidad jurídica de ambos sexos, no tiene otro origen que la vulgar idea de la rutina seguida por algunos códigos antiguos y modernos de fijar doce años para la puber-



tad de las mujeres, y catorce para la de los varones.

Pero es que, aun suponiendo evidente la diferencia que se pretende existe en el desarrollo intelectual de uno y otro sexo, no es esa una razón para que no pueda retardarse la pubertad de las mujeres hasta los catorce años, estableciendo la igualdad en los dos sexos, cuando con ella no se ocasiona perjuicio ni gravamen de ninguna clase.

A ser aceptable y necesaria tal diferencia, los legisladores debieron ser más consecuentes y establecerla en la mayor edad, de modo que el hombre llegase a ésta a los veinticinco años, por ejemplo, y la mujer a los veintitrés. Pero no conocemos código que lo haya hecho así.

Sobre todo, si el articulista encuentra más conveniente lo uno que lo otro, debe emitir sus razones a fin de que puedan apreciarse y hacer frente en el debate. De otro modo, no nos es posible contestarle ni entrar en argumentaciones que no tendrían otra base, que las hipótesis que nos formásemos para rebatirlas nosotros mismos.

En igual caso nos encontramos en lo relativo a la emancipación, sobre la cual nos dice solamente que debiera concederse al padre la facultad de emancipar a sus hijos como consecuencia forzosa de *ciertos principios de derechos, y como impuesta por ciertas conveniencias sociales*.

Para nosotros ya lo hemos dicho, esta es una materia sujeta al criterio del legislador. Cuando éste ha creído conveniente suprimir la facultad que por las leyes romanas y españolas se concedía al padre de emancipar a los hijos, es sin duda porque a su juicio ofrece esa supresión mayores ventajas; y nada más



natural entonces, que para criticarle se determinen esos ciertos principios de derecho, y esa necesidad impuesta por ciertas conveniencias sociales.

Los códigos europeos casi sin excepción conceden ese derecho al padre; pero lo hacen con tantas restricciones, principalmente el francés, que viene a quedar reducido a los más estrechos límites.

Todos ellos prescriben que ha de hacerse ante una autoridad que designan al efecto, sin cuya formalidad no tendría valor alguno. ¿Es él quien puede graduar su inteligencia e imponerle las responsabilidades que resulten del ejercicio de sus actos civiles?

La legislación romana, nos ofrece a este respecto una indefinida variedad de disposiciones, desde la de Rómulo, que acordaba al padre el derecho de vida y muerte sobre sus hijos, consignada en una ley de las Doce Tablas con estas palabras: *Pater endo liberis justis, jus vitoe necis, venum danlique potestas ei esto*, hasta la constitución 25 del emperador León, que establecía como un derecho privativo del padre el de emancipar a sus hijos sin necesidad de ocurrir a las autoridades.

Pero Justiniano hizo prevalecer la opinión de los jurisconsultos que negaban esa facultad al padre, sin intervención del poder social, y en la ley 3ª, dispuso las formalidades, y en la 5ª la necesidad de ocurrir ante los jueces para realizar la emancipación; Código *De emancipationibus*. Sin lo cual ésta no tenía valor alguno como se enseña en el párrafo 6º, título 12, libro 1º, *Instituta*.

En la legislación española se encuentran las leyes 15, título 18, y 20, título 9º, libro 3º, Recopilación Castellana (ley 4ª, tít. 5º, lib. 10, Novísima



Recopilación) que disponen formalmente lo mismo que las romanas.

Y no podía ser de otro modo: en uno de nuestros artículos anteriores demostramos, que a ninguna persona le es dado atribuir ni privar a otra de la capacidad de derecho, porque ésta viene de la ley, que fija y determina las condiciones necesarias para reconocerla.

¿Cómo, pues, ha de pretenderse que el padre por su sola voluntad y en virtud del derecho de patria potestad que la ley le acuerda, ha de estar facultado para dar cuando mejor le parezca la capacidad jurídica a su hijo? ¿Es él acaso el más competente para juzgar de las aptitudes del menor?

Semejante doctrina nos conduciría a una verdadera monstruosidad legal. El niño de quince años que fuese emancipado entraría a administrar sus negocios y a celebrar actos y contratos, que sólo es dado hacer al que ha llegado a la mayor edad.

Pero semejantes utopías no podían consignarse ni sancionarse en el código; más adelante verá nuestro contendido, cómo el doctor Vélez ha salvado los principios que se derivan del derecho de potestad de los padres, y cómo los hijos pueden ejercer un empleo, una profesión o industria con tanta independencia como si estuviesen emancipados, sin que haya sido necesario ocurrir a ese recurso, que puede servir de origen a pactos inmorales entre padres e hijos.

Y en efecto, al mismo doctor Vélez, le hemos oído referir que en su carrera de abogado ha tenido, no una vez sino varias, asuntos en que resultaba que el padre había emancipado al hijo para poder comprarle la herencia materna.



Por nuestra parte, pues, creemos que mientras el articulista no presente razones contrarias y concluyentes, pensaremos que el autor del Código ha procedido del modo más conveniente, estableciendo tan sólo la emancipación legal o tácita que resulta del matrimonio.

Como un ejemplo de las conveniencias públicas de la facultad de emancipar, decía el articulista: «el de un empleado de la administración de gobierno», suponiendo que éste se encuentre bajo la patria potestad, y sostiene que todo cargo público debe emancipar *ipso facto* a los menores que lo ejerzan.

Pero el ejemplo no es aplicable al caso.

En efecto, si todo empleado menor de edad debe ser considerado emancipado *ipso facto*, la emancipación sería legal, como la que resulta del matrimonio, y por consiguiente para nada tendría que intervenir la facultad del padre para emancipar al hijo.

Más no sólo tiene el defecto de incongruencia el ejemplo propuesto, sino que el caso está expresamente consignado en el código y bastaría que el articulista se hubiese tomado el trabajo de abrir el título 3º, sección 2ª de este mismo libro, que trata *De la patria potestad*, y que era muy conveniente se tuviese a la vista al hablar de la emancipación que es uno de los modos porque aquélla termina, y se hubiera encontrado con el artículo siguiente:

Art. 20. — Se presume que los hijos de familia adultos, si ejerciesen *algún empleo público*, o alguna profesión o industria, están autorizados por sus padres para todos los actos y contratos concernientes al empleo público o a su profe-



sión o industria. Las obligaciones que de estos actos nacieren, recaerán únicamente sobre los bienes cuya administración o usufructo, o sólo el usufructo no tuviese el padre.

Aunque este artículo no dice que por el ejercicio del empleo *queden emancipados* para todo, como no podría decirlo, se entiende que lo están para los actos a él relativos por la autorización supuesta del padre.

Este mismo artículo, salva el principio de la conveniencia social, en tanto que presupone esa misma autorización para los actos que se relacionen con la profesión o industria que ejerza un menor: y de este modo queda éste en aptitud de administrar sus negocios o industria por sí directamente, pero bajo la vigilancia del padre, y se deja incólume la potestad que estos deben tener en sus hijos mientras subsistan en la menor edad, o mientras no se presente una razón de derecho natural, y del más alto interés social, como el matrimonio, para declararles plenamente emancipados.

Llegamos por fin a la última observación que se hace sobre este título, y que, sin duda es la que tiene mayor importancia, dice: « Respecto a los artículos 3º, 8º y 10º, no podemos menos que notar la contradicción.

Dicen así:

Art. 3º.—Cesa la incapacidad de los meneres por la mayor edad, en el día en que cumplieren veintidós años, y por su emancipación antes que fuesen mayores.

Art. 8º.—La emancipación es irrevocable, y produce el efecto de habilitar a los casados para todos los actos de la vida civil, aunque el matrimonio se disuelva en su menor edad por muerte de uno de ellos, tengan o no hijos.



Art. 10. — Tampoco podrán, sin expresa autorización del juez, y bajo pena de nulidad, vender o hipotecar bienes raíces, de cualquier valor que sean;

Ni vender los fondos o rentas públicas que tuviesen, ni las acciones de compañías de comercio o de industria;

Ni contraer deudas que pasen del valor de quinientos pesos;

Ni hacer arrendamientos, como arrendadores o arrendatarios por plazos que excedan de tres años;

Ni recibir pagos que pasen de mil pesos;

Ni hacer transacciones, ni sujetar un negocio a juicio arbitral;

Ni estar en juicio en pleito civil.

« No es posible comprender, escribe el articulista, cómo es que el hombre a quien se le entrega el porvenir de una mujer y de sus hijos, el hombre, en fin, a quien se le ha creído capaz de organizar y dirigir una familia, se le considere sin embargo incapaz hasta de poder contraer obligaciones de 500 pesos. ¿Vale menos que esta suma por ventura el porvenir de una familia entera? ¿Es posible que pese más en la balanza de los derechos la suma de 500 pesos al conjunto de atribuciones que competen al padre de familia? La exageración de semejante restricción ha ido no sólo hasta pugnar con los principios de la ciencia, sino aun contra el sentido común.

« Siendo el matrimonio un medio legítimo de emancipación, y debiendo suponerse que el que va a formar una familia tiene la capacidad necesaria para organizarla y dirigirla, consideramos que es odiosa, denigrante e inconveniente toda traba puesta al hombre casado respecto de sus bienes. »

No llegaremos nosotros para contestar a los precedentes párrafos hasta sostener que es nuestro



contendido quien pugna contra el sentido común y contra los más conocidos principios del derecho en esta materia.

Repetiremos, sí, que no basta decir esto es malo, es contrario a los principios, o a la ciencia y hacer declamaciones en ese sentido, sino que es necesario y lo exige la lealtad que debe guardarse en un debate de esta naturaleza, que se determinen esos principios heridos, esas garantías violadas, esas conveniencias sacrificadas.

De otro modo, no sólo se hace imposible la discusión, desde que no puede valorarse con exactitud la fuerza de los argumentos contrarios, sino que se incurre en una vulgaridad impropia de personas provistas de una alta ilustración como la que muestra en ciertas cosas nuestro contrario.

Bien se comprende cuánta facilidad hay en decir, es contrario a los principios, es opuesto a la Ciencia, la experiencia nos enseña que no debe ser así, etc., pero toda esa erudición es de pura fantasía, y de pura declamación; si hay principios científicos, prácticas o conveniencias contrarias, cítese cómo debe hacerse; lo demás es hablar por hablar, como vamos a demostrarlo.

¿Qué entiende el señor articulista por emancipación? ¿Qué efectos le atribuye? ¿Queda acaso el menor de edad por el simple hecho de la emancipación, investido de la capacidad de derecho necesaria para ejercer toda clase de actos jurídicos, como contraer toda clase de obligaciones, gravar sus bienes, constituir sobre ellos derechos reales, venderlos, y hacer en fin, todo lo que podría hacer siendo mayor de edad?



He aquí los puntos que debió considerar antes de hablar tan inopinadamente del código. Como abogado debe saber que hay ciertos principios fijos y establecidos en el derecho, cuya naturaleza no puede variarse sin hacerles degenerar de su categoría determinada en otra de distinto género.

Así, y como un ejemplo de lo que decimos, se presenta el caso que nos ocupa.

El articulista cree, inducido sin duda por la disposición del artículo 8º ya transcrito, que la emancipación produce el efecto de conferir una plena capacidad jurídica al menor emancipado; pero ahí está el error. Como nuestro contrario parte de un principio falso, llega naturalmente a una conclusión errónea, y atribuye una extensión demasiado absoluta y por lo tanto inexacta al artículo citado.

La emancipación, solamente produce el doble efecto de hacer cesar la patria potestad del padre sobre el hijo emancipado, y poner a éste en el libre ejercicio de la administración de sus bienes; pero de ningún modo puede entenderse, como parece entenderlo el articulista, que produzca un tercer efecto, el de conferir una plena capacidad jurídica al menor.

Esta es la decisión que encontramos consignada en los textos del derecho.

La ley 3ª, Cód. *De hisqui veniam aetatis*, hablando de los que obtuviesen habilitación de edad, dice terminantemente: *nom solum alienationem, sed etiam hypotheicum, minime posse sine decreti interpositione rerum suarum immobilium facere iubemus... ut similis sit in ea parte conditio minorum omnium, sive petita sit, sive nom, statis venia.*

En la legislación española la ley 14, título 1º,



libro 5º, Recopilación Castellana, dispone que el emancipado por el matrimonio, teniendo 18 años cumplidos, *puede administrar sus bienes*, y los de su esposa.

En los códigos extranjeros el francés, artículos 481 y 484, y el Luisiana, artículos 373 y 376, no conceden otra capacidad al menor emancipado, sino puramente *la de administrar los bienes*.

Entre los autores, creemos que es uniforme esa doctrina. Mourlon en su obra citada, libro 1º, título 10, da esta definición: «*L'émancipation est un acte juridique dont l'effet est d'affranchir un mineur de la puissance paternelle ou de la tutelle, et par suite, de lui donner le droit de se gouverner lui-même et d'administrer ses biens.*»

Merlin, *Répertoire*, verbo *Émancipation*, párrafo 2º; Duranton en el número 650, tomo 3º, y Zachariae, párrafo 240, dan la misma definición o enseñan una doctrina semejante.

Por consiguiente, no puede quedarnos duda que en aquellos códigos y en la opinión de los autores indicados, la emancipación no produce otro efecto que el que enunciamos anteriormente.

Ahora bien, la disposición del artículo 8º de nuestro código, ¿puede tener otro sentido ni otra interpretación que la indicada? Lo negamos rotundamente, como negamos que haya contradicción entre ese artículo y el 3º con el 10, como lo sostiene el articulista.

En efecto; aunque esos dos artículos dicen que cesa la incapacidad del menor por la emancipación, y que ésta produce el efecto de habilitarle para todos los actos de la vida civil, no es menos eviden-



te que esa capacidad sólo se refiere a los actos de administración de los bienes, puesto que el artículo 10 que tiene tanta fuerza como los anteriores, establece las limitaciones de esa capacidad conferida por el 8º, determinando todos los actos que no pueden comprenderse en la palabra *administrar*.

Después de estas consideraciones provocamos a nuestro contendido a que nos diga, ¿dónde está la contradicción que existe según él en esos artículos? Nuestros lectores han podido ver que el ligero análisis que hemos hecho, ha bastado para desvanecer ese desacuerdo, que en ésta como en otras veces ha encontrado el crítico, y cuyo origen no es otro que el no haber leído con la detención necesaria la obra que ha criticado.

Para terminar, vamos a detenernos un momento más a fin de examinar el carácter y la importancia de las restricciones del artículo 10.

Los autores franceses enseñan que los menores emancipados quedan en una situación de capacidad que no puede definirse con precisión; pero que ellos expresan diciendo, que ni es del todo capaz ni del todo incapaz, (V. Zachariae, párr. 239; Merlin, Duranton y Mourlon, lugar antes citado.)

Y en efecto, hay actos en que goza de una plena capacidad jurídica, como son los de administración de sus bienes; pero hay otros en que carece de capacidad y no puede verificarlos sin la intervención judicial, como son todos aquellos que pueden traerle perjuicio por su falta de discernimiento, empobrecerles o hacer peor su condición.

Y esto se funda, como lo hemos dicho, en que la emancipación no produce el efecto de investirles



una capacidad absoluta, sino relativa, pues el principio general del código es que son menores los que no tienen veintidós años cumplidos (art. 1º) y que los menores de esta edad aunque sean emancipados, no pueden ejercer los actos determinados en los artículos 9º, 10 y 12 de este mismo título.

Por consiguiente, ¿qué puede observarse a esas restricciones que están fundadas en los principios precedentes, que son incontrovertibles?

El articulista considera hasta ridícula la restricción de que no pueda contraer deudas que pasen del valor de quinientos pesos; pero no se fija, que un menor puede comprometer todo su patrimonio contrayendo muchas deudas con diversas personas, por 450 pesos con cada una.

Pero el autor del código, más previsor que el articulista ha querido impedir que un menor pueda arruinarse irreflexivamente, y le niega la capacidad para *contraer deudas* por más de la cantidad referida.

En esto mismo ha sido más liberal que el código francés, que prohíbe absolutamente al menor contraer deudas sin una deliberación del consejo de familia, aprobada por el juez de primera instancia.

Finalmente, todas esas restricciones están sostenidas en la autoridad de algunos códigos, principalmente el francés, en el capítulo de la emancipación, y en el mismo del de Luisiana, así como en la opinión de los jurisconsultos Zachariae, párrafo 240 y siguientes, Moulton, título 10, libro 1º, capítulo 3º, Duranton, tomo 3º, números 693 y siguientes y Merlin, verbo *Émancipation*.

Con lo que queda expuesto creemos haber de-



mostrado con toda evidencia la falta de fundamento en la crítica hecha a este título, y el acuerdo que hay entre las disposiciones que se presentaban por el articulista como contradictorias.

Aquí concluye nuestro trabajo, pues hemos llegado al fin de la tarea que nos propusimos.

Cuando escribíamos nuestro primer artículo, contestando a la *Crítica jurídica* del doctor don Vicente López, proponiéndonos refutar la de *Un abogado argentino*, no tuvimos la idea de que nuestra refutación se extendiera tanto como ha sucedido, pero no nos ha sido posible evitarlo.

Nos habíamos propuesto combatir con nuestras débiles fuerzas, palmo a palmo, las voces que se levantaban atacando la obra más grande que podemos presentar como fruto de la inteligencia de un hijo ilustre de la patria argentina, y hemos hecho cuanto ha estado en nuestra mano para conseguirlo: si este deseo no se ha realizado, culpa será de nuestra pobre inteligencia.

La obra que emprendimos era demasiado pesada para nuestras fuerzas. La variedad de las materias, las dificultades que presenta, los distintos y variados conocimientos que requiere, la incertidumbre e indecisión de muchos principios, que agitan aún a las escuelas legales y a los espíritus de los más distinguidos jurisconsultos, eran y son para nosotros un escollo insuperable.

Poco prácticos en las cuestiones jurídicas, desconociendo aun la verdadera importancia de los más preciosos textos, y hasta careciendo de muchas obras esencia-



les para determinadas materias, hemos tenido que contentarnos a un círculo limitado de autores y códigos.

Apremiado por diarias e impostergables ocupaciones, hemos trabajado estos artículos al correr de la pluma, en los cortos momentos de que podíamos disponer, así es que si adolecen de ligereza, a más de los otros muchos defectos que tendrán, no debe hacérsenos por ello una nueva inculpación.

En nuestro humilde juicio, el trabajo del doctor Vélez no ha sido, y tal vez no será en nuestra generación apreciado con la justicia que merece, y no creemos que esta opinión sea avanzada, si tenemos en consideración que hombres tan ilustrados como el doctor Alberdi y don Vicente Fidel López, antes que criticar al código como debía esperarse, le han calumniado con los más injustos y desleales reproches.

Cuando hombres como aquellos señores, guiados por pasiones que no calificaremos, y con el solo y premeditado objeto de zaherir en lo más vivo al doctor Vélez, se han permitido escribir párrafos como los que van a continuación, ninguno podrá decir, juzgando imparcialmente, que nuestro juicio anterior sea avanzado.

El primero escribía en un folleto que se publicó sobre esa obra, hablando de la idea que podía tenerse en vista al hacer un código civil para la República, estas palabras:

«En Sud América, son el testamento (los códigos) de un abogado, o el monumento de la vanidad de un presidente que, no pudiendo perpetuarse por una dinastía, se contenta con perpetuar su nombre por un código.



«Por el lado de la vanidad, *el trabajo de un código es el más pobre de los títulos. Ni siquiera vale la pena de tener autor conocido*, pues se reduce a un trabajo de copia o asimilación de trabajos extranjeros más fácil y trivial que el de un simple *alegato en derecho!!*»

A esto, sólo podemos responder dos cosas: o que el doctor Alberdi no tiene la más remota idea de lo que es un trabajo de código, o no sabe lo que habla.

Desearíamos realmente estar a la altura de su fama, para decirle con igual autoridad a la suya, que su juicio precedente es sin sentido común.

El doctor Alberdi, mostró tantos conocimientos sobre códigos civiles, que negó rotundamente que ninguno de los Estados que forman los Estados Unidos, tuviese un código civil; y después ha tenido que rectificarse de esa ignorancia cuando el doctor Vélez, le dió hasta la fecha del últimamente sancionado en Nueva York.

El doctor López, más terrible, más implacable, escribía estas palabras refiriéndose a la obra del doctor Vélez: «Así sucede generalmente con ciertas reputaciones de pura convención, formadas de confianza y sin obras: el día que producen, nos dejan lelos.»

Pero si es cierto que el código civil del doctor Vélez le ha dejado lelo, ha de ser solo al doctor López, estamos seguros; mientras tanto, es sensible que el doctor López no se ocupe sino de escribir sobre el *quichua* en sus relaciones de analogía con el *griego*, a pesar que tenemos entendido ignora estos dos idiomas, con lo cual no deja lelos, sino dormidos o fastidiados a sus lectores como sucedió con la famo-



sa *Crítica jurídica*, más digna de un maestro de gramática que de un jurisconsulto de su pretendida talla.

Aun más, estos dos señores han criticado al doctor Vélez porque ha seguido en algo al código francés, encontrando altamente impropio que la legislación civil de una república tenga semejanza con la de un imperio, como si las relaciones civiles tuviesen patria determinada, con excepción de las que tratan de la constitución de las familias y de las sucesiones; y mientras tanto los dos se deshacen en elogios a la legislación vetusta de los códigos españoles, emanadas de monarcas absolutos y derogados hoy en su mayor parte por los altos principios proclamados por la civilización.

Y lo que es más extraño, no encuentran nada inconveniente que haya seguido en la mayor parte de su obra a las leyes romanas, cuyo origen remonta desde la espantosa dureza de las Doce Tablas, hasta la corrupción proverbial de la república, y la decadencia del imperio que sucedió a aquélla; y que no obstante subsisten como el monumento más grandioso de legislación escrita.

En cuanto al *Abogado argentino* ha sido, sin duda, más imparcial en su crítica, y si ha carecido en su mayor parte de razón en sus apreciaciones, más puede atribuirse a las fuentes en que se ha inspirado y al poco estudio del código para combinar sus disposiciones, que a un móvil poco leal y digno.

Nuestros lectores fallarán, lo esperamos, con imparcial criterio, si las doctrinas emitidas han refutado victoriosamente los reproches dirigidos al Código que va a reglar las relaciones y actos civiles de los argentinos.



Por nuestra parte cumpliendo con un deber, hemos hecho cuanto nos ha sido posible para colocarnos a la altura de esa obra monumental.

Decida, pues, la opinión de los lectores.







ÍNDICE

	<u>PÁGINAS</u>
ADVERTENCIA	5
Manuel Rafael García	7
José Francisco López	19
Manuel Antonio Sáez	75
Juan Bautista Alberdi	157
Dalmacio Vélez Sarsfield	231
Vicente Fidel López	257
Alfredo Lahitte	315
Victorino de la Plaza	365

