

LA REVISTA NUEVA

PUBLICACIÓN MENSUAL

AÑO II

MONTEVIDEO, FEBRERO 20 DE 1903

NÚM. 2

CURSO DE DERECHO CIVIL

POR EL

DOCTOR DUVIMOSO TERRA

(Continuación)

Hechos que impiden el consentimiento, elemento constitutivo del contrato

SUMARIO — Idea de la violencia—División admitida por nuestro Código—Violencia física y violencia moral—Definición—Teoría seguida por los Códigos Argentino y Francés—Cuestión—Fundamento del principio según el cual la violencia anula el contrato—Teoría atribuida al Derecho Romano—Opinión de Marcadé, Maynz, Savigny y Galuppi—Crítica—La distinción entre violencia física y moral no tiene razón de ser—Condiciones que debe reunir la violencia—Explicación—Temor reverencial—Razones porque no debe admitirse como causa de nulidad—Del dolo—Definiciones de nuestro Código—Cuestión propuesta por Marcadé—¿El dolo por sí solo anula el contrato?—Examen de la cuestión—¿El dolo cometido por un tercero anula el contrato?—Teoría del Código Francés—Su crítica—Opiniones de Marcadé y Mourlon—Observaciones—Nuestro Código—Interpretación del artículo 1236—Código Argentino—Condiciones que debe reunir el dolo para que sea causa de nulidad—Determinación hecha por el Código Argentino—Análisis y crítica—Deficiencia notada en nuestro Código—Justa determinación de la ley romana y del Código de las Siete Partidas—De la lesión—División—Reseña histórica—La lesión como causa de nulidad de los contratos no se justifica ante los principios jurídico-económicos—Falsedad de la doctrina que admite la acción por lesión como garantía de los intereses de los menores é incapaces—Cómo la ley que rechaza la lesión garante, sin embargo, eficazmente esos intereses—Responsabilidades del tutor y del curador—Intervención del Juez y del Ministerio Público—El Fuero Juzgo ya establecía la buena doctrina.

I

DE LA VIOLENCIA

Así como no existe el consentimiento jurídico cuando la manifestación de voluntad tiene por causa el error, tampoco

existe cuando el agente se halla coartado en su libertad, es decir, cuando media violencia.

La *violencia* entraña la idea de una coacción ejercida sobre la persona con el objeto de obligarla a consentir—*necessitas impositam contrariam voluntati* (1).

Nuestro Código la distingue en *física* y *moral*.

Hay, según él, *violencia física*, cuando para producir el contrato se emplea UNA FUERZA FÍSICA IRRESISTIBLE; y *moral*, cuando se inspira á uno de los contrayentes el temor fundado de sufrir un mal *inminente* y *grave* en su persona ó bienes ó de su *cónyuge*, *descendientes* ó *ascendientes legítimos* ó *ilegítimos* (artículo 1246).

El Código Argentino aun cuando no emplea los términos de *violencia física* y *moral*, sin embargo, tiene en cuenta la distinción, pues habla de falta de libertad en el agente por causa del empleo de fuerza física irresistible—*violencia física*.—y por causa de *intimidación*.—*violencia moral*.

Los códigos francés é italiano no hacen tal distinción.

En su artículo 1112 dice tan sólo el primero: "Hay *violencia* cuando ésta es capaz de producir *impresión* en persona razonable y ocasionar el temor de exponer su persona ó su fortuna á un daño considerable y presente".

Dice el segundo en su artículo 1112: "El consentimiento se considera arrancado por la *violencia*, cuando ésta es capaz de impresionar á quien lo presta, inspirándole el temor de sufrir un daño notable en su persona ó en sus bienes".

Se ve, pues, que por estas legislaciones, lejos de considerarse de interés jurídico la distinción, entre *violencia física* y *moral*, sólo consideran como tal lo que para nuestro Código es *violencia moral*.

La cuestión se sigue debatiendo entre los juristas, y como quiera que el Derecho Romano continúa ejerciendo su influencia, aun actualmente en la ciencia del derecho, unos y

otros van á buscar en aquella fuente, pasajes que autoricen sus tesis opuestas.

Unos, fundándose en la prescripción pretoriana... *quavis, si liberum esset, noluisse, tamen coactus voluit*—y en el precepto *coacta voluntas est tamen voluntas*, establecen que sólo se admita por Derecho Romano la *violencia física*, atroz, capaz de subyugar al hombre más valeroso (1). Otros, por el contrario, sostienen que aún por Derecho Romano no es la *violencia* en sí, sino el *temor de la violencia*, lo que hace nulo el contrato.—*Quod metus (non vis), causa gestum erit* (2).

Savigny en sus notables estudios sobre el Derecho Romano es más radical y sostiene que según ese Derecho, la *violencia*, sea física ó moral, no invalida el consentimiento por lo mismo que razonablemente entendida, ella jamás impide que la persona contra la cual se ejerce, obre libremente. Que si por el Derecho Romano el que había contratado bajo la presión de la *violencia* tenía el derecho de excepcionarse (*actio quod metus causa*), no era por tenerse en cuenta su estado de ánimo, sino tan sólo para castigar el acto ilícito, y por consiguiente, inmorale del que ejercía la *violencia*. (3)

Galuppi, con ese rigorismo que le es peculiar, va aún más lejos y sostiene que la *violencia*, sea cual fuere, mientras no reduzca al hombre al estado de máquina, jamás puede ser causa de anulación del contrato. "Y motivi suppongo la libertà umana é quando troniamo uno che agisce per timore, se agisce é segno che vuole, se vuole é libero, se é libero é risponsabile".

Para nosotros, que según lo establecido en conferencias anteriores estamos lejos de creer que la *violencia* con relación á las manifestaciones de voluntad sea hecho indiferente

(1) Maynz D. R. t. 23, pág. 166—Mourlón, t. 2, pág. 349.

(2) Marcade, t. 4.º, § 2, pág. 371.

(3) Savigny Sist. de D. R., actual t. 2, pág. 214.

no admitimos, sin embargo, la teoría de nuestro Código.

Creemos, por una parte, que la idea que él nos da de violencia física es imperfecta, por otra, con la teoría seguida por los Códigos Francés é Italiano, que no hay tal necesidad de hacer distinción entre violencia física y moral, puesto que el resultado siempre es el mismo: sean cuales fuesen los medios que se empleen, siempre lo que anulará el contrato será el temor de que un contratante engendre la amenaza de producir tal daño.

No puede concebirse otro caso, y es por eso, que los que hacen la distinción, al determinar la violencia física, tienen que apartarse de toda idea de coacción sobre el cuerpo—empleo de fuerza física irresistible.—como lo establece nuestro Código.

¿Pero qué se quiere decir con eso?

¿Acaso la persona á quien se le toma la mano y se le hace firmar un documento, mediante el empleo de fuerza física irresistible, tiene necesidad de alegar violencia para eximirse de la obligación que ese documento APARENTEMENTE constata?

Ciertamente que no. Ese individuo se hallaría en la imposibilidad absoluta de manifestar su voluntad; en tal acto, desempeñaría el rol de mero instrumento; el ser consciente habría sido sustituido por el autómeta, y éste es incapaz de manifestaciones de voluntad.

Con tal determinación se da de la violencia una idea que carece por completo de interés jurídico.

En efecto, el individuo á quien se le hace cometer un acto en tales condiciones se halla en idéntico caso al del demente. ¿Y por qué no habría interés en averiguar si los actos del demente han sido cometidos por error, violencia ó dolo, interés, en el sentido de que hablamos?

Porque basta la demencia que *enajendándole su libertad* lo vuelve, por lo mismo, incapaz de todo acto de valor jurídico.

En tales casos, pues, no hay cuestión; para que ella surja

es necesario no despojar al hombre de sus condiciones morales y de la posibilidad de acción. El mismo Savigny, que como hemos visto, atribuye al Derecho Romano y hace suya teoría tan avanzada, establece que el único caso que puede dar lugar á cuestión, es cuando se acciona sobre la voluntad produciendo el temor por medio de amenazas.

En tal caso, ciertamente el hombre en sentido filosófico, es libre desde que se encuentra en la posibilidad de querer y manifestar su voluntad; amenazado de muerte, puede arrosar el peligro y resistir al acto que de esa manera se le compele; pero, jurídicamente hablando, no es libre, desde que no hay espontaneidad en la elección.

Entre dos determinaciones que puede tomar: la de firmar un documento ó dejar manchar su honra, por ejemplo; entre esos dos males, elige el primero, pero lo elige para evitar un mal mayor.

II

Veamos ahora en qué condiciones debe verificarse la violencia para producir el temor que pueda servir de causa de nulidad del contrato.

Nuestro Código establece esas condiciones con notable precaución.

Según se expresa en los artículos 1246, 1247 y 1248, son las siguientes:

Primera: La amenaza debe inspirar en el contratante temor fundado de sufrir un mal inminente y grave.

Segunda: Ese mal puede ser en su persona ó bienes ó de su cónyuge, descendientes ó ascendientes legítimos ó ilegítimos.

Tercera: La intensidad del temor no debe juzgarse tan sólo por la naturaleza de la amenaza, sino también con relación de la persona amenazada, su carácter, hábitos ó sexo.

Cuarta: No bastará el mero temor reverencial.

Quinta: Nada influye que el que produce el temor sea un tercero extraño al contrato.

III

En los tiempos pasados de la humanidad en los cuales las fuerzas materiales y el valor heroico y fiero ejercían su predominio sobre las fuerzas intelectuales y los dulces sentimientos, en aquellos tiempos en que el hombre veía en la mujer una esclava, la madre en el hijo un soldado y un soldado tendía su brazo en las llamas para probar que sabía resistir al dolor, el legislador era parco en admitir los casos de violencia, así es que tomaba como medida invariable aquella á que no pudiera resistir hombre valeroso — *Vir autem que se honorum constantissimo cadat.*

Pero hoy tal rigorismo sería impropio, diferenciadas como están nuestras costumbres y siendo otras las ideas que rigen la filianidad.

De ahí que basta el temor fundado y apreciado, no según regla invariable sino teniendo en cuenta la calidad de la persona, pues tal amenaza que no sería bastante para intimidar á un hombre en toda la fuerza de su virilidad, podría serlo tratándose de un individuo pusilánime, de un anciano, ó de una mujer.

De ahí también que remediándose en ciertos los vínculos estrechos que existen en las relaciones de familia, la ley considere como amenaza propia, como mal propio el que se amenaza cometer en la persona de siempre cónyuge, hijos, padres, etc.

Hay más una prescripción legal, á pesar de la amplitud con que está concebida en relación al derecho interno, no debe entenderse en su sentido restrictivo.

No solamente produce violencia la amenaza de inferir un

mal á una persona de nuestra familia, puedo y aún debe producirse tratándose de un extraño, dados los sentimientos de nobleza de que debe presumirse poseído el hombre.

La conciencia se subleva, dice Demolombe, al pensar que el legislador haya decretado un artículo del cual resultaría que, en presencia de un pariente aun lejano, de un amigo y aun de un extraño, amenazado de perecer bajo la mano de un asesino, si yo no contraigo tal obligación, yo estoy sin embargo, en libertad de no obligarme! No, ciertamente no soy libre; es inexcusable que tal consentimiento me ha sido arrancado por violencia. (1)

A la enumeración, pues, que hace nuestro Código, no debe dársele otra significación que la siguiente: Cuando la amenaza consiste en inferir un mal á una persona con quien estamos ligados por estrechos límites—cónyuge, descendientes y ascendientes,—*habrá siempre violencia*, pero tratándose de un extraño, si bien lo natural es que la haya, puede también no haberla, y en consecuencia, la ley libra la apreciación al prudente arbitrio del juez.

Por lo demás, claro está que el mal con que se nos amenaza debe ser grave y real, pues, no es presumible que la amenaza de un mal insignificante ó imaginario pueda producir violencia.

El vano temor, como decían los juriseconsultos romanos, de nada excusa — *Vani timoris nulla excusatio est.*

Sobre este mismo punto conviene hacer notar una diferencia entre nuestro Código y el Francés.

Este exige que el mal con que se nos amenace sea *considerable y presente* (artículo citado), mientras que el nuestro exige tan sólo que se trate de un mal *grave é inminente*: es mucho más consecuente y razonable.

Lo que exigirse puede es que el temor sea de tal intensidad que influya de una manera determinante en nuestro

ánimo: para esto basta que sea inminente y grave, pero bien puede no ser presente ó actual. Así la amenaza de un incendio puede producir violencia, aun cuando medie algún tiempo entre ella y su realización.

Ese error del Código Francés da lugar á la crítica fundada que le hace Marcadé en los términos siguientes:

“Es aún por haber seguido servilmente á Pothier, quien á su vez había comprendido mal la ley romana en ese punto, que nuestros redactores exigen el temor de un mal considerable y presente. Pothier habla de un mal con cuya realización inmediata se amenaza, pretendiendo traducir así el *metum presentem* de la ley romana.

“Pero es claro que *metus presens* significa el temor actual de un mal, y de ninguna manera el temor de un mal actual”. (1)

Finalmente, en cuanto al mero temor reverencial se está, por punto general, de acuerdo en que él no puede servir de causa de nulidad del contrato, y algunos se fundan, siguiendo la teoría de Savigny con relación á la violencia, que es porque la causa del temor,—el respeto,—no es contraria á las buenas costumbres—*adversus bonos mores*—y que, en consecuencia, quedaria sin fundamento la prescripción legal que por ese motivo anulase el contrato.

A pesar de la autoridad que reconocemos en los escritores que sostienen tal teoría, continuamos creyendo que se confunden dos hechos distintos que la ley debe apreciar separadamente. El hecho ilícito ó criminal que la violencia entraña y el efecto de ésta el temor.

Cuando la ley establece que un acto es nulo por haberse practicado por violencia, lo que tiene en cuenta es tan sólo el estado de ánimo que ella produce en la persona contra quien se ejerce y no el castigo del que ejerció la violencia.

La anulación no es la pena al delincente, es una reparación á la víctima.

Ahora bien: si el temor reverencial fuera capaz de producir en el individuo el mismo efecto que la amenaza de producir un mal *inminente y grave*, debíase para ser consecuente, admitirle también como causa de nulidad.

Si, pues, la ley no le admite, es tan sólo por no atribuirle tal importancia.

Sin embargo, si bien el mero temor reverencial no basta para producir violencia en las condiciones exigidas, si á él se une otra circunstancia que venga á darle mayor intensidad, sin duda alguna podría producirla.

Por lo demás, los casos de temor reverencial no deben suponerse tan sólo tratándose de ascendientes y descendientes, como lo establece el Código Francés, pues también puede inspirárnoslo una persona con la cual no estemos ligados por vínculos de sangre, pero á la que debemos grandes consideraciones.

IV

DEL DOLO

Nuestro Código es bastante deficiente al ocuparse del dolo: lo trata tan sólo en dos artículos—1249 y 1250,—en los cuales establece que para que el dolo produzca nulidad, es preciso que haya dado causa al contrato; que tiene ese carácter cuando con palabras ó maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contrayentes fuese inducido el otro á celebrar un contrato, que en otro caso no hubiese otorgado; que el dolo incidente sólo da lugar á una indemnización de perjuicios.

Pero nada nos dice el Código del caso en que el dolo se verifique por una omisión ó disimulación artificiosa (*calliditas*), ó cuando sea producido por un tercero, si se presume ó debe probarse; ni menos si aun cuando la persona contra

la cual se emplea el dolo no se perjudica, ó si ambos contrayentes procedieran dolosamente, el contrato es ó no nulo.

Consideremos ese hecho bajo esas diversas fases.

¿El dolo por sí solo anula el contrato?

Marcadé, que suscita esta cuestión, la resuelve negativamente, diciendo que "las maquinaciones fraudulentas de que yo puedo ser objeto, no afectan por sí solas mi consentimiento; no pueden producir ese resultado sino en virtud del error en que nos hagan incurrir; que en consecuencia, no es propiamente el dolo, sino el error por él producido lo que conviene tomar en cuenta".

Esta cuestión tal como la suscita Marcadé no tiene importancia, ó más bien está implícitamente resuelta por la ley, pues claro está que al establecer ésta que hay dolo cuando por maquinaciones insidiosas se induce á una persona á contratar, supone naturalmente que el dolo *haya sido eficaz*; que á causa de él se haya celebrado el contrato, pues si así no sucede, si la persona contra la cual se le empleó se precavió, claro está que no habrá cuestión. Para la ley civil, el dolo en esas condiciones es un acto inocente, y será tan sólo la ley penal quien podrá considerarlo en sus dominios.

Sin embargo, esa afirmación de Marcadé, de que si el dolo anula el contrato, es porque produce error, vale decir, porque hace imposible el consentimiento, nos servirá de precioso auxiliar al resolver, y en contra de su opinión, esta otra cuestión importante: ¿El dolo cometido por un tercero anula el contrato?

Marcadé sosteniendo el artículo del Código Francés que lo resuelve negativamente, establece que "perjudicado un contratante por el dolo, si éste ha sido cometido por la otra parte, el medio más seguro de llegar á una verdadera reparación es el de hacer con que las cosas vuelvan al estado

anterior, al acto doloso, pero que tratándose de un tercero, esto es imposible".

"Por eso la ley declara válido el contrato, sin perjuicio de que ese tercero responda de los daños originados por el acto doloso".

No nos parece satisfactoria la explicación, pues por una parte en la generalidad de los casos esa imposibilidad no existe. En virtud del dolo un individuo se compromete á vender una finca ó á entregar tal cantidad de dinero.

La separación es posible, reivindicando la finca, si ya hubiera sido entregada, exonerándose, sino de la obligación de entregarla; y en el segundo caso, anulando el contrato por el cual se obligaba á entregar tal suma de dinero.

Por otra parte, el fundamento de la nulidad no debe buscarse en la posibilidad más ó menos real de volver las cosas al estado anterior, pues de admitirse tal principio se seguiría que un acto cometido por violencia no sería nulo por no poderse restituir la cosa por ella arrancada.

Los actos son ó no nulos según se hayan ó no realizado las circunstancias que la ley exige como esenciales á su validez.

En consecuencia, el acto cometido por error, violencia ó dolo, es siempre nulo *únicamente* porque ha faltado en él una de esas circunstancias ó condiciones —el consentimiento de quien lo practica. Mourlón (1) que sostiene también el artículo del Código Francés dice: "La violencia aun cometida por un tercero anula el contrato, porque el que comete violencia está sujeto á penas extremadamente graves y por lo mismo toma sus precauciones para no ser descubierto: es durante la noche, ó el día, ocultándose tras una máscara, ó por medio de anónimos, que la violencia se comete. Por otra parte, los que se exponen así á un castigo severo, general-

mente no tienen nada que perder (tienen cuando menos su persona, sobre la cual la pena puede variar indefinidamente); lo más frecuente es que sean personas insolventes".

"No sucede lo mismo, tratándose del dolo, pues será siempre fácil encontrar al autor, — ya que el que lo practica debe necesariamente haberse puesto en relación con la víctima, y por otra parte, siendo poco graves las penas á que está sujeto, no tiene un interés superior en ocultarse".

Desde luego, nos parecen altamente arbitrarias tales afirmaciones de que á la violencia corresponda siempre pena grave, y siempre al dolo pena leve, pues esto dependerá de las circunstancias.

Habría casos de dolo en que corresponda una pena severísima.

Por otra parte, repetiremos más una vez: en esta materia se trata de la formación de los contratos; de las condiciones esenciales para su validez.

Al ocuparnos del dolo lo consideramos bajo la faz tan sólo de la influencia que puede ejercer sobre las manifestaciones de la voluntad. No lo consideramos, ni nos es permitido considerarlo como delito, puesto que no se trata de castigarlo y si tan sólo de saber si el consentimiento es ó no posible mediante ese hecho.

Marcadé y Mourlón, á pesar de esas sus conclusiones, están contestes en que si el dolo anula el contrato, es porque produce error, y el error hace imposible el consentimiento; luego es indiferente que sea cometido por uno de los contratantes, ó por un tercero, desde que en ambos casos puede realizarse el mismo hecho de contratarse á causa del error.

El artículo 1249 de nuestro Código puede dar lugar á creer que él se inclina á la teoría del Código francés, cuando dice: "Tendrá ese carácter el dolo, cuando con maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contrayentes", etc.

Luego, se dirá, cuando esas maquinaciones no sean prac-

ticadas por uno de los contrayentes, no se anulará el contrato.

Sin embargo, creemos que no sería razonable esa interpretación. Por una parte, porque sostener que hay casos en los cuales el dolo, aun cuando siendo causa impulsiva del contrato no lo anula, es desviarse del principio general que rige la materia y esa desviación ó excepción debiera hacerse constar expresamente. Por otra parte, porque lo natural y lógico es que el dolo sea cometido por el interesado en el contrato (una de las partes contribuyentes), pues no es presumible que un tercero y, por lo mismo, que ningún interés tenga en el contrato se valga hasta del dolo para que él se verifique.

Nadie, excepción hecha de un individuo de naturaleza completamente viciada y perversa, comete un acto ilícito— aún más—criminal, por el simple placer de cometerlo.

Nuestro legislador, pues, tuvo en cuenta el caso general— *quod plerumque fit*—sin que por esto deba entenderse excluido el caso de excepción.

El Código argentino expresamente establece que el dolo cometido por un tercero anula el contrato.

V

Respecto á las condiciones que se exigen para que el dolo cause la nulidad del contrato, no hay uniformidad entre los legisladores

El autor del Código argentino, por ejemplo, exige las cuatro condiciones siguientes:

- 1.ª Que el dolo haya sido grave.
- 2.ª Que haya sido la causa determinante de la acción.
- 3.ª Que haya ocasionado un daño importante.
- 4.ª Que no haya habido dolo por ambas partes.

El sabio jurisconsulto se aparta en esto del derecho anti-

gas y modernas, y creemos que no ha sido feliz en la invención. En efecto: no hay necesidad de establecer que el dolo sea grave desde que en seguida se establece como segunda condición que él debe ser la causa determinante del acto, pues siempre que tenga este resultado será grave, desde que hará imposible el sentido jurídico.

Tampoco vemos la necesidad de exigir que por el dolo se cause daño: pues por el hecho de que el consentimiento sólo se presta en virtud del error que el dolo produce, se causa daño al que en tales condiciones se obliga, y por otra parte, no se concibe que un individuo se valga del dolo para inducir á otro á contratar con el plausible fin de prestarle un servicio ó de hacerle realizar un negocio provechoso. En tal caso el dolo perdería su carácter odioso para transformarse en un verdadero acto de liberalidad ó beneficencia.

Finalmente, creemos que la última condición—*que no haya habido dolo entre ambas partes*—además de importar una consecuencia con el principio que rige esta materia, entraña también una inmoralidad.

Lo primero, porque se reconoce que si el dolo produce la nulidad del contrato es por impedir ó viciar, el consentimiento de una de las partes contratantes, y sin embargo, por esa prescripción viene á establecerse que no se anula cuando no es una solamente, sino ambas partes que se hallan imposibilitadas de manifestar su consentimiento.

Lo segundo, porque reconocer como válido un contrato en esas condiciones, es dar sanción legal y garantir con la autoridad del poder social un acto que es, en absoluto, el resultado de hechos ilícitos.

Se dirá acaso que desde que los dos cometieron dolo, los dos se perjudicaron y los perjuicios se compensan.

Pero, en tales casos no está comprometido tan sólo el interés privado. El orden público y las buenas costumbres se hallan interesadas también en que el dolo no se cometa.

Preferimos, pues, la determinación de Derecho Romano, que es la que sigue nuestro Código.

El dolo puede ser *principal ó accidental*. En lo primero, dice Pothier, cuando hace nacer en una de las partes la idea de contratar, es toda maquinación empleada para determinar á una persona á que celebre un contrato, el cual si no fuera por eso no hubiera contratado. Es dolo *accidental ó incidente* aquel que se practica en el curso de la negociación ya determinada y que, por consiguiente, no hace nacer en una de las partes la idea de contratar, y si tan sólo se le hace aceptar condiciones que á no mediar ese dolo no habría admitido.

En el primer caso, el contrato es nulo; en el segundo, no: el que ha sufrido las consecuencias del dolo incidente, tiene tan sólo derecho á reclamar indemnización de los perjuicios que se le han originado.

La razón es obvia: desde que el dolo incidente no es causa determinante, aún sin emplearse, se hubiera realizado el contrato; el consentimiento es perfecto; tan sólo no se habría realizado en las condiciones que el dolo incidente hizo que se realizara; el contrato es menos ventajoso para una parte de lo que ésta tenía derecho á exigir que fuera; esa desventaja, pues, se subsana por la indemnización de perjuicios.

Conviene también no confundir el dolo incidente con las afirmaciones por las cuales se acostumbra en el convenio exagerar el valor ó cualidades de las mercancías.

Las exageraciones están ya en la costumbre, se tienen siempre en cuenta y no engañan á nadie. Se las puede considerar, no como "*dolo bueno*", puesto que el mejor es siempre malo, según la expresión de Belime, pero sí como dolo *entendido ó tolerado*.

Finalmente, para terminar lo que al dolo concierne, indicaremos esta última cuestión: ¿Sólo por la *acción* puede producirse dolo capaz de ser causa de la nulidad del contrato, ó también por la *abstención* puede producirse?

Nuestro Código, como hemos visto, guarda silencio en cuanto á este punto.

La ley romana resolvía la cuestión afirmativamente, pero al definir el dolo decía: *Omnia calliditas, fallacia, machinatio, et fallendarum aliarum aut decipiendarum calliditas.* (1)

Y según los intérpretes, *calliditas*, significa la dissimulación astuciosa. En el Código de las Partidas se establece entre los casos de dolo, el siguiente: *Quando propter aliquam causam vel aliquas causas et aliam causam coguntur.*

El Código argentino lo resuelve también de la misma manera en terminos precisos y que en si encierran el fundamento de la decisión.

La omisión dolosa dice causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando sin ella no se habría realizado el acto.

Y es claro, desde que por ese proceder malicioso se llega al mismo resultado que si se hubieran empleado maquinaciones insidiosas, la sanción legal debe ser la misma.

VI

DE LA LESION

Por *lesion* se entiende el daño ó perjuicio que se causa á una de las partes en los contratos onerosos y especialmente en la compraventa, por no mediar justo precio.

La *lesion* puede ser *enormis* ó *commodiosa*. Tiene lugar lo primero, cuando el precio que se fija es algo inferior á la mitad del justo precio; tiene lugar lo segundo, cuando la desproporcion es notable.

Tratándose del comprador, que también puede alegar *lesion*, la proporción se establece á la inversa.

Así el que habia comprado por 25 lo que sólo valia 10, podía pedir la nulidad del contrato alegando *lesion*. (2)

(1) *Calliditas* = astucia.
(2) *Calliditas* = astucia.

Dada la prescripción de nuestro Código — artículo 1251, que no admite la *lesion* como causa de nulidad del contrato, en lo que rinde culto á los verdaderos principios alcanzados en la época actual, esta cuestión no tiene, al menos para nosotros, sino un interés histórico.

Sin embargo, en muchos códigos modernos se admite la *lesion* como causa de la nulidad de los contratos, aun cuando restringiéndola á limitados casos, como de manera más amplia se admitía en la legislación de épocas remotas, notándose, empero, una particularidad, y es el completo desacuerdo que entre esas legislaciones existe hoy, como existía entonces al determinar los casos de *lesion*.

Por Derecho romano, sólo se concedía al vendedor la acción por *lesion*, cuando habia sido perjudicado en más de la mitad del justo precio.

El Fuero Real exigía que el perjuicio excediera de dos terceras partes.

El Ordenamiento Real concedía la acción tanto al vendedor como al comprador, con la particularidad que generalizó la doctrina á todos los casos de contratos onerosos.

El Código de Prusia sólo concede tal derecho al comprador.

El Código francés lo admite, concediéndola al vendedor tan sólo y en los siguientes casos:

- 1.° Tratándose de personas mayores, en el caso de la venta de un bien inmueble, en que el vendedor haya sido perjudicado en siete duodécimas partes del justo precio.
- 2.° En el caso de partición, cuando la *lesion* excede de la cuarta parte.
- 3.° Tratándose de menores, la admite siempre, sea cual fuere la especie del contrato oneroso, la naturaleza de los bienes objeto del contrato, y por insignificante que sea la *lesion* sufrida.

Este completo desacuerdo en la determinación de este caso

de nulidad del contrato, es una prueba evidente de la falsas y arbitraria base en que se funda.

En efecto, por una parte, conferir por, punto general, á los contratantes tal derecho, tomando como base el *justo precio*, es dar lugar á injusticias y á fraudes, pues ese justo precio no puede determinarse sino en el tiempo mismo en que el acto se realiza y teniendo además en cuenta las circunstancias especiales en que se encontraban ambos contratantes. El valor de las cosas, su *justo precio*, es la resultante de las sumas de utilidades que en un momento dado producen. Mil pesos para un comerciante, por ejemplo, pueden producirle en un momento dado, más utilidades que cincuenta mil en otro, si con esos mil pesos puede impedir su quiebra que le produciría mayores males. Tiene una finca que le costó 20,000 pesos, tal vez tomándose algún tiempo más pudiera venderla sin perjuicio, pero en ese momento crítico sólo encuentra quien le dé 1,000.

Y bien: ¿sería justo que este individuo pudiera más tarde pedir la nulidad del contrato alegando lesión?

Ciertamente que no, desde que ese individuo si celebró tal contrato fué porque así le convenía, porque el valor del bien que vendió era el mayor que en tal momento tenía, y en fin, porque contrató libremente.

Como bien lo dice Pochintesta: "nadie puede determinar mejor el precio que las partes mismas."

Por lo demás, y en lo que á los menores se refiere, la ley que rechaza la lesión como causa de nulidad, lejos de desamparar los intereses de ellos, los protege. La acción por lesión, lejos de ser para ellos una garantía, contra los perjuicios que puedan sufrir, es una causa real de perjuicios, porque lo que en realidad sucede, es que los bienes de los menores se vuelven invendibles, pues nadie quiere comprar una casa quedando sujeto al riesgo de ser de ella despojado en virtud de la acción por lesión.

La garantía eficaz de que los intereses de los menores ó incapaces no sean perjudicados, la ley la presta en las responsabilidades del tutor ó curador, en la intervención del Juez y del Ministerio público.

Sorprende como esta teoría, que recién ahora se va abriendo paso por entre la rutina de los hombres y las prescripciones de los tiempos, tuvo también su representante en época remota. El Fuero Juzgo la formula admirablemente en estos términos: *Si alguno ome vende algunas cosas, ó tierras, ó vinnas, ó siervos, ó siervas, ó animalias, ú otras cosas, no debe desfacer la vendición por que díz que lo vendió por poco.*

Continuad).

TESIS DE DERECHO PENAL

POR

MIGUEL F. RODRÍGUEZ

(Continuación)

La tentativa se define comúnmente diciendo que es la "resolución de cometer un delito seguida de un principio de ejecución". La doctrina objetiva exige este principio de ejecución; la subjetiva establece, por lo contrario, que, para determinar la tentativa, basta que se reconozca la intención de cometer el acto punible, importando poco los hechos externos.

Pero, ¿qué es principio de ejecución? Hauss sostiene que el principio de ejecución comienza cuando el delito mismo empezó á ejecutarse. No hay principio de ejecución cuando un individuo ha penetrado en una casa, sin haber tomado ningún objeto todavía. Otros escritores sostienen que el acto

de invadir el domicilio ajeno es ya un principio de ejecución claramente determinado.

Siguiendo una ú otra de las teorías dominantes en la ciencia, los códigos establecen diversamente los elementos que caracterizan la tentativa.

El proyecto de Mancini dice, en su artículo 68, lo siguiente: "El que con intención de cometer un reato ha comenzado su ejecución, si por circunstancias fortuitas independientes de su voluntad no ha ejecutado todos los actos eficaces para consumarlo, es culpable de tentativa. etc." (1) Este artículo contiene los mismos elementos de la ley nacional, y es la forma más usada en la legislación actual.

El Código Penal italiano, sancionado en el año 1884, dice en su artículo 61: "Colui che, a fine di commettere un delitto, ne comincia con mezzi idonei l'esecuzione, ma per circostanze indipendenti dalla sua volontà non compie tutto ciò che è necessario alla consumazione di esso, è punito con la reclusione, etc." Este código introduce un nuevo elemento en la definición de la tentativa: la idoneidad de los medios. Lo estudiaremos al tratar de las causas que pueden obrar para que el delito no llegue a su consumación.

37. Conocida la naturaleza de la tentativa, corresponde solucionar estas dos cuestiones:

1. ¿Debe castigarse la tentativa?
2. Resuelta la penalidad, ¿siempre debe castigarse la tentativa?

Se ha sostenido que aún los actos preparatorios deben ser castigados en ciertos casos: no es dudoso, pues, que la tentativa, un grado más en la escala del delito, debe ser comúnmente reprimida.

La escuela clásica llega a esta consecuencia, fundándose en que en una tentativa hay mal moral, mal político, alarmas

sociales, violación del deber, y ejecución parcial de una infracción; ó, como algunos autores sostienen, porque la tentativa es una *parte material* del hecho que debía constituir el crimen.

La escuela positivista llega a una consecuencia casi idéntica; pero siguiendo un razonamiento diverso. Debe establecerse pena, no porque la tentativa es una parte de un delito, (esto no interesa mayormente), sino porque ella revela un ser peligroso para la sociedad. No se castiga la criminalidad del agente revelada por sus actos exteriores: lo que se castiga es el hecho acompañado por la criminalidad del agente. dice Carrara. La nueva ciencia dice, al contrario, que no se castiga el hecho criminal, sino que se reprime la criminalidad del delincuente revelada por el acto externo.

Esta teoría moderna sobre la tentativa se aproxima mucho a la teoría subjetiva alemana, sostenida por Liszt, Herz Schwarze, Von Buri, etc., que, siguiendo el derecho romano, buscaba averiguar la intención del agente sin dar demasiado valor al hecho material.

38. ¿Siempre debe castigarse la tentativa? Para resolver esta cuestión, estudiaremos las causas que pueden influir para que un delito no llegue definitivamente a consumarse.

Hecha la resolución de cometer un acto punible, puede no llegar a realizarse por diversas causas:

- 1.° Porque fallan los medios puestos en práctica;
- 2.° Porque el delito es imposible por razón del objeto;
- 3.° Por la intervención de un elemento extraño;
- 4.° Por desistimiento voluntario del agente.

Los medios fallan por dos causas: imposibilidad absoluta é imposibilidad relativa.

Un individuo suministra a la victima designada, con intención criminal, azúcar creyendo que es una sustancia capaz de producir la muerte; un individuo hace fuego sobre otro con un

arma que contiene únicamente pólvora: he aquí dos casos de imposibilidad absoluta.

Un individuo suministra á otro la cantidad de arsénico capaz de envenenar á una persona cualquiera; pero que no produce efecto en el organismo de un arseniófago: he aquí un caso de imposibilidad relativa.

39. *Tentativas imposibles absolutamente por razón de los medios.*— Los autores generalmente sostienen que, en los casos de imposibilidad absoluta, no debe establecerse penalidad. No hay mal material, se dice, no hay peligro social: nada importa que se intenten actos que no pueden ejecutarse.

Garófalo sostiene también, como regla general, que esta clase de tentativas absurdas no deben castigarse; pero no por la insuficiencia de los medios sino porque esa insuficiencia prueba la *inaptitud* del agente para el delito: no es temible (1).

Zanardelli justifica la disposición del Código italiano, exigiendo la condición de la idoneidad para que la tentativa sea susceptible de pena, con las siguientes palabras: "Indispensable es la condición de la idoneidad en el acto que debe producir el resultado criminal que constituye la consumación del delito; porque, sin ella no habría una tentativa políticamente imputable, por la falta de peligro corrido por el derecho que se deseaba ofender. El que usa un instrumento que por su absoluta ineficacia no es á propósito para abrir el cofre, el que suministra á otro una materia inocua, creyéndola venenosa, no comete tentativa de robo ó de envenenamiento. No queda más que una mala intención, la cual, dada la absoluta idoneidad del acto externo, no sale del dominio de la moral, para penetrar en el del derecho" (2).

Vito Porto, autor positivista, extremando más los principios de la escuela de Garófalo, combate la opinión anterior.

1. GARÓFALO, *La Criminologia*, página 271.
2. ZANARDELLI, *Rechtswissenschaft*, página 184.

"La sociedad debe librarse, dice, ó por un cierto tiempo ó por siempre, de aquel individuo que, con un acto externo, ha dado prueba de su tendencia criminal. El que ha tentado envenenar con sal, agrega después, con azúcar ó con otra sustancia inocua, que creía venenosa; el que ha tentado matar tirando de una distancia mayor de la que puede alcanzar el fusil, puede ser, y será en el mayor número de los casos, un imbécil no temible; pero puede ser un ignorante que, amaestrado en la experiencia, llegaría á ser peligroso. Es la antropología que deberá, en mi opinión, decir la última palabra. El que del medio empleado resultare imbécil y con los caracteres del hombre delincuente, debe castigarse, porque es peligroso y, si una vez no ha producido daño, lo producirá en el porvenir. Principalmente se necesitará observar el móvil del delito" (1). Esta opinión es la más armónica con los principios de la escuela; pero, es necesario reconocer, que sólo podrá introducirse en la legislación cuando ésta, inspirándose en las ideas modernas, haya sufrido una profunda modificación, de acuerdo con los nuevos principios y las numerosas observaciones que la escuela experimental ha sorprendido en el nacimiento, el desarrollo y la manifestación exterior de la resolución criminal. Por mucho tiempo aún la ley ha de mirar con ojos compasivos á esos seres que llevan en su organismo el germen morbosos del delito. El día en que los códigos, en vez de establecer clasificaciones de delitos, establezcan clasificaciones de delinquentes, los autores de tentativas con sustancias inocuas no quedarán impunes, siempre que sus actos sean la expresión clara de naturalezas inadaptables al medio social.

El Código que comentamos nada dice con respecto á aquellas tentativas que se efectúan con medios ineficaces; pero es lógico suponer, aunque no lo exprese, que no caen dentro de

(1) VITO PORTO, *Not. di crimino. Ajunti al nuovo Codice Penale*, pág. 265.

la penalidad, siguiendo en esto la práctica de la mayoría de las actuales leyes.

40. *Tentativas imposibles relativamente por razón de los medios.*—Los autores están contestes en que esta clase de tentativas debe ser incriminada. Hay delito moral, hay un peligro grave é inminente, es un origen legítimo de zozobras, dice Rossi.

Revela una temibilidad mayor, un peligro social más próximo, un ser menos adaptable al ambiente común, dice la escuela positivista. Debe, pues, ser castigada.

Supongamos un criminal que usa azúcar creyendo que es arsénico, ó que tira con un arma que él cargó y que ignoraba que fué descargada por otro, ó que lo hace de una distancia poco mayor que el alcance común de la bala ¿se podría sostener que no debe ser castigado? No; no es menos criminal por su error ó por su ignorancia. La ley no puede dejar impune esos actos, porque ellos prueban que el agente no es inapto para el delito, aunque una vez hubiera obrado bajo la acción de un falso cálculo.

Sólo no sería punible cuando revelara que no es capaz del delito, cosa, por otra parte, difícil de presentarse en esta clase de tentativas.

41. *Tentativas imposibles por razón del objeto.*—Un individuo hiere á un muerto creyéndolo una persona viva: he aquí una tentativa imposible por razón del objeto.

¿Debe de ser castigado? Rossi sostiene erróneamente que herir á un muerto no revela un proyecto de homicidio: puede revelarlo.

Todo cuanto se ha dicho con respecto á la idoneidad del medio, es aplicable al objeto pasivo del delito. Una tentativa de esta naturaleza debe ser reprimida cuando manifieste un individuo peligroso que la sociedad necesite alejar de su seno.

Pedro, que sólo por el gusto de verter sangre, dice Vito Porto en su crítica al Código italiano, da un golpe mortal á Cayo, ya cadáver, creyéndolo vivo, debe, según la mayoría de los clásicos italianos y según el proyecto, quedar en libertad; Pablo que, en el impetu de la ira mata á Sempronio, debe ser castigado. Estamos seguros que, de todos los italianos no juristas, ninguno duda que Pedro es más peligroso que Pablo (1).

42. *Tentativas imposibles por intervención de un elemento extraño.*—Poco hay que decir para justificar la penalidad en esta clase de tentativas. El agente ha puesto en acción toda su voluntad para realizar el crimen: la ley no puede mirarlo con benevolencia.

Un individuo va á descargar el arma sobre la persona designada y un tercero se la arranca de la mano: he aquí una tentativa imposible por intervención de un elemento extraño y que reclama, indudablemente, el correctivo de la pena.

43. *Tentativas suspendidas por desistimiento voluntario del agente.*—Establece el Código en la última parte del inciso tercero del artículo que comentamos, que no hay tentativa cuando el agente desiste voluntariamente de realizar el acto delictuoso. No hay, por lo tanto, penalidad.

Las diversas doctrinas penales justifican plenamente la benignidad de la ley en esta clase de actos.

Un individuo alzó la mano para herir, pero vió el resultado de su acción ante la moral y ante la sociedad, y dejó caer el brazo voluntariamente; abrió la caja, tomó el dinero, pero lanzó la tentación de su alma, y lo volvió á dejar: no son estos actos tentativos para la ley nacional.

¿Cuál es el fundamento de esta disposición?

El hombre que se encontró en una de las situaciones indi-

(1) VITO PORTO, *Note di cronaca. Apunti, etc.*, pág. 206.

cadav "reparó, dice Pacheco, cuánto mal había causado, y si produjo un desorden, una alarma con su principio de acción, dió también un digno ejemplo con su vuelta bajo el imperio de la ley, mayor todavía que el que hubiera podido dar, ex-
piando en las prisiones ó en el suplicio el doloroso extravío que le fascinara por algunos instantes" (1). "La tentativa se-
guida del desistimiento voluntario, dice Rossi, no sólo no ha producido todavía el mal que el autor tenía á la mira, sino que tampoco causa gran zozobra. Muchas veces, además, la tentativa suspensa voluntariamente queda ignorada de aque-
llos á quienes amenazaba. Los ministros de justicia que to-
masen empeño en revelarla y perseguirla, tendrían que en-
tregarse, por esto solo, á pesquisas inquisitoriales. Si estas consideraciones no fueran de algún valor, agrega, la conve-
niencia legislativa reclamaria la impunidad de la tentativa seguida del desistimiento voluntario. Una sanción penal cual-
quiera contra la tentativa abandonada serviría, al contrario, de aguijón. La interrupción espontánea del crimen es frecuen-
tamente obra de un hombre sensible todavía al honor ó á la compasión. Pero póngasele delante el espectáculo de una causa criminal; hágasele oír anticipadamente todo el ruido del proceso, y la compasión sabrá guardar silencio, y el honor conocerá que está perdido" (2).

Desde los tiempos más remotos esta opinión ha sido esta-
blecida en las leyes penales. "Pensamientos malos, dicen las Partidas, vienen mucho vegadas en los corazones de los omes, de manera que se afirman en aquello que piensan para lo cumplir por fechos ó despues de esso arman que si lo cum-
pliesen, que farien mal é repientense. E por ende decimos que cualquier ome que se repintiese del mal pensamiento ante que comenzase á obrar por él, que no merece por ende pena nin-
guna, porque los primeros movimientos de las voluntades non son en poder de los omes" (3).

(1) Pacheco, E. *Curso de Filosofía*, t. III, p. 10.
(2) Rossi, *Lecciones de Derecho Penal*, p. 10.
(3) Partidas, Ley 24, *Libro 10, Partida 1.*

Dentro de los principios de la escuela positivista, es ló-
gico también sostener que los actos que no llegan á su con-
sumación definitiva por desistimiento voluntario, no deben ser
acreedores á la pena; pero, esta consecuencia surge de razo-
nes no idénticas, aunque sí semejantes, á las invocadas por
la escuela clásica.

El ser que colocado en la pendiente del crimen tiene bas-
tante energía en el alma para detener el descenso; el hom-
bre que, en la lucha que traban en su conciencia el bien y
el mal, sigue el impulso del primero; el ser que tiene aún en
su corazón hondamente grabados los sentimientos de probi-
dad y justicia, para poder vencer las tendencias á violarlos,
no es temible para la sociedad, no es inadaptable al am-
biente que lo rodea: debe la ley mirarlo con benevolencia,
esperando que el medio, ó la herencia, ó el temor á la pena
lo obliguen á dominar sus inclinaciones más ó menos pro-
fundamente alteradas.

La benignidad de la ley no debe, sin embargo, ir tan le-
jos que declare la impunidad, si los actos ejecutados tuvie-
sen, por sí mismos, naturaleza criminal y constituyesen deli-
tos punibles

44. *Delito frustrado*.—El delito frustrado se diferencia de
la tentativa en que se han puesto en juego, por el agente,
todos los medios necesarios. El crimen, como dice Rossi, está
consumado subjetivamente, pero no objetivamente. El acto está
terminado en cuanto depende del autor; la resolución crimi-
nal se ha desarrollado en toda su extensión: es difícil que
sobrevengan tardíos arrepentimientos. El crimen se efectuará
si no interviene un elemento ó una causa que no pudo pre-
ver el que quiso producirlo: que este elemento ó causa in-
tervenga es necesario para que el acto se frustre, porque, sin
su acción, el acto se consumaría.

La definición del Código comprende perfectamente los dos

caracteres típicos del delito frustrado: 1.º que el criminal haya pucado de su parte *todo* lo necesario para que el acto se consuma; 2.º que éste no se verifique por causas independientes de su voluntad. Si la primera condición faltara, habría tentativa: el acto estaría *empezado* subjetivamente, pero no consumado subjetivamente. Si la segunda condición faltara, el acto no sería punible, porque habría intervenido el desistimiento.

Un individuo da á beber á otro un veneno, pero no produce el efecto esperado porque la víctima había tomado otra sustancia química que neutralizó la acción fisiológica; un individuo descarga un arma contra otro, pero la bala da en un botón y no hiera; un individuo descarga un golpe sobre otro, pero la hoja del puñal se quiebra sin causar mayor daño: he aquí varios casos de delito frustrado.

45. ¿Debe castigarse el delito frustrado? Se resuelve afirmativamente esta cuestión.

El delito frustrado es un peligro mayor, una zozobra más grande, una ejecución parcial mayor del delito, según Rossi; ó revela una criminalidad más poderosa, una naturaleza más contraria á las tendencias del medio social, un ser en el que los sentimientos primordiales de probidad y justicia están menos arraigados, como dice la escuela positivista. No hay, por lo tanto, desacuerdos, en cuanto á la penalidad del delito frustrado, entre las diversas teorías.

46. He aquí, ahora completadas las conclusiones á que llegamos con la escuela experimental, en el estudio del desenvolvimiento del delito.

1. Los actos preparatorios deben ser castigados cuando revelen un ser inadaptable al ambiente de la sociedad en que vive;

2. Las tentativas imposibles absolutamente deben ser castigadas en los mismos casos;

3.º Las tentativas imposibles relativamente deben ser castigadas, menos en aquellos casos raros en que no revelen un temperamento criminal peligroso;

4.º Las tentativas imposibles por razón del objeto, deben ser castigadas cuando revelen también una naturaleza peligrosa;

5.º Los delitos frustrados deben ser castigados siempre;

6.º Cuando hubiere, en estos casos, desistimiento voluntario, no debe aplicarse pena.

47. *Delito consumado*.—El delito consumado es el fin de la resolución criminal: el acto está consumado objetiva y subjetivamente. No es posible el desistimiento voluntario por ninguna causa. El autor debe recibir el castigo de su acción ó, en términos más científicos y modernos, debe recibir el correctivo bastante, sea por medio de la segregación ó por la acción de un motivo que pueda contenerlo, para que no sea una fuerza perturbadora, y si armónica, en el desarrollo de todos los derechos y de todas las actividades individuales y sociales. Ese correctivo es la pena.

48. Con estas líneas sobre el delito consumado, terminamos el estudio de la evolución del germen del delito desde que fué sólo vibración en la célula cerebral hasta que, pasando por todas las fases del desarrollo, llegó á estallar, más ó menos ruidosamente, en la comunidad humana, en forma de violación de un deber para el delincuente y en forma de violación de un derecho para la víctima.

Hemos presentado la acción punible en todas sus fases graduales, señalando éstas con caracteres claros, limpios, para más tarde, estudiar la penalidad correspondiente. En la vida real no se presenta el delito de esa manera.

Cada acción ó omisión de la ley tiene sus puntos propios, ha nacido en una forma especial, según la conciencia humana, en que ha germinado y el medio en que se ha desenvuelto.

Querer encerrar todas las acciones humanas en un molde único, sería una pretensión vana: el molde saltaría en pedruzcos ó la acción sería alterada.

Las líneas claras de separación que imaginamos en los distintos periodos de la resolución delictuosa, no son líneas sino zonas confusas, como las penumbras, en las que es difícil si no imposible, determinar dónde empieza el acto preparatorio ó la tentativa, ó el delito frustrado, ó el delito consumado. El criminalólogo que buscara encontrar esas líneas, obraría como un físico ignorante que pretendiera encontrar límites exactos de separación entre las temperaturas cálidas y frías. Los mismos actos que hemos presentado como ejemplos, no son igualmente considerados por los autores de materia penal. Mirémoslos bajo otro punto de vista, agréguémosles un dato más, y la confusión se produce en nuestros espíritus.

Con estas razones se explica el hecho de que unos Códigos admitan las diferencias que hemos hecho resaltar, y otros no las toman en cuenta. Así en varias legislaciones, el delito frustrado y la tentativa no se distinguen, y forman un solo grupo con una misma penalidad.

49. ¿Deben desaparecer de la legislación los distintos grados en el delito? Creemos que sí, porque no tienen utilidad práctica alguna. Un acto preparatorio puede revelar una temibilidad mayor que una tentativa, como ésta puede, a veces, no merecer pena.

Por otra parte, ¿cómo saber cuando la resolución criminal está en estado de acto preparatorio ó tentativa, ó delito frustrado? ¿Cuál será la piedra de toque para juzgar? Con la más sana intención no errara el juez muchas veces, aplicando así penas que no correspondieran según el Código?

La solución de este problema estaría en comprender dentro de un título ó sección todos los periodos que anteceden a la consumación del delito, bajo el nombre de *generación del de-*

lito ó tentativa únicamente. En cada caso particular el Juez determinaría la pena correspondiente, según tuviese en cuenta el mal causado, ó el mal moral, ó la alarma, si procediera dentro de leyes inspiradas en la escuela clásica; ó según la temibilidad del delincuente, revelada por el acto, si procediera de acuerdo con leyes inspiradas por la escuela inductiva.

(Continuará.)

ESTUDIOS DE ECONOMÍA POLÍTICA

(Continuación.)

LA PRODUCCIÓN

Entiéndese por producción en Economía Política, *todo lo que tiende á dar utilidad á las cosas ó aumentar la que ya tenían*, es decir, *todo lo que las adapta á nuestras necesidades.* Producir no es sacar algo de la nada, como á primera vista pudiera creerse, pues como enseña la química: *nada se crea ni nada se pierde*; sino que consiste en transformar la materia ó cambiarla de lugar, ó evitar sus desperdicios, todo con el objeto de satisfacer nuestras necesidades. Tan acto productivo es cortar un árbol, dividirlo en tablas y con ellas fabricar un mueble, como trasportar leña desde un monte para que nos sirva de combustible, ó como la vigilancia del capitataz que regulariza el trabajo y hace aprovechar lo que generalmente se considera inútil y sin valor.

Tres son los grandes factores que influyen en la producción: 1.º la naturaleza; 2.º el trabajo; y 3.º el capital.

Por *naturaleza* debe entenderse no sólo la tierra, sino además la atmósfera y todo el conjunto de fuerzas que en ella se encuentran y de las cuales saca partido la industria humana. Esas fuerzas se consideran *libres* cuando el hombre no interviene en ellas; se denominan *apropiadas* cuando, por

el contrario, las hace concurrir para la satisfacción de sus necesidades, como por ejemplo, cuando se vale de la corriente de un arroyo para mover un molino; y *motrices*, cuando las utiliza para ahorrarse trabajo muscular personal ó para mover máquinas. Las fuerzas motrices no son más que una clase de las apropiadas.

Entre las motrices se cuentan: 1.º *la fuerza muscular de los animales* que el hombre ha domesticado casi desde que existe en el mundo; 2.º *el viento*, fuerza inconstante que ha aprovechado para mover molinos, hacer marchar las embarcaciones, etc.; 3.º *el agua*, fuerza también de muy variadas aplicaciones; 4.º *la fuerza expansiva de los gases y, sobre todo, la del vapor*, descubrimiento que produjo una verdadera revolución económica transformando las industrias; y 5.º *la electricidad*, cuyo gran poder no ha sido aún utilizado como debiera.

El hombre para subsistir necesita no sólo alimentos sino también abrigo para preservarse de los rigores del clima y albergue para precaverse de la intemperie. En algunas partes de nuestro planeta, especialmente en la zona tórrida, la tierra provee á la necesidad humana de alimento brindando los ricos y espontáneos frutos de su fértil suelo; pero esto es una excepción; en general, el hombre tiene, conforme al precepto bíblico, que obtener su subsistencia con el sudor de su frente, y cuando así no lo hace, la tierra, insensible á sus necesidades, no produce más que zarzas y espinos. El trabajo es, pues, un factor indispensable de la producción, ya sea material ya intelectual; pero igual suma de trabajo es diferentemente productiva según los distintos lugares.

Tres son los subfactores de la naturaleza que obran sobre la producción: 1.º el clima y la configuración del suelo; 2.º la constitución geológica de éste; y 3.º las fuerzas de que hemos hablado más arriba.

El clima influye de diversos modos; cuando es cálido y

húmedo produce una vegetación lujuriosa que proporciona al hombre los alimentos indispensables para el sostén de la vida, no le fuerza á buscar abrigo, porque á causa de la elevada temperatura se puede vivir casi en la desnudez y embota su espíritu cuya actividad no se ve aguijoneada por la necesidad, madre de todos los esfuerzos; cuando es templado ó frío, la naturaleza no es tan pródiga y entonces el hombre se ve precisado á ejercitar todos los recursos de que dispone, á aguzar su inteligencia para obtener los medios de subsistir.

La configuración del terreno tiene sobre la producción y sobre los destinos del hombre, una influencia igualmente considerable. Los habitantes de un país que posea muchas costas ó que tenga una importante red fluvial, serán navegantes, se darán al comercio marítimo, tendrán más facilidades para transportar los productos y, por lo mismo, el trabajo será más reproductivo que en las naciones que carezcan de esas ventajas. ¿Cuánto cuestan las carreteras, alcantarillas, calzadas y puentes? Todos los cuantiosos gastos empleados en esos trabajos, los ahorra el país que posee canales naturales ó sean ríos navegables.

La constitución geológica del suelo es otro factor natural no menos notable de la producción. Los bienes de la naturaleza pueden ser de dos clases: unos denominados *medios naturales de goce*, que son los que ella nos brinda espontáneamente, como las frutas, el calor del sol, el aire respirable; y otros llamados *medios naturales de industria*, que son aquellos que para poder satisfacer nuestras necesidades requieren un trabajo previo. En esta categoría entran todos los minerales, el carbón y demás productos del subsuelo. Ya vimos que los países de vegetación exuberante y pródigos en recursos no eran favorables al desarrollo de la civilización, por lo cual juzgau algunos autores, que tales países deben recibir sus progresos de una colonización cons-

ente que nunca rompa los lazos con la metrópoli. Por el contrario, en los territorios donde abundan los medios naturales de industria, que al mismo tiempo poseen clima más templado, allí la civilización se desarrolla más pronto y más prósperamente, y allí también es más productivo el trabajo humano. Esa ventaja de la naturaleza se transforma en realidades pecuniarias de dos maneras: 1.ª en que ocupan esos productos minerales al país que es el único en poseerlos o que los posee en mayores cantidades y con más facilidad de extracción que los otros, pagal a este ese beneficio que no es el resultado de ningún trabajo. Tal es lo que ocurre en Chile, por ejemplo, con el nitró y el guano. 2.ª El país más rico en sí mismo puede alimentar una población mucho mayor que otro de igual extensión y sin esa ventaja geológica. Tal es el caso de Bélgica y de Inglaterra. Se calcula que las minas de esta última nación dan la subsistencia a cinco millones y medio de personas.

De lo expuesto se deduce una verdad de gran trascendencia en la Economía Política, a saber: que la naturaleza no distribuye gratuitamente sus dones ni los reparte por igual entre los países y los hombres. Así dentro de una misma nación, para grandes no son las diferencias que hay entre la productividad y riqueza de las diferentes partes del territorio. Este hecho que hemos señalado debe tenerse muy en cuenta para resolver los problemas que suscita el socialismo: los salarios, los impuestos y todas otras cuestiones de suma importancia y trascendencia.

No hemos extendido, en consideraciones sobre la desigualdad inherente que tiene la naturaleza en la producción, diremos para concluir este capítulo, dos palabras sobre lo que se entiende por capital, reservadas para el capítulo posterior a tratar este factor y a trabajar con más amplitud.

Capital es *trabajo acumulado en vista de la producción*. Los víveres que un hombre ha reunido para proseguir una obra

de aliento que no terminará en muchas semanas y quizás en meses; el hacha que emplea el leñador como los almacenes que sirven de depósito ó las máquinas de un taller, todas son distintas formas de una misma cosa: el capital. Las tres formas principales de éste son: las provisiones, los útiles y máquinas, y las instalaciones.

Si naturaleza, trabajo y capital son los tres factores de la producción, los tres son también los que se reparten los productos. A la naturaleza corresponde la *renta territorial*; al trabajo, el *salario* y el *provecho*; y al capital, el *interés* y el *alquiler* según los casos.

CERLEDONIO NIN Y SILVA.

(Continuará.)

EL SECRETO EN LA NOTIFICACIÓN DE LOS ACTOS JUDICIALES

G. NATALE

Trabaja expusimos en LA REVISTA NUEVA

A la Exposición el número de obra y fecha.

Me he ocupado otras veces del secreto de los actos que deben notificar los ujieres; y he propuesto que los jefes de la magistratura, para hacer respetar este secreto tan importante y delicado, obligaran a todos los ujieres a notificar, en sobre cerrado, las providencias civiles y penales que no entregan directamente a la persona a quien van dirigidas.

Pero se me ha observado con justicia, que es necesario obtener esta reforma, lo mismo que en otras naciones, por

medio de una ley y que la magistratura no tiene poder para hacerla.

Yo me dirijo, por esto, á V. E., para que entre las otras reformas útiles y provechosas que el Ministerio prepara y que presentará á la reapertura de la Cámara, se incluya ésta también, que, estoy seguro, será acogida por todos con gran satisfacción.

Los ujieres, cuando no entregan las providencias que deben notificar en *manos* de la persona á quien están destinadas, las dejan, como es sabido, á persona *familiar*, esto es, á alguno de la familia ó que está en la casa ó al servicio de aquél que debe recibirlas (1).

Faltando alguna de estas personas, se entregan al portero de la casa ó á un *vecino de habitación*, siempre que éstos suscriban los originales.

Si el portero ó los vecinos no las quieren ó no las pueden aceptar, los ujieres fijan un *aciso* en la puerta de la casa de aquél á quien se dirige el acto y depositan después la copia en el Municipio.

Estas reglas, establecidas para fundar la presunción legal de que el acto llegó efectivamente á aquel á quien se destinaba, son comunes, con pequeña diferencia, á los actos civiles y penales (2).

Actualmente, los ujieres dejan *abiertas* todas las citaciones, todas las órdenes, las protestas, las ordenanzas, las sentencias, de modo que cualquiera, extraño á la persona que debe recibir estos actos, puede leerlos, enterarse indebidamente del secreto que contienen, divulgar su contenido y dar pie, de este modo, á la malhadada avidez de los escándalos y de la maledicencia.

Esto es mucho más grave é inquietante, cuando los actos, que, á menudo, son el producto de un empecinamiento, ó el

(1) Artículo 127 de la Ley de Procedimiento Civil.

(2) Artículos 184 y 186 del Código de Procedimiento Penal.

estallido de un delirio pleitista tan frecuente en nuestros pueblos, atacan la consideración de una persona, menoscaban su fama y la desacreditan.

¡Imaginemos lo que puede llegar á ser un acto de este género en las manos de un portero sin conciencia, ó de un doméstico á quien se ha despedido, ó de un vecino importuno!

En suma, los daños de este sistema son enormes, incalculables, siendo más fácil comprenderlos que enunciarlos.

Es necesario, pues, encontrar un remedio para evitarlos.

Las legislaciones de otros países tienen ya alguna disposición que consagra el respeto del secreto judicial.

Así, en el Código de Procedimiento Penal español (artículo 182), muchas notificaciones de actos penales pueden ser hechas á los abogados de las partes (1).

El Código de Noruega (§ 157, dispone que las cartas que se refieren á causas penales, se pueden entregar en el domicilio, aún en los lugares donde ordinariamente no se lleva la correspondencia á la habitación del destinatario (2).

En Alemania, según el Código de Procedimiento Civil,

(1) Código de Procedimiento Criminal español de 14 de Setiembre de 1882: ARTÍCULO 182.—Las notificaciones, las citaciones y las asignaciones pueden ser notificadas á los abogados de las partes.

Quedan exceptuadas de esta regla:

1.º Las citaciones que, por disposición expresa de la ley, deban ser hechas al interesado en persona.

2.º Las citaciones que tienen por objeto la comparecencia obligatoria de los interesados.

(2) Código de Procedimiento Penal de Noruega, de 1.º de Julio de 1887.

§ 156.—Entre las autoridades públicas, los procuradores legales y los defensores de oficio, los avisos que se entregan mediante recibo, suplen á las notificaciones.

§ 157.—Los avisos distintos de los susodichos, si provienen de una autoridad pública, serán hechos en la forma que se considere oportuna para cada caso. Si provienen de otras, sirve de prueba el certificado de una autoridad pública ó el reconocimiento escrito de que se dió el aviso hecho por el interesado.

En los lugares donde no se lleva la correspondencia á domicilio, se deberán, sin embargo, llevar las cartas que conciernen á las causas penales, cuando el pedido provenga de una autoridad pública.

(art. 176), el ujier no está obligado á notificar personalmente los actos solicitados por las partes interesadas, pero puede confiar al correo la citación que está encargado de remitir (1).

El Código de Procedimiento Penal de la misma nación (art. 39), permite á cualquier autoridad judicial, en cualquier Estado de la Confederación, dar disposiciones reglamentarias respecto al modo más simple de notificar los actos que se refieren á la instrucción del proceso y á la ejecución de la pena (2).

Notable es también una disposición del Código de Procedimiento Penal austriaco (§ 173), por la cual cualquier imputado debe ser, en primer lugar, citado ante el juez de instrucción con invitación *escrita y cerrada* (3).

Sin embargo, ninguna legislación como la francesa ha abordado directamente el problema.

Es bueno transcribir por completo, ya que es breve, la ley francesa del 15 de Febrero de 1899.

ARTÍCULO 1.º *El artículo 68 del Código de Procedimiento Civil queda modificado como sigue:*

Cuando la copia sea remitida á otra persona distinta de la parte misma ó del procurador de la República, será entregada bajo sobre cerrado, no llevando otra indicación que, por un lado,

(1) Código de Procedimiento Civil alemán de 30 de Enero de 1877.

ART. 176—Las notificaciones pueden también ser hechas por medio del correo.

(2) Código de Procedimiento alemán, de 1.º de Febrero de 1877.

ART. 39.—La Administración judicial superior podrá en cualquier Estado de la Confederación, tomar disposiciones reglamentarias para permitir el uso de formas más simples, para el efecto de justificar la notificación de los actos que se refieren sea á los preliminares, á la acción pública, sea á la instrucción preliminar, sea, en fin, á la ejecución de la pena.

(3) Reglamento de Procedimiento Penal austriaco de 23 de Mayo de 1873:

§ 173—Cuando la ley no prescriba otra cosa, el imputado deberá ser, en primer lugar, sólo citado para el examen.

Esta citación se efectuará con la intimación de una invitación escrita, cerrada, firmada por el Juez instructor y dirigida á la persona citada. Esta citación deberá contener el nombre del juicio y de la persona citada, la indicación genérica del objeto del proceso de instrucción, el lugar, el día y la hora de la comparecencia, además, que al citado se le considerará como imputado y que no compareciendo deberá ser acompañado en persona al juicio.

los nombres y domicilio de la parte, y, por otro, el sello del estudio del ujier colocado sobre el cierre del pliego.

Esta ley ha querido ser demasiado simple y general, y por esto, ha resultado incompleta, prestándose á severas críticas.

Ante todo, el sello del ujier en el dorso del sobre indica claramente que lo que contiene es un acto judicial, por lo cual, todas las suposiciones son posibles.

Es verdad que no se puede leer el contenido del sobre, pero es preferible que el ujier lo remita con la sola dirección y sin indicar su nombre y su estudio.

Además, la ley se aplica á todos los actos civiles, no comprendiendo los otros, mucho más importantes, de materia penal.

Ni para todos los actos civiles puede siempre adoptarse el sistema del sobre cerrado. ¿Cómo se ha de usar, por ejemplo, en los protestos cambiarios ó en las ofertas reales, donde se requiere una interpelación expresa del ujier á la parte?(1)

Dicho esto, si se debe corregir con una ley oportuna la reforma invocada, es evidente que nos conviene imitar la ley francesa.

Me parece una buena solución del problema la que dispusiera (haciendo obligatoria una prescripción que en Alemania es solamente facultativa para los actos civiles) que los actos civiles y penales que el ujier no notifica personalmente á aquel á quien van dirigidos deben ser confiados al correo en *carta recomendada* y en sobre simple.

Se debe, bien entendido, hacer excepción á esta regla para los actos que no pueden ser notificados así, como aquellos en que ocurre precisamente la interpelación del ujier y

(1) Así en los actos ejecutivos, después que se ha trabado el embargo, parece ridículo dejar copia de los mismos actos, en sobre cerrado.

para los actos que no es necesario poner en sobre, como los destinados á un ente jurídico, verbigracia, el Estado, la Provincia, la Comuna, etc., etc.

Espero que V. E. dispondrá que esta cuestión, por la gran utilidad que reportará al público, sea atentamente estudiada en el acto.

La ley establece la inviolabilidad del secreto epistolar y del secreto telegráfico. ¿Por qué no se debe proteger también el secreto judicial fuera de la sede de la justicia?

La violación de este secreto es un atentado á la libertad individual y un abuso que debe cesar.

PROLEGÓMENOS DE DERECHO COMERCIAL

(Continuación)

VIII. Pasemos ahora al estudio de otro punto no menos interesante, al estudio de la división de los actos de comercio.

Ofrece dos facés: la teórica y la legal. En la primera, veremos algunas de las distinciones, divisiones y agrupaciones dadas por los tratadistas, y en la segunda, veremos los sistemas legislativos sobre la materia.

Notamos primeramente que es raro el autor que no ha hecho divisiones de los actos de comercio, pero que esas divisiones no han sido efectuadas, siguiendo siempre idénticas ideas lógicas que podrían llevar á conclusiones generales y científicas. Los unos han seguido para ellas á la legislación que explican y comentan; los otros han efectuado divisiones teóricas puramente, pero informándose en ideas distintas: han partido de principios diversos y distintas han tenido que ser sus consecuencias: otros han tomado como normas algu-

nas cualidades comunes á ciertos actos, y han procedido á su agrupación, reuniéndolos según esas cualidades comunes se manifiestan; en tanto que no han faltado otros que lo hayan hecho atendiendo juntamente á la ley y á la teoría.

Veamos algunos ejemplos:

Boistel los divide en tres categorías: 1.^a Actos comerciales por su naturaleza; 2.^a Actos comerciales en virtud de la teoría de lo accesorio; y 3.^a Actos comerciales por autoridad de la ley.

Partiendo Boistel del principio de la especulación sobre la intromisión, que es el *alma mater* de su definición del acto de comercio. llama actos comerciales por su naturaleza á todos aquellos á los cuales su definición puede aplicarse y los subdivide en las siguientes categorías: 1.^a Especulaciones sobre mercaderías; 2.^a Especulaciones sobre ciertas locaciones de obra y de industria; 3.^a Especulaciones sobre capitales; y 4.^a Especulaciones relativas á los transportes marítimos.

La segunda categoría dada por Boistel se halla informada por el principio *de que lo accesorio sigue á lo principal*, y como consecuencia de este principio, dice el citado autor que son actos de comercio las obligaciones y actos de un comerciante ejecutados en interés de su comercio.

En la tercera categoría coloca á las letras de cambio que dice son comerciales en virtud de la ley

Thaller, partiendo del principio de que el hecho constitutivo del comercio se encuentra en la intromisión entre la oferta y la demanda, los divide en estas otras categorías: "Actos de comercio principales" y "Actos de comercio accesorios," ó sea, "Actos de comercio por su naturaleza" y "Actos de comercio accesorios." Una última categoría forma este autor: la de los actos comerciales en *virtud de la forma*. Son éstos los que se presentan exteriormente en condiciones determinadas, que les dan carácter comercial, sin que

para nada sea necesario atender á su fondo; entran, según este autor en esta categoría: 1.ª las letras de cambio y 2.ª las operaciones de las sociedades anónimas.

Otro autor, Margheri clasifica los actos en cuatro categorías: 1.ª Especulaciones directas que tienen por objeto mercaderías ó comestibles; 2.ª Actos que presuponen ó se refieren á las otras relaciones; 3.ª Especulaciones directas sobre el trabajo, y 4.ª Actos que generalmente conciernen á mercaderías ó valores.

Lyon Caen y Renault forman dos grandes grupos de actos comerciales. Llamam al primero, "Actos comerciales por sí mismos," y, en esta categoría comprenden, como lo hacen casi todos los autores franceses, á los que enumera el Código francés en los artículos 632 y 633; y llaman á los del segundo, "Actos comerciales por la cualidad de la persona."

Esta división conviene en cierto modo, con la que hemos visto, hacen los autores de la escuela alemana, pero difiere en cuanto á qué se inspira solamente en la naturaleza comercial del acto, y conviene también con la de la mayoría de los autores que citamos, quienes ya en una ú otra forma, adaptan en primer término estas dos grandes líneas de separación, aun cuando suelen agregar otras categorías y adoptar designaciones nomenclaturas.

No citaríamos á ningún otro autor, pues de una manera general podríamos decir, sin equivocarnos, que hay casi tantos sistemas de división de los actos, pero queremos hacer una excepción á favor del doctor Obarrio, por tratarse de un autor americano que ha estudiado una legislación idéntica á la oriental.

Divide el doctor Obarrio los actos de comercio en cinco clases: 1. Actos comerciales *res ipsa* ó por su propia naturaleza; 2. Actos comerciales *ratione personae* ó por la cualidad de la persona; 3. Por la naturaleza de las cosas, y por

la intención; 4.ª Porque son medios de comercio; y 5.ª Por la teoría de lo accesorio.

El doctor Obarrio coloca en la primera categoría, ó sea actos comerciales por su propia naturaleza, á las letras de cambio, billetes á la orden, sociedades anónimas, y á todos los actos relativos al comercio marítimo.

En la segunda categoría, á los que dice, "no son comerciales de una manera absoluta," á los actos de los comerciantes que la ley presume mercantiles, pero admitiendo prueba en contrario. Artículo 5.º).

En la tercera, coloca á las compras de cosas muebles para revenderlas ó alquilar su uso. (Artículo 7.º, inciso 1.º, y artículo 516, inciso 1.º).

En la cuarta, á las operaciones de los agentes auxiliares, y, por último, en la quinta categoría, á aquellos actos que son comerciales en virtud de la teoría de lo accesorio, teoría dice, en razón de la cual, debe ser caracterizado el acto accesorio por el acto principal.

No participamos de las opiniones sostenidas en la mayoría de las divisiones expuestas, y que pertenecen á los autores citados, y creemos que la dada por el doctor Obarrio es quizás la que se halla sujeta á mayor número de errores, como es fácil evidenciarlo. Con ese fin, y para evitar confusiones, vamos á precisar algunas ideas.

La teoría informándose en el ser mismo de los actos, ha llamado actos comerciales por su naturaleza, á aquellos cuyo ser íntimo, cuya intrínseca naturaleza lleva evidentemente el sello de la comercialidad; en tanto que llama actos de comercio por la cualidad de su autor, ó como otros los llaman, actos de comercio por relación, á los que, por ser ejecutados por un comerciante sufren esa influencia, y reciben por ella el carácter de comerciales.

Si á éstos agregamos los que hemos visto se llaman ac-

los comerciales por su forma, tendríamos tres categorías de actos perfectamente distintos y caracterizados.

Nos parece, pues, que atendiendo á estas tres grandes líneas de separación, y dando alguna mayor amplitud á las del segundo grupo, pero siempre de acuerdo con el principio de la teoría de lo accesorio, podríamos hacer la siguiente división, siguiendo un orden racional y lógico, división que carece de pretensiones, porque, en realidad, nada nos pertenece de las ideas que la informan:

1. Categoría—Actos comerciales por sí mismos, ó por su naturaleza.
2. Categoría—Actos comerciales por la cualidad de su autor, ó por relación ó por accesión, y
3. Categoría—Actos comerciales por su forma.

En la primera Categoría entrarían, primero, todos los actos comerciales por su naturaleza de que ya hemos hablado.

En segundo término, aquellos actos que son también comerciales por su naturaleza, indistintamente, pero cuya comercialidad hay que investigar atendiendo á la intención de quien los ejecuta, por ejemplo, compras, ventas, negociaciones, etc., hechas con la intención de revender y en tercer término á todos los actos de empresa que evidencian naturaleza comercial en el acto ejecutado.

En la segunda categoría, ó sea "Actos comerciales por la cualidad de su autor, ó por relación ó accesión," colocaríamos, en primer término, á los ejecutados por el comerciante en interés de su comercio, pues la comercialidad de esta clase de actos no debe confundirse con la presunción de comercialidad establecida por el inciso 1.º del artículo 6.º. Claramente todos los actos de un comerciante se presumen comerciales, pero esto no quiere decir que lo sean, puesto que admite prueba en contrario.

En segundo lugar, á todos aquellos cuya ejecución responde á una idea de contribución, de cooperación, de auxilio ó de accesión.

Tales serían los actos de los agentes auxiliares, las operaciones de los factores, dependientes, tenedores de libros, las convenciones sobre salarios, etc., etc; y por último, á los actos comerciales que llaman los autores "acto de comercio aislado," esto es, al ejecutado por un no comerciante, pero que lo sujeta á la jurisdicción y á la ley comercial (C. de Comercio de la República Oriental, art. 6.º). Nos resta la tercera categoría.

Comprenderíamos en primer término á las operaciones de las sociedades anónimas.

Sin duda alguna la naturaleza de las operaciones á que pueden dedicarse estas sociedades, puede ser, y es civil muchas veces, y ha sido solamente atendiendo á su forma, á su constitución que la ley las ha colocado en la categoría de comerciales, porque, como dice el inciso 5.º del artículo 7.º, sea cual fuere, su objeto son actos de comercio.

En segundo término colocaríamos á las negociaciones sobre letras de cambio, documentos endosables, como vales, pagarés ó billetes á la orden.

Haremos notar que tanto las letras de cambio, como los vales, etc., pueden participar del doble carácter de comerciales por su naturaleza y por su forma, siempre que la negociación que los haya originado sea comercial por su naturaleza, así como pueden existir documentos no endosables pero provenientes de operaciones, de actos comerciales por su naturaleza intrínseca.

Si colocamos á las letras de cambio en esta tercera categoría, es porque para ellas es una realidad que la forma prima sobre todo, pues nada tendría que ver que respondieran á operaciones civiles, una donación, por ejemplo. Porque quien firma una letra de cambio ó un vale á la orden, eje-

cuta un acto comercial, pues crea un instrumento cuya forma por sí sola determina la comercialidad del mismo.

No hemos seguido á Boistel, porque decir como él lo hace que las letras de cambio son comerciales por autoridad de la ley, ó decir que son comerciales en virtud de una presunción absoluta de la ley, nos parece que es usar de una fórmula demasiado amplia, que nada precisa, pues, en último término, todos los actos de comercio lo son por autoridad de la ley, aunque no son una creación legislativa.

No hemos seguido en esta división al doctor Obarrio, porque, como ya se ha visto, diferimos de su opinión respecto de los actos de la tercera categoría, porque en la suya no caben los actos de comercio aislado, etc; y tampoco hemos seguido á los otros autores por idénticas causas, aun cuando, volvemos á repetirlo, hemos tomado de ellos la mayor parte de las ideas de esta división, que responde en parte á las ideas de Lyon Caen y á las de Thaller, y que se funda en principios lógicos y universalmente admitidos por los autores: el de que los actos son comerciales por su naturaleza íntima: el de que los actos son comerciales en virtud de que lo accesorio sigue á lo principal; y que ciertos actos son comerciales, porque como dice Margheri "dependen especialmente de la forma, á la cual tantas veces la ley acuerda la preferencia."

(Continuación.)

ALBERTO JONES BROWN.

APUNTES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

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

(Continuación.)

10. NACIONALIDAD.—De las doctrinas expuestas como fundamento de la ciencia del Derecho Internacional Privado sólo

hay dos que al propio tiempo que explican el fundamento de la ciencia, determinan la ley aplicable á las relaciones jurídicas de carácter internacional; son ellas la *hostilidad* y la *nacionalidad*. La primera sirve de base al sistema que aplica la ley del Tribunal que juzga; la segunda se reproduce como criterio de solución por crear sus partidarios que la ley nacional "determina, según la fórmula de Savigny, para cada relación jurídica, el dominio del derecho más conforme con la naturaleza propia y esencial de esta relación."

Weiss la formula de este modo: "La ley tiene siempre "por objeto la utilidad de la persona; no puede regir más "que á aquellos para quienes ha sido dictada; pero á éstos, "debe, en principio, regirlos en todos los lugares y en todas sus relaciones jurídicas, salvo las excepciones que resultan "tan del orden público internacional, de la regla locus regit "actum, y de la autonomía de la voluntad" (1).

Agrega el mismo autor que la soberanía territorial del Estado no es más que un accesorio; no es sino la dependencia de su soberanía personal. (Weiss; l. c.)

La crítica de la doctrina está hecha; al presentarla como criterio de solución no se modifica absolutamente y aparece tal como cuando se expone como fundamento de la ciencia. Las razones que nos han servido allí para desecharla podemos hacerlas valer igualmente en este caso, lo que importaría una repetición inútil de lo que hemos dejado sentado.

Pero obsérvese que el mecanismo de la doctrina es exactamente igual al de los estatutos; como en ésta, hay leyes de aplicación extraterritorial (estatuto personal), y otras cuya aplicación no se extiende fuera del territorio (estatutos reales y mixtos). Y dividiéndose el derecho según esta doctrina en público y privado, esta división corresponde á la de estatutos reales y personales. Como se ve, pueden agregarse algunas objeciones de las que afectan á la doctrina de los estatutos, lo que hace que el sistema sea doblemente inaceptable.

(1) Weiss, op. cit., p. 512-513.

11. SISTEMA DE LAURENT. —Partidario convencido de la *personalidad* del derecho, Laurent encuentra injustificadas algunas de las excepciones que admiten los sostenedores de la *nacionalidad*. Distingue entre las leyes, las que afectan á la persona y las que afectan al territorio y son de orden público.

Para Laurent casi todas las leyes son personales y por lo tanto, en los conflictos de derechos debe aplicarse la ley nacional, aun cuando no se trate de relaciones puramente personales, mientras que para la doctrina de la *nacionalidad* sólo se aplica la ley nacional en los conflictos de leyes personales. En el sistema de Mancini sólo se aplica la ley extranjera en lo referente á las relaciones de familia, estado civil de las personas y sucesiones, pero se da aplicación á la ley italiana respecto de la capacidad de las personas y, sobre todo, en lo que se refiere á los bienes, principalmente, á los inmuebles. Para Laurent estas excepciones de Mancini son ilógicas: trata de demostrar que aún las leyes más personales, por ejemplo, las que comprenden la capacidad y estado civil de las personas, afectan á los bienes y esto no es una razón para hacer excepción. Todas las leyes son personales, porque, en mayor ó menor grado, tienen en cuenta á la persona y deben aplicarse aún fuera del territorio; todas tratan de establecer los derechos de las personas que tienden á proporcionarles los objetos que les son necesarios para su subsistencia: todas, pues, son personales y no se debe hacer excepción con las que no se refieren principalmente á la persona, sino que todos los intereses privados de una persona en el extranjero deben estar sometidos á su ley nacional y no á la ley territorial del lugar en que se encuentren.

La doctrina de Laurent es más lógica que la de Mancini, pero se le formulan con mayor razón, dada la exageración con que aplica su criterio, las críticas que se hacen á la doctrina de la *nacionalidad*.

En aquellos países donde hubiese muchos extranjeros, este

criterio vendría á anular la legislación de cada territorio, siendo de notarse la desigualdad proveniente de aplicar á casos iguales, leyes diferentes, según fuera la nacionalidad de las personas que intervienen en cada relación de derecho. El territorio, la base física del Estado, vendría á quedar legislado por leyes extranjeras, las cuales vendrían á echar por tierra todos los principios de orden público que el legislador creyó de su deber salvaguardar. Si la *nacionalidad* es inaceptable como criterio, su aplicación se hace imposible con la amplitud con que la defiende Laurent.

12. PRINCIPIO FUNDAMENTAL DE LA CIENCIA, DEDUCIDO DE LA JUSTA APLICACIÓN DE LA LEY TERRITORIAL —Después de darnos Savigny una base sólida y un fundamento estable del Derecho Internacional Privado por medio de su sistema de la comunidad de derechos, creyó que los problemas de esta ciencia se resolvían con su fórmula: debe buscarse para cada relación jurídica el dominio del derecho más conforme con la naturaleza propia y esencial de cada relación. No lo consiguió, sin embargo, pues sólo llegó á plantear el problema en sus verdaderos términos dando lugar á que los partidarios de algunos de los sistemas expuestos pretendan que ellos sean los que interpretan más fielmente la intención de Savigny, encerrada en la fórmula que acabamos de indicar.

Pero, el sistema que verdaderamente surge del criterio de Savigny es el llamado de la ley territorial, brillantemente expuesto por el doctor Gonzalo Ramirez á quien se debe la paternidad de tan científica solución. El sistema ha sido desarrollado en el informe de la Comisión de Derecho Comercial en el Congreso de Montevideo, debido al doctor Ramirez.

“Estudiando Savigny, lo que con gran profundidad de vistas llamaba límites locales del imperio de las reglas de derecho, sobre las relaciones jurídicas, ha escrito en su famosa obra sobre el sistema del derecho romano actual, una página que no han meditado bastante, aún aquellos

que han dedicado especial atención á las cuestiones á que dan lugar los conflictos de legislación, en las relaciones internacionales de los pueblos que mantienen vida libre é independiente.

El gran romanista se preocupa, ante todo, al iniciar sus estudios sobre tan ardua materia, de plantear en sus verdaderos términos el problema que trata de resolver...

Si buscamos históricamente la solución de este problema, encontramos dos causas principales que en todo tiempo han establecido y limitado, entre los individuos, la comunidad del derecho positivo: éstas son el origen y el territorio.

El territorio aparece como el segundo motivo que en grandes proporciones determina y limita la comunidad de derecho entre los individuos. Se distingue este motivo del precedente, la nacionalidad, en que es menos personal su naturaleza. Las fronteras son un signo exterior y visible que nos sirve para reconocerlo, y la influencia de la voluntad humana sobre su aplicación es más extensa y más diversa que sobre la aplicación de la nacionalidad donde esta influencia tiene más bien un carácter de excepción.

Este segundo motivo de la comunidad de derecho, ha separado, por sus desenvolvimientos sucesivos al primero, la nacionalidad. Entre las causas que han conducido á este resultado debe contarse, en primer lugar, las comunicaciones activas y multiplicadas de los pueblos, las cuales sirven para los contrastes más salientes de las diversas nacionalidades.

Tomando como punto de partida este segundo motivo de la comunidad de derecho, se refiere la solución que debe ocuparnos á la diferencia local de los derechos de modo que el problema que hemos de resolver en todos los casos posibles de colisión puede formularse en los siguientes términos:

¿Cuál es en cada caso el derecho territorial aplicable?

“Esta es la razón, concluye Savigny, de haber designado hasta aquí con el nombre de límites locales, los límites del derecho existente en una misma época, en distintos territorios.” (1)

Continúa el doctor Ramirez diciendo que los conflictos de Derecho Internacional Privado son conflictos de soberanías, por cuanto la ley es un mandato de la voluntad soberana; ahora bien, del carácter de esa soberanía dependerá el acierto de las soluciones de la doctrina territorial. Estudia en seguida las evoluciones por que ha pasado el concepto de la soberanía, demostrando que si bien ha sido personal, hoy es esencialmente territorial, y agrega: “Según este nuevo concepto de la soberanía, dada la oposición de las leyes nacionales y extranjeras, no debe ya discutirse si las leyes son reales ó personales, si las personas son nacionales ó extranjeras ó si las leyes son de orden público ó privado. Lo que ante todo interesa averiguar es el lugar en que se localiza el acto jurídico que vincula una persona á otras personas, ó á las personas con las cosas. El conflicto de soberanía que trata de resolver el Derecho Internacional Privado es puramente territorial; nada tiene que hacer la soberanía personal que las naciones ejercitan sobre sus ciudadanos con las relaciones jurídicas de carácter puramente privado.”

“Es ese el criterio, que consulta mejor que otro ninguno, las legítimas conveniencias de los Estados y está más en armonía con el concepto de la soberanía en los tiempos modernos.” 2

La doctrina viene á hacer práctica la fórmula de Savigny, localizando todas las relaciones jurídicas y aplicando la ley local de ese lugar que es la que mejor contempla la naturaleza de cada relación. La tarea se reduce á determinar

1. *Acas y Tratado de Comercio y Consulado*, págs. 102, 103, 104 y 105.

2. *Acas*, págs. 102.

cuál es la ley afectada por una relación de derecho, esto es, á localizar los actos jurídicos; conseguido esto, se aplica la ley territorial de ese lugar, que es la que está más en armonía con el conflicto de que se trata.

Se creerá alguna vez que la doctrina falla y apela á otros elementos para resolver los conflictos de derecho, p. ej. al domicilio; pero en tal caso, el domicilio será un medio que ayudará á localizar una relación de derecho y la ley que se aplica no será la ley del domicilio sino la ley territorial del lugar más afectado por el conflicto, lugar que aparece de manifiesto por ser el del domicilio de una persona. El domicilio sólo es un medio gracias al cual es posible localizar relaciones jurídicas generalmente de carácter personal.

Con este criterio, localizando en cada caso las relaciones jurídicas, se facilitan los problemas de derecho internacional privado y al mismo tiempo, se resuelven de la manera más sencilla desde que su solución queda subordinada á las normas generales del derecho y no á elementos extraños, que como en la nacionalidad, pretenden hacerse prevalecer, desnaturalizando así lo que es una cuestión puramente de derecho.

— *Asser*, El Derecho Internacional Privado, tomo I —
 — *Brignone*, El Derecho Internacional Privado, Tesis —
 — *Ramirez*, Der. Intern. Priv., p. 50 — *Weiss*, Droit Int. Privé, Introduction, ps. 455 á 507 — *Sarville et Arthuys*, s. 1.º 2.º y 3.º —
 — *Asser*, Revue Intern. Privé, Introd. s. 2.º — *Lomonaco*,
 Der. Int. Priv. Cap. I s. 1.º II, Cap. II s. 1.º 2.º — *Fiore*, Der.
 Int. Privé, tomo I, Cap. I IV, V.

Derecho Civil Internacional

El orden según el cual debe estudiarse el Derecho Internacional Privado, con arreglo al Programa, es el siguiente: 1.º Derecho Civil; 2.º Derecho Comercial; 3.º Derecho Procesal; y 4.º Derecho Penal Internacional, atendiendo así á la importancia respectiva de cada materia. Es el orden que siguen la generalidad de los autores, aunque respecto del Derecho Penal muchos no lo tratan, ya sea por considerar que el Derecho Penal es del dominio del Derecho Público, ó bien porque le dedican tratados especiales.

Weiss estudia conjuntamente el Derecho Civil y el Comercial; de éste poco se ocupa y sólo el *contrato* y la *letra de cambio*, merecen ser tratados al hablar de los *derechos patrimoniales personales*. Asser, estudia el Derecho Procesal antes del Comercial, que es el mismo orden seguido por Sarville et Arthuys. Lomonaco, después del Derecho Civil, estudia el Procesal y no trata del Comercial. Fiore estudia después de la venta, la letra de cambio y las quiebras, pero sin hacer distinción de materias. Pero el orden que contempla la importancia y la gradación de las materias es el del Programa, que es el que debemos seguir. No comprende las cuestiones de Derecho Industrial que hoy se prestan á discusiones interesantísimas, por lo cual no las estudiaremos.

TITULO III

De las personas

I.—LEY QUE DEBE REGIR LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS.
 —Según Savigny "las relaciones de derecho de las cuales " es menester ocuparse, pueden clasificarse del siguiente modo:
 " I Estado de la persona (capacidad de derecho, capacidad

"de obrar. —II Derecho de las cosas. —III Derecho de las obligaciones. —IV Derecho de las sucesiones. V Derechos de familia." 1) Nosotros, con arreglo al programa de la materia, hemos de seguir este mismo orden, pero alterándolo en parte por cuanto estudiaremos el *matrimonio y las copulaciones matrimoniales* antes de las *sucesiones*

En las relaciones de derecho es siempre lo más importante la persona, y de ésta, lo relativo á su capacidad y estado, de modo que se justifica plenamente el orden establecido por Savigny.

El estado de una persona es "la condición ó la manera en que los homes viven ó están" Ley 1.ª, título 23. Partida 4.ª "ó sea la calidad ó condición bajo la cual se halla "constituido el hombre en la sociedad y en su familia" (2). "El estado de las personas es el conjunto de las cualidades "que constituyen su individualidad jurídica" 3). El *estado* comprende diversas circunstancias, como las de casado, soltero, viudo; mayor ó menor de edad, hijo legítimo ó natural, etc. este conjunto de condiciones es lo que constituye la *individualidad jurídica de la persona*.

"En cuanto á la capacidad, es la aptitud de una persona "para gozar de diferentes derechos, y particularmente los "derechos privados". 4) Estos derechos podrá ejercerlos por sí ó por otro. Todas las personas son capaces menos aquellas á las cuales las leyes declaran incapaces: las incapacidades siempre son de interpretación estricta: la capacidad es la regla, la incapacidad la excepción.

Casi todos los autores al estudiar las personas en el Derecho Internacional Privado tratan de establecer la ley que debe regir tanto el estado como á la capacidad de las perso-

1) Véase el Tratado de Derecho Internacional Privado, p. 11.
2) Expositio in Estado de las personas.
3) Véase el Tratado de Derecho Internacional Privado, p. 11.
4) Véase el Tratado de Derecho Internacional Privado, p. 11.

nas. (1) El propio doctor Quintana las estudia en un mismo título de su proyecto de tratado (2). Hacen excepción á este método, el Proyecto de Derecho Civil de la minoría redactado por Pratz, el cual en su parágrafo I sólo se ocupa de la capacidad de las personas (Actas, p. 161) y Weiss, quien en su Derecho Internacional Privado trata en un título, el 3.º, capítulo 2.º del libro 3.º, de los incapaces.

El método seguido comúnmente nada tiene de aceptable; es tarea inútil la de pretender determinar la ley aplicable á la capacidad y al estado de las personas. Efectivamente, se trata de conflictos de derecho que no son análogos y que es imposible sujetar á una misma ley; lo relativo á la capacidad de las personas no puede mirarse como igual á lo referente, por ejemplo, al matrimonio; puede ser que á la capacidad deba regirla una ley distinta de la que rige al matrimonio, y presentando unidos el estado y la capacidad para determinar la ley única que les será aplicable, es posible extraviar el criterio que debe guiarnos ó dificultar el problema, á tal punto que sea imposible poder fijar la ley que debe regir á esas relaciones de derecho.

Por lo demás, el estado de las personas está formado por un conjunto de circunstancias diferentes y no habría razón atendible para someterlas todas al imperio de una sola ley; no siendo posible determinar una ley que rijan invariablemente todas las circunstancias que constituyen el estado de una persona, con mayor razón es imposible someter á una ley única todo lo relativo al estado y á la capacidad. Siguiendo el Programa de la materia hemos de estudiar ahora solamente lo relativo á la capacidad de las personas, dejando los distintos elementos que constituyen el estado para tratarlos á su debido tiempo. Establecida esta distinción es

(1) Saville et Arthurs, op. cit., p. 145.—Lomonaco, op. cit., p. 74.—Fiore, op. cit., p. 83.—Asser et Rivier, p. 43.
(2) Actas y Tratados del Congreso Internacional Sudamericano de Montevideo, p. 148.

fácil poder determinar con acierto la ley que debe regir la capacidad de las personas.

2.—**SISTEMAS DIVERSOS.**—Muchos son los sistemas que exponen los tratadistas para determinar la ley que debe regir la capacidad de las personas y es posible que esta diversidad de opiniones tenga por causa el error que se comete al pretender solucionar conjuntamente las cuestiones relativas á la capacidad y al estado de las personas. Los sistemas principales son el que aplica la ley del domicilio, la doctrina de la nacionalidad, la del acto jurídico y la que distingue entre la capacidad, incapacidad y sus efectos.

Esta diversidad de pareceres se notó en el Congreso de Montevideo: la Comisión en mayoría aconsejaba la ley del domicilio, la minoría la de la residencia y el doctor Ramírez sostenía en su libro sobre Derecho Civil el sistema que distingue entre la capacidad é incapacidad y sus efectos, que fué el admitido por el Congreso, aun cuando aparentemente se hubiere inclinado á la ley del domicilio.

3.—**SISTEMA DEL DOMICILIO.**—Según este sistema la ley que debe regir el estado y la capacidad de las personas, ó simplemente la capacidad, es la ley del lugar de su domicilio. Siempre que haya cuestión sobre la capacidad de las personas debe aplicarse la ley del domicilio, ya se questione en ese lugar, ya ante un tribunal extranjero y no solo cuando se refiera á actos que se ejecutan en el domicilio, sino también cuando esos actos van á producir sus efectos en un país extranjero.

Se funda el sistema en que es de interés general que la ley del domicilio rija la capacidad de todos los habitantes de un lugar determinado; de este modo es posible colocar á todas las personas en un grado de igualdad tal, que haciendo desaparecer los privilegios que podrían invocar algunas personas, las coloca á todas en la misma condición, robusteciendo así la cohesión de las agrupaciones sociales, desde que so-

metidos todos á la misma ley, hace desaparecer toda diferencia entre nacionales y extranjeros y aún entre los extranjeros de diferentes colonias. Facilita el desarrollo del comercio desde que habiendo una ley igual para todos no hay el peligro de ser sorprendido por privilegios ó limitaciones que pudieran establecer otras leyes, ni presenta y, al contrario, salva las dificultades que por otras doctrinas pueden producirse y que consistirían ya en la aplicación de una ley doble, ya en cuanto una persona podría, en determinado momento, no tener una ley que rigiera su capacidad.

Dentro de este sistema es de fácil averiguación la capacidad de las personas, sometida como lo está á la ley del domicilio, lo que sería difícil determinar si rigieran leyes diversas.

Da gran firmeza á la ley que rige la capacidad, por cuanto los cambios de domicilio son poco frecuentes, y contempla al propio tiempo, la voluntad de las personas desde que es por un acto propio y libre que éstas se domicilian en determinado lugar, cuya ley es la que van á aceptar. No se obliga así á someterse á una ley cualquiera, sino que la persona puede elegir la ley que deba regirla con la condición de domiciliarse en ese lugar.

Por lo demás, es de notarse el interés grandísimo que tienen los pueblos de América de refundir en su elemento nacional la inmigración extranjera, para lo cual se presta admirablemente la doctrina expuesta.

“El domicilio es el centro de la vida jurídica de una persona; es allí donde está la sede de sus negocios y de sus intereses; es allí donde ejerce sus derechos; es, pues, allí, que se encuentran agrupados los diversos elementos que reunidos forman la personalidad jurídica y determinan, en consecuencia, el estado (1). De este estado fluyen la

(1) Véase el artículo en donde la palabra estado indica toda calidad de una persona que la hace capaz ó incapaz de determinados derechos. Véase también el artículo 1.º de la Ley 11.727.

"capacidad ó la incapacidad" (1). De estas consideraciones se desprende que es el domicilio el lugar excepcionalmente dispuesto para determinar la incapacidad ó capacidad de la persona; por ejemplo, tratándose de un loco, no hay lugar más aparente, porque el reconocimiento sólo es posible en tanto se encuentra al loco en su medio de vida ordinario; en cuanto á la edad, será el domicilio generalmente el lugar donde se encuentren los registros de inscripción, y á falta de éstos, es posible la prueba supletoria por las relaciones de la persona, que se encontrarán en el lugar de su domicilio.

4. Crítica.—Es imponente el conjunto de opiniones que á su favor presenta la doctrina del domicilio que ha sido defendida por autores antiguos y modernos: Boullenois, Rodenburgh, Herzio, Froland, Bouhier, Juan Voet, Pablo Voet, Pothier, Story, Savigny, Bocco, Westlake. 2. D'Argentré, Merlin, Demangeat, Borrillich, Schäffner, Keller, Barge, Phillimore, Diezy, Hans, Wohaeton, Pinedo, Alcorta y Quintana

3. Pero según Fiore (4) y algunos otros tratadistas, no parece que todos los autores tengan una noción exacta del domicilio ó, más bien dicho, lo restringen al *domicilio de origen*, acercándose de este modo al criterio que da la nacionalidad; esta afirmación la comprueba con transcripciones de Froland, Story y Félix y, según este último, "las expresiones *lugar del domicilio* del individuo, y *territorio de su nación ó patria*, pueden ser empleadas indistintamente" (5).

Efectivamente, la doctrina del domicilio tiene las ventajas que le atribuyen sus sostenedores; pero se ha generalizado demasiado el criterio que le sirve de base, y de esta generalización resulta la inconveniencia de la doctrina, pues á fuerza de hacerla absoluta, resulta arbitraria y desprovista de fundamentos científicos en muchos de los casos en que se aplica.

No cabe la menor duda que la ley del domicilio es la única capaz de resolver con acierto las cuestiones sobre capacidad; es además la única interesada; p. ej., la declaración de incapacidad por causa de locura es algo que interesa desde luego á la ley del lugar del domicilio. Pero, si bien es cierto que en ese caso es la ley interesada la del domicilio, no lo es cuando se trata de decidir sobre los efectos de esa capacidad, pues aquí está más interesada otra ley, p. ej., la de la situación de los bienes, que la del lugar del domicilio.

Es indudable que obtenida la declaración de incapacidad en el domicilio, los demás países deberán respetarla, pero cuando no se trate de la calificación de capacidad, sino de los efectos que esta capacidad produce en un territorio extranjero, es la ley extranjera la que debe regir dejando así que cada ley gobierne las relaciones de derecho que la afectan é interesan.

(Continuará).

LA REINCIDENCIA CRIMINAL

TESIS presentada por Manuel Roberto Nuñez, hijo, para optar al título de doctor en jurisprudencia.

Caracas, 1910.

CAPITULO V

SUMARIO.—Impugnación de la reincidencia.—Los datos de la estadística.—Diversas doctrinas sobre el valor de la reincidencia.—Teoría que niega la agravante.—Opiniones de Carnot, Gosterdint, Carnelian, Pozzini y Boccetti.—La reincidencia como atenuante.—Doctrinas que sostienen la agravación: Carrara, Mancini é Impallomeni.—Valor de la reincidencia para la escuela positiva.—La clasificación de los delincuentes.—Diversos tratamientos según la categoría á que pertenece el criminal.

Después de esta rápida hojeada histórica sobre la reincidencia que demuestra el interés con que se han ocupado de

dicha materia todas las legislaciones del mundo, se comprenderá que dicho fenómeno revista una importancia excepcional y que es, tal vez, entre todos los problemas del derecho penal el que más preocupa actualmente.

Es que hay, en efecto, como dice Montvalon, un interés social inmenso en combatir la reincidencia: la seguridad, la moralidad pública, son por ella, á menudo, turbadas y amenazadas y lo son tan gravemente porque los atentados se reproducen de parte de los mismos hombres cuya audacia se ve crecer á medida que sienten que la ley pierde su imperio sobre ellos.

Es evidente, como dice André, que los actos delictuosos se reproducen por los mismos delinquentes; que la criminalidad se circunscribe; que ella se concentra sobre un cierto número de individuos; que la moralidad general de la población se agranda, pero que al mismo tiempo el ejército de malhechores irreducibles aumenta su contingente y multiplica sus audaces golpes de fuerza.

El aumento de la criminalidad no proviene de otra causa que de la reincidencia. La cifra de los reincidentes, tratase de crímenes ó de delitos, añade dicho autor, crece cada año con una regularidad, con una precisión, con una intensidad verdaderamente horribles; la progresión es casi matemática: la reincidencia sigue una especie de marcha fatal, como sería la marcha de un azote ó de una plaga cuya intensidad aumentase á medida que ella desenvolvese nuevos focos.

Con una realidad brutal y aplastadora las tablas estadísticas de la criminalidad muestran á la odiosa plaga extendiéndose siempre, sin detenerse un momento.

Nosotros no queremos entrar en citas numéricas: baste saber que todos los autores que se han ocupado de la estadística criminal están de acuerdo en que la proporción de los reincidentes se ha triplicado en 40 años; baste saber que en algunos países de Europa ciertos delitos son constantemente

renovados por los mismos delinquentes con una especie de carácter profesional. En Francia, por ejemplo, pueden citarse la vagancia y la mendicidad. Una relación de la Corte de Rennes cita un vagabundo, juzgado por ella, que había sufrido cuarenta y nueve condenaciones. Antes de la ley de relegación, la Corte de Aix, mencionaba un individuo de cincuenta años que había sufrido nada más que por vagancia 129 meses de prisión. En París los mendigos de 25 años son conducidos hasta cuarenta y cincuenta veces á la Prefectura de Policía. Se citan ladrones que han tenido 60, 70 y hasta 100 entradas en distintas cárceles, etc., etc.

André cree que la reincidencia es una miseria social inevitable, pero que ella proviene de causas que es posible restringirlas, y creemos que dicho autor está en lo cierto.

Hoy ya no se puede dejar impunemente formarse toda una clase de malhechores profesionales y exponer á los ciudadanos honrados á sus golpes repetidos; se ha formado ya la convicción de que la ley debe intervenir con rigor, que no puede quedar impotente ó inerte, y es después de mucho tiempo de inacción que los pensadores, los juristas, los hombres políticos se han empezado á preocupar de la reincidencia, y que, como hemos visto, han sido votadas muchas leyes sobre dicha materia.

Uno de los problemas más importantes sobre la reincidencia y que ha sido objeto de mayor discusión entre los autores, es el de si dicho fenómeno debe mirarse como una circunstancia agravante, si no debe mirarse como tal, ó si debe considerarse como una circunstancia de atenuación criminal.

Son esos tres, en efecto, los criterios que en el ancho campo de la doctrina penal se han dado sobre la reincidencia.

Después de las anteriores líneas sobre la importancia del fenómeno que estudiamos, casi estaría demás entrar á consi-

dejar todos esos criterios, pues salta á la vista cuál es la doctrina verdadera.

Sin embargo, como nosotros nos hemos propuesto estudiar el problema en todas sus fases, debemos para hacer lo más completa posible nuestra obra, dar cuenta de esas divergencias de criterios entre los más distinguidos penalistas.

Empecemos por los que niegan el carácter de agravante.

Los principales defensores de esta tesis han sido Carnot, Alauret, Carmignani, Giuliani, Pagano, Pezzina, Buccellati, Tizot y otros.

Carnot fué el primero en sublevarse, en Francia, contra el Código de 1810 que consideraba la reincidencia como una circunstancia agravante en todos los casos.

En Alemania, Gesterding elevó también su voz en contra de esa doctrina: dicho autor sostuvo entonces que no había razón alguna después que el primer delito ha sido castigado en agravar la pena del segundo, con motivo de la repetición; que merced á la pena sufrida el primer delito ha sido expiado, la ley ha sido satisfecha y el Estado se ha reconciliado con el culpable porque la pena extingue el delito; que si con la repetición de éste es traído el recuerdo del primer hecho, para agravar la pena, el delito primeramente cometido sería castigado por segunda vez y el Estado evocaría una pretensión ya satisfecha y extinguida con el pago.

Carmignani, en su *Tratado de la ley de la sociedad social* dice que las razones en las cuales se apoyan los partidarios del aumento de la pena en el caso de reincidencia, si no son sólidas ó son contraproducentes. La razón del mayor daño tomado del producto de la fuerza física es por sí misma despreciable, porque si esos dos ó tres delitos posteriores hubiesen sido cometidos por otros que no fueran el reincidente, el daño hubiera sido el mismo y entonces no habría título para el aumento de pena. La razón sacada de la necesidad de aumentar, con el aumento de pena, la fuerza moral destinada á

reprimir la mayor tentación al delito, además de ser falsa en sí misma, según dicho autor, debería ceder á una contraria razón de justicia. "Esta razón es falsa en sí misma, porque ó la pena impuesta es capaz de prevenir y reprimir un delito, ó no lo es; si lo es, hay que atribuir el nuevo delito no á insuficiencia de la pena impuesta al primero, sino á un falso cálculo de la impunidad de aquel que se atreve á cometerlo; ó no lo es, y entouces conviene aumentar la pena decretada para el delito, no aumentada para el caso de reincidencia."

En general, dice Pezzina, se mira como digna de mención la condición del que recae en el delito después de haber sufrido la pena por un delito precedente, en cuanto que la perseverancia del delincuente demuestra su mayor aversión á la observancia del derecho. Pero esto no puede tomarse *a priori*, según ese autor, como argumento constante de la mayor perversidad del delincuente, ni como constante revelación de un ser peligrosísimo, pues él cree que los delitos de diverso género tienen sus raíces en impulsos diversos también y que la misma degradación en que cae el condenado después de haber sufrido la pena, concurre á que vuelva á recaer en el delito por lo cual, cuando esto se verifique, el Juez puede tenerla en cuenta al hacer el cálculo de la pena correspondiente, dejándolo á su prudente arbitrio si se aumentará ó no, pero no pudiendo elevarla más allá del máximo de la pena legal.

Buccellati, en fin, sosteniendo ideas análogas dice: que no puede hacerse revivir el antiguo delito ya expiado y que no debe el legislador preestablecer en un Código penal que la reincidencia debe mirarse como una agravación *cierta* del delito, que ella debe mirarse solamente como una circunstancia extrínseca que puede ser tratada de muy diversas maneras, según su origen y su naturaleza. Así, agrega, si alguno recae en el hurto víctima de la cleptomania, á otro reincide por

la atmósfera pestilencial respirada en la prisión, ó por la miseria, la falta de trabajo, etc., los tratamientos tienen que variar extraordinariamente.

No han faltado tampoco, como decíamos hace un momento, autores que sostuvieran no sólo que la reincidencia no podía mirarse como una circunstancia agravante, sino que, al contrario, debía considerársela como una circunstancia atenuante.

La responsabilidad disminuiría, según este sistema, á medida que el crimen se hace un hecho habitual: un delito cometido por un reincidente, dicen, es un delito de hábito, pero el hábito ó la costumbre obrando sobre la voluntad, disminuye los obstáculos que ésta encuentra y disminuye también la libertad del agente. Desde que se reemplaza la voluntad por la impulsión, la imputabilidad del individuo se esfuma, se borra.

Es esta una teoría eminentemente paradójica. Si se quiere decir con ella que el empujamiento en el delito por parte del reincidente proviene de muchas circunstancias, del medio, de la miseria, de la obstinación con que se le niega el trabajo, del descorazonamiento que debido á esa circunstancia se produce paralizándolo los propósitos de enmienda: si con ella se quiere significar que esas influencias producen y desenvuelven en él la inercia y la ignorancia morales—ella es exacta, según Montevideo. Pero si se pretende erigir en principio absoluto la irresponsabilidad del reincidente se entra en el terreno de la inexactitud. Llevando á sus consecuencias naturales esa teoría, habría que concluir que la pena más severa debía aplicarse al primer delito y la menos rigurosa al último, para proporcionarias á una culpabilidad que iría disminuyendo cada vez más y que, en una palabra, el reincidente sería tratado más benévolutamente que el delincuente primario.—lo que es sencillamente un absurdo.

Por último, sostienen otros penalistas, que son los que están en mayor número, que la reincidencia debe mirarse siem-

pre como una causa de agravación, pero aún en este terreno dos doctrinas radicalmente diversas se presentan para solucionar el problema.

(Continuará.)

BIBLIOGRAFÍA

La *Revista de Legislación Universal y de Jurisprudencia Española* redactada por abogados tan eminentes como los señores Alejo García Moreno y Gustavo La Iglesia, ha publicado el tomo primero de la segunda serie de la *Colección de las Instituciones políticas y jurídicas de los pueblos modernos*. Para dar una idea de la importancia de esta obra, basta decir que las materias que contiene son las siguientes: a) Legislación de Honduras: constitución política promulgada en 1894; ley de amparo, vigente desde el primero de Enero de 1895; ley de imprenta del 14 de Noviembre de 1895; ley de estado de sitio del 5 de Marzo de 1895; ley electoral de 1894, reformada en 6 de Abril de 1897; ley municipal y departamental de 22 de Agosto de 1895; ley de extranjería de 15 de Abril de 1895; ley orgánica judicial de 10 de Abril de 1897; ley orgánica del tribunal de cuentas de 23 de Agosto de 1895; reglamento del Congreso Nacional de 20 de Enero de 1896; Código Civil, sancionado el 31 de Diciembre de 1898; Código de Comercio, sancionado el 15 de Septiembre de 1898; Código de Minería, sancionado el 5 de Septiembre de 1898; Código Penal, vigente desde el 1.º de Enero de 1899; Código de Procedimientos civiles y criminales, sancionado el 31 de Enero de 1899; ley de agricultura de 1897; ley reglamentaria de la Instrucción primaria normal, aprobada en 11 de Mayo de 1899; ley sobre ejercicio de la medicina, cirugía y farmacia, del 9 de Marzo de 1898;

b) legislación de la República Dominicana: Constitución política, promulgada en 25 de Junio de 1896; ley electoral, promulgada en 11 de Julio de 1898; ley de pasaporte, sancionada en 22 de Junio de 1896; ley sobre ayuntamientos de 23 de Junio de 1896; ley orgánica de Tribunales de 21 de Junio de 1895; ley orgánica consular de 8 de Junio de 1887; ley de notariado, de 16 de Julio de 1900; ley del divorcio y separación de cuerpos y bienes, de 1.º de Julio de 1899.

Como se ve, el estudio de muchas de las leyes enumeradas, es de indiscutible interés entre nosotros para la sanción de los proyectos que, sobre Alta Corte de Justicia, reforma de los Códigos de Procedimiento Civil, de Instrucción Criminal y de Comercio, leyes de registro cívico y de elecciones, de divorcio, de Juntas Económico-Administrativas y de escribanos públicos, serán discutidas en nuestras Cámaras dentro de poco tiempo.

La obra de que se trata es, pues, de evidente utilidad para nuestros legisladores y nuestros abogados —A. G.

La psicopatología en el arte, por el doctor José Ingegnieros.—A. Etchepareborda, Editor—Buenos Aires, 1916

El doctor José Ingegnieros, director de los Archivos de Criminología y Psiquiatría, una de las revistas que más honor hacen a la América del Sur, acaba de dar a luz un estudio crítico a la obra del doctor Sicardi *Hacia la Justicia*. El distinguido médico y escritor titula su libro de crítica *La psicopatología en el arte*.—La obra del doctor Ingegnieros consta de cuatro partes: una introducción cuyo epígrafe es *Los médicos literatos*, artículo lleno de fibra, en el cual el autor sostiene en estilo verdaderamente original que es una insana tendencia la del público y aún la de

muchos médicos que ven con malos ojos el que uno de éstos dedique sus momentos de ocio a los goces estéticos. Después de citar una respetable cantidad de sabios médicos que en Europa se han dedicado a la literatura, exclama: "Mas, en nuestro Buenos Aires, aldea inmensa, resulta escandaloso el que un profesor de clínica médica se pervierta escribiendo obras literarias. El hecho es considerado en sí mismo, sin que los lapidarios investiguen, si la obra es genial ó benéfica para la literatura nacional; tanto les daría que fuese funesta ó imbécil. El delito consiste en la herejía. Más aún: además de ser delito la producción literaria está prohibido terminantemente leer páginas hermosas, oír música, contemplar telas ó broncees. Ha pocos días, entrando al Hospital con la novela de Sicardi bajo el brazo, me detuvieron dos colegas; me hurgaron el libre y uno de ellos, que escribe sobre bolos fecales con sorna exclamó: "¡no te digo! ¡leyendo los jeroglíficos del loco!". Yo no tuve el coraje de responderle: "Pero me guardaré de leer vuestras tonterías científicas."—Termina la introducción con algunas palabras sobre Sicardi, el autor de *Hacia la justicia*, motivo de la obra del doctor Ingegnieros.

El estudio crítico consta de tres capítulos titulados: *La obra total de Sicardi*; *Psicopatología artística en "Hacia la justicia"*; y *Criterios sociológicos de la novela*.

En el primero estudia, en conjunto, la obra de Sicardi: apunta el efecto que ha producido en el mundo intelectual argentino, y, sin pretender equipararlos, hace el parangón de algunas obras de Zola con la que le ocupa. El capítulo concluye con este párrafo, que es síntesis: "En suma, la obra de Sicardi involucra una concepción sintética de nuestro dinamismo sociológico, reflejando a todo un pueblo en las horas culminantes de su evolución; para el ambiente y el tiempo que vivimos, es semejante a la obra de Zola. Dicho sea sin olvidar que la analogía entre ambos escrito

res está subordinada á la desigualdad histórica y social de los ambientes que han observado y en que han vivido."

En el segundo, se hace la presentación de los personajes de *Hacia la justicia*, estudiándolos á la luz de la psicología. Es, sin duda alguna, junto con el estudio que inmediatamente le sigue: *Psicología de las multitudes*, un capítulo interesantísimo de la obra del doctor Ingegnieros.

Por fin, en el último, se nos aparece el estudioso, el erudito, que, á pesar de la admiración que en su ánimo ha causado la obra de Sicardi, no puede menos de hacer notar las graves faltas del punto de vista científico, en que éste ha caído, y produce al efecto páginas magistrales, llenas de savia, y que son un digno remate de la *Psicopatología en el arte*.

La obra, editada por la casa de Agustín Etxepareborda tendrá, á no dudarlo, un éxito inmenso, por ser su autor, Ingegnieros y por su mérito indiscutible.

REVISTA DE REVISTAS

Revue Critique de Legislation et de Jurisprudence (Paris. Enero de 1903).

EXAMEN DOCTRINAL — *Jurisprudencia civil. Obligaciones y contratos á título oneroso*, por J. Charmont.

Se pregunta si el adquirente de un inmueble está obligado á respetar el arrendamiento consentido por el vendedor, cuando se constata

dicho arrendamiento por cartas misivas que han adquirido fecha cierta antes de la venta.

Empieza el articulista por notar la importancia de la prueba, encuentra que si bien la ley ha quedado fiel al sistema de las pruebas legales, no admite la libertad de las mismas; pero que más frecuentemente la libertad de apre-

ciación del juez es bastante grande para que todo dependa de él.

Tomando como ejemplo el caso de las cartas misivas, se ve que el Código Civil no les asigna ningún lugar. Sólo en la prueba del mandato las recuerda. De allí que los autores se preguntan qué carácter jurídico debe reconocérsele y cuál es su valor. Dice Charmont que se elude la dificultad en vez de resolverla cuando se afirma que la carta misiva es una forma de confesión extrajudicial, que es de lo conocido á lo desconocido, porque la ley no es más explícita para una de esas pruebas que para la otra. Estudia las disposiciones legales referentes á la confesión y concluye: "Esta fórmula que la carta es una especie de confesión significa, pues, que no es una prueba preconstituida".

Cita resoluciones de los Tribunales en las cuales se ha obligado al adquirente al arrendamiento de inmuebles por medio de cartas misivas. Después de estudiar estas

sentencias que la Corte de Casación no ha aceptado en un todo, dice Charmont: "que el carácter jurídico de la carta misiva, su grado de fuerza probatoria son ante todo cuestiones de hecho". Recuerda que en los contratos sinalagmáticos deben redactarse tantos escritos cuantas sean las partes contratantes, contesta, con la opinión de Naquet, la objeción de que las cartas misivas, en los casos que nos ocupan, no son oponibles á terceros y concluye: "Hay pues, en la mayoría de los casos, un riesgo á correr para el adquirente, pero el hecho que el arrendamiento sea constatado por una carta misiva no hace ese riesgo mayor. No es admisible que uno de los contratantes esté á la discreción del otro, ni los jueces estiman que la correspondencia es una prueba completa del contrato: sabemos que en tal caso debe encontrarse en la correspondencia el equivalente de la formalidad de los duplicados. Las cartas cambiadas suministran á cada

una de las partes un título distinto”.

—¿El acreedor debe tener título ejecutivo para ejercer los derechos y acciones de su deudor? Esta primera cuestión da margen á muchas otras. Después de pasarlas en revista concluye: “Sin apariencia de usurpación, la costumbre ha podido hacer el oficio de la ley, de una manera muy simple é ingeniosa: evitando los gastos y lentitudes de la subrogación judicial, concilia los diferentes intereses que deben tenerse en cuenta... Eficacia y simplicidad de los medios es el carácter habitual de las instituciones que la práctica imagina y que adapta á sus necesidades”.

—El hecho del daño ocasionado á una mujer por una preñez fuera del matrimonio ¿puede motivar una acción de daños y perjuicios, aun cuando no haya habido seducción?— Existen al respecto numerosas soluciones: 1. validez del empeño tomado por el seductor de subvenir á los gastos de alimentación del

niño; 2. el derecho para la mujer seducida y abandonada de obtener del seductor una reparación pecuniaria. —

Pero, pregunta Charmont: ¿tales soluciones pueden conciliarse con la prohibición de la investigación de la paternidad, consagrado por el Código? Recuerda que en la práctica los jueces moderan los rigores de la ley, citando una sentencia del Tribunal de Gray que hizo responsable de daños y perjuicios á un hombre que tuvo contacto sexual con una mujer de 25 años y sin haber mediado seducción; concluye: “La solución nos parece á la vez justa y lógica. Se podría objetar que cuando no ha habido ni dolo ni abuso de influencia, las relaciones que, pueden unir fuera del matrimonio, sean el resultado de un encadenamiento reciproco ó de una voluntad libre y reflexiva, lealmente hablando, no constituye una falta... Creemos que no puede haber desacuerdo entre la conciencia y la ley. Todo atentado al derecho de otro es una falta.

Pues es atentar al derecho, á la personalidad de la mujer, el dejarla soportar sola las consecuencias de un acto del cual es en parte responsable”.

— En caso de disolución por divorcio de una comunidad de ganancias, ¿debe hacerse figurar en la masa partible el derecho de autor que tiene sobre obras publicadas por uno de los cónyuges durante el matrimonio? La Corte de París ha resuelto que la propiedad artística no es un bien de la comunidad. La de Casación, lo contrario, considerando esos derechos como mobiliarios y sometidos á las reglas generales del Código Civil. En cuanto á los autores, Saleilles, opinaba como la Corte de París y Lyon-Caen defendía el temperamento de la de Casación. Sin embargo, llegaron á hacerse mutuas concesiones. Queda una sola hipótesis dudosa, y es cuando el autor sobrevive á la disolución de la comunidad después de haber publicado su obra sin haberla cedido completamente. Y aquí entran las

diversas apreciaciones de los autores.

Por fin, estudia Charmont el caso que si bajo el régimen de la separación de bienes el marido á quien la mujer abandona la administración de su fortuna está dispensado de rendir cuenta de una suma considerable consumada, proveniente de una explotación comercial, a un cuando la mujer haya participado de esta explotación.

Vida Moderna (Enero de 1903, Montevideo).

Termina en este número el artículo del doctor J. A. Alfonso, sobre los partidos políticos de Chile.

La profundidad del concepto y la clara exposición de las ideas, hacen de este trabajo, un estudio concienzudo de verdadero valor y mérito sumo.

Las conclusiones á que arriba el autor (después de hacer desfilar en revista todos los partidos políticos, desde su fundación hasta la actualidad), son las siguientes:

“Doctrina, organización y

disciplina, cubriéndolo todo, como bandera y como coraza; el carácter tal es el secreto del prestigio, de la vida y de la fecundidad de los partidos”.

“El carácter es la primera cualidad del individuo y llegará ser también la primera cualidad de los partidos”.

Estas ideas sanas deberán quedar grabadas en todos los corazones y en todos los cerebros, de los jóvenes y los viejos, que trabajan por el triunfo de las ideas, sean cuales fueren sus fines y aspiraciones.

Si el doctor Alfonso deja

traslucir sus simpatías por el partido democrático chileno, no por eso deja de mostrar sus defectos, sus debilidades, y el escaso contingente de hombres de talento, que aporta al movimiento político.

Pero, a pesar de todo, no por eso dejan de ser sus ideales, los más puros, y su fundamento el de la verdad y la justicia.

Siga *Vida Moderna* haciendo publicaciones de este género, y podrá estar segura, que su nombre se impondrá en la América entera

H. B.

LIBROS RECIBIDOS

UGARTE MANUEL, *Paisajes Parisienses*, un volumen. *Crónicas del bulevard*, un volumen, 1903.

FRUGONI EMILIO, *De lo más hondo*, poesías.

OBARRIO MANUEL, *Conferencias sobre el Derecho Penal*, un volumen.

VIVAS CERANTES DAMIÁN, *Proyecto de un código anotado y reformado*, dos tomos.

ROXLO CARLOS, *Armonías Crespúsculares*, un volumen.

DOCTOR JOSÉ INGEGNIEROS, *La psicopatología en el arte*, un volumen. A. Etchepareborda, editor, Buenos Aires.