UNIVERSIDAD DE SANTO DOMINGO

REPUBLICA DOMINICANA

D-93

FACULTAD DE DERECHO.

SON LOS PADRES SIEMPRE RESPONSABLES DEL DAÑO CAUSADO POR SUS HIJOS MENORES, QUE VIVEN CON ELLOS?

TESIS

PARA EL DOCTORADO

SUSTENTADA POR

GUSTAVO EMILIO GOMEZ CEARA

Año Académico de 1940-1941.

Número: -16-

"La Universidad no se hace solidaria de las opiniones emitidas por el sustentante". (Ordenanza Núm. 21-40 de fecha 30 de Sept. de 1940).

Tomo II

EDITORIAL
"EL PROGRESO"
LA VEGA, R. D.

Gustavo Emilio GOMEZ CEARA.	"Son los padres siempre responsables del daño causado por sus hijos menores que viven con ellos?".
Porfirio Emiliano AGRAMONTE.	"Alcance juridico del art. 355 de nuestro C. Penal común y la sustracción momentánea".
Máximo L. VASQUEZ GAUTIER.	"Las hipotecas legales en el certificado de titulo".
José CHAHIN.	"La prueba del acto de transacción en materia comercial desde el punto de vista del art. 2044 del C. Civil".
Simón FURCY DIAZ CASTELLANOS.	"La concesión del plazo de gracia en la legislación y la jurisprudencia dominicanas".
José Amadeo RODRIGUEZ.	"Pueden los hijos naturales reconocidos voluntariamente con anterioridad a la promulgación de la ley del 26 de mayo de 1939 ser objeto de un nuevo reconocimiento que venga a conferirles las ventajas de esta nueva ley?"
Gregorio Polixeno PADRON S.	"El abuso del derecho de propiedad".
Moisés de SOTO MARTINEZ.	"La situación juridica del hijo natural. Su estado actual en al República Dominicana".

Rogelio SANCHEZ TEJEDA.	"Responsabilidad del conductor en los accidentes que ocurren en razón del transporte de personas".
Rafael RICHIEZ SAVIÑON.	"Estudio sobre el derecho de propiedad. Su carácter actual en la República".

SANTO DOMINGO, R. D.

BN
D-93
UASD
FCJ

A LA MEMORIA DE MIS QUERIDOS ABUELOS:

Eduardo Joaquín Gómez Renvill, y
Caridad Fernández de Gómez;

Manuel María Ceara, y
Altagracia Guzmán de Ceara.

A LA MEMORIA DE MIS QUERIDOS TIOS:

Eduardo Joaquín Gómez hijo, y
Balbina Ceara Guzmán.

A MIS AMANTISIMOS PADRES:

Joaquín Ramón Gómez Fernández, y
Ana Graciela Ceara de Gómez

014270

AL GENERALISIMO

RAFAEL LEONIDAS TRUJILLO MOLINA,

PRIMER DOCTOR HONORIS CAUSA DE NUESTRA ALMA MATER.

A MIS QUERIDOS HERMANOS:

Joaquín Ramón, Manuel Eduardo, Fausto Federico, Ana Altagracia, Luis Alberto, José Enrique, Fé Esperanza, Fé Caridad, Eduardo Joaquín, y Amancia María.

A MIS QUERIDISIMAS:

María Díaz

y

Nanán

A MIS QUERIDOS PRIMOS:

María Josefa Gómez, Carmen Gómez de Ramos, Dilia Pérez de López, y Juan Bautista Gómez hijo.

A mi padrino de investidura:
DON VIRGILIO TRUJILLO M.
A mi padrino de tesis:
Lic. JOSE ANTONIO BONILLA ATILES.

A LOS LICENCIADOS:

Manuel Ubaldo Gómez, Noel Graciano, Julio Espaillat de la Mota, José Pérez Nolasco, Ramón S. Cosme, Manuel Ubaldo Gómez hijo, Luis Ramón Mercado, Juan José Sánchez, J. Alcibíades Roca, Armando Rodríguez Victoria y Luis Edo. Joaq. Gómez T.

A MIS PROFESORES:

Dr. Manuel de Js. Troncoso de la Concha, Dr. Constancio Bernaldo de Quirós, Lic Leoncio Ramos, Lic. Jesús María Troncoso S., Dr. Gustavo A. Mejía Ricart y Lic. Froilán Tavárez hijo.

A MIS ANTIGUOS MAESTROS:

Dolores Morilla Almanzar, Ramón del Orbe y del Orbe, Luis Despradel Piantini y Rafael Emilio Martínez Alba.

A MIS COMPAÑEROS DE ESTUDIO:

Iluminada Mercedes Lora, Sebastián Rodríguez Lora, Buenaventura Brache A., Máximo Vásquez Gautier, Teófilo Noyola, José Amadeo Rodríguez M. y Emiliano Agramonte C.

A MIS AMIGOS:

Gral. Domingo A. Peguero, Pedro G. Echenique B., Ramón A. Ramos, Dionisio Montalvo y Braulio Cosme Mella.

NOCIONES GENERALES

La noción jurídica de la responsabilidad general data de tiempos muy remotos. En su origen, el problema de la responsabilidad civil escapa al Derecho; ni los viejos usos, ni las leyes antiguas, conocieron ni se preocuparon del daño causado a los particulares. Eran aquellos, tiempos primitivos en que triunfaba la fuerza con su secuela del espíritu de la venganza, cuya ley suprema era el mal por el mal.

Pero, a medida que los hombres se fueron acercando, y sus relaciones se hicieron más extensas y más estrechas, este sentido de fiereza y de venganza fué desapareciendo, y la víctima entendió que en lugar de vengarse de su agresor, era más ventajoso obtener un pago de su patrimonio, estipulado en dinero, mediante el cual ella con-

sentía en su perdón. Así surjió la *composition*, *poena*, cuyo monto se fijaba por acuerdo de los dos interesados.

De esta manera, y en un sentido de evolución creciente, el papel de la víctima fué transformándose: el Estado adquirió el derecho de castigar, mientras la víctima debía de conformarse con solicitar y obtener una indemnización; a la idea primitiva de la venganza, se sustituyó la idea de la reparación. De ahí, la concepción de las dos clases de responsabilidades: la responsabilidad penal, y la responsabilidad civil. Y el día en que la acción represiva pasó de manos de la víctima a las del Estado, surjió la idea de la acción en daños y perjuicios.

En el dominio del Derecho Romano, se distinguían ya dos categorías de daños: los que nacen de un delito público, y los que nacen de un delito privado. En esta antigua concepción del problema, se inspiraban las famosas *XII Tablas* de los romanos, en las que ya podía entreverse la necesidad social de no limitar las persecuciones a las infracciones que afectaban únicamente a la cosa pública, sino también a las que, afectando a los particulares, turbaban el orden público en razón de su gravedad. Pero, en todos los casos en que el Estado no se había atribuído la facultad de imponer castigo al autor del daño causado a otro, éste, la víctima, era dueño de hacerlo. De ahí es que los autores, al considerar el problema de la responsabilidad tal como aparecía en el Derecho Romano del tiempo de las *XII Tablas*, estimen que

él, el Derecho Romano, representa "una era de transición" entre la *composition* voluntaria y la *composition* legal obligatoria; así, el que resultaba perjudicado por la comisión de un delito privado, era "ora libre de satisfacerse por el ejercicio de la venganza corporal, o por la obtención de una suma de dinero, de la cual fijaba libremente el monto; ora obligado a aceptar el pago de la suma fijada por la ley". Pero, resultaba que esto, así como se expresa más arriba, era siempre el equivalente de la venganza, una *composition*, una *poena*, no llegando nunca el Derecho Romano a apartarse de esta idea, y a constituir de la condenación civil lo que es ésta en el derecho moderno, es decir, una indemnización. Después, y apesar de los esfuerzos realizados, esfuerzos que se plasmaron en la llamada *Ley Aquilia*, y apesar también de sus concepciones acerca de la falta, así como de la responsabilidad delictual y de la responsabilidad contractual, notóse siempre una ausencia casi total del principio general de la responsabilidad civil.

En los dominios del antiguo Derecho Francés, el problema de la responsabilidad, con profundas y acertadas modificaciones, quedó siendo casi el mismo del Derecho Romano. Leyes bárbaras de aquella época fijaban tarifas al autor de tal o cual daño, a la vez que imponían a la víctima la aceptación de la misma: era lo que en aquellos tiempos se denominó el *wehrgeld*. De esta manera, el concepto de la responsabilidad civil quedó siendo el mismo de la responsabilidad penal, ya que el autor del daño era condenado a una pena esencialmente privada.

Pero, a medida que el tiempo avanzaba, y bajo la influencia del antiguo Derecho Romano, en la vieja Francia el problema de la responsabilidad civil fué tomando cuerpo de lo que es hoy, apesar de que sus fuentes, el Derecho Romano, jamás pudo salir de la confusión. Así surjió la idea de la falta, y así surjieron también estas dos concepciones de la responsabilidad civil: los *daños y perjuicios*, que nacían de cualquier hecho que afectara a los bienes de la víctima, y que era una acción esencialmente indemnizatoria; y la acción en *reparación civil*, que tenía su origen en un crimen, o si el honor de la víctima era afectado, no siendo una indemnización sino un castigo: "el precio de la sangre". Pero, esta doble concepción de la responsabilidad quedaba siempre sujeta a ésta: que hubiera una *falta* imputable al autor del hecho.

Al redactarse el Código Civil, en 1804, el concepto de la responsabilidad civil había alcanzado toda su evolución, y su distinción de la responsabilidad penal se hizo casi perfecta. Ihering, al tratar de este problema, se expresó de esta manera: "Todo lo que hay de personal, todo lo que pudiera recordar la idea de pena, es excluído en la reparación del daño". En nuestros días, las reglas fundamentales de la responsabilidad civil, en todos los aspectos que ésta presenta, están contenidos en estos textos legales: del artículo 1382 al 1386 del Código Civil.

La idea de la responsabilidad del hecho de otro, que es el objeto de esta tesis, es muy antigua, tan vieja como la idea de la responsabilidad general misma. Data de tiempos muy remotos, en que las organizaciones sociales se dividían en grupos, fami-

lias, tribus, y en los que todos ellos estaban obligados a responder penalmente del hecho cometido por uno de sus miembros. El pago del *Wehrgeld* era una obligación solidaria. De esta organización social antigua, data un edicto de Clotario II, en 595, por el cual se formaban todas las familias en centurias, responsables de los robos cometidos en su territorio. Esta vieja organización fué desapareciendo a medida que se fué imponiendo la necesidad de reformas, y una vez llegadas éstas, fué desapareciendo también la responsabilidad del grupo.

En los trabajos preparatorios del Código Civil, ya imperaba la nueva idea; y en la redacción del art. 1384, que trata de la materia, se hizo la enumeración detallada de los casos en que se es responsable del hecho de otro, sancionándose la falta de vigilancia de las personas que el mismo texto legal enumera.

En cuanto al caso particular de la responsabilidad de los padres por el hecho cometido por el hijo, ni el Derecho Romano ni el antiguo Derecho Francés establecieron derogaciones a los principios generales de la responsabilidad. Los padres no eran responsables sino en el caso en que la víctima del hecho hiciera la prueba de una falta cometida por ellos, por los padres. En el derecho moderno se ha abandonado esta vieja concepción, y, como se verá más adelante, se ha establecido una presunción legal de falta respecto de los padres por los daños causados por los hijos.

¿SON LOS PADRES SIEMPRE RESPONSABLES DEL DAÑO CAUSADO POR SUS HIJOS MENORES, QUE VIVEN CON ELLOS?.— CONDICIONES PARA QUE EXISTA ESTA RESPONSABILIDAD.— TEORIAS Y OPINIONES SOBRE ESTE CASO JURIDICO.

En principio, la falta es personal, es decir, que cada uno es responsable del daño causado por su propio hecho. Por una derogación a esta regla general, se han establecido, excepcionalmente, los casos en que se es responsable del hecho de otro, habiéndose también enumerado limitativamente las personas civilmente responsables.

El art. 1384 del Código Civil establece textualmente: "No solamente es uno responsable del daño que causa un hecho suyo, sino también del que se causa por el hecho de las personas de quienes se debe responder, o de las cosas que están bajo su cuidado. El padre, y la madre después de la muerte del esposo, son responsables de los daños causados por sus hijos menores, que vivan con ellos. Los amos y comitentes, lo son del daño causado por sus criados y apoderados en las funciones en que estén empleados. Los maestros y artesanos lo son, del causado por

sus discípulos y aprendices, durante el tiempo que estén bajo su vigilancia. La responsabilidad antedicha tiene lugar, a menos que el padre, la madre, los maestros y artesanos, prueben que les ha sido imposible evitar el hecho que da lugar a las responsabilidades".

De acuerdo con este texto legal "el padre, y la madre después de la muerte del esposo", son responsables civilmente del daño causado por el hijo. Pero, para la existencia de esta responsabilidad deben necesariamente concurrir las condiciones siguientes: a), que el hijo sea menor; b), que habite con ellos. Algunos autores consideran la existencia de una tercera condición, a saber: que los padres no hayan estado en la imposibilidad de impedir el hecho. Como trataremos de demostrar más adelante, esta tercera condición que aprecian algunos autores, no constituye en sí, realmente, una circunstancia esencial para la existencia de la responsabilidad, sino una excusa al alcance de los padres para escapar a la misma.

El fundamento del art. 1384 del Código Civil se encuentra en la patria potestad, que da a los padres el derecho de velar sobre sus hijos menores, de *supervigilar y dirigir sus acciones*, y de encaminar sus pasos en tanto que son incapaces. La patria potestad, conferida a los padres por la ley civil, les obliga a prevenir sus faltas, educándolos intelectual y moralmente, y cuando el daño causado por el menor tiene su fuente en una negligencia o una omisión en el cumplimiento de estos sagrados deberes, ellos, los padres, son responsables. Son res-

BIBLIOTECA NACIONAL SANTO DOMINGO, R. D.

ponsables, porque han cometido una falta, la cual nace de una presunción legal establecida en el mismo art. 1384 del Código Civil. De esto resulta, que quien haya sufrido un daño por el hecho de un menor que habite con sus padres, no tiene sino establecer que este hecho ha sido cometido por el menor; hecha esta prueba, la responsabilidad de los padres está empeñada, a menos que ellos puedan ampararse de la excusa formulada al fin del mismo artículo.

Hechas estas anotaciones, veamos detenidamente las condiciones esenciales que deben concurrir para que la responsabilidad de los padres esté empeñada.

Según lo establece el art. 1384, es necesario que el hijo, autor del hecho dañoso sea menor. Todos los autores están de acuerdo en que la ley no ha hecho distinción entre el caso en que el menor es incapaz de discernir, y aquel en que ha actuado con conocimiento de sus actos. De igual manera, es aceptado por la opinión dominante, que tampoco el estado de demencia del menor es una atenuante de la responsabilidad de los padres.

Respecto a este último aspecto, es decir, en el caso de demencia del hijo, los padres son responsables del daño causado por él, aún siendo mayor. Pero, para que exista esta responsabilidad, habría que establecer, que probar, primero, que el hijo habita con ellos, y segundo, que el hecho dañoso tiene relación con una falta personal de los padres. Pero, una vez hecha esta doble prueba, como la respon-

sabilidad incurrida por los padres no es la dictada por el art. 1384 del Código Civil, sino por los arts. 1382 y 1383 del mismo código, tal problema queda ajeno al objeto del presente estudio. Así ha sido resuelto por la mayoría de los autores, y así también lo ha resuelto la jurisprudencia del país de origen de nuestra legislación.

La segunda condición es que el hijo menor habite con sus padres, es decir, que ellos tengan una habitación común. Es claro, que ejerciendo los padres el derecho de vigilancia sobre el menor, y teniendo su guarda, puedan darse cuenta de sus pasos y se presuma el conocimiento de sus actos. De ahí, que la ley establezca una presunción de falta respecto de los padres, en todos los casos en que el menor cometa un hecho dañoso en perjuicio de un tercero.

Ahora bien, sucede que en un caso los padres están descargados de esta responsabilidad: cuando el hijo menor habita en una casa distinta a la paterna. Pero, tendrían los padres que probar que la no cohabitación se debe a una causa legítima y no a una falta de sus deberes de padres, pues, en este último extremo quedarían siendo siempre responsables. De igual manera quedan exonerados de la responsabilidad cuando hayan colocado al hijo menor en una casa de aprendizaje o bajo los servicios exclusivos de otra persona, en cuyos casos serían responsables aquellas personas que lo tuvieran a su cuidado, según lo establece el mismo art. 1384 del Código Civil.

Puede suceder, que aún habiendo puesto los padres a su hijo menor al cuidado de una de las

personas arriba enumeradas, o de personas que pueden ejercer sobre él *momentáneamente* una vigilancia, sean ellos responsables del hecho dañoso que cometa el menor. Es en todos los casos en que este hecho haya sido cometido en el intervalo de tiempo en que el menor se considera fuera del alcance del cuidado de dichas personas, por lo cual se presuma una falta de vigilancia de los padres sobre el hijo.

Por otra parte, es necesario aclarar que no basta que la no cohabitación de los padres con el hijo esté fundada en una causa legítima, como lo hemos establecido más arriba: es necesario, además, que esta no cohabitación impida a los padres supervigilar las acciones de su hijo menor, por las circunstancias apreciables que ellos hagan valer en su provecho; porque, todas las veces que se pruebe, en hecho, que apesar de la no cohabitación los padres podían poner en práctica su obligación de supervigilancia, incurren en la responsabilidad establecida por el art. 1384 del Código Civil.

Además, no es un obstáculo para la aplicación del art. 1384 la circunstancia aún probada, de que los padres no estaban presentes cuando su hijo menor cometió el hecho. Es cuestión resuelta, tanto en la doctrina como en la j urisprudencia de origen, que el alejamiento de los padres del lugar del hecho; y por consiguiente, la imposibilidad material para evitar su comisión, no los exonera de tal responsabilidad. Es necesario que los padres prueben, además de que su alejamiento en el momento del hecho los ha imposibilitado físicamente para evitar su comisión, que este mismo hecho "no es el resulta-

do de un vicio de educación, de un defecto de firmeza o de vigilancia de su parte".

Estas soluciones dadas al problema, no son sino el desenvolvimiento de los principios jurídicos admitidos por la unanimidad de los autores, quienes coinciden en que no es necesario investigar respecto de los padres la existencia de una imprudencia personal en el momento mismo en que ha tenido lugar el acto perjudicial. Se considera que por el sólo motivo de ellos no haber podido impedir el hecho dañoso, lo han autorizado, salvo prueba en contrario a su cargo. Por consiguiente, deben responder civilmente, "aún cuando el hecho, considerado en sí mismo, y el permiso de ejecutarlo, puedan estar al abrigo de todo reproche".

Como puede apreciarse, en todo el cuerpo de de esta tesis tratamos el problema de la responsabilidad aplicado a los padres, entendiéndose, por tanto, que nos referimos a los padres legítimos, y en cuanto a éstos, hacemos el estudio general, es decir, considerando el caso como si existiera uno sólo, ya que, como es sabido, la madre es responsable del hecho cometido por el hijo menor, después de la muerte del esposo.

Pues bien, y para seguir el curso de la presente tesis, el art. 1384 del Código Civil dice textualmente en su último párrafo: "La responsabilidad antedicha tiene lugar, a menos que el padre, la madre, los maestros y artesanos, prueben que les ha sido imposible evitar el hecho que da lugar a las responsabilidades".

Ya anteriormente dijimos, que algunos autores consideraban esta parte in fine de dicha disposición legal, como una condición esencial para la existencia de la responsabilidad, y anunciamos también, que trataríamos de demostrar que esta afirmación no es cierta, y que esta última parte del art. 1384 constituye una excusa para los padres, todas las veces que ellos prueben que les ha sido imposible evitar el hecho que da lugar a la responsabilidad.

En consecuencia, la presunción legal de falta comprendida en el art. 1384 del Código Civil respecto de los padres y por el hecho dañoso cometido por el hijo menor que viva ellos, es una presunción *juris tantum* que puede ser combatida y destruída por la prueba contraria. Para escapar a esta responsabilidad, la doctrina es unánime en admitir que los padres, puedan valerse de todo género de pruebas; pero, también es unánime en el sentido de que únicamente probando que les ha sido imposible evitar el hecho, cesa su obligación de reparar el perjuicio sufrido por un tercero a causa del hecho cometido por el menor. Esta solución nace de los términos mismos de la última parte del art. 1384, cuando se expresa en esta forma: "a menos que", con lo que deja sentada claramente la obligación de *probar*. Tal por ejemplo, en el caso de ausencia de los padres en el momento de la comisión del hecho. Ellos pueden exonerarse de la responsabilidad probando que su ausencia del lugar del hecho ha sido una circunstancia poderosa para impedir su comisión; pero, esta ausencia hace desaparecer su responsabilidad, en tanto que ella no

resulte de una falta imputable a los padres por incumplimiento en sus deberes de guarda sobre el menor, o por indisciplina doméstica o desobediencia, en cuyo caso no podrían escapar a la aplicación del art. 1384.

De todo lo cual se infiere, que la única circunstancia de la ausencia de los padres del lugar y en el momento de la comisión del hecho, no constituye por sí sola una excusa de su responsabilidad.

Cuál es el alcance de esta responsabilidad? En primer lugar, es aplicable a todos los hechos dañosos cometidos por el menor; en segundo lugar, alcanza a la reparación de todo el perjuicio sufrido con la comisión del hecho. Respecto de este último aspecto del problema, había discrepancia de criterio entre los antiguos autores. Una parte de ellos era de opinión que la responsabilidad era limitada a la porción hereditaria del hijo en los bienes de los padres, y tomaban como base de sus argumentos, que si bien es cierto que los padres son responsables del perjuicio causado por su hijo menor que habita con ellos, no menos cierto es que con esta responsabilidad ilimitada se perjudicaba los intereses de los demás hijos inocentes. Estos argumentos no eran bien fundados, en razón de que, de haber sido así, la persona lesionada se habría encontrado paralizada en el ejercicio de su acción, habría tenido que esperar que se abriera la sucesión con la muerte de uno de los padres, por ser ese el momento en que se podía establecer la porción hereditaria del menor. Esta tesis fué desechada, en razón de que es contraria a la ley, al art. 1384, que establece de una ma-

nera muy clara y terminante, que los padres son responsables del perjuicio causado por el menor, y los obliga a pagar inmediatamente los daños y perjuicios a que fueren condenados.

En tal sentido, veamos como tratan los autores este asunto. A. Sourdat, en su Tratado de la Responsabilidad, tomo II, No. 814, página 70, expresa lo siguiente:

> "Esta disposición (la del art. 1384) está "fundada en la patria potestad, que da a "los padres el deber de velar constante- "mente sobre sus hijos, en tanto que son "incapaces de dirigir sus propias acciones, "y que les son sometidas en el orden civil; "y de prevenir sus faltas, sea por esta su- "pervigilancia actual, sea sobre todo por "la educación intelectual y moral que ellos "están encargados de darle. Si el daño cau- "sado por el hijo tiene su fuente en una ne- "gligencia, una omisión de parte del padre "en el cumplimiento de este deber complejo, "es justo que él sea responsable".

Y el mismo autor, en su obra citada, continúa diciendo:

> "El principio general es que el padre "no puede invocar la imposibilidad física e "inmediata en que se ha encontrado de im- "pedir el hecho, para rechazar la res- "ponsabilidad, si este hecho ha sido pre- "cedido de una falta de su parte sin la

"cual el acontecimiento no hubiera sucedi-
"do".

De tal modo está fundada esta responsabilidad de los padres en la patria potestad, que unánimemente los autores concuerdan en que la falta cometida por hijo no es sino la falta misma del padre.

Ese monumento jurídico que se llama Pandectas Francesas, en el tomo 50, página 60, No. 867, se expresa en esta forma:

"Se enseña, generalmente, que la respon-
"sabilidad prevista por el art. 1384 del Có
"digo Civil, reposa en un doble motivo, sa-
"cado de las consecuencias de la patria po-
"testad. La autoridad del padre, que con-
"lleva el poder ordenar y hacerse obede-
"cer, implica igualmente deberes. Los pa-
"rientes tienen la obligación de educar sus
"hijos, no solamente asegurándole la vi-
"da material, por los alimentos, los ves-
"tidos, etc., sino también dándoles la edu-
"cación, y por consecuencia, supervigilan-
"do sus acciones, sus costumbres y sus
"pensamientos.

"El deber de guarda, que forma parte
"del deber de educación, los obliga a in-
"culcarles los principios de moral, a im-
"pedirle lesionar a otro; los obliga igual-
"mente a impedir, y al mismo tiempo pre-
"ver, todo acto perjudicial, y si un da-
"ño se produce, es que los parientes han
"faltado a ese deber, por negligencia en la

"supervigilancia a que están obligados. "Ellos son, pues, responsables, porque han "cometido una falta, o al menos una negli- "gencia, en el cumplimiento de la misión que "tienen la obligación absoluta de llenar, y "de la cual no pueden despojarse. Hay "frecuentemente la falta del padre en la in- "conducta del hijo".

De igual manera, también lo han tratado los autores, y la jurisprudencia francesa se ha inclinado en el sentido de que a los padres, para escapar a la responsabilidad del art. 1384, no les basta alegar que por su alejamiento del lugar del hecho no pudieron impedir la comisión del mismo.

"No basta al padre, para escapar a la res- "ponsabilidad, establecer que no estaba "presente en el lugar y en el momento del "accidente, y que no ha podido material- "mente impedirlo;

"El padre no puede exonerarse de esta "responsabilidad probando que su aleja- "miento del lugar del accidente le había "puesto en la imposibilidad de impedirlo, "si él no establece al mismo tiempo que la "falta del hijo no es el resultado de un vicio "de educación, de un defecto de firmeza o de "vigilancia de su parte". Dalloz, Nos. 69 y 72, página 775, tomo III.

ORIENTACION DE LA JURISPRUDENCIA DOMINICANA

Nuestra jurisprudencia se ha orientado siempre en el sentido de que la ausencia de los padres, aún legítima y comprobada, no descarga su responsabilidad. Esta línea de conducta de nuestro más alto tribunal, cuadra perfectamente con los principios sentados y aceptados por los autores, acojidos por la jurisprudencia francesa. En diversas oportunidades, y conociendo recursos que se refieren a casos de responsabilidad civil de los padres respecto a hechos cometidos por menores, la Suprema Corte de Justicia dominicana ha manifestado su opinión sobre este debatido problema jurídico.

"La Suprema Corte, después de haber deli-
"berado, y vistos los artículos 1384 del
"Código Civil, 194 del Código de Procedi-
"miento Criminal y 71 de la Ley sobre Pro-
"cedimiento de Casación.

"Considerando. que la recurrente en su
"calidad de parte civil, funda su recurso en
"la violación, por la sentencia que impugna,
"de los artículos 1384 del Código Civil y
""194 del Código de Procedimiento Criminal.

"Considerando, que el artículo 1384 del "Código Civil, establece, que el padre, y la "madre después de la muerte del esposo, son "responsables de los daños causados por "sus hijos menores, que vivan con ellos; y "que esta responsabilidad tiene lugar, a "menos que el padre o la madre pruebe que "les ha sido imposible evitar el hecho que "dé lugar a la responsabilidad.

"Considerando, que la circunstancia de que "el padre o la madre haya podido o no evi- "tar el hecho que hubiera dado lugar a la "responsabilidad es materia de hecho, y por "tanto, de la soberana apreciación de los "jueces del fondo.

"Considerando, que en el caso que ha "dado origen al presente recurso de casa- "ción, la Corte de Apelación de Santiago, "al juzgar que no era imputable ninguna "falta al padre del menor que ocasionó el "daño, hizo una apreciación de hecho, que "no implica violación del artículo 1384 del "Código Civil; y que no puede ser revisada "por la Corte de Casación.

"Considerando, que al eximir de respon- "sabilidad al padre del menor, y no conde- "narlo al pago de los costos, la Corte de "Santiago no violó el artículo 194 del Códi- "go de Procedimiento Criminal, el cual dis- "pone que toda sentencia de condena contra "el procesado y contra las personas civilmen- "te responsables del delito los condenará en

"las costas; puesto que la sentencia impug-
"nada no pronunció ninguna condenación
"contra la persona citada como civilmente
"responsable.

"Por tales motivos, rechaza el recurso
"de casación interpuesto por el Licenciado
"Pablo M. Paulino, en representación de la
"señora Francisca Lora, parte civil consti-
"tuída en la causa seguida a los señores Ra-
"fael Borrell hijo y Rafael Borrell, contra
"sentencia de la Corte de Apelación del De-
"partamento de Santiago, de fecha primero
"de Marzo de mil novecientos veintinueve, y
"lo condena al pago de las costas".- Sentencia del 24 de Octubre, 1930, B. J. número 243, pág. 18.

Como puede apreciarse por esta sentencia, nuestra Corte de Casación aplica a la letra el texto del art. 1384 del Código Civil, en lo que se refiere a la prueba puesta a cargo de los padres de establecer la imposibilidad para evitar el hecho perjudicial, prueba que, por ser materia de hecho, como lo dice la Suprema Corte, queda sometida a la apreciación soberana de los jueces del fondo.

En otra ocasión, y apoderada como Corte de Casación de un asunto de la Señora Matilde Rojas Vda. Virella, madre civilmente responsable del hecho de sustracción cometido por su hijo menor, Furcy Virella Rojas, y la cual fué puesta en causa, nuestra Suprema Corte de Justicia, casando la sentencia recurrida, dijo en su sentencia, lo siguiente:

"La Suprema Corte de Justicia, en fun-
"ciones de Corte de Casación, después de
"haber deliberado y vistos los artículos
"1382 y 1384 del Código Civil, 202 del Có-
"digo de Procedimiento Criminal, 131 y
"141 del Código de Procedimiento Civil, y
"24 de la Ley sobre Procedimiento de Ca-
"sación.

"Considerando: que el nombrado Furcy
"Virella Rojas, menor de edad, prevenido
"del delito de sustracción de la joven Ana
"Rosa Peña, menor de diez y seis años, fué
"sometido al Tribunal Correccional de San-
"tiago, el cual lo condenó, reconociendo
"circunstancias atenuantes en su favor, a
"cien pesos oro de multa y las costas, con-
"denando, además, a la señora Matilde Ro-
"jas Vda. Virella, madre de dicho prevenido,
"como persona civilmente responsable, a
"cien pesos oro de indemnización en favor
"de la menor agraviada, y disponiendo que
"tanto la multa como las costas fueran per-
"seguidas, en caso de insolvencia, por la
"vía de apremio corporal.

"Considerando: que de esta decisión
"apelaron, en tiempo oportuno, el preveni-
"do, Furcy Virella Rojas, la madre de éste,
"señora Matilde Rojas Vda. Virella, en su
"calidad de parte civilmente responsable, y
"el Señor Teófilo Peña, parte civil consti-
"tuída; que más tarde, ya en audiencia, de-
"sistió el prevenido de su recurso de apela-
"ción.

"Considerando: que la señora Matilde "Rojas Vda. Virella alegó como fundamento "de su recurso, según se comprueba por el "acta correspondiente, "que ella no era res- "ponsable de un hecho cometido por su hijo "fuera de su presencia, habiéndole sido com- "pletamente imposible evitarlo"; que el se- "ñor Teófilo Peña fundó el suyo, "en que la "indemnización acordada es insuficiente y "en las razones que oportunamente aducirá "por ante la Corte de Apelación correspon- "diente".

"Considerando: que la Corte de Ape- "lación de Santiago, apoderada de estos "recursos, decidió por su sentencia del vein- "tiocho de enero de este año, revocar la "sentencia apelada en cuanto a la indem- "nización y los costos puestos a cargo "de la señora Matilde Rojas Vda. Virella, "como persona civilmente responsable, y "juzgando por propia autoridad, descargó "a dicha señora de toda indemnización civil "del delito cometido por su hijo, el menor "Furcy Virellas Rojas, condenando a éste "a pagar al señor Teófilo Peña, parte civil "constituída, una indemnización de cien pe- "sos oro, compensable, en caso de insolven- "cia, con prisión a razón de un dia por cada "peso, por concepto de daños y perjuicios "ocasionados por su delito de sustracción y "gravidez en perjuicio de la menor Ana Rosa "Peña, condenándolo, además, al pago de

"los costos de ambas instancias.

"Considerando: que contra la anterior sen-
"tencia han recurrido en casacion el Señor
"Teófilo Peña, parte cilvil, quien funda su
"recurso en la violación de los artículos 1384
"del Código Civil, 27 de la Ley sobre Proce-
"dimiento de Casación y 189 del Código de
"Procedimiento Criminal; y el prevenido
"Furcy Virella Rojas, quien alega la viola-
"ción de los artículos 141 del Código de Pro-
"cedimiento Civil y 202 del Código de Pro
"cedimiento Criminal y falsa aplicación del
"art. 1382 del Código Civil.

"Considerando: que de acuerdo con la juris-
"prudencia de la Suprema Corte de Justi
"cia, "la ausencia del padre en el momento
"del hecho, aún lejítima y comprobada, no
"descarga su responsabilidad, puesto que el
"padre puede, sea preventivamente, sea du-
"rante su ausencia, tomar las medidas ne-
"cesarias para evitar el hecho de su hijo me-
"nor", y en tal situación, para redimirse de
"su responsabilidad, debe probar que le ha
"sido imposible evitar el hecho que la ha
"generado.

"Considerando: que la Corte a quo, para
"redimir de responsabilidad a la señora
"Matilde Rojas Vda. Virella, madre del pre-
"venido Furcy Virella Rojas, a causa del
"hecho cometido por éste, admite como
"prueba de que a ella le fué imposible, en

"su ausencia, evitar la comisión de ese he-
"cho, las dos circunstancias siguientes: a)
"que es perfectamente lícito y natural que
"los jóvenes a la edad del prevenido puedan
"sostener relaciones amorosas con las jóve-
"nes, sin que los padres, ignorándolas, en
"el presente caso, y aún cuando las conoz-
"can y consientan, puedan prevenir extrali-
"mitaciones, en estas relaciones puramente
"personales e íntimas; y b) que no se ha
"establecido que la falta cometida por el
"menor Furcy Virella Rojas, sea debido a
"la mala educación y a malos ejemplos que
"les han sido dados por la madre contra la
"buena disciplina doméstica, que, por el con-
"trario, ella ha demostrado atender debi-
"damente a la buena educación de sus hijos.

"Considerando: que ciertamente es de la
"competencia de los jueces del fondo com-
"probar la existencia de las circunstancias
"en que se fundan para eximir de la res-
"ponsabilidad que prevee el artículo 1384
"del Código Civil, pero cierto es también que
"pertenece a la Suprema Corte de Justicia
"examinar dichas circunstancias cuando
"ellas envuelven una cuestión de derecho;
"que la Suprema Corte de Justicia estima
"que al admitir la Corte a quo, en la Sen-
"tencia impugnada que, por las circunstan-
"cias de la licitez de las relaciones amoro-
"sas en jóvenes de la edad del prevenido y
"por la de haber atendido debidamente la
"señora Matilde Rojas Vda. Virella, madre

"de dicho prevenido, a la educación de sus "hijos, constituyen la prueba de que a ella, "ausente en el momento del hecho dañoso "cometido por su hijo, le fué imposible evi- "tar este daño, violó el artículo 1384 del "Código Civil, puesto que tales circunstan- "cias, lejos de constituír esa prueba, no res- "ponden al voto de la Ley citada, como "causas eximentes de responsabilidad, a no "justificar la vigilancia que dicha señora, "como madre del prevenido, debió tener "directa y constantemente sobre éste ni las "medidas que debió tomar para evitar que "cometiera el hecho por el cual fué sometido "a la justicia.

"Considerando: por otra parte, que no "obstante la presunción de falta que esta- "blece el artículo 1384 del Código Civil, ex- "presa la Corte a quo, en los motivos de la "sentencia recurrida, que ha debido estable- "cerse que la falta cometida por el menor "Furcy Virella Rojas fué debido a la mala "educación y a los malos ejemplos dados "por la madre contra la buena disciplina "doméstica, incurriendo por ello en la vio- "lación de los referidos textos legal: que, en "consecuencia, procede acojer los medios en "que la parte civil funda su recurso.

"Considerando: por último, que habien- "do pronunciado la Corte a quo el descargo "de la señora Matilde Rojas Vda. Virella, "como persona civilmente responsable del

"hecho cometido por su hijo Furcy Virella "Rojas, en perjuicio de la menor Ana Rosa "Peña, fundándose para ello en que dicha "señora no estuvo presente en el momento "de la comisión del referido hecho y en las "circunstancias de ser lícitas las relaciones "amorosas de jóvenes de la edad del preve- "nido Furcy Virella Rojas y de haber éste "recibido buena educación; y habiéndose "reconocido, como ha sido expuesto en "otro lugar de la presente sentencia, que la "Corte a quo incurrió en la violación del "artículo 1384 del Código Civil y en la del "artículo 27 de la Ley sobre Procedimiento "de Casación, al disponer dicho descargo, "por lo cual procede la casación de la sen- "tencia impugnada, no es necesario exami- "nar los medios en que funda su recurso el "prevenido Furcy Virella Rojas, por estimar "esta Corte que los dos recursos, el de la "parte civil y el del prevenido, están liga- "dos por vínculos tan estrechos, que crean "una verdadera conexidad entre ellos.

"Por tales motivos, Primero:- casa la "sentencia dictada por la Corte de Apela- "ción del Departamento de Santiago, en "fecha 28 del mes de enero de mil novecien- "tos treinta y seis; envía el asunto ante la "Corte de Apelación del Departamento de La "Vega; y Segundo: compensa las costas".- Sentencia del 10 de Octubre de 1936; B. J. número 315, pág. 525 y siguientes.

Así, pues, el criterio de nuestra Corte Suprema de Justicia se ajusta a las diversas y concordantes opiniones emitidas por los autores, y admite, como puede evidenciarse por el espíritu de la sentencia anteriormente transcrita, que teniendo los padres la obligación de supervigilar y dirigir las acciones de sus hijos menores que vivan con ellos, obligación que nace del ejercicio de la patria potestad, ellos pueden, *sea preventivamente*, *sea durante su ausencia*, evitar la comisión del hecho.

En consecuencia, cuando se comprueba que la falta cometida por el menor no es sino la falta de los padres en la dirección y cumplimiento de sus deberes, justo es que ellos respondan civilmente del daño que se origine.

CONSIDERACIONES PERSONALES

Alrededor de la aplicación del art. 1384 del Código Civil, surgen en la práctica diversos y complejos problemas, de los cuales trataremos algunos en esta tesis, apuntando inmediatamente nuestra opinión al respecto.

Tratando esta disposición legal de la responsabilidad del hecho de otro, que es una excepción al principio general de que cada quien es responsable del perjuicio ocasionado por su propio hecho, nos encontramos con una situación anormal, contraria al derecho común, que puede dar origen a distintos problemas cuya resolución es necesaria.

En primer lugar, es un caso frecuente entre nosotros, el que un menor, teniendo sus padres vivos, se críe y habite de una manera contínua en casa de un familiar cercano, algún tío, por ejemplo.

Es indiscutible que si este menor comete un hecho perjudicial a un tercero, necesariamente habrá una

Así, pues, el criterio de nuestra Corte Suprema de Justicia se ajusta a las diversas y concordantes opiniones emitidas por los autores, y admite, como puede evidenciarse por el espíritu de la sentencia anteriormente transcrita, que teniendo los padres la obligación de supervigilar y dirigir las acciones de sus hijos menores que vivan con ellos, obligación que nace del ejercicio de la patria potestad, ellos pueden, *sea preventivamente, sea durante su ausencia*, evitar la comisión del hecho.

En consecuencia, cuando se comprueba que la falta cometida por el menor no es sino la falta de los padres en la dirección y cumplimiento de sus deberes, justo es que ellos respondan civilmente del daño que se origine.

CONSIDERACIONES PERSONALES

Alrededor de la aplicación del art. 1384 del Código Civil, surgen en la práctica diversos y complejos problemas, de los cuales trataremos algunos en esta tesis, apuntando inmediatamente nuestra opinión al respecto.

Tratando esta disposición legal de la responsabilidad del hecho de otro, que es una excepción al principio general de que cada quien es responsable del perjuicio ocasionado por su propio hecho, nos encontramos con una situación anormal, contraria al derecho común, que puede dar origen a distintos problemas cuya resolución es necesaria.

En primer lugar, es un caso frecuente entre nosotros, el que un menor, teniendo sus padres vivos, se críe y habite de una manera contínua en casa de un familiar cercano, algún tío, por ejemplo.

Es indiscutible que si este menor comete un hecho perjudicial a un tercero, necesariamente habrá una

persona civilmente responsable del hecho. Puesto en causa al padre en su calidad de tal, ¿podría prevalecerse de la excusa establecida en la parte final del art. 1384?. O lo que es lo mismo, ¿podría el padre, para escapar a la responsabilidad alegar, con fundamento, que le ha sido imposible evitar la comisión del hecho?

Según hemos sentado en el cuerpo de esta tesis, el padre es siempre responsable civilmente del daño causado por su hijo menor, que viva bajo su techo. Hemos aceptado también, de acuerdo con los principios y la jurisprudencia, tanto la nacional como la de origen, que no basta al padre alegar, y hasta probar, su ausencia legítima y comprobada del lugar del hecho para descargarse de tal responsabilidad, cuando por argumento a contrario se establezca que el daño causado por el menor tiene su origen en una falta de vigilancia, indisciplina, o relajamiento en las costumbres domésticas.

Si la simple ausencia del lugar en donde ha tenido su origen el hecho pudiera erigirse en una excusa poderosa en beneficio de los padres, resultaría casi inaplicable el art. 1384 del Código Civil.

En la hipótesis que hemos propuesto antes no podría recaer nunca sobre el tío la responsabilidad establecida en este texto legal, toda vez que él mismo es limitativo, y, por consecuencia, no puede extenderse a otras personas que las que en él se enumeran, y, por otra parte la calidad de tío, respecto del menor, no es ningún atributivo de patria potestad, fundamento de esta obligación de responder del hecho de otro.

Si alguna responsabilidad pudiera surgir, que obligara al tío a causa del hecho cometido por el sobrino menor que viviera con él, sería indiscutiblemente en virtud de otra disposición legal, tal por ejemplo, la del art. 1382 del Código Civil, y en este caso, siempre que se pruebe en su contra una falta, y el hecho se repute como cometido por él mismo.

Los padres continúan siendo, aún en la hipótesis de que su hijo menor habite de una manera contínua en casa de un tío, responsables del daño que ocasione el hecho del menor a un tercero. Esta obligación de reparar el daño, subsiste porque ellos no se han despojado, ni pueden despojarse, de las cargas que conlleva la patria potestad: educación moral e intelectual, vigilancia, etc., que conducen todas a la modelación de la vida del menor, cuya torcida conducta acusa a los padres de falta en el cumplimiento de esos deberes.

Podría ser que, como hemos dicho anteriormente, los padres prueben que su alejamiento del lugar del hecho haya sido un obstáculo apreciable para impedir su comisión; pero, a más de la prueba de la legitimidad de esta ausencia o no cohabitación, ellos también están obligados a probar, para descargarse de tal responsabilidad, que el hecho no tiene por causa una mala educación, una falta de vigilancia, un vicio en las costumbres. En resumen, una falta de su parte en el cumplimiento de los deberes que nacen de la patria potestad.

Otro problema se presenta también en el caso de emancipación del menor, y muy especialmente si la

emancipación es voluntaria.

En primer lugar, casi todos los autores están de acuerdo en afirmar que cuando la emancipación resulta por el matrimonio contraído por el menor, cesa la responsabilidad civil de los padres. La base de esta afirmación casi unánime es el hecho de que el hijo está entonces en un estado de independencia completa, y debe ser reputado responsable de todas sus acciones.

No así resulta del hecho de la emancipación voluntaria. La opinión más socorrida entre los autores y en la jurisprudencia de origen, hace responsables civilmente a los padres, del hecho cometido por el menor en semejantes condiciones.

Algunos autores, decididos por la solución contraria, basan su opinión en el art. 372 del Código Civil, el cual establece que el hijo queda sometido a la autoridad de sus padres hasta su mayor edad o *emancipación*, y agregan, que siendo esta responsabilidad contraria al derecho común, es necesario, en lugar de extenderla, restringirla a los límites más estrechos.

Esto no es así. La emancipación voluntaria, apesar de que faculta al menor a tomar un domicilio separado del de sus padres, y apesar, también, de que hace cesar la patria potestad, no hace desaparecer la obligación de los padres de supervigilar y dirigir las acciones del hijo, en tanto que éste sea menor, y podría acusárseles de haber cometido una falta al permitir la emancipación de un menor que no era todavía maduro de razón y capaz de dirigir

sus propias acciones. Pero, resulta que de acuerdo con esta solución del problema, la emancipación voluntaria da derecho al menor emancipado a tener un domicilio distinto del domicilio paterno. El art. 1384 del Código Civil establece de una manera clara que los padres son responsables de los daños causados por sus hijos menores, *que vivan con ellos*, siendo esto último una *condición esencial* para la existencia de dicha responsabilidad.

En consecuencia, nuestra opinión es que aún en el caso de emancipación voluntaria, cesa la responsabilidad civil de los padres, en razón de faltar una de las condiciones esenciales de la misma: la habitación común.

A este respecto, A. Sourdat, en su Tratado de la Responsabilidad, dice lo siguiente:

> "Según los principios del Código Civil,
> "¿la responsabilidad civil no cesa en el mo-
> "mento de la emancipación? Se dice, para
> "la afirmativa, que la responsabilidad es
> "incontestablemente fundada en la patria
> "potestad; que según el art. 372, el hijo no
> "queda bajo la autoridad de sus padres si-
> "no hasta su mayor edad o su emancipa-
> "ción; que es necesario, al ser la responsabi-
> "lidad contraria al derecho común, en lugar
> "de extenderla, restringirla en sus límites
> "más estrictos. Nosotros respondemos que
> "la emancipación, sin duda, hace cesar la
> "patria potestad, pero el padre, obligado
> "a la supervigilancia de su hijo en tanto

"que es menor, no ha podido voluntaria-
"mente franquearse de esta obligación, des-
"pojándose de la patria potestad; que él
"está precisamente en falta por haber eman-
"cipado al hijo a una edad en que no esta-
"ba en estado de dirigir convenientemente
"sus acciones.

"En verdad, debe ser de otro modo
"cuando el hijo es emancipado por el ma-
"trimonio; aún cuando él habite con sus
"padres, está entonces en un estado de in-
"dependencia muy diferente del de un hijo
"emancipado por una simple declaración an-
"te el Juez Alcalde; no se puede reprochar al
"padre haber casado su hijo cuando la
"ocasión de hacerlo se ha presentado".

Si se tomara a la letra el texto del art. 1384, resultaría que la responsabilidad dictada en él no alcanzaría a los padres naturales. Este texto dice literalmente así: "El padre, y la madre después de la muerte del *esposo*, etc." Podría pensarse que al decir el legislador "y la madre, después de la muerte del esposo", la presunción legal del art. 1384, del Código Civil, y su consecuencia, la responsabilidad por el hecho cometido por un menor, no sería aplicable sino únicamente a aquellos parientes unidos por el vínculo del matrimonio.

Pero, esta errónea interpretación literal del art. 1384 ha sido rechazada unánimente por los autores, ya que, por lo que puede apreciarse en todo el curso del estudio de este interesante problema, el pensar

de los redactores del Código Civil ha sido otro.

En consecuencia, cuantas veces la filiación natural es legalmente establecida, la presunción del art. 1384 tiene la misma aplicación que tratándose de padres legítimos. De esta manera, y ocupándonos de los hijos reconocidos, investigaremos cuál de los dos, del padre o de la madre naturales, incurre en la responsabilidad del hecho perjudicial cometido por su hijo menor.

Para resolver esto, es preciso aplicar la regla seguida en el caso de los padres legítimos, es decir, que aquel de los padres naturales que tenga el ejercicio de la patria potestad, con todos sus atributos, cae en la presunción legal del art. 1384. Es, pues, responsable civilmente, aquel de los dos que haya reconocido al menor; y en caso de que éste haya sido reconocido por los dos, padre y madre, el primero que lo haya reconocido y tenga la guarda del menor, sobre quien está obligado a ejercer vigilancia y dirección en todos sus actos.

De esta manera, el caso de los padres naturales, apesar de los términos del art. 1384, es resuelto por todos los autores con las mismas reglas aplicadas a los padres legítimos, en lo que se refiere a la responsabilidad en que incurren por el hecho cometido por un hijo menor que viva con ellos.

Otra cuestión que se presenta en la interpretación del art. 1384 del Código Civil, es la de determinar si la responsabilidad que él establece es aplicable al tutor, en el caso de que el menor que ha cometido el hecho dañoso esté sometido a la tutela.

Algunos autores convienen en que esta responsasabilidad alcanza al tutor, y su razonamiento se funda en el art. 450 de dicho Código, en su párrafo primero, que dice "El tutor velará sobre la persona del menor, etc.", y también en que en Francia existen algunas leyes especiales que parecen establecerla.

Esta opinión ha sido desechada por la mayoría de los autores, y por la jurisprudencia de origen, toda vez que, según ellos expresan, los derechos que ejerce el tutor sobre la persona del menor son muy limitados y están sometidos al control del Consejo de Familia, amén de que estos derechos son muy diferentes de los que nacen de la patria potestad; "estos derechos no son sino una reducción insuficiente para fundar la responsabilidad del art. 1384, la cual implica una autoridad absoluta sobre la persona del hijo".

Como hemos dicho, hoy casi todos los autores abandonan la tesis de Pothier, tesis que ponía en igualdad de condición al tutor y a los padres.

Por la fuerza de la lógica debe ser así. Siendo la responsabilidad establecida en el art. 1384 del Código Civil contraria al derecho común, no se podría agravar la carga de la tutela con semejante responsabilidad; sobre todo cuando, tal como hemos afirmado anteriormente, esta misma disposición legal es limitativa, y debe, en consecuencia, interpretarse restrictivamente. El tutor podría incurrir en alguna responsabilidad, pero sería en la responsabilidad del derecho común, y cuando hubiera una falta imputable y probada respecto de él.

Entre nosotros, parece imperar la última idea, la que consideramos más lógica y más ajustada a la realidad jurídica de este complejo problema que tratamos.

De los conceptos vertidos más arriba, es necesario concluir que el art. 1384 del Código Civil es única y exclusivamente aplicable a los padres, sean legítimos o naturales, y a ninguna otra persona más. Así, en el caso de muerte de ambos padres, y quedando los abuelos con la guarda del menor, si éste comete un hecho dañoso, no incurren los abuelos en la responsabilidad establecida en este texto. La víctima del daño podría accionarlos; pero, basándose en el derecho común, y no en esta disposición excepcional, la cual debe ser interpretada restrictivamente, como se ha dicho.

CONCLUSIONES

Estableciendo el art. 1384 del Código Civil que los padres son responsables del daño causado por sus hijos menores que vivan con ellos, esta responsabilidad existe todas las veces que concurran estas dos condiciones: menor edad del hijo, y habitación común con los padres.

En consecuencia, los padres no pueden escapar a esta responsabilidad, sino en el caso de que prueben que les ha sido imposible evitar el hecho que da lugar a las responsabilidades.

Para la aplicación de esta disposición legal, es necesario acojerse a los términos restrictivos de ella. Es decir, que ninguna otra persona que los padres, aún cuando esta persona tenga alguna autoridad sobre el menor o ejerza sobre él cualquiera vigilancia, puede ser responsable en virtud del art. 1384 del Código Civil.

Esta responsabilidad está fundada en la pa-

tria potestad, que obliga a los padres a ejercer permanentemente vigilancia y dirección sobre la persona del menor, y a proporcionarle una educación que le permita vivir en sociedad sin que constituya ni un peligro ni una amenaza para los terceros. De ahí que el texto citado establezca una presunción legal de falta respecto de los padres, presunción de caracter *juris tantum*, y que, por consecuencia, puede ser combatida por la prueba contraria, puesta a su alcance en la parte in fine de dicho texto, con cuya prueba cesa la responsabilidad de los padres.

Esta responsabilidad civil por el hecho de otro establecida en el art. 1384 del Código Civil es contraria al derecho común, porque el principio general sentado en otros artículos del mismo Código es que cada uno debe responder de su propio hecho. Es indiscutible que los redactores del Código Civil, al crear una responsabilidad que altera tan profundamente los principios jurídicos de la materia, tuvieron en cuenta principalmente la relación de dependencia que existe entre las personas a quienes alcanza esa disposición excepcional (para el caso que nos ocupa, la relación de dependencia de hijo a padre), apreciando, por otra parte, las circunstancias de la inexperiencia del menor, su escaso desarrollo mental y la poca habilidad de sus aptitudes en su relación constante con los demás.

Todas estas circunstancias requieren una contínua supervigilancia en sus acciones, una educación moral que modele su conciencia, así como una educación intelectual que tienda a hacerlo maduro de razón, obligaciones todas, puestas a cargo de los

padres en el ejercicio de la patria potestad.

De ahí, que cuando el menor comete un hecho dañoso, se repute al padre en falta en el cumplimiento de tan elevados deberes, llegando los autores a afirmar, que la falta del menor no es más que el reflejo de la falta del padre.

Creando para esta falta una presunción legal respecto del padre, el legislador ha querido compulsarlo a una mejor atención de sus deberes y a prevenirlo de la función delicada que juega él en sociedad al crear una familia. Nada tan saludable, creemos nosotros, como esta responsabilidad del padre para que cumpla fielmente sus deberes de conductor de la familia. Desde luego, para que la resposabilidad sea una obligación que compulse al padre a velar por las acciones del hijo, en tanto que es menor, es necesario que sea aplicada en la medida que lo imponen las circunstancias, es decir, no haciendo de ella una causa de amenaza para la estabilidad y armonía sociales, y no constituyendo, desde luego, una preocupación constante para el patrimonio de la familia.

Esta responsabilidad del art. 1384 existe para todo género de hecho perjudicial cometido por el menor. No habiendo especificado el legislador a qué clases de hechos se refiere, y expresando que los padres son responsables civilmente "de los daños causados por sus hijos menores, que vivan con ellos", es indudable que se ha referido a todo hecho del menor que cause un daño o un perjuicio a un tercero, sin que sea necesario detenerse a investigar la naturaleza

del hecho. Basta, por consiguiente, que un tercero pruebe que ha experimentado un daño o un perjuicio con el hecho del menor, para que el padre incurra en responsabilidad, a menos que, para su descargo, haga la prueba que pone a su alcance el mismo art. 1384 en su parte final.

¿A cargo de quién está la prueba?. Respecto del que afirma haber sufrido un perjuicio con el hecho del menor impera el principio general del derecho común sentado en el art. 1315 del Código Civil, o sea, que todo aquel que alega en justicia un hecho debe probarlo. En consecuencia, está obligado a probar, primero, que el hecho ha sido cometido por el menor; segundo, que con este mismo hecho ha sufrido un perjuicio. Hecha esta doble prueba, el padre es responsable.

Pero, como decimos más arriba, el mismo texto pone a cargo del padre la prueba de que le ha sido imposible evitar el hecho dañoso; si él suministra esta prueba, debe ser descargado de toda responsabilidad por semejante hecho.

Asimismo, es cuestión resuelta que la responsabilidad del art. 1384 del Código Civil es ilimitada, estando obligado el padre a satisfacer toda la condenación impuesta por la sentencia que intervenga contra la cual le quedan abiertos todos los recursos del derecho común.

En resumen, de acuerdo con el texto que venimos estudiando, los padres, obligados a dirigir y supervigilar las acciones de sus hijos menores que viven con ellos, son responsables civilmente de todo

daño causado por un hecho suyo. Esta responsabilidad alcanza tanto a los padres lejítimos como a los naturales, apesar de que tomado a la letra el art. 1384, parecería referirse únicamente a los primeros.

Como se ha visto en el cuerpo de esta tesis, esta responsabilidad da lugar a una infinidad de problemas jurídicos en su aplicación, a algunos de los cuales nos hemos referido. Estas diferentes cuestiones se resuelven interpretando restrictivamente el art. 1384, ya que está fundado en principios contrarios al derecho común.

Más, al declarar responsables a los padres, obligándolos a reparar todo perjuicio nacido del hecho dañoso de su hijo menor, este texto los pone al abrigo de todo reproche y de toda obligación, si ellos prueban que les fué imposible evitar la comisión del hecho.

Estas conclusiones nuestras, son el resultado de las investigaciones hechas en los textos más avanzados que tratan de la materia, así como de consultas en la jurisprudencia, tanto en la de origen, como en la de los Tribunales del país, especialmente, en las sentencias de nuestra Suprema Corte de Justicia.

La Vega, Octubre 30 de 1940.

BIBLIOGRAFIA

Boletín Judicial, No.243, año 1930, páginas 18 y siguientes;

Boletín Judicial, No. 315, año 1936, páginas 525 y siguientes;

Dalloz.— Codes Annotés.— Nouveau Code Civil, tomo III, años 1903—1905, páginas 773 y siguientes;

Josserand, Louis.—Cours de Droit Civil Positif Francais, año 1939, 3a. edición, Librairie de Recueil Sirey, páginas 300 y siguientes;

Lalou, Henri.— La Responsabilité Civile, edición del año 1928, Librairie Dalloz, páginas 232 y siguientes;

Mazeaud, Henri y Leon.—Traité Théorique et Practique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contratuelle, 3a. edición, año 1938, Librairie du Recueil Sirey, tomo I, páginas 32 y siguientes;

Pandectes Francaises.— Repertoire.—Tomo 50, páginas 60 y siguientes;

Planiol, Marcel.— Traité Elémentaire de Droit Civil, 7a. edición, año 1917, tomo II, páginas 296 y siguientes;

Sourdat, M. A.- Traité Général de la Responsabilité ou de L' Action en Dommages—Intéréts en dehors des Contrats, 7a. edición, tomo II, páginas 70 y siguientes.—

INDICE

páginas:

NOCIONES GENERALES..... 9

¿SON LOS PADRES SIEMPRE RESPONSABLES DEL DAÑO CAUSADO POR SUS HIJOS MENORES, QUE VIVEN CON ELLOS? CONDICIONES PARA QUE EXISTA ESTA RESPONSABILIDAD. TEORIAS Y OPINIONES SOBRE ESTE CASO JURIDICO 14

ORIENTACION DE LA JURISPRUDENCIA DOMINICANA..... 25

CONSIDERACIONES PERSONALES..... 35

CONCLUSIONES..... 44

BIBLIOGRAFIA. 49

INDICE

D-94

UNIVERSIDAD DE SANTO DOMINGO

REPUBLICA DOMINICANA

FACULTAD DE DERECHO.

ALCANCE JURIDICO DEL ARTICULO 355 DE NUESTRO CODIGO PENAL COMUN Y LA SUSTRACCION MOMENTANEA.

TESIS

PARA EL DOCTORADO

SUSTENTADA POR

PORFIRIO EMILIANO AGRAMONTE

Año Académico de 1940-1941.

Número: -19-

"La Universidad no se hace solidaria de las opiniones emitidas por el sustentante". (Ordenanza Núm. 21-40 de fecha 30 de Sept. de 1940.

EDITORIAL
"EL PROGRESO"
LA VEGA, R. D.

BN
D-94
UASD
FCJ

A LA MEMORIA DE MI PADRE

MANUEL AGRAMONTE

"ya que siempre fué este, su

más Acariciado ideal".

014271

A MI MADRE:

JUANA CAMBERO

Y

MIS HERMANOS TODOS.

AL

GENERALISIMO DOCTOR

RAFAEL L, TRUJILLO M.

BENEFACTOR DE LA PATRIA

Bajo cuyo amparo me fué posible

realizar este propósito.

INTRODUCCION

Al elegir como objeto de nuestra tesis, el alcance jurídico del Art. 355 del Código Penal común y la sustracción momentanea, lo hemos hecho con el propósito de contribuir a despejar un poco la obscuridad que envuelve a este texto de ley, así como a la mayor parte de los que constituyen el conjunto de nuestra legislación.

Muchas veces culpamos a los jueces, quienes en la aplicación de las leyes, establecen principios que se alejan considerablemente de la verdadera intención del legislador; pero las más de las veces, esto ocurre por la falta de motivación de los que están encargados de darle nacimiento, quienes y muy especialmente nuestros antepasados, se han preocupado muy poco en ello.

En ausencia de esto, no creo que hemos debido adoptar otro sistema, que plegarnos siempre al criterio del legislador francés, ya que lo único que sabemos es de que ese fué el pensar de los encargados de hacer la tradución, localización y adecuación de de la legislación de origen.

Y al presentar esta tesis a la consideración de los Honorables miembros del Jurado Examinador, os suplico que tengais indulgencia por la pobreza con que haya presentado mis argumentaciones que animadas de la mejor buena fé, no encontraron en mi escasa inteligencia los elementos necesarios para hacerlo de un modo más brillante en la forma y más convincente en el fondo.

NOCIONES GENERALES

HISTORIA

Para encontrar el origen de cualquier hecho incriminado como delito en nuestro Código Penal Común, como en cualquier otra rama de nuestro Derecho, preciso es ir a las fuentes de nuestra legislación de origen, para de allí establecer, al amparo de los argumentos que dieron lugar al nacimiento de esa legislación, los motivos de la existencia de la nuestra; y, si en algunos casos como el que constituye el objeto de este breve estudio, hay una diferencia notable en la letra de los textos de ley, no así siempre ocurre en el verdadero espíritu de ellos ya que inspirados por las mismas necesidades sociales, fueron estable-

cidas por mentes privilegiadas de eminentes legisladores, cuyo trabajo ha servido de guia a casi la totalidad de las legislaciones adoptadas por las naciones que componen el Universo.

De ahí que, para encontrar el verdadero origen de la existencia del Artículo 355 de nuestro Código Penal, que establece la infracción de la sustracción, seducción o rapto, necesario es, hacer un breve estudio de esa infracción en nuestra legislación de origen.

En Francia, las antiguas legislaciones distinguían la sustracción de *persona* y el *rapto propiamente dicho*. En el derecho Romano, se calificaba *Plagiun* el hecho de reducir o de mantener un hombre libre en esclavo. El antiguo derecho Alemán comprendía bajo la calificación de robo de hombre, el crimen que consistía en hacerse amo de una persona por violencia o por fraude para cualquiera que fuera la finalidad perseguida.

El derecho Penal Alemán moderno, ha conservado esta incriminación hoy, aunque un poco imaginario, que es más bien el recuerdo de las costumbres de un tiempo. Pero el Código Penal Francés, no ha seguido esta forma y al cometerse un hecho semejante bajo su legislación o la nuestra, se castiga por arrestación ilegal o de secuestro de persona; Esta incriminación general es suficiente para proteger la libertad individual.

La antigua legislación Francesa, distinguía dos especies de rapto: el rapto por violencia y el rapto por seducción. El rapto por violencia no era más que

un medio de perpetración del estupro. Yousse lo definió: La sustracción que se hace por la fuerza a una joven o mujer para gozarla, contra su voluntad, y agregaba: "Las leyes han considerado este hecho y el estupro, o violación como semejantes, de modo pues, que dentro de esta definición o interpretación, nuestros antiguos consideraban el estupro o violación igual a la sustracción por medio de la violencia.

El rapto por seducción, era la sustracción cometida sin violencia, pero contra el agrado y consentimiento de los padres de una menor, sea para llevarla a la corrupción o para celebrar con ella un matrimonio clandestino, y difería por consiguiente, del rapto por violencia en cuatro puntos principales: PRIMERO:— en que podía cometerse sin que hubiere desplazamiento de un lugar a otro; SEGUNDO: que se cometía contra una menor de edad, mientras el rapto con violencia podía cometerse contra una persona mayor de edad; TERCERO: que se hacía bajo la fé de una promesa de matrimonio y que por consiguiente no podía, como el rapto con violencia consumarse contra una mujer casada y CUARTO: que se producía con el consentimiento de la persona seducida y sólo contra el gusto de sus padres, tutor o curador, siendo en realidad, contra ellos que el crimen era sobre todo cometido, esta es la razón, por lo que, al *Raptus por seducción* le llamaron los antiguos legisladores franceses *RAPTUS IN PARENTES*, o rapto de ordeza, porque era principalmente previsto por las ordenanzas reales.

Cuando llegamos a esta parte de nuestro estudio, hemos llegado sin vacilación alguna, a la firme creencia de que el legislador, desde su inicio no pensó en otra cosa que preservar por medio de sanciones el respeto que se debe a la autoridad del padre, y de este modo garantizar la sociedad en sus más nobles inicios, el hogar, porque defendiendo de este modo la familia se estaba defendiendo la sociedad en su verdadera estructura moral, pero nunca creció en su mente la creencia de que leyes concebidas por el hombre, podían romper los sentimientos que la naturaleza ha inculcado en nuestro ser, "Fornicatio simple de juris civil, non est prohibita", decian los antiguos".

El Código Penal Francés de 1791, Art. 32, solo consagraba el rapto por violencia, sin tener en cuenta el rapto por seducción, así solo castigaba la sustracción de una menor de catorce años de edad cometido por violencia, teniendo por fin abusar de la persona sustraída ó con el propósito de prostituirla.

Ese Código establecía "El que hubiera sido declarado culpable de haber por violencia y con el propósito de abusar o de prostituir a una menor de catorce años de edad cumplidos, sustraiga una menor de la casa de las personas bajo el poder del cual ella se hallaba, o de la casa en la cual esas personas la habían colocado, será castigado con doce años de de galera".

El Código Penal de 1811, toma la distinción fundamental de nuestro antiguo derecho y modifica

profundamente las consideraciones de la incriminación dulcificando al mismo tiempo la pena que establecía el Art. 32 del Código de 1791. Castiga no solamente la sustracción por violencia, sino también por fraude, este crimen cesa de ser solo un atentado contra las costumbres y se extiende protegiendo la persona de la menor y muy especialme *la autoridad de la familia, el RAPTUS IN PARENTES* es un atentado contra la familia, por ser un atentado contra la autoridad del padre, no importa que la menor haya consentido a seguir el raptor, porque, por su menor edad, se considera siempre que ese consentimiento ha sido sorprendido, siendo víctima de su inesperiencia.

El Código Penal de 1810 ha sido grandemente influenciado por la antigua legislación en cuanto a la dístinción entre las dos especies de sustracción, aún cuando ha modificado las condiciones de la incriminación y dulcificado además al rigor de la pena que establecía la ley antigua.

El Código Penal de 1810, no castiga más que la sustracción de menor, la sustración de un mayor puede tomar el carácter de un secuestro ilegal, pero no de rapto propiamente dicho, y si tiene por objeto un niño cae bajo la aplicación del Art. 345 del Código Penal.

La Ley moderna distingue como lo hacía la antigua jurisprudencia entre la sustracción por fraude o violencia y la seducción ó rapto propiamente dicho. Si el hecho ha sido cometido por fraude o violencia, cae dentro de las prescrip—

ciones del Art. 354 del Código Penal; y si ha sido cometido solo con la ayuda de la seducción, cae entonces bajo los dictados del art. 355 del mismo Código Penal. Pero este Código, sólo ha protejido a las menores de 21 años de edad sin que de ningún modo, se cuide a una mujer mayor de edad del rapto de seducción.

ESTUDIO JURÍDICO Y COMENTARIOS ACERCA DEL ARTÍCULO 355 DE NUESTRO CÓDIGO PENAL ASI COMO TAMBIÉN DE LA JURISPRUDENCIA DOMINICANA, QUE CREA LA SUSTRACCIÓN MOMENTÁNEA

El Artículo 355 de nuestro Código Penal, difiere aún en su letra, del texto Francés, y cuando se hizo la traducción, localización y adecuación del Código francés ordenado por el decreto del 3 de Julio de 1882. la Comisión de Abogados nombrada por el Poder Ejecutivo, estableció una diferencia tan enorme entre el texto Francés y el Dominicano, que muy dificilmente se podrá hoy, explicar cuáles fueron los motivos que indujeron a esos abogados a establecer en el proyecto por ellos preparado, una diferencia tan marcada en ambos textos.

El texto del Art. 354 que aceptó el Congreso y que luego por decreto del Poder Ejecutivo del 20 del mes de Agosto de 1884, fué promulgado, convertido de este modo en ley, es el siguiente: Artículo 354: "La pena de prisión correccional se impondrá al que con engaño, violencia o intimidación robare, sustrajere a una o más menores, haciéndoles abandonar las viviendas o domicilios de aquellos bajo cuya autoridad o dirección se hallaban".

Y el texto del Artículo 355 era el siguiente: "Todo individuo que sustrajere de la casa paterna, de sus mayores, tutores o curadores a una joven menor de 16 años cumplidos, por fuerza o seducción, con promesa de matrimonio, y no celebrase éste en el término de un mes después de ser requerido por sus padres, ascendientes, tutores o curadores, incurrirá en la pena de uno a dos años de prisión correccional; si la joven fuere mayor de 16 años y menor de 18 cumplidos, la pena será de uno a seis meses". Esta redacción hizo surgir el inconveniente de que cuando el seductor había sustraido a la menor sin haberle hecho promesa de matrimonio, no había cometido el delito de sustracción establecido por la Ley, más, esta redacción hacia que surgiera este problema: Cuando el seductor era incapaz, necesitando el consentimiento del padre para formalizar promesa de matrimonio, y para celebrar éste por consiguiente, cuál era la validez de su promesa de matrimonio, en cuánto a la aplicación del Artículo 355 del Código Penal? La Suprema Corte de Justicia, formuló entonces un proyecto de reforma, y el Congreso por su decreto del año 1866, atendiendo a esta recomendación de la Suprema Corte de

Justicia, se estableció, que aún en el caso de que el seductor no nubiese formalizado ninguna promesa de matrimonio, caia dentro de las prescripciones del Art. 355 del Código Penal.

Luego, fué nuevamente modificado el Art. 354 siendo el actual texto el siguiente: Artículo 354: "La pena de reclusión se impondrá al que por engaño, violencia o intimidación robare, sustrajere, o arrebatare a una o más menores, haciéndoles abandonar la vivienda o domicilio de aquellos bajo cuya autoridad o dirección se hallaban", (se notará que en este estudio siempre tomó en consideración el texto del artículo 354 del Código Penal, que incrimina la sustracción cometida con fraude o violencia, pero es que lo he considerado gemelo del que hace el objeto de mi estudio, facilitándome en su comparación las argumentaciones a que he de referirme). Artículo 355: Todo individuo que extrajere de la casa paterna o de sus mayores, tutores, o curadores a una joven menor de 14 años cumplidos, por cualquier otro medio que no sea de los indicados por el Artículo anterior, incurrirá en la pena de uno a dos años de prisión y multa de doscientos a quinientos pesos, etc". Cuáles son entonces, de acuerdo con este texto los elementos constitutivos de esta infracción? Son los siguientes: PRIMERO: Que el autor sea un hombre y la víctima sea del sexo femenino, menor de 21 años de edad; SEGUNDO: El hecho material de extraer de la casa paterna o de sus mayores, curadores o tutores, a la menor, es decir, hacerla abandonar la vivienda o domicilio de ellos; TERCERO: Que sea por cualquier otro medio que no sea los indicados en el Art. 354 y CUARTO

La intención de perpetrar el hecho. Cuál hecho? El de extraer de la casa de sus padres, mayores, tutores o curadores a la menor.

Entonces, no creo que haya diferencia entre el texto Francés y el Dominicano, porque si aquel en su Art. 356 dice continuando la redacción del Art. 354 que establece el caso cuando la sustracción ha tenido lugar por fraude o violencia; "Que cuando la menor haya consentido a la sustracción o seguido voluntariamente al seductor" no está más que determinando claramente que debe ser por cualquier otro medio que los indicados en el Art. 354, ya que, cuando una menor que haya sido sustraida no lo ha sido por fraude (ENGAÑO), violencia (INTIMIDACION), tiene necesariamente que haber consentido en su sustracción, o seguido del mismo modo, voluntariamente al seductor. De modo pues, que cualquier otro medio, que sea por fraude o violencia, debe ser y lo es, voluntario y consentido. Los textos se confunden, no hay más que diferencia en decir lo mismo, direfercias de palabras pero ambos sostienen del mismo modo, la misma idea y el mismo concepto.

Parece que fué tan grande la influencia de la legislación de origen, que nuestros legisladores no pudieron apartarse del espíritu que animó al legislador Francés, cuando erigía en delito la sustracción de una menor para sancionar el más rudo ataque a la autoridad de los padres.

ESTUDIO DEL PRIMER ELEMENTO DE LA SUSTRACCION

Contrariamente al Art. 354, el Art. 355 exije la condición de que el raptor sea del sexo masculino, y que la víctima sea del sexo femenino; es claro que, cuando el legislador haya tratado en este texto, el hecho de la seducción, y no siendo esto normalmente posible, sino entre personas de sexos diferentes, fuera ésta la primera condición de la existencia del delito de seducción, más es el peligro a que se encuentra sometida una menor por sus propios instintos a que la impulsa la naturaleza o el asecho en que las pasiones del hombre la colocan en cada instante de su vida, lo que ha tomado en cuenta el legislalador por considerarlo un peligro, al mantenimiento de la autoridad de los padres.

La ley ha tenido que crear una sanción que sea un constante freno a estos instintos cuando pueda resultar de ello un desmembramiento para la sociedad como resultaría cuando la autoridad de los padres fuera víctima sin restricción de la seducción.

SEGUNDO ELEMENTO CONSTITUTIVO

EL HECHO MATERIAL DE EXTRAER DE LA CASA PATERNA O DE SUS MAYORES, CURADORES O TUTORES A LA MENOR

Extraer es sustraer, sacar una cosa del lugar de donde ella se encontraba, operándose esto con la consumación de dos hechos o elementos. Primero, desplazamiento de la menor de la casa de sus padres, mayores, curadores o tutores, y segundo, la traslación de ella a otro lugar. Es en efecto, por la reunión de esos dos elementos que se forma la materialidad del delito. No es suficiente que se haya sacado la joven del lugar donde ha sido puesta por la autoridad de sus padres, si se le ha permitido regresar a ella libre-

mente, habiendo permanecido fuera solo un instante, siendo esta una infracción que, como se ha establecido en todo el curso del presente trabajo, ha sido solo creada para sancionar del respeto debido a la autoridad de los padres, el hecho simple de que la menor haya dejado su morada por un instante, no puede de ningún modo constituir en reo de sustracción al seductor, porque, en ningún momento, esta autoridad ha dejado de exististir sobre la joven seducida; no ha habido cambio de morada, no se ha extraido de la casa de sus padres, mayores tutores ó curadores. No es el hecho asislado de trasladar a un sitio cualquiera a una menor con cualquiera que sea el propósito del seductor lo que constituye el delito, sinó el hecho material de hacerla abandonar de un modo definitivo su domicilio.

La ley exije que se extraiga la menor de la casa de quien tenía sobre ella autoridad, de modo pués que debe ser extraida de allí, y extraerla de allí, es hacerle abandonar ese lugar; tampoco se podrá aplicar la sanción de la Ley, si esa menor había abandonado la casa de sus padres, porque en ese caso faltaría el elemento material, ya que no ha sido extraida del lugar que la ley exije que se haga. En este caso tampoco se ofendería la autoridad sobre ella ejercida, porque ésta ha dejado de existir. Yo estoy de acuerdo con que la ley proteja la menor dondequiera que se encuentre cuando está con el consentimiento de los padres, porque ahí la autoridad de ellos la sigue y la ley debe protejerla en ese lugar, pero si por el contrario, la joven ha dejado el hogar por cualquiera que fuere la razón, ya no se encuentra bajo su autoridad, y por consiguiente, si ha sido seducida,

esa autoridad no existia para ser ofendida.

La Jurisprudencia Francesa ha llegado más lejos y ha admitido que una menor que se encontraba en una plaza pública esperando a su padre, e invitada a entrar en una casa de cita, donde fué seducida, no se hacía reo de sustracción, quien después de haberla gozado la dejaba libre, para que regresara a su casa.

Es que la condición de que sea *extraida* de la casa de sus Padres, etc., hace surgir la creencia firme de que el desplazamiento seguido de la traslación de la menor, debe ser de un modo permanente. y yo considero, que aún cuando no se llegara a este medio extremo de exijir como en Francia la permanencia del abandono del hogar, sí por la letra y el espíritu de la ley, debe exigirse la condición de que se haya hecho que la menor hubiere desamparado la casa paterna por un tiempo suficientemente largo, que entrara bajo la apreciación del Juez de hecho. Es así, cuando se es culpable de haberle hecho abandonar a la menor la vigilancia de sus mayores, burlando la autoridad de ellos.

De modo pués, que hay que admitir hasta que no exista un texto de ley que exprese lo contrario, que tanto aquí como en Francia la extracción debe ser necesariamente de un modo permanente ó como he sostenido, de manera que el abandono del lugar donde se encontraba la menor, sea tan suficientemente largo, que esta autoridad haya sido suspendida de ser ejercida sobre ella. Este ha sido el principio dominante en todos los pueblos civilizados del Mundo, los cuales han reconocido siempre que, la

simple desfloración de una mujer núbil mediante su libre consentimiento, no es delito. Cuando el juez se aparte de la letra y el espíritu de esta ley, habrá cumplido con la moral, ó afirmado su respeto a los principios religiosos. Pero ha dejado de cumplir su deber. Al proceder así el Juez, ha violado la ley, porque el Juez, no está investido de su augusto ministerio para apreciar la moralidad o inmoralidad de los actos humanos sino para apreciar los delitos, tales como han sido definidos por la Ley".

ELEMENTO INTENCIONAL DEL DELITO:

La intención como en todos los delitos es indispensable para que exista el delito de sustracción de menor; pero, esta intención no puede de ningún modo ser otra, sino aquella que resulta de la misma redacción del texto de ley, no puede nadie imaginar otra, porque el texto en su estructura —dice siempre— cual ha debido ser la intención del autor de la infracción incriminada.

Dice el texto: "Todo individuo que extrajere de la casa paterna o de sus mayores" etc. Cuál es la intención que debe animar al autor de esta extracción? el texto dice: es el designio de sustraer a la menor a la autoridad de sus padres; hacerla abandonar el lugar donde ha sido colocada por ellos, para sustraerla a esa autoridad, es el designio de ponerla fuera del alcance de sus padres,

mayores, tutores o curadores.

El Código Penal de 1791, siguiendo las antiguas tradiciones no castigaba la sustracción sino cuando el autor tenía el designio de abusar de la víctima, pero la ley moderna sigue un sistema diferente, cuando la intención de sustraer a la menor a la autoridad legítima existe, es inútil examinar con cuál fin la sustracción ha sido efectuada, lo más amenudo, el fin del raptor es criminal, es para satisfacer su lubricidad o para cualquier otro fin de su interes, a veces para forzar a los padres a darle su consentimiento para contraer matrimonio; pero cual que sea la finalidad de la sustracción, siempre estará al alcance de la sanción establecida por la ley, aún cuando haya sido para salvarla de una corrupción.

El Código Penal Alemán, castiga con prisión correccional al que por medio de violencia o fraude sustrae a una menor; pero si el hecho ha sido cumplido con la intención de servirse de la persona de la menor para ponerla a mendigar o con cualquier otro fin inmoral o interesado, se castiga con pena de reclusión de diez años. El fín principal de la Ley, es la protección de la familia y mantener la autoridad de los padres, pero el crimen es evidentemente más grave si el fin del raptor es de abusar o de prostituir a la víctima, o de forzar a los padres a consentir en el matrimonio; pero el Código Penal Dominicano, como el Francés, no distingue, y solo establece como elemento indispensable que se haya actuado con el designio de extraerla de la casa de sus mayores, o mejor dicho de quienes tenían autoridad sobre ella.

EXAMEN DE LA JURISPRUDENCIA DEL 17 DE MARZO DE 1933 DE NUESTRA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, JUZGANDO COMO CORTE DE CASACION

La Suprema Corte de Justicia, juzgando como Corte de Casación, por su sentencia del 17 de Marzo de 1933, estableció una Jurisprudencia en la que afirma que el Art. 355 de nuestro Código Penal, alcanza la sustracción momentánea. Para hacer su crítica voy a copiar los considerandos de dicha sentencia; CONSIDERANDO: que la sentencia impugnada se funda en derecho, en que, "para que exista el delito previsto y sancionado por el Art. 355 reformado de nuestro Código Penal vigente, basta que la menor haya sido apartada aún momentáneamente, de la casa de sus padres, mayores, tutores o curadores"; y el recurrente sostiene que

para que exista el delito previsto y sancionado por el Artículo 355 reformado de nuestro Código Penal, es necesario el traslado de la menor del lugar en donde se encontraba colocada por y bajo la autoridad de determinadas personas y la intención de sustraerla a esa misma autoridad de un modo permanente. CONSIDERANDO: que son hechos establecidos en el presente caso, que la menor E. B. vivía en la casa de su padre, que ella tenía relaciones amorosas desde hacía algún tiempo con el acusado; que éste la llevó fuera de la ciudad a un lugar lejano y despoblado con un fin deshonesto, y que allí realizó su propósito; que el hecho realizado por el acusado, tal como resulta de las circunstancias apuntadas, constituye el delito de sustracción de menor previsto y castigado por el artículo 355 reformado del Código Penal, por presentar todos los elementos constitutivos de dicha infracción que son: *PRIMERO:* Que la agraviada sea menor de edad; *SEGUNDO:* Que el raptor sea un hombre; *TERCERO:* Un hecho material de traslado de un lugar donde la menor se encontraba bajo la autoridad y vijilancia de sus padres ó de sus mayores, curadores, o tutores; *CUARTO:* Que el autor del hecho lo haya cometido a sabiendas de que la menor estaba bajo la autoridad de esas personas; y *QUINTO:* que lo haya cometido con un fin deshonroso o deshonesto; CONSIDERANDO: Que esos elementos constitutivos resultan del doble carácter de ese delito (llamado rapto de seducción) que castigan el Artículo 356 del Código Penal Francés y el Artículo 355 del Código Penal Dominicano; que si el carácter principal de dicho delito es el de ser un atentado contra la autoridad del pa-

dre o de la familia es además un atentado contra la honestidad o el honor de los menores; que si el legislador Francés y el Dominicano no hubieran pensado más que en el atentado contra la autoridad paterna o de sus mayores que implica una sustracción de menor sin fraude ni violencia, hubieran castigado esta sea cual fueren el sexo del menor y el del autor, asi vemos castigada la sustracción con fraude y violencia sin tener en cuenta el fin honesto o deshonesto perseguido por el autor o autora del hecho; que en cambio, el delito previsto por el Artículo 356 del Código Penal Francés y el Artículo 355 del Código Penal Dominicano no existe sino cuando la sustracción es de una menor y así realizada por un hombre con el fin de satisfacer su pasión, que por consiguiente, lo que han querido castigar esas disposiciones legales es el atentado contra la autoridad del padre, o de la familia realizado por un hombre en la persona de una menor con fin deshonroso o deshonesto; y el carácter de atentado contra la honestidad o el honor de la menor que presenta ese atentado contra la autoridad paterna se evidencia más en el texto legal Dominicano, que, apartándose del Francés, agrava la pena cuando el acusado está unido por ciertos lazos de parentezco o de afinidad con la víctima, suspende las persecuciones en caso de matrimonio del seductor con la agraviada y no permite que se inicien estas en ningún caso cuando el seductor se haya casado con la agraviada; CONSIDERANDO: Que conocido el propósito del legislador y definida la infracción que ha previsto y querido castigar la disposición legal citada, no se puede exigir sin agregar a la ley una condición no establecida en ella, puesto que el texto no

distingue entre la sustracción momentánea y la sustracción permanente, que el traslado de una menor del lugar donde se encontraba bajo la autoridad de sus padres, o de sus mayores, haya sido realizado con la intención de sustraerla a esa misma autoridad de un modo permanente; que una vez comprobado el fin deshonroso, y deshonesto del hecho realizado por el acusado, deshonesto si abusó de la menor, deshonroso, si la hizo abandonar con perjuicio de su reputación el techo paterno para obligar al padre a dar el consentimiento al matrimonio, basta que dicho acusado, lo haya realizado a sabiendas de que la agraviada era menor de edad y que se hallaba bajo la autoridad de sus padres, o mayores, para que el delito previsto y sancionado por el citado Artículo 355 haya sido cometido por él, sin que se pueda pretender que el traslado de la menor debía haberse efectuado de la casa misma donde vivía bajo la autoridad paterna o de sus mayores, ya que en cualquier sitio donde una menor se encuentre con la autorización expresa ó tácita de sus padres o de sus mayores, con quien vive, y que la ley asimila aquí a los padres, se halla bajo la autoridad de esas personas y bajo la protección de la ley, y como la menor que se halla bajo la autoridad de sus padres o de sus mayores, está sometida a estos en cuanto al gobierno de su persona, trasladándola del lugar donde se encontraba momentáneamente a otro lugar sin el consentimiento de los que la gobiernan y con un fin deshonroso o deshonesto, es cometer el atentado contra la autoridad paterna o de la familia, castigado por el artículo 355 del Código Penal reformado; que al decidirlo así y al condenar, en vista de las cir-

cunstancias de la causa ya expuestas al recurrente por el delito de sustracción de menor previsto por esa disposición legal a las penas establecidas por dicho texto, la Corte aquo hizo una buena apreciación de los hechos y una recta aplicación de la ley.

Para refutar los conceptos de esta jurisprudencia bastaría haber seguido del modo más ordenado un estudio de las argumentaciones que he aducido desde el inicio de este trabajo; en cada parte de él, se encontrará una refutación a estos conceptos; pero trataré ahora, no de decir nada nuevo sino de ir ordenando esas argumentaciones contra cada un alegato argüido por los Jueces del más alto Tribunal de la República.

Nuestra Corte de Casación obligada por las circunstancias de lo que quería establecer sin base alguna en que hacer descansar el nuevo precepto que instituía, creó un nuevo elemento constitutivo de la sustracción de menor; dice ese alto Tribunal, que la infracción sancionada por el Artículo 355 de nuestro Código Penal, consta de un quinto elemento constitutivo, que es "*que lo haya cometido con un fin deshonroso o deshonesto*".

Realmente este quinto elemento constitutivo extraño, no se alcanzará nunca a ver ni en las letras del texto ni tampoco en su espíritu; no pudo nunca la intención del legislador hacerlo así, porque en Francia sobre todo, los legisladores han acostumbrado a motivar sus leyes, y de ningún estudio de la legislación de origen, encontraremos este elemento constitutivo; más bien después de hacer un estudio detenido de esta legislación, encontraremos siempre

la opinión de todos los eminentes autores de esta materia y jurisprudencia constante, de que no importa cual sea la finalidad perseguidad por el seductor. Entonces, esa finalidad determinada de que sea con un fin *deshonroso o deshonesto*, no se encontrará en ninguna parte, pues cuando se trata de encontrarlo en los estudios de nuestra legislación de origen, todas las argumentaciones que encontraremos serán opuestas a esta manera de ver de nuestra Suprema Corte.

Ya vimos en nuestros estudios que el Código Penal de 1791, siguiendo las antiguas tradiciones, la moral y la religión, no castigaban la sustracción sino cuando el autor tenía el designio de abusar de la víctima, y vimos además, como la legislación moderna abandonó ese criterio, y apartádose de él estableció que no se debía tener en cuenta la finalidad perseguida por el autor.

Dice la misma Corte de Casación en su sentencia que, no es posible agregar al texto de ley, otra condición que no sea la o las establecidas por el mismo texto, entonces, de dónde ese quinto elemento constitutivo?

Dice además esa Honorable Corte: *que si el carácter principal de dicho delito es el de ser un atentado contra la honestidad o el honor de las menores; que si el legislador Francés y el Dominicano no hubieran pensado más que en el atentado contra la autoridad paterna o de sus mayores que implica una sustracción de menores sin fraude ni violencia, hubieran castigado esta sea cual fuere el sexo del*

autor y de la víctima; pero es que si en este atentado se ha tenido en cuenta la seducción no es posible que se argumente de ese modo, ya que, la seducción no puede originarse de un modo normal, sino entre personas de distintos sexos, y si en el Artículo 354 se estableció la sustracción cuando era ocasionada por fraude o violencia, sin atender al sexo, no así podía serlo cuando se tratara de la seducción. Mas se debió tener muy presente, que el Artículo 355 del Código Penal ante de ser reformado, estableció las condiciones de que la sustracción de la menor, se efectuara por la fuerza o seducción, *y* que el legislador al hacer la supresión del medio de fuerza, no lo hizo sino atendiendo a que ya este modo, estaba tratado en el artículo 354 del Código Penal, y que por lo tanto este no hacía más que repetir una forma ya establecida. Claro está que al pensar el legislador que había que defender el hogar de un desmembramiento para solidificar así la sociedad, y defender la autoridad del padre, debió pensar que en una de las cosas en que debió ponerse toda su atención, debía ser la perturbación que en el seno de la familia se originaría por la existencia de la mujer, cuando esta estuviera en su menor edad, llena de pasiones, y provocadas por sus propios instintos a que la llama la naturaleza, y como dije antes, siendo víctima de constantes asechos del hombre para calmar sus intintos carnales, asi es que, es de esto, de lo que se defiende la autoridad del padre para lo cual se han creado sanciones, creando dificultades en que una menor sea constantemente desprendida de sus mayores, abandonando su hogar donde no pueda alcanzarla la autoridad que defiende la ley. Pero

nunca, que esta sea una sanción establecida para castigar el atentado contra el honor y la honestidad de la menor porque para hacerlo asi, necesario sería un nuevo texto de ley.

Equivocado ha de estar el Juez, que, cuando se trate de sustracción de menor (sustracción o seducción) argumente que es un atentado contra la honestidad u honor de la menor, cuando el legislador sabiamente, ha distinguido en nuestro Código Penal los delitos contra la honestidad de los delitos contra la autoridad de los padres. Así pues mientras los primeros lo ha ordenado en la sección Cuarta del primer capítulo del título tercero de nuestro Código Penal, los segundos han sido ordenados en la sección sexta del capítulo primero del título tercero del mismo Código, por consiguiente, el legislador no pensó nunca en que este delito fuera sancionar hechos contra la honestidad de una menor, ni exigió nunca que el autor de sustracción de una menor, lo hiciera con fines deshonestos, porque en Francia, se castigará siempre al que sustraiga a una menor de la casa de sus padres, mayores etc. cual que fuese la finalidad perseguida por el autor.

Dicen los autores, que, aún cuando el fin perseguido por el autor haya sido librar la menor de los malos tratamientos o privarla de la corrupción de sus mayores, habrá cometido siempre el delito de sustracción y la jurisprudencia de aquél país, la que ha debido seguir siempre la nuestra, ha confirmado ese unánime pensar de los doctrinarios.

Dice la Suprema Corte de Justicia, que nuestro texto robustece más la tesis de su Jurisprudencia, porque aquí cuando el seductor se casa con la agraviada, no puede ser perseguido como autor de delito; pero en Francia tampoco, pues el Artículo 357 establece que cuando el seductor se haya casado con la víctima no podrá ser perseguido, sino después de haberse anulado el matrimonio, por lo que, de acuerdo con la Ley, tienen derecho a proponer esta nulidad; de modo pues, que en esencia, no hay distinción, sin que me parezca que deba detenerme a establecer esta prueba que a mi entender resulta clara de la misma ley. Es verdad que el Código Penal Dominicano establece ciertas agravaciones en la pena cuando el autor de la seducción tenga ciertos lazos de parentezco o de afinidad con la agraviada, pero para irse tan lejos este Tribunal debió mejor argumentar, para no verse precisado a crear una nueva ley, que el legislador Dominicano estableció más graves sanciones contra aquellos que unidos por la sangre tenian mayor facilidad para seducir a una menor y hacerla abandonar la casa de sus mayores, y que además, por esa misma confianza de parentezco estaban más a su merced el poder burlar la autoridad de los padres de esa menor; es más natural razonar de este modo, cuando razonando así no estamos, alterando ni mucho menos creando una ley nueva, que para cualquier Juez debe ser más serio que recomendar al Congreso la Creación de una ley que a su entender venga a llenar una laguna en nuestro Código, asi pues, no hay nada en esta sentencia que contraríe el pensar de los autores de derecho Penal, quienes al considerar que la sustracción debe ser permanente, no han hecho otra cosa que

mantenerse ligado al texto de ley, sin necesidad alguna de alterarlo, y para su feliz triunfo, la Jurisprudencia Francesa se ha mantenido siempre partidaria de esta tesis: y al seguir estos estudios, no he podido apartarme de este modo de ver, que siendo indispensable el hecho material de la sustracción de la menor de la casa de sus padres o mayores, para que esta autoridad sea burlada y el autor merecedor a una sanción, es necesario que se haya mantenido a la menor un tiempo suficientemente largo, fuera de la casa de sus padres que haya imposibilitado, que sea ejercida o mantenida la autoridad paterna sobre ella; y que por consiguiente siendo esto una cuestión de hecho, debe dejarse a la soberana apreciación de los jueces de hecho, pero nunca admitir, qus esta sustracción hecha momentaneamente, sin que se haya desamparado el hogar sin que el padre haya podido siquiera notar que su autoridad ha sido burlada con el abandono que ha hecho la menor de su hogar, se pretenda incluírlo dentro de la incriminación del Art. 355 de nuestro Código Penal.

Nuestros Jueces de hoy, obedeciendo a esta jurisprudencia están llegando aún más lejos, y consideran que una menor, que correspondiendo a una cita vaya al patio de su propia casa y allí el novio le ofenda, este, el novio, es autor de sustracción momentánea y en tal virtud se le impone la sanción establecida en el Art. 355 de nuestro Código Penal, mientras el eminente profesor Garcon sigue manteniendo que es necesario que se haga abandonar a la menor su residencia. Dice este ilustre profesor: "Es necesario que la menor haya sido desplazada del ho-

gar de sus padres o mayores, no basta que la menor haya dejado momentaneamente su casa, pues de este modo, seguiría siendo su residencia, sin que de ningún modo, una corta ausencia de ella, pueda ser base de la existencia de la sustracción de menor".

Nuestra Suprema Corte de Justicia, ha sostenido el siguiente criterio: que cuando exista alguna variación entre el Texto Francés y el Dominicano y no haya una prueba clara de que nuestro legislador quiso conciensudamente apartarse de los principios sustentados por el legislador Francés, nuestros Tribunales deben permanecer fieles a aquellos principios (véase B. J. No. 345, página 634 de fecha 25 de Agosto mil novecientos treinta y nueve).

La Corte de Casación Francesa, por su sentencia del 8 de Abril de 1858, estableció que el Art. 355 del Código Penal no tenía por objeto principal, como el Art. 354 proteger el poder paternal o la autoridad de la familia contra el atentado resultante de la sustracción de la menor y que su fin sería sobre todo, defender a la menor contra supropias pasiones. (Casación 8 Abril 1858)

Pero la Corte de Casación no pudo mantener esta jurisprudencia contraria a las letras y el espiritu de la ley y rectificando su error, por su sentencia del 22 de Julio del 1872, estableció que el crimen de sustracción es un atentado a la autoridad de los padres y que es por esto que se exije como elemento principal, que sea de la casa de ellos que la menor sea sustraida; que si la menor seducida no ha sido sustraida de la casa de sus mayores, no podrá nunca existir el crimen de sustracción, y para que este hecho

sea sancionado es necesario examinar si consta de otros elementos constitutivos exigidos por los delitos de atentado contra las costumbres, establecidos en otra sección de nuestro Código Penal.

Es que la legislación moderna se ha apartado de un modo absoluto de la legislación antigua, separando el dominio de la moral del dominio del derecho, y basta hacer un estudio comparado de todas las legislaciones de los pueblos civilizados, para que notemos esta separación a que nos han llevado nuestros legisladores.

Nuestra Suprema Corte Justicia, por su sentencia de fecha 25 de Febrero del año 1920 B. J. No. 115-Pág. 13—14 estabieció la siguiente jurisprudencia: "La Suprema Corte de Justicia después de haber deliberado: CONSIDERANDO, que son hechos constantes en la sentencia impugnada que B. C. L., de 14 años de edad, llevaba relaciones amorosas con J. A. C. y acostumbraba a verse con él fuera de su casa; que una tarde del mes de Mayo del 1919 la mencionada joven salió de su casa para ir donde un Dentista, y tuvo una entrevista con A. A. G. en un cuarto en el callejón de Regina, donde permanecieron encerrados como hora y media o dos horas. CONSIDERANDO, que el hecho realizado por J. A. G. tal como lo establece la sentencia impugnada, es evidentemente inmoral y escandaloso; pero no puede constituir el delito de sustracción de una menor cuyos elementos constitutivos son: el traslado de la menor del lugar de donde se encontraba colocada por y bajo la autoridad de determina-

das personas y la intención de sustraerla a esa autoridad de un modo permanente.

Y la Corte de Apelación del Departamento Judicial de La Vega, por su sentencia de fecha 9 del mes de Septiembre de 1932, aún mantenía ese mismo criterio, manteniéndose fiel a la jurisprudencia más reciente de Francia, sostenida por los más eminentes juristas de todos los tiempos. Así la Corte de La Vega, mantuvo que: CONSIDERANDO: que los elementos constitutivos del delito de sustracción son el traslado de la menor del lugar en donde se encontraba colocada por y bajo la autoridad de sus padres, mayores etc., y la intención de sustraerla a esa misma autoridad de un modo permanente. CONSIDERANDO: que ha quedado demostrado que la menor E. C. de quince años de edad llevaba relaciones amorosas con el joven E. R. y se entrevistaba con él fuera de su casa, que una mañana la agraviadad después de salir de misa, concurrió a una cita con el prevenido en la casa de B. R. de esta Ciudad, en donde permanecieron encerrados en un aposento por espacio de dos horas, regresando la mencionada joven a la casa de sus padres, después de haber tenido relaciones sexuales con dicho prevenido; y la joven guardó silencio del hecho por muchos días, y no lo reveló sino después que supo que el prevenido iba a contraer matrimonio con otra mujer, que por consiguiente, el hecho cometido por el prevenido, aunque es escandaloso e inmoral sobretodo tratándose de un agente de la fuerza pública, no constituye el delito de sustracción.

Ha sido Juzgado por la Corte de Montpellier, por sentencia de fecha diez de Febrero del año 1846, D. 47. 2.5; que, habiéndose encontrado una joven menor de edad en una plaza pública esperando a su padre, e invitada a entrar en una casa de tolerancia para abusar de ella, y, a su rehuso, se deja en completa libertad para volver donde su padre, no comete el delito de sustracción.

Lo mismo y por idéntica medida, se ha rechazado un recurso amparado en reconocer como culpable de sustracción, al que, encontrando en la vía pública a una menor, la invita a entrar en su habitación para abusar de ella; (Bastia, 5 de Julio 1856, S. 56. 2.411; D. 57, 2. 26).

El profesor Garraud, al referirse a estas citas, considera que en verdad, hay una laguna en nuestro código, pero ningún Juez tiene el derecho de cubrirla con una interpretación que vaya más lejos que lo determinado por el texto de Ley.

Así pues, sería alargar sin necesidad alguna este trabajo en hacer la demostración de lo que el mismo texto de ley establece de un modo claro, más cuando es más que sabido, que los jueces que han consagrado esa rara jurisprudencia, conocen perfectamente que aquella ley es contraria a su modo de pensar, pero que más pudo su sentimiento a la moral, que la prohibición a que se encuentran circunscritos por razón misma de la función que ellos ejercen.

Otra razón que se opone a este criterio de la sustentación de la sustracción momentánea desde

el punto de vista de la existencia del quinto elemento creado o sea, que sea con un fin deshonroso o deshonesto, es la finalidad de la ley que tiende de un modo principal, a protejer la familia y mantener la autoridad doméstica más que sobreguardar las buenas costumbres.

En cierta época la Corte de Casación había juzgado que la sustracción era castigable, cualquiera que fuera el lugar de donde la menor fuese sustraida. Esa Jurisprudencia se fundaba, Primero: En que en Francia el artículo que castiga la sustración por seducción, es el 356 del Código Penal y que este no repite como el nuestro la primera parte del artículo 354 del mismo Código, sino que se limita a decir: "Cuando la joven menor de dieciseis años haya consentido a su sustracción o seguido voluntariamente al sustractor si él es mayor de veintiun años, será condenado a trabajo forzado a tiempo". Así este artículo no dice que la joven deba de ser sustraída de la casa de sus padres o mayores, y que por consiguiente, esta condición solo es exijible en el caso de la sustracción por fraude o violencia; Segundo: Que el artículo 356, no tiene por objeto principal, como el artículo 354, protejer el poder paternal o la autoridad de la familia contra ese atentado, resultante de la sustracción de menor, su fin no sería otro, sino defender a la menor contra sus propias pasiones; Casación, 8 de Abril de 1858 (S. 58. 1. 627). Pero la Corte de Casación no ha persistido en esta manera de ver y ella se ha formalmente pronunciado en sentido contrario por su decisión del 22 de Junio del año 1872 (S. 721345; D. 72.1.207): "Atendido que el crimen de sustracción de menor es

un atentado contra la autorida de los padres; que en efecto, uno de los elementos constitutivos que se encuentra indicado en las expresiones del artículo 354 del Código Penal; "Sustraer, desplazar, extraer del lugar donde los menores han sido puestos por la autoridad o la dirección de aquellos a quienes han sido confiados o entregados"; que esta condición es igualmente prescrita por el artículo 356, para el crimen de sustracción de una menor, el cual no es distinto del prescrito por el artículo 354, pues en ese sentido, la sustracción de una menor de dieciseis años, el fraude contra ella cometido, es presumido no obstante su consentimiento, reputándose que ella ha sido sorprendida en razón de su inexperiencia y de la credulidad ordinaria en esa joven edad; que esto resulta del conjunto de las disposiciones colocadas bajo una sóla rúbrica para los diferentes casos de sustracciones de menor y especialmente de la relación existente entre el artículo 354 y los artículos 355 y 356 del código penal, donde el primero agrava la pena del crimen de sustracción por fraude o violencia efectiva "si la persona sustraida o desplazada es una joven menor de dieciseis años cumplidos" y donde los otros, haciendo derivar de esa joven edad la presunción de fraude contra ella ejercida "que ha consentido a su sustracción para seguir voluntariamente al raptor", castigando más o menos fuerte, según sea la edad de la agraviada hasta los ventiun años; que si la menor no ha sido sustraida o desplazada de un lugar donde ha sido colocada por uno de quienes tienen sobre ella cierta autoridad, la seducción ejercida contra ella no podrá ser castigable más que con otras condiciones fijadas en la sección de los atentados a las costum-

bres; atendido que la condición expresada en el artículo 354, es así un elemento especial del crimen para el caso del artículo 356, así es necesario que el jurado (En Francia), se le indiqne, en la presentación de los hechos, de donde ha sido sustraida la menor y la o las personas bajo cuya autoridad o dirección se encontraba.

Entonces, en Francia donde realmente existe una diferencia entre el artículo 354 y el 356 del Código Penal, en cuanto a que el segundo no establece como el primero, que la menor haya sido sustraída o desplazada de la casa de sus padres o mayores, limitándose solo a decir, "cuando la menor haya consentido en la sustracción y seguido voluntariamente al sustractor", la doctrina como la jurisprudencia se han puesto de acuerdo y sostenido siempre, que es una condición indispensable que la joven sustraída lo haya sido del lugar donde ha sido puesta por su padre, madre, tutor o curador, por entender en primer lugar, que ese texto no está instituído para defender a la menor sino para sancionar el respeto de quienes tienen sobre ella la autoridad paternal.

Pero dentro de esas mismas disposiciones contenidas en nuestro Código Penal común no tenemos ni siquiera esta base de discusión, ya el artículo 355 de nuestro código como para evitar lo que en Francia fuera motivo de desacuerdo, se repitió la misma forma del artículo 354, asi es que para nosotros, no hay absolutamente ninguna duda, de que se debe exijir ese primer elemento para la existencia del crimen de sustracción, y que por consiguiente, se ve claro, cual fué la verdadera intención del legisla-

dor dominicano de no apartarse ni un solo momento del querer del legislador francés, y asi razonando dentro de estos princios que dominan la jurisprudencia francesa, no es posible que se establezca una innovación al texto de ley que establelece la sustracción de menor cuando nuestro texto, más claro que el texto francés, demuestra sin oscuridad alguna el deseo de quienes solo tenían el derecho de haber hecho tal creación.

EL MINISTERIO PUBLICO, PUEDE PERSEGUIR DE OFICIO AL QUE HA SUSTRAIDO A UNA MENOR?

Aún cuando este tema no es parte de este trabajo he querido antes de terminar decir algo sobre esto, ya que amenudo he visto actuaciones que a mi juicio son criticables.

En nuestra práctica, la acción pública se pone en movimiento en el caso de sustracción de menor, cuando ha mediado una querella presentada por quien ha tenido sobre la menor, la autoridad indicada por la ley, y nunca, a lo menos en los casos que he podido investigar, esta acción pública se ha puesto en movimiento por iniciativa del Ministerio Público, y he conocido casos en que se ha considerado irregular una querella, porque se ha presentado antes el Fiscal a establecerla, una persona que no ha

tenido ninguna de las calidades que especifica la ley, en cuanto a lo que se refiere a las personas de donde ha sido sustraída la menor.

Pero, el crimen de sustracción de menor no es un delito privado. La puesta en movimiento de la acción pública, no se ha limitado a determinada persona como en el caso de 'Adulterio', acción que solo puede ser ejercida en su iniciativa por el esposo y cuya acción puede ser suspendida en cualquier momento por él, este es el privilegio que la ley le ha acordado, por entender el legislador, que este delito es de orden privado, y que solo produce daños al esposo ofendido más bien que a la misma sociedad, que tiene interés en mantener el matrimonio, pero en ausencia de un texto de ley, que establezca este privilegio único, nadie ni nada puede crearlo donde no lo haya hecho el legislador.

Así pues, el Ministerio Público puede, siempre que tenga conocimiento de un caso de sustracción, poner la acción pública en movimiento, sin que nadie, tenga calidad para hacerla cesar, y cualquier persona que tenga conocimiento de un hecho de sustracción, puede denunciarlo al Ministerio Público y éste actuar en vista de esta denunciación, porque aún la querella presentada por el padre, no tiene otro carácter que de una simple denuncia del hecho cometido.

Este es el principio general en materia penal, y este delito no está fuera de estos principios ya que la ley no ha expresado lo contrario.

CONCLUSIONES:

Por las razones expuestas, somos de opinión, PRIMERO: Que si el Art. 355 del Código Penal, protege la menor de 21 años de edad, el fin principal es la protección de la autoridad paternal. SEGUNDO: Que el quinto elemento constitutivo, que nuestra Suprema Corte de Justicia ha agregado al delito de sustracción, "QUE SEA CON UN FIN DESHONROSO Y DESHONESTO", debe ser suprimido, ya que este elemento no resulta ni de la letra ni de espíritu del texto de ley; porque este quinto elemento es extraño al texto, y que para agregarlo, es necesario que se establezca la prueba de que esa fué la intención del legislador, nadie puede agregar nada a lo que sólo él tiene el poder de hacer; Que contrariamente a la manera de ver de nuestra Suprema Corte, las pruebas que abundan son

las de que no se debe tenerse en cuenta la finalidad perseguida por el autor en la sustracción de menor. TERCERO: Que extirpado este quinto elemento queda sin base fundamental el alegato de que el Art. 355 del Código Penal, abrace la forma de sustracción momentanea, y que por consiguiente, debe prevalecer el criterio sustentado por la jurisprudencia Francesa de que esta sustracción debe ser de modo permanente, y CUARTO: Que para que los padres cesen de ejercer su autoridad sobre la menor ésta debe cambiar de residencia en un lapso más o menos largo de manera a privar de su autoridad al padre, tutor u otra persona que indique la ley.

BIBLIOGRAFIA

Boletín Judicial. No. 115 p. 13-14 del mes de Febrero de 1920.

Boletín Judicial. No. (17 Marzo de 1933).

Garcon. Código Penal anotado. páginas de 981 a 989.

Pandectas Francesas. (Tomo 11 página 2 No. 1) (Páginas 30-37) Nos. 404-538.

R. Garraud. Tratado de derecho penal; Tomo V.- páginas 696 a 716.

Revista Judicial del año 1911.

Sentencia de la Corte de La Vega, de fecha 9 de Septiembre de 1932.

INDICE

Páginas

DEDICATORIAS..... 1

INTRODUCCIÓN..... 9

NOCIONES GENERALES..... 11

ESTUDIO JURIDICO Y COMENTARIOS ACERCA DEL ARTICULO 355 DE NUESTRO CODIGO PENAL ASI COMO TAMBIÉN DE LA JURISPRUDENCIA DOMINICANA, QUE CREA LA SUSTRACCIÓN MOMENTÁNEA... 17

ESTUDIO DEL PRIMER ELEMENTO DE LA SUSTRACCIÓN..... 21

SEGUNDO ELEMENTO CONSTITUTIVO... 23

ELEMENTO INTENCIONAL DEL DELITO..... 27

EXAMEN DE LA JURISPRUDENCIA DEL 17 DE MARZO DE 1933 DE NUESTRA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, JUZGANDO COMO CORTE DE CASACIÓN..... 29

EL MINISTERIO PÚBLICO, PUEDE PERSEGUIR DE OFICIO AL QUE HA SUSTRAIDO UNA MENOR?..... 47

CONCLUSIONES..... 49

BIBLIOGRAFIA..... 53

D-95

UNIVERSIDAD DE SANTO DOMINGO
REPUBLICA DOMINICANA

Facultad de Derecho

LAS HIPOTECAS LEGALES EN EL CERTIFICADO DE TITULO

TESIS

PARA EL DOCTORADO

Sustentada por
MAXIMO L. VASQUEZ GAUTIER

Año académico de 1940 - 1941
Número 21

"La Universidad no se hace solidaria de las opiniones emitidas por el sustentante". (Ordenanza Nº 16-40 de fecha 6 de Agosto de 1940).

EDITORA MONTALVO
CIUDAD TRUJILLO
1 9 4 0

BN
0-95
UASD
FCJ

A LA MEMORIA DE MI PADRE

LICENCIADO FRANCISCO LEONTE VASQUEZ

Y DE MI SUEGRO

DOCTOR SALVADOR B. GAUTIER

A MI ESPOSA

GENOVEVA GAUTIER DE VASQUEZ

014272

AL GENERALISIMO

DOCTOR RAFAEL L. TRUJILLO MOLINA

A MI PADRINO DE TESIS

PRESIDENTE DEL JURADO SUSTENTADOR

LICENCIADO J. A. BONILLA ATILES

A MANUEL EMILIO NANITA

INTRODUCCION

Cuando escogimos el tema de este trabajo no teníamos la menor sospecha de que habríamos de penetrar en terreno virgen de toda exploración jurídica. Al convencernos de la magnitud de la empresa y de las escasas fuerzas con que contamos para realizarla, consultamos los guías que supusimos más experimentados, pero sus consejos resultaron contradictorios, los caminos que nos señalaron a veces estaban orientados en direcciones opuestas; perdimos la fe en ellos y resolvimos lanzarnos solos en esta nuestra primera aventura en el campo de las especulaciones jurídicas.

No viene al caso analizar las causas de la ignorancia en que vive la mayoría de los dominicanos de cuanto se relaciona con el Tribunal de Tierras y en esta afirmación nos atrevemos a incluír a una gran parte de nuestros abogados.

El propietario dominicano aun no se ha percatado de los numerosos beneficios que puede proporcionarle el saneamiento de sus terrenos; de ello es prueba inequívoca el escaso número de certificados de títulos que hasta la fecha han expedido los registradores, (1) si se considera que la Ley de

---

(1) El 30 de septiembre de 1940 ambos departamentos (Norte y Sur) habían expedido 10.359 certificados de títulos.

Registro de Tierras fué promulgada el 1º de julio del año 1920.

De esta lamentable situación es responsable, en parte, la Universidad de Santo Domingo por haber omitido la enseñanza de esta materia. La aseveración que acabamos de hacer es hija de nuestra propia experiencia, ya que durante los cuatro primeros años de nuestros estudios universitarios apenas oímos mencionar una que otra vez la Ley de Registro de Tierras. Fué ya en el quinto año de la Facultad de Derecho cuando escuchamos por primera vez, de labios del Licenciado J. A. Bonilla Atiles, profesor de derecho comparado, al explicar los diversos regímenes de la propiedad inmueble comparados con los nuestros, un estudio detallado del sistema Torrens, de su adopción y adaptación en la República Dominicana, bajo el nombre de Ley de Registro de Tierras y un estudio de las leyes relativas al régimen de transcripciones y conservación de hipotecas.

Desde que iniciamos este estudio palpamos las dificultades que se nos presentarían, en primer lugar, porque no encontramos jurisprudencia nacional sobre las hipotecas legales, ni de los tribunales ordinarios, ni del Tribunal Superior de Tierras; en segundo lugar, porque tampoco existen fuentes de investigación en el derecho francés, por carecer éste del sistema Torrens; y finalmente, por no haber encontrado algo que pudiera auxiliarnos en el derecho inglés, debido a que en Inglaterra es desconocida la institución de las hipotecas legales.

PRIMERA PARTE

Consideraciones generales acerca de las hipotecas legales

La institución de las hipotecas legales es una de aquellas que ingerimos, pero que no digerimos al adoptar el Código Civil francés. Ella no ha tenido la eficacia de realizar el propósito para que fué establecida. No tan sólo no ha servido para garantizar el patrimonio administrado por manos ajenas, sino que su mención, tras de nada evocar en cuanto a obligaciones, más bien es causa de alarma y suspicacia, a tal punto, que recordamos el caso de un notario de esta ciudad, cuya clientela disminuyó grandemente cuando se dió, en un sensato cumplimiento de sus deberes, a la tarea de imitar a los colegas franceses solicitando informes del vendedor o de quien consentía algún gravamen sobre su inmueble, acerca de si era tutor, marido administrador de bienes de su mujer, etc., para hacer mención de esas circunstancias en los actos y de esa manera dar cumplimiento a las disposiciones del artículo 2136 del Código Civil. Huelga decir, que los clientes, ahuyentados por este procedimiento, recurrían a notarios menos conscientes de sus deberes, en la seguridad de que con ello se evitarían "complicaciones".

Siguiendo las opiniones más autorizadas podemos afirmar, que difícilmente encontraríamos en el Código Civil materia cuya "modernización" sea de mayor necesidad y urgencia; su mantenimiento es ostensiblemente perturbador del ritmo económico que nos rige; su divorcio con las ideas más avanzadas sobre la necesidad de hacer móvil la propiedad inmueble es tan notorio, que las legislaciones que han hecho esfuerzos para desarrollar el crédito inmobiliario en gran escala, han tenido que adaptarlas a ese ritmo económico imperante en la vida actual.

La reforma del sistema francés (que fué el adoptado por nuestro Código Civil), se inició en Bélgica en el año 1851 con una Ley que reformó su Código Civil, la cual exige que la hipoteca legal sea especializada antes de la inscripción, cuando se trata de hipoteca legal de los incapacitados, y en la inscripción cuando se trata de la hipoteca legal del Estado. (1)

"La dispensa completa de inscripción concedida a dos categorías importantes de incapacitados es uno de los puntos más criticados del Código Civil. Si el interés de ellos es respetable, el interés general merece también ser tomado en consideración. De tal manera nos hemos habituado, en el curso del siglo XIX, a la seguridad que aporta en los negocios el régimen de la publicidad que nos irritamos al encontrar todavía derechos ocultos tan peligrosos como la devolución de la mujer o las cuentas de la tutela". (2)

Planiol, en sus comentarios sobre la inutilidad de las precauciones tomadas por el Código Civil, y respecto del poco caso que se le ha hecho en Francia a las hipotecas legales, se expresa así: "Si las hipotecas ocultas han resultado ser tan enojosas en la práctica, no es únicamente por culpa de la ley; esto proviene del descuido con que se aplican, o más bien, de la abstención en su observancia. Los autores del Código Napoleón no previeron que las dos hipotecas legales que ellos dispensaban de la inscripción permanecerían, de hecho, en estado oculto y habían tomado algunas medidas para hacer inscribir esas hipotecas. Desgraciadamente esas medidas

---

(1) Baudry-Lacantinerie y de Loynes: Tomo I, introducción, página 50.

(2) Planiol: Tomo II, página 907. Cita de Laurent.

se prescribieron únicamente en interés de terceros, y no en interés de los incapacitados, quienes, sin embargo, pueden prevalerse de su hipoteca a pesar de no haber sido inscrita; además, las personas encargadas de proceder a la inscripción en nombre del incapacitado no se exponen a serias responsabilidades al omitir el cumplimiento de esa formalidad; la ley carece de sanción suficiente. De ahí resulta una abstención universal que no había previsto el legislador". (1)

Sobre el uso seguido en la práctica dice el mismo autor: "En realidad, un tutor o un marido que haya omitido la inscripción de una hipoteca que grava sus propios bienes tiene un medio seguro para satisfacer la ley: solamente es responsable cuando su negligencia ha causado un perjuicio a sus acreedores o a los adquirientes de sus bienes; depende pues de él evitarles ese perjuicio mediante una simple declaración que les advierta de la existencia de la hipoteca. Es por esta razón que los notarios nunca dejan de inscribir, al final de sus actos de venta o de constitución de hipoteca, una cláusula que ha pasado a ser de estilo y que informa a los terceros sobre las hipotecas ocultas: se les informa si el deudor o el vendedor es casado, y bajo qué régimen, para que sepan si la mujer puede renunciar a su hipoteca; se les hace saber si ha ejercido una o varias tutelas, y si ha dado cuenta y obtenido saldo, o bien se consigna que jamás se ha casado ni ha sido tutor. Este uso bastaría para mantener las funciones inherentes al sistema hipotecario francés casi sin peligro para terceros, a pesar de la existencia de las hipotecas ocultas, si el marido o el tutor que vende su bien o que lo hipoteca pudiera responder de sus predecesores como de sí mismo; pero hay que tener en cuenta las hipotecas legales debidas a propietarios anteriores, cuya inexistencia el propietario actual no puede garantizar". (2)

Planiol y Ripert no son menos severos en su crítica a la hipoteca legal de la mujer casada: "En realidad, sin embargo, la hipoteca legal de la mujer casada ya no constituye hoy una protección eficaz. En primer lugar, no opera sino cuando el

---

(1) Planiol: Tomo II, páginas 907 y 908.

(2) Planiol: Página 909.

marido posee inmuebles; si no los posee la mujer no está protegida, porque la ley no le concede ningún derecho sobre los muebles. De ahí, que la existencia de una garantía para la mujer, dependa de la composición del patrimonio del marido. Es un resultado injustificable que proviene de la desaparición de la hipoteca mobiliaria; el derecho romano evitaba ese resultado, porque la hipoteca afectaba tanto a los muebles como a los inmuebles. Luego, la experiencia prueba que la mujer siempre se despoja de su hipoteca, por vía de renuncia o de subrogación cuando puede, para restituir al marido el crédito que necesita; si se exceptúa el régimen dotal, que prohibe esas convenciones, se puede afirmar que la hipoteca legal ya no es hoy para la mujer una garantía efectiva para la restitución de su dote; su único resultado es el de aminorar la marcha de las operaciones inmobiliarias e imponer gastos inútiles a los adquirientes. Para que esa garantía fuera verdaderamente eficaz habría que despojar a la mujer, en todos los regímenes, del derecho de renunciar a ella; pero el resultado sería privar de todo crédito a los hombres casados. Esta materia es una de aquellas en que la previsión del legislador se encuentra casi necesariamente en falta: hay antinomias que resultan ser irreductibles entre los hechos y las reglas de la ley. Se nos condena a escoger entre dos sistemas que no protegen, ni pueden proteger, todos los intereses: o se impone al marido la obligación legal de dar garantías a la mujer, y entonces se paraliza el crédito de él, y resultan perjudicados los intereses mismos de la unión conyugal; o se permite a la mujer exigir garantías, pero entonces, como resulta generalmente, por efecto de las circunstancias, ella no ejercerá ese derecho sino cuando sea demasiado tarde. Entre los dos males, las legislaciones modernas han considerado que el segundo era menor, y han suprimido la vieja institución romana: ya no existe ni en Inglaterra, ni en Alemania, ni en Suiza.

En Francia, en el estado actual de nuestra legislación matrimonial, no se puede pensar en suprimir pura y simplemente la hipoteca legal de la mujer casada, ya que tendría como consecuencia inmediata la de aumentar aún más la preponderancia del marido en la gestión de los intereses pecuniarios del matrimonio.

Además, los ánimos parecen estar mal preparados entre

nosotros para la abolición de esta institución secular; y hasta ahora, todos los proyectos de reforma hipotecaria se han limitado a someter la hipoteca legal de la mujer a la publicidad: esta reforma está hoy realizada en Alsacia y Lorena". (1)

No es menos interesante, para el caso que nos ocupa, la opinión autorizada de los mismos autores acerca de los trastornos que causan hoy en la vida económica y jurídica el arcaico sistema de la hipoteca legal de las personas en tutela contenido en el Código Civil: "La hipoteca legal que el artículo 2121 atribuye a los menores y a los interdictos sobre los bienes de sus tutores y que garantiza el pago de todo lo que se le pueda deber al pupilo, se justifica con razones análogas a las que se dan respecto a la hipoteca de las mujeres casadas, y hasta tienen mayor fuerza, porque es manifiestamente imposible para un niño o para un demente, estipular garantías en su favor. En realidad, esa garantía puede ser vana, porque el tutor puede no poseer inmuebles: la existencia de la garantía depende de la composición del patrimonio del tutor.

Sin hablar, por el momento, de los peligros que crea su clandestinidad de hecho y de los grandes estorbos que de ella resultan para el comercio jurídico, la hipoteca legal del pupilo, a pesar de su generalidad, no es siempre una garantía eficaz: no protege a los menores y a los interdictos sino en los casos en que sus tutores poseen inmuebles. Por otra parte, si esa hipoteca legal es menos frecuente que la de la mujer casada, grava aún más, cuando existe, los bienes del tutor que los del marido, cuando se trata de la hipoteca legal de la mujer casada; en efecto, el marido puede, con consentimiento de su mujer, y exceptuando el régimen dotal, liberar sus bienes de esa carga, mientras que el tutor no lo puede hacer, ya que no es posible ninguna renuncia de parte del incapacitado. Algunos autores consideran insuficiente la reforma que consistiría en conservar la hipoteca legal del pupilo, pero sometida a la publicidad, reforma que se ha realizado en Alsacia y Lorena: estiman que esa vieja institución debe desaparecer y que es menester buscar, mediante una reorganización completa del régimen de la tutela, las garantías necesarias para ase-

(1) Planiol y Ripert: Tomo XII, páginas 441, 442, 443 y 444.

gurar la administración leal del tutor. No creemos que el mejoramiento de las condiciones de la tutela permita liberar totalmente al tutor de la obligación de dar garantías, por grande que sea el deseo de no hacer demasiado temible la función de tutor para aquellos que tienen necesidad de crédito. La situación del menor y del interdicto es muy distinta a la de la mujer casada: es necesario que la ley provea al pupilo, que se presume no puede cuidar sus intereses, de garantías que él no está en condiciones de exigir personalmente. Es cierto que en el Código Civil alemán el pupilo no tiene contra su tutor ninguna hipoteca legal: pero tiene derecho a un privilegio en la quiebra de su tutor; y el párrafo 1844 del Código Civil alemán permite al tribunal de tutelas constreñir al tutor, por razones particulares, a dar garantías para el patriomonio sometido a su administración. El tribunal de tutelas determina libremente la naturaleza y extensión de las garantías que debe suministrar, y puede, en cualquier momento, mientras duren las funciones del tutor, aumentarlas, reducirlas o suprimirlas. La garantía más corriente es la hipoteca; pero en vez de ser legal como en Francia, es instituída por el tribunal en el momento y en la medida en que lo juzgare útil". (1)

El antiguo régimen de las hipotecas legales de España contenía los mismos defectos que el nuestro; por Real decreto del año 1855 se encareció la urgencia de formular una ley hipotecaria, tarea que fué encomendada a la Comisión de Códigos. Nada más oportuno que reproducir a continuación algunos párrafos de ese decreto porque contienen argumentos que justificarían a cabalidad la reforma de nuestro sistema hipotecario, que consideramos de necesidad perentoria. "Pocas reformas, en el orden civil y económico, son de más interés y urgencia que las leyes hipotecarias. Las actuales se hallan condenadas por la ciencia y por la opinión, porque no garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan en sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni dan la

(1) Planiol y Ripert: Tomo XII, páginas 488 y 489.

debida seguridad a los que sobre aquella garantía prestan sus capitales". (1)

Aun a riesgo de que se nos considere superabundantes en el aporte de argumentos en favor de la reforma que sustentamos, no hemos podido resistir a la tentación de reproducir en este trabajo una parte de la Exposición de Motivos que sirvió de introducción a la ley que modificó el sistema hipotecario español.

"Pero el legislador no debe, no puede desentenderse de que hay personas e intereses que requieren una protección más inmediata y una vigilancia más continua. Las mujeres casadas, los menores, los incapacitados, los hijos de familia constituídos en potestad, son los que, en primer término, necesitan que la ley venga en su auxilio, que los defienda, ya de su propia debilidad e inexperiencia, ya de los peligros que, cuando nada pueden por sí mismos y tienen que sujetar al arbitrio ajeno su conducta, pueden sobrevenirles por parte de aquellos a quienes la ley confía su defensa. ¿Y cuáles serán estos medios de protección? No podía subsistir la hipoteca tácita y general que reconocían nuestras leyes: su indeterminación, su eventualidad y su falta de inscripción la hacían **incompatible con las dos bases que, como fundamentales del sistema hipotecario, ha adoptado la ley, la especialidad y la publicidad,** al paso que de hecho daban frecuentemente a la garantía una eficacia ajena a la voluntad del legislador, como todos los días se demostraba en la práctica. Estas hipotecas ocultas son el vicio más radical del antiguo sistema, y de tal modo era necesario que desaparecieran, que si se hubiese declarado su subsistencia, aunque fuere sólo como excepción para proteger a las personas que con ellas quiso favorecerse, las hipotecas tácitas no inscritas serían mayores en número que las inscritas. La excepción anularía la regla general y quedaría completamente destruída la reforma realizada. Tampoco podía establecerse una ley como la que por algún tiempo rigió en Francia antes del Código Napoleón, sometiendo a la necesidad de inscripción estas hipotecas, pero sin adoptar medidas necesarias para que la inscripción se verificara. Esto equivaldría a

---

(1) Sánchez Román: Tomo III, páginas 781 y 782.

cortar el nudo de la dificultad en lugar de desatarlo, dejando abandonados los derechos que la ley quiere garantizar, porque ni el menor ni el incapacitado pueden mirar por sí mismos, y, por lo tanto, tampoco obtener la inscripción; y aunque la mujer casada y el hijo de familia tienen frecuentemente toda la capacidad intelectual necesaria para procurar la garantía de sus derechos legítimos, hay intereses de un orden superior ligados íntimamente con la constitución de la familia, con la armonía de los que la componen, con los respetos debidos a la potestad marital y paterna, que impelen al legislador a obrar con toda circunspección cuando se trata de la facultad de las mujeres y de los hijos para tomar precauciones y exigir seguridades que pueden parecer injuriosas al jefe de la familia. La ley, que, lejos de querer debilitar los lazos de la familia, ha procurado estrecharlos, no trata de introducir elementos de perturbación en los sentimientos de cariño, confianza y obediencia de la mujer y del hijo; así no ha podido establecer la regla aislada de la necesidad de la inscripción sin acompañarla de medidas que la redujeran a la práctica sin daño de los intereses de la sociedad doméstica. Por estas mismas consideraciones no ha aceptado la regla adoptada en Holanda y en algunos Estados alemanes, que equiparando a la muier a las personas extrañas, únicamente le conceden la hipoteca cuando está estipulada e inscrita. Sólo, pues, restaba a la ley el medio de establecer la hipoteca legal en favor de los menores, de los incapacitados, de las mujeres casadas y de los hijos de familia, adoptando al mismo tiempo las medidas conducentes a que la hipoteca que debía de ser especial y pública fuera inscrita y tomando precauciones para que no quedara eludido el precepto de la ley. Si ha atinado a dar solución satisfactoria a problema tan difícil, de seguro que habrá mejorado mucho la condición de estos hipotecarios legales. La experiencia acredita que si bien la hipoteca general y tácita las aprovecha cuando sobreviene una desgracia repentina e imprevista que quebranta la fortuna del marido, del padre o del guardador, apenas les es de utilidad alguna cuando la disminución de los bienes es lenta y sucesiva, porque entonces paulatinamente se enajenan las fincas, y si se dirigen contra los que las han adquirido, se ven envueltos en multiplicados y difíciles pleitos en que la fuerza de la opinión pronunciada

contra las hipotecas no inscritas los hace a veces sucumbir, quedando, por consiguiente, perjudicados en sus derechos e intereses. Impedir, pues, que esto suceda, sujetar las hipotecas en su favor constituídas a inscripción, es un beneficio conocido que se hace a las mujeres casadas, a los hijos de familia, a los menores y a los incapacitados. Al sistema de la ley se oponen argumentos cuya gravedad no puede desconocerse. Cuando se trata de dar ensanche al crédito territorial, han dicho, debe huirse de cuanto lo perjudique, y la publicidad dada a las hipotecas de que se trata es funesta para él. Apóyanse para decir esto, en que el patrimonio de aquellos a cuyo favor se hallan constituídas las hipotecas legales viene a figurar en la riqueza general del país por una suma proporcional a lo que dichas personas representan en la cifra general de la población, de lo que infieren que si esta riqueza está inscrita, se aumentará en una grande proporción el pasivo en que figura recargada la propiedad inmueble, y por una especie de ilusión óptica aparecerá más gravada de lo que realmente está. Esto, añaden, por más que sea un beneficio exorbitante para los hipotecarios, es fatal para el crédito, a que debe consultarse ante todo en una ley hipotecaria. No tienen fuerza estos argumentos: la inscripción, la sustitución de la hipoteca especial a la general, de la expresa a la tácita, de la definida o determinada a la indeterminada y eventual, no hace más que poner de manifiesto la verdad: la falta de inscripción no quita el mal ni el gravamen; lo que hace es solamente ocultarlo, y esta ocultación es muy dañosa al crédito territorial, porque no da la medida de la seguridad que merece el de cada uno. Es necesario ser lógicos: si se admite la hipoteca legal para asegurar derechos de personas que necesitan la protección especial del legislador, sólo se adelanta con ocultarla hacer peor la condición del que con sobrado desahogo puede cubrir las obligaciones a que están afectadas sus propiedades, en beneficio del que no tiene lo necesario para satisfacerlas, o que si lo tiene carece de sobrantes que sirvan de garantía a nuevos créditos. Esta ocultación de las obligaciones a que estaba afectada la propiedad, sacrificaba el crédito real al crédito aparente, introducía la desconfianza en la propiedad y hacía presumir que todas las fincas estaban sujetas a iguales cargas y obligaciones. Adoptado por la ley el sistema que queda ex-

puesto, la frase **hipoteca legal** no tiene ya la aceptación antigua, sino que significa **el derecho o la obligación de pedir y obtener una hipoteca especial sobre bienes raíces o derechos reales que sean hipotecables y de que pueda disponer el hipotecante".** (1)

El procedimiento a seguir para la constitución de las hipotecas legales establecido por la ley española, es recomendable por su sencillez y eficacia. Para que las hipotecas legales se entiendan constituídas, se necesita la inscripción del título en cuya virtud se constituyan. Para constituir o ampliar, judicialmente y a instancia de parte, cualquiera hipoteca legal, se procede de la siguiente manera: "1º.— El que tenga derecho a exigirla, presentará un escrito en el Juzgado o Tribunal del domicilio del obligado a prestarla, pidiendo que se constituya la hipoteca, fijando la cantidad porque deba constituirse, y señalando los bienes que puedan ser gravados con ella, o por lo menos, el Registro donde deban constar inscritos los que posea la misma persona obligada. 2º.— A este escrito acompañará el título o documento que produzca el derecho de hipoteca legal, y si fuere posible, una certificación del Registrador, en que consten todos los bienes hipotecables que posea el demandado. 3º— El Juez o Tribunal, en su vista, mandará comparecer a su presencia a todos los interesados, en la constitución de la hipoteca, a fin de que se avengan, si fuera posible, en cuanto al modo de verificarla. 4º—Si se avinieren, mandará el Juez o Tribunal constituir la hipoteca en los términos que se hayan convenido. 5º— Si no se avinieren, ya sea en cuanto a la obligación de hipotecar, o ya en cuanto a la cantidad que deba asegurarse o la suficiencia de la hipoteca ofrecida, se dará traslado del escrito de demanda al demandado y seguirá el juicio los trámites establecidos para los incidentes en la ley de Enjuiciamiento civil". (2)

Con las opiniones de los autores que hemos citado, relativas a regímenes hipotecarios legales, creemos haber comprobado suficientemente la necesidad de reformar esta institución en la República Dominicana, y sugerimos la conveniencia de adoptar un método que nos parece recomendable.

---

(1) Sánchez Román: Tomo III, páginas 828, 829, 830 y 831.
(2) Sánchez Román: Tomo III, páginas 833 y 834.

SEGUNDA PARTE

Las hipotecas legales en la Ley de Registro de Tierras

I.— Explicación preliminar

En la primera parte hemos expuesto las críticas del sistema de las hipotecas legales, tal como figuran en el Código Civil, sin detenernos a considerar el sistema mismo, en razón de que no es ese el propósito del presente trabajo.

La crítica que hicimos era indispensable, porque de la esencia misma de la institución, de sus errores ya apuntados, es de donde se deriva su incompatibilidad con el sistema de la Ley de Registro de Tierras.

Nos proponemos en esta segunda parte estudiar las posibilidades de su exitencia dentro de dicha ley y los argumentos que podrían ser invocados a favor y en contra de su inexistencia.

Para mayor facilidad queremos advertir que en el curso de nuestras explicaciones cada vez que citemos un artículo sin indicar la ley a que pertenece, debe entenderse que se refiere a la Ley de Registro de Tierras.

Las hipotecas legales en esta ley constituyen un proble-

ma que da lugar a opiniones contradictorias, a veces radicalmente opuestas, que nosotros atribuímos a defectos en la interpretación de dicha ley, la cual merece la atención inmediata de nuestros legisladores para poner cese a la incertidumbre que evidentemente reina en las exégesis de los textos legales que rigen esa institución. En esta parte de nuestro trabajo tenemos el propósito de poner de manifiesto que en la interpretación literal y aislada de la Ley de Registro de Tierras, hay ambigüedad en cuanto a si el legislador dominicano ha querido conservar o abrogar totalmente las hipotecas legales como están organizadas en nuestro Código Civil.

A.—Origen de los errores de interpretación

Del estudio que realizáramos de la Ley de Registro de Tierras, hemos llegado a la conclusión de que existe una flagrante contradicción entre el espíritu de esa ley y su letra, y pretendemos demostrar, que es esa antinomia la que da lugar a interpretaciones tan diversas.

El error de interpretación consiste, en atenerse al sentido estricto de la letra, sin detenerse a considerar los principios fundamentales que originaron el sistema, para sostener que las hipotecas legales pueden y deben ser admitidas al registro, tal como han sido organizadas en el Código Civil dominicano. Por el contrario, o abandonando la interpretación literal y aislada de los variados textos, puede fundamentarse otro criterio sobre la materia, orientado en el sentido de que nuestro régimen de las hipotecas legales es incompatible con la esencia misma del sistema Torrens, porque es contrario al epíritu y al propósito final de él.

B.— Propósito del legislador dominicano

Antes de continuar en el estudio que nos ocupa vamos a hacer algunas consideraciones acerca de si el legislador dominicano tuvo o no el propósito de abrogar las hipotecas legales del Código Civil. No vacilamos en afirmar que hizo algo peor: ni siquiera las tomó en consideración. Hubiera sido pre-

ferible que las abrogara simple y llanamente, como procedió respecto de la prescripción adquisitiva y de la rescisión de la venta por lesión (1), ya que no quiso organizarlas bajo un régimen compatible con el sistema Torrens. La confusión y los errores de interpretación que ha provocado esa ley, se hubieran evitado si el legislador hubiera optado por cualquiera de las dos soluciones que apuntamos.

Pero hay otro aspecto de este problema que también contribuye a aumentar el caos y la oscuridad que envuelven la materia, y es, que se hace difícil admitir, que el legislador tuviera el propósito de abrogar de plano la institución de las hipotecas legales, especialmente, cuando sería lógico que en ese caso, las hubiera sustituído por cualquier otro régimen legal de protección a los incapacitados. Sin embargo, quien fundara su criterio en la circunstancia de que es imposible concebir que el legislador, por una ignorancia de nuestra legislación común, o por cualquiera otra causa, haya tenido el propósito de realizar semejante abrogación, sería precisamente quien se empeñaría en buscar, en el sentido literal del texto legal, una interpretación que admitiera el registro de las hipotecas legales.

Para nosotros no existe duda alguna de que el legislador de la Ley de Tierras desamparó violentamente a los incapacitados de todas las garantías que en su favor establece el Código Civil; es de lamentarse semejante abrogación, porque ningún país civilizado carece de instituciones para la protección de los bienes de ellos. En Alemania, por ejemplo, la protección de los menores está estrechamente vigilada por el Estado, por intermedio del tribunal de las tutelas, que tiene facultades para impedir al tutor que realice una administración ruinosa de los bienes del pupilo. En Inglaterra existe una organización semejante, en cuanto a la finalidad, y es la Alta Corte de Cancillería, etc., la que tiene a su cargo la protección y vigilancia de los menores.

---

(1) Artículo 81 de la Ley de Registro de Tierras.

II.— Artículos de la ley y otras consideraciones en que podría fundarse la interpretación de que las hipotecas legales no han sido derogadas.

La interpretación que se atiene al sentido literal de la ley sin examinar a fondo los principios básicos que inspiraron el sistema, para sostener que las hipotecas legales no han sido derogadas podría encontrar fundamento en los artículos y consideraciones siguientes:

1) Porque el legislador dominicano no pudo tener la intención de suprimir una institución secular cuya vigencia responde a una necesidad indiscutible, como lo es la protección que la sociedad está en el deber de dispensarle a los menores, a las mujeres casadas y a los incapacitados; lo contrario revelaría una ignorancia cuya magnitud es difícilmente concebible.

2) Porque esa abrogación acarrearía consecuencias inadmisibles. Tal sería, por ejemplo, el caso de un tutor que procediera al saneamiento de sus inmuebles para sustraerlos a la hipoteca legal de nuestro Código Civil y dejar a su pupilo sin garantía.

3) Porque la abrogación de las hipotecas legales no ha sido motivo de una disposición expresa de la ley; contrariamente a lo acontecido respecto de la prescripción adquisitiva y de la rescisión de la venta por lesión (Art. 81).

4) Porque el artículo 144 de la Ley de Registro de Tierras, párrafo segundo, al disponer su propia norma interpretativa, dice: "Nada de lo contenido en esta ley se interpretará en el sentido de exonerar a los dueños de terrenos del **cumplimiento de las obligaciones que existan entre cónyuges,** o del riesgo de que sobre sus propiedades se establezca embargo por mandamiento judicial, o **algún gravamen con arreglo a la ley;** ni en el sentido de modificar las leyes de sucesión; ni de afectar el derecho de expropiación forzosa de propiedades para usos públicos; ni de librar el terreno de ser expropiado en cualquier forma; **ni de alterar los demás derechos y obligaciones** que establece la ley, salvo aquello que de otro modo se prescriba en ésta".

Al referirse la ley a "las obligaciones que existan entre

cónyuges", el legislador ha tenido en mente aquellas obligaciones que se originan en los contratos de matrimonio, una de las cuales es la de garantizar la buena administración de los bienes propios de la mujer, mediante el establecimiento, de pleno derecho, de una hipoteca legal sobre los bienes del marido (Art. 2121 del Código Civil); especialmente en el régimen de la comunidad que es el de derecho común entre nosotros.

Más adelante, el mismo artículo 144, dispone que la ley no ha querido exonerar a los dueños de terrenos del riesgo de que sobre sus propiedades se establezca **algún gravamen con arreglo a la ley,** y la hipoteca legal es, precisamente, un gravamen sobre los bienes del tutor, del marido administrador de bienes de su mujer y del recaudador, etc., establecido con **arreglo a la ley.**

De igual manera se podría interpretar la parte del artículo 144 que dispone: "La Ley de Registro de Tierras no ha querido alterar los demás derechos y obligaciones que establece la ley".

5) Porque el artículo 80 de la Ley de Registro de Tierras dice: "Toda persona que recibiere un certificado de título en virtud de un decreto de registro, y toda persona en cuyo favor se haya expedido un certificado, habiendo comprado a título oneroso y con buena fe dicho terreno registrado, retendrá dicho terreno libre de los gravámenes, servidumbres y derechos que no fueren los que figuran en el certificado; pero dicho terreno quedará libre de los gravámenes, servidumbres y derechos que a continuación se especifican y que al expedirse el certificado subsistieren; a saber: Primero: Embargos, reclamaciones, o **derechos que surjan o existan a favor de la República Dominicana, con motivo de las leyes de ésta,** y los embargos por falta de pago de los impuestos nacionales o municipales sobre la propiedad", etc.

Siguiendo la interpretación literal de que las hipotecas legales no han sido abrogadas por la Ley de Registro de Tierras, la parte del artículo 80 que dispone: los terrenos registrados no quedarán libres de los "derechos que surjan o existan a favor de la República Dominicana, con motivo de las leyes de ésta" etc., puede ser considerada en el sentido de que

la hipoteca legal del Estado, municipios y establecimientos públicos sobre los bienes de los recaudadores y administradores responsables (Art. 2121 del Código Civil) es, precisamente, un derecho que existe a favor de la República Dominicana.

6) Porque el artículo 63 especifica detalladamente entre las declaraciones que debe hacer el reclamante "que pretenda estar interesado en una parte de los terrenos" **los gravámenes, si lo tuvieren, que pesan sobre los terrenos,** y los nombres de los reclamantes contrarios que fueren conocidos". Y dentro del sistema de interpretación literal podría ser glosado su párrafo (h) en el sentido de que el tutor voluntariamente, o el protutor en su lugar, podrían obtener el registro de una hipoteca legal sobre los bienes del tutor en favor del pupilo.

Sería prolijo extendernos más en el análisis de los artículos de la Ley de Registro de Tierras que a nuestro juicio inducen a errores de interpretación; sin embargo, al referirnos, más adelante, a la consulta que hiciéramos al Registrador de Títulos del Departamento Sur, haremos algunos comentarios adicionales sobre varios otros artículos de la ley.

Ante esta serie de razones que parecen tener un sólido fundamento, cabe preguntar: ¿Se pueden registrar las hipotecas legales en el certificado de título?

Para contestar tal interrogación es menester hacer un recuento del sistema, por lo menos en sus perfiles generales, que tendrá la virtud de poner de manifiesto su estructura intima, el interés social que lo produjo y la profunda cohesión en los sucesivos aspectos de su proceso, que impiden sacrificar su espíritu por más contrario que a él sea el aparente sentido literal de su texto.

TERCERA PARTE

La Ley de Registro de Tierras

I.— Apreciación en conjunto del sistema Torrens

Desde el año 1858 funciona en Australia el sistema Torrens, que comparado con los antiguos sistemas de organización de la propiedad inmueble, resultan éstos universalmente condenados por no responder ya a las necesidades económicas y jurídicas del momento. Su introducción en la legislación de numerosos países constituye una reforma ingeniosa y audaz. Del estudio del Acta Torrens hemos llegado a la confirmación de que "el hombre, animal de costumbres" tanto en el orden material como en el espiritual, se aferra a las viejas tradiciones, por malas que ellas sean, y solamente así puede explicarse la lentitud con que ha venido penetrando en las legislaciones el nuevo sistema reaccionario.

Este fenómeno es especialmente observable en Francia, donde el sistema Torrens ha sido introducido en sus colonias y protectorados (Túnez, Algeria, Madagascar, Congo francés, etc.) y sus ventajas han sido apreciadas por todos; pero, a pesar de los beneficios que podría derivar de él la metrópoli, su

implantación en ella es considerada casi imposible por muchos autores. ¿Sería acaso aventurado repetir los argumentos del ilustre Savigny contra las codificaciones?

Lo sucedido en Australia al mismo autor de la ley que lleva su nombre, Sir Robert Torrens, viene en apoyo de lo que dijéramos acerca del espíritu conservador y rutinario del género humano. Thom, al referir la ardua y prolongada lucha que sostuvo el genial progenitor para imponer su sistema, y luego de haberlo comparado con el invento de la máquina de vapor y del teléfono, nos informa: "al promulgar su teoría fué motivo de oposición y de burlas. Personas versadas en la ciencia jurídica movieron sus cabezas "empelucadas" y preguntaron: ¿De Nazaret puede haber algo de bueno? Porque este atrevido innovador no era abogado de profesión, sino sencillamente, un funcionario de las aduanas de Su Majestad. Los abogados son, por inclinación natural y por conveniencia, lentos en acoger ensayos de leyes que afectan la propiedad y muy especialmente cuando han sido sugeridos por personas que no pertenecen a su oficio, y es posible que no exista materia en la que se muestren más conservadores que en la relacionada con la posesión y transferencia de las tierras. Estas leyes han sido consagradas por la antigüedad y por obra de los jurisconsultos más eminentes, y sus ramificaciones afectan de muchas maneras las relaciones de una gran proporción de la comunidad". (1)

En el estado actual de nuestra legislación, quien desea adquirir un inmueble lo primero que hace es investigar si el vendedor es el verdadero propietario y si el inmueble no está gravado; para lograr ese propósito es necesario examinar la sucesión de mutaciones anteriores, a fin de asegurarse de que en ellas se han observado todas las disposiciones legales; pero esto no bastaría, porque aun después de practicadas esas investigaciones, no habrá seguridad absoluta hasta tanto el derecho de propiedad haya sufrido la prueba de la prescripción y aun así, no habría seguridad hasta tanto saber que ella no ha sido interrumpida ni suspendida. Pero esto no es todo: hay que consultar un estado de las transcripciones, sin mencionar

---

(1) Thom: Páginas 12 y 13.

la amenaza de las cargas ocultas, hipotecas legales, privilegios, etc. Cuando se trata de la adquisición de un mueble, el Código Civil organiza un sistema distinto. La inestabilidad del derecho en el primero es sustituída por la fijeza en el segundo; el poseedor de buena fe está protegido por una regla legal enérgica que lo ampara contra toda evicción. Si a esto agregamos que una simple declaración escrita o un endoso, son prueba suficiente del traspaso de la propiedad, se ve inmediatamente cuales son las diferencias a que conduce la comparación de los dos sistemas establecidos por el Código Civil. El sistema Torrens hace extensivas a los inmuebles esas múltiples ventajas. Para obtener esa finalidad, comienza por fijar, de manera absoluta e irrevocable, el derecho de propiedad. Una vez establecido éste, se redacta un documento que podrá considerarse el símbolo representativo del inmueble y podrá ser objeto de numerosas y fáciles mutaciones. Movilizar el suelo no es solamente facilitar las mutaciones, es también darle nueva vida al crédito de las tierras.

"La característica fundamental que preside el organismo y régimen de este sistema, en el cual estriba toda su bondad, es a saber: que no es aceptable un sistema constitutivo de la propiedad inmueble y de los derechos reales que no esté basado en el principio de que los documentos registrados han de tener no sólo prioridad sobre los no registrados, sino la inatacabilidad del título inscrito". (1)

II.— Diferentes "sistemas" Torrens

Después de su aparición en Australia, con el nombre de "Real Property Act" el sistema Torrens ha evolucionado en su adaptación en diversos países y según Niblack (2) pueden distinguirse cuatro variaciones caracterizadas, a saber:

1º— El sistema australiano que comprende la ley original y sus modificaciones; las leyes de Nueva Zelandia y de Fidji.

---

(1) Sánchez Román: Tomo III, página 876.

(2) Niblack: Página 245.

2º— El sistema canadiense que comprende las leyes de Manitoba, Alberta, Saskachewan y el territorio al noroeste del Canada.

3º— El sistema americano que comprende las leyes de Illinois, California, Minnesota, Massachusetts, Colorado, Filipinas y Hawai.

4º— El sistema Torrens inglés.

Las diferencias en esta clasificación, salvo pequeños detalles, están basadas más bien en lineamientos geográficos y en consideraciones de utilidad que en diferencias sustanciales. (1)

Continuando esta división podría incluirse el sistema francés implantado en Túnez, Algeria, Madagascar, y en el Congo francés, que resultaría para nosotros de incalculable utilidad, porque a nuestro entender, constituye el primer ensayo de adaptación de la Ley Torrens al régimen legislativo francés y es donde podemos encontrar similitudes aprovechables para la finalidad que nos hemos impuesto.

III.— Diferencias —o variantes— entre los diversos sistemas.

Dentro de la semejanza que existe entre esos sistemas, señalaremos algunas diferencias que nos interesan, para poder llegar a la finalidad a que se propone este trabajo. Ellas son:

A.—En cuanto a los funcionarios

En algunas leyes se encomienda la dirección de los procedimientos a un registrador que tiene verdaderas funciones judiciales y es árbitro absoluto para determinar todo lo relativo al certificado de título, y tiene amplios poderes para ordenar o prohibir el registro de documentos. Este procedimiento tiene su origen en el viejo sistema prusiano para el registro de

(1) Niblack: Página 245.

inmuebles, en el cual el registrador es funcionario judicial con extensos poderes para determinar todo lo relativo al registro.

En otras, por el contrario, el registro solamente puede efectuarse en virtud de un decreto de tribunal o corte. A veces la corte o tribunal puede tener una jurisdicción general, por oposición a otras leyes que confieren esta competencia a jurisdicciones especiales. En este sistema el registrador no tiene funciones judiciales, es solamente un oficial ministerial.

En la República Dominicana tenemos el sistema que establece una jurisdicción especial que ordena el primer registro mediante un decreto. En nuestra ley de Registro de Tierras el registrador no tiene atribuciones judiciales, opera libremente la expedición de un nuevo título que reemplace al antiguo en los casos previstos en la ley; si fuere necesario introducir enmiendas y cambios en los certificados de títulos solamente podrán verificarse por orden del Tribunal (Art. 139).

B.— En cuanto a los efectos del certificado de título

En esta materia hay dos sistemas en oposición. En uno el certificado de título inviste al beneficiario con la propiedad del suelo de manera irrevocable y definitiva, frente a cualquiera otra persona. En el otro, el certificado puede tener el carácter de absoluto, como en el anterior, pero también puede tener otra modalidad y ser "calificado" o "posesorio" y estar sujeto a modificaciones fundamentales ulteriores. De estos dos sistemas nosotros hemos adoptado el primero.

C.— En cuanto a las afectaciones de que puede ser objeto el título.

En algunas leyes sólo se pueden registrar hipotecas y otros gravámenes con el consentimiento del propietario, mientras que en otras, como en la nuestra, se pueden registrar con su consentimiento o contra su voluntad.

En cuanto a la presentación del certificado de título para los registros de derechos ulteriores, es este un requisito in-

dispensable según lo disponen ciertas leyes, en otras no es condición **sine-qua-non;** nuestra ley de Registro de Tierras exige su presentación.

IV.— Su adaptación en la República Dominicana

Para los fines que nos interesan vamos a resumir, a continuación, la adaptación que hiciera el legislador dominicano del sistema Torrens en la Ley de Registro de Tierras:

a) Establecimiento de una jurisdicción especial cuya competencia es exclusiva para operar el primer registro mediante un decreto del Tribunal Superior de Tierras (Art. 2).

b) El derecho de propiedad se consagra de manera inequívoca en el certificado de título, del cual se expide un duplicado al interesado. En caso de discrepancia entre ambos, prevalece el contenido del original que corresponde a una hoja del libro registro (Art. 73).

c) El registrador, simple oficial ministerial, sin poderes judiciales, es quien opera la inscripción y el registro de las operaciones sucesivas posteriores al primer registro, en cuyos casos expide nuevos certificados de títulos conservando los anteriores cancelados, para fines de archivo (Art. 99).

d) El registrador de títulos tiene facultades para determinar la validez de cualquier documento que se le presentare, por considerarlo "incompleto o mal redactado" (Art. 97); pero el registrador al rechazar o aceptar un documento, debe fundarse en consideraciones de forma exclusivamente (Art. 98).

e) El certificado de título es de carácter irrevocable y **erga omnes,** y únicamente está sujeto a las excepciones previstas por la misma Ley de Registro de Tierra (arts. 70, 73, 80 y 81).

f) El establecimiento de gravámenes puede ser voluntario o forzoso (Art. 93). La presentación al registrador, del duplicado de título correspondiente al dueño es condición indispensable para que aquél pueda operar cualquiera modificación en el certificado de título, salvo lo dispuesto por la ley misma o por orden del Tribunal, en los casos previstos en ella (Art. 96).

BNPHU

CUARTA PARTE

Certificado de título

I.— Sus caracteres generales

Cual que fuere el método elegido para la adaptación del sistema Torrens en diversos países, el certificado de título siempre tiene cuatro características esenciales que lo distinguen del procedimiento ordinario para el establecimiento y transferimiento de derechos reales. Esas características o principios fundamentales son:

1) La publicidad.
2) La legalidad.
3) La fe debida a los registros.
4) La especialidad.

Al sistema francés del Código Civil, relativo al transferimiento de los derechos reales, se opone el viejo sistema medioeval germánico del cual el sistema Torrens realiza una de sus más interesantes aplicaciones. (1)

---

(1) Estivant: Página 29; Enneccerus: Página 133.

Nuestro Código Civil exige el consentimiento de las partes para el transferimiento de los derechos reales, sin requerir la tradición de la cosa inmueble. En derecho germánico, por el contrario, el principio de la **publicidad** impone, como condición para la existencia del derecho, la inscripción del transferimiento en un registro público; de ahí que la escritura resulta ser la forma normal de la mutación de los derechos reales (1). Pero no basta revelar la existencia del derecho mediante una inscripción en el registro, es preciso someterla también a una verificación previa; de ahí el principio de **legalidad** que viene a completar el primero y, según el cual, la autoridad competente debe vigilar la inscripción de los derechos reales en esos registros, verificar las declaraciones de las partes y darles fuerza legal. Esa comprobación del derecho en la forma anotada tiene el carácter de una decisión judicial (2) y de ella nace el principio de la **fe debida a los registros,** que no es más que una consecuencia lógica y necesaria de los principios anteriores.

Las legislaciones que han adoptado este método han creado el régimen de la publicidad real. El inmueble no se conoce por el nombre del propietario, como en la ley dominicana, por ejemplo, sino por la inscripción. "Para cada inmueble se abre una cuenta en el registro y todos los incidentes de su vida jurídica vienen a reflejarse en ese registro, como si fuera un espejo; así queda establecido el principio de la **especialidad".** (3)

Niblack (4), en sus comentarios acerca de la naturaleza del certificado de título, dice lo siguiente: "En nada afecta la esencia del sistema, el hecho de que el registro se haya realizado, ya sea debido a la intervención de un registrador general de títulos o de un juez de corte, o si se ha procedido por sentencia de una corte en una litis. El procedimiento a seguir al formular la solicitud de registro original es solamente el preliminar del primer acto importante del sistema, que es la expedición del primer certificado de registro. Cuando se ha-

---

(1) Artículo 93 de la Ley de Registro de Tierras.
(2) Artículo 78 de la Ley de Registro de Tierras.
(3) Estivant: Páginas 29, 30 y 31, y artículo 73 de la Ley de Registro de Tierras.
(4) Niblack: Página 103.

ya expedido este certificado tendremos un título registrado, una declaración del Gobierno —o del Estado— relativa al dominio, a las condiciones del título y un título que no podrá ser discutido. Estos son tres elementos básicos del título".

En resumen, donde se manifiesta la indiscutible superioridad del sistema Torrens es en el certificado de título que se le entrega al propietario, por ser una reproducción exacta, un duplicado del certificado que conserva en sus archivos el registrador; de manera, que lo que cada propietario posee no es otra cosa que el mismo Registro de la Propiedad. Pero podría pensarse que nada se opone a que, de acuerdo con el sistema de mutaciones de inmuebles y con el sistema hipotecario organizado por el Código Civil y por diversas leyes en vigor, y dentro de ellos, se pudiera hacer lo mismo. Nada más oportuno que reproducir a continuación la opinión del propio Sir Robert Torrens sobre el particular, para dejar contestada la pregunta que antecede: "El título de propiedad más excelente (en otro sistema cualquiera) se asemeja a un lingote de oro, que cada vez que se trasmite hay que pesarlo y contrastarlo, y para ello separarle un pedazo; pero una vez que este lingote se transforma en moneda legal, puede pasar de mano en mano sin deterioro ni pérdida de tiempo. El registro y la expedición del título es el equivalente a la acuñación de la moneda". (1)

II.— Registro de Hipotecas

Es necesario hacer un recuento del mecanismo indicado por la ley para el registro de hipotecas, embargo u otros gravámenes en el certificado de título.

El modo normal de constitución, trasmisión y gravamen de los derechos sobre inmuebles en el certificado, conserva los mismos caracteres en nuestra ley, que los caracteres originales en el sistema Torrens y en el sistema prusiano, considerados por Enneccerus en la forma siguiente:

"El Código Civil corona la evolución del derecho alemán.

---

(1) Sánchez Román: Páginas 880 y 881.

Apartado plenamente del principio romano de la tradición, exige para la trasmisión de la propiedad inmobiliaria y para la constitución, transmisión y gravamen de derechos inmobiliarios limitados: el **acuerdo** del concedente y del adquiriente sobre la modificación jurídica, y la **inscripción** de tal modificación en el registro". (1)

Los dos elementos esenciales, acuerdo e inscripción, corresponden a los requisitos del artículo 93. El **acuerdo** debe ser voluntario tanto en nuestro derecho como en el derecho alemán. Ahora, puede operarse la afectación en nuestro derecho por medio de un instrumento involuntario.

En derecho alemán: "El consentimiento es **innecesario** en ciertos casos excepcionales. **Puede sustituirse:** desde luego por sentencia firme por la que se condene a dar el consentimiento de inscripción..." (2)

Principio que corresponde a las disposiciones contenidas en los artículos 108 y siguientes, para el caso de gravámenes, embargos, etc., impuestos al propietario y en el cual pueden incluirse las hipotecas judiciales, a condición de que sean especializadas en cuanto a un inmueble determinado.

El consentimiento de la inscripción es una **declaración unilateral recepticia:** "es la declaración de que se autoriza a la oficina del registro para practicar una inscripción determinada". (3)

Este principio también corresponde al establecido en el artículo 93, según el cual el instrumento, voluntario o involuntario, debe contener la autorización al secretario o al registrador para operar el registro.

Estos principios se completan con las disposiciones posteriores de la ley.

La norma común está prevista en el artículo 96: "No se inscribirá ningún nuevo certificado de título ni se hará ninguna anotación en un certificado de título, por el registrador de títulos de acuerdo con un título u otro instrumento hecho voluntariamente a menos que sea presentado el duplicado co-

---

(1) Enneccerus, Kip y Wolf: Tomo III, 1º, núm. 38, página 202.
(2) Enneccerus, Kip y Wolf: Tomo III, página 169.
(3) Enneccerus, Kip y Wolf, íd.

rrespondiente al dueño para que en dicho duplicado se hagan las mencionadas anotaciones, salvo lo dispuesto expresamente en esta Ley o por orden del Tribunal por motivos que se expresarán; . . ."

A la norma indicada por este artículo quedan subordinada la venta, acto voluntario y el registro de hipotecas convencionales, acto voluntario. El propietario del certificado que consiente un acto voluntario, hará entrega de él al comprador o al acreedor para que hagan operar, en el primer caso, la expedición de un nuevo certificado, previa cancelación del remitido (Art. 99), y, en el segundo caso la expedición de otro duplicado al acreedor y la anotación del registro de la obligación en los certificados ya expedidos (Art. 102).

¿Cuál es el mecanismo para el registro de las obligaciones que toman nacimiento contra la voluntad del dueño del certificado?

Como la transferencia y el gravamen de la propiedad registrada sólo se operan en virtud del principio de la publicidad, contenido en el artículo 93, en forma de contrato "y por haberse autorizado al Secretario o al registrador de títulos para practicar el registro" y como el citado artículo abarca "instrumento voluntario o involuntario", es menester buscar el sentido del término "instrumento involuntario" que está reñido con el carácter de contrato que exige antes para las operaciones en él previstas.

El texto inglés de la primera parte del artículo 93, figura en el original de la Orden Ejecutiva Nº 511, publicada en inglés en la Gaceta Oficial Nº 3147 y en la Colección de Ordenes Ejecutivas de 1920 (Edición de J. R. Vda. García, 1921), pág. 415:

"Article 93. After original registration, no deed, mortgage, lease or other instrument, voluntary or involuntary, except a will and lease for one year or less with the leasee actually in possession, purporting to convey or affect registered land, shall take effect as a convenyance, or bind the land, but shall operate only as contract between the parties and as evidence or authority to the clerk or register of deeds to make registration. . ."

La traducción que hemos hecho de esa primera parte del artículo es como sigue:

"Después del primer registro, ninguna cesión, hipoteca, arrendamiento o cualquier otro instrumento, voluntario o involuntario, excepto un testamento y un arrendamiento por un año o menos, siempre que el arrendador esté realmente en posesión, operará el traspaso, o afectará el terreno, pero surtirá efecto solamente como contrato entre las partes y como prueba o autorización al secretario o al registrador de títulos para practicar el registro".

El texto castellano que figura en la ley no corresponde a la ideología del texto inglés traducido, ya que contiene un contrasentido elemental:

"...no podrá emplearse como medio de traspasar o sujetar (afectar) un terreno, ninguna cesión, hipoteca, ...u otro instrumento voluntario o involuntario... **sino solamente en forma de contrato entre los interesados".**

En nuestro derecho, como en derecho inglés, es de la esencia del contrato la libre voluntad de las partes. Cuando no ha intervenido la voluntad de las partes **no hay contrato;** cuando ella no es libre, hay vicio. ¿Cuándo puede, pues, intervenir entre los interesados un documento involuntario en forma de contrato? ¡Nunca!

El error de traducción es grosero. Se admite como medio para traspasar o afectar, un **instrumento involuntario,** esto es, un instrumento que puede serle impuesto al dueño a pesar de su voluntad, contra ella; pero el legislador inglés dispone que este documento tendrá el carácter de un contrato entre los interesados, asimila su efecto antes del registro al efecto del "res inter alios acta", para hacerle producir, después del registro el efecto "erga omnes", necesario a las consecuencias de todo certificado de título.

Lo que no es posible discutir es que se exige la presentación de un **instrumento voluntario o involuntario** que deberá ser entregado al secretario (cuando se actúe con anterioridad al primer registro) o al registrador de títulos (cuando se actúe con posterioridad al primer registro).

La hipoteca legal es de carácter involuntario, porque se

adquiere a pesar de la resistencia que pueda hacer el obligado a ella; pero no tiene, no puede tener, su **origen en un instrumento.** ¿Cómo, pues, podría procederse a su inscripción? El artículo 93, aun dentro de su sentido inglés, se opone a ello y las normas establecidas por los artículos 108 y siguientes, aplicables a los casos de instrumentos involuntarios, confirman el principio general y fundamental consagrado en el artículo 93.

QUINTA PARTE

Consideraciones finales

I.— La Ley de Registro de Tierras abroga tácitamente las hipotecas legales.

La Ley de Registro de Tierras concluye con la declaración, de rigor hasta hace poco, de que toda ley o parte de ley contraria a cualquiera de sus disposiciones queda también abrogada. Capitant (1) opina que esa es una disposición sin ninguna utilidad porque no hace más que comprobar el principio de la abrogación tácita. Al referirse a la abrogación de la ley (2) lo hace de la siguiente manera: "Es expresa cuando está formulada en un artículo de la nueva ley que declara que la ley anterior queda abrogada. El mejor ejemplo que se puede ofrecer es el del artículo siete de la ley del 30 ventoso del año XII que promulgó el Código Civil. Ese artículo obroga en masa todas las leyes anteriores en las materias que son objeto del Código". Es evidente que el legislador de la Ley de Re-

(1) Capitant: Página 61.
(2) Capitant: Página 60.

gistro de Tierras no abrogó de una manera expresa el régimen de las hipotecas legales de nuestro Código Civil ya que, de haber sido esa su intención, hubiera procedido en la misma forma que adoptó para abrogar la prescripción adquisitiva en los terrenos registrados y la rescisión de las ventas de inmuebles por lesión, de que trata el artículo 81.

Sin embargo, el artículo 80 de la Ley de Registro de Tierras al disponer que "toda persona que recibiere un certificado de título en virtud de un decreto de registro, y toda persona a cuyo favor se haya expedido un certificado, habiendo comprado a título oneroso y con buena fe dicho terreno registrado, **retendrá dicho terreno libre de los gravámenes que no fueren los que figuran en el certificado**" ha abrogado expresamente el carácter oculto que el artículo 2135 le confiere a las hipotecas legales. De manera que, aun en el caso de que las hipotecas legales no hayan sido abrogadas por la Ley de Registro de Tierras, tendríamos que admitir que no estarán dispensadas del registro puesto que, según el referido artículo 80, los únicos gravámenes que pueden afectar los terrenos registrados son los que figuran en el certificado de título.

En cuanto a la abrogación tácita, citaremos nuevamente a Capitant (1) cuya opinión es para nosotros de trascendental importancia en este caso: "La abrogación tácita resulta de la incompatibilidad que existe entre las disposiciones de la nueva ley y las de las leyes anteriores. **Estas últimas se encuentran abrogadas en la medida en que su contenido es incompatible con el de la ley nueva.** Su abrogación puede ser parcial o completa si la **contradicción que existe entre el nuevo texto y el antiguo afecta el principio mismo que ha inspirado las dos leyes".**

Ensayemos con los principios antes expuestos para ver si, aplicados a la Ley de Registro de Tierras, nos conducen a alguna solución relativa a la abrogación de las hipotecas legales, en qué forma y en qué medida. Con ese propósito aplicaremos la ley a un caso hipotético. Supongamos que en el curso de las diligencias de registro, previstas en el capítulo II de la Ley de Registro de Tierras, un reclamante que sea tutor,

---

(1) Capitant: Página 60.

al hacer las declaraciones exigidas por el artículo 62, relativas a una parcela de terreno de su propiedad declarara, en virtud de lo que disponen el artículo 2136 del Código Civil y el ordinal (h) del referido artículo 62, la existencia de una hipoteca legal en favor de su pupilo sobre el inmueble objeto del saneamiento. Admitamos que el Tribunal Superior de Tierras ordenara el registro del predio en favor del tutor, así como el de la hipoteca legal en favor de su pupilo. Esa hipoteca legal tendría, necesariamente, que ser indeterminada en cuanto al monto del crédito garantizado por el inmueble y es precisamente esa indeterminación la que es absolutamente incompatible con los principios básicos del sistema Torrens. El certificado de título que contuviera semejante gravamen, perdería la casi totalidad de su crédito, dejaría de ser "moneda legal" para transformarse en "lingote de oro que cada vez que se trasmita habría que pesar y contrastar". En efecto, ante la posibilidad de una venta, el comprador de ese terreno registrado, al examinar el certificado de título correspondiente, tendrá que dedicar su tiempo a la tarea de investigar minuciosamente todo lo relativo a la tutela y se interesará especialmente en el crédito moral y material del tutor, así como en el valor exacto de los bienes del pupilo; pero aun después de haberse cerciorado de que todo se ha hecho conforme a las normas legales, de que el tutor es persona que merece su confianza y de que sus bienes son garantía suficiente, su derecho tendrá que ser aleatorio mientras dure la tutela y el tutor no haya dado buena cuenta de su administración. Es esa incertidumbre que gravita sobre el derecho del adquiriente de inmueble en todas las mutaciones; ese aleas inevitable, que el derecho común envuelve en todo traspaso de derechos reales; es ese elemento tan funesto al crédito de la propiedad inmobiliaria, el que ha querido aniquilar el genial autor del sistema que lleva su nombre.

En las consideraciones que anteceden hemos fundado el criterio de que las hipotecas legales del Código Civil dominicano han sido tácitamente abrogadas por la Ley de Registro de Tierras; esta abrogación es total porque "la contradicción que existe entre el nuevo texto y el antiguo afecta el principio mismo que ha inspirado" al legislador.

II.— Criterio del Registrador de Títulos del Departamento Sur acerca de las hipotecas legales en el certificado de título.

Analizaremos ahora la opinión del Registrador de Títulos del Departamento Sur, Licenciado Pedro P. Peguero, sobre la materia que nos ocupa. El criterio del referido funcionario está consignado en su contestación a una consulta que le hiciéramos. Lamentamos sinceramente que, por razones que expondremos más adelante, nuestra interpretación de la Ley de Tierras, no coincida con la del distinguido amigo nuestro, que tan amablemente ha contribuido a facilitarnos esta tarea.

La primera pregunta que le hiciéramos al Registrador de Títulos está concebida así: "¿Qué procedimiento es posible seguir para obtener el registro de la hipoteca legal que otorga el artículo 2121 del Código Civil al pupilo sobre los bienes de su tutor, cuando dicho tutor tiene propiedades saneadas bajo las prescripciones de la Ley de Registro de Tierras y amparadas por certificados de títulos expedidos por esa oficina a su cargo?" A esa pregunta el Registrador de Títulos contesta: que "la hipoteca legal que otorga el artículo 2121 del Código Civil en favor del pupilo, puede ser registrada sobre los bienes registrados de su tutor, pero, para lograrlo es necesario proceder de acuerdo con las disposiciones de los artículos 94, 95, 97, 102 y 108 de la Ley de Registro de Tierras". La primera observación que se nos ocurre es que, ni en los artículos mencionados por el Registrador de Títulos, ni en ninguno de los contenidos en la ley se hace mención de las hipotecas legales. Luego, si es cierto que los artículos 94 y 102 hacen referencia a las **hipotecas,** se trata en ellos de las hipotecas convencionales o judiciales.

Mencionaremos, en apoyo de la aseveración que acabamos de hacer, que en el Acta Torrens Original encontramos, en sus primeros artículos, que el autor del sistema que lleva su nombre suministra la interpretación jurídica que debe dársele a ciertos términos de uso frecuente en el texto de la ley, y respecto de la palabra Hipoteca (Mortgage) dice lo siguiente:

al hacer las declaraciones exigidas por el artículo 62, relativas a una parcela de terreno de su propiedad declarara, en virtud de lo que disponen el artículo 2136 del Código Civil y el ordinal (h) del referido artículo 62, la existencia de una hipoteca legal en favor de su pupilo sobre el inmueble objeto del saneamiento. Admitamos que el Tribunal Superior de Tierras ordenara el registro del predio en favor del tutor, así como el de la hipoteca legal en favor de su pupilo. Esa hipoteca legal tendría, necesariamente, que ser indeterminada en cuanto al monto del crédito garantizado por el inmueble y es precisamente esa indeterminación la que es absolutamente incompatible con los principios básicos del sistema Torrens. El certificado de título que contuviera semejante gravamen, perdería la casi totalidad de su crédito, dejaría de ser "moneda legal" para transformarse en "lingote de oro que cada vez que se trasmita habría que pesar y contrastar". En efecto, ante la posibilidad de una venta, el comprador de ese terreno registrado, al examinar el certificado de título correspondiente, tendrá que dedicar su tiempo a la tarea de investigar minuciosamente todo lo relativo a la tutela y se interesará especialmente en el crédito moral y material del tutor, así como en el valor exacto de los bienes del pupilo; pero aun después de haberse cerciorado de que todo se ha hecho conforme a las normas legales, de que el tutor es persona que merece su confianza y de que sus bienes son garantía suficiente, su derecho tendrá que ser aleatorio mientras dure la tutela y el tutor no haya dado buena cuenta de su administración. Es esa incertidumbre que gravita sobre el derecho del adquiriente de inmueble en todas las mutaciones; ese aleas inevitable, que el derecho común envuelve en todo traspaso de derechos reales; es ese elemento tan funesto al crédito de la propiedad inmobiliaria, el que ha querido aniquilar el genial autor del sistema que lleva su nombre.

En las consideraciones que anteceden hemos fundado el criterio de que las hipotecas legales del Código Civil dominicano han sido tácitamente abrogadas por la Ley de Registro de Tierras; esta abrogación es total porque "la contradicción que existe entre el nuevo texto y el antiguo afecta el principio mismo que ha inspirado" al legislador.

II.— Criterio del Registrador de Títulos del Departamento Sur acerca de las hipotecas legales en el certificado de título.

Analizaremos ahora la opinión del Registrador de Títulos del Departamento Sur, Licenciado Pedro P. Peguero, sobre la materia que nos ocupa. El criterio del referido funcionario está consignado en su contestación a una consulta que le hiciéramos. Lamentamos sinceramente que, por razones que expondremos más adelante, nuestra interpretación de la Ley de Tierras, no coincida con la del distinguido amigo nuestro, que tan amablemente ha contribuido a facilitarnos esta tarea.

La primera pregunta que le hiciéramos al Registrador de Títulos está concebida así: "¿Qué procedimiento es posible seguir para obtener el registro de la hipoteca legal que otorga el artículo 2121 del Código Civil al pupilo sobre los bienes de su tutor, cuando dicho tutor tiene propiedades saneadas bajo las prescripciones de la Ley de Registro de Tierras y amparadas por certificados de títulos expedidos por esa oficina a su cargo?" A esa pregunta el Registrador de Títulos contesta: que "la hipoteca legal que otorga el artículo 2121 del Código Civil en favor del pupilo, puede ser registrada sobre los bienes registrados de su tutor, pero, para lograrlo es necesario proceder de acuerdo con las disposiciones de los artículos 94, 95, 97, 102 y 108 de la Ley de Registro de Tierras". La primera observación que se nos ocurre es que, ni en los artículos mencionados por el Registrador de Títulos, ni en ninguno de los contenidos en la ley se hace mención de las hipotecas legales. Luego, si es cierto que los artículos 94 y 102 hacen referencia a las **hipotecas,** se trata en ellos de las hipotecas convencionales o judiciales.

Mencionaremos, en apoyo de la aseveración que acabamos de hacer, que en el Acta Torrens Original encontramos, en sus primeros artículos, que el autor del sistema que lleva su nombre suministra la interpretación jurídica que debe dársele a ciertos términos de uso frecuente en el texto de la ley, y respecto de la palabra Hipoteca (Mortgage) dice lo siguiente:

"Se aplicará a toda carga sobre (o interés en) terrenos, con el único fin de garantizar un préstamo". (1)

Añadiremos que Thom, al definir la palabra hipoteca (Mortgage) dice lo mismo, pero en otra forma:

"El instrumento llamado hipoteca en las leyes es el que se emplea cuando se trata de gravar el terreno con el propósito de garantizar una deuda o un préstamo". (2)

Como ya lo hemos expresado, el registro de una hipoteca legal sobre un inmueble del tutor en virtud del artículo 2136 del Código Civil, sin que haya mediado una sentencia condenando al tutor al pago de una suma determinada para indemnizar al pupilo, es inadmisible, porque esa hipoteca tendría que ser indeterminada en lo relativo a la magnitud del gravamen, y esa indeterminación es incompatible con la finalidad que se persigue en el sistema Torrens, del cual nuestra Ley de Registro de Tierras es una adaptación. De manera, que los artículos 94 y 102 citados por el Registrador de Títulos se refieren necesariamente a registros de hipotecas, gravámenes y cargas etc. o convencionales o forzosos, y en este último caso, solamente pueden ser registradas en virtud de fallos judiciales.

La segunda pregunta, contenida en nuestra consulta es del tenor siguiente: "¿Puede esa oficina registrarla a solicitud de parte interesada sin más formalidad?". La contestación correspondiente es: "Mi opinión es que puesto que la hipoteca legal pertenece al **acreedor** de pleno derecho, es decir, que su existencia no depende de una convención expresa, nada se opone a que la oficina proceda a su registro cuando sea requerida para ello por las personas indicadas por los artículos 2136 y siguientes del Código Civil, sin necesidad de llenar más formalidad que la de aportar los documentos que justifiquen el fundamento de la petición".

Antes de analizar esta respuesta del Registrador de Títulos nos parece oportuno extendernos en algunas consideraciones acerca de la palabra "acreedor". Nos parece que el Registrador debió decir: "Mi opinión es que puesto que la hipo-

(1) Niblack: Página 382.
(2) Thom: Página 249.

teca legal pertenece **al pupilo,** o a la mujer casada o al Estado etc. de pleno derecho", pero al acreedor no. El pupilo, la mujer casada y el Estado etc. podrían llegar a ser acreedores como consecuencia de una mala gestión del tutor, del marido o del recaudador o administrador responsable y en ese caso, lo serán en virtud de una sentencia que los condenara al pago de una suma determinada. De manera, que solamente podríamos admitir que sean "acreedores", esto es, merecedores, de una hipoteca legal. Según Littré, "acreedor es el que tiene una acreencia contra alguien"; y acreedor, en su acepción forense, es el derecho a exigir el cumplimeinto de una obligación. En su uso corriente, "es el derecho a exigir el pago de una suma de dinero". Barcia dice lo siguiente: "Forense. El que tiene acción o derecho a pedir el pago de alguna deuda".

Observaremos que cuando el Registrador dice que para el registro de la hipoteca legal del pupilo bastaría "aportar los documentos que justifiquen el fundamento de la petición", ha querido referirse a los documentos que comprueben la existencia de una tutela organizada conforme a las disposiciones del Código Civil sobre la materia y no a la sentencia a que aludimos en el párrafo anterior; además, esa sentencia transformaría la hipoteca legal en una hipoteca judicial.

No vamos a repetir todos los argumentos que nos sirvieron para fundamentar el criterio de que las hipotecas legales son incompatibles con el espíritu de la Ley de Registro de Tierras, pero creemos que es pertinente extendernos un poco más en el análisis de la opinión del Registrador de Títulos.

Con ese propósito vamos a considerar la hipótesis de que el tutor, no sólo pudiera registrar una hipoteca legal a favor de su pupilo, sino que, además, se le permitiera determinar el monto con que ha de quedar gravado su inmueble. ¿Qué valor tendría esa hipoteca legal frente al pupilo y respecto de terceros? No negamos que semejante procedimiento, si fuera admisible, mejoraría considerablemente la situación de los incapacitados. Pero, es de derecho, que el establecimiento de una garantía real para el cumplimiento de una obligación es un acto bilateral y en el caso que nos ocupa, en que el tutor ha fijado **motu propio** la magnitud de la garantía, el acto es unila-

teral. La Ley de Registro de Tierras no le confiere al Tribunal Superior de Tierras la facultad de sancionar semejante procedimiento, y mucho menos se la hubiera podido atribuir al registrador de títulos.

La lógica más elemental nos indica, que de haber sido esa la intención del legislador, éste le hubiera conferido también al Tribunal Superior de Tierras amplia facultad para apreciar si el monto fijado por el tutor constituía una garantía suficiente para el pupilo, así como la de aumentarla o disminuirla según lo exigieren las variaciones eventuales del patrimonio del pupilo. En cuanto al registrador de títulos, la Ley de Registro de Tierras no hubiera podido conferirle ninguna de esas facultades, porque en la adaptación que hiciera el legislador dominicano del sistema Torrens, dicho funcionario es simplemente un oficial ministerial ajeno a toda función judicial.

Creemos haber demostrado suficientemente el error de interpretación en que ha incurrido el Registrador de Títulos del Departamento Sur y también algunas de las causas que pueden originar aplicaciones de la Ley de Registro de Tierras en franca contradicción con su espíritu.

III.— Vestigios del derecho inglés

Existen ciertas frases en algunos textos de la Ley que merecen una observación particular. Nos vamos a referir a algunas enunciaciones que debe contener el certificado de título, en miras de ofrecer protección a las mujeres casadas, a los menores y a los incapacitados. Pero esta protección no les es brindada con el mismo significado que tendría en nuestra legislación, desde el punto de vista de las hipotecas legales, sino desde el punto de vista del conjunto de medidas que en el derecho inglés (la **common law,** la **equity** y los sucesivos **acts** que las han modificado) cooperan a la protección de esta clase de personas.

El primer ejemplo nos lo ofrece el artículo 62, cuando dispone, al referirse a las diligencias de registro: "Si el reclamante fuere casado, figurará también el nombre completo del

otro cónyuge, y la fecha del matrimonio"... hasta aquí la medida tiene utilidad entre nosotros para establecer el estado civil del reclamante, pero más bien sería con el propósito de identificación legal. Sigue el texto: **"si no fuere casado, se indicará si él o ella ha sido casado, y de ser así, cuándo, dónde y cómo terminaron las relaciones matrimoniales".**

Esta cláusula amerita una breve explicación histórica en el derecho inglés. Como consecuencia de la desigualdad en que colocaba el viejo derecho inglés a la mujer frente al marido, se hizo una primera tentativa en 1856, que quedó consagrada en el **Divorce Act** 1856 (St. 20 y 21, Vict., c. 85) por la cual se permitía a la mujer, abandonada de su marido, obtener del juez una ordenanza para quedar dueña de sus bienes; además, se organizó un sistema por el cual la asistencia pública (la parroquia) suministraba a la mujer los alimentos para la subsistencia de ella y de sus hijos.

Posteriormente el **Act** del 9 de agosto de 1870 (St. 33 y 34, Vict., c. 93) establece entre los esposos un régimen análogo al de la separación de bienes contractual, del derecho francés. Pero queda siempre la obligación de indemnizar a la **parroquia,** por los desembolsos hechos por ésta para subvenir a las necesidades de la mujer, del marido o de los hijos durante el matrimonio. (1)

De ahí la importancia de asentar, dentro del punto de vista del derecho inglés, las últimas exigencias del artículo 62.

En Inglaterra, desde el punto de vista de sus bienes, la mujer no necesita protección frente a su marido (2), ya que, a partir del **Act** del 10 de agosto de 1882 (St. 45 y 46, Vict., c. 75) ella goza de una independencia absoluta, que no tiene en la mayor parte de los Estados de Europa, en lo relativo a la libre disposición de su patrimonio. (3)

El segundo ejemplo nos lo ofrece la parte del artículo 139, cuando, al enumerar los diversos casos en que pueden verificarse enmiendas y cambios en el certificado de títulos, establece que hay lugar **"por haberse cambiado el estado civil**

---

(1) Lehr: Páginas 78, 79 y 102.
(2) Weis: III, página 621.
(3) Lehr: I, página 78.

de alguna persona registrada como casada". Disposición intercalada en vista de la responsabilidad que exige el derecho inglés como consecuencia de las obligaciones contraídas durante el matrimonio (1) y de la tradicional institución del **pin money.** (2)

Lejos de nosotros negarle cierta utilidad a la criticada disposición. En nuestro derecho sería útil en este caso: una mujer casada registra un inmueble a su favor. En el certificado se enuncia el nombre del esposo. Con esta enunciación se informa a los terceros que quien puede vender es solamente el marido y no la mujer, quien, normalmente, no tiene la disposición de sus bienes. Disuelto el matrimonio, ella adquiere la disposición y administración de sus bienes y tendrá interés en que el certificado de título no se oponga a que ella pueda disponer de su patrimonio.

Pero esta disposición del artículo 139 para nada puede referirse a la hipoteca legal de la mujer casada que es una institución desconocida en el derecho inglés.

No es menos interesante el artículo 72 cuando, al tratar del contenido del decreto de registro, dice: "Si el dueño se encontrare inhábil, incapaz o incapacitado; **si fuere menor de edad figurará el número de años que tuviere".** En nuestro derecho la incapacidad del menor y de los mayores sometidos a tutela es absoluta y continúa siéndolo para los primeros, hasta cumplir los veintiún años, salvo las excepciones establecidas en el Código Civil (emancipación por concesión o por matrimonio) y para los segundos, hasta que una decisión judicial los torne al goce de su capacidad. ¿Cuál es, pues, el objeto que se ha propuesto el legislador al exigir, cuando se trate de un menor, la indicación del número de años que tuviere? ¿No estaremos acaso, en presencia de un nuevo "anglicismo jurídico?" Nos atrevemos a afirmar que sí. El legislador dominicano, en su adaptación festinada del sistema Torrens, incluyó disposiciones que tienen una determinada significación jurídica en el derecho inglés, pero, como resulta en los casos anteriores y en éste —como lo veremos a continuación— no se

---

(1) Lehr: I, páginas 103 y siguientes.
(2) Lehr: I, páginas 107 y siguientes.

justifican, o por lo menos, no tienen un sentido necesario, en nuestro derecho.

En Inglaterra la plena capacidad jurídica se adquiere la víspera del día en que se cumplen los veintiún años. Es entonces cuando el menor puede disponer libremente de sus inmuebles; pero antes de cumplir esa edad la ley reconoce ciertos períodos de distintas capacidades: "No hallamos nada en las leyes inglesas que correponda exactamente ni a la emancipación del derecho francés, ni a la declaración de mayoridad anticipada de los derechos suizos y germánicos. Sin embargo, el menor no permanece igualmente incapaz durante todo el período que se extiende entre su nacimiento y su vigésimo primer año cumplido. A la edad de catorce años, alcanza la edad del discernimiento, puede elegir su tutor, y tiene aún la facultad de dar o de negar su consentimiento para su matrimonio y de disponer de su mobiliario por testamento; esta doble facultad pertenece a las niñas desde la edad de doce años. A la edad de diez y siete años el menor de uno u otro sexo puede ser ejecutor testamentario..." (1) Estas graduaciones en la capacidad, conllevan, como es natural, cierta relación con el patrimonio. Así, la menoridad suspende el curso de la prescripción en provecho del menor (2); son nulos los contratos hechos por los menores (en estos contratos se incluyen las hipotecas) tendentes a reembolsar préstamos o a pagar mercancías, **pero se exceptúan** los relativos a suministros indispensables (3); el menor de ambos sexos puede hacer su contrato de matrimonio (4), etc.

Respecto a los incapacitados: "Cuando la enagenación mental de una persona ha sido regularmente comprobada, el canciller o los magistrados que le son asociados para este oficio instituyen una comisión **(commitee)** para velar sobre la persona y sobre los bienes del enajenado". (5) "El hecho mismo de que la enagenación mental haya sido comprobada por los comisarios competentes no tiene por consecuencia privar

---

(1) Lehr: I, página 32, y II, páginas 122 y 123.
(2) Lehr: I, página 33.
(3) Lehr: I, página 34, y II, página 124.
(4) Lehr: I, página 35.
(5) Lehr: I, página 44.

al enfermo de toda capacidad de contratar; solamente hay en estos casos, fuertes presunciones de que él no se ha obligado en un intervalo lúcido y de que la otra parte no ignoraba su estado mental". (1) De ahí la importancia de determinar cual es la clase de incapacidad de que está gravado el propietario, pues el derecho inglés reconoce el **lunacy,** y el **idiot** (2) siendo posible los estados pasajeros para el primero, pero no para el segundo.

Por último, en el derecho inglés no existen las mismas garantías que en el nuestro, ni para los menores, ni para los incapacitados, por la sencilla razón de que "cuando el pupilo llega a su mayoridad, el tutor está obligado a rendirle cuenta de su administración y es responsable hacia él de todas las pérdidas provenientes de su falta o de su negligencia. Pero el papel de supervigilante general de las tutelas que la ley atribuye al lord canciller permite a los tutores descargarse asaz fácilmente de la gran responsabilidad que pesa sobre ellos. Basta para esto que ellos se coloquen bajo la garantía de la corte de Cancillería, actúen bajo su dirección y le rindan una cuenta anual de su gestión. La organización inglesa de la tutela presenta, como se ve, grandes analogías con la **Obervormundschaft** del derecho germánico; y, por los poderes extensos que ejerce la corte de Cancillería, esta tutela se aproxima más a la tutela de la autoridad de los alemanes que a la tutela de familia del derecho francés". (3)

Cuando hay el temor de una posible mala interpretación se procede en una forma más eficaz. "Cuando un tutor quiere sustraer su pupilo a la jurisdicción de la corte y esta tenga lugar a temer algún perjuicio para la persona o los bienes del menor, ella puede exigir seguridades del tutor antes de relevarlo de la supervigilancia que ella ejercía sobre él". (4)

---

(1) Lehr: II, página 126.
(2) Lehr: I, página 40.
(3) Lehr: I, página 40.
(4) Lehr: I, página 37.

CONCLUSIONES

Al terminar el estudio anterior tenemos un criterio definido acerca del sistema Torrens, que nos permite externar un juicio sobre el alcance del artículo 80 de la Ley de Registro de Tierras y respecto de las hipotecas legales en el certificado de título, en el sentido:

PRIMERO: de que los únicos gravámenes que pueden existir sobre el inmueble saneado, son los indicados en el certificado de títutlo correspondiente, con las excepciones expresamente previstas en el artículo 80 de la Ley; y

SEGUNDO: que ni en virtud de un decreto del Tribunal Superior de Tierras, ni por disposición del registrador de títulos, se puede admitir el registro de una hipoteca legal, porque entrañaría una lamentable adulteración del sistema Torrens, [redacted]

Para evitar la falta de protección en que quedan la mujer casada, los menores y los incapacitados, según se desprende de las conclusiones precedentes, consideramos oportuno recomendar:

PRIMERO: como existe una incompatibilidad radi-

cal entre el régimen de las hipotecas legales del Código Civil y el sistema Torrens, es de necesidad urgente reformar dicho régimen para que responda a las necesidades del crédito inmobiliario y pueda conciliarse con los principios fundamentales del sistema Torrens, contenido en la Ley de Registro de Tierras.

SEGUNDO: que dicha reforma debe tener como base fundamental la publicidad y la especialidad de las hipotecas legales.

Terminamos esta tesis convencidos de haber dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la Ordenanza Núm. 16-40 de la Universidad de Santo Domingo en cuanto a que el tema desarrollado en este trabajo es de interés dominicano actual, relativo a una materia obscura y controvertida, y es el fruto de nuestra investigación personal.

BIBLIOGRAFIA

G. BAUDRY-LACANTINERIE y P. DE LOYNES: *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil.* Tercera edición, tomo I.—Librairie de la Société du Recueil J. B. Sirey du Journal du Palais. Casa editora.

HENRI CAPITANT: *Introduction a l'Etude du Droit Civil.* Tercera edición.—A. Perdone, editor. París, 1912.

L. ENNECCERUS, T. KIPP y MARTIN WOLFF: *Tratado de Derecho Civil Alemán.* Tomo III.—Boch, Casa Editora. Barcelona, 1936.

LEON ESTIVANT: *Etude sur la mobilisation de la propiété fonciere.*—Arthur Rousseau, editor. París, 1899.

ERNEST LEHR: *Elements de Droit Civil Anglais.* Segunda edición.—Librairie de la Société du Recueil J. B. Sirey et du Journal du Palais, Casa Editora. París, 1906.

W. C. NIBLACK: *An Analysis of the Torrens System of Conveying Land.*—Gallaghan & Company, editores. Chicago, 1912.

M. PLANIOL: *Traité Elémentaire de Droit Civil.* Octava edición, tomo II.—Librería General de Derecho y de Jurisprudencia, editora. París, 1921.

M. PLANIOL y G. RIPERT: *Traité Pratique de Droit Francais.* Tomo XII.—Librería General de Derecho y de Jurisprudencia, editora. París, 1927.

FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil.* Segunda edición, tomo III.—Madrid, 1900.

THOM: *The Canadian Torrens System.*—Burroughs & Co. Ltd., editores. *Nota.*—El mal estado de este libro no permite obtener mayor información.

A. WEISS: *Traité théorique et pratique de Droit International Privé.* Segunda edición, tomo III.—Librairie de la Société du Recueil J. B. Sirey et du Journal du Palais, Casa editora. París, 1912.

INDICE

Dedicatorias 3

Introducción 9

PRIMERA PARTE

Consideraciones generales acerca de las hipotecas legales 11

SEGUNDA PARTE

Las hipotecas legales en la Ley de Registro de Tierras.

I.—*Explicación preliminar* 21

A.—Origen de los errores de interpretación 22

B.—Propósito del legislador dominicano 22

II.—*Artículos de la ley y otras consideraciones en que podría fundarse la interpretación de que las hipotecas legales no han sido derogadas* 24

TERCERA PARTE

La Ley de Registro de Tierras.

I.—*Apreciación en conjunto del sistema Torrens* 28

II.—*Diferentes «sistemas» Torrens* 29

III.—*Diferencias—o variantes—entre los diversos sistemas* 30

A.—En cuanto a los funcionarios 30

B.—En cuanto a los efectos del certificado de título.. 31

C.—En cuanto a las afecciones de que puede ser objeto el título 31

IV.—*Su adaptación en la República Dominicana* 32

CUARTA PARTE

Certificado de Título.

I.—*Sus caracteres generales* 33

II.—*Registro de hipotecas* 35

QUINTA PARTE

Consideraciones finales.

I.—*La Ley de Registro de Tierras abroga tácitamente las hipotecas legales* 40

II.—*Criterio del Registrador de Títulos del Departamento Sur acerca de las hipotecas legales en certificado del título* 43

III.—*Vestigios del derecho inglés* 46

CONCLUSIONES 51

BIBLIOGRAFIA 53

INDICE 55

BN
D-96
UASD
FCJ

UNIVERSIDAD DE SANTO DOMINGO
República Dominicana

Facultad de Derecho

La prueba del acto de transacción en materia comercial desde el punto de vista del art. 2044 del Código civil.

TESIS

PARA EL DOCTORADO

Sustentada por
JOSE CHAHIN M.

Año académico de 1940-1941.
Número: 23.

"La Universidad no se hace solidaria de las opiniones emitidas por el sustentante" (Ordenanza Núm. 21-40 de fecha 30 de Sept. de 1940).

Imprenta J. R. Viuda García, Sucesores.
Ciudad Trujillo R. D.
1940.

DEDICATORIAS

Dedico este modesto trabajo, como justo testimonio de gratitud;

A mis queridos padres:

Don Nicolás Chahín

y

Doña María M. de Chahín,

A mis buenos y también queridos hermanos;

A mis profesores de la Facultad de Derecho;

Quienes han cooperado material y espiritualmente a la coronación de mi ideal profesional.

914273

GENERALIDADES SOBRE LOS HECHOS RELACIONADOS CON EL TEMA

Antes de entrar en el examen de los hechos problemáticos que constituyen el objeto de la presente tesis, considero oportuno hacer un recuento de algunas nociones generales que están intimamente relacionadas con el sujeto de ella. Tales son: el concepto de la transacción, la prueba en general, tanto en materia civil como en materia comercial, etc.

La palabra transacción, en un sentido muy lato, significa la conclusión de un asunto cualquiera; es empleada como sinónima de convención. Un sentido más jurídico, designa exclusivamente el contrato por el cual se termina, de manera amigable, un proceso nacido o a punto de nacer. En esta última acepción, **transigir,** (del latín **transagere)** en sentido etimológico significa zanjar una dificultad por mitad.

Según algunos autores, la palabra transacción viene del latín **transactio.** Ha sido definida en sentido general y vulgar: un acuerdo de voluntades sobre un objeto cualquiera, la concordancia de una oferta y de una demanda. (Conf. C. civ., art. 1106; C. comm., art. 631.— P. Pont, **Petits contrats,** t. 2, n. 456, p. 253; Guillouard, **Transacción,** n. 5, p. 297; Baudry-Lacantinerie et Wahl, **Transaction,** n. 1199, p. 579; Planiol, dr. civ. t. 2, n. 2285, p. 684.)

En el derecho Romano la transacción ocupa un puesto entre los contratos innominados, supone un derecho litigoso entre dos personas y consiste en la convención por la cual una de ellas renuncia a sus pretensiones mediante una renuncia análoga, o una prestación que la otra parte se compromete a hacer. Fué primeramente un simple pacto desprovisto de efecto obligatorio que no daba nacimiento más que a la **exceptio doli.** Pero la parte que ha transigido puede tener necesidad de una acción, para hacer valer los derechos que resultan a su beneficio de la transacción, por ejemplo, para obtener la prestación que le ha sido prometida a cambio de una renuncia o de una prestación que ella ha hecho de su lado. En vista de este resultado, se hacia obligatoria la convención de transacción por una estipulación. Se podía también agregar al pacto de transacción una cláusula penal, **stipulatio poenae,** obligando a la parte que no ejecutara la transacción a pagar una suma de dinero. En fin, se admitió la transacción entre el número de los contratos innominados. Cada parte, a condición de ejecutar la transacción en lo que le concierne, obtiene el derecho de actuar **praescriptis verbis** para constreñir a la otra a la ejecución.

Desde el punto de vista del derecho positivo, "La tran-

sacción es un contrato por el cual las partes terminan un pleito comenzado o evitan uno que pueda suscitarse" (art. 2044 Cod. civil). Esta definición fué tomada de Domat, quien la definía como sigue: "La transacción es una convención entre dos o varias personas, que, para prevenir o terminar un proceso, reglan su diferendum de grado a grado". (**Leyes civiles**, libro I, título XIII, sect. 1a., n. 1).

Esta definición ha sido calificada por los autores, de incompleta y falta de precisión; ellos definen la transacción diciendo: "Es un contrato por el cual las partes, tratando sobre un derecho litigioso, terminan una contestación nacida, o previenen una contestación por nacer, **por medio de concesiones o de sacrificios recíprocos**". (P. Pont. t. 2, n. 457, p. 244; Guillouard, Transacción, No. 6, pág. 298).

DERECHO COMPARADO

En algunas legislaciones, la transacción, a pesar de su importancia, no ha sido objeto de disposiciones precisas, asi ocurre en Inglaterra, Escocia, Dinamarca, Noruega y Suiza.

En otras naciones es reglamentada con amplitud desigual. Asi, en Alemania, el Código civil consagra un sólo artículo a la transacción concebido en estos términos: Art. 779 "Un contrato (transacción, **vergleich**) por el cual una contestación o la incertidumbre de las partes sobre una relación de derecho es eliminada por medio de concesiones recíprocas, no tiene efecto cuando el estado de las cosas tomadas, según el contrato, como una base sólida de las negociaciones, no responde a la realidad, y que, si se hubiera conocido exactamente la situación, la contestación o la incertidumbre no habría nacido.

El hecho de que la realización de una pretensión sea

incierta debe ser asimilada a la incertidumbre sobre una relación de derecho".

El Código civil austriáco la asimila a la novación, y la trata en los artículos 1380 a 1390. El primero dice: "La transacción es un contrato que conlleva novación **(Neuerungsvertrag)**, por el cual derechos litigiosos o dudosos son determinados de tal manera que cada parte se obliga recíprocamente a dar, a hacer, o a no hacer una cosa".

En España, "La transacción es un contrato por el cual las partes, al dar, prometer o retener cada uno alguna cosa, evitan un proceso inminente o ponen fin a un proceso comenzado". (C. civ. esp. de 1888-1889, art. 1809).

El Código de los bienes, de Montenegro, consagra a la transacción todo un capítulo (Art. 473 y sigs.). "Una transacción puede intervenir sobre todo asunto u obligación contestada, o a propósito de la cual haya duda por una causa cualquiera, en tanto que el asunto u obligación del cual se trata pueda ser el objeto de una convención" (art. 473).

En Portugal, "La transacción es un contrato por el cual las partes convienen o terminan una contestación al abandonar, una de ellas o las dos, una parte de sus pretensiones o prometiéndose, la una o la otra, una cosa en cambio del reconocimiento del derecho contestado". (C. civil port. art. 1710).

La materia de las transacciones está reglamentada en Rusia, no por las **leyes civiles**, sino por el Código de procedimiento civil, artículo 1357 y sigts. "Las partes litigantes tienen, en todo estado de causa, el derecho de

terminar su contestación por una transacción **(mirovaia sdielka)** y hacer redactar acto de ella" (art. 1357); si hay mas de dos partes en causa, cada una de ellas tiene el derecho de arreglarse con su, o sus adversarios, aun independientemente de los otros interesados" (art. 1358).

DE LA PRUEBA

La transacción no puede probarse por testigos, por módico que sea el valor objeto del contrato. Así lo establece el artículo 2044, última parte del Código civil que dice: "Este contrato deberá hacerse por escrito". Es admitido de manera general que el escrito requerido por este texto, lo es ad-probationem y no ad solemnitatem; de donde, la consecuencia de que, a falta de escrito, el contrato puede ser probado por la confesión, ser ratificado, etc.

Esta disposición legal constituye una mayor restricción al artículo 1341 del Código civil. Mientras este texto exige la prueba de los contratos en general por un escrito, solamente cuando la suma que constituye la materia del contrato exceda de $30.00 (150 francos, en Francia) el artículo 2044, la exige en todos los casos.

La prueba testimonial en general está regida por el

artículo 1341 del Código civil que dice: "Debe extenderse nota ante notario o bajo firma privada de todas las cosas cuya suma o valor exceda de treinta pesos, aun por depósitos voluntarios; y no se recibirá prueba alguna de testigos en contra o fuera de lo contenido en las actas, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, en, o después de aquellas, aunque se trate de una suma o valor de treinta pesos. Todo esto, sin perjuicio de lo que se prescribe en las leyes relativas al comercio".

La misma preocupación que puso de manifiesto el legislador en su repulsión de la prueba por testigos y que determinó esta disposición legal, fué la que determinó también la exclusión de esa prueba en materia de transacción, como puede apreciarse por los precedentes históricos que sirvieron de origen a esta regla.

Del estudio del conjunto de las legislaciones primitivas puede inferirse que la prueba por testigos ocupaba el primer rango en los medios probatorios admitidas por ellas. Un sinnúmero de influencias, marcaron, con el tiempo, una evolución del derecho que colocó en un plano secundario esa prueba. Antiguamente se aplicaba la fórmula "temoins passent léttres", la que fué substituida, después de la evolución a que nos referimos en este mismo párrafo, por la nueva fórmula opuesta, "léttres passent témoins".

Bajo el imperio del antiguo derecho romano, y durante todo el período de la Edad Media se admitía de manera indefinida la prueba testimonial, la que constituía un principio necesario; esto tenía su razón de ser, pues en estas sociedades se desconocía la escritura o por lo menos el mayor número la ignoraba. A medida que el uso de la escritura se populariza, surge una gradual y progresiva subs-

titución, en las leyes de la prueba literal, por el simple testimonio oral; substitución que obedeció sin duda a la ventaja de la estabilidad del escrito y las dificultades que ofrece al triunfo del engaño.

En el año 1436 tuvo lugar la invención de la imprenta, la que fué introducida en París por el año de 1470; paralelamente a este progreso en la impresión se vulgarizaba de una manera progresiva el uso del papel. En estas nuevas orientaciones tuvo su origen la célebre ordemanza Moulins del mes de febrero de 1566, punto de partida del fin del imperio de la prueba testimonial que hasta entonces era absoluto. Por su artículo 54 ordenó la obligación de redactar acto de todas las cosas que excedieran la suma de cien libras. Con eso estableció la preeminencia de la prueba escrita sobre la prueba oral. Este cambio legislativo, fué bastante mal acogido por la práctica al principio, pero terminó por prevalecer. Un siglo después, en 1667, la ordenanza de Luis XIV sobre la reforma de la justicia, vino a darle en su artículo II, título XX, una consagración definitiva. El artículo 1341 del Código civil no es mas que la reproducción, en un estilo remozado, de las disposiciones de las ordenanzas de 1566 y 1667.

Al prohibir la prueba testimonial de todo hecho jurídico que implique un interés superior a 150 frs. el legislador moderno no ha hecho otra cosa que obedecer al doble móvil que había inspirado al legislador del antiguo derecho. Ha querido, en primer término, restringir el número de los procesos, obligando a los particulares a procurarse desde el origen una prueba escrita de sus operaciones jurídicas. También se ha propuesto — pero este motivo es secundario — excluir el peligro del soborno de los testigos que Loysel expresaba en su fórmula pintoresca

"qui mieux abreuve mieux preuve" (quien mejor abreva, mejor prueba).

Para los hechos de poca importancia, que no presentan mas que un interés de $30.00 (150 francos, en Francia) o menos, la ley declara admisible la prueba testimonial. Se ha dicho que la corrupción de los testigos era entonces menos de temer; lo que el legislador ha considerado, sobre todo, es que él no podía en semejante caso colocar a los contratantes iletrados, retirándoles el beneficio de la prueba oral, en la necesidad de hacer los gastos de un acto notarial.

Los comentarios que anteceden reglamentan la prueba en materia civil. La prueba en materia comercial, está regida por el artículo 109 del Código de comercio, que admite, de manera general, la prueba testimonial, subordinando solamente su admisión a la apreciación soberana del juez. Este artículo está concebido en los términos siguientes: "Las compras y ventas se comprueban: por documentos públicos; por documentos bajo firma privada; por la nota detallada o por el ajuste de un ajente de cambio o corredor, debidamente firmada por las partes; por una factura aceptada; por la correspondencia; por los libros de las partes, **por la prueba de testigos, en el caso de que el tribunal crea deber admitirla.**"

Esta disposición legal y no el artículo 1341 del Código civil es la que se aplica a la prueba de los actos de comercio; de aqui la necesidad de distinguir si un acto es puramente civil o es comercial para los fines de su prueba.

Los actos de comercio son aquellos que constituyen la profesión habitual de un comerciante y que la ley por

una parte enumera en los artículos 632 y 633 del Código de comercio; tales como la compra para revender, empresas de manufacturas, de comisión, etc.; y por otra parte, aquellos que la doctrina denomina actos de comercio en virtud de la teoría de lo accesorio: esto es, aquellos actos que realizados por quien tiene la profesión de comerciante se presumen hechos en el interés de su comercio. Tales son, un préstamo civil hecho para atender a una obligación comercial, o para aumentar la existencia del establecimiento. Cuantas veces el derecho comercial — derecho especial — contiene una laguna, deben aplicarse las reglas del derecho común, siempre que no hayan sido derogadas por ninguna disposición especial. Es lo que dice con mucha claridad el profesor Thaller, (Tratado de derecho comercial, edición de 1925, pág. 635, Nº 998):

> "Permaneciendo el derecho común aplicable a las materias comerciales, a menos que haya sido derogado por el Código de comercio, es al Código civil al que es preciso referirse, para conocer las reglas relativas a la naturaleza y a los efectos de los contratos. Este, como fuente subsidiaria del derecho comercial, tiene la misma autoridad que en el dominio del derecho civil. Debe ser respetado por los jueces, a pena de casación".

LEYES. DEROGACION: TÁCITA Y EXPRESA.

Derogar una ley, es retirarle su fuerza obligatoria; el derecho de derogar una ley no pertenece, pues, sino al poder que tenga actualmente calidad para hacer esta ley.

La derogación de una ley antigua por una nueva, puede ser expresa o tácita.

Expresa.— Se llama cuando la derogación es pronunciada en términos formales. La extensión de los efectos de la derogación expresa depende de los términos en los cuales esta derogación está formulada.

Tácita.— Cuando resulta solamente de la incompatibilidad que existe entre la nueva ley y la antigua. Esta es entonces tácitamente derogada, pero solamente en la medida de su incompatibilidad con la ley nueva, por aquellas de sus disposiciones que la contradicen; ella subsiste en lo demás. Cuando el legislador ha manifestado su-

cesivamente dos voluntades diferentes, la más reciente es la que debe prevalecer porque subsiste actualmente.

La derogación tácita no se produce sino en la medida en que hay realmente contrariedad entre las dos leyes sucesivas. Cf. Rouen, 15 mai 1900., S., 04.2.73 y la nota.

Una ley general no es, pues, derogada por una ley especial sino en lo que toca a las cuestiones particulares que constituyen el objeto de esta última.

Recíprocamente, una ley especial no es derogada por una ley general. Ella permanece en vigor a titulo de excepción al principio general dictado por la ley más reciente. "Generalia specialibus non derogant". Asi, el derecho civil es un derecho general; el derecho comercial por el contrario, es un derecho especial a los comerciantes y a los actos de comercio. Una ley nueva que modifica un texto del Código civil no debe ser considerada como que deroga tácitamente las disposiciones del Código de comercio relativas a las mismas materias. Es preciso sin embargo, no dar a esta regla un alcance demasiado absoluto. Si la ley antigua contiene simplemente una aplicación particular de un principio general dictado por una ley de derecho común, las modificaciones introducidas a esta última por una ley nueva, igualmente general, pueden, en ciertos casos, ser aplicables a la ley especial.

Se encuentra frecuentemente al fin de las leyes un artículo asi concebido: "Las leyes anteriores son derogadas en todas aquellas disposiciones que sean contrarias a la presente. Esta fórmula no hace más que reproducir pura y simplemente el principio de la derogación tácita; es por consiguiente supérflua.

DE LOS COMERCIANTES. DEFINICION. ACTOS DE COMERCIO. TEORIA DE LO ACCESORIO.

Son comerciantes aquellas personas que realizan actos de comercio y hacen de ellos su profesión habitual. El Código de comercio ha tenido el cuidado de suministrarnos esta definición en su artículo primero.

Para ser comerciante son precisas, pues, dos condiciones: 1a. el ejercicio de actos de comercio; 2a. una profesión habitual que tenga estos actos por objeto.

Para interpretar debidamente esta definición, es necesario dar una noción de lo que se entiende por actos de comercio. El Código de comercio no ha definido lo que constituye un acto de comercio, y se ha limitado a enumerar lo que la ley reputa como tales, en los arts. 632 y 633. Hay otros actos de comercio que lo son por su natu-

raleza, tales como, la letra de cambio, el pagaré a la orden, etc.; pero hay una serie de operaciones que realizadas por una persona no comerciante, serían civiles, y que cuando han intervenido en la vida de un comerciante en el interés de su comercio, se reputan comerciales en virtud de una teoría, llamada por la doctrina, de lo accesorio. Esta teoría es ordinariamente aceptada por la jurisprudencia. Es tanto mas interesante conocerla, cuanto que estos actos secundarios están comprendidos en el derecho comercial en diversos puntos de vista: en cuanto a la competencia de los tribunales y en cuanto a la prueba. El no pago de estas obligaciones justificará la declaratoria en estado de quiebra del deudor.

Esta teoría no es arbitraria, ella se encuentra escrita dos veces en el Código: Primeramente, en el artículo 631 linea primera: "Los tribunales de comercio conocerán: lo de las contestaciones relativas a los compromisos y transacciones entre negociantes, comerciantes y banqueros.....", después, en el artículo 632, antepenúltima linea: "La ley reputa actos de comercio..... todas las obligaciones entre negociantes, comerciantes y banqueros".

Esta redacción origina una crítica: tomando a la letra las disposiciones arriba expresadas, el acto sólo sería comercial, si interviene entre dos comerciantes. Sería preciso pués, que el comerciante tuviera otro comerciante por contra parte. Tratando con un no comerciante ya no realizaría acto de comercio. Esta deducción sería falsa. La condición de la contra-parte es indiferente para determinar la naturaleza del acto, de parte del comerciante mismo.

Cuando un comerciante realiza actos como: contratos comerciales, distintos a los enumerados en el artículo 632; cuasi contratos comerciales; o incurre en delitos y cuasi delitos, estos hechos entrarían en la esfera del derecho comercial, no ya por su naturaleza, sino por ser accesorios de la profesión del comerciante. Las acciones nacidas de estos delitos y cuasi delitos serán llevadas ante los jueces de comercio, pues los artículos 631 y 632 declaran comerciales por accesorios los compromisos, las obligaciones, sin limitarlas a las obligaciones contractuales.

Y por otra parte, no hay lugar a distinguir el delito, daño voluntariamente causado, del cuasi delito, daño que resulta de una falta no intencional. Se ha querido sostener que el primero únicamente es del dominio de los tribunales de comercio, no el segundo, porque no hay comercio sino en las operaciones que encierran una intención de enriquecerse. Esta distinción no encuentra ninguna base en la ley.— (Req., 11 de Julio 1900. 1. 508).

PLANTEO DE LA CONTROVERSIA

De la comparación de la parte final del artículo 2044 que dice: "Este contrato (la transacción) deberá hacerse por escrito" y la parte final del artículo 109 del Código de comercio que dice: "Las compras y ventas se comprueban:....., por la prueba de testigos", resulta la controversia siguiente:

LA PRUEBA DEL ACTO DE TRANSACCION EN MATERIA COMERCIAL SE HACE DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL ARTICULO 2044 DEL CODIGO CIVIL O DEL 109 DEL CODIGO DE COMERCIO ?

Esto es, si una transacción concluida para poner fin a una litis comercial puede probarse por testigos basado en la generalidad de la prueba en materia comercial (artículo 109), o si, por el contrario, solo se puede probar por medio de un escrito, por haber derogado a este texto, el artículo 2044 del Código civil.

Ejemplo ilustrativo:

Un comerciante es demandado en ejecución de una obligación comercial, (pago de una letra de cambio); en el curso de la litis pactan las partes una transacción sin escrito y en presencia de varios testigos; más tarde continúa el demandante su acción y el demandado pide probar por testigos la transacción que ha puesto fin a dicha litis; el demandante a su vez, se opone a esta prueba alegando que, aun en materia comercial, la transacción sólo puede ser probada por escrito.

Cuál de las partes obtendrá ganancia de causa ?

Para la solución de esta contraversía no se pueden invocar los precedentes de nuestra jurisprudencia; nuestros tribunales, incluyendo la Suprema Corte de Justicia, no han tenido oportunidad de pronunciarse sobre el caso.

Tenemos que servirnos de los precedentes de la doctrina y la jurisprudencia francesa que han discutido el tema aunque llegando a conclusiones que, con el respeto debido a tales autoridades, criticaremos a su oportunidad.

Si se examina la doctrina se notará que está dividida en dos grupos; unos que admiten que la transacción en materia comercial puede ser probada por testigos, y otros que establecen que en materia comercial, del mismo modo que en materia civil, debe ser probada por escrito. Estos autores sostienen sus puntos de vista con razones que exponen en sus correspondientes tratados y que daremos a conocer por separado.

ASPECTO POSITIVO DE LA CONTROVERSIA

Entre los autores que admiten todo género de pruebas se encuentran los profesores Baudry Lacantinerie y Wahl. Estos afirman que el artículo 2044 del Código civil no es general y no rige, por tanto la prueba en materia comercial; que la transacción cuando tiene por objeto prevenir o terminar una contestación comercial, es de naturaleza comercial y, en consecuencia, se le debe aplicar las disposiciones del Código de comercio.

Reconocen además que la cuestión de saber si la transacción debe ser escrita está resuelta de diversas maneras por las legislaciones extranjeras.

En lo que respecta a la materia comercial, la transacción puede ser probada por todos los medios, conforme al artículo 109 del Código de comercio. Algunos han objetado esta solución y niegan que sea aplicable el artículo

109 del Código de comercio para la prueba de estos contratos, fundados en que el artículo 2044 del Código civil es una disposición de aplicación general. A esto debe responderse que el artículo 2044 del Código civil por hallarse colocado en el Código civil, no concierne más que a las convenciones del derecho civil.

Los que sostienen que no debe aplicarse el mencionado artículo 109, aducen un segundo argumento, fundado en el carácter no comercial de la transacción. Esta, aunque hecha para terminar o prevenir una contestación comercial, dicen, no tiene un carácter comercial. Este razonamiento no puede ser admitido porque la transacción tiene el mismo carácter que el del litigio para zanjar el cual, ha sido concluida. Una razón final la infieren, algunos, de que los motivos que inspiraron al legislador, a dictar la regla escrita en el artículo 2044, también se aplican a las materias comerciales. A este argumento puede responderse con buen éxito diciendo que el uso que existe en el comercio de no redactar un escrito en las operaciones comerciales, es igualmente aplicable a la transacción. Son estas, en síntesis, las razones que nos ofrecen los autores citados al comienzo de este párrafo, para aceptar la solución afirmativa de esta controversia.

Igual razón nos ofrecen los sabios tratadistas Massé et Vergé, citados por L. Guillouard, en su obra de derecho civil (pág. 383, N° 85 bis) que copiado a la letra dice:

"Cuando la transacción tiene por objeto prevenir o terminar una contestación comercial, pensamos que, constituyendo entonces un acto esencialmente comercial, puesto que ella tiene por fin reglar intereses co-

merciales modificando obligaciones comerciales, se le debe aplicar, en lo que concierne a su prueba, las reglas del derecho comercial y no las del derecho civil; y que, por consecuencia, ella puede ser probada por testigos".

Los tratadistas de derecho comercial Lyon Caen y Renault se pronuncian por la admisión de la prueba testimonial en materia de transacciones comerciales. Las razones que ofrecen son: el espíritu de la ley, que quiere cortar las fuentes de nuevos procesos; teoría de lo accesorio en materia comercial; y falta de una prohibición expresa de la ley.

Una dificultad especial se ha suscitado, dicen estos autores, a propósito de la transacción y del compromiso. Según el artículo 2044, Código civil, la transacción debe ser redactada por escrito. Es lo mismo el compromiso; según el artículo 1005, Código de procedimiento civil, el compromiso puede ser hecho por proceso verbal ante los árbitros escogidos o ante notario, o bajo firma privada. Estas disposiciones se aplican ellas mismas al caso en que el uno o el otro de estos actos concierna a contestaciones comerciales?

Esta cuestión sólo se presenta porque es generalmente reconocido que el escrito no es exigido para estos dos actos más que como medio de prueba; si el escrito fuera exigido aqui **ad solennitatem,** no habría dificultad.

Se ha sostenido que el escrito es siempre exigido. En favor de esta opinión, se ha invocado el motivo que justifica las disposiciones de los artículos 2044 Código civil y

1005, Código de procedimiento civil. El legislador no ha querido que un acto destinado a prevenir un proceso o a poner fin a él hiciese nacer uno nuevo a propósito de la prueba. Este motivo tiene el mismo valor cuando la transacción y el compromiso se aplican a una contestación civil o comercial. Se agrega que las transacciones y los compromisos, estando precedidas de largas discusiones, las partes tienen siempre el tiempo de comprobarlas por escrito. Una de las razones principales que han hecho admitir todas las pruebas en materia comercial, la rapidez y la frecuencia de las operaciones de comercio, no tiene pues aquí ninguna aplicación.

Al contrario, siguen sosteniendo los citados autores, que la transacción y el compromiso pueden ser probados por todos los medios, cuando son actos de comercio en razón del carácter comercial de las contestaciones que ellos tienen por objeto. El compromiso o la transacción es entonces un acto de comercio en virtud de la teoría de lo accesorio. Ninguna disposición del Código de comercio, implica que, para estos actos, sea derogado el principio del artículo 109, Código comercial. Es precisamente el temor de los procesos (involuciones de procedimiento, según las expresiones de la ordenanza de Moulins) lo que ha hecho, por arriba de $30.^{00}$ (150 frs. en Francia) excluir la prueba por testigos en materia civil; esto no ha impedido al Código de comercio admitir la prueba por testigos sin límite. Además, cuando el legislador ha querido exigir un escrito para un contrato comercial, en razón de que este contrato no es tan frecuente y no se realiza más que con una gran rapidez como los contratos comerciales en general, él lo ha dicho expresamente. (V. art. 39 y 41, 273, 311 y 332, Código de comercio). Aquí no tenemos ninguna dis-

posición especial de éste género; aquella debe hacer aplicar el artículo 109, bajo pena de caer en lo arbitrario.

Finalmente, la solución que adoptan estos sabios tratadistas no puede tener graves inconvenientes, puesto que la prueba por testigos es sólamente facultativa en materia comercial. Los jueces pueden rehusar admitirla cuando ella le parezca presentar peligros. Esto es lo que ellos pueden hacer especialmente cuando se trata de un compromiso o de una transacción que concierne a una contestación comercial, si en razón de la complicación del asunto, la prueba por testigos les parezca tener inconvenientes.

Estos autores al final de este punto le quitan firmeza y solidez a sus argumentaciones, cuando dicen que los graves inconvenientes que pudieran presentarse serían evitados por el uso del poder que tiene el juez de admitir o rechazar la prueba testimonial, según la facultad que le atribuye el artículo 109, parte final del Código de comercio.

Sostiene el sabio profesor T. Huc que la transacción se puede probar, cuando se refiere a un asunto comercial por todos los medios y por razones deducidas del carácter comercial de ella; por ser comercial en virtud de la teoría de lo accesorio y, porque, cuando tiene lugar a propósito de un asunto comercial, toma el carácter comercial y está sujeta a las reglas de prueba de esta materia.

Se afirma que la trasacción "aun entre comerciantes y a propósito de intereses comerciales, no es jamás una convención de una naturaleza comercial: es, se dice, un acto civil que puede ser destinado a extinguir un litigio

de naturaleza comercial, pero no es menos un acto civil, sometido por tanto a las reglas de prueba por las cuales son gobernadas todas las transacciones". Parece difícil, según este autor, sostener que la transacción hecha por un negociante, a propósito de una dificultad comercial, produzca un compromiso cuya causa sea extraña a su comercio. Es más lógico decidir que el carácter civil o comercial de la transacción depende de la naturaleza del compromiso primitivo; que por consiguiente el artículo 2044 es inaplicable en materia comercial, y que en semejante materia la existencia de una transacción puede ser establecida por medio de la prueba testimonial y por presunciones.

En fin, se admite generalmente que la transacción pueda ser probada por testigos cuando el acto que había sido redactado para comprobarla se haya perdido. (art. 1348, No. 4). También se avanza que deberá ser igual para el caso en que no le ha sido posible al acreedor procurarse una prueba literal de la transacción; pero la hipótesis parece quimérica.

Las soluciones que preceden no tienen por efecto hacer imposibles o no avenidas las transacciones puramente verbales. Solamente que las transacciones de esta naturaleza no podrán ser probadas por testigos, pero su existencia podrá resultar de una confesión, o del juramento litisdecisorio o aun de un interrogatorio sobre hechos y artículos (arg. art. 324, Código proc. civil).

Conviene agregar a las razones que anteceden las que encontramos en las Pandectas francesas (Repertorio, tomo 4, (suplemento) pag. 453, No. 5) que dice:

"5.—Las transacciones que intervienen sobre contes-

taciones teniendo un carácter comercial, no deben necesariamente ser redactadas por escrito; su existencia puede ser establecida por todos los medios de prueba, especialmente por testigos. (Trib. Comm. Havre, 11 de Julio 1905. **Rev. intern. dr. marit.** 1904-1905, p. 191)".

Asi mismo, en Dalloz (Repertorio práctico, tomo 12, pág. 251 Nº 35) en este sentido se lee:

"35.— En fin, en materia comercial siendo la prueba testimonial indefinidamente admitida, se concluye que la acción puede ser probada por todos los medios cuando es un acto de comercio en razón de las contestaciones que ella tiene por objeto. (Paris 13 de Junio 1894, D. P.94.2.498; Bordeaux, 11 de Julio 1898, D. P. 99.2.149.— Huc. tomo 12, Nº 282; Baudry Lacantinerie et Wahl No. 1224; Colín et Capitant, tomo 2, P. 725, párrafo 3; Lyon Caen et Renault, traité de dr. comm, cuarta edición, tomo 3, No. 52)".

Véase más adelante las dos sentencias más arriba citadas. .

En Dalloz (Código civil anotado, Nuevo Código Civil, tomo IV, pag. 1164, Nos. 113 y 114) y en igual sentido se lee:

"113.— Según una segunda opinión, al contrario, el artículo 2044 colocado en el Código civil es inaplicable en materia comercial.— Baudry Lacantinerie et Wahl Nº 1224; Huc., tomo 12, Nº 282. Lyon Caen y Renault, tratado de derecho comercial, tercera edición, tomo 3, No. 52.—" "114.—Juzgado, en el sen-

tido de esta segunda opinión, que la transacción, en materia comercial, puede ser establecida por todos los modos de prueba autorizados por el artículo 109 del Código de comercio; especialmente por la prueba testimonial y por la que resulta de simples presunciones. París, 13 de Junio de 1894. D. P. 94.2.498".—

La Corte de Apelación de París en su sentencia del 13 de Julio de 1894; (S.1895.2.19) se pronuncia en el sentido de la admisión de la prueba testimonial para establecer la transacción que ha intervenido, sin escrito a propósito de un asunto comercial.— Las consideraciones de esta sentencia son:

"París, 13 de Junio 1894

Transacción, Prueba, Materia comercial, Prueba testimonial, Presunciones.

La disposición del artículo 2044, Código civil., según la cual la transacción debe ser redactada por escrito, no se aplica en materia comercial.— En consecuencia, la existencia de una transacción en materia comercial puede ser establecida por medio de la prueba testimonial y por presunciones. (Código civil., 2044, Código de comercio, 109).

(Dargenson, Domingo & Cia. C. Savignon & Cia.)

SENTENCIA

LA CORTE:— Sobre el primer medio, resultante de que, en derecho, las transacciones comerciales no podrían ser probadas sino por escrito:— Considerando,

que para el contrato de transacción el Código de comercio no ha exigido que fuese redactado por escrito, como lo ha exigido para otros diversos contratos previstos en el mismo Código, tales como la constitución de sociedades y las asociaciones en participación, flete y seguro marítimo; que se sigue de este silencio que todos los modos de prueba autorizados por el artículo 109, Código de comercio, y especialmente la prueba testimonial, que implica la admisibilidad de las presunciones, son autorizados en materia de transacciones comerciales; que la ley, en lo que concierne a las transacciones civiles no siendo, según las sentencias de la Corte de casación, "ni más formal en su texto, ni más absoluta en sus precripciones que en lo concerniente a los otros contratos", ningún motivo justificaría una severidad más grande en lo que concierne a las transacciones comerciales; que no se podría comprender, en efecto, como, si las convenciones comerciales más importantes pueden establecerse sin escrito, las dificultades que nacen de estas convenciones no puedan terminarse, como en la especie, por concesiones mutuas sin el establecimiento de un escrito;

Sobre el segundo medio, que resulta de que, en hecho, la transacción no sería probada por presunciones suficientes:

Adoptando los motivos de los primeros jueces;

Por estos motivos;— Confirma, etc."

En igual sentido está la sentencia de la Corte de Bor-

deaux, 11 de Julio de 1898, (D. P. 99.2.149) que copiamos a continuación:

"Bordeaux, 11 de Julio 1898

1o. y 2o. Prueba, Acreencia comercial, Condenación, Corte de Apelación, Ausencia de novación, Comercialidad subsistente, Liberación, Prueba testimonial.— 3o y 4o Transacción, Prueba testimonial, Presunción, Materia comercial, Sentencia, Efecto declarativo, Acreencia comercial, Apelación.

El carácter comercial de una acreencia no puede ser modificado por el hecho de una condenación en justicia; especialmente la sentencia rendida por una corte, sobre apelación de una sentencia del tribunal de comercio, como no produce novación, da solamente fuerza ejecutoria a la acreencia, la cual conserva su carácter de comercialidad;

En consecuencia, es admitido a probar su liberación por la prueba testimonial o aun por simples presunciones. (Código de comercio 109):

Es lo mismo, especialmente, en materia comercial.

(Candellé C. H. Bouluguet)

SENTENCIA

LA CORTE:— Atendido a que la apelación interpuesta por la señora Candellé contra la sentencia dada el 17 de Nov. 1897 por el tribunal civil de Bordeaux, tiene únicamente por fin hacer declarar que la liberación de su autor, Gustavo Bouluguet con respecto a Henri Bouluguet, de la condenación pronunciada contra él por la sentencia de esta

corte de 20 de junio 1876, puede ser establecida por presunciones graves, precisas y concordantes, y que subsidiariamente ella concluyó al informativo que los primeros jueces no le habían autorizado a hacer;— Atendido a que en apoyo de su apelación, la señora Candellé sostiene que el carácter comercial de la acreencia de Henri Bouluguet frente a Gustavo Bouluguet no ha sido modificado porque el título en virtud del cual actuó el acreedor consiste en una sentencia de la corte de apelación;— Atendido a que ella sostiene en segundo lugar que una transacción ha intervenido entre Henri Bouluguet y los herederos Alazard, quienes por delegación de la creencia de Gustavo Bouluguet contra ellos, habían sido declarados, por la sentencia arriba indicada, sus deudores personales, ella debe ser admitida a establecer esta transacción por presunciones, o por la prueba testimonial: 1o porque existe un comienzo de prueba por escrito; 2o porque Gustavo Bouluguet no ha podido procurarse una prueba escrita de dicha transacción.

Sobre la primera cuestión:— Atendido a que no es exacto, como lo sostienen los intimados, que por el hecho de una condenación en justicia, el carácter comercial de una acreencia pueda ser modificada, que la decisión que interviene es simplemente declarativa; que en lugar de sustituir una nueva acreencia a la primera, y de esta manera operar una novación, ella no hace más que validar la acreencia, objeto de la contestación, y darle la fuerza ejecutoria:— Atendido a que importa poco que la condenación sea pronunciada por una sentencia, sobre todo cuando sea rendida por una corte, estatuyendo comercialmente sobre apelación de una sentencia de la jurisdicción comercial:— Atendido a que si la acreencia ha conservado su carácter

de comercialidad, no es dudoso que el deudor no puede ser admitido a probar su liberación por la prueba testimonial o aun por simples presunciones graves, precisas y concordantes;— O, atendido a que la acreencia de Henri Bouluguet contra Gustavo Bouluguet y la de este último contra los herederos Alazard resultan de la liquidación de las cuentas de diversas sociedades comerciales, que han participado en la construcción de las bóvedas del canal San Martín a París, que ellas tienen esencialmente un carácter comercial, y que la sentencia definitiva del 20 de junio 1876 rendida por la Corte de apelación de Bordeaux sobre la apelación de una sentencia del tribunal de comercio de esta villa, no ha podido modificar ese carácter;— Atendido, desde entonces, a que es preciso reconocer a Gustavo Bouluguet, o cual que sea, a su sucesor, la señora Candellé, el derecho de probar su liberación por presunciones o por la prueba testimonial.

Sobre la segunda cuestión:— Atendido a que si la mayor parte de los autores y numerosas decisiones judiciales, basándose sobre los términos formales del artículo 2044, Código civil, y sobre los trabajos preparatorios del Código, exigen la prueba literal para establecer una transacción, la corte de casación ha consagrado por numerosas sentencias, el derecho de probarla por testigos o por presunciones cuando existe un comienzo de prueba por escrito;— Atendido a que esta solución se recomienda particularmente en materia comercial, puesto que el Código de comercio no ha exigido una prueba literal para la transación, como para otros contratos tales como el seguro marítimo, el flete, la constitución de sociedades, y que el artículo 109 de éste Código debe recibir su aplicación;— Atendido, por último, a que es justo y conforme a los prin-

cipios del derecho autorizar a aquél que no ha podido procurarse una prueba literal de una transacción que tiene interés en establecer, a hacerlo por presunciones o por la prueba testimonial; que no es posible admitir que el artículo 2044 del Código civil, haya querido derogar el principio, tan justo como equitativo, del artículo 1348 Código civil y que la doctrina más contraria a la admisión de las presunciones y de la prueba testimonial para establecer una transacción, aun en materia comercial, hace ceder su rigor en los casos previstos por éste artículo;— O, atendido a que el comienzo de prueba por escrito resulta manifiestamente del descargo del 14 de Agosto 1878, dado por Henri Bouluguet a los herederos Alazard, quienes lo han comunicado a la señora Candellé;— Atendido además, a que resulta de las disposiciones de la sentencia del 20 de junio 1876 que Henri Bouluguet habiendo recibido contra los herederos Alazard, una delegación de la acreencia de 174,738 frs. debida por ellos a Gustavo Bouluguet, sin que ésta haya obtenido un título ejecutorio contra sus deudores, él no podía tomar parte en la transacción que ha debido intervenir entre Henri Bouluguet y los herederos Alazard, a propósito de la ejecución de la dicha sentencia, ni exigir que las convenciones fuesen redactadas por escrito, y que un ejemplar le fuera remitido;— Atendido, por tanto, a que es preciso reconocer al apelante, contrariamente a lo que han decidido los primeros jueces, el derecho de recurrir a las presunciones y a la prueba testimonial para establecer la transacción que había intervenido entre Henri Bouluguet y los herederos Alazard;.....

Por estos motivos; —Reforma la sentencia rendida por el tribunal civil de Bordeaux el 17 de Nov. 1897.

Del 11 de Julio 1898.— C. de Bordeaux.

ASPECTO NEGATIVO DE LA CONTROVERSIA

Otros autores muy destacados en la doctrina están en el sentido de la negativa; esto es, consideran que la transacción, aun en materia comercial, no puede ser probada por testigos, sino por un escrito tal como lo exige el artículo 2044 del Código civil. Encabeza este sistema el formalista profesor Laurent. Según él, no se puede probar por testigos una transacción intervenida en un asunto comercial.

En materia de comercio, la prueba por testigos es indefinidamente admitida. Es preciso de eso concluir que se puede probar por testigos una transacción concluida sobre un asunto comercial? La jurisprudencia, hasta la época en que él escribía, se había pronunciado por la negativa, y con razón. Aunque la transacción se haga sobre un asunto de comercio, no se puede decir que ella constituye un acto de comercio: terminar o prevenir un proceso nacido o por

nacer no tiene nada de común con el comercio, que consiste en comprar para revender. Este es esencialmente un acto civil sometido a las reglas del derecho civil. Además los motivos por los cuales la ley rechaza la prueba testimonial en materia de transacción se aplican a todas las transacciones, cual que sea su objeto. La Corte de Liége ha hecho la observación. Es de la esencia de la transacción poner fin a las contestaciones nacidas o por nacer entre las partes; nada sería más contrario a este fin que autorizar un acuerdo verbal en el cual se pidiera la prueba por testigos; lo que lanzaría a las partes en todas las dificultades de un proceso cuyo resultado dependería de las probabilidades inciertas de los testimonios.

La prueba testimonial no es admitida, aun cuando la cosa que forme el objeto de la transacción tuviera un valor menor de $30.^{00}$ (150 francos, en Francia). Sobre este punto, todo el mundo está de acuerdo. Al decirse que la transacción debe ser redactada por escrito, sin reservar la prueba testimonial, el artículo 2044 deroga la regla general del artículo 1341. Sin embargo, el texto solo habría sido insuficiente; el artículo. 1341 comienza así por decir, que **debe** ser redactada acta de todas las cosas que excedan el valor de $30.^{00}$ (150 francos, en Francia); se habría pues podido decir, que el artículo 2044 no hace más que reproducir la regla del artículo 1341. Pero la relación de Albisson no permite esta interpretación; él dice claramente que la prueba por testigos no es admitida en materia de transacción; el artículo 2044 tiene pues un sentido restrictivo, lo que excluye la prueba testimonial.

A este sistema se une el profesor Guillouard, quien no admite la prueba testimonial para establecer la existencia

de una transacción concluída con motivo de una contestación comercial.

Se pregunta, se debe aportar una segunda excepción al principio de que la transacción no puede ser probada más que por escrito, cuando ella tiene por objeto terminar una contestación en materia comercial?

Si, según M. M. Massé et Vergé

Esta opinión es generalmente rechazada, y en buen derecho, según dicho autor.

Desde el punto de vista de los textos, el artículo 2044 constituye una regla especial de la transacción, que deroga al mismo tiempo la regla del artículo 109, sobre la prueba de los actos comerciales en general, asi como la regla del artículo 1341 para las convenciones cuyo interés es inferior a $30.^{00}$ (150 frs. en Francia).

Además, las razones por las que se exige una prueba escrita, son las mismas para una transacción en materia comercial, que para una transacción en materia civil; la ley no quiere hacer nacer un proceso para saber si el primer litigio se ha extinguido, ni confiar a la memoria de los testigos un acto complejo como la transacción. Todo esto es verdad en materia comercial, como en materia civil.

El profesor Guillouard hace notar, en fin, que la transacción, aun entre comerciantes y a propósito de intereses comerciales, no es jamás una convención de una naturaleza comercial: es un acto civil que puede ser destinado a extinguir un litigio de naturaleza comercial, pero esto

no es menos un acto civil, sometido desde entonces a las reglas de pruebas por las cuales son gobernadas todas las transacciones.

Honran este sistema con su opinión los profesores Aubry et Rau, quienes rechazan la prueba testimonial en el caso en cuestión, por las mismas razones contenidas en la sentencia de fecha 5 de febrero de 1857, de la Corte de Bordeaux, transcrita en Sirey 57.2.575, y a la cual consagran un párrafo de su obra (Derecho civil francés. cuarta edición, tomo 4, página 661. párrafo 420) que dice asi:

"Pero la prueba testimonial de dicha transacción sería inadmisible, aun cuando el valor del objeto del contrato no pasare de 150 francos, o existiere un comienzo de prueba por escrito, o en fin se tratare de una transacción sobre una contestación comercial".

Otra autoridad de mérito, M. Larombiére, apoya este sistema. Sostiene este autor que la transacción debe ser redactada por escrito aun cuando se trate de materia comercial; agrega, no es que se requiere la escritura **ad solemnitatem,** ella es solamente requerida **ad probationem;** lo que quiere decir que el escrito no es de la esencia de las transacciones sino, un medio de prueba, que;

Como la transacción tiene por objeto terminar una contestación ya nacida, o prevenir una contestación por nacer, no es necesario que la verificación de su existencia pueda ser el motivo de un nuevo proceso. La transacción iría contra su fin si tuviera por resultado multiplicar las contestaciones. Asi el artículo 2044 la somete a un modo particular de comprobación. Ella debe ser redactada por escrito aun cuando se trate de materia comercial.

No es que la escritura sea de su esencia misma, que sea una condición substancial de su validez. Ella no es exigida más que como medio de prueba. La transacción será pues válida, aunque no sea comprobada por escrito, con tal que su existencia y las diversas cláusulas de que está formada sean además confesadas y reconocidas.. El artículo 2044 no excluye ni las confesiones, ni los reconocimientos de la parte a quién se le opone: y, al exigir un acto escrito, él no hace más que rechazar la prueba testimonial, aun cuando el interés de la transacción sea inferior a $30.°° (150 frs. en Francia). Este primer punto es incontestable.

Otros elementos negativos del problema se encuentran en Dalloz, (Repertorio práctico, tomo 12, pág. 252 (última parte) que dice:

> "Sin embargo esta solución está contestada en razón de los términos absolutos del artículo 2044 (Bordeaux, 5 de febrero 1857. R.34; Bourges, 12 Agosto 1871, D.P. 73.2.103; Bordeaux, 9 de Mayo 1904, Rec. Bordeaux 1904.1.239; Laurent, tomo 28, No. 375; Guillouard, No. 85 bis, Aubry et Rau, tomo 6, párrafo 420, texto y nota 9, p. 197)"

I en el Nuevo Código civil anotado de Dalloz (tomo IV, pag. 1164, Nos. 111 y 112 leemos:

> "111.— Es preciso admitir una derogación al principio de la prohibición absoluta de la prueba testimonial cuando la transacción ha intervenido en materia comercial?
>
> "112.— Según una primera opinión, la existencia de

una transacción no puede ser establecida por testigos, aun en materia comercial.— J. G. S. **acto de comercio**, 402, Transacción, 19, Bordeaux, 5 de febrero 1857; J. G. Transact., 34.— Bourges, 12 de Agosto 1871, D. P. 73.2.103.— En este sentido: Aubry et Rau, cuarta edición, tomo 4, texto y nota 9, página 661, Pont, segunda edición, tomo 2, No. 501; Laurent, tomo 28, n. 375; Guillouard, segunda edición n. 85"

Asimismo en las Pandectas francesas (Repertorio, tomo 57, pág. 69, Nos. 191, 192, 193, y, 196) anotamos lo que sigue:

"191.— El artículo 2044 es aplicable, aun en materia comercial, por derogación al artículo 109 del Código de comercio. (V. **supra vo Prueba**, N° 1036 et sig.— adde: Guillouard, No. 85, páginas 381-382.— **Contra:** París, 13 de Junio 1894, S.1895.2.19, D. P. 1894.2.498)

"192.— Ha sido juzgado que una transacción no puede ser establecida por testigos, aun en materia comercial, pero que ella es suficientemente justificada por un escrito, aunque no haya sido hecho doble, si, en el momento de la redacción no quedaba ya obligación por ejecutar más que a una de las partes.

"193.— Que la transacción, en cualquier materia que intervenga, es un acto esencialmente civil,, sometido, por consiguiente, a las reglas del derecho civil. En consecuencia, el artículo 2044 del Código civil, al decir en términos formales que la transacción es un contrato que debe ser redactado por escrito, no se podría establecer por testigos la existencia de una transacción intervenida en materia comercial.

"196.— El artículo 2044, aunque procediendo con el mismo espíritu que el artículo 1341, constituye una agravación a las prescripciones de éste último. El artículo 1341 no descarta, en efecto, la prueba testimonial, más que en tanto el interés comprometido pase de 150 francos., mientras que el artículo 2044 la rechaza sin preocuparse del valor."

Del mismo modo, en los tomos 45 y 8 de las Pandectas francesas (Repertorios, pág. 909, Nos. 1036-1037-1038 y pág. 41, No. 124, respectivamente) en igual sentido se lee lo siguiente:

"1036.— Otra derogación al artículo 109 se encuentra en materia de compromiso y de transacción.

"1037.— No se puede, aun en materia comercial, establecer por testigos la existencia de una transacción. Pero ella es suficientemente justificada por un acto escrito, aunque no haya sido hecho doble, si, en el momento mismo de la redacción del acto, una de las partes ha cumplido plenamente sus compromisos, de modo que no quede ya obligación pendiente de ejecución sino de una sóla de las partes.

"1038.— Juzgado también que la transacción hecha en el curso de un proceso entre comerciantes, sobre una contestación comercial que tiene por objeto sustituir un arbitraje sobre compromiso a la jurisdicción consular, debe, a pena de nulidad, así como el compromiso y la sentencia misma, ser establecida por escrito, no pudiendo ser hecha la prueba por testigos".

"124.—Así, se ha juzgado que, cual que deba ser la

interpretación, las disposiciones del Código civil (artículo 2044) y del Código de procedimiento civil (artículo 1005), según las cuales la transacción y el compromiso deben ser establecidos por escrito, se aplican en el caso en que la transacción y el compromiso hayan intervenido entre comerciantes y se relacionen asimismo a actos de comercio. (Bourges, 12 de Agosto 1871, P. 73.694)".

La Corte de Bordeaux en la sentencia a que se hizo alusión en la parte positiva de esta controversia, varió el criterio que había establecido por su sentencia del 5 de febrero de 1857. En esta sentencia niega la admisión de la prueba testimonial para establecer la transacción que tenga un objeto comercial. (Sirey-1857.2.575).

Los motivos que sirven de fundamento a esta decisión se verán en la copia que sigue:

"Transacción, Prueba testimonial, Materia comercial.

"La existencia de una transacción no puede ser establecida por testigos, aun en materia comercial (Cod. Nap.,2044) (1)".

(Blandeau- C. - Duranthon)

---

(1). Ha sido juzgado varias veces y es generalmente admitido por los autores, que el contrato de transacción no conlleva la prueba testimonial, en los casos mismos donde esta prueba es autorizada por la ley. Véase la tabla general Devill et Gilbert, Vº Transacción, n. 45 y siguientes., y el Código Napoleón anotado de Gilbert, artículo 2044, n. 13 y siguientes.— La decisión de arriba no hace más que completar esta teoría, al aplicar el principio a las materias comerciales. Notamos sin embargo que M. Massé enseña, al contrario, en su tratado del derecho comercial, tomo 6, n. 332, que la existencia de una transacción, en materia comercial, puede ser establecida por testigos.

SENTENCIA

"LA CORTE; - Atendido a que los primeros jueces fueron apoderados, por la citación dada el 29 de Agosto 1855, por Blandeau a Duranthon, de la cuestión de saber si había lugar a pronunciar la resolución de convenciones verbales que habían tenido lugar, el 19 de Diciembre 1855, entre el dicho Duranthon, de una parte, y Blandeau y Magne, de otra parte, a propósito de una explotación comercial de granos de harinas; - Atendido a que los primeros jueces, en lugar de pronunciar sobre esta contestación, han autorizado a Duranthon a hacer la prueba de una transacción que habían convenido después de la introducción de la instancia entre él y Magne, asociado de Blandeau, transacción que habría puesto fin al proceso; - Atendido a que esta excepción no podría ser admitida; -Atendido a que Duranthon no era recibible en su oferta de prueba por testigos de la existencia de esta transacción;— Atendido que el artículo 2044, Cod. Nap., exige que este contrato sea redactado por escrito; que el fin de las transacciones es extinguir las contestaciones entre las partes o prevenir las contestaciones por nacer;— Que repugna a la naturaleza de tal contrato abandonar su prueba a las probabilidades, siempre inciertas, de los informativos, dejando asi las vías abiertas a los procesos, sustituyendo el litigio sobre la existencia de la transacción, al litigio sobre el fondo del proceso; que el peligro es más grave todavía cuando se considere lo que pueda tener de complicado en las estipulaciones principales y accesorias de una transacción, estipulaciones en las cuales la condición menos importante en apariencia puede haber

determinado la voluntad de las partes;— Atendido a que es en este sentido que el artículo 2044 ha sido explicado en la relación hecha al Tribunado;— Atendido a que no hay lugar a distinguir entre las materias civiles y las materias comerciales, siendo, por demás los mismos, los inconvenientes y los peligros;— Atendido pues, a que es equivocadamente, como la sentencia impugnada ha autorizado la prueba por testigos de una pretendida transacción;— En el fondo, etc.... .....;— Haciendo derecho a la apelación interpuesta por Blandeau de la sentencia dada por el tribunal de comercio de Périgueux el 14 de octubre último, revoca la dicha sentencia, etc."

Del 5 de febrero 1857.— Cour imp. de Bordeaux.—

La Corte de Apelación de Bourges, también se ha pronunciado por la negativa, esto es, la inadmisión de la prueba testimonial para establecer el referido contrato, en su sentencia del 12 de Agosto de 1871, (Sirey 1873.2.161) cuyas razones están contenidas en la siguiente transcripción:

"Bourges, 12 de Agosto 1871

"Transacción, Compromiso, Prueba, Materia comercial.

"Las disposiciones del Código civil (artículo 2044), y del Código de procedimiento civil (artículo 1005), según las cuales la transacción y el compromiso deben ser establecidas por escrito, se aplican en el caso en que la transacción y el compromiso han intervenido entre comerciantes, y aunque no se relacionen a los actos de comercio."

(Código civil., 2044.; Código de procedimiento civil 1005; Código de comercio., 109).—

(Bouet C. Bourdeau)

"LA CORTE;— Atendido a que los hechos admitidos como prueba por la sentencia impugnada en apelación tendían a probar un compromiso intervenido entre las partes; y la sentencia rendida como consecuencia de este compromiso, posteriormente, el uno y el otro, a la citación que había apoderado al primer juez.— En cuanto a los términos de los artículos 2044, Código civil., y 1005, Código procedimiento civil, la transacción y el compromiso deben ser establecidos por escrito y no de otra manera; que este principio es aplicable a la transacción y arbitraje intervenidos entre comerciantes y aunque se relacionen a sus actos de comercio, asi como también entre las partes que litigan civilmente; que los motivos de la ley son los mismos para uno y otro caso; que se trata de evitar el nacimiento de un segundo proceso de los actos destinados a extinguir uno primero...., Revoca."

Del 12 de Agosto 1871. C. Bourges,.

El Código civil y el Código de procedimiento civil contienen el uno y el otro disposiciones especiales sobre el modo de comprobación de la transacción y del compromiso. Según el artículo 2044, Código civil, la transacción debe ser redactada por escrito; según el artículo 1005, el compromiso podrá ser hecho por proceso verbal ante los árbitros escogidos o por acto ante notarios o bajo firma privada.

La Corte de Bourges debía examinar la cuestión de

saber si la exigencia de la ley, en lo que concierne a la comprobación de los compromisos, se aplica cuando el compromiso ha intervenido entre dos comerciantes a propósito de contestaciones comerciales. La Corte ha unido a esta cuestión una dificultad análoga que se presenta a propósito de las transacciones cuando ella intervienen entre comerciantes en ocasión de un proceso en materia comercial. Están estas transacciones también sometidas al artículo 2044 del Código civil? La Corte de Bourges ha resuelto estas dos cuestiones en el mismo sentido; ella ha declarado que los artículos 1005, Código procedimiento civil y 2044 Código civil., rigen los compromisos y las transacciones, aun intervenidos en las circunstancias de que se trataba, y ha rechazado la prueba testimonial.

La solución de la Corte de Bourges nos parece inexacta, y creemos que las transacciones o compromisos concluidos entre comerciantes sobre asuntos comerciales pueden, a falta de comprobación por escrito, ser probados por testigos o de toda otra manera.

Para llegar a resolver la dificultad, es necesario pronunciarse sobre dos cuestiones diferentes que tienen sin embargo entre ellas un cierto lazo:

1º— Las transacciones y compromisos relativos a asuntos del comercio, constituyen actos de comercio?

2º— Admitiendo que ellas tengan este carácter, pueden estos actos ser probados por testigos y por otros medios?

1.— La Corte de Bourges no ha examinado de ninguna manera la primera de estas cuestiones. Pero es in-

contestable que ella lo ha resuelto implicitamente en el sentido de la comercialidad del compromiso o de la transacción. Pues la Corte examina en su sentencia solamente si la prueba por testigos era admisible. O esta cuestión no puede sentarse más que para aquéllos que admiten que en las circunstancias de la causa estos actos son comerciales. Para aquéllos que podrían reconocer que la transacción y el compromiso son actos puramente civiles, ninguna cuestión relativa a la manera de probarlos podría presentarse; es evidente que para ellos la aplicación de los artículos 1005, Código de procedimiento civil, y 2044 Código civil no puede dar lugar a duda.

Resolviendo como ella lo ha hecho esta primera cuestión, nuestra sentencia se ha conformado a los principios generales de nuestra legislación comercial. En efecto, es generalmente admitido que los actos de comercio son de dos clases principales; los unos son tales, por si mismos, independientemente de la calidad de las personas entre las cuales ellos intervienen; los otros, no reciben su carácter más que de la calidad de las personas que los han cumplido: estos son los actos que, aunque civiles por si mismos, se unen a las operaciones comerciales de un comerciante. O es incontestable, que si se admite la existencia de esta segunda clase de actos de comercio, las transacciones que conciernen a las contestaciones comerciales deben ser en ella colocadas.

Es precisamente adoptando esta solución sobre nuestra primera cuestión, como uno se encuentra colocado en presencia de la segunda, la única sobre la cual nuestra sentencia ha estatuido formalmente. Por el hecho de tener las transacciones y compromisos un carácter comercial,

pueden ser probadas por testigos ? La dificultad proviene de la oposición que existe entre las disposiciones del artículo 1005 Código procedimiento civil, 2044 Código civil, de un lado y las del artículo 109 del Código de comercio del otro lado.

2.— En materia comercial la prueba por testigos y todos los otros géneros de pruebas son admitidos, aun en los casos en que, según los principios generales del derecho civil, la prueba testimonial y las presunciones del hombre son excluidas. Pero esta diferencia no se produce entre el derecho civil y el derecho comercial más que en tanto el derecho civil exige un escrito, no para la prueba solamente, sino para la realidad del acto (ad solemnitatem). Los actos solemnes del derecho civil permanecen tales en derecho comercial. Así, una venta cuyo objeto tiene un valor que exceda de $30.oo (150 francos, en Francia), no puede ser probada por testigos o por presunciones si ella es civil, mientras que si ella es comercial, estos dos géneros de prueba son admitidos. Por el contrario, una constitución de hipoteca, siendo un acto solemne, el acto de su constitución debe ser pasado ante notario, aun cuando la hipoteca fuera establecida por un comerciante para seguridad de un préstamo hecho por él, para las necesidades de su comercio.

Por consiguiente, para saber si las transacciones y compromisos que tengan el carácter de actos de comercio pueden ser probados por testigos y por presunciones del hombre, en virtud del artículo 109 del Código de comercio, es necesario investigar si estos actos son solemnes, si es exigido un escrito para comprobarlos **ad-probationem o ad solemnitatem.**

Sentencias y autores aun llegan hasta admitir que la transacción podría ser probada por testigos cuando existe un comienzo de prueba por escrito. V Cass. 28 de Novbre 1864 (S. 1865.1.5.— P.1865.5). Pero véase en sentido contrario las observaciones juntas a esta sentencia, Nancy 5 dicbre 1867, Metz 30 novbre 1869 (S.1870.2.55.— P.1870. 327).

Debemos lógicamente deducir de esto que en virtud del artículo 109 del Código de comercio, la prueba de una transacción comercial puede ser hecho por testigos y por todos los otros medios. M. M. Massé, Dr. Comm. 2a. edit, t.4, n.2695. No obstante varios autores, reconociendo formalmente que el escrito no es exigido más que **ad probationem** en materia de transacción, excluyen sin embargo la prueba por testigos cuando se trata de una transacción comercial. V. Pont, **Petit contract,** tomo 2, n. 500; Aubry et Rau, 4a. edit, t. 4 párrafo 420, p.661. Pero los partidarios de esta opinión están obligados, para justificarla, a recurrir a un argumento que, si fuera exacto, conduciría a la negación de los principios del derecho comercial sobre las pruebas. Qué alegan ellos? Es que la ley ha exigido que la transacción fuese comprobada por escrito para impedir que un acto destinado a poner fin a un proceso o a prevenirlo no lo hiciese nacer de nuevo como consecuencia de contestaciones a las cuales dan lugar los informativos. Pero, no es ésto el fin que el legislador se ha propuesto al excluir la prueba por testigos en materia civil por encima de $30. (150 frs, en Francia)? La ordenanza de Moulins de 1566 (artículo 54) que es el origen de los artículos 1341 y siguientes, Código civil, daba ya formalmente este motivo de las restricciones que ella aportaba a la admisión de la prueba testimonial. Esto no ha impedido al Código de

comercio admitir la prueba por testigos aun por encima de $30.00. Porqué el temor de los procesos debía hacer al legislador más riguroso para las transacciones ?

Es verdad que, suponiendo las transacciones largas discusiones previas, las partes tienen siempre el tiempo de comprobarlas por escrito, y que uno de los motivos principales que,, en materia comercial, ha hecho admitir todos los géneros de pruebas, es la celeridad que los asuntos de comercio exigen. Pero, cuando el legislador ha querido en materia comercial exigir un escrito para un acto en razón de que este acto no exige la misma celebridad que los actos de comercio en general,, él lo ha dicho formalmente (artículos 39, 311, 332 Código de comercio). Aquí no tenemos ninguna disposición especial en nuestras leyes comerciales, y en ausencia de semejante disposición, es lógico, so pena de caer en lo arbitrario, aplicar la regla general del artículo 109 del Código de Comercio.

Esta solución podría presentar inconvenientes prácticos si, en materia comercial, los jueces estuvieran obligados a admitir la prueba testimonial. Pero la prueba por testigos es sólamente facultativa y los jueces pueden rehusar admitirla cuando ellos encuentran peligros en la misma. Es lo que ellos harán cuando se tratara de una transacción y que ellos encontraran que en razón de las complicaciones de este acto, la prueba por testigos tuviere graves inconvenientes.

Todo cuanto hemos dicho de la transacción se aplica exactamente al compromiso. Se reconoce generalmente que el artículo 1005 del Código de procedimiento civil, ha tenido por fin, no hacer del compromiso un acto solemne, sino excluir como medio de probarlo la prueba testimonial.

Como se puede apreciar por los procedentes desarrollos, la Corte de Casación francesa, lo mismo que la Corte de Casación Dominicana, no han tenido oportunidad de sentar precedente en esta controversia y solamente las Cortes de Apelación se han pronunciado sobre el particular, y esto, en forma a veces contradictorias. Por esta causa no podemos afirmar que existen, en el sentido propio de esta palabra, jurisprudencia que oriente una solución precisa y definitiva de la cuestión.

CONCLUSIONES

En este estado de imprecisión de la doctrina y de la jurisprudencia, con respecto al problema objeto de la presente tesis y después de ponderar acuciosa y conscientemente las razones de los sistemas opuestos que ofrecen las soluciones indicadas, no podemos menos que concluir afirmando:

1º— No se puede aprobar la solución dada por los autores que se pronuncian por la afirmativa, o lo que es lo mismo, los que admiten la prueba testimonial, porque, para llegar a esta solución, restringen de manera arbitraria la generalidad de los términos del artículo 2044 del Código civil, haciéndolo inaplicable a la materia comercial; porque su solución se halla en contradicción con las razones que tuvo el legislador para hacer de la prueba testimonial un medio de prueba excepcional, a causa de la imprecisión de los testimonios, del temor al soborno de testigos, y, con mayor razón, en materia de transacción en

donde suprimió por completo dicha prueba, para evitar que las partes que terminaban un proceso originaran nuevas fuentes de litigios al ejecutar las cláusulas imprecisas de la transacción concluida; porque, además, siendo la transacción un contrato ordinariamente complicado, era necesario fijar sus cláusulas por escrito y no abandonarla a la memoria falible de testigos.

2º— No se puede tampoco aprobar el sistema que admite la negativa, esto es, los que excluyen la prueba testimonial en caso de transacciones concluidas para poner fin a un litigio comercial, porque sus deduciones se ponen en oposición con los principios esenciales de la prueba en materia comercial, pues es sabido que en esta materia se admite todo género de prueba para establecer los actos de comercio; porque tal sistema conduciría a admitir, que la transacción hecha por un comerciante en interés de terminar un proceso perjudicial a sus intereses comerciales, tiene un carácter no comercial lo que es contrario a la teoría de lo accesorio; porque negar la libertad de pruebas para estos actos, sería afirmar que el artículo 2044 del Código civil deroga el artículo 109 del Código de comercio, lo que es imposible admitir, ya que estos textos, lejos de ser incompatibles, rigen dos materias diferentes y no se destruyen entre si; admitir lo opuesto, sería contrariar las reglas de la derogación tácita de las leyes, explicadas en las generalidades de esta tesis. Aceptar, como quieren algunos autores, que no se pueda hacer la prueba por testigos, sería contrariar la rapidez y la simplicidad de los actos que constituyen el ejercicio del comercio.

En presencia de estas soluciones, que no dan una sa-

tisfacción absoluta dentro de la lógica jurídica; que son meramente arbitrarias, opinamos que es necesario una ley que regule de una manera clara la situación en que se deba encontrar con respecto a la prueba, una transacción concluida con motivo de una litis en materia comercial, puesto que es el legislador quien debe reglamentar las situaciones jurídicas, y no el intérprete quien debe hacer la ley.

BIBLIOGRAFIA

1.— Baudry — Lacantinerie et Wahl (de los contratos aleatorios, del mandato, de la fianza y de la transacción), 3a. edición, año 1907, Derecho civil, página 647, Nos. 1223 — 1924.

2.— Laurent, Derecho civil, 3a. edición, año 1878, tomo XXVIII, página 368, Nº 375.

3.— L. Guillouard, (Tratado de la fianza y de las transacciones) Derecho civil, 2a. edición, año 1895, página 383, Nº 85 bis.

4.— Aubry et Rau, Derecho civil francés, 4a. edición, tomo 4, página 661, párrafo 420.

5.— Lyon Caen et Renault, Tratado de Derecho Comercial, tomo 3, página 47, Nº 52.

6.— M. Larombiére, Teoría de las obligaciones, tomo 6, nueva edición de 1885, página 528, Nº 41.

7.— T. Huc, Código civil, tomo 12, edición de 1899, página 321, Nº 282.

8.— Gastón May, Elementos de Derecho Romano, 18a. edición, página 372, Nº 164 (cuarta parte).

9.— Prosper Rambaud, Code civil par demandes et reponses, 8a. edición, año 1901, tomo 3, página 286.

10.— G. Baudry — Lacantinerie, Précis de Droit Civil, 3a. edición, año 1925, tomo 2, página 272, Nº 616.

11.— E. Thaller, Tratado de derecho comercial, edición de 1925, página 635, Nº 998.

12.— Baudry — Lacantinerie, Précis de Droit Civil, edición de 1926, página 28.

13.— E. Thaller & J. Perceron, Tratado elemental de derecho comercial, edición de 1925, páginas de 53 a 56, Nº 58, 60, 61.

14.— Fuzier — Herman, (Repertorio del derecho francés, **Derecho Comparado**, tomo 35, Capítulo VIII, página 1034, Nº 549 y siguientes.

15.— Fuzier — Herman, (Repertorio del derecho francés), tomo 35, pág. 1005, Nº 2.

16.— Dalloz, (Repertorio Práctico), tomo 12, pág. 252, Nº 35.

17.— Dalloz, (Código anotado - Nuevo Código civil), tomo IV, (segunda parte), página 1164, Nos. 111, 112, 113, 114.

18.— Pandectas Francesas, (Reperterio), tomo 57, página 69, números 191, 192, 193, y, 196.

19.—Pandectas Francesas, (Repertorio), tomo 57, página 59, números 1, 3, 4, 5.

20.— Pandectas Francesas, (Repertorio), tomo 45, página 909, números 1036, 1037, y 1038.

21.— Pandectas Francesas, (Repertorio), tomo 4, (suplemento) pág. 453, Nº 5.

22.— Pandectas Francesas, (Repertorio), tomo 8, página 41, Nº 124.

23.— Sentencia de la Corte de Apelación. de Paris, del 13 de Junio de 1894.— (S.1895.2.19).

24.— Sentencia de la Corte de Bordeaux, del 11 de Julio 1898; Dalloz (Jurisprudencia General), año 1899, segunda parte, página 149.

25.— Sentencia de la Corte de Bourges, del 12 de Agosto 1871; (S.1873.2.161).

26.— Sentencia de la Corte de Bordeaux, del 5 de febrero 1857; (S.1857.2.575).

INDICE

Pág.

Dedicatorias.. 3

Generalidades sobre los hechos relacionados con el tema.. 5

Derecho Comparado.. 9

De la Prueba.. 13

Leyes, Derogación: tácita y expresa.. 19

De los comerciantes. Definición. Actos de comercio. Teoría de lo accesorio.. 21

Planteo de la controversia.. 25

Aspecto positivo de la controversia.. 27

Aspecto negativo de la controversia.. 41

Conclusiones.. 59

Bibliografía.. 63

D-97

UNIVERSIDAD DE SANTO DOMINGO
REPUBLICA DOMINICANA

Facultad de Derecho

LA CONCESION DEL PLAZO DE GRACIA EN LA LEGISLACION Y LA JURISPRUDENCIA DOMINICANAS

T E S I S
PARA EL DOCTORADO
Sustentada por

SIMON FURCY DIAZ CASTELLANOS

AÑO ACADEMICO DE 1940 - 1941
N U M E R O : 2 5

"La Universidad no se hace solidaria de las opiniones emitidas por el sustentante". (Ordenanza Núm. 21-40 de fecha 30 de Stbre. de 1940).

EDITORIAL EL DIARIO : - : SANTIAGO, R. D.

BN
D-97
UASD
FCJ

A mis padres:

SIMON DIAZ y DIAZ

y

ANADINA CASTELLANOS DE DIAZ

con cariño entrañable

A mis hermanas, con mucho afecto.

014274

PRIMERA PARTE

DEL PLAZO DE GRACIA EN GENERAL
(ART. 1244 DEL COD. CIVIL)

CAPITULO I
Historia del plazo de gracia

§ I.— **Evolución histórica del plazo de gracia.— Sumario:** 1.— Origen del plazo de gracia.— 2.—Idea de la Justicia Retenida.— 3.— Cartas de gracia (lettres de grace) y cartas de justicia (letres de justice).— 4.— De las cartas de estado y de las cartas de gracia o que conceden un plazo (lettres d'etat y lettres de répit).— 5.— Críticas que se han dirigido al art. 1244, párr. 2, y razones que han determinado a los autores del Código a consagrarlo.— 6.— Adopción del art. 1244 del Cod. Civil y su evolución en la legislación dominicana.

1.— La idea del término de gracia aparece en el Derecho Romano. Papiniano reconoce por primera vez al magistrado el poder de acordar al deudor, "humanitatis gratia", un plazo para el pago.

Pero fué sobre todo en Francia, en donde se desarrolló el sistema de los sobreseimientos (surséances) (1).

(1) Surséance, Dilación, retardación o detención de una cosa por algún tiempo. Sobreseimiento (Véase Nuevo Diccionario Francés-Español y Español-Francés, por Miguel de Toro y Gómez).

Se distinguen las Cartas de Estado y las Cartas de Gracia o que conceden plazo (lettres d'Etat y lettres de Répit) (1).

Antes de hacer la historia del plazo de gracia propiamente dicho, conviene decir algo de lo que era la Justicia Retenida, asi como de las Cartas de Gracia (lettres de grace) y de las Cartas de Justicia (lettres de Justice). Entre estas últimas estaban comprendidas las Cartas que conceden un plazo (lettres de répit) que son los que establecían los plazos de gracia, y cuya historia detallada haremos más adelante.

2.— Según la teoría que habían elaborado los legistas, la realeza era la fuente de toda justicia: el poder judicial residía por completo en el rey. Pero el rey había cesado a buena hora de hacer la justicia en persona, es decir él mismo; había a este respecto, delegado su derecho y su poder a los magistrados; es por esto que Montesquieu llamaba a la monarquía francesa una monarquía temperada. Pero esta delegación estaba lejos de ser completa; sin cambiar por una ley la organización judicial ni las reglas de fondo, el rey intervenía a menudo por actos individuales en la administración de la justicia, sea para turbar (troubler) o intervertir el órden de las jurisdicciones, sea para detener o reglamentar el curso de la justicia, sustituyendo su voluntad en un caso dado a los efectos de la ley o a la acción de los tribunales. Estas prácticas concluyeron sin embargo en ciertas categorías de actos, teniendo sus formas o sus reglas propias, y por tanto, lo arbitrario se limitaba en una cierta

(1) Lettres de Répit, moratoria, espera concedida en justicia para no apremiar a un deudor. Tal es el significado de esta frase según el Diccionario de Salvá.

medida; se justificaban, de otra parte, en teoría, estas intervenciones. Se decía que el rey, delegando el ejercicio de la justicia, no había por eso enajenado la propiedad de la misma; la había retenido, al contrario, y podía ejercerla él mismo, cuando le pareciera, descartando sus delegados ordinarios; es ésto lo que se llamaba la *Justicia Retenida.*

3.— Las *Cartas de Gracia* (lettres de grace) y de *Justicia* se unían a la Justicia Retenida: pero tenían orígenes especiales. Así, ellas provenían en parte del Derecho Romano; y hacían entonces jugar al rey un papel análogo a aquel que había cumplido en ciertos casos el Emperador, y antes que él, el Pretor. Procedían también en parte del Derecho Canónico, y por ellas el rey ejercía este poder muy particular que este mismo derecho reconocía al soberano, y que se llamaba el derecho de *dispensatio;* esto era un acto del poder legislativo, por el cual una persona determinada era sustraída en un caso dado, a la aplicación de la ley, sin que esta fuese abrogada ni perdiese su fuerza general.

En cuanto a las Cartas de Gracia (lettres de grace), que se referían solamente a la materia penal, no creemos de verdadero interés hacer su historia, y por eso la omitimos.

Por el contrario, con respecto a las Cartas de Justicia, que se aplicaban en materia civil y respondían a una idea diferente que la de las Cartas de Gracia, sí es útil tratarlas, lo que haremos a continuación.

Las *Cartas de Justicia* (lettres de justice) servían, no para detener, sino para dirigir el curso de la justicia.

En todos los casos, para intentar una vía de recurso contra una sentencia, para atacar un contrato afectado de al-

gún vicio, para invocar esto que en derecho se llama un *beneficio*, es decir un temperamento aportado a alguna regla demasiado rigurosa, no bastaba establecer en justicia que se encontraba en las condiciones requeridas en cuanto al fondo, era preciso obtener previamente cartas del rey, que permitieran hacerlo. Así por ejemplo: eso era necesario, para intentar la vía de recurso llamada revisión civil, para atacar un contrato afectado de dolo o conteniendo lesión, para aceptar una sucesión bajo beneficio de inventario en los países de costumbres; era lo mismo para las cartas que concedían un plazo o término de gracia. Todos estos medios subsisten en el derecho moderno, pero ellos pueden ser llevados directamente ante los jueces; en el antiguo derecho, para introducirlos, eran necesarias las cartas de justicia. Eso se explica históricamente. En su origen, estos medios, a menudo sacados del Derecho Romano, no habían entrado en la costumbre; el rey permitiendo al litigante invocarlos, ordenaba a los jueces de tenerlos en cuenta, hacía acto de soberanía y acordaba una verdadera gracia individual, que habría podido rehusar.

Pero poco a poco el sistema se regulariza y consolida. Estos recursos y beneficios fueron plenamente admitidos por la costumbre, si bien el rey no podía rehusar las cartas de justicia correspondientes, y de otra parte, estas cartas entregadas sin examen no obligaban a los jueces, quienes debían examinar el fondo y ver si las partes estaban en las condiciones requeridas para prevalerse. Ellas no fueron por más tiempo otorgadas por la Gran Cancillería de Francia, sino por pequeñas cancillerías, establecidas ante los parlamentos. En realidad ellas no eran más que una molestia, y desde a fines del siglo XVI, se preguntaba por que no se suprimía esta formalidad. Habían servido, es verdad,

para llevar (attirer) ante los jueces reales los asuntos en ocasión de los cuales habían sido otorgadas y a desapoderar de esta manera los jueces señoriales; pero en los siglos XVII y XVIII, eso no tenía importancia. La sola utilidad práctica se limitaba a que era necesario pagar un derecho para obtenerlas; no tenían ya más que el valor de medida fiscal (1).

Las *Cartas de Estado*, que eran llamadas por algunas de las antiguas ordenanzas Cartas de Sobreseimiento (lettres de surséance) eran reglamentadas por el título V de la ordenanza del mes de agosto de 1669 y por una declaración del 23 de diciembre de 1702. Esas cartas eran acordadas a las personas empleadas, fuera de su residencia ordinaria, para asuntos importantes del servicio del rey (2).

Ellas no podían ser entregadas más que en nombre del rey y por su mandato expreso. Tenían por efecto suspender todas las persecuciones durante seis meses a partir del día de su fecha, a pena de nulidad de los procedimientos y de todos los gastos y daños y perjuicios, sin que fuera posible prevalerse de las sentencias intervenidas en desprecio de estas cartas (3).

Eran susceptibles de renovación, pero solamente en el caso de continuación del servicio que las había motivado y antes de los quince días que precedían a la expiración de

(1) Véase A. Esmein, Histoire du Droit Francais, 2da. ed., pág. 430 y siguientes.

(2) Pothier dice que son llamadas Cartas de Estado, o porque el proceso debe quedar en el **mismo estado** que cuando han sido notificadas durante el tiempo del sobreseimiento, o porque han sido acordadas a personas ocupadas al **servicio del Estado.**

(3) La declaración de 1702, art. 11, decía que no se podía, sin embargo, detener la sentencia definitiva, si los jueces habían comenzado a opinar antes de la notificación de estas cartas.

las primeras cartas. Podían ser "tachadas (debattues) de obrepción, de subrepción o de otra cosa", esto que era importante, porque eran generalmente acordadas a la intriga. Frecuentemente, aun aquellos que las obtenían no estaban en realidad, al servicio del rey.

En cuanto a las Cartas de Gracia (*lettres de répit*), estaban reglamentadas por el título VI de la ordenanza de 1669 y por una declaración del 23 de diciembre de 1669. "Las Cartas de Gracia (lettres de répit), decía esta declaración, han sido miradas siempre como un socorro que los reyes, nuestros predecesores han creído, por un principio de equidad, deber acordar a los deudores que, por accidentes imprevistos y fortuitos, sin fraude, y sin ninguna mala conducta, se encuentran fuera del estado de pagar sus deudas en el tiempo en que son perseguidos por sus acreedores, y quienes, teniendo más bienes que deudas, no tienen necesidad más que de algún plazo para descargarse o pagar (acquitter) por la venta de sus bienes y por el cobro de lo que le es debido" (1).

Antiguamente, eran acordadas por los jueces, y todavía en 1560 la ordenanza de Orleáns prohibía expedirlas en cancillería; pero la ordenanza de 1669 decide que las cortes y jueces no podrían acordar ningún término, dilación (atermoienment), moratoria ni plazo de pagar sino en virtud de cartas del Príncipe "a pena de nulidad de las sentencias, interdicción contra los jueces, costas, daños y perjuicios de las partes en su nombre, 100 libras de multa contra la parte e igual suma contra el procurador" que hubiere presentado la demanda. Pothier estimaba que esta disposición

(1) Véase Baudry Lacantinerie y L. Barde, T. 2, 3ra. ed., Obligaciones, pag. 576, nota 2.

era digna de aprobación "puesto que, decía, estas cartas siendo una gracia que hería el derecho de otro, no podían emanar más que del poder soberano". La misma ordenanza agregaba que las Cartas de Gracia no podían ser expedidas más que con el gran sello y por consideraciones importantes. Eran dirigidas a los jueces y le permitían acordar un plazo que no podía exceder de cinco años. Así, en práctica, este plazo o moratoria (répit) había recibido antiguamente el nombre de quinquenal (quienquenelle) en razón de su duración de cinco años. Estas cartas debían ser ratificadas en los seis meses por los tribunales, contradictoriamente con los acreedores.

Aquellos que habían obtenido Cartas de Gracia (lettres de répit) no podían obtenerlas por segunda vez, si no era *por causas nuevas y considerables, de las que hubiese comienzo de prueba.* Además, *por cualquier causa y pretexto que fuese,* no podían ser acordadas otras. "Sería en efecto, decía Pothier, favorecer el abuso de las cartas del Príncipe y hacer perder indirectamente a los acreedores lo que le es legítimamente debido, si se les acordara semejantes letras de una manera ilimitada. . . "

Respecto a los jueces, no tenían el poder de otorgar, por autoridad propia, plazos a los deudores. Sin embargo, la ordenanza de 1669 le permitía, cuando condenaban al pago de alguna suma, sobreseer a la ejecución de la condenación durante *tres meses a lo más,* sin que este sobreseimiento pudiese ser renovado.

Algunos autores, entre ellos Jousse, dicen que las Cartas de Gracia (lettres de répit) no se acordaban sino muy difícilmente.

Durante largo tiempo, las Cartas de Gracia, como las Cartas de Estado, dieron lugar a numerosos abusos. Así se juzga necesario llamar la atención, en el preámbulo de la ordenanza de 1669, sobre cuál debía ser su papel: "Y como... las Cartas de Estado no son más que para las ausencias necesarias e indispensables, y las Cartas de Gracia, para aliviar la miseria y sostener las familias de los deudores inocentes, hemos creído que era importante depurar la práctica, reduciéndolas a los términos de un uso natural y legítimo". Pero esta precaución fué ineficaz.

Las Cartas de Estado y Las Cartas de Gracia fueron abolidas en 1791, y el derecho de acordar sobreseimientos individuales ha sido atribuído a los jueces por el artículo 1244 del Código Civil. Disponiéndolo así, el legislador de 1804 ha considerado que este derecho, por su propia naturaleza, entraba en las atribuciones del poder judicial, por no poder ser apreciadas las circunstancias que militan en favor de la concesión de los términos de gracia, sino por los tribunales.

5.— Entre las críticas que se han hecho a esta disposición tenemos las siguientes: La convención hace la ley de las partes; el deudor, en consecuencia, está obligado a efectuar una sola vez el pago integral; ahora bien, el art. 1244, párrafo 2, autoriza a los jueces a fraccionar el pago, es decir, a dispensar al deudor de conformarse a la ley del contrato.

Tal disposición, como es claro, encierra un atentado a la libertad y a la seguridad de las convenciones, perjudicando consecuentemente el crédito público. Así, es de gran

importancia para aquel que se hace acreedor, tener, en el momento en que se contrata, la certeza de percibir su acreencia en el momento debido. Si no hay tal certeza, es probable que renuncie a contratar. Tales críticas han sido lanzadas entre otros, por el tribuno Jaubert presentándolas de la manera siguiente: "Reconocemos, dice, y no es posible dejar de hacerlo que las convenciones tienen fuerza de ley entre aquellos que las han hecho. Cómo pues los jueces podrían sustituir la voluntad de la ley por la suya propia? Quién no sabe que el menor retardo puede causar grandes perjuicios a un acreedor? El retardo no puede poner al acreedor mismo en la imposibilidad de cumplir sus propios compromisos? El acreedor a quien no le es pagado lo que le es debido y no puede pagar lo que debe, no está expuesto a ver su reputación comprometida, y a ser él mismo la causa inocente de la desgracia de varias familias?" Estas críticas son evidentemente muy serias.

He aquí por qué varios códigos civiles posteriores al francés han proscrito el plazo de gracia, pasándolo en silencio. Así los autores del Código Civil italiano en el art. 1246, que corresponde al 1244 del código francés y del nuestro, no han reproducido el segundo párrafo de dicho artículo y no han admitido el plazo de gracia más que en la hipótesis excepcional de la resolución de un contrato por efecto del pacto comisorio tácito. (V. artículo 1165, párrafo 3, del código civil italiano).

Veamos ahora las razones que han llevado al legislador de 1804 a dar a los tribunales, a pesar de las antedichas críticas, el poder de otorgar a los deudores plazos. Así, el propio Jaubert nos expone estas razones, al decir: "De otra parte, es cierto que un deudor de buena fé no puede encon-

trarse en circunstancias tales que el retardo no pueda serle imputado como un crimen, y que habría una dureza excesiva por parte del acreedor que no le acordase plazo?. . . Pues bien! Un deudor que no tiene sino inmuebles y que notoriamente hace las mejores diligencias para venderlos, debe sufrir todas las calamidades que van unidas siempre a la expropiación forzada, en el caso sobre todo en que el acreedor no tenga necesidades apremiantes? La justicia no es también la equidad natural? La humanidad no tiene sus derechos? Se teme la arbitrariedad de los jueces; pero la conciencia de los mismos, no debe servir de garantía a la ley? La ley no tiene necesidad de reposar sobre la responsabilidad moral de los jueces? Según la jurisprudencia, los jueces estaban autorizados, según las circunstancias, a acordar algún plazo. Habríamos podido cambiar este punto de legislación en nuestro código en el cual el pueblo francés quiere encontrar en cada página la equidad al lado de la justicia?" Es esta también la explicación dada por Bigot-Preameneu en la Exposición de Motivos al expresar: "Sí, sin embargo, el deudor se encontrare en circunstancias tales que, por *motivos de humanidad,* o aun por el interés mismo del acreedor, los jueces estuviesen convencidos que, sin causar perjuicios al acreedor, harían un *acto de humanidad* acordando plazos moderados para el pago, la ley los auoriza. . ." Lo mismo Mouricault, el orador del Tribunado, declara el proyecto "*conforme en eso, a la humanidad* como a la jurisprudencia". En resumen, han sido consideraciones *de humanidad,* por tanto de interés general, de orden público las que han dictado la disposición del artículo 1244, párrafo 2. Tal constatación es muy importante, pues como veremos luego, permite responder a las críticas dirigidas contra dicha disposición.

6.— La historia del art. 1244 del Cod. Civil dominicano hay que referirla a la historia de este punto que forma parte de él.

El Código Civil francés nos rige desde su implantación por los haitianos en el año 1825. En efecto, dicho Código fué promulgado en la República de Haití en ese año y declarado en seguida aplicable en la parte española, por medio de un decreto del Presidente Boyer, verdadero propulsor de la legislación en su país.

Durante todo el período de la dominación haitiana hasta la instauración de la República Dominicana en el 1844 y más todavía, haasta el año 1845, estuvimos bajo el régimen jurídico haitiano.

Fué el 4 de julio de 1845 cuando se dictó el primer decreto relativo a la codificación. Este decreto mandaba que se observaran a partir de esa fecha los códigos franceses de la Restauración. Fué en esta forma como entraron en vigor por primera vez en la República Dominicana los códigos franceses. Tal adopción no significaba un cambio radical en lo tocante a la substitución de un sistema jurídico por otro, completamente contrario, pues los códigos haitianos que nos rigieron hasta el año 1845, no eran más que una copia, y no mala, de los franceses.

En fechas posteriores comienzan los esfuerzos para traducirlos y localizarlos. El 22 de mayo de 1845 expidió un decreto el Senado Consultor, en el que expresó: "Que era del más alto interés público el que hubiera y se mantuviera una buena e intachable administración de la justicia; que para ese fin primordial era preciso que la República estuviera regida por leyes claras, precisas, concordantes y com-

prensibles, requisitos que no llenaban los códigos franceses entre otros motivos, por estar escritos en lengua extranjera".

Pero ocurre en el 1861 la anexión a España y la consiguiente supresión del régimen jurídico vigente, y se restablece a partir del 21 de noviembre de 1861, un sistema jurídico basado en el sistema español.

En ese período ocurre un fenómeno con respecto al Código Civil. Al hacer el gobierno español la derogación general del régimen jurídico vigente en la República exceptúa al Código Civil y ordena, por real orden del 7 de octubre de 1861, que se haga una traducción de dicho Código, que ya hemos dicho era el Código Civil de la Restauración. La razón de esta cuestión, es decir, la no abrogación del Código Civil, es que en la época a que nos referimos, 1861, España no había promulgado su actual Código Civil. El Código Civil español, en efecto, entró en vigor en 1889. Así pues, en la época de la anexión, "España estaba regida por una legislación civil que no era ni mejor ni más apropiada a las necesidades de Santo Domingo, que la que la República tenía desde 1845, o mejor dicho desde 1825, ya que como se dijo antes, el Código Civil de Haití, que no es más que un trasunto casi literal del Código Civil francés, había sido implantado por el Presidente Boyer en 1825".

Al cesar el régimen español en Santo Domingo, intervino el decreto del 7 de agosto de 1865, por el cual se volvieron a adoptar los códigos franceses que habían estado en vigor desde 1845. De aquí en adelante se suceden varios decretos tendentes a concluir la adecuación, traducción y localización de los códigos comenzada en 1855. Con tal objeto se dictaron los decretos del 10 de julio de 1875, el del

20 de mayo de 1878 y por último el del 4 de julio de 1882 en el que se declaró de utilidad pública la terminación de dicho trabajo. Los trabajos hechos en virtud de ese decreto, culminaron con la promulgación de los códigos dominicanos, entre ellos el Código Civil por decreto del 17 de abril de 1884 (1).

Tales son las etapas sucesivas recorridas por el Código Civil francés, desde su implantación por primera vez entre nosotros en 1825 por los haitianos, hasta su adopción definitiva en 1884. Tales son también las fases de la institución del plazo de gracia, contenida en el art. 1244 del Código Civil.

Como se ve, no hay nada específico que señalar en la historia de dicho artículo en nuestro país. Algo que debe hacerse constar y de lo que trataremos en su oportunidad, es la interpretación dada por nuestra jurisprudencia al art. 1244, párrafo 2, interpretación contraria a la jurisprudencia francesa.

---

(1) Véanse cátedras números diez, once y doce de Historia del Derecho dominicano, dictadas por el Profesor Tavares Hijo, correspondientes al quinto año. Año lectivo 1940-41. (inéditas).

CAPITULO II

Consideraciones de las reglas establecidas en el artículo 1244 del Código Civil

§ I.— Análisis de la primera parte del art. 1244.— Sumario: 7.— Regla establecida por el art. 1244 del Cód. Civil, primera parte, y sus excepciones.— **8.—** Excepciones.

7.— Al tratar del plazo de gracia, como es natural, lo primero que debemos considerar es el texto legal que lo establece, tratándolo en todos sus aspectos, es decir, analizando sus diversos párrafos, pues aunque es en su segunda parte donde está comprendida la institución del plazo de gracia, lo es como excepción al primer acápite. Dicho texto reza así: "El deudor no puede obligar al acreedor a recibir en parte el pago de una deuda, aunque sea divisible. Los jueces pueden sin embargo, en consideración a la posición del deudor, y usando de este poder con mucha discreción, acordar plazos moderados para el pago, y sobreseer en las ejecuciones de apremio, quedando todo en el mismo estado". Por una consecuencia del principio según el cual el acreedor no puede ser forzado a recibir otra cosa sino la que le es debida, el art. 1244 establece que el acreedor no está obligado de recibir un pago parcial, aunque la deuda fuera de

una cosa divisible; es a la vez la aplicación del principio de que entre acreedor y deudor, la obligación, aun susceptible de división, debe ser ejecutada como si fuera indivisible (art. 1220). Así por ejemplo, el acreedor puede rehusar recibir el capital, si no se le ofrecen al mismo tiempo los intereses y otros accesorios, porque se considera que éstos forman un solo todo con el capital, y aun cuando hubiere consignación de éste, como tal consignación sería nula, los intereses no dejarían de correr, aun por la parte consignada. Es de otra manera cuando un deudor tiene varias deudas respecto de un mismo acreedor; puede en este caso pagar separadamente cada una. Pero es preciso saber cuando un deudor será considerado tener varias deudas de las cuales pueda descargarse separadamente. Para esto es necesario atenerse a las causas ú objetos de éstas; si son diferentes, se pagarán por separado.

Por otra parte, de la misma manera que un acreedor no puede ser obligado a dividir su acreencia, tampoco le debe ser permitido constreñir al deudor a liberarse parcialmente.

8.— Ahora bien, se han admitido varias excepciones a esta regla. Entre ellas tenemos:

1º— El acreedor puede ser obligado a recibir parcialmente, si ha sido convenido por el título mismo, que la deuda sería dividida en varios pagos. Además los pagos serán iguales, si las partes no han expresado lo contrario (Pothier). Será lo mismo si ha sido convenido que el pago de la deuda se efectuará en diversos lugares. La diversidad de lugares importa necesariamente la división del pago (M. Larombiere).

2º— Cuando el deudor muere, sus herederos no están obligados más que por su parte hereditaria.

3º— La compensación obliga a aquel cuya acreencia es mayor a sufrir la extinción, y opera así pago parcial, hasta concurrencia del monto de la más pequeña.

4º— El beneficio de división, acordado a los fiadores, entraña para el acreedor, necesidad de recibir de cada uno parte de su acreencia (art. 2026 Cód. Civ.).

5º— El pago parcial extingue la deuda hasta debida concurrencia cuando el acreedor la ha voluntariamente recibido. Sin embargo, Pothier señala tres excepciones derivadas de las leyes romanas. Ellas son: 1º Pago de parte de una de las cosas comprendidas en una obligación alternativa; 2º- Pago de una parte de una cosa indeterminada; 3º- Dación en pago de uno o varios cuerpos ciertos de que el acreedor ha sido despojado por parte; en este caso la deuda revive por el todo. (Véase Dalloz, Repertorio de Legislación, tomo 33, palabra Obligaciones, pág. 388, núm. 1767).

6º— El acreedor está obligado a recibir pago parcial, en caso de concordato, de cesión, de orden, de purga, si el dinero es insuficiente.

7º— En fin, el mismo art. 1244, en su última parte, autoriza al juez a acordar plazos moderados para el pago, con lo que parece consagrar una excepción al principio sentado en la primera.

La mayor parte de los autores piensan que este artículo autoriza a los jueces que permitan al deudor *dividir los pa-*

gos, como ocurría en la antigua jurisprudencia. Se fundan en la redacción del segundo párrafo de dicho artículo, en el cual el empleo de la palabra *sin embargo* supone una excepción a lo que precede; ahora bien, lo que precede es la disposición prohibitiva de la división de los pagos; otro argumento se deduce de la palabra *plazos* contenida en el mismo artículo. Así entre otros, Laurent nos explica que al expresar el texto del art. 1244 que los jueces pueden acordar plazos moderados para el pago, como sólo es cuestión de un solo deudor y de una sola deuda, la palabra *plazos*, empleada en plural, indica que el juez puede dar varios términos, es decir, dividir el pago. Tal es el espíritu de la ley. Ahora se pregunta, qué es lo que el legislador ha querido? Sencillamente acordar al deudor un favor que le permita dar satisfacción a su acreedor facilitándole el pago. Por tanto, el medio de facilitar el pago, es dar al deudor la facultad de pagar en varios plazos. Este se encuentra en situación apurada: obligarle a conservar sus economías o sus rentas para formar el capital de la deuda, es darle a cada instante la tentación de gastarlo, es decir, ponerlo en la imposibilidad de liberarse. La ley está hecha para el deudor, por tanto es necesario interpretarla en su favor. Tal es la opinión general. Duranton, aisladamente, no la comparte (1). Dicho argumento se apoya igualmente en la circunstancia de que la redacción primitiva del art. 1244, la que fué adoptada por el Consejo de Estado, atribuía expresamente a los jueces la facultad de autorizar la división del pago. Esta parte del art. 1244 fué, es verdad, rechazada por el Tribunado, y la facultad de autorizar la división del pago fué reemplazada por la de acordar plazos moderados y sobreseer la ejecu-

(1) Laurent, Derecho Civil francés, tomo 17, pág. 566, núm. 575. 5ta. ed.

ción de las persecuciones; pero si se tiene en cuenta la explicación de la primera redacción que el consejero Treilhard daba al Consejo de Estado, la modificación que había sufrido esta redacción no cambiaba su sentido, puesto que según él "si había en el artículo un deudor que, probando por el cuadro de su situación que es solvente, pide un corto plazo para una parte del pago. En este caso, según el artículo, el juez lo condena por la totalidad, pero gradúa los términos o plazos del pago". Ahora bien, no es ésto lo que el art. 1244 permite hacer al juez? De aquí la consecuencia que la supresión (retranchement) propuesta por el tribunado no fué adoptada, y que no hubo sino un simple cambio de redacción.

Hasta aquí la primera parte del art. 1244, que contiene, como hemos visto, una regla que origina a la vez varias excepciones. Señaladas ya éstas, pasemos ahora a analizar detalladamente lo relativo a la institución del plazo de gracia, objeto de este trabajo.

§ II.— **Análisis de la segunda parte del art. 1244.— Sumario:** **9.**— Del plazo de gracia. Art. 1244, párrafo 2.— **10.**— Diversas especies de término: I. Término de derecho: a) Legal; b) Convencional; II. Término de gracia.— **11.**— Posición de las partes y su influencia en el plazo de gracia: I. Posición del deudor. II. Posición del acreedor.— **12.**— Derogación convencional del plazo de gracia.— **13.**— Poder del juez para acordar plazos de oficio.— **14.**— Poder del juez cuando el acreedor actúa en virtud de un título ejecutorio.— **15.**— Excepciones al principio del art. 1244, párrafo 2: I. Excepciones contenidas en el Código Civil. II. Excepciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil. III. Excepciones contenidas en el Código de Comercio.

9.— El art. 1244, segunda parte, dice: "Los jueces pueden, sin embargo, en consideración a la posición del deudor, y usando de este poder con mucha descreción, acordar

plazos moderados para el pago, y sobreseer en las ejecuciones de apremio, quedando todo en el mismo estado".

Es útil primero considerar algunas nociones indispensables, tales como las relativas a la definición del término en general y de sus diversas especies, comprendiendo entre ellas al término de gracia.

El término, *dies*, dice Pothier, es un espacio de tiempo acordado al deudor para descargarse de su obligación. A pesar de ser esta definición reproducida por muchos autores, ha sido objeto de críticas por parte de otros. Así, Baudry-Lacantinerie en sus Principios de Derecho Civil, undécima edición, tomo 2, página 135, la considera como demasiado restrictiva, puesto que dicha definición considera el término como un derecho establecido en favor del deudor, pudiendo sin embargo ser estipulado en favor del acreedor Por ejemplo en caso de depósito (arts. 1917 y 1930). Es preferible atenerse al art. 1185 que se limita a decir que el término suspende la ejecución de la obligación, sin indicar en provecho de quién. Sin embargo, la definición de Pothier, que establece el caso ordinario, es la generalmente reproducida.

10.— Se distinguen dos: el de derecho y el de gracia:

I.— El término de *derecho* es llamado así, porque constituye para aquel a quien pertenece un derecho, y no un favor individual. Puede ser legal o convencional: a) *Legal*, cuando resulta de una disposición legislativa; b) *Convencional*, cuando resulta de la convención de las partes. El término convencional puede ser expreso o tácito. Es expreso, cuando resulta de una cláusula expresa de la convención; tácito, cuando está sobreentendido.

II.— El término de *gracia*, es así llamado porque constituye para el deudor, un favor individual que puede serle rehusado; es aquel que el juez está autorizado en ciertos casos a acordar al deudor. Ejemplos de estos plazos lo encontramos en los arts. 1184, párrafo 3, 1244, 1655 y 1900. del Cód. Civ. Planiol y Ripert lo definen diciendo: "el término o plazo de gracia es un medio de temperar el rigor de un acreedor implacable contra un deudor apurado y de buena voluntad (1).

Al refirnos a la historia del plazo de gracia hemos visto que han sido sobre todo consideraciones de humanidad las que han llevado al legislador a insertar en el texto del art. 1244 dicha institución. Pues es muy justo y humano, que a un deudor en situación desgraciada se le conceda siquiera el recurso de un plazo, para que en su transcurso realice el esfuerzo máximo y pueda de una manera más probable cumplir con sus compromisos. Naturalmente, al ejercitar esta facultad el juez debe hacerlo con mucha discreción y moderadamente, como la ley misma se lo impone. Vemos que son intereses encontrados los que están en conflicto, y si se ha de tomar en cuenta la situación de una parte, el deudor, no debe prescindirse de la de la otra, el acreedor.

11.— Para esto se pone en juego como cuestión de suma importancia a este respecto, las discusiones en el seno del Consejo de Estado, así como su interpretación por la doctrina.

I.— La explicación dada por Treilhard, miembro y a menudo relator de la sección de legislación del Consejo de Estado, indica en que sentido la disposición debía ser

(1) Véase Planiol et Ripert, tomo 7, pág. 325, No. 1018.

aplicada. "Se ha supuesto, dice, un deudor, que prueba por el cuadro de su situación que es solvente y pide un corto plazo para una parte del pago. Pero esta explicación no podría encadenar la libertad de los jueces. Ellos tienen en realidad, un poder soberano de apreciación". Así se nota que en práctica los principales elementos que toman en cuesta son: la buena voluntad del deudor, su buena fe, el carácter momentáneo de su apuro, la suficiencia de sus recursos, las medidas tomadas por él para estar en condiciones de pagar, los inconvenientes graves que resultarían para él de un pago inmediato, las garantías dadas al acreedor, los lazos de parentesco o alianza entre las partes, sus relaciones de amistad, así como los servicios rendidos anteriormente por el deudor al acreedor.

Así, para conseguir un plazo de gracia es necesario que el deudor obtenga con esta medida un beneficio, que le permita al vencimiento del término concedido, cubrir su deuda.

Y si por cualquier circunstancia el plazo de gracia no beneficiara al deudor o si conllevara graves perjucios al acreedor, exponiéndole a la pérdida de su acreencia o de parte de ella, el juez estaría imposibilitado para concederlo.

Así lo reconoce la doctrina y la jurisprudencia, al decir que para que la posición del deudor permita a los jueces acordar plazos, es preciso que aquél tenga de una parte, bienes suficientes para satisfacer sus compromisos, y por otra, que la ejecución rigurosa de la obligación o de la sentencia le sea muy perjudicial.

Tal es lo que nos dice la doctrina y la jurisprudencia:

"Esta disposición es el complemento del art.
"1184 del Código Civil. Un deudor no puede ob-

"tener plazos más que cuando su buena fe no es "sospechosa y es posible esperar que este favor "le facilitará el medio de cumplir su obligación. "(Rapp. au Corps Legislativ), Carré y Chauveau, "tomo 1, pág. 621, art. 124".

"El art. 1244 del Código Napoleónico prescri- "be al juez, se ha visto, no acordar plazos más que "con *gran reserva*, es decir, cuando hay espe- "ranza fundada de que por medio de este respiro, "de este plazo de gracia, el deudor se colocará en "posición de saldar más fácilmente su deuda sin "que los intereses del acreedor, corran peligro "por el retardo y si la ejecución inmediata arrui- "nara al deudor sin aprovechar al acreedor". Re- "pertorio de Legislación de Dalloz, t. 29, pág. "351, palabra Sentencia, Nº 439".

"Boitard, tomo 1 pág. 262, Nº 258: "...2º- Se "debe agregar las condiciones del art. 1244 del "Código Civil, es decir, que los tribunales no pue- "den acordar éstos plazos, este favor, aun a un "deudor perseguido en virtud de un acto privado "o sin acto escrito, más que cuando habría la es- "peranza legítima de que por medio de este plazo "de gracia, el deudor estará en posición de sol- "ventar más fácilmente, más completamente su "deuda, que los intereses del acreedor no peligran "por este retardo, y que una ejecución inmediata "arruinaría al deudor, y sin que ésto aproveche "mucho al acreedor. En una palabra, el tribunal "no puede jamás olvidar, que usando de este po- "der realiza un acto excepcional, que deroga la

"convención, la voluntad primitiva de las partes, "las cuales no debe derogar más que con toda la "circunspección que recomienda el art. 1244 del "Código Civil".

II.— En cuanto a la posición del acreedor, debe también pesar en la conciencia de los jueces. Así lo exige la equidad no menos que el derecho. Es esto lo que da a entender Bigot-Preameneau en la exposición de motivos: "Sí, sin embargo, el deudor se encontrara en circunstancias tales que por motivos de humanidad, o puede ser por el interés mismo del acreedor, los jueces estuviesen convencidos que, sin causar perjuicio al acreedor, harían un acto de humanidad, acordando plazos moderados para el pago, la ley los autoriza. . . ". Así, pues, si la concesión de un plazo es susceptible de perjudicar gravemente al acreedor, entra en el espíritu de la ley que sea rehusado. No es posible que los jueces arruinen al acreedor por tratar de socorrer al deudor. Es que ellos no deben olvidar al usar de esta facultad, que hacen una limosna con el bien de otro y que por tanto deben hacerlo con mucha parsimonia (1). Por tanto, si se trata de un perjucio más o menos grande que sufra el acreedor o el deudor, el juez debe conciliar los intereses opuestos, y no sacrificar el uno al otro. Sin embargo, la posición del acreedor no forma un obstáculo absoluto a la concesión del plazo.

12.— Esta es una cuestión que ha sido muy controvertida, surgiendo a este respecto varias interpretaciones. Así,

(1) Véese Dalloz, Rep. Alf., Obligaciones, No. 1774. Sentencia de la Corte de Burdeos de fecha 30 de Agosto de 1831. La Corte de Burdeos formula este principio: "Antes de acordar al deudor un plazo para su liberación, es necesario considerar si la posición del acreedor no se opone a este plazo".

unos piensan que semejante convención no puede tener más efecto que la ley misma que prohibe los pagos parciales, y que por tanto no impide el otorgamiento de un plazo de gracia (1).

Otros rechazan esta opinión, sea por el principio que erige las convenciones en ley de las partes, sea por la discusión en el Consejo de Estado, discusión de la cual resultaba, que aun cuando la redacción primitiva del art. 1224 acordaba al juez la facultad de dividir el pago, ella no la acordaba en el pensamiento de sus autores en el caso de estipulación contraria. Se ha juzgado en el sentido de esta última opinión: 1º que el artículo 1244 del Código Napoleónico no recibe aplicación cuando el deudor ha renunciado por el contrato a reclamar plazo alguno de la justicia (2); 2º que el deudor puede, sin atentar al orden público, renunciar válidamente al beneficio del término que el art. 1244 del Código Napoleónico autoriza a acordar a los tribunales (3).

Nos inclinamos con la mayoría de los autores en favor de la primera opinión, al concluir que la disposición del art. 1244, párrafo 2, es de aquellas a las cuales la convención de las partes no pueden válidamente derogar (argumento del artículo 6). Pero cuáles son estas leyes concernientes al órden público? Laurent nos dice que entre las leyes concernientes al orden público se encuentran primeramente aquellas que reglan el estado y capacidad de los hombres, y en un sentido más extenso, las leyes relativas al interés general.

---

(1) Véase Chauveau sur Carré, sobre el art. 124 del Código de Procedimiento Civil, Laurent, t. 17, No. 571.

(2) Burdeos, 23 de julio de 1838. Dalloz, J. G., palabra Oblig. No. 1773, t. 33.

(3) Burdeos, 29 de abril de 1840.

El art. 1244 es de interés general? Es de órden público? Sería difícil negarlo en presencia de las declaraciones hechas por los autores del Código Civil: El sentido de humanidad que lo ha dictado, no es de interés general? En vano se diría que se trata solamente del interés del deudor, cuando no debe olvidarse que el acreedor más que un interés tiene un derecho. Y no obstante, la ley sacrifica este derecho. Hace esto en el interés del deudor; por tanto en un interés privado? Esto sería injustificable, pues el legislador debiendo respetar los derechos, no debe sacrificarlos por un interés privado. Pero hay otro interés en causa, o mejor dicho, otro derecho, que es el derecho de la humanidad. Es este derecho general que domina sobre el derecho del acreedor y que permite tener en cuenta el interés del deudor.

Por tanto, procedería declarar nula toda cláusula que privara al deudor el derecho de invocarlo. Pues de adoptar la solución contraria se correría el riesgo de ver aclimatarse en los actos una cláusula de estilo que vendría a neutralizar la previsión de los autores del código. Así, no sería racional retirar al deudor la protección de la ley cuando las circunstancias demuestran más particularmente la necesidad de esta protección, ya que el acreedor ha revelado su dureza desde el momento del contrato.

Se ha objetado sin ningún resultado que la disposición aludida reposa sobre la intención presumida de las partes y que por tanto, se hace inaplicable cuando ellas han expresado una voluntad contraria. El legislador, escribiendo el art. 1244, párrafo 2, no ha tenido por fin dar efecto a la intención de las partes. Su preocupación ha sido diferente; lo que ha tenido en miras es salvaguardar el interés general dando satisfacción a consideraciones de humanidad. Por eso, poco importa que los contratantes estipulen que no ten-

drán en cuenta estas consideraciones. Se insiste haciéndose observar que cuando el legislador ha entendido proscribir las renuncias a los beneficios de esta naturaleza, lo ha declarado expresamente, así como lo ha hecho en el art. 1268, para la cesión de bienes y el art. 1664 referente a la rescisión de ventas inmobiliarias por causa de lesión de más de las siete duodécimas partes. A esta objeción se responde diciendo que poco importa que el legislador haya guardado silencio, desde el momento que la disposición del art. 1244, párrafo 2, tiene un carácter de orden público, no siendo necesario que el legislador hubiera dicho de una manera expresa que no se podría derogar. Por último se ha opuesto la discusión en el Consejo de Estado. El proceso verbal de esta discusión dice: "El Cónsul Cambacéres preguntó si este artículo (el art. 140 del proyecto actual 1244 del Código Civil) autorizaba al juez a pronunciar la división del pago, aun cuando hubiera una estipulación. El piensa que sería dar demasiado poder a los tribunales. Bigot-Preameneu dice que no ha sido la intención de la sección dar a la disposición la extensión de que ha hablado el Cónsul. . . " Pero esto no es más que la opinión del Relator de la sección de legislación. Así, esta opinión individual no tiene autoridad, como no la tenía el Consejo de Estado, cuya misión era simplemente preparar la ley. Por otra parte, no se encuentra ninguna traza de esta interpretación en los discursos que fueron pronunciados ante el cuerpo legislativo (1).

13.— De acuerdo con la opinión dominante que considera la disposición del art. 1244 *in fine* de orden público, se deduce que el tribunal puede acordar de oficio varios

(1) V. en este sentido Chauveau sur Carré, Leyes de Procedimien to, 5ta. ed. Cuestión 529. Laurent, t. 17, No. 571, pág.560-63. Planiol, t. 2, I ed. Nº 395, párr. 2.

plazos al deudor. En apoyo de esta decisión se cita el art. 123 del Cod. de Procedimiento Civil que da un poder igual al tribunal cuando la sentencia es por defecto. Por qué no sería lo mismo cuando el deudor, presente en la instancia, no solicita el plazo? Se dirá que el juez no está autorizado a estatuir ultra petita? Esta objeción no estaría fundada porque el hecho de conceder de oficio un plazo al deudor, acordándolo al mismo tiempo al acreedor que no lo pide, el tribunal puede hacerlo sin exceder sus poderes (1).

14.— Primeramente, se entiende por título ejecutorio, aquel que está debidamente revestido de la fórmula por la cual se manda y ordena a los agentes de la fuerza pública prestar ayuda para la ejecución de un acto, cuando fueren legalmente requeridos.

Para saber si los jueces pueden usar, cuando hay título ejecutorio, de la facultad que le atribuye el art. 1244, párrafo 2, los autores distinguen si el título ejecutorio es una sentencia o un acto notarial.

Cuando el deudor es perseguido en virtud de una sentencia, parece incontestable que no pueda obtener del juez, sea de aquel que ha rendido la decisión cuya ejecución se trata de detener, sea de otro, la facultad de dividir el pago. No puede obtenerla de otro juez porque un tribunal no tiene el derecho, fuera de los casos de recursos legales, de modificar la sentencia que ha sido rendida por otro. No puede tampoco obtenerla del mismo juez que ha rendido la decisión, pues este último ha agotado su poder: el juez no es dueño de su sentencia una vez que la ha rendido; no tiene el de-

(1) Baudry-Lacantinerie y Barde, t. 2. De las Obligaciones 3ra. ed. pág. 583, N. 1486. En sentido contrario, Carré y Chauveau, t. 1, 5ta, ed. pág. 619, Cuestión 526.

recho de modificarla, y la modificaría si autorizara la división del pago al cual ha condenado al deudor pura y simplemente. Es por otra lado lo que positivamente dispone el art. 122 del Código Civil: "En todos aquellos casos en que los tribunales puedan acordar plazos para la ejecución de sus sentencias, lo harán por la *misma sentencia que estatuya sobre la causa. . .*" Este punto es constante en la doctrina y la jurisprudencia (1).

Por el contrario es una cuestión delicada saber si el artículo 1244, párrafo 2, es aplicable cuando el título ejecutorio es un acto notarial. Si nos limitamos a consultar el texto del art. 1244, la afirmativa no podría dudarse. Este artículo, en efecto, está concebido en términos generales, y en consecuencia, su disposición parece aplicarse a los actos notariales ejecutorios. De otra parte, las palabras "sobreseer en las ejecuciones de apremio" suponen evidentemente que el deudor esta provisto de un título ejecutorio (paré), sin el cual no habría tenido el medio de comenzar las persecuciones. Ahora bien, quedarían estas palabras sin explicación si no se admitiese que se aplicasen al caso en que el deudor es perseguido en virtud de un acto notarial, pues se ha visto que no concierne al caso donde lo es en virtud de una sentencia. Se puede hacer la misma observación a propósito de las palabras finales del artículo: "Quedando todo en el mismo estado", porque no tienen sentido más que si las persecuciones han sido comenzadas y suspendidas lue-

---

(1) Laurent, t. 17, No. 578. Dalloz, Rep. Alf., Vo. Sentencia No. 454. Cpr. Nancy, 3 de junio de 1871, S., 72. 2. 131. D. P., 72.5.347. París, 2 de Dic. de 1871, S. 72.2.121.D.P.72.2.71. Sin embargo, los jueces tienen la facultad de acordar al deudor uno o varios plazos sobre las contestaciones incidentales y nuevas resultantes de la ejecución de la sentencia.

go, salvo, dado el caso, a ser reemprendidas (1). En fin, cuando el título del acreedor es un título notarial ejecutorio, el motivo que ha dictado la disposición del art. 1244, párrafo 2, lejos de no aplicarse es más apremiante que cuando el acreedor no tiene título ejecutorio (paré). En la primera hipótesis en efecto, la persecución puede ser ejercida con más prontitud, y por consiguiente, es tanto más útil cuanto que los tribunales puedan tomar en consideración la situación desgraciada del deudor. Es esta la opinión de Baudry-Lacantinerie y Barde, así como la de Laurent y otros, la que compartimos. Además, la jurisprudencia está firme en ese sentido (2).

Sin embargo, varias objeciones le han sido dirigidas a esta opinión, pero todas fuera de los términos del art. 1244, párrafo 2. Ninguna se ha considerado fundada.

En primer lugar, se invoca el principio constitucional de la división de los poderes. Se argumenta diciendo, que es el jefe del poder ejecutivo quien declara el acto ejecutorio; por tanto el poder judicial no puede suspender una ejecución que es ordenada por el poder ejecutivo. A este respecto la Corte de Pau ha dado una respuesta concluyente diciendo que hay un poder que manda al rey y a los tribunales: el poder legislativo; ahora bien, el legislador ha dado al juez el derecho de detener las persecuciones, aunque estas persecuciones se hagan en virtud de un acto auténtico (3).

Se ha objetado igualmente que, cuando el acreedor es portador de un título ejecutorio, no tiene necesidad, para

---

(1) Aubry et Rau, t. 4, 5ta. ed., pág. 270. Nota 29.-Chauveau sur Carre, Leyes de Proc. t. I. Cuestión 524.— Laurent, t. 17, Nº 581 pág. 275.

(2) Véase las múltiples citas hechas por Baudry-Lacantinerie y Barde, 3ra. ed., t. 2, De las Obligaciones, pág. 585, nota 2

(3) Pau, 12 de junio de 1832, Dalloz, Palabra Obligs., Nº 1778, 2º

proceder a la ejecución, de dirigirse a los jueces, y por consiguiente estos últimos, no estando apoderados, no pueden conceder ningún plazo al deudor. Pero este argumento se considera sin valor. Supone, en efecto, que si los tribunales tienen la facultad de acordar plazos, es porque les ha sido reconocido por la doctrina y la jurisprudencia, como consecuencia del poder que ellos tienen de condenar; suponer en otros términos, que se razona así: desde el momento en que los jueces tienen el derecho de pronunciar la condenación, tienen igualmente el de subordinar la ejecución a la condición de que no tendrá efecto antes de la expiración de cierto plazo impartido por ellos al deudor. Pues bien, no es en virtud de este razonamiento que los jueces tienen la facultad de acordar términos al deudor. Tal facultad le ha sido atribuída por la ley misma, y por tanto el deudor puede pedir directamente el hacer uso de ella en su provecho.

Por último, la tercera objeción resulta de la combinación de los arts. 1244, párrafo 2, y 2212 del Código Civil. El segundo de éstos textos prevé una persecución por expropiación forzada de los inmuebles del deudor, en estos términos: "Si el deudor justifica por arrendamientos auténticos, que la renta neta y líquida de sus inmuebles durante un año es bastante para el pago del capital de la deuda, intereses y costas, y ofrece delegarla en favor del acreedor, pueden suspenderse los procedimientos por los jueces, sin perjuicio de continuarse si sobreviniese alguna operación u obstáculo para el pago". Puesto que la persecución de que se trata tiende a una expropiación forzada, el acreedor está armado evidentemente de un título ejecutorio, por consiguiente, de una sentencia o de un acto notarial. Así, cuando el acreedor funda su persecución sobre un título de tal naturaleza, el deudor no puede obtener un plazo sino bajo

las condiciones del art. 2212. Esto nos dice que, el art. 1244, párrafo 2, bajo las solas reservas por el indicadas, deja a los jueces un poder soberano de apreciación en cuanto a la concesión de plazos y por tanto es inaplicable si el acreedor esta provisto de un título ejecutorio, que éste sea una sentencia o un acto notarial. Tal interpretación se considera inexacta. La disposición del art. 1244, párrafo 2, no es extraña al caso en que el título ejecutorio es un acto auténtico. No es necesario decir que en esta hipótesis el art. 1244, párrafo 2, no admite el término de gracia y que el 2212 hace excepción a este principio en el caso y bajo las condiciones que él determina. El art. 1244, párrafo 2, autoriza sin distinción el término de gracia. Si no hubiera más que su disposición, los tribunales podrían, aun cuando el acreedor persiguiera la expropiación de los inmuebles del deudor, conceder a este uno o varios plazos, bajo la sola condición de usar de este poder con reserva y de acordar plazos moderados. Ahora bien, el art. 2212, restringiendo el dominio de la regla, subordina para el caso de esta expropiación, la concesión del término de gracia a condiciones particularmente rigurosas. Pero esta disposición se justifica por si sola. El término de gracia es incompatible con el procedimiento de expropiación forzada, cuyas formalidades deben ser cumplidas en los plazos fijados por el legislador. Cuando este procedimiento está comenzado, no se comprende que la inutilidad de la expropiación venga a ser demostrada; ahora bien, es precisamente lo que sucede cuando el deudor satisface las condiciones exigidas por el art. 2212.

Nosotros consideramos, con Baudry-Lacantinerie y Barde (1), Laurent (2) y otros, que la disposición del art.

(1) T. 2, pág. 587, No. 1490.
(2) T. 17, págs. 571-73, No. 579.

2212 constituye una excepción a la regla del art. 1244, párrafo 2. Pero también se interpreta el art. 2212 como derogatorio, no al art. 1244, párrafo 2, sino al 122 del Código de Procedimiento Civil. Según este texto, como se ha visto, un plazo de gracia no puede ser acordado para la ejecución de una sentencia, sino por la misma decisión que se trata de ejecutar. Pero por excepción seria de otra manera, cuando hubiera embargo inmobiliario y que el deudor satisfaciera las condiciones exigidas por el art. 2212. En la obra indicada en la nota Nº 1, dichos autores citan a Colmet de Santerre, para decir que este último autor aprueba esta explicación; pero generaliza diciendo que el art. 2212 es aplicable en las diversas hipótesis previstas por el art. 124 del Código de Procedimiento Civil, suponiendo que el deudor tenga la capacidad necesaria para delegar las rentas de sus inmuebles en favor del acreedor.

Dicha interpretación no es admisible y el motivo para descartarla ha parecido decisivo. Es que dicho argumento presenta el grave defecto de suponer que el art. 2212, deroga las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, es decir, a disposiciones que, en el momento en que fueron escritas no existían todavía.

15.— El art. 1244, párrafo 2, encuentra tres categorias de excepciones: las del Código Civil, las del Código del Procedimiento Civil, y las del Código de Comercio.

I.— Excepciones contenidas en el *Código Civil.*— Resulta de varias disposiciones del Código Civil que en algunos casos, los jueces no pueden acordar plazos. Estas disposiciones son:

1º— El art. 1655, párrafos 1 y 2, dice: "La rescisión de la venta de un inmueble queda hecha consecutivamente, si el vendedor está en peligro de perder la cosa y el precio. Si no existe este peligro, puede conceder el juez un plazo al comprador, más o menos largo, según las circunstancias". Es de otro modo si el peligro existe. Aunque esta disposición no se refiere expresamente sino a la venta de inmuebles, muchos autores piensan que conviene aplicarla a la venta de muebles. Justifican esta solución por la facilidad de circulación de los muebles.

La última parte del art. 1655 está concebida en los términos siguientes: "Pasándose este término sin que haya pagado el comprador, se pronunciará la rescisión de la venta"; de donde se desprende, que si el comprador ha obtenido un plazo de gracia y lo deja pasar sin pagar el precio, los jueces no pueden acordarle uno nuevo, y están obligados a pronunciar la resolución de la venta (1).

2º— El art. 1656: "Si al hacerse la venta de un inmueble se ha estipulado que faltándose al pago del precio en el término convenido, se rescindirá de pleno derecho la venta, esto no obstante, puede el comprador pagar después de la terminación del plazo, si no se le ha constituído en mora por un requerimiento; pero después de éste, no puede el juez concederle otro plazo". La mayor parte de los autores estiman que esta disposición no tiene nada de particular a las ventas de inmuebles y que encierra simplemente una aplicación de un principio común a todos los contratos sinalagmáticos. Por tanto, consideran que es necesario generalizar y decir: cuando se ha convenido, en un contrato sinalag-

(1) Véase Laurent, t. 24, Nº 342. Baudry-Lacantinerie y Saignant, De la venta, No. 547.

mático, que, a falta por las partes de ejecutar sus compromisos en el término convenido, el contrato será resuelto de pleno derecho, pudiendo sin embargo ejecutarlo después de la expiración de ese término, en tanto que no han sido puestas en mora por un requerimiento (sommation); pero después de haber sido puestas en mora, no pueden obtener plazo de gracia.

3º— "En materia de venta de géneros y efectos mobiliarios, tendrá lugar la rescición de la venta de pleno derecho, y sin requerimiento, en provecho del vendedor, después de la expiración del término convenido para retirarlos". Artículo 1657. Esta disposición excluye la posibilidad de la concesión de un plazo por el juez. Pero si las partes no han fijado término para retirarlos, un requerimiento no podría producir la resolución de pleno derecho, y el tribunal podría, aun después de esta intimación, conceder un plazo al comprador.

4º— "El término fijado (para el ejercicio de la acción en retracto, remeré) es riguroso: no puede prolongarse por el juez". Artículo 1661 ([1].)

I.— Excepciones contenidas en el *Código de Procedimiento Civil.*— El Código de Procedimiento Civil enumera también varias excepciones al principio del art. 1244, párrafo 2, al decir en su artículo 124 que el deudor no podrá obtener un plazo de gracia ni gozar de aquel que le haya sido acordado:

1º— "Si sus bienes han sido subastados a requerimiento de otros acreedores". Esta venta forzada prueba o al

(1) V. Baudry-Lacantinerie y Saignant, De la Venta, No. 613.

menos hace muy probable la insolvencia del deudor. Ahora bien, el término de gracia no es admitido en favor del deudor que es insolvente, sino solo a aquel que está momentáneamente en situación embarazosa y que podría liberarse si se le acuerda un plazo. Poco importa, por otro lado, que los bienes vendidos sean muebles o inmuebles.

2º— "Si se halla en estado de quiebra". Es necesario extender a la ruina (deconfiture) lo que el art. 124, dice de la quiebra? Desde el punto de vista de los principios, la afirmativa no es dudosa, puesto que la ruina (deconfiture) es el estado de insolvencia, mientras que el quebrado puede no ser insolvente; hay pues un argumento *a fortiori* para rehusar al deudor civil que es insolvente, un favor que la ley rehusa o retira al deudor comerciante que cesa en sus pagos. Un tribunal de primera instancia había acordado un plazo de gracia al deudor, en interés de los acreedores mismos, pues había todas las probabilidades de que los bienes aumentaran de valor. Como se ve, la decisión era equitativa, pero contraria a la ley; fué reformada en apelación por el motivo de que el deudor en ruina (deconfiture) no podía obtener un plazo, ni gozar de aquel que le había sido acordado, puesto que el deudor reconoce él mismo su insolvencia (1).

3º— "Si el deudor está en estado de contumacia". En este caso, en razón de su rebelión, el acusado no amerita que se le acuerde un favor, como lo es la concesión del plazo de gracia.

Hay controversia respecto a lo que debe entenderse por contumacia y si es aplicable en materia civil. Así, Larom-

(1) Véase Poitiers, 17 de junio de 1862, D. P., 64. 2. 22.

biere, citado por Baudry-Lacantinerie y Barde, en su tomo 2, De las Obligaciones, Tratado Teórico y Práctico de Derecho Civil, dice: "Por estado de contumacia, no es necesario entender solamente la desaparición del deudor perseguido criminalmente; esta expresión tiene un sentido más extenso y apropiado en la ley civil. Un deudor está, pues, en estado de contumacia, cuando ha desaparecido, cuando se ha escondido, sustrayéndose a las persecuciones de sus acreedores, y poniendo fraudulentamente entre ellos y él, grandes distancias".

Esta interpretación ha parecido inexacta. La expresión contumacia pertenece exclusivamente al lenguaje del derecho criminal, y su significación está precisada por el art. 456 del Código de Instrucción Criminal francés, correspondiente al 334 nuestro, concebido así: "Cuando después de la deliberación de la Cámara de calificación, enviando al procesado al tribunal criminal, el acusado no pudiese ser aprehendido o no se presentare dentro de diez días después de la notificación que se le hubiere hecho de ella en su domicilio; o cuando después de haberse presentado o de haber sido aprehendido se evadiere, el presidente del tribunal de primera instancia, y a falta de él, el juez que haga sus veces, proveerá un auto mandando que se presente en nuevo plazo de diez días, bajo apercibimiento de que será declarado rebelde a ley, suspenso del ejercicio de los derechos de ciudadano; que se procederá al secuestro de sus bienes durante la instrucción de la contumacia; que durante el mismo tiempo le será prohibida toda acción en justicia; que se procederá contra él, y que toda persona está obligada a indicar el lugar donde él se hallare. En este auto se hará además mención del crimen y del mandamiento de captura". Así, pues, el acusado que no se presente en el plazo fijado

por este texto, está en estado de contumacia. Por tanto, no puede haber contumacia más que en materia criminal, en el sentido estrecho de esta expresión, es decir, en el caso de persecuciones ante el tribunal criminal. De aquí se desprende que no podría haber contumacia, cuando se trata de una persecución correccional o de simple policía. Con mayor razón, no es admisible que se hable de contumacia en materia civil. Cuando un término del lenguaje jurídico contiene un sentido legal y bien definido, hay que abstenerse de darle otro (1.)

4º— "Si el deudor está preso". En este caso, está privado igualmente del beneficio de la ley; el art. 124 del Código de Procedimiento Civil no dice si es por deudas o por una infracción penal que el deudor está en prisión. Puesto que la ley no distingue, no hay lugar de hacerlo.

5º— "Cuando por causa suya, hubieren disminuído las seguridades que había dado al acreedor por su contrato". Expresiones análogas se encuentran en el art. 1188, y los autores reenvian a los comentarios hechos a propósito de dicho artículo. Se agrega que, puesto que según el art. 1188 la disminución de las seguridades dadas por el contrato entraña caducidad del término convencional, debía, con mayor razón, entrañar caducidad del término de gracia, fundándose este último solamente en consideraciones de favor.

Si se compara el art. 124 del Código de Procedimiento Civil con el 1188 del Código Civil se constata que los casos

---

(1) Aubry et Rau, t. 4, 5ta. ed., pág. 269, nota 23. Laurent, t. 17, No. 576, pág. 568. Baudry-Lacantinerie, t. 2, De las Obligaciones, 3ra. ed. pág. 597.

en que la caducidad es infligida, son más numerosos para el término de gracia, que para el término de derecho. Nada más natural, puesto que el primero es un término de favor, mientras que el segundo existe en virtud de la convención misma.

II.— Excepciones contenidas en el *Código de Code Comercio.*— El Código de Comercio encierra una importante derogación al principio del art. 1244, párrafo 2. En los términos del art. 157 del Código de Comercio: "Los jueces no pueden conceder ninguna moratoria para el pago de una letra de cambio". Esta disposición se aplica también al pagaré a la orden. Argumento art. 187 del Código de Comercio.

Respecto a dichas excepciones, tanto la doctrina como la jurisprudencia, lejos de extender sus disposiciones, han tratado de restringirlas en su aplicación. Es que tal es el derecho común en materia de excepciones, el de ser de estricta interpretación. Así, de un lado, se han admitido excepciones a la regla presentada en los artículos citados, es decir, en materia de letra de cambio, y de otro lado, se ha estrictamente encerrado en sus límites esta regla, no aplicándose sino en materia de letra de cambio o de pagaré a la orden y declarándola inaplicable en toda otra materia, aun comercial. En tal sentido se ha juzgado: 1º- Que en razón de circunstancias extraordinarias y fuera de toda previsión, los tribunales de comercio han podido acordar un plazo al suscriptor de una letra de cambio, no obstante el art. 157 del Código de Comercio (Metz, 5 de julio de 1814).
2º- Que los tribunales de comercio pueden, en circunstancias desgraciadas, acordar término al deudor para el pago de una letra de cambio, cuando se ha reconocido que ha sido

suscrita por causa civil, y que las partes son parientes próximos (Colmar, 22 de noviembre de 1815) (Véase Dalloz. Repert. de Legis. palabra Obligaciones, tomo 33, Nº 1781). En estas dos especies, las circunstancias eran tan imperiosas, que fué imposible no hacer doblegar el rigor de la regla.

Como se ve, en estos casos se considera que no hay violación de los arts. 157 y 187 del Código de Comercio, y que se puede acordar un plazo, cuando se trata de una letra de cambio o de un pagaré a la orden cuya causa no es comercial. (En este sentido véase también Carré y Chauveau, Leyes de Procedimiento, 5ta. ed., I, Cuestión 522).

§ III.— **Efectos del plazo de gracia. Sumario: 16.**— Efectos generales del plazo de gracia.— **17.**— Poder del acreedor respecto a la realización de un embargo retentivo en el curso de un plazo de gracia.— **18.**— Personas a quienes aprovecha el plazo de gracia.

16.— El plazo de gracia tiene por efecto "sobreseer a las ejecuciones de apremio", en consecuencia las persecuciones hechas después de la concesión de este plazo deben, si el acreedor lo pide, ser anuladas con daños y perjuicios.

Pero el término de gracia no podría anonadar las persecuciones anteriores, porque no entraña sobreseimiento, si no "quedando todo en el mismo estado". Así, los actos de persecución realizadas antes del otorgamiento de este término conservan todo su valor. De otra parte, si la ley hubiera admitido la solución opuesta, es al deudor a quien habría perjudicado su disposición, puesto que habría tenido por consecuencia hacer necesarios nuevos gastos que soportaría el deudor mismo.

El término de gracia, a diferencia de término de derecho, "no hace obstáculo a la compensación". Art. 1292. Si los jueces acuerdan un plazo, es porque es imposible o al menos muy difícil para el deudor ejecutar la obligación. Ahora bien, cuando el deudor se hace acreedor de su propio acreedor, el obstáculo que se oponía al pago propiamente dicho no es de tal naturaleza que impida que las dos deudas se extingan recíprocamente hasta la concurrencia de la más débil. Sería por otro lado contrario a la equidad, que el acreedor fuera obligado a pagar su deuda, cuando al mismo tiempo no fuera admitido a exigir el pago de su acreencia.

En los términos del art. 125 del Código de Procedimiento Civil: "Los actos conservatorios serán válidos, no obstante el plazo acordado". Eso significa que el acreedor es admitido a hacer tales actos, aun después de la concesión de un plazo de gracia. Es que los actos conservatorios no son actos de persecución. De otra parte, puesto que el término de derecho no se opone al ejercicio de los actos conservatorios, huelga decir lo mismo para el plazo de gracia.

En virtud del mismo art. 125 del Código de Procedimiento Civil, se pregunta si la postura en mora entra en el número de los actos conservatorios, siendo como es, una agaravación de la situación del deudor al hacer correr daños y perjuicios y poner los riesgos a su cargo. Sin duda, la postura en mora es menos grave que el embargo retentivo, pero como hace más dura la situación del deudor, parece que no debía permitirse. Al contrario, la concesión de un plazo de gracia no podría hacer desaparecer el efecto de una postura en mora precedentemente notificada sin que se agravara la situación del acreedor. Según la opinión más generalmente admitida, el plazo de gracia no solamente no

impide los actos estrictamente conservatorios sino que tampoco impide el embargo retentivo.

17.— La respuesta de esta cuestión debe deducirse del principio según el cual hasta la expiración del término de gracia los actos de ejecución están prohibidos al acreedor, y que solo los actos conservatorios son permitidos. Ahora bien el embargo retentivo tiene un carácter mixto. No es solamente un acto conservatorio, es también un acto de ejecución. Este doble carácter resulta del hecho de ser dicho embargo para el acreedor embargante un simple acto conservatorio; pero, con respecto del embargado, tiene un alcance más general: el de hacer indisponible una cosa que le pertenece, y tiene en este aspecto el carácter de un acto de ejecución. En razón de este carácter le está prohibido al acreedor. Además se agrega que iría al encuentro del fin perseguido por los jueces cuando acuerdan un plazo: los jueces entienden que el deudor pueda, administrando su fortuna y disponiendo de sus bienes, restablecer sus negocios y llegar de este modo a desinteresar al acreedor. Ahora bien, el embargo retentivo le quitaría la disposición de las sumas detenidas y podría hacerle fracasar en su empresa (1).

18.— El plazo de gracia aprovecha al deudor que lo ha obtenido. Suponiendo deudores conjuntos, el plazo que el tribunal ha concedido a uno de ellos solamente es, con relación a los otros, res *inter alios judicata.* Del mismo modo, el término de gracia no es oponible más que a aquel de los acreedores contra el cual ha sido acordado.

---

(1) Véase en este sentido Baudry-Lacantinerie y Barde, t. 2, pág. 593, No. 1495, 5ta. ed., Laurent, t. 17, No. 584, Grenoble, 26 de mayo 1882, S., 83. 2. 84. En sentido contrario, Chauveau sur Carré, Q. 1926.

"El plazo acordado para la ejecución de una "sentencia no aprovecha más que al deudor que "la ha obtenido y no liga más que al acreedor con- "tra el cual es acordado; de una parte, el plazo "concedido a uno de los deudores conjuntos, que "son perseguidos al pago de una misma obligación, "es res inter alios judicata para los otros a los "cuales el tribunal no ha creído deber acordarles "el mismo favor. Yo supongo deudores simple- "mente conjuntos, porque este caso no podría "presentarse en materia de solidaridad, teniendo "el acreedor el derecho de pedir a cualquiera de "los deudores el pago de toda la deuda (C. Civ. "art. 1200). No se comprendería tampoco que "un plazo fuese acordado a uno de los deudores de "una obligación indivisible sin ser a un mismo "tiempo acordado a los otros". Garsonnet y Ce- zar-Bru, Tratado de Procedimiento, t. 4 pág. 255, Nº 114 y nota Nº 2.

Por otra parte, la disposición del art. 124 del Código de Procedimiento Civil muestra, en efecto, que no obstante el plazo, los otros acreedores pueden embargar y hacer vender los bienes del deudor. En el caso de un plazo de gracia acordado a codeudores, su duración no puede ser la misma para todos. En este caso, cada deudor es objeto de un favor distinto.

Desde que el plazo ha expirado, el acreedor puede reemprender las persecuciones. No es necesario que el juez lo declare, puesto que al expirar el plazo, el favor acordado al deudor se ha agotado, y las partes se encuentran de nuevo bajo el imperio del derecho común.

Esto así, pues el atentado que el art. 1244, párrafo 2, permite llevar al derecho del acreedor es una medida exorbitante.

Cuando el tribunal ha autorizado al deudor a fraccionar el pago, el acreedor, a falta por parte del deudor de pagar uno de los términos, tiene el derecho de exigir inmediatamente el pago total. En efecto, si los jueces han permitido pagos parciales es con la condición de que el deudor pagará las fracciones de dudas en las épocas fijadas. Es inadmisible que el deudor pueda, por su propia autoridad, agravar la situación hecha por el tribunal al acreedor.

Sin embargo, el deudor puede, pagando el término vencido, detener las persecuciones y conservar así el derecho de aprovecharse de los otros plazos.

§ IV.— Cálculo del plazo de gracia. Sumario: 19.— Comienzo. **20.**— Expiración.— **21.**— Notificación de la sentencia en defecto con respecto al plazo de gracia.

19.— Es preciso distinguir. Si la sentencia es contradictoria, el plazo de gracia corre a partir de la pronunciación de la sentencia. Si se trata de una sentencia en defecto, a partir de su notificación. Es lo mismo si se trata de una sentencia arbitral. Si hay apelación el punto de partida es el día del fallo confirmativo (1).

20.— Según un fallo de la Corte de Lyon del 7 de febrero de 1834, se debe comprender en el plazo de gracia dado por una sentencia, el día en que expire el plazo. Por tanto, los actos de ejecución forzada no son permitidos ese día (2).

(1) Véase Dalloz, Nouveau Code Civil, t. 3., pág. 112, No. 45.
(2) Carré y Chauveau, Leyes de Proc. t. 1., Q. 236, 5ta. ed.

21.— Carré y Chauveau en su obra citada en la pregunta anterior, con M. Pigeau, son de opinión que el legislador, para mejor poner al condenado en la medida de ejecutar la sentencia, y de aprovecharse en toda su extensión de las facilidades acordadas, ha querido que la sentencia le sea notificada a persona o a domicilio, así como a su abogado. Sin embargo, agregan los mismos autores, que tal cosa no es aplicable más que cuando hay necesidad del concurso de la parte para ejecutar la cosa ordenada; porque, si el abogado puede satisfacerla solo, la notificación a él es suficiente.

§ V.— Plazo de gracia en el embargo inmobiliario y costas.— Sumario: 22.— Aplicación del art. 1244 en el embargo inmobiliario.— **23.—** El art. 131 del Cod. de Procedimiento Civil y su reforma.

22.— Tanto la jurisprudencia francesa como la dominicana son contextes al decir que la facultad acordada a los jueces por el art. 1244 del Cod. Civil, de conceder plazos de gracia al deudor, no puede aplicarse después de iniciado un procedimiento de embargo inmobiliar. Las razones que aducen en este sentido es que el procedimieno de dicho embargo es un procedimiento excepcional, regido por disposiciones especiales, que fija y escalona los plazos sucesivos de las formalidades a cumplir, siendo esto así, para abreviar en cuanto sea posible, dicho procedimiento. Por tanto, resultaría incompatible con este procedimiento excepcional y rápido, el cual empieza con el proceso verbal de embargo, que los jueces, en virtud del art. 1244 del Código Civil usaran de la facultad de conceder en ciertos casos plazos de gracia al deudor, "quedando todo en el mismo estado". Así pues, en materia de embargo inmobiliario, solo es posible la obtención de un plazo de gracia, en el espacio comprendido del

mandamiento de pago al embargo; pero una vez iniciado éste ya no procede, y solo es posible el aplazamiento de la adjudicación por no menos de quince ni más de sesenta días en virtud del art. 703 del Cód. de Procedimiento Civil.

En el sentido de los anteriormente dicho citaremos a continuación dos sentencias de nuestra Suprema Corte de Justicia de fechas 31 de agosto de 1932 y 26 de abril de 1933, respectivamente.

La primera dice en uno de sus considerandos:

"Considerando, que el art. 1244 del Cód. Civil "invocado por el tribunal en la sentencia impug- "nada no se aplica al caso de embargo inmobiliar; "que el único plazo que puede ser acordado en esta "materia es el previsto por el art. 703 del Cód. de "Proc. Civil que debe ser pedido el día de la ad- "judicación y no puede ser menor de quince días ni "mayor de sesenta; que en consecuencia al conce- "der el día de la adjudicación al intimado señor "Blas Migala un plazo mayor que el citado de "quince a sesenta días y aplazar por el término "de un año la venta en pública subasta de los in- "muebles embargados en perjuicio de él por el "recurrente señor Manuel Minaya, el Juzgado de "Primera Instancia del Distrito Judicial de Puerto "Plata hizo por la sentencia impugnada una mala "aplicación del art. 1244 del Cod. Civil y violó el "art. 703 del Cod. de Procedimiento Civil por lo "que debe ser acogido el presente recurso y casada "dicha sentencia".

La segunda de dichas sentencias, fué la rendida en ocasión del recurso de casación interpuesto por el Licencia-

do Domingo Ferreras, contra sentencia de la Corte de Apelación del Departameno de La Vega, de fecha 30 de julio de 1932, dictada en favor del señor Horacio Francisco Ariza.

El Licenciado Ferreras, recurrente en dicho recurso, alegaba contra la sentencia impugnada, la violación del art. 1244 del Cód. Civil y errónea aplicación del art. 703 del Código de Proc. Civil.

La Suprema Corte de Justicia, después de haber deliberado y visto los arts. 1244 del Código Civil y 71 de la ley sobre el procedimiento de Casación:

"Considerando, que la facultad acordada a los "jueces por el art. 1244 del Cod. Civil de conceder "plazos de gracia al deudor no puede aplicarse "después de iniciado un procedimiento de embargo "inmobiliar; que este es un procedimiento excep- "cional regido por disposiciones especiales, que fi- "ja y escalona los plazos sucesivos de las forma- "lidades a cumplir; que esos plazos han sido fija- "dos para abreviar en cuanto sea posible, el proce- "dimiento de embargo inmobiliar, resulta por con- "siguiente incompatible con ese procedimiento "excepcional y rápido, el cual empieza con el pro- "ceso verbal de embargo, la facultad que tienen "ordinariamente los jueces, en virtud del art. 1244 "del Cod. Civil de conceder en ciertos casos plazos "de gracia al deudor quedando todo en el mismo "estado".

23.— Originalmente el art. 131 del Cod. de Procedimiento Civil decía: "Sin embargo, se podrán compensar las costas en todo o en parte, entre cónyuges, ascendientes, des-

cendientes, hermanos y hermanas o afines en los mismos grados. Los jueces pueden también compensar las costas, en el todo o en parte, si los litigantes sucumbieren respectivamente en algunos puntos". Por una ley del 22 de mayo del año en curso (1940) fué reformado dicho artículo agregándosele la frase "o cuando concedan un plazo de gracia a algún deudor".

El art. 131 del Cód. de Procedimiento Civil enumera los casos en los cuales los jueces tienen la facultad de compensar las costas y la reforma ha consistido en agregar un caso más, que es cuando se conceda un plazo de gracia al deudor

Consideramos con la doctrina y jurisprudencia francesas, que la condenación a las costas del deudor que obtiene un plazo de gracia, es muy justa, pues al ser esta medida un favor en beneficio exclusivo del deudor, es lógico que sea él quien soporte los gastos. Es esto lo que nos dicen los autores:

> Sirey, año 1878, 2ª parte, pág. 47. Ultimo considerando de la sentencia de la Corte de Bourges, del 9 de noviembre de 1878 respecto de los gastos en caso de plazo de gracia: "CONSIDE-"RANDO: que todos los gastos realizados han te-"nido por objeto un temperamento de favor al "ejercicio del derecho de acreedor; que el deudor, "que se beneficia, debe solo soportar los gastos. . ." "Fruzier Herman, tomo 16, Depens, Nº 1932: "Especialmente, una tal condenación a los gastos "debe ser pronunciada. . . " Nº 1942: "Contra "la parte que obtiene un plazo de gracia para li-"berarse de la condenación". Bourges, 9 de nov.

1870, Mengin. (S. 71.2.47, P. 71.2.66, D. 72. 2.212).

No obstante, los motivos dados por nuestra Suprema Corte, al proponer la modificación del art. 131 del Código de Procedimiento Civil nos muestran que es muy equitativo el extender la facultad del juez para compensar las cosas en el caso propuesto. Nuestra Suprema Corte de Justicia se expresa de la manera siguiente al insinuar la modificación del referido artículo:

"La concesión de un plazo de gracia a algún "deudor, autorizada por el art. 1244 del Código "Civil, solo tiene por fundamento razones de hu- "manidad, y no que el acreedor esté en falta; y "por ello resulta ilógico que tal acreedor no pueda "oponerse a la concesión indicada, —por que en- "tienda que su deudor no la merezca—, sin expo- "nerse a una condenación, ineludible, al pago de "las costas. A corregir esa situación va endereza- "da la reforma que, del art. 131 del Código de "Procedimiento Civil, se propone, extendiendo a "los casos aludidos la facultad que tienen los jue- "ces en determinadas condiciones, para compen- "sar las costas". (Boletín Judicial Núm. 358, pág. 326, de mayo de 1940).

SEGUNDA PARTE

EL PLAZO DE GRACIA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA FRANCESA Y DE LA DOMINICANA

CAPITULO III

Intervención de la Corte de Casación en materia de plazos de gracia

§ I.— Puntos de vista de la jurisprudencia francesa y de la dominicana.— Sumario: 24.— Necesidad de distinguir desde el punto de vista de los motivos, entre las sentencias que acuerdan y aquellas que rehusan un plazo de gracia.— 25.— Control de la Corte de Casación sobre el poder discrecional de los jueces de fondo en materia de plazo de gracia.— 26.— Discreción y arbitrariedad.— 27.— Función de la Suprema Corte de Justicia en la auto-limitación del poder discrecional de los jueces de fondo.— 28.— Conclusión.

24.— Hay una diferencia notable desde el punto de vista de los motivos, entre las sentencias que acuerdan y las que rehusan un plazo de gracia.

Las primeras, como toda sentencia deben ser motivadas, especialmente porque la facultad que tienen los jueces para otorgar esos plazos, es una facultad exorbitante que el mismo legislador ha querido circunscribir a casos excepcionales, disponiendo en el artículo 1244, que deben usar de

este poder con mucha discreción, y prescribiendo en los arts. 122 y siguiente del Cod. de Procedimiento Civil la forma de ejercitarlo y los casos que le está vedado en absoluto su ejercicio.

En cuanto a las segundas, esto es, las que rehusan un plazo de gracia, no necesitan, por el contrario, ser motivadas.

En efecto, si es cierto que en principio los tribunales están obligados a motivar en hecho y en derecho sus decisiones, no es menos cierto que este principio sufre excepción en aquellas sentencias que, como los que rehusan un plazo de gracia, son rendidas en virtud de un poder de apreciación discrecional ilimitado. Tal es lo que nos dicen Gersonnet y Cezar-Bru, cuando afirman en el tomo IV, pág. 260, Nº 115, que:

> "los tribunales gozan en esta materia de una "libertad casi absoluta: ellos pueden, siempre re- "husar los plazos de gracia y no tienen la obliga- "ción de motivar su negativa, que no es sino el ejer- "cicio de un poder discrecional".

Tal es también lo que se lee en Dalloz, Repertorio Práctico, tomo 8, pág. 466, Nº 725 in fine, cuando dice:

> "los jueces no están obligados a motivar, ni aun "de expresar que rehusan acordar un plazo de "gracia".

Es por otra parte lo que nuestra Suprema Corte de Justicia ha expresado en su fallo del 17 de marzo del año 1937, al decir en la parte final de su último considerando:

> "y por último, que los jueces no están obligados "a motivar los fallos en los cuales niegan una pe-

"tición de plazo de gracia del deudor, en razón de "que al ordenar la ejecución de su decisión, mani- "fiestan suficientemente los motivos de dicha ne- "gativa; que, por consiguiente, este medio se re- "chaza". (V. Boletín Judicial, Nº 320, pág. 146, sentencia del 17 de marzo de 1937).

Es tan extenso, por otra parte, el poder discrecional que en esta materia gozan los jueces, que éstos podrían aun en su sentencia reconocer la existencia de todos los elementos indispensables para la concesión de un plazo, sin que por esta circunstancia estuviesen obligados a su otorgamiento. De ahí que, como lo afirman Glasson y Colmet-Deage en su Tratado Teórico de Procedimiento Civil, 2da. edición, tomo 1, pág. 530, y con ellos una doctrina casi unánime:

"el deudor a quien se ha negado por el tribunal "la concesión de un plazo, no puede hacer de esta "negativa un motivo de apelación".

25.— La doctrina y la jurisprudencia francesa están de acuerdo en que la Corte de Casación carece de competencia legal para exigir, en esos casos, que los jueces de fondo ejerzan su poder discrecional dentro de ciertas circunstancias de hecho; porque de ese modo, la Corte de Casación haría lo que solo corresponde al legislador. Así, la Corte de Casación francesa se negaría a casar una sentencia aunque considerara que los plazos concedidos por los jueces de fondo son excesivos o que las circunstancias de hecho no parecen justificar la concesión de ningún plazo.

Veamos los motivos por los cuales la Corte de Casación francesa se negaría a intervenir en materia de plazos de gra-

cia. Dichos plazos son otorgados en virtud del poder discrecional de los jueces de fondo, cuestión de hecho, y por tanto, no susceptible de intervención por parte de la Corte de Casación, cuya función es reglamentar el derecho. A este respecto los autores se expresan así:

"No hay casación posible siempre que los jue-
"ces cuya decisión ha sido objeto de un provei-
"miento, han decidido sin control y en virtud de un
"poder soberano de apreciación. Las decisiones
"tomadas en virtud de un poder discrecional esca-
"pan necesariamente a la censura de la Corte de
"Casación por el solo hecho de que ellas emanan
"de un tribunal competente y resultan de una sen-
"tencia rendida en la forma legal. El ejercicio de
"un poder discrecional es, por la fuerza de las co-
"sas, incompatible con un control cualquiera".
(Garsonnet y Cezar-Bru, t. 6, pág. 657, Nº 374).

"La duración del plazo de gracia no ha sido li-
"mitado por el legislador. Por consecuencia, si el
"acreedor estima que los jueces han acordado un
"plazo demasiado largo, pueden encontrar un mo-
"tivo (grief) de apelación, pero no de casación".
(F. Labori, Repertoire du Droit Francais, t. 9, pág. 822, Nº 91).

"En general la facultad dada por el art. 1244
"es un poder de equidad, cuyo empleo no puede
"ser el objeto de un medio de derecho contra la
"sentencia, en el sentido de suministrar materia de
"casación, pero podría, si se abusara constituir un
"motivo de apelación. Se ha decidido en este
"sentido: 1º que hay lugar de reformar una sen-

"tencia, cuando los plazos que acuerda al deudor "exceden evidentemente los límites de la modera- "ción que es mandada por la ley. (Colmar, 5 de "Dic. de 1816); 2º que el art. 1244 no entiende "dar a los jueces el derecho de acordar un plazo "de varios años". (Dalloz, Repertoire de Legislation, palabra Obligaciones, t. 33, Nº 1776).

No obstante la orientación de la jurisprudencia en el país de nuestra legislación de origen en el sentido anteriormente expuesto, dos sentencias de nuestra Suprema Corte de Justicia, las de fechas 31 de octubre de 1932 y 22 de diciembre de 1933, en los recursos de Olivar contra Félix y de Fernández Hnos. contra López, respectivamente, marcan una jurisprudencia nueva en esta materia. En el último de éstos casos, la sentencia impugnada dictada por la Corte de Apelación de Santo Domingo, que otorgaba al deudor un plazo de seis meses, fué casada porque no constaba en la sentencia que el deudor tenía bienes suficientes para garantizar a sus acreedores, aunque esta condición no ha sido expresamente requerida por el art. 1244. Y en el caso de Olivar contra Félix, en el cual la Corte de Apelación de Santo Domingo había dado a Félix un plazo de un año para el pago de su deuda hipotecaria, la Suprema Corte de Justicia no rechazó el recurso sino después de haber examinado las circunstancias del hecho y de haber comprobado que los jueces de fondo habían usado *discretamente* del poder que les confiere el art. 1244 en atención a que la casa hipotecada había sido destruida por el ciclón del 3 de Septiembre de 1930 y a que el deudor no había pagado oportunamente debido a los gastos que tuvo que hacer en la reedificación.

De dichas sentencias se desprende que nuestra Suprema Corte de Justicia parece sostener la tesis de que los jueces

de fondo están obligados a justificar que ellos han usado de su poder "con mucha discreción" y que los plazos son "moderados"; que, a falta de esa justificación, ha habido violación del art. 1244 del Código Civil.

Pero es forzoso convenir en que esas dos reglas que la Suprema Corte de Justicia ha encontrado en el citado artículo de la ley, no son normas jurídicas completas, las cuales pueden reducirse a una proposición condicional. El art. 1244 es una proposición de carácter incondicional, pues el legislador, al no precisar en qué casos se deberán conceder plazos y qué criterio deberá adoptar el juez para hacer esa concesión, se limita simplemente a crear un poder y a abandonar su ejercicio a la discreción de los jueces de fondo, dándole a dicho artículo el carácter de incondicionalidad que tiene.

Ahora bien, es necesario distinguir lo discrecional de lo arbitrario.

26.— El hecho de que el legislador no sujete a condiciones precisas el ejercicio de un poder discrecional no quiere decir que el juez proceda caprichosamente ni mucho menos abusivamente.

El art. 141 del Código de Procedimiento Civil obliga a los jueces a motivar sus fallos. De otro modo la sentencia no tendría otro fundamento que la voluntad personal del juez. La justicia es una función pública y el juez está obligado a fundamentar sus decisiones en la ley o en los principios del derecho. Cuando el juez concede un plazo a un deudor en falta no hace una gracia o don personal: administra justicia; está obligado a demostrar por qué su fallo es justo. Así, aunque el legislador no le haya suminis-

trado un criterio fijo, el juez encuentra criterios empíricos, que brotan de su conciencia al contacto con los casos particulares, y esos criterios empíricos son las circunstancias de hecho, a cuya existencia está subordinado el ejercicio de su poder discrecional. Solo de este modo, lo discrecional deja de ser arbitrario.

La diferencia que existe entre la función del juez frente a normas jurídicas completas y el ejercicio de un poder discrecional, es que, en el primer caso, su poder está limitado por la ley, mientras que en el segundo es el juez mismo quien limita su poder. Es lo que se ha llamado la hetero-limitación y la auto-limitación del poder.

27.— El poder discrecional, así concebido y comprendido, no es sino la fuente de una o muchas normas jurídicas. El legislador, que no ha podido formular normas jurídicas precisas, al conferir ese poder, deja a los tribunales en aptitud de buscar las soluciones justas y razonables, de acuerdo con los principios generales que rigen la elaboración del derecho. Gracias al poder discrecional, los jueces crean nuevas normas jurídicas de una especie de derecho inferior, derecho de transición que ha de servir de orígen y fundamento a un derecho más perfecto. Nuestro derecho positivo actual no es sino el fruto del poder discrecional de ayer, y el poder discrecional de hoy es el gérmen del derecho positivo del futuro.

Esta función creadora de la jurisprudencia no puede quedar abandonada a las posibles divergencias de los jueces de fondo, pues esto daría lugar a una verdadera anarquía jurisprudencial, a la formación de diversos derechos consuetudinarios, dentro del mismo país, al lado del derecho legislativo nacional. La Corte de Casación debe mantener la

unidad de todo nuestro derecho positivo, tanto del que nace directamente de la ley como del que se engendra, también de la misma ley, indirectamente, por el ordenado ejercicio del poder discrecional.

Nuestra Suprema Corte de Justicia, pues apartándose de la doctrina y de la jurisprudencia francesas, ha perfeccionado la institución de los plazos de gracia, requiriendo condiciones de hecho que no fueron especialmente previstas por la ley, y ha establecido orientaciones permanentes para todos los casos en que los jueces de fondo sean llamados a hacer uso de su poder discrecional.

28.— CONCLUSION.

Por las consideraciones hechas en curso de esta tesis, nosotros sostenemos que la interpretación dada por nuestra Suprema Corte al art. 1244 con relación al poder discrecional del juez sobre el plazo de gracia, está perfectamente de acuerdo con los principios de la interpretación jurídica y las necesidades de la realidad del medio social dominicano.

En consecuencia:

1º— El juez de fondo, para acordar al deudor el plazo de gracia del art. 1244, está obligado a justificar en su sentencia que las condiciones de hecho a que está sometido su poder por dicha disposición concurren en el caso: a) que ha usado de este poder con "*mucha discreción*"; y b) que los plazos concedidos son "*moderados*".

2º— La Suprema Corte en funciones de Corte de Casación, tiene poderes para verificar si las condiciones de hecho ya señaladas concurren en el caso, y a falta de éstas deberá casar la sentencia.

INDICE

PRIMERA PARTE

Del Plazo de Gracia en general (art. 1244 de Cód. Civil)

CAPITULO I

Historia del plazo de gracia.

§ I.— Evolución histórica del plazo de gracia.

	Nº	Pág.
Origen del plazo de gracia	1	9
Idea de la Justicia Retenida	2	10
Cartas de gracia (lettres de grace) y cartas de Justicia (lettres de Justice)	3	11
De las cartas de estado y de las cartas de gracia o que conceden un plazo (lettres d'etat y lettres de répit)	4	13
Críticas que se han dirigido al art. 1244, párr. 2, y razones que han determinado a los autores del Código a consagrarlo	5	16
Adopción del art. 1244 del Cód. Civil y su evolución en la legislación dominicana	6	19

CAPITULO II

Consideraciones de las reglas establecidas en el artículo 1244 del Código Civil.

§ I.— Análisis de la primera parte del art. 1244.

Regla establecida por el art. 1244 del Cód. Civil, primera parte, y sus excepciones	7	23
Excepciones	8	24
§ II.— Análisis de la segunda parte del art. 1244.		
Del plazo de gracia. Art. 1244, párrafo 2	9	27
Diversas especies de término: I. Término de derecho: a) Legal; b) Convencional; II. Término de gracia	10	28

	Nº	Pág.
Posición de las partes y su influencia en el plazo de gracia: I. Posición del deudor. II. Posición del acreedor	11	29
Derogación convencional del plazo de gracia	12	32
Poder del juez para acordar plazos de oficio	13	35
Poder del juez cuando el acreedor actúa en virtud de un título ejecutorio	14	36
Excepciones al principio del art. 1244, párrafo 2: I. Excepciones contenidas en el Código Civil. II. Excepciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil. III. Excepciones contenidas en el Código de Comercio	15	41
§ III.— Efectos del plazo de gracia.		
Efectos generales del plazo de gracia	16	48
Poder del acreedor respecto a la realización de un embargo retentivo en el curso de un plazo de gracia	17	50
Personas a quienes aprovecha el plazo de gracia	18	50
§ IV.— Cálculo del plazo de gracia.		
Comienzo	19	52
Expiración	20	52
Notificación de la sentencia en defecto con respecto al plazo de gracia	21	53
§ V.— Plazo de gracia en el embargo inmobiliario y costas.		
Aplicación del art. 1244 en el embargo inmobiliario	22	53
El art. 131 de Cód. de Procedimiento Civil y su reforma	23	55

SEGUNDA PARTE

El plazo de gracia a la luz de la jurisprudencia francesa y de la dominicana

CAPITULO III

Intervención de la Corte de Casación en materia de plazos de gracia

§ I.— Puntos de vista de la jurisprudencia francesa y de la dominicana.		
Necesidad de distinguir desde el punto de vista de los motivos, entre las sentencias que acuerdan y aquellas que rehusan un plazo de gracia	24	59
Control de la Corte de Casación sobre el poder discrecional de los jueces de fondo en materia de plazo de gracia	25	61
Discreción y arbitrariedad	26	64
Función de la Suprema Corte de Justicia en la autolimitación del poder discrecional de los jueces de fondo	27	65
Conclusión	28	66
Bibliografía		69

BIBLIOGRAFIA

AUBRAY et RAU, Droit Civil Francais, 5 edición.

BAUDRAY-LACANTINERIE, (G.).— Précis Théorique et Practique de Droit Civil, 3ra. ed., Des Obligations.

BAUDRY-LACANTINERIE y SAIGNAT, De la Vente.

BOLETIN JUDICIAL, órgano de la Suprema Corte de Justicia.

CARRE y CHAUVEAU, Lois de la Procédure Civile et Commerciale, 5ta. ed.

CATEDRAS DE HISTORIA DEL DERECHO DOMINICANO, Profesor Froilán Tavarez hijo, año lectivo, 1940-41 (inéditas).

DALLOZ, REPERTOIRE METHODIQUE ET ALPHABETIQUE DE LEGISLATION, DE DOCTRINE ET DE JURISPRUDENCE.

DALLOZ, Repertoire Pratique.

DALLOZ, Nouveau Code Civil.

ESMEIN (A.).— Histoire du Droit Francais, 2da. ed.

FRUZIER-HERMAN, Repertoire Générale Alphabétique du Droit Francais, Depens.

GARSSONET Y CEZAR-BRU, Traité Théorique de Procédure Civile y Commerciale, 3ra. ed.

GLASSON Y COLMET-DAAGE, Précis Théorique de Procédure Civile, 2da. ed.

LAURENT, (F.).— Droit Civil Francais, 5ta. ed.

LABORI (F.).— Répertoire Encyclopédique du Droit Francais.

PLANIOL ET RIPERT, Traité Pratique de Droit Civil Francais.

SIREY, RECUEIL-GENERALE DES LOIS ET DES ARRETS, EN MATIERE CIVILE, CRIMINELLE, COMMERCIALE ET DE DROIT PUBLIQUE.

BN
D-98
UASD
FCJ

UNIVERSIDAD DE SANTO DOMINGO
REPUBLICA DOMINICANA

Facultad de Derecho

¿PUEDEN LOS HIJOS NATURALES RECONOCIDOS VOLUNTARIAMENTE CON ANTERIORIDAD A LA PROMULGACION DE LA LEY DEL 26 DE MAYO DE 1939 SER OBJETO DE UN NUEVO RECONOCIMIENTO QUE VENGA A CONFERIRLES LAS VENTAJAS DE ESTA NUEVA LEY?

T E S I S
PARA EL DOCTORADO
Sustentada por

JOSE AMADEO RODRIGUEZ

AÑO ACADEMICO DE 1940 - 1941
N U M E R O : 2 6

"La Universidad no se hace solidaria de las opiniones emitidas por el sustentante". (Ordenanza Núm. 21-40 de fecha 30 de Stbre. de 1940).

EDITORIAL EL DIARIO : - : SANTIAGO, R. D.

EXPOSICION DEL TEMA A TRATAR

La reciente Ley del Congreso Nacional, relativa a la filiación natural, que establece una asimilación absoluta entre los hijos naturales voluntariamente reconocidos y los legítimos, ofrece campo propicio al comentarista para más de una especulación sobre su alcance y su consecuencia.

Hurgando en la estructura íntima del referido precepto legal, nos encontramos, primordialmente, frente a una situación jurídica que reclama un esclarecimiento inmediato y concreto. Es la siguiente: Podrían los hijos naturales reconocidos voluntariamente con anterioridad a la Ley del 26 de Mayo de 1939, ser objeto de un nuevo reconocimiento que venga a conferirles las ventajas de esta nueva ley?

Parécenos oportuno, antes de arribar al estudio del problema jurídico que hemos planteado, referirnos a la evolución histórica, doctrinal y legislativa, de la situación de los hijos naturales.

1.— CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS HIJOS NATURALES A TRAVES DE LA HISTORIA Y DE LAS LEGISLACIONES.— Es evidente que en la acepción absoluta de la palabra todos los hijos son natura-

914275

les. Pero, en el lenguaje jurídico, esta calificación se opone a la de hijos legítimos, y sirve para designar los hijos nacidos como fruto de la unión de personas que no son casadas entre sí. Son los hijos extramatrimoniales, a los cuales el antiguo derecho infamaba con el estigma de bastardos, y a quienes la incomprensión y la injusticia humanas han venido con una tenacidad secularmente sistemática, regateándoles casi hasta el derecho a la vida.

Difícil es imaginar cómo los más pulcros espíritus de todas las épocas han sancionado con su silencio la injusticia ancestral de que han sido víctimas seres inocentes, condenados a la más asboluta orfandad jurídica, como si la falta cometida por sus padres, pudiese encontrar sanción en quienes no tienen ninguna responsabilidad en el supuesto agravio a la institución matrimonial.

Casi no se concibe cómo se haya podido mantener por tanto tiempo y a través de tantas doctrinas y de tantas legislaciones, una desigualdad tan irritante entre los hijos nacidos al calor del hogar matrimonial y los nacidos al acaso, bajo el desamparo o al abrigo de una dudosa protección, en interés de enaltecer por caminos equivocados una institución religioso-legal que los hombres persistentemente se han empeñado en burlar.

Una valiente escritora antillana, consagrada reivindicadora de los derechos humanos, Mariblanca Sabas Alomá, criticando acerbamente la inícua diferencia legal entre los llamados hijos naturales y los legítimos, ha sintetizado esa extraordinaria injusticia de los hombres en frase lapidaria: "No hay hijos ilegítimos, lo que hay son padres ilegítimos". Nada más cierto ni más lógico que este aserto de la distinguida publicista cubana. Si alguna ilegitimidad, si algún

menoscabo a las instituciones y a las costumbres existe en el hecho de la procreación extramatrimonial, culpa será exclusivamente de los padres, que, dando espaldas a preceptos que debieran merecer el acatamiento de toda conciencia honrada, se complacen en traer a la vida seres en quienes la ley (no siempre reflejo de los anhelos sociales) hará gravitar poderosamente el fardo de una humillante inferioridad.

Remontándonos a las más lejanas épocas de la humanidad, encontramos en el Derecho Mosaico, que el hijo nacido de una prostituta era privado del derecho de ciudad hasta la décima generación. Los bastardos no heredaban ni a sus padres, les estaba prohibido contraer matrimonio entre sí. Tenían, sin embargo, el derecho de contraer matrimonio con una esclava, y sus hijos podían entonces ser beneficiados por la legitimación, porque si esta esclava era manumisa, los hijos, que seguían la condición materna, adquirían la ingenuidad.

2.— DERECHO GRIEGO.— En Atenas, los bastardos no heredaban: estaban además afectados de la incapacidad de tomar parte en los sacrificios y en las demás ceremonias del Culto. Sin embargo, gozaban del derecho de ciudad y solo fueron desposeidos de este derecho en la época esplendorosa de Pericles. Pero este monarca, habiendo perdido todos sus hijos legítimos y no teniendo más que un hijo natural, hizo abrogar la ley que había hecho dictar algunos años antes y los hijos naturales fueron readmitidos al goce del derecho de ciudad.

3.— DERECHO ROMANO.— En Roma, no obstante, el profundo conocimiento jurídico y la luminosa compren-

sión de los intereses sociales que alcanzaron sus jurisconsultos, los hijos que no habían nacido ex-justis nuptiis estaban también colocados en una situación de inferioridad que no se compadecía con los progresos a que había llegado la ciencia del Derecho, ni con la sensación que ya aquellos espíritus experimentaban de la noción de la justicia. Se les designaba generalmente bajo el nombre de "liberi non justis". Se les llamó también, al menos en la época clásica, "liberi naturales"; pero a partir de Constantino, esta última expresión fué más especialmente reservada a los hijos nacidos "ex concubinatu vel contubernio".

Los romanos no concibieron la idea moderna del reconocimiento de los hijos naturales.

En el derecho Romano los hijos naturales no tenían jamás padre, pero tenían siempre una madre, y era la condición de esta última la que seguía el hijo, él tomaba su nacionalidad, su nombre y se convertía en cognate de sus cognates. Los hijos le debían a la madre la "*reverentia*" y por consiguiente, no podían citarla en justicia sino con la autorización del magistrado. De una manera general, ellos estaban frente a la madre en la misma situación que si hubiesen sido legítimos, tanto desde el punto de vista de la obligación de suministrarle alimentos, como respecto a las prerrogativas de los derechos sucesorales.

No parece, por otra parte, que en Roma los "liberi non justis" debieran estar en razón de su condición civil alejados de los cargos públicos. Sin embargo, en caso de concurso para la misma dignidad, de un hijo legítimo y de un "liberi non justis", el hijo legítimo era preferido.

4.— DERECHO GERMANICO.— El derecho germánico no consideraba a los hijos naturales como pertenecien-

tes ni a la familia de su padre ni a la de su madre, y consecuentemente no les confería ningún derecho de sucesión. Se les acordaba, sin embargo, el derecho de reclamar alimentos.

5.— DERECHO CANONICO.— El derecho canónico trata naturalmente con una tajante severidad a los hijos nacidos de relaciones extramatrimoniales; en particular, los hijos naturales no podían ser promovidos a órdenes sagradas a menos que fuesen monjes o canónigos regulares; y aun en este caso no podían ser investidos de ninguna dignidad; estas prohibiciones eran, sin embargo, susceptibles de ser levantadas por dispensas papales. Los hijos naturales estaban igualmente excluidos de la sucesión de su padre y aun de la de su madre. Pero el derecho de reclamar alimentos a uno u otro de sus padres, les era reconocido en todos los casos, aun cuando fuesen adulterinos o incestuosos.

6.— DERECHO ANTIGUO.— En su origen al menos, existía una profunda diferencia, "una odiosa diferencia", dice el nuevo Denizart, entre la condición jurídica de los bastardos de los reyes y de los grandes señores y los bastardos de los plebeyos. En efecto, bajo la primera y la segunda raza, el vicio de su nacimiento, no era para los bastardos de los reyes y de los grandes del reino, ni un obstáculo ni un oprobio.

En todas partes, dice Michelet en la Historia de Francia, en todas las naciones célticas, los bastardos sucedían como reyes o como jefes de clanes. Es así que Thierry, nacido de las relaciones de Clodoveo con una concubina, dividió el reino según la ley sálica con Clodomir, Childeberto y Clotario, hijos todos de Clotario; es así aún, que en el cur-

so del siglo IX, Clodowig y Carloman, hijos bastardos de Clodowig le Begue, son elegidos reyes de Francia a despecho de los derechos de Carlos el Simple, hijo legítimo de este último. Pero una ordenanza de Hugo Capeto privó para siempre a los bastardos de la sucesión del reino, decidiendo que serían considerados como extraños a la familia real y ordenó que no llevasen las armas de Francia, más que con una barra.

Los bastardos en general gozaban del estado civil común a todos los ciudadanos, pero no tenían los derechos de familia. Pothier es harto explícito en este sentido: "Para el derecho romano, los bastardos pertenecían a la familia de su madre; pero para el derecho francés no pertenecían a ninguna familia, la parentela natural proveniente de una unión ilegítima no era considerada en nuestro derecho, de ahí se sigue que no tenían el derecho de suceder a nadie, sino solamente a sus hijos nacidos de un matrimonio legítimo".

Tal era al menos, el derecho común de las costumbres que varios formulaban así, de una manera general: Los bastardos no suceden a sus padres ni a sus colaterales de cualquier rama que sea. (Costumbre de Auverne, artículo 89). Otras, es cierto, en particular la de Valenciennes y la de Saint Omer, admitían al contrario la máxima: "Nadie es bastardo por su madre", y llamaban por consiguiente, como en derecho romano, a los hijos naturales a la sucesión de su madre, igual que a los legítimos. En otras varias costumbres, los bastardos eran incapaces de recibir donaciones universales, sea entre vivos, sea por testamento, de su padre o madre, y no podían recibir de ellos más que donaciones o legados particulares. Algunas aun, por ejemplo la costumbre de Bretaña, no autorizaban más que donaciones en usufructo.

Pero es de notar que en todas, el padre y la madre estaban obligados a suministrar alimentos a sus bastardos, aun incestuosos o adulterinos, hasta tanto éstos estuviesen en estado de subvenir a sus necesidades: "Quien hace el hijo debe mantenerlo", dice Loysel. Esta obligación alimenticia permitía aun a los hijos, en caso de defunción de los padres, reclamar sobre sus bienes lo que era necesario para este efecto.

7.— DERECHO INTERMEDIARIO.— Desde el 13 de abril de 1791, intervino una ley que suprimió los últimos vestigios del derecho de bastardía que aun susbsitía en algunas provincias.

Después, por decreto del 7 de Marzo de 1793 la Convención remitió a su Comité de Legislación mandato de que elaborase un proyecto de ley sobre los hijos naturales. Cambaceres, encargado de la redacción del informe efectuó el depósito en la sesión del 4 de junio de 1793 pronunciándose paladinamente en favor de los hijos naturales, en efecto, dice éste: "La diferencia que existe entre los hijos legítimos y los naturales, es justa? Puede haber dos especies de paternidad? Presentar esas cuestiones a legisladores filántropos es prejuzgar su solución. Sería injuriarlos osar creer que ellos no prestan oidos a la voz incorruptible de la naturaleza, para consagrar a la vez la tiranía del hábito y los errores de los jurisconsultos". Sin embargo, Cambaceres retrocedió ante las consecuencias que entrañaría el reconocimiento de derechos idénticos a los de los hijos legítimos, porque se apresuró a agregar: "No temo proponer colocar en la familia a los hijos naturales nacidos de personas libres, *casi* en el mismo rango que los hijos legítimos, salvo

algunas diferencias en favor de éstos, y únicamente con el fin de favorecer la institución del matrimonio.

El mismo día 4 de junio de 1793 la Convención adoptó esta proposición: Los hijos nacidos fuera de matrimonio suceden, en principio, a sus padres; pero pospuso toda discusión hasta que se hubiese oido su Comité de Legislación, tanto sobre la adopción como en lo que se refiere a las sucesiones en general. El Comité de legislación se dió a la tarea. Pero el proyecto que presentó, aunque adoptado en primera lectura, fué repudiado definitivamente por muy complicado.

Sin embargo, para poner fin lo más pronto posible a la situación desgraciada de los hijos naturales, se separó la disposición relativa a estos últimos. Así fué votada la ley del 12 Brumario, año II, rendida sobre un informe de Cambaceres. Este texto asimilaba los hijos naturales a los legítimos, dejando sin embargo fuera de esta identificación a los hijos nacidos de un comercio adulterino.

Esta ley del 12 Brumario, año II, que señala una etapa sin precedentes y de muy escasas consecuencias en la legislación de los hijos naturales era así concebida: "Los hijos actualmente existentes, nacidos fuera de matrimonio, serán admitidos a las sucesiones de sus padres, abiertas después del 14 de Julio de 1789. Lo serán igualmente a las que se abran en el futuro bajo la reserva establecida en el artículo 10. Los derechos de sucesibilidad son los mismo que los de los otros hijos. Para ser admitido al ejercicio de estos derechos sobre la sucesión del padre muerto, los hijos nacidos fuera de matrimonio, estarán obligados a probar su posesión de estado. Esta prueba no podrá resultar más que de la presentación de escritos públicos o privados del padre

o de la continuidad de cuidados administrados, a título de paternidad, y sin interrupción, tanto en su mantenimiento como en su educación. La misma disposición tendrá lugar para la sucesión de la madre. (Art. 8). Los hijos nacidos fuera de matrimonio, cuya filiación sea probada de la manera que acaba de ser determinada, no podrán pretender ningún derecho en las sucesiones de sus parientes colaterales abiertas antes del 14 de julio de 1789. Pero a contar de este día, habrá sucesibilidad recíproca entre ellos y sus parientes colaterales, a falta de herederos directos. (artículo 9).

Con respecto a los hijos extramatrimoniales cuyos padres existan a la fecha de la promulgación del Código Civil, su estado y sus derechos, serán en todos los puntos reglamentados por las disposiciones del Código".

8.— SITUACION DE LOS HIJOS NATURALES EN EL CODIGO CIVIL.— Después de haber reglamentado la condición de los hijos naturales que pueden ser legitimados por matrimonio subsiguiente, los redactores del Código Civil se han ocupado de aquellos que no son legítimos. Bigot Preameneu, en su exposición de motivos, se expresa, en cuanto a ellos, en éstos términos: "Son víctimas inocentes de la falta de sus padres. El orden social exije que les sean acordadas prerrogativas a los hijos legítimos. La necesidad de mantener la barrera que los separa ha sido reconocida por todos los pueblos, pero la dignidad del matrimonio no exije que sean extraños a aquellos que les han dado la existencia. La ley sería a la vez impotente y bárbara, si quisiera ahogar el grito de la naturaleza entre los que dan la vida y aquellos que la reciben. Los padres tienen frente a sus hijos naturales deberes indeclinables, pues solo ellos son responsables de su infortunio. La ley está solamente

obligada a fijar límites por encima de los cuales la institución del matrimonio estaría comprometida. Cuando se trata de fijar la suerte de los hijos naturales, nada es más difícil que conservar un justo equilibrio entre los derechos que les da su nacimiento y las medidas que exije la necesidad de mantener la organización de las familias. Parece esto un obstáculo, que hasta aquí los legisladores no han logrado franquear: o han exijido mucho para el orden social, o lo han descuidado bastante. En el antiguo régimen, se daba a los hijos naturales que no eran reconocidos por sus padres muchas facilidades para inquietar familias a las cuales eran extraños; y en otras situaciones fueron tratados con excesivo rigor. Durante la Revolución, la ley antigua fué reformada en el aspecto en que ella permitía odiosas investigaciones de paternidad, pero, dejándose arrastrar por sentimientos de benevolencia, les acordó derechos que los asimilaban desde muchos puntos de vista con los hijos legítimos.

Se ha tratado, en el nuevo código, de reparar estos errores y buscar los justos límites en los cuales ni los derechos de la naturaleza ni los de la sociedad sean violados".

Cómo el Legislador de 1804 pudo cumplir esta tarea? Primeramente partió de un principio fundamental que copió del antiguo derecho, y que no conocía la legislación romana: es, que los hijos naturales no pueden tener derechos con respecto a sus padres, sino en tanto hayan sido reconocidos. Una doble cuestión tuvo que resolver el legislador del código civil: de cuál manera los hijos naturales pueden ser reconocidos? Sobre el primer punto, los redactores del código civil han tenido que rodear el reconocimieno de los hijos naturales de formas propias a garantizar su sinceridad y su irrevocabilidad. Han exigido pues, que el reconocimiento

fuese hecho, sea en el acta de nacimiento, o bien, por acta auténtica. Se reglamentó que éste no podría tener lugar más que en provecho de los hijos nacidos de un comercio libre, y que, por consiguiente, no podría aplicarse a los hijos nacidos de un comercio adulterino o incestuoso.

Se prohibió expresamente la investigación de la paternidad natural, (artículo 340 C. C.), exceptuado un solo caso: el de rapto. Por el contrario, se admitió la investigación de la maternidad, pues la comprobación de la maternidada es más fácil y segura, que la de la paternidad. En fin, para evitar los fraudes, en la medida de lo posible, se pronunciaron preceptos a fin de que todo reconocimiento de parte del padre o de la madre, lo mismo que toda reclamación de parte del hijo, pudiese ser contestado por aquellos que tuviesen interés en ello.

Los redactores, pues, se han mostrado, de una manera general, mucho más rigurosos, bajo este primer aspecto, que el antiguo derecho sobre todo prohibiendo de una manera casi absoluta la investigación de la paternidad natural, y es, que tenían aún presentes en el espíritu los escándalos a que había dado lugar antiguamente la aplicación del principio contrario. La disposición radical del artículo 340 no fué, sin embargo, admitida sin dificultad. En efecto, cuando el proyecto vino en discusión ante el Consejo de Estado, el 26 Brumario año X, el Cónsul Cambaceres, quiso, al menos, que se hicieran numerosas excepciones, y se admitiera la investigación de la paternidad en casos de hechos graves, violación o rapto, o cuando la paternidad resultase de escritos emanados del padre. Tronchet y Malleville expresaron una opinión semejante. Pero el primer Cónsul Bonaparte, que presidía la Sesión, se pronunció categóricamente en el sentido

contrario, llegando hasta decir "que después de todo, la sociedad no tenía ningún interés en que los bastardos fuesen reconocidos". Fué, desde luego, esta la opinión que prevaleció. Algunos días después, la cuestión se agitó de nuevo: en la sesión del 2 Frimario, el Consejo de Estado discutiendo el título de "Los actos del Estado Civil", agregó una disposición que permitía a la madre hacer mención del padre en el acta de nacimiento, y, cuando la discusión en la Asamblea General, en las sesiones de los días 4, 5, 6 y 7 Nivose, los oradores del Tribunado se opusieron a la prohibición absoluta de la investigación de la paternidad, uno de sus miembros, Andrieux, calificó esta prohibición de "máxime de fer". Pero, cinco días más tarde, en presencia de este voto, el gobierno retiraba el proyecto y modificaba la composición del Cuerpo Legislativo y del Tribunado. Eliminando a Andrieux y a Benjamín Constand, el artículo 340 pudo entonces ser adoptado sin oposición. Es pues con razón que se ha considerado este artículo como obra personal de Bonaparte. Quedaba por fijar los derechos de los hijos reconocidos; el legislador de 1804, no ha sido tan severo, sobre este punto, como el antiguo derecho, excepción hecha, para los hijos adulterinos o incestuosos, a los que solamente se les acordó el derecho de pedir alimentos; pero a los hijos naturales simples se les concedieron derechos sucesorales, aunque no llegando por esta vía tan lejos como el legislador del período intermediario, porque se les rehusó el título de herederos, y no se les dió sobre la sucesión del padre que lo hubiese reconocido, en presencia de hijos legítimos, más que el tercio de lo que le hubiera correspondido de haber sido legítimos; en presencia de ascendientes, la mitad; en presencia de colaterales las tres cuartas partes y no es más que en ausencia de sucesibles, es decir, de parientes en duo-

décimo grado, que éstos recojen la totalidad de la sucesión. Pero hay más, ellos están obligados, en efecto, a imputar sobre lo que tienen derecho a tomar, todo lo que han recibido del de cujus, y toda reclamación les está prohibida cuando han recibido, viviendo éste, la mitad de la parte que les es atribuída por la ley; y sobre todo, ellos no pueden recibir, por donación o testamento, nada por encima de la porción, de tal suerte que su capacidad de recibir es menor que la de los extraños, y por consiguiente, para estos fines, a los hijos naturales les sería más beneficioso, no ser reconocidos.

En definitiva, el Código Civil ha colocado a los hijos naturales en una condición de absoluta inferioridad, ya sea en lo que se refiere a la prueba de su filiación, como en cuanto a la extensión de sus derechos en la familia.

9.— LA SITUACION DE LOS HIJOS NATURALES EN EL DERECHO ACTUAL.— Los derechos de los hijos naturales o ilegítimos, más precisamente, la determinación y la fijación de esos derechos, ha constituido y constituye una de las preocupaciones fundamentales de los modernos tratadistas y de los legisladores de la época actual. La severa e injusta distinción tradicional entre las diferentes categorías de hijos, está siendo abandonada total o parcialmente por las nuevas legislaciones, inspiradas en un más lógico y más equitativo sentido de las cosas humanas.

El principio en el cual se fundamentaba la criticada distinción, principio un tanto abstracto y un mucho inicuo, según el cual esta diferencia hallaba su razón de ser en la necesidad de orden social de asegurar la estabilidad de la institución matrimonial, sancionando la generación extrama-

trimonial, está en la actualidad muy desacreditado, y a la luz de un mejor sentido de las realidades sociológicas, está siendo relegado y sustituido por otro más acorde con la justicia y la igualdad.

En las legislaciones de los principales países, no obstante manifestarse en todas ellas una progresiva tendencia a asimilar los derechos de los hijos naturales a los de los hijos legítimos, existe aun cierta diversidad, que las hace clasificar en varios sistemas principales. Según el Profesor José Castán, de la Universidad de Valencia, son los siguientes:

Primero: El sistema de las legislaciones que privan al hijo naural de todo derecho en la sucesión de su padre, pero que lo asimilan al hijo legítimo en la sucesión materna. Es el principio que predomina en los códigos austriaco y alemán. Es interesante observar que este último código, caracterizado por su tendencia evolutiva en muchos aspectos, mantenga una visión retardataria en esta materia;

Segundo: Sistema de las legislaciones que dan a los hijos naturales cierta reserva, tanto en la herencia paterna como en la materna, pero solo cuando faltan descendientes legítimos. El Código chileno pertenece a esta categoría;

Tercero: Sistema de las legislaciones que reconocen derechos, pero limitados, a los hijos naturales en las herencias paterna y materna. Los códigos italiano, español y francés son ejemplos de esta clase, lo mismo que el dominicano, antes de la reforma introducida por la ley del 26 de Mayo de 1939;

Cuarto: Sistema de las legislaciones que equiparan los hijos naturales a los legítimos en la herencia materna, mien-

tras solo le conceden una participación menor en la herencia paterna. A este sistema pertenece el Código civil suizo, el cual, además, no establece ninguna diferencia entre los hijos naturales y los demás ilegítimos, en lo que se refiere a los derechos sucesorios;

Quinto: Sistema de las legislaciones que asimilan totalmente los hijos legítimos a los ilegítimos, tanto en la sucesión testada como en la intestada. Es el caso del Código civil del Brasil, de la Rusia Soviética, de la Constitución española de 1931, y el imperante actualmente en la República Dominicana.

En Francia desde hace varios años, el legislador ha venido introduciendo reformas en el Código Civil, conducentes a mejorar la suerte de los hijos naturales, y la Jurisprudencia ha llegado en estos úlimos tiempos a crear todo un cuerpo de preceptos que regulan la unión libre. El legislador de 1804 cerró púdicamente los ojos frente al concubinato, aun cuando el derecho romano lo había sometido a una reglamentación precisa, del cual hizo una unión de orden inferior, pero esmeradamente regulada. Ed. Cuq, analizando la verdadera naturaleza específica del concubinato en el pueblo romano, nos dice: "El concubinato es una especie de unión fundada sobre una afección duradera. Difiere del matrimonio por la intención que ha presidido su formación. En las ideas romanas, el matrimonio implica la voluntad de tomar mujer según los usos de la ciudad, de hacer participar a esta mujer de la consideración y del rango social del marido; cuando estas condiciones no se han realizado, no puede haber matrimonio; hay concubinato. Esta suerte de unión

procede de un sentimiento de reacción contra una concepción muy estrecha del matrimonio. Su desarrollo ha sido motivado por las restricciones arbitrarias aportadas por la ley a la libertad del matrimonio. El concubinato no es una de esas uniones pasajeras que la moral reprueba. Así, cuando Augusto para restablecer la pureza de las costumbres antiguas y regenerar el matrimonio, pronunció penas contra aquellos que mantuviesen relaciones contrarias a las buenas costumbres, tuvo el cuidado de especificar que el concubinato no caía bajo el golpe de la ley, a reserva, sin embargo, de que la mujer fuese núbil y de que no existiese ningún impedimento resultante de parentesco, o de un matrimonio no disuelto aun.

En el Bajo Imperio, el concubinato, aunque tolerado por la opinión pública, era reprobado por la religión. La ley, sin proscribirlo, no permaneció indiferente; ella manifestó su hostilidad afectando de ciertas incapacidades a los hijos nacidos fuera de matrimonio y a su madre. Para protejer la familia legítima, Constantino declaró estos hijos incapaces de recibir nada a título gratuito de su padre (qui pater dicitur) sea directamente, o ya por personas interpuestas. Por primera vez, la ley admitió relaciones de paternidad y de filiación creadas fuera del matrimonio. Valentiniano I atenuó el rigor de la legislación de Constantino permitiendo disponer a título gratuito, en una cierta medida, en provecho del hijo natural y de su madre, cual que fuese la condición de ésta. La cuota es de una duodécima en presencia de hijos legítimos o de ascendientes; de un cuarto, en caso contrario.

En el siglo VI, Justiniano acordó a los hijos naturales una nueva prerrogativa: una parte de la sucesión ab intestad

de su padre, si no dejaba ni hijos ni mujer legítima. De existir éstos, tan solo un derecho a alimentos. El concubinato produce desde entonces una serie de efectos jurídicos, es una unión inferior al matrimonio (inoquale conjugium) menos honorable, (sine honesta celebratione matrimonii) pero lícita bajo ciertas condiciones".

Se desprende de esto que el concubinato era en Roma una verdadera institución puesta en juego por una voluntad constante y en una idea de permanencia. El concubinato producía efectos jurídicos, no solamente en el terreno patrimonial, sino también desde un punto de vista puramente personal.

Los redactores del código civil francés no vieron en las relaciones fuera de matrimonio, aun contínuas, más que un simple hecho, del cual no debían ocuparse. Estas uniones quedaron al margen de la ley, y no podían en ningún caso, aun por una posesión de estado prolongada, transformarse en uniones regulares.

Pero los hechos, las necesidades de la vida, las exigencias de la equidad, han sido más poderosos que la voluntad legislativa; colocada en presencia de la realidad, la Jurisprudencia francesa ha tenido que sortear, a todo trance, numerosos problemas que ha presentado el concubinato, y, si la unión libre no es una institución, al menos está revestida de una significación jurídica, cada día más acentuada y se ha convertido en centro obligatorio que debe atraer la atención del jurista.

Las consecuencias jurídicas que se derivan de ella, se refieren a las relaciones que existen entre los concubinos entre sí, a la de éstos con sus hijos, y también, a las que aque-

llos puedan sostener con los terceros. Soluciones jurisprudenciales intervenidas en Francia recientemente, han establecido que el concubino asume, frente a su compañera, una obligación natural que tiene por objeto, no tan sólo el resarcimiento del perjuicio irrogado en el pasado, especialmente por el hecho de la seducción, sino aun la seguridad para el porvenir. Aquí hay una especie de obligación alimenticia, con la particularidad de que no tiene un carácter civil, por lo precario de la situación, sino solamente el de una obligación natural.

Las liberalidades entre concubinos, en principio, no se prohiben, como no sea que la causa sea ilícita en el sentido del artículo 1131, pues entonces la operación sería radicalmente nula. La colaboración de los concubinos, en el dominio patrimonial, es susceptible de dar nacimiento a una sociedad de hecho.

En lo que se refiere a las relaciones de los concubinos con los terceros, la jurisprudencia francesa, ha decidido en varias ocasiones, que el concubino puede ser perseguido en razón de los suministros hechos a la concubina, ya, como conceptúan algunas decisiones, en razón de un mandato doméstico, que la ausencia de todo lazo conyugal hace difícil de comprender; o bien, en atención a una falta cometida por el concubino que ha dejado creer a los suministradores que entre ellos existía una unión regular, creando así una falsa apariencia.

La jurisprudencia citada ha llegado a sentar, que una concubina tiene derecho a daños y perjuicios por el hecho de la muerte accidental de su compañero y sostenedor, afirmándose que ella puede actuar contra el autor del accidente. Esa extremada y discutidísima solución ha sido tomada en

cuenta atendiendo no al daño moral, sino al daño material que causa el accidente a la concubina.

La jurisprudencia dominicana no ha compartido este criterio, sino que por el contrario ha sostenido que las relaciones nacidas del concubinato no autorizan a uno de los concubinos a constituirse en parte civil pretendiendo daños y perjuicios en ocasión de un accidente en que haya sido víctima el otro concubino. La Corte de San Crisóbal en sentencia del 28 de junio de 1940 se expresa del siguiente modo:

"CONSIDERANDO: que si bien es cierto que el concubinato alegado por la parte civil, ha quedado probado por las declaraciones de los diversos testigos que han sido oidos en el plenario, y que fueron aportados por ella para comprobar el estado de hecho pretendido, no es menos cierto que la jurisprudencia ha admitido definitivamente que las relaciones establecidas por el concubinato no pueden, en razón de su irregularidad misma, presentar el valor de intereses legítimos jurídicamente protegidos; que, si tales relaciones son susceptibles de crear obligaciones a cargo de los concubinos, ellas no pueden conferirles derechos frente a terceras personas, pues el daño sufrido por la concubina está fundado sobre un interés ilegítimo; que, en consecuencia, procede el rechazo de la constitución en parte Civil hecha por Teselina Doñé, para reclamar la reparación del perjuicio moral y material, que le ha causado la muerte accidental de su concubino".

El movimiento legislativo tendente a favorecer los hijos naturales se inicia en Francia con la ley del 25 de Marzo de 1896.

Esta ley tiene su fuente en una proposición sometida a la Cámara de Diputados en 1888 que asimilaba en la suce-

sión del padre y de la madre, los hijos naturales a los legítimos. En la sesión del 21 de Julio de 1893, la Cámara sin ir más lejos, dió al hijo natural la calidad de heredero y a falta de hijos legítimos, le atribuyó la totalidad de la sucesión, a cargo, si había ascendientes, de conceder la mitad del usufructo de los bienes a éstos.

El sistema de la asimilación de los hijos legítimos con los naturales, llevado ante el Senado fué rechazado por éste, y lo sustituyó por las disposiciones, que adoptadas en seguida por la Cámara, se convirtieron en la ley del 25 de Marzo de 1896. La proposición sometida a la Cámara era la consecuencia de la idea de que los hijos naturales no deben soportar la responsabilidad de las faltas de sus padres, y por eso se había propuesto una asimilación absoluta, desde el punto de vista de la cuota de los derechos hereditarios entre las dos calidades de hijos.

Esta proposición no fué aceptada; la familia, se pensó, es una institución necesaria y se quebrantaría dejando de dar a la filiación legítima sus privilegios. Además, el régimen sucesoral francés descansa en gran parte sobre la afección presunta del difunto y se estimó que, en general, un padre o una madre no tienen para sus hijos naturales la misma afección que para los legítimos.

Sin embargo, esta ley del 25 de Marzo de 1896 le confirió apreciables ventajas a los hijos naturales. En primer término, aumentó la porción hereditaria, lo invistió con la calidad de heredero, de que no disfrutaba bajo la concepción del código civil, y que lo obligaba a obtener el envío en posesión, y además, permitió, modificando el artículo 908 C. C., que estos hijos pudieran ser beneficiados por donación o testamento más allá de la porción que se le atribuye

en el título de las Sucesiones; bajo reserva, de que el hijo natural así beneficiado, nunca podrá recibir más, que el hijo legítimo que menos reciba.

En el año 1907, la ley del 2 de julio, vino a modificar en lo referente a la tutela de los hijos naturales, el código civil, que era mudo sobre este particular, y colmó este vacío agregando al artículo 389 las disposiciones siguientes: "Aquel de los padres naturales que ejerza el poder paternal, no administrará los bienes de su hijo menor más que en calidad de tutor legal y bajo el control de un pro-tutor que éste deberá hacer nombrar en los tres meses de su entrada en funciones o que será nombrado de oficio, conforme a las disposiciones que más adelante se expondrán. Las funciones concedidas al Consejo de familia de los hijos legítimos son cumplidas con respecto a los hijos naturales por el Tribunal de Primera Instancia del lugar del domicilio legal del padre investido de la tutela, en el momento en que ha reconocido su hijo, o del lugar de la residencia del hijo si no es reconocido; el Tribunal estatuirá en Cámara de Consejo, después de haber oido al padre o a la madre del hijo, si éste es reconocido; o a requerimiento de uno de ellos, o bien del Ministerio Público o de oficio sobre todas las cuestiones relativas a la organización o a la supervigilancia de la tutela de dichos menores. Bajo estas reservas, y exceptuando los artículos 394 y 402 a 416, todas las disposiciones del presente título son aplicables a la tutela de los hijos naturales menores".

Siguiendo el curso de estos progresos legislativos, aparece la Ley del 16 de noviembre de 1912, que viene a extender notablemente el campo de la investigación de la paternidad natural.

En Francia al igual que aquí, la investigación de la paternidad natural estaba, en términos generales, prohibida. El artículo 340 del Código civil se expresaba así: "La investigación de la paternidad queda prohibida. En caso de rapto, cuando la época en que se hubiere realizado corresponda próximamente a la de la concepción, podrá ser el raptor declarado padre del niño, a instancia de los interesados".

Permítasenos que hagamos aquí una exposición de la evolución que ha seguido en Francia el principio de la prohibición de la investigación de la paternidad natural, y, que de paso expresemos nuestro pesar por el hecho de que el legislador dominicano al votar la Ley 121 del 26 de mayo de 1939, no introdujese en sus disposiciones una reforma prudente y justiciera del artículo 340 del Código civil.

"La investigación de la paternidad queda prohibida". Tal es el principio dominante en la materia. Pronunciada esta regla, los redactores del Código civil, siguiendo en esto el ejemplo de la legislación intermediaria, han repudiado la tradición del antiguo derecho, que admitía al contrario la libre investigación de la paternidad, como la de la maternidad naturales. La demanda en declaración de paternidad podía ser intentada, ya por el hijo mismo, o bien por la madre de éste, actuando en su propio nombre como en el de su hijo nacido o por nacer. Cuáles eran las pruebas que el demandante era admitido a hacer valer en apoyo de su reclamación? Es muy difícil darse cuenta exacta del sistema seguido a este respecto por la antigua jurisprudencia francesa. La mayor parte de los autores guardan en efecto el más completo silencio sobre el punto y tratan únicamente de la condición jurídica de los bastardos. Los juristas que se han ocupado de la prueba de la paternidad ilegítima, están lejos

de un acuerdo, y sus escritos relativos a esta cuestión presentan obscuridades y contradicciones. Así, los jurisconsultos modernos han interpretado inexactamente la máxima tradicional "Creditur virgini dicenti. . . " y le han atribuido un alcance más absoluto del que realmente tenía. Se ha dicho con frecuencia que la madre natural era creida sobre su simple afirmación, cuando ella designaba al autor de su preñez en los dolores del parto. Esta opinión errónea se apoyaba principalmente sobre ciertos pasajes muy obscuros del Codex definitionum del Presidente Favre, y sobre todo, en una afirmación de Denizart reproducida en el Repertorio de Guyot y en los Principios del Derecho Francés de Poullain-Dupare. M. Baret ha desentrañado el verdadero sentido de la máxima y ha expuesto el sistema que era seguido en la antigua jurisprudencia francesa, al menos en los siglos XVII y XVIII.

El se ha servido sobre todo de la obra publicada en 1781 por Fournel, abogado del Parlamento de París, bajo el título de "Tratado de la seducción considerada en el orden judicial". Es, en efecto el único de los antiguos autores que ha consagrado serios desarrollos a la cuestión que nos ocupa. En todo proceso en declaración de paternidad, dos cosas debían ser distinguidas: el fondo y la provisión. Solamente en lo que concernía a la provisión, los jueces daban fé a las declaraciones de la mujer, declaraciones que no era aun necesario confirmar por el juramento. El demandado era condenado a pagar los gastos del parto, es decir, los gastos "empleados para el alivio del alumbramiento, y para prestarle los primeros socorros al hijo". Estaba, además, obligado a proveer durante la instancia, a la nutrición del hijo. Pero esta condena no era pronunciada más que por provisión y en espera del juicio sobre el fondo.

Si para la provisión, se contentaban con la indicación de la madre, era muy distinto en lo que se refería al fondo del proceso. Las afirmaciones de la madre no tenían ningún valor. Ella debía, para triunfar en su reclamación, si no probar absoluamente la paternidad del demandado, al menos, aportar una prueba apreciable de las relaciones que mantuvo con el pretendido padre en la época de la concepción. La jurisprudencia y los autores no hacían en esta materia, ninguna exigencia especial. La prueba podía hacerse por todos los medios propios a convencer al juez. No era necesario, especialmente, ningún comienzo de prueba por escrito. Una vez la prueba hecha, el juez tenía la paternidad por debidamente establecida y condenaba al demandado a encargarse definitivamente del mantenimiento del hijo. Parece, sin embargo, que se había admitido que el demandado podía eludir la condenación, probando que la mujer había tenido con otros individuos relaciones ilícitas en el tiempo de la concepción (exceptio plurium). Esta prueba, en efecto, hacía dudosa su paternidad, y desde ese momento la pretensión de la demandante debía ser repudiada. El legislador de la época intermediaria al concederle al hijo natural derechos que ni siquiera se imaginaron en el derecho antiguo, afiliándose a una opinión muy preconizada en aquella época —y que aún se sigue sosteniendo— a saber: que a medida que se le van otorgando derechos al hijo natural, debe irse restringiendo la posibilidad de la indagatoria de la paternidad, creyó conveniente reducir a límites muy estrechos la facultad de intentar semejante investigación.

Los redactores del código civil hicieron obra transaccional entre el antiguo derecho y el derecho intermediario, en lo que se refiere a los derechos que ambos atribuyeron al hijo natural, pero mantuvieron el principio establecido por

el derecho intermediario de no facultar la investigación de la paternidad natural, sino en un caso excepcionalísimo. Para justificar su manera de ver, los autores del Código civil, abultaron con prolijidad los inconvenientes y peligros que hubiera entrañado el retorno en este particular al antiguo derecho. Los diversos oradores que tomaron la palabra en el curso de la discusión se elevaron para condenar la investigación de la paternidad. Según Tronchet, las muchachas perseguirían siempre los más ricos de aquellos hombres que hubiesen estado en relaciones con ellas.

Cuáles son los motivos que han guiado a los redactores del Código civil hasta llegar a la adopción del artículo 340? Se ha dicho primeramente, que prohibiendo la investigación de la paternidad ilegítima, el legislador ha querido evitar el escándalo de procesos que no dejarían de suscitarse; impedir tentativas de chantage, a las cuales mujeres deshonestas habrían podido entregarse; protejer el honor de hombres irreprochables contra ataques calumniosos. Estas razones no son suficientes para justificar la regla establecida por el artículo 340. Sin duda, los debates a los cuales diera lugar la investigación de la paternidad natural producirían cierto escándalo y los abusos serían de temer. Pero estos escándalos y estos abusos son igualmente de temer cuando se trata de la filiación materna. Y sin embargo, la ley ha autorizado esta investigación. Por otra parte, en otros casos, el legislador no ha retrocedido ante el temor al escándalo. En efecto, ha permitido ciertos debates que pueden ser más escandalosos que los procesos en investigación de paternidad. El adulterio, el estupro, la sustracción, están a cada instante ventilándose ante los tribunales. Se invoca también el interés de la familia legítima, el cual importa protejer contra las reclamaciones de los hijos nacidos fuera del

matrimonio. Pero la razón no es decisiva. El interés de las familias legítimas exije, quizás, que se restrinjan los derechos de los hijos naturales; pero, desde el momento en que la ley reconoce a éstos, derechos contra la familia legítima, sería ilógico e injusto quitarle los medios de hacer valer estos derechos. Se debe pues acordar una acción, pero tomando medidas para impedir los abusos y para hacer la prueba de la paternidad tan poco incierta como posible.

Es colocándonos sobre el terreno de la incertidumbre de las pruebas a suministrar por el reclamante, que se puede hallar el más serio motivo de la prohibición legal. La naturaleza, dice Bigot-Preameneu, ha cubierto con un velo impenetrable la trasmisión de nuestra existencia. Así, la incertidumbre de la prueba parece haber sido el motivo decisivo para establecer la prohibición de la investigación de la paternidad. Es necesario reconocer, sin embargo, que este principio es singularmente riguroso. Así, ha sido vivamente atacado, en asambleas legislativas, en congresos científicos, en la prensa, en el teatro y aun en las novelas. En nombre de la humanidad, en nombre de los intereses de la mujer; del hijo a quien los rigores de la ley priva de su padre y de los recursos que podría exijir de éste; en nombre de la sociedad entera, interesada en la conservación de todos sus miembros, se ha pedido que el principio de la investigación de la paternidad fuese admitido en las leyes, o al menos, que se aportasen excepciones más numerosas al principio consagrado por el artículo 340 del Código civil.

La investigación de la paternidad es admitida, más o menos ampliamente, en la mayoría de las legislaciones extranjeras. Se puede desde este punto de vista distinguir cuatro grupo de legislaciones. Unas proscriben absoluta-

mente la investigación de la paternidad reproduciendo pura y simplemente el texto del antiguo art. 340 francés. (Bélgica, Polonia, Haití), otras prohiben el principio de la investigación de la paternidad, pero aportando numerosas excepciones. (Código civil italiano, portugués). Las legislaciones del tercer grupo llegan casi a los mismos resultados que las precedentes, pero por caminos distintos. No prohiben la investigación de la paternidad, pero no la permiten tampoco más que en ciertos casos taxativamente determinados. (Código civil español). En el cuarto grupo la investigación de la paternidad es libre. (Código civil alemán, austriaco, argentino, noruego y en la República Dominicana también está libremente permitida la investigación de la paternidad, aunque solamente con fines de obtener una pensión alimenticia).

La ley del 12 de Noviembre de 1912, en Francia, no puede decirse que haya desconocido por completo el principio de la prohibición de la indagatoria de la paternidad natural, pero sí, como consignamos anteriormente, ha aumentado los casos en que esta investigación es posible, favoreciendo de esta manera la suerte de los hijos naturales, pues eran muy raros los casos en que un hijo natural pudiera intentar una acción en investigación de paternidad favorecido por las disposiciones del artículo 340. El nuevo artículo 340 francés contiene cinco casos en los cuales se autoriza la acción en investigación de paternidad. Son los siguientes: Primero: en el caso de sustracción o de violación, cuando la época de la sustracción o de la violación corresponda con la de la concepción; Segundo: en caso de seducción acompañada de maniobras dolosas, abusos de autoridad, promesa de matrimonio, y, si existe un comienzo de prueba por escrito, que se conforme a los términos del artículo 1347;

Tercero: en el caso en que existan cartas o cualquier otro escrito privado que emane del pretendido padre y de los cuales resulte una confesión no equívoca de paternidad; Cuarto: cuando el pretendido padre y la madre hayan vivido en estado de concubinato notorio durante el período legal de la concepción; Quinto: cuando el que se pretende padre haya provisto o participado al mantenimiento y a la educación del hijo en calidad de padre.

Como se ve, esta ley está inspirada en una idea de justicia, Julien Bonnecasse dice de dicha ley, que ha realizado en toda la acepción del término, una obra de salubridad pública. El antiguo artículo 340 constituía una de las taras más abominables del Código civil.

En nuestra legislación la investigación de la paternidad natural queda ampliamente permitida al promulgarse la Orden Ejecutiva Nº 168 en el mes de Junio de 1918. Los efectos que se derivaban de la paternidad obtenida al amparo de esta O. E. eran distintos de los que hubiera producido un reconocimiento voluntario, porque solo imponía a los padres la obligación de mantener y educar a sus hijos en la medida de sus posibilidades económicas.

La Orden Ejecutiva a que nos referimos establecía una pena inmediata y definitiva (no menos de un año ni más de dos de prisión) contra los padres que no atendieran a sus hijos menores de dieciocho años, y, tal penalidad frustraba prácticamente el fin perseguido por el legislador, puesto que privaba a los padres, encarcelándolos, de los recursos que les permitieran cumplir sus deberes respecto a sus hijos.

"Los tribunales trataron de darle sentido humano y racional a esa ley. Había algo que les decía a los jueces del

hecho que los padres delincuentes en vez de una pena-castigo debían ser pasibles de una medida de seguridad social, e inspirados en ese criterio aplicaban la pena condicionalmente a despecho de la censura de la Corte de Casación que mantenía de una manera invariable el texto de la ley. Fué tanta la firmeza de los tribunales ordinarios en el mantenimiento de dichas decisiones y encerraban éstas una solución tan natural y lógica a la luz de la razón y de la moderna penología que en el año 1928 se consideró necesario dictar una ley que consagrara legislativamente la condicionalidad de la pena impuesta por la O. E. 168: esta es la ley Nº 1051".

Esta ley, aparte de ésta y otras ligeras modificaciones, reproduce las disposiciones de la Orden Ejecutiva Nº 168. En su artículo 9 dice textualmente: "La investigación de la paternidad queda permitida para los fines de esta ley, y podrá demostrarse por todo género de pruebas. El artículo 10 desenvolviendo el principio que establece el anterior, consigna "que una posesión de estado bien notoria; cualquier hecho incontestable, concluyente o razonable relativo a la paternidad que se investigue, podrá servir de prueba; y el tribunal correccional decidirá definitivamente de acuerdo con los hechos.

Los tribunales disfrutan de la más amplia libertad en la apreciación de los hechos que tiendan a establecer la paternidad. Nuestra Corte de Casación por sentencia del 11 de Diciembre de 1933, (B. J. Nº 281, pág. 15), ha decidido que "los jueces del fondo aprecian soberanamente de los hechos de la causa y de las pruebas que se les presenten relativas a la paternidad para los efectos de la ley Nº 1051".

Fácilmente se observa que nuestro sistema sobre la investigación de la paternidad es más amplio y más humano

que el imperante en Francia, pues mientras allí la investigación está sometida a casos concretos, fijados limitativamente, entre nosotros no existen obstáculos de ningún linaje que impidan esta investigación.

Sin embargo, puede suceder que haya padres avisados, que en interés de eludir el reconocimiento de sus hijos se ofrezcan espontáneamente a cubrir las necesidades de éstos, y si es cierto que nada más exije la ley, los hijos pueden tener un interés moral muy apreciable en que se verifique su reconocimiento.

Podría la madre, no desde el punto de vista de los alimentos, sino para regularizar la filiación de su hijo, perseguir al padre para obtener un reconocimiento judicial? En la práctica, siempre podrá hacerlo, exijiendo una suma cada vez mayor. Cuando el padre se negara a ella, tendrá el recurso de someterlo, aun a sabiendas de que habrá de sucumbir, por lo excesivo de sus pretensiones. Pero habrá logrado su propósito de obtener el reconocimiento.

Otro aspecto interesante de esta ley, es saber, cual sería el alcance jurídico del acta levantada por el Juez Alcalde, cuando ante él, actuando como juez conciliador, el padre se comprometa a cuidar de la educación y mantenimiento del niño.

Podría pretender la madre más tarde, que en esa acta, de carácter auténtico, se encuentra consignado el reconocimieno de su hijo?

Nosotros no lo pensamos así. Consideramos que ese padre al llegar a un entendido con la madre, solo ha tenido la intención de evitar los enojos y molestias de un proceso, y no hacer un reconocimiento. Tampoco podría considerarse

como un reconocimiento forzado, pues para que éste se obtenga es condición *sine qua non* la intervención de un fallo condenatorio, que no existe en este caso.

En la República Dominicana la obra legislativa encaminada a mejorar y enaltecer la condición de los hijos naturales, puede decirse que hasta el 26 de Mayo de 1939, no había tenido un carácter fundamental.

En nuestros escasos precedentes doctrinales encontramos atisbos de un movimiento orientado en el sentido de ir liberando al hijo natural de la odiosa e injusta condición de inferioridad en que lo había situado el código de Napoleón. Lástima grande, que esas buenas intenciones no cobraran carne de realidad en la acción legislativa.

Siguiendo el orden cronológico de estos precedentes, nos encontramos, que allá por el año 1909 el connotado jurisconsulto dominicano don Manuel Ubaldo Gómez, sometía al ilustre Colegio de Abogados de la Capital de la República, un proyecto de reforma que se enunciaba en estos términos: "La posesión de estado debe consignarse en el Código civil como prueba de la filiación natural". En este proyecto de reforma sostenía el ilustre abogado, la necesidad, de estricta justicia, de permitir a los hijos naturales probar su filiación por medio de la posesión de estado, pues nada más justo que después que un hijo ha disfrutado públicamente de tal condición, pueda prevalerse de ello para establecer su filiación. "Ninguna prueba, dice el citado estudio, para la filiación, sea legítima o natural, puede ni debe ser más convincente que la posesión de estado, porque, como han expresado jurisconsultos notables, ella se repite ostensible y constantemente, día por día y a cada instante; pero eso no basta,

es necesario consignarlo en la ley, para que sea un medio de prueba de la filiación natural, como lo es de la filiación legítima. Es doloroso y hasta repugnante al Juez, al cumplir los deberes de su cargo, contrariar los dictados de su conciencia, otorgando derechos a quienes el afecto del causante, talvez, los ha negado; y esto acontece cada vez que por ignorancia o negligencia los padres han omitido levantar el acta de reconocimiento y algún pariente de ellos reclama los bienes a su muerte, en virtud del derecho que le concede la ley positiva, aunque lo niega la ley más sabia: la ley natural.

He palpado en varias ocasiones que hijos a quienes sus padres naturales han consagrado todo su afecto, para quienes han deseado el goce de sus economías, en muchos casos adquiridas a fuerza de privaciones y sacrificios, han sido despojados, al amparo de la ley, por colaterales a quienes en vida negaron su afecto los causantes. Para remediar lo que considero una injusticia de la ley aspiro a que se reforme el artículo 334 del código civil en un sentido equitativo, ajustado al derecho racional".

El proyecto de reforma aspiraba a que se modificara el texto del artículo 334 del código civil, agregándole lo siguiente: "A falta de estas actas basta la posesión constante de estado; pero esta forma de reconocimiento cuando haya hijos legítimos o descendientes de éstos, no tendrá otros efectos que el del reconocimiento hecho durante el matrimonio".

Este proyecto que no logró alcanzar honores de viabilidad legislativa, bien merece el tributo de una cálida evocación, ya que hoy como ayer, se sigue sintiendo el peso de la injusticia que el excelente proyecto tendía a reparar.

En Junio del año mil novecientos diez, el Licenciado Horacio Vicioso, sometía también al Colegio de Abogados de la Capital de la República un proyecto de reforma, de gran alcance y cuyos lineamientos principales eran los siguientes:

"Artículo 1º— Se adiciona al Cap. III del título primero del libro III del Código civil la Sección 6º intitulada: "De las sucesiones deferidas a los hijos naturales legalmente reconocidos y de los derechos de sus padres naturales en su sucesión. Esta sección contenía los artículos siguientes: Artículo 756: La ley no acuerda derechos a los hijos naturales sobre los bienes de sus padres sino cuando hayan sido legalmente reconocidos. Los hijos naturales legalmente reconocidos son llamados a la sucesión de sus padres, en calidad de herederos.

Artículo 757: La ley no acuerda ningún derecho a los hijos naturales sobre los bienes de los parientes de sus padres.

Artículo 758: El derecho hereditario del hijo natural se fijará del siguiente modo: si los padres dejan descendientes legítimos, el derecho es de la mitad de lo que le hubiere correspondido de haber sido legítimo.

Artículo 759: El derecho es de las tres cuartas partes cuando los padres no hayan dejado descendientes legítimos, pero si ascendientes o hermanos o hermanas, o descendientes legítimos de éstos.

Arículo 761: En caso de muerte anterior del hijo natural, sus hijos o descendientes pueden reclamar los derechos fijados por los artículos precedentes.

En la tercera parte del proyecto en cuestión se proponía que se modificara el artículo 908 del código civil, para que

se leyera en lo adelante de esta manera: Los hijos naturales legalmente reconocidos no podrán recibir nada por donación entre vivos que no les esté acordado en el título de las Sucesiones. Esta incapacidad no podrá ser invocada más que por los descendientes del donador, por sus ascendientes, por sus hermanos o hermanas o por los descendientes legítimos de éstos. El padre o la madre que los hayan reconocido, pueden legarle, en todo o en parte, la cantidad disponible, siempre que, en ningún caso, cuando ellos se encuentren en concurrencia con descendientes legítimos, puedan recibir más de lo que le corresponda al hijo legítimo menos preferido.

Este loable proyecto de reforma del Licenciado Horacio Vicioso, como fácilmente se observa, no era más que un remedo de la ley promulgada en Francia en fecha 25 de Marzo de 1896.

Y por último encontramos, también en nuestros precedentes doctrinales, otro proyecto de reforma que fué aprobado por el Colegio de Abogados de la Capital Dominicana y que fuera presentado por el ilustre abogado y distinguido hombre público Don Francisco J. Peynado. Este proyecto se refería a la abrogación del artículo 337 del Código Civil, declarando "que su texto encierra una injusticia legal respecto al hijo natural reconocido durante el matrimonio, por uno de los cónyuges, toda vez que restrinje su derecho hasta el extremo de no perjudicar ni al otro cónyuge ni a los hijos legítimos nacidos de este matrimonio".

Todos esos nobles anhelos, afanosos de borrar de las leyes absurdas interpretaciones, se desvanecieron en la cerrazón de prejuicios que caracterizó toda una época de obscurantismo.

La nueva ley dominicana acerca de la filiación natural, es acreedora desde muchos puntos de vista a los más cálidos elogios, ya que viene a reparar una injusticia consagrada en un código exótico, y que nos llegara al adoptar esa legislación, en una época en que todavía el mundo no se había despojado de una multitud de prejuicios que mantenían ensombrecidos los horizontes en donde se ocultaban las ansias y los ideales sociales. Tenemos que convenir, aunque a dicha ley puedan señalársele vacíos o imperfecciones, que el legislador dominicano se ha colocado en una avanzada de honor al borrar del código civil la inferioridad antinatural y anti-jurídica de que estaban afectados los hijos naturales al amparo de las disposiciones del anacrónico código de Napoleón. Sus disposiciones todas han venido a barrer odiosas desigualdades y a brindarle solución a casos que han constituido y podían constituir en el futuro situaciones absurdas, creadoras de un entorpecimiento en el orden natural de la convivencia familiar.

Nos referimos a la posibilidad que establece esta ley de reconocer los hijos adulterinos. No se piense que con esta afirmación la estamos emprendiendo contra el atendible, y más que atendible, decantado, prestigio de la institución matrimonial, ni menos aun que alentemos la disociadora idea de favorecer hechos que puedan comprometer el orden social. El legislador dominicano sagazmente ha sabido sortear esas inconveniencias, como se comprueba fácilmente con solo leer las disposiciones al respecto. Las situaciones a que nos hemos referido y que esta ley viene a conjurar se pueden originar, como al efecto ha acontecido en nuestro país, en el hecho de que un hombre casado (también puede ser una mujer casada) sostenga relaciones de carácter íntimo con una mujer soltera; de estas relaciones nacen uno o

varios hijos, los cuales quedarán afectados con todas las taras de la adulterinidad; pero al andar del tiempo, este hombre enviudaba o se divorciaba y después contraía matrimonio con la madre de estos hijos. De este matrimonio nacen también hijos, y aquí tenemos con toda su incongruencia la tragi-curiosa situación. Los hijos de la etapa del concubinato, no podían ser reconocidos, el artículo 335 Código Civil, en efecto proclama que el "reconocimiento no podrá referirse ni aprovechar a los hijos de una unión incestuosa o adulterina". Y más que ocioso es afirmar, que tampoco podían ser favorecidos por una legitimación, ya que ésta supone la antecedencia o concomitancia de un reconocimiento válido. El artículo 331 reza, que "los hijos nacidos fuera de matrimonio, con tal de que no sean *fruto de uniones incestuosas o adulterinas*, podrán legitimarse por el subsiguiente matrimonio de sus padres. Francamente, situación más desconcertante no podía darse; varios hijos, todos nacidos del mismo padre y de la misma madre, unos con todos los derechos de la legitimidad, otros, infortunados parias a los cuales la ley cerraba a cal y canto, las puertas de los más elementales derechos. Es de notar, que aun hoy esta segunda clase de hijos no podría ser favorecida con el beneficio de la legitimación, pues la nueva ley sobre filiación natural no abroga el artículo 331 del Código civil, pero sí podrían ser objeto de un reconocimiento que los igualaría en derechos a los hijos legítimos. Es lamentable que la actual Ley de Divorcio abrogara el artículo 40 de la ley anterior sobre esa materia, pues ese artículo en muchos casos hubiera podido facultar la legitimación de los hijos nacidos en el período del concubinato, como se desprendia de sus disposiciones: "Cuando no haya habido hijos del matrimonio disuelto por el divorcio y uno de los cónyuges contrae matrimonio con una persona

de quien ha tenido hijos, éstos quedarán legítimados de pleno derecho a condición de que en el acta del nuevo matrimonio se haga constar, por declaración de los contrayentes, la existencia de dichos hijos, cual que sea su estado y filiación".

La ley 121 sobre filiación natural, cumple además, en nuestro medio con una halagadora amplitud su justiciera finalidad, ya que entre nosotros nunca ha sido socialmente sentida —dicho sea en honor nuestro— una diferencia entre los hijos naturales y los legítimos, pues felizmente la conciencia dominicana ha estado desligada de esas absurdas diferencias sociales que se mantienen en otros medios cultural y mecánicamente más avanzados, pero en donde el sentimiento de humanidad y el sentido de lo justo, parecen estar subordinados a consideraciones reñidas con la naturaleza misma de las cosas.

La ley en estudio presenta varios aspectos que podrían servir de base a especulaciones jurídicas, pero nosotros vamos a centrar nuestra atención y estudio a un caso particularísimo, pues dada su trascendencia juzgamos de lugar intentar esclarecerlo, ya que es de tal importancia que no consiente demoras de ninguna índole. El problema se plantea en esa forma: Pueden los hijos naurales reconocidos voluntariamente con anterioridad a la Ley 121 del 26 de mayo de 1939, ser objeto de un nuevo reconocimiento que venga a conferirles las ventajas de esta nueva ley?"

El relevante interés de este problema se desprende de la circunstancia de que dicha Ley 121, en su párrafo final establece de una manera categórica que sus efectos en ningún caso se extenderán a los reconocimientos operados antes del 26 de mayo de 1939; y en atención igualmente de que es

harto considerable el número de hijos naturales reconocidos voluntariamente, según los principios del Código civil. Al problema superficialmente, quizás pueda negársele todo el interés que nosotros le atribuímos, ya que *prima facie*, un doble reconocimiento es algo chocante para el sentido jurídico. Sin embargo, en circunstancias no ciertamente idénticas a las que pueden presentarse entre nosotros, ya en Francia, la doctrina y la jurisprudencia han debido ocuparse de ese problema. Y decimos que los casos susitados en Francia no son iguales a los que pueden promoverse aquí, porque, como veremos a su hora, entre la filiación natural subsistente en Francia y la que domina entre nosotros, media una distancia considerable.

La jurisprudencia francesa cuantas veces ha tenido que pronunciarse en casos como el que nos ocupa, ha mantenido firmemente el principio de que existe una absoluta imposibilidad jurídica para un doble reconocimiento. Así, en fecha 25 de mayo de 1892 la Corte de Bordeaux en una especie que le fué sometida, dice en algunos de sus motivos; "Atendiendo: a que el texto del artículo 337 del Código Civil que pronuncia la ineficacia del reconocimiento de un hijo natural hecho durante el matrimonio, no es susceptible de ninguna interpretación favorable a la demanda de la esposa X; que esta disposición, inspirada al legislador por motivos de alta moralidad y por la necesidad de protejer el matrimonio contra la infidelidad y el fraude, hace prevalecer los derechos del hijo legítimo sobre los derechos eventuales del hijo natural: Atendiendo: por otra parte, a que el reconocimiento de un hijo natural, bien sea voluntario o forzoso, tiene el mismo objeto, y produce los mismos efectos; que él retroactúa al día del nacimiento, no para crear la filiación, sino solamente para comprobarla; Atendiendo: a que el

reconocimiento voluntario es una confesión; que esta confesión no es más que la expresión de uno de los actos más inviolables y más sagrados de la conciencia; que el reconocimiento es pues, irrevocable por su naturaleza y por su objeto; que esta irrevocabilidad hace obstáculo, sea a otro reconocimiento voluntario que interviniese posteriormente, sea a una acción en reconocimiento forzoso; que la coexistencia de dos reconocimientos para comprobar una filiación idéntica es tan imposible desde el punto de vista jurídico, como del práctico; que la acción en reconocimiento forzoso aun cuando el reconocimiento voluntario no es contestado, ni en cuanto a su existencia, ni en cuanto a su validez, culminaría en la inestabilidad de este acto, favoreciendo retractaciones caprichosas y arbitrarias o autorizando discusiones diferentes de aquellas que permite el artículo 339". Se podría objetar, al traer esa especie a nuestra legislación, que hay varios aspectos de la sentencia que no nos conciernen, pues aquí, no es cierto que el reconocimiento voluntario o forzoso tenga o produzca los mismos efectos.

Para que el reconocimiento pueda tener entre nosotros los efectos que se deducen de la Ley 121 del 26 de mayo de 1939, es imprescindiblemente necesario que tenga un carácter completamente voluntario; pues nuestro legislador, comprendiendo la magnitud del nuevo reconocimiento que ha establecido, quiere que éste sea el resultado espontáneo de la voluntad de los padres.

Ante la Corte de Pau, a 2 de julio de 1885, se ventiló otro caso similar y se trataba de un hijo que habiendo sido reconocido durante el matrimonio de su madre, quiso, después de la disolución de dicho matrimonio, repudiar este reconocimiento e intentar una acción en investigación de ma-

ternidad, para una vez establecida esta filiación, exenta de las prohibiciones del artículo 337, ser considerado heredero en la sucesión de su madre.

La Corte consideró que los derechos de este hijo estaban irrevocablemente fijados por la verificación del primer reconocimiento, y que éste se oponía a cualquier otro reconocimiento ulterior.

Como se ve, en las especies sometidas a los tribunales franceses, siempre está en juego el artículo 337. Y no podría ser de otra suerte, ya que, amparándose en el citado artículo, es de la única manera, que hasta la fecha, puede elevarse en Francia el debate acerca de la procedencia o improcedencia de un subsiguiente reconocimiento, pues no hay en esa legislación ningún otro caso en que un hijo natural pueda tener interés en ser nuevamente reconocido.

Y esto se desprende de que en Francia, todas las reformas que han venido a favorecer a los hijos naturales, han tenido un carácter retroactivo. Por ejemplo, la Ley del 25 de Marzo de 1896 se aplicó inmediatamente y con carácter retroactivo a todos los hijos naturales simples. Bien distinto hubiera sido el caso, si el legislador francés hubiera consignado, en la aludida ley, que los efectos de ésta, solo se conferirían a los hijos naturales que se reconocieran posteriormente al 25 de marzo de 1896. Al expresar la enunciada jurisprudencia y algunos autores franceses, que un segundo reconocimiento es jurídicamente imposible porque, además de tener los mismos efectos que el anterior, comprobaría una filiación idéntica, podrían brindar un argumento a contrario a quien postulase la tesis de que en la República Dominicana sería factible éste subsiguiente reconocimiento. En primer término, habría que convenir en que la filiación,

no es, ni puede ser, tan sólo una cuestión de pura denominación, ni de medios de prueba, sino que más bien consiste en un conjunto de relaciones —deberes y derechos— que vinculan los padres a los hijos y recíprocamente.

Y si un hijo natural, reconocido al amparo de la Ley 121 del 26 de Mayo de 1939, tiene los mismos derechos que un hijo legítimo, tal como lo consagra esa ley en su artículo primero, parece que la única diferencia entre la filiación legítima y la filiación natural, estriba exclusivamente en la designación, llamándose uno hijo legítimo y el otro hijo natural.

Y en segundo lugar, es inocultable que media una distancia muy apreciable de la filiación natural que consagra el Código civil a la establecida en la nueva Ley 121.

Esta ley en su artículo segundo dice: "Queda derogado el artículo 337 del código civil. No hay lugar a distinguir el reconocimiento de un hijo natural hecho por uno de los cónyuges durante el matrimonio del que se hubiere hecho antes o se hiciere después".

El artículo 337 obra del legislador de 1804, adoptado luego por nosotros, era un exponente de esa ideología estrecha, desconocedora de esas complejidades inasibles que tejen la vida social, ideología que dominó durante tanto tiempo hasta en los más excelentes espíritus. El afán a ultranza de protejer por todos los medios la institución matrimonial, creó en más de una ocasión, verdaderas iniquidades, que ya hoy, con una visión ampliamente humana, los legisladores se apresuran en ir borrando de los códigos. El artículo a que nos referimos, además, de consagrar una injusticia, ya que muchas veces, quizás, los padres no habían hecho el re-

conocimiento con anterioridad a su matrimonio por olvido, o ignorancia, en muchos casos no podía alcanzar la finalidad que se proponía. El artículo en efecto dice: "el reconocimiento *hecho durante el matrimonio* por uno de los cónyuges, en favor del hijo natural habido antes de su matrimonio, de otra persona que no fuese su actual esposo, no podrá perjudicar ni a éste ni a los hijos de este matrimonio. Ahora bien, podía suceder que existiera un reconocimiento hecho por uno de los esposos antes de la celebración del matrimonio, pero que hubiera permanecido secreto. Este reconocimiento, como se desprende del texto del artículo 337 es perfectamente válido, pero innegablemente, que el día en que llegue al conocimiento del otro cónyuge, producirá las mismas consecuencias que el legislador se propuso evitar.

El legislador ha de comprender que las instituciones vitales que impulsan el dinamismo social deben protejerse propendiendo a la fijación de normas de cultura, empleando este vocablo en su acepción de "manera de vivir" y no creando desigualdades que quiebren la euritmia que debe modelar los organismos sociales.

En su artículo tercero, la ley de que nos venimos ocupando deroga varios artículos del código civil que establecían también notorias diferencias entre los hijos legítimos y los naturales.

El primero de ellos es el artículo 338 del C. C. Este texto decía: "El hijo natural reconocido no podrá reclamar los derechos del hijo legítimo. Los derechos de los hijos naturales se determinarán en el título de las sucesiones".

El artículo 756, derogado también, expresaba textualmente: "Los hijos naturales no son herederos; la ley no les

concede derecho sobre los bienes de sus padres difuntos, sino en el caso de haber sido reconocidos legalmente. Tampoco les da ningún derecho sobre los bienes de los parientes de sus padres". Este artículo ya había sido objeto de una modificación en Francia (Ley del 25 de marzo de 1896) y a la cual ya hemos hecho alusión. Entre nosotros aun dejaba sentir su excesivo rigor. Al tenor de los términos del artículo 756 la ley no concede ningún derecho a los hijos naturales, sobre los bienes de los parientes de su padre o de su madre. Esto era una consecuencia de los principios que regían la filiación de los hijos naturales. Estos solo tienen filiación por el reconocimiento, y éste no tenía efectos sino respecto del padre o de la madre de quien emanara, así pues, el hijo natural no tenía más parientes que a su padre o a su madre, y el parentesco es la condición del derecho hereditario.

El artículo 761 es también de los que figura en la nómina de los textos derogados. Consagrador de una desigualdad entre ambas clases de hijos, este texto pronunciaba, "que los hijos naturales no podrían hacer ninguna reclamación si habían recibido en vida de sus padres la mitad de lo que se les concedía en artículos anteriores, con declaración expresa de parte de aquéllos de que su intención era reducir dicho hijo a la parte ya recibida. En el caso de que aquella porción fuese inferior a la mitad de lo que debiera recibir, hubiera podido reclamar únicamente el suplemento necesario para completar su mitad".

Cuáles eran los motivos de esta disposición? El Orador del Tribunado es quien los ha expuesto con mayor amplitud. "Si para tranquilidad y reposo de su familia, el padre y la madre cuidaron, mientras vivían, de pagar la

deuda relativa a su hijo natural, y si al pagarla anticipadamente declararon que no querían que aquél viniere más tarde a perturbar su sucesión, la ley debe respetar esta disposición, aun cuando dicho donativo no llegara más que a la mitad de lo que le hubiera correspondido; pero si fuera inferior a esa mitad el hijo podría reclamar el resto. Semejante donación es útil, tanto para el hijo natural que disfrutará más pronto de esos bienes, como para la familia que se verá libre de un "acreedor odioso" y bueno es mantenerla, pero con la condición equitativa de que no sea excesivamente dañosa". Chabot, en su informe al Tribunado, agrega otro motivo más. "Era conveniente, dice, dejar a los padres la facultad de mantener a los hijos dentro de los deberes de la piedad filial".

Este texto legal y las razones que se invocaban para cohonestarlo eran fruto de esa ciega predisposición contra el hijo natural que privó siempre en el ánimo de los redactores del Código civil, y la especie de que el hijo se favorecía recibiendo en vida de sus padres la mitad de su porción hereditaria, no es más que un sofisma, pues si bien un hijo podía consentir en recibir tan sólo la mitad de su precaria parte, de seguro que ello obedecía a las apremiantes necesidades que se derivaban de su desamparo.

Otro de los artículos derogados, y el último al cual vamos a hacer un breve comentario es el 908 C. C. Según los términos de este texto los hijos naturales no podían por donación entre vivos o por testamento recibir más de lo que se les concedía en el título de las sucesiones. La exposición de motivos, dice, que para honrar y estimular los matrimonios, es por lo que los hijos naturales no deben tener las mismas prerrogativas que los legítimos. Podría concebirse que

para honrar el matrimonio y protejer las costumbres, la ley estableciera una diferencia entre los derechos que otorga a los hijos legítimos y a los hijos naturales, pero no se ve por qué la sucesión legítima debía ser la regla de la sucesión testamentaria o contractual. Se dice, que el legislador debe impedir que la barrera que ha establecido entre los hijos se destruya por el amor desordenado de padres y madres.

Cuando el difunto deja hijos legítimos e hijos naturales se puede comprender que la ley intervenga en favor de los hijos legítimos, puesto que tanto empeño ha puesto en protejerlos, pero cuando el hijo natural concurre con colaterales, y el padre puede dar todos sus bienes a extraños, porqué prohibirle que los dé a sus hijos naturales? porqué llamar desordenado a este marido? porqué cubrir de ignominia el amor del padre hacia sus hijos? El padre ama a sus hijos, no porque son sus hijos naturales, sino porque son sus hijos.

La desaparición en nuestro Código civil de todos estos artículos, nos dice que la filiación legítima y la natural están colocadas en un mismo y justiciero nivel, y además, nos muestra muy elocuentemente que nuestra legislación va marchando con paso firme hacia un sitial de honor, que habrá de constituir en un futuro próximo, orgullo y satisfacción para cuantos comprendan que las leyes de un país son reflejo de su conciencia y exponente de su cultura.

Vamos a llegar a la parte final de nuestro trabajo, en donde hemos de pronunciarnos acerca de la pertinencia o impertinencia de un segundo reconocimiento. Ya hemos afirmado anteriormente que esto desde el primer momento resulta algo incongruente, sin embargo, se impone un esclare-

cimiento concreto, pues nosotros ya hemos tenido noticias de padres que han llegado a estudios de abogados inquiriendo la forma en que podrían brindarles las condiciones de honorabilidad que ofrece la nueva ley, a los hijos que ya ellos habían reconocido anteriormente; y de otros padres, que por acta notarial han reconocido hijos que ya anteriormente habían reconocido. Fuerza es averiguar cuál debe ser la suerte de esos últimos reconocimientos.

Digamos algo primero, y a trazos sobrios, acerca del reconocimiento voluntario ya que acerca de él versan estas líneas.

El reconocimiento voluntario es una declaración de paternidad o de maternidad, hecha por el padre o la madre de un hijo natural en las formas prescritas por la ley. El acta auténtica que comprueba este reconocimiento forma el título del hijo natural. Constituye el modo de prueba regular y normal de la filiación natural, lo mismo que el acta de nacimiento es el modo de prueba regular y normal de la filiación legítima. Desde el punto de vista de la prueba, el acta de reconocimiento es para el hijo natural, lo que es el acta de nacimiento para el hijo legítimo. Puede suceder por otra parte que el hijo sea reconocido por uno solo de sus autores, en cuyo caso su filiación solamente se establece con respecto a éste, o que haya sido reconocido por sus dos autores, bien sea en un mismo acto o en dos actos distintos.

El reconocimiento de los hijos naturales era absolutamente desconocido en el derecho romano. La confesión de paternidad o de maternidad estaba desprovista de todo valor jurídico. Los romanos no concebían que pudiese crearse un hijo por una simple declaración de la voluntad. Sin duda, la filiación materna era siempre cierta, pero significaba

simplemente que ésta se revelaba por un hecho material, el parto, prueba directa, que podía ser hecha por los medios del derecho común, con una precisión suficiente. La confesión de la madre, no constituía una manera distinta de establecerla. En cuanto a la filiación paterna, fuera del caso en que la ley la presumía, quedaba necesariamente incierta, y la confesión del hombre que se creía padre del hijo, era inoperante.

Es en el antiguo derecho francés donde se ve aparecer el reconocimiento de los bastardos. La confesión de paternidad o de maternidad es entonces considerada como un modo de prueba *sui generis* que puede servir para establecer la filiación paterna al igual que la materna. Por otra parte, si el principio se admitía sin dificultad no se había reglamentado su aplicación. El reconocimiento podía ser hecho de una manera cualquiera. Podía intervenir ante la justicia o por un acto extrajudicial. En este caso, ninguna condición de forma era prescrita; el reconocimiento podía ser comprobado, ya por un acta auténtica, como un acta de bautismo o de matrimonio o bien por un acta bajo firma privada. No era necesario que un escrito fuese redactado para conservar la prueba. La confesión puramente verbal tenía el mismo valor que un reconocimiento escrito, salvo en caso de prueba. La prueba de la maternidad resultaba a menudo de una declaración de preñez. La ordenanza de Febrero de 1558, más bien con un fin de policía que con la intención de asegurar el estado de los hijos naturales, había ordenado a las mujeres que concibiesen fuera de matrimonio declarar su preñez o su alumbramiento ante un magistrado competente. La declaración así impuesta a la madre equivalía a un reconocimiento. Hoy el reconocimiento está cuidadosamente reglamentado. No puede válidamente hacerse sino rodeándolo de ciertas solemnidades que la ley determina. El ar-

tículo 334 del Código civil nos enseña, que el reconocimiento de un hijo natural cuando no conste en el acta de nacimiento se hará por medio de un acta auténtica. Y a su vez, el artículo 1317 C. C., dice, que es acto auténtico el que ha sido otorgado por ante oficiales públicos, que tienen derecho de actuar en el lugar donde se otorgó el acto, y con las solemnidades requeridas por la ley. Todas estas precauciones han sido tomadas en vista de asegurar la irrevocabilidad del reconocimiento y para garantizar la libertad y sinceridad de este acto.

El reconocimiento es una confesión, es un acto de la conciencia que viene a revelar al exterior un lazo de sangre existente entre el padre o la madre y el hijo objeto de él. El reconocimiento no crea la filiación, pues ésta tiene una existencia anterior e independiente de él, sólo viene a establecerla, a fijarla; el hijo tenía una filiación, pero hasta el reconocimiento había permanecido desconocida. Esta confesión es esencialmente personal, ni siquiera se concibe la intervención de personas extrañas a ella, pues, sólo los padres pueden hacerla con conocimiento de causa. El reconocimiento es irrevocable en cuanto no puede ser revocado arbitrariamente por aquél que lo consintió. Este es un principio aceptado de consuno por la doctrina y la jurisprudencia, resulta de la naturaleza misma del reconocimiento, pues siendo éste la confesión de un hecho, la paternidad o la maternidad, esa confesión comprueba la filiación del hijo y le asegura su estado; por lo mismo, es esencialmente irrevocable, tanto como lo sería la declaración que un padre hiciese acerca del nacimiento de su hijo. En una sentencia de la Corte de Grenoble hallamos una aplicación notable. Era el caso de un hijo reconocido en un contrato de matrimonio con el objeto de legitimarle; pero el proyectado matrimonio

no llegó a celebrarse, y en consecuencia, quedó sin efecto el contrato relativo a él, a pesar de lo cual se mantuvo el reconocimiento. Si los contratos matrimoniales quedan sin efecto, es porque son esencialmente condicionales, quiere decir. que no puede haber contrato de matrimonio si no hay matrimonio, pero es independiente de éste el reconocimiento del hijo, por no ser condicional y no se concibe que se haga con alguna condición. No es pues, más que la confesión pura y simple de un hecho, y una vez prestada, ya no puede ser retractada.

El reconocimiento válidamente hecho, es por sí mismo irrevocable. No puede ser retractado por la persona de quien emana, aun cuando no haya sido aceptado por aquel en provecho de quien ha tenido lugar.

Es de tal vigor este carácter de irrevocabilidad del reconocimiento que se han suscitado vivas controversias acerca de si un reconocimieno contenido en un testamento (auténtico, desde luego), puede o no ser revocado, como lo son las otras disposiciones contenidas en él. El testamento es en efecto esencialmene revocable. "Aquel que consigna una confesión, un reconocimiento cualquiera en un testamento, dice Demolombe, el que no ha tenido la intención de despojarse de esta confesión, no puede decir que un tal reconocimiento tenga para si un carácter definitivo. Mi testamento, es mi pensamiento íntimo, mi pensamiento escrito, es verdad, pero para permanecer secreto y no pertenecer sino a mí. Y todo lo que yo deposito ahí, es la huella de mi carácter, nada está pues acabado, nadie ha adquirido nada, el testamento no es más que un proyecto. No se me objete que el reconocimiento de un hijo natural es irrevocable desde que se hace; sí, desde que se hace, pero yo niego que lo sea, niego que la

voluntad de reconocer exista como debe existir, definitiva, reflexiva, segura de si misma".

Laurent a su vez afirma: "Creemos que el reconocimiento contenido en un testamento es revocable, y que se revocará por el solo hecho de revocarse el testamento. Este es revocable por su esencia; quiere decir, que las disposiciones o declaraciones del testador no son más que un proyecto, pues en realidad no existen sino al morir aquél. En vano podría alegarse que acerca del testamento cabría una distinción, análoga a la que puede hacerse con las disposiciones contenidas en un contrato de matrimonio; esto es, que deben distinguirse las cláusulas relativas a los bienes y las que contienen una confesión; porque hay una diferencia esencial entre ambos instrumentos. En el contrato de matrimonio las partes contrayentes manifiestan su voluntad de una manera definitiva pero condicional, y si el reconocimiento pudiera ser condicional quedaría insubsistente con todas las demás cláusulas del contrato, en el caso en que no llegara a celebrarse el matrimonio. Si, pues, se sostiene el reconocimiento es porque no puede hacerse bajo condición, sino que es puro y simple, y, en este sentido irrevocable. En cuanto al testamento, es revocable, porque las disposiciones en él contenidas se hallan en estado de proyecto, a la manera de todas sus demás cláusulas. La revocación del testamento prueba que el proyecto no ha llegado a ser una voluntad definitiva.

Lacantinerie afirma, que los sostenedores del sistema de la revocabilidad parecen perder de vista el sentido de los textos que reglamentan la materia. El artículo 895 que presente el principio de la revocabilidad de las disposiciones testamentarias, nos dice al mismo tiempo "que el testamento es un acto por el cual el testador dispone, para una época en que ya no existirá del todo o parte de sus bienes". Es el

testamento así definido el que la ley declara revocable, es decir, el testamento en tanto que sea un acto de disposición de bienes. Si el es revocable, es en razón de las disposiciones de última voluntad referente a los bienes, no a causa de la calificación que le sea dada por su autor. En consecuencia, si encierra accidentalmente cláusulas extrañas a los bienes y que sean irrevocables en su naturaleza, la circunstancia de que éstas se encuentren contenidas en un testamento no las hace revocables.

Aubry et Rau, sostienen, que las disposiciones testamentarias son ciertamente revocables a discreción del testador, pero que su revocación no le quita al acto instrumental su carácter de acto auténtico, y que no es posible que una revocación pueda ejercer ninguna influencia sobre la suerte de un reconocimiento que se encuentre allí consignado, puesto que éste es esencialmente irrevocable, y no constituye, aunque encerrado en un testamento, una disposición testamentaria, es decir, una disposición cuya eficacia se halle subordinada a la defunción del testador. Tal es el sistema que ha seguido la jurisprudencia en Francia. Sin embargo, ella ha retrocedido ante la consecuencia necesaria de su sistema. Si el reconocimiento encerrado en un testamento es irrevocable, no hay motivos para que no pueda producir sus efectos inmediatamente y se deberá pues permitir al hijo prevalerse de él, aun viviendo su autor, por ejemplo para obtener una pensión alimenticia. Rehusando admitir la consecuencia que acabamos de señalar, la jurisprudencia brinda un arma poderosa a sus adversarios, que dicen: Si la consecuencia no es admisible, el principio de donde se deriva tampoco debe serlo. Y esto sería imposible, afirman ellos, porque se llegaría así a ejecutar un testamento viviendo el testador, lo que es contrario a todas las reglas.

Se puede responder, que dar un efecto inmediato al reconocimiento no es ejecutar el testamento, por la muy sencilla razón de que la disposición que contiene el reconocimiento no es una disposición testamentaria, porque no se refiere a los bienes del testador, y lo mismo que un reconocimiento hecho en un contrato de matrimonio no es una convención matrimonial y puede producir todo su efecto antes de que se verifique el matrimonio, nada se opone a que el reconocimiento contenido en un testamento produzca, en virtud de su irrevocabilidad, efectos en vida del testador.

Expuestos estos conceptos cómo concebir, pues, que una confesión de carácter irrevocable, que ha sido hecha ajustándose a las exijencias legales, pueda ser objeto de una repetición?

No puede sostenerse razonablemente que un acto que ya ha cumplido plenamente su misión, —en este caso, comprobar una filiación—, pueda volverse a realizar para que produzca idéntico efecto. Afirmar lo contrario sería aferrarse a un absurdo incalificable.

Luego, es imposible, desde un punto de vista lógico y jurídico, que si ya la filiación está plena y correctamente establecida, pueda intervenir otro reconocimiento tendente a llegar a la misma finalidad. El hecho de que una nueva ley venga a ampliar los efectos de una filiación, no puede autorizar a los padres a repetir una confesión que ya han hecho.

Este sería el caso, a guisa de ejemplo, y en el supuesto de que no existiera el divorcio, de que interviniese una ley concediéndole prerrogativas a los individuos que contrajesen matrimonio a partir de una fecha determinada. Los individuos casados con anterioridad a esa disposición no podrían pretender, pensando de acuerdo con la lógica, celebrar un

nuevo matrimonio, vale decir, repetir el mismo acto, con la misma persona, en miras de situarse en las condiciones favorables de la hipotética ley. Tal es el caso que se presenta con respecto a un subsiguiente reconocimiento. Autorizados autores de la materia expresan esta manera de ver. Así, Planiol y Ripert, en el tomo 2, de su obra página 728, nota tercera, afirman: "no se podría concluir que dependa del auto de un reconocimiento hecho durante el matrimonio, hacerlo plenamente eficaz renovándolo después de la disolución de éste. Este segundo reconocimiento seria imposible, como teniendo idénticamente el mismo objeto, y siendo absoluta la regularidad del primero".

Baudry-Lacantinerie refiriéndose también tangencialmente a ésta situación, en su Precís de Droit Civil, tomo primero, página 505, dice lo siguiente: "La filiación de un hijo natural reconocido durante el matrimonio, no puede producir efectos frente al esposo y a los hijos de este matrimonio, aún cuando el hijo fuera objeto de un segundo reconocimiento, después de la disolución de este matrimonio. Ahora bien, este segundo reconocimiento sería jurídicamente imposible. Porque, cuál sería su fin? Probar la filiación del hijo? Pero esta filiación está ya probada por el primer reconocimiento. Mejorar su situación? Pero los derechos de este hijo están ya fijados por el artículo 337 y no puede depender del autor del hijo modificarlos". Tenemos pues, que a la luz de los principios, no sería posible, que un padre reconociera dos veces a un hijo.

Sin embargo, esto no quiere decir, que lo demos por concluido, y no nos afanemos en buscar un expediente, que por vía legislativa, pueda extender hasta esos hijos reconocidos con anterioridad al 26 de mayo de 1939, el disfrute de

las ventajas que la ley de esa fecha proporciona. Son apreciables las razones que nos mueven a postular una rectificadora solución, ya que es fácil comprender que hasta el mismo orden social se resiente de la existencia de dos clases de hijos naturales, nacidas ambas en las mismas condiciones, pero una, felizmente, dueña de todos los derechos, al paso que la otra, infortunadamente, dueña tan solo de la amarga pesadumbre de una inferioridad agobiante.

Nosotros tenemos por cierto que la intención de nuestro legislador no fué ni pudo ser, el crear semejante situación. Su intención se refleja plásticamente en la exposición de motivos que sometiera al Senado su Presidente cuando dice en su artículo tercero: "Mantener los efectos del reconocimiento que se hicieron al amparo del código civil tal como rije, en las mismas condiciones y con los mismos efectos que se tuvieron o debieron tenerse en cuenta, al hacerse esos reconocimientos. Esta restricción que hemos consignado en una disposición final de la ley, puede parecer creadora de una injusta diferencia, pero nos ha parecido prudente consignarla, como una concesión entre el antiguo régimen que tratamos de abolir y el nuevo que para el futuro estableceremos, con el propósito de evitar la repercusión que pueda crear en las familias la concesión de derechos que no se previeron al hacerse los anteriores reconocimientos".

Nuestro legislador, conociendo la extensión de la reforma, quiere en primer término que este reconocimiento sea obra exclusiva de la voluntad de los padres, y así lo expresa en el artículo primero de la ley, diciendo: "La filiación natural establecida por el reconocimiento voluntario, etc., ."

Y en segundo lugar, lo domina muy sensatamente la idea de no llevar atentado a las situaciones creadas, y por eso no vacila en proclamar que los efectos de los artículos 1, 2, 3, de la nueva ley, no se extenderán en ningún caso a los reconocimientos anteriores a ella.

Ahora bien, podría creerse que el deseo del legislador haya sido el de dejar definitivamente a estos hijos extramuros de la nueva situación que crea la Ley 121?. . . Podría sostenerse, en rigor de concepto, que el legislador haya pretendido crear una, todavía más desesperante, desigualdad entre los hijos; pues ya no sería cuestión de contemplarla entre hijos legítimos y naturales, sino de hijos naturales a hijos naturales? No lo creemos. Tenemos por evidente, de la más absoluta evidencia, que nuestro legislador fué movido por un elevado espíritu de justicia, y la situación que venimos señalando está en paladina oposición con la idea rectora que presidió el advenimiento de la ley.

Si se hubiera atribuído efecto retroactivo a la disposición legal que comentamos, el legislador habría vulnerado derechos y situaciones adquiridos, y lo que es más grave aún, el natural descontento que hubieran experimentado algunos padres (quizás muy pocos) al encontrarse con que un reconocimiento que ellos consintieron teniendo en miras concederles una mínima porción de derechos a sus hijos naturales, se había transformado, mal de su grado, en un reconocimiento que parte límites con una legitimación. Son muy pocos los padres que reconocen a sus hijos teniendo a la vista y en la conciencia el arancel del Código civil. Lo sólito es que éstos padres no les concedan la plenitud de los derechos, porque la ley se lo prohibe. Entonces, nada más lógico, equitativo y sobre todo humano, que se les conceda,

la facultad de que, por un acto absolutamente espontáneo de su voluntad, puedan elevar la condición de sus hijos nacidos fuera del "castillo señorial del matrimonio".

Insinuamos por tanto, ya que la Ley 121, no lo prevé y de que un subsiguiente reconocimiento está en pugna con lo jurídico, que dicha ley sea objeto de una ligera modificación, para que, mediante un expediente sencillo, se obtenga el resultado que venimos propugnando. Esta reforma debe consistir en una disposición que establezca que los padres (comprendiendo la madre), puedan concederles a sus hijos naturales ya reconocidos, los favores de la nueva ley, mediante una declaración que hicieran por ante el oficial del Estado Civil o del funcionario que haya recibido el reconocimiento, en la cual expresen sus deseos de que sus hijos sean favorecidos por las disposiciones de la última ley sobre filiación natural.

CONCLUSION:

1º— Concluimos pues, afirmando que en los límites de lo jurídico no cabe la facultad de que un hijo natural reconocido con anterioridad al 26 de mayo de 1939, pueda ser objeto de un nuevo reconocimiento que lo coloque dentro de la situación creada por la Ley de esa fecha sobre Filiación Natural;

2º— Que la Ley 121 del 26 de mayo de 1939, sea objeto de una modificación en el sentido de que los padres de esos hijos puedan, mediante una declaración ante el funcionario que proceda, extenderles los favores que esta ley establece.

INDICE

Exposición del tema a tratar 7

Consideraciones generales sobre los hijos naturales a través de la Historia y de las legislaciones 7

Derecho Griego 9

Derecho Romano 9

Derecho Germánico 10

Derecho Canónico 11

Derecho Antiguo 11

Derecho Intermediario 13

Situación de los hijos Naturales en el Código Civil 15

Situación de los hijos naturales en el derecho actual 19

DESARROLLO DEL TEMA:

Conclusión 63

Bibliografía 67

OBRAS CONSULTADAS

AUBRY ET RAU, Cours de Droit Civil Francais, tome Neuviéme pág. 261.— Edition 1917, Imprimerie et Libraire Générale de Jurisprudence.

BEAUDRY-LACANTINERIE (G.).— Traité Theórique et Pratique de Droit Civil, tome cuatriéme, págs. 624-25; edition de 1907, Libraire de la Societé du Recueil J. B. Sirey et du Journal du Paris.

BEAUDRY-LACANTINERIE (G.).— Precís de Droit Civil, tome premiere, onziéme edition, pág. 505, Libraire de la Societé du Recueil Sirey.

DALLOZ: Jurisprudence Générale Recuiel Periodique et Critique de Jurisprudence, de legislation et de Doctrine, Anné 1886, 1894, cap. 2 pág. 50.

DALLOZ: Jurisprudence Générale Recuiel Periodique et Cridique de Jurisprudence, de egislation et de Doctrine, Anné 1886, cap. 2 pág. 165.

BONNECASSE-JULIEN: Traité Theórique et pratique de Droit Civil, par G. Beaudry-Lacantinerie, SUPPLEMENT, tome sixiéme, pág. 299 y sgts. Libraire de Recueil Sirey, edition de 1935.

GIRAR, PAUL FREDERIC: Manuel Elementaire de Droit Romain, cinquiéme edition, pág. 187, Libraire nouvelle de Droit et Jurisprudence.

GOMEZ HIJO, Manuel U.: Repertorio Alfabético de la Jurisprudencia Dominicana, pág. 214, Nº 1042.

JOSSERAND-LOUIS: Cours de Droit Civil Positif Francais, tome I, cap. de la Filiación natural. Libraire du Recueil Sirey Troisiéme édition, 1940.

LAURENT (F.): Derecho Civil, edición española de 1912, tomos 4 y 9.

LISTIN DIARIO — artículo de J. Humberto Docoudray — (30 mayo 1939).

PANDECTES FRANCAISES, tome 29, cap. preliminaire, Enfats Naturals, edition de 1908, Libraire Marascq Ainé.

PLANIOL Y RIPERT: Traité Pratique de Droit Civil, págs. 718-722 edition de 1926; Libraire de Droit y de Jurisprudence.

REVISTA JUDICIAL, año 1909, mes de Diciembre.

REVISTA JUDICIAL, año 1910, mes de Junio.

REVISTA JUDICIAL, año 1910, mes de Septiembre.

REVISTA JURIDICA, mes de Abril de 1939, artículo de M. Gonzalez Morales.

UNIVERSIDAD DE SANTO DOMINGO
REPUBLICA DOMINICANA

D-99

Facultad de Derecho

"EL ABUSO DEL DERECHO DE PROPIEDAD"

TESIS
PARA EL DOCTORADO

Sustentada por
GREGORIO POLIXENO PADRON S.

Año académico de 1940 - 1941
Número 29

"La Universidad no se hace solidaria de las opiniones emitidas por el sustentante". (Ordenanza Nº 21-40 de fecha 30 de Sept. de 1940).

EDITORA MONTALVO
CIUDAD TRUJILLO
1 9 4 0

BN
D-99
UASD
FCJ

AL GENERALISIMO

DR. RAFAEL L. TRUJILLO MOLINA,

BENEFACTOR DE LA PATRIA,

Y RESTAURADOR DE LA INDEPENDENCIA FINANCIERA

DE LA REPUBLICA.

Como testimonio humilde de agradecimiento, admiración y respeto.

014276

A LA MEMORIA DE MI QUERIDO PADRASTRO,

DON ALCIBIADES NUÑEZ,

Porque sus huesos susultarán de gozo en la Tumba el día de mi Graduación.

A MI MADRE, ANA STUBBS VDA. NUÑEZ,

A MI HERMANA, JOVINA PADRON DE FIGUEROA,

A MI CUÑADO DON BENITO FIGUEROA,

Con todo mi cariño.

A MAXIMO VASQUEZ GAUTIER,

Porque fué el único compañero de estudios que tuve.

INTRODUCCION

Autores eminentes han tratado con profusión de detalles la cuestión relativa al abuso del derecho, habiendo escrito algunos, como Josserand, brillantes volúmenes (sin contar numerosas monografías de autores menos eminentes) para sostener su apreciación al respecto. Nosotros no intentaremos hacer un estudio detallado de esta materia, emitiendo un juicio personal acerca de la opinión sustentada por cada autor, debido a que este trabajo requeriría mucho tiempo, además de que un estudio de tal magnitud trocaría una simple tesis en un tratado sobre el abuso del derecho; y tal no es el propósito.

No obstante ésto, hemos optado por el abuso del derecho como motivo de nuestra tesis debido a que, aparte de que el tema es interesantísimo y seductor, si es verdad que el abuso del derecho es materia tan frecuentemente debatida ante los Tribunales franceses que la solución de sus problemas no presenta para éstos gran dificultad, no sucede lo mismo en la República Dominicana, en cuya Jurisprudencia es de cierta novedad. Así, sólo tenemos conocimiento de un caso definitivamente resuelto por nuestra Corte de Casación.

Y no es que en la República Dominicana no ocurran con frecuencia casos de abuso de derecho que, ventilados por

nuestros Tribunales de Justicia, habrían dado lugar a establecer una larga jurisprudencia al respecto; sino que, a pesar de la frecuencia de estos casos, nadie, o casi nadie, opta por hacerlos resolver de manera más o menos drástica por nuestros Tribunales; unos, porque no conciben que el uso de un derecho, al hacerse excesivo hasta el grado de colidir con el derecho de los demás, pueda ser sancionado de alguna manera por la Justicia; y otros, porque pasan por alto casos patentes de estos abusos, a causa ya de cierta indolencia, ya de ese espíritu de tolerancia tan peculiar de la generalidad de los dominicanos.

El campo de aplicación de la teoría del abuso del derecho es muy amplio: tan amplio como el de los derechos mismos, pues de todos puede concebirse el abuso. Así, existe abuso del derecho de estar en justicia, abuso de derecho en materia contractual, abuso de derecho en ciertas relaciones familiares, abuso de derecho en materia de alquiler de servicios, abuso del derecho de propiedad, etc.

Debido a que el corto tiempo de que disponemos no nos permite hacer un estudio detallado de estos distintos casos del abuso del derecho, hemos dividido nuestro estudio en dos partes: en la primera, después de la historia de la institución, exponemos nuestro juicio sobre la teoría general del abuso del derecho; en la segunda, hacemos aplicación de los principios sostenidos en la teoría general, al abuso en el ejercicio del más amplio de todos los derechos, el derecho de propiedad, indicando las direcciones de la Jurisprudencia francesa, de otras Legislaciones extranjeras, y de la Jurisprudencia dominicana, al respecto.

BNPHU

PRIMERA PARTE

DEL ABUSO DEL DERECHO EN GENERAL

CAPITULO I

HISTORIA

§ I. — Generalidades.

Sumario: 1.—Origen y revivencia del concepto en la doctrina moderna. 2.—Derecho Romano. 3.—Antiguo Derecho francés. 4.—Código Civil. 5.—Obra de la Jurisprudencia.

1.— El concepto del abuso del derecho no es nuevo: existe, aunque de manera embrionaria y un tanto indefinida, desde tiempos remotos. Esta existencia se remonta al día mismo en que hubo necesidad de oponer la equidad a las reglas estrictas del Derecho, en que estas reglas formales chocaron con la realidad en el momento de su aplicación práctica.

Cuando, a principios de este siglo, el concepto del abuso del derecho fué revivido y sustentado en Francia por algunos juristas (Saleilles, Ripert, Charmont, Josserand, etc.) y presentado por ellos en forma de teoría, las críticas más vigorosas

de otros civilistas e historiadores (Planiol, Baudry-Lacantinerie y Barde, y Esmein), se opusieron a aquellos, pretendiendo su condenación definitiva y pidiendo que desapareciera del derecho francés, debido a que esta teoría —en apariencia nueva—, era «quimérica, absurda y peligrosa». Pero un concepto que no pudo ahogar el tiempo, que existió y existe de manera más precisa cada vez en distintos países, no obstante las convulsiones políticas de éstos, no podía desaparecer del derecho francés, sino que estaba llamado, por el contrario, a ocupar un sitial preeminente en la Jurisprudencia y en la Doctrina, por su espíritu, altamente jurídico, y su gran alcance social. Y si lo que se refiere a abuso de los derechos no fué establecido y reglamentado de manera formal por el Código Civil francés, ello se debió a motivos que veremos después.

2.— Se encuentran huellas del abuso del derecho en las fuentes mismas del derecho romano. Según observa Georges Cornil, parece que el jurisconsulto Gaius formuló ya una teoría general del abuso de los derechos cuando, para justificar la interdicción de los pródigos y la prohibición a los amos de maltratar a sus esclavos, proclamó: *«Male enim nostro jure uti non debemus»* (no debemos usar perversamente nuestro derecho). Otro eminente romanista, Charles Appleton, escribió que sobre la teoría del abuso del derecho reposa toda la evolución del derecho romano, evolución que comenzó con la Ley de las XII Tablas, y trae en apoyo de su tesis la máxima de Paul: *«Non omne quod licet honestum est»* (no todo lo que es lícito es honesto). También queremos recordar aquí el adagio popular que se encuentra en el Digesto: *«Neminem laedit, nemis damnum facit, qui suo jure utitur»* (aquel que ejerce su derecho con prudencia y atención no es responsable del daño que puede causar a otro); igualmente aquella otra máxima: «*Malitiis non est indulgendum*» (no hay que ser indulgente con el malvado).

Según Josserand, la odiosa máxima «*dura lex, sed lex*»

(la ley es dura pero es la ley), no parece ser verdaderamente romana, y es completamente falsa —en tanto que expresión del derecho romano de la buena época— debiendo ceder el puesto a su antagonista: «*Summum jus summa injuria*» (la mucha justicia se convierte a veces en injusticia). El derecho pretoriano constituye además, en su desenvolvimiento, la más brillante ilustración de la teoría del abuso en el ejercicio de los derechos. (1)

3.— Durante toda la edad media el concepto del abuso del derecho quedó un tanto apagado con el advenimiento de la Escolástica. Pero ya en los albores de la edad moderna, reaparece con el renacimiento del derecho romano, y en el siglo XVI Guy Coquille (1523-1603) la desenvuelve en fórmulas que llegaron a ser clásicas.

Un siglo después, Basnage, en un tratado de las hipotecas, escribe que «hay a veces injusticia en querer ser muy justo», y más luego Domat aplica esta regla de conducta al derecho de propiedad, diciendo que «un propietario puede comprometer su responsabilidad si hace, en su propiedad, un cambio con el único fin de perjudicar a otro y sin uso para él, porque, en este caso, habría una malicia que no sufriría la equidad». (2)

Los Parlamentos en Francia, por otra parte, nunca titubearon en reprimir todo abuso malicioso.

4.— Sin embargo, a pesar de haberse perfilado tan netamente el concepto del abuso del derecho, ya en el derecho romano, ya entre los glosadores y post-glosadores, el Código Civil francés guardó silencio a este respecto. Ello se debió a que ni en uno ni en otro de estos dos derechos se había inten-

---

(1) En este sentido: Josserand, *De l'Esprit des Droits et de leur relativité*, Nº 2; Demogue, *Traité des Obligations en général*, tomo IV, Nº 634; Mazeaud et Mazeaud, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*, tomo I, Nº 555. Criterio contrario: Planiol, *Traité Elémentaire de Droit Civil*, tomo II, Nº 870.

(2) Citado por Josserand, Op. Cit. Nº 3.

tado edificar una teoría general de la materia; y los redactores del Código Civil, en extremo discretos, prefirieron no consagrar como principio legal una cuestión acerca de la cual no se tenía todavía un concepto definitivo.

No obstante esto, es muy cierto que los redactores del Código Civil tuvieron presente la posibilidad del abuso en el ejercicio de ciertos derechos, cuando establecieron ciertas restricciones al carácter absoluto del derecho de propiedad, y cuando ensayaron dar una solución satisfactoria a algunas cuestiones en las cuales podrían colidir intereses distintos. Estos casos son: a) Las servidumbres legales establecidas en beneficio de los particulares (Arts. 651 y siguientes del Código Civil); b) La renuncia del mandatario en perjuicio del mandante (Art. 2007, párrafo 2); c) La disolución de una sociedad de personas a duración ilimitada por la voluntad unilateral de un asociado (Arts. 1869 y 1870); d) La contratación de servicios (Art. 1780, modificado en Francia por la Ley del 19 Julio del 1928).

5.— Debido a que, como acabamos de ver, el Legislador de 1804 no quiso abordar abiertamente la cuestión del abuso del derecho, puede afirmarse que esta materia quedó olvidada durante cerca de un siglo, principalmente en Doctrina y en Legislación, pues la Jurisprudencia, debido a los innumerables casos que se iban ventilando en los Tribunales, y cuya solución el Legislador del 1804 no pudo prever, se fué inclinando en el sentido de limitar cada vez más el ejercicio desmedido de ciertos derechos, principalmente del derecho de propiedad, cuando de este ejercicio resultaba un daño a otro. Gracias a esta Jurisprudencia, que comenzó a formarse casi al día siguiente de haberse puesto en vigor el Código Civil (1),

---

(1) El 10 de Noviembre del 1808 la Corte de Apelación de Metz estableció en una sentencia que «está permitido a cada uno disponer de su propiedad como le plazca, pero, a pesar de eso, sin molestar a otro». B. Lacantinerie y Bennecase, *Traité de Droit Civil*, Supplement, tomo III, Nº 194.

la tesis tradicional del abuso del derecho ha seguido manteniendo varias de sus posiciones y ha servido de base sólida a la Doctrina para crear una teoría completa sobre esta materia. (1)

(1) Desde principios del siglo pasado la cuestión del abuso de los derechos ha sido considerada cuidadosamente, mucho mejor que en Francia, por varias Legislaciones, llegando algunos países, como Alemania y Suiza, a sentar en sus respectivos Códigos Civiles principios relativos a esta materia que son de gran alcance.

CAPITULO II

TEORIA GENERAL DEL ABUSO DEL DERECHO

§ I. — Problema y justificación del concepto.

Sumario: 6.—Planteamiento del problema. 7.—La expresión "abuso del dercho". 8.—Justificación de la teoría.

6.— La cuestión del abuso de los derechos se reduce a saber si una persona, que causa a otra un daño que hubiese podido evitar, está o nó obligada a reparar este daño si al cometerlo actuaba dentro de los límites aparentes de su derecho.

7.— La expresión «abuso del derecho» ha sido criticada por varios autores: Planiol, Baudry-Lacantinerie y Barde, Duguit, Demogue.

Cuando estos autores se refieren a dicha expresión, dicen que ella carece de sentido, que es el resultado de un mal entendido, que no puede existir el uso abusivo de un derecho debido a que un mismo acto no puede ser a la vez conforme al derecho y contrario al derecho, que el derecho cesa donde comienza el abuso, y que todo acto abusivo es un acto ilícito y no es por tanto el ejercicio de un derecho. Para todos esos actos perjudiciales que la jurisprudencia ha ido reprimiendo, estos autores sugieren otras designaciones; por ejemplo, que

se les considere como el «ejercicio anormal de un derecho», o «actos excesivos», o «desviación del derecho de su fin legítimo», etc.

Llámesele como quiera, lo que no se puede negar es que existe la posibilidad de que una persona pueda perjudicar a otra, haciendo uso de su derecho, y que este perjuicio pueda ser generador de responsabilidad.

8.— Otros autores critican la teoría del abuso del derecho. Dicen que esta teoría es extremadamente peligrosa, y la rechazan por razonos traídas de la concepción misma que ellos se hacen de los derechos. Sostienen que la Ley está hecha para reconocer los derechos de la persona y que el hombre debe ejercer libremente los derechos que le son conferidos; que, por tanto, el hombre no puede por este ejercicio comprometer su responsabilidad.

Contrariamente a éstos, son muchos los autores qne defienden el concepto del abuso del derecho. Josserand (1), por ejemplo, trae en apoyo de su defensa distintos hechos reales. El primero de estos hechos es la enseñanza de la *Historia,* que nos muestra el conflicto entra la regla escrita y los medios de administración del derecho, triunfando siempre estos últimos sobre aquella; otro hecho se halla en el *derecho comparado,* que nos demuestra que la doctrina del abuso del derecho es acogida favorablemente en casi todos los países; el tercer hecho se desprende del mismo *derecho positivo* francés, que ha ido consagrando el concepto en disposiciones legislativas recientes; el cuarto se halla en el *origen* mismo del abuso del derecho: producto social, estaba destinado a hacer figura social, a pena de renegar su filiación cierta e invariable. El quinto es el de la *finalidad* de las prerrogativas establecidas por el derecho: el hombre, si se le considera como individuo aislado, no podría tener derechos, en el sentido jurídico de la

(1) Josserand, Op. Cit. Nº 232 y sigs.

palabra; es solamente como miembro de la comunidad que adquiere una personalidad y se hace el sujeto y el centro de relaciones obligatorias. El último hecho se halla en el *artículo 1382* del Código Civil que, de acuerdo con Josserand, es un verdadero código de la sociabilidad humana.

Se puede objetar además que si el hombre debe ejercer libremente los derechos que le son conferidos, este ejercicio tiene un límite: la satisfacción de un interés serio y legítimo, no pudiendo llevarse este libre ejercicio hasta el extremo de perjudicar a los demás.

§ II,—Campo de aplicación y distinciones.

Sumario: 9.—Derechos definidos y derechos indefinidos. 10.—Abuso de derecho y falta de derecho. 11.—Casos en los cuales no puede hablarse de abuso del derecho.

9.— De todos los derechos de que una persona puede disponer, se pueden hacer dos grupos: a) Los derechos definidos o determinados, derechos *strictu sensu,* como el derecho de propieda; b) Los derechos generales y vagos como el derecho a la libertad, el derecho de ejercer cada cual su acti vidad, el derecho de libre tránsito: derechos indefinidos o indeterminados.

Según algunos autores, como Mazeaud y Mazeaud, y Lacantinerie y Bonnecase, aunque del ejercicio de los derechos indeterminados nacen problemas de responsabilidad, no se puede hablar, sin embargo, refiriéndose a ellos, de abuso del derecho; sostienen estos profesores qne el problema del abuso del derecho no se establece más que en el caso en que el autor del daño ha ejercido un derecho definido, por ejemplo, cuan-

do causa un daño usando de las prerrogativas que le confiere su derecho de propiedad.

Otros autores, como Saleilles, Josserand, Porcherot y Tesseire, sostienen por el contrario que el abuso de los derechos se concibe mejor para los derechos indefinidos que para los derechos definidos. Según el primero de estos autores, el abuso consistiría, en estos casos, en ejercer uno su libertad aún sin violación de un derecho, pero con intención de perjudicar.

Nosotros creemos que el abuso se puede admitir para todos los derechos, pues tanto puede uno hacer un uso abusivo de su derecho de propiedad o de su derecho de estar en justicia, como puede hacerlo de su derecho a la libertad o de su derecho de ejercer su actividad: tal el caso de la libre concurrencia, cuando ésta se convierte en concurrencia ilícita o concurrencia desleal (1)

10.— Es necesario distinguir el abuso del derecho de la falta de derecho. En el primer caso se comete un hecho que uno tiene derecho de cometer, pero que, por cualquier circunstancia, resulta perjudicial para alguien: por ejemplo, el hecho de poner a funcionar una grafonola en su casa, que produzca un ruído tal que perturbe al vecino en su tranquilidad o en su trabajo, o el hecho de construir una falsa chimenea, en condiciones que perjudique o estorbe al vecino.

En el segundo caso se comete un hecho que uno no tiene derecho de cometer: por ejemplo, si un agricultor que está arando su propiedad, hace pasar el arado por una propiedad vecina, resultando de este hecho un perjuicio para el dueño de esta propiedad. En este segundo caso hay siempre lugar a exigir la reparación del daño causado.

11.— Otro grupo de actos, con respecto a los cuales no se puede hablar de abuso del derecho, lo componen: a) Aquellos

---

(1) En este sentido: Dabin, *L'Abus du Droit*, Belgique Judic. 1921, pag. 375. Citado por Demogue, Op. cit. No. 688.

que son jurídicamente irreprochables y en los cuales el Juez no podría detenerse a considerar los sentimientos malos o buenos que indujeron al autor del acto a cometerlo, puesto que éste podía servirse de su derecho como mejor le acomodase: por ejemplo, cuando un testador deshereda injustamente y sin motivo a sus parientes más próximos para dejar sus bienes a un extraño, o cuando un marido hace anular un acto hecho por su mujer no autorizada, aún cuando de hecho hubiere separación; b) Aquellos derechos cuyo ejercicio arbitrario acuerda la Ley, debido a que son el resultado de motivos tan absolutamente personales, que ninguna apreciación extraña es posible: en estos casos el titular es el único juez del deber que le incumbe. Estos derechos, considerados por Mazeaud y Mazeaud como «absolutos», son pocos. El Código Civil nos da un ejemplo de ellos cuando establece en el Art. 179 que los ascendientes que han hecho sin motivo oposición al matrimonio de su descendiente, no pueden ser condenados a daños y perjuicios: los ascendientes no tienen que indicar los motivos de su oposición (Art. 176) y el Juez no tiene el derecho de pedirles cuenta de ellos.

§ III.—Diversas teorías sobre el fundamento de la responsabilidad.

Sumario: 12.—Ejercicio de un derecho con intención de perjudicar. 13.—Ejercicio del derecho sin interés. 14.—El fin social del derecho. 15.—Ejercicio del derecho de manera imprudente ó negligente.

12.— En qué casos puede pues dccirse que existe el abuso del derecho?

Hemos visto ya que, de acuerdo con el derecho romano, «no debemos usar malamente nuestro derecho», que «no todo lo que es lícito es honesto» y que «no hay que ser indulgente con el malvado». Se sostiene que, conforme a estas máximas y otras semejantes, en Roma se consideraba el derecho en su

aspecto subjetivo, exigiéndose siempre la intención de perjudicar cuando se hablaba de acto ilícito y de uso maligno del derecho.

Esta tesis está confirmada por el antiguo derecho francés, pues ya vimos también que Domat sostenía que «un propietario compromete su responsabilidad cuando hace en su propiedad un cambio con el único fin de perjudicar a otro».

Esta concepción, conforme a la cual el abuso existe solamente en los casos en que el derecho es ejercido con la intención de perjudicar, es la única admitida por algunos autores, entre ellos Bonnecase, para quien el abuso del derecho no existe sino cuando se hallan reunidas las siguientes cuatro condiciones: a) Ejercicio de un derecho, b) ausencia de utilidad para el titular que ejerce este derecho, c) intención nociva, d) perjuicio ocasionado a otro. (1)

No cabe duda de que todo aquel que ejerce un derecho con la intención de perjudicar a otro compromete su responsabilidad, pues los derechos no le son conferidos a las personas para que hagan de ellos un uso intencionalmente maligno, ya que ésto iría en contra del espíritu mismo del derecho. Pero no es admisible esta teoría, debido a que no solamente cuando hay intención de perjudicar se compromete la responsabilidad civil, sino también en otros casos, como lo demostraremos más adelante.

Bonnecase sostiene también, por otra parte, que no se debe castigar el acto intencionalmente perjudicial, cuando el que lo comete retira de éste alguna utilidad. Desde el punto de vista del fondo de las condiciones de la responsabilidad, nos parece que es indiferente la utilidad que el autor pueda retirar de su acto, ya sea que se exija la intención de perjudicar, ya sea que no se exija esta intención.

13.— Conforme a los autores para quienes no existe el

---

(1) B. Lacantinerie y Bonnecase, op. cit. No. 226 y sigs. Igualmente Ripert, *La Régle Morale dans les Obligations Civiles, No. 97.*

abuso del derecho y la sanción correspondiente más que en aquellos casos en que puede establecerse la intención de perjudicar, todos aquellos actos perjudiciales para otro, en los cuales esta intención no puede establecerse, serían difícilmente sancionados. De aquí que otros autores exigen además la falta de interés.

En contestación a éstos diremos que aquellos actos que carecen absolutamente de utilidad para su autor, no pueden ser acogidos favorablemente por los Tribunales, pues, como dicen los profesores Mazeaud y Mazeaud, es necesario ser uno muy estúpido para dedicarse a ejercer su derecho en estas condiciones.

Como la intención de perjudicar no siempre puede establecerse fácilmente, la Jurisprudencia se ha inclinado regularmente a considerar esta falta de interés como un *indicio* de la intención maligna, y la ha calificado de falta grave asimilable al dolor, diciendo que si el acto perjudicial es completamente inútil para su autor, no cabe duda de que su negligencia o su imprudencia son talmente groseras que es increíble que este autor no haya deseado, al actuar, causar el daño que se ha realizado. A esto se debe el que la mayoría de las sentencias señalan casi siempre al mismo tiempo la intención de perjudicar y la falta de interés (como lo hacía ya Domat), asimilando la falta cuasi-delictual grave a la falta delictual.

14.— Los casos que estudiamos son solucionados de un modo diferente por algunos autores, al frente de los cuales se halla Josserand.

Según este autor, los derechos son dados a sus titulares para que ellos los ejerzan con un fin determinado, que es un fin social; aquel que los desvía de este fin, abusa de ellos. Y esta desviación existe, sea cuando el agente tuvo la intención de perjudicar, sea cuando no tuvo esta intención, pero que ha ejercido su derecho sin conformarse al fin social para el cual le fué conferido dicho derecho.

Después, reconociendo Josserand que este criterio era abstracto y fugitivo, quiso concretizarlo diciendo que había que atenerse para ello al «motivo legítimo», y que un acto sería moral o abusivo según que se explique o no por un motivo legítimo. Y trae en apoyo de su tesis las numerosas decisiones en las cuales se invoca «una falta de interés serio y legítimo», un «motivo legítimo» o un «móvil legítimo». (1)

Ya antes Ripert había objetado a Josserand, diciendo que el derecho no era una *función* sino un *poder*. Que este poder es el que doblega al deudor ante el acreedor, al obrero ante el patrón, al no propietario ante el propietario; que es él el que somete al hijo al poder del padre, a la mujer al poder de su marido, etc.; y que lo único que se puede pedir al derecho civil es refrenar esta tendencia del alma hacia el absolutismo del poder.

Los profesores Mazeaud y Mazeaud (2) rechazan la teoría sustentada por Joserand, calificándola de «peligrosa». Sostienen que defender la doctrina del fin social de los derechos es constreñir a los Jueces a considerar el problema de la responsabilidad bajo el aspecto de la política. Además, se dejaría a la arbitrariedad de éstos un campo muy amplio.

Dicen por otra parte dichos profesores —con lo cual estamos conformes— que el «interés serio y legítimo» de que se habla en innumerables decisiones, no es un *interés social,* sino una falta de *interés personal,* constitutiva de una falta grave, que se señala en dichas decisiones, lo más a menudo, para deducir de aquí la intención de perjudicar.

15.— Entonces, qué solución debe darse al problema?

---

(1) Josserand formó su concepción del abuso de los derechos inspirándose en varias decisiones de los Tribunales de Bélgica, según las cuales no es en la falta del autor del hecho que se basa la responsabilidad de éste, sino en un punto de vista objetivo: el equilibrio de los derechos.

(2) Mazeaud y Mazeaud, op. cit. Nº 572 y sigs. Igualmente: Rennes, 20 de Junio, 1932, Gaz. Pal. 1932.2.516.

Debemos decir que el abuso del derecho se concibe solamente cuando hay intención de perjudicar?

Sería inexacto, pues aquellos casos en que una persona, actuando en los límites de su derecho y con un interés patente al actuar, causa un daño a otra, sin haber tenido la intención de causar este daño, escaparía a una sanción.

Es claro que no se puede pensar en castigar todos los hechos por los cuales una persona causa un daño a otra, pues ésto sería casi detener la marcha progresiva de la sociedad. Pero, hecha esta salvedad, es posible encontrar un criterio del abuso que pueda aplicarse en todos los demás casos: es el del concepto de la *falta* en el ejercicio del derecho.

Nadie niega a los Tribunales el poder de apreciar si existe o nó una falta, y el dominio de la falta no se limita solamente a la intención de perjudicar, a la falta delictual. El abuso de un derecho constituye una falta delictual cuando resulta de la intención de perjudicar; por qué no puede constituir una falta cuasi-delictual cuando falta esta intención?

En nuestro derecho actual, cuando se puede atribuir a negligencia o imprudencia la manera de proceder de una persona, pudiendo establecerse que otra persona, un poco más diligente, y colocada en las mismas condiciones, no hubiera procedido de esa manera, se dice que el autor del daño ha cometido una falta cuasi-delictual, sancionada por los Art. 1382 y 1383 del Código Civil, debido a que cada uno, al ejercer sus derechos, debe tomar todas las medidas posibles para no perjudicar a los demás.

La Jurisprudencia francesa más reciente se mantiene en este sentido (1)

---

(1) En este sentido: DOCTRINA: Mazeaud y Mazeaud, op. cit. Nº 576. Beudant, *Les Contrats et les Obligations*, pag. 756 (citado por Lacantinerie y Bonnecase, op. cit. Nº 218); Lalou, *La Responsabilité Civile*, Nos. 877 y 911; Demogue, op. cit, Nº 686. JURISPRUDENCIA: Existe una cantidad enorme de sentencias de los Tribunales franceses que confirman nuestro

§ IV. — Prueba y Sanción.

Sumario: 16.—Prueba. 17.—Sanción.

16.— Conforme al derecho común, correspondiente al demandante la prueba de la falta del demandado, ya se trate de una falta delictual, ya se trate de una falta cuasi-delictual.

Esta prueba, por tratarse de un hecho negativo, no siempre será fácil de suministrar. Cuando se trata de probar la intención de perjudicar, en la mayoría de los casos ésta se materializará de tal manera que aparecerá casi sin esfuerzo; pero cuando no resulte de esta manera, el Juez tendrá que entregarse a una investigación psicológica, tal como lo haría el Juez penal, tratando de deducir esta intención de las piezas, de las palabras, etc., o de las circunstancias de que el hecho cumplido no ofrecía ninguna utilidad al demandado

17.— La sanción del abuso del derecho consistirá generalmente en una reparación pecuniaria; pero existen casos en los cuales se puede exigir una reparación en naturaleza, principalmente cuando se trata de obras que resultan inútiles para el demandado, y casi siempre en caso de obras construídas

---

parecer. Indicaremos algunas de las más recientes: *Alquiler de servicios a duración indeterminada:* Civ. 18 de Marzo, 1930, D. 1930. 1.71 y Civ. 6 de Nov., 1933, Gaz. Pal. 15 Dic., 1933. *Venta:* Trib. Com. Seine, 16 de Dic. 1919; Trib. Com. Marseille, 3 de Febrero, 1930; Trib. Com. Perpignan, 10 de Febrero 1920. D. 1920. 2.33. *Alquileres:* Colmar, 13 de Julio, 1927, Gaz. Pal. 1927. 2.465; Paris, 27 de Octubre, 1928, Gaz. Pal. 1929. 1.250. *Sociedad:* Seine, 17 de Diciembre, 1924, D. H. 1925. 2.82. *Vías de derecho:* Civ. 18 de Marzo, 1929, Gaz. Pal. 1929. 1.800. *Derecho de propiedad:* Rennes, 20 de Junio, 1932, Gaz. Pal. 1932. 2.516; Douai, 1 de Diciembre, 1930. Gaz. Trib. 24 de Febrero, 1931; Seine, 8 de Febrero, 1932, Gaz. Pal. 1932. 1.511. Etc. (Para una recopilación más amplia y detallada, véase la obra de Mazeaud y Mazeaud, *notas* a los números 184 y sigs.

con la intención de perjudicar (por ejemplo, en el caso de una pared construída para privar de luz al vecino).

Un daño futuro no podrá dar lugar al pago de daños y perjuicios, pero sí podría dar lugar en ciertos casos a una reparación en nuturaleza (por ejemplo, si se trata de un foso excavado junto a una propiedad vecina, que fuere una amenaza, ya para una casa, que podría desplomarse, o ya para un solar, que podría hudirse).

SEGUNDA PARTE

EL ABUSO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

CAPITULO I

EL ABUSO DEL DERECHO Y LAS PERTURBACIONES DE VECINDAD

§ I. — Generalidades relativas a la distinción de ambos conceptos.

Sumario: 18. Limitaciones establecidas por el Legislador al libre ejercicio del derecho. 19. Distinción entre el abuso del derecho y las perturbacoines de vecindad. 20.Naturaleza de las perturbaciones de vecindad.

18. El deseo de los autores del Código Civil (como dijimos antes). (1), fué siempre dar una solución justa a todos los casos en que pudieran colidir intereses opuestos, y zanjar de una vez posibles dificultades.

Considerando ésto, pusieron término a las dificultades que se suscitaban entonces entre propietarios vecinos, destinando a resolverlas el Título VII del Código Civil, consagrado a las servidumbres. Algunas de estas servidumbres, las supusieron inevitables, por la situación de los predios. (Arts. 640 y sigs.) Otras, las establecieron por autoridad

(1) Véase el No. 4 de esta tesis.

de la Ley: son las que se refieren a la pared y zanja madianeras (Arts. 653 y sigs. y 666 y sigs.); a la plantación de ciertos árboles (Arts. 671 y sigs.); a la distancia que se debe observar al construír determinadas obras peligrosas (Art. 674); a las vistas sobre la propiedad de un dueño colindante (Arts. 675 y sigs); a las vertientes de los techos (Art. 681); y por último, al derecho de tránsito del propietario cuyo predio está situado dentro de otro (Arts. 682 y sigs.). Después, trataron dichos autores de las servidumbres que podían ser establecidas por los actos del hombre (Arts. 686 y sigs.)

Con el transcurso del tiempo, el desenvolvimiento de la vida social, la gran cantidad de inventos y el desarrollo de la industria, han dado lugar a innumerables cuestiones que el Legislador del 1804 no pudo resolver. Pero las previó, al tratar, en el artículo 1370, de los compromisos que se hacen sin convención, incluyendo entre ellos los que resultan involuntariamente de las relaciones entre propietarios vecinos. La Jurisprudencia luego, y la Doctrina, han querido señalar cuáles son estos compromisos, cuándo se considera que existen, y cuál debe ser la sanción correspondiente. Problemas difíciles de resolver, pues el Legislador no ha intervenido para continuar la obra de los redactores del Código Civil, ya que no ha querido trabar el desarrollo de la industria por nuevas limitaciones al derecho de propiedad. Estos compromisos involuntarios son los que se califican "perturbaciones de vecindad".

19. Tanto la Jurisprudencia como la Doctrina están de acuerdo en que "la vecindad obliga a los vecinos a usar cada uno de su heredad de manera que no perjudique a su vecino", lo cual era sostenido ya por Potier.

Sin embargo, es imposible admitir que algún perjuicio, aunque sea leve, no resulte alguna vez de las relaciones de vecindad, pues en el estado de concurrencia en que vive actualmente la humanidad, "constreñir al hombre a no perjudicar a nadie, sería condenarlo a la inacción y a la muerte" —dicen los profesos Colin y Capitant.—

Pero, admitida la responsabilidad de los vecinos por

los perjuicios que hayan causado, puede fundarse esta responsabilidad en un abuso del derecho de propiedad? Esto lo sabremos al determinar la naturaleza de las perturbaciones de vecindad y las condiciones de la responsabilidad en estos casos.

20. La mayoría de los autores sostienen que las perturbaciones de vecindad no deben ser asimiladas a los casos de abuso del derecho. Entre ellos, Demogue se expresa de esta manera: "Está fuera de la teoría del abuso del derecho la hipótesis de la responsabilidad entre vecinos por uso aparente de la propiedad, pero por actos no culpables: tal el caso de una industria que causa por su naturaleza misma y a pesar de todas las precauciones posibles un daño a los vecinos". (2).

Sin embargo, otros autores, como Colin y Capitant, no pudiendo resolver satisfactoriamente las dificultades que engendran estas perturbaciones de vecindad, (ya que algunos las consideran como el resultado de un cuasi-contrato, que llaman cuasi-contraro de vecindad, y otros como un delito o un cuasi-delito, imputable al autor del acto,) tratan de asimilarlas al abuso del derecho, proponiendo su resolución por la aplicación de esta teoría. He aquí cómo se expresan Colin y Capitant: "Existen, creemos, medios de resolver estas contradicciones. Es necesario hacer intervenir aquí otra noción: la del abuso del derecho". Y explican esta noción como sigue: "Es una regla consagrada por la costumbre que los derechos pertenecientes a particulares deben ser ejercidos sin exceso, conforme a su destinación natural y de una manera normal, teniendo en consideración el estado general de las costumbres y de las relaciones sociales" (3)

---

(2) Demogue, op. cit. No. 678.

(3) Colin y Capitant, **Cours Elémentaire de Droit Civil Francais**, tomo I, pág. 765. En este sentido: Planiol, op. cit. No. 872; Cornil, **Le Droit Privé**, pág. 102; Lalou, op. cit. No. 942 y 945.

§ II.—Responsabilidad

Sumario: 21. Condiciones de la responsabilidad. 22. Casos en los cuales no hay responsabliidad. 23. A) Hechos normales. 24. B) Receptividad personal de la víctima. 25. Verdadero criterio al respecto.

21. Aquellos que sostienen que las perturbaciones de vecindad no deben ser consideradas como casos de abuso del derecho, basan su afirmación en el hecho de que no existe una falta imputable al autor del daño, faltando así uno de los elementos esenciales para la existencia del abuso del derecho.

Colin y Capitant, al asimilar, por el contrario, las dos teorías, consideran que la falta consiste en el exceso con que se ha ejercido el derecho, desviándolo de su destinación natural y normal. Aparte de que en los casos de perturbaciones de vecindad la cuestión se reduce precisamente a determinar cuándo puede decirse que existe este exceso en el ejercicio del derecho, nos parece que los profesores Colin y Capitant han querido explicar las perturbaciones de vecindad basándose en la teoría finalista del derecho, sustentada por Duguit con una concepción socialista y por Josserand con una concepción individualista, a pesar de que éste último autor no acepta dicha asimilación. (4).

---

(4) He aquí cómo se expresa Josserand al respecto: "El abuso implica la desviación de un derecho del fin en vista del cual ha sido instituído; y el propietario que causa alrededor suyo incomodidades que exceden las obligaciones ordinarias de la vecindad, no comete ninguna desviación de este género; él usa su derecho en vista de su propio interés, y por tanto conforme con el deseo del Legislador y con la esencia misma de la propiedad individual". (Op. cit. No. 16).

22. Debemos pues precisar en qué casos existe abuso del derecho de propiedad y en qué casos existe perturbación de vecindad.

Pero, antes de establecer nuestro juicio al respecto, debemos señalar algunos casos en los cuales no existe ninguna sanción contra el autor del daño, ya sea porque éste ha ejercido su derecho en condiciones "normales", ya sea porque no debe tomarse en consideración determinado estado "anormal" de la persona que sufre el daño.

23. A. Es sabido que existen ciertos pequeños inconvenientes, inevitables en toda vecindad, contra los cuales no se podría reclamar, primero, porque uno debía esperarlos, y después, porque uno puede causar otros semejantes a sus vecinos. Pero cuando estos inconvenientes llegan a adquirir una magnitud tal que resultan verdaderamente perjudiciales para alguien, deben dar lugar a una reparación.

Los inconvenientes que los vecinos deben soportar varían según la situación de los inmuebles. Un inconveniente que podría ser perfectamente soportado en un barrio industrial o en una calle comercial, daría por el contrario lugar a una reclamación de daños y perjuicios si la propiedad que la sufre se halla en un barrio pacífico. Ello se debe a que en este último caso el derecho se ha ejercido de una manera **anormal**, mientras que este ejercicio ha sido completamente **normal** en el caso anterior. Es decir, que se considera como ejercicio "normal" de un derecho aquel que está en todo conforme con el medio en que se ejerce, mientras que se considera ejercicio "anormal" aquel que es visiblemente contrario a las condiciones de vida en dicho medio.

24 B. También debemos señalar aquí si debe ser tomada en consideración por el Juez la **personalidad** de aquel que sufre el daño, (a lo cual Ihering dió el nombre de "receptividad personal").

La Doctrina está bastante dividida. Algunos autores, como Planiol y Ripert, rehusan tener en cuenta esta "receptividad personal".

Otros, como el mismo Ihering, Demogue y Mazeaud y Mazeaud, admiten que cuando se trata de una receptividad anormal (por ejemplo, una persona nerviosa a quien molesta el ruido de una fábrica), el hecho no da lugar a indemnización. Pero que, cuando se trata de un caso normal de receptividad (por ejemplo, el ruido de una fábrica que evita establecer un sanatorio, o una persona cuyo sueño está continuamente interrumpido por una panadería vecina), hay lugar a indemnización. En el primer caso, no es normal que las personas sean nerviosas; pero, en el segundo, es normal tener un sanatorio o entregarse al sueño durante la noche.

25. Podemos pues decir, de acuerdo con lo que hemos sostenido antes, (5) que se abusa del derecho de propiedad cuando este derecho se ejerce con la intención de perjudicar, cuando el titular no retira ninguna utilidad de su ejercicio, o cuando se puede establecer la negligencia o la imprudencia en el autor del daño, que no tomó todas las precauciones que hubiese tomado un propietario más prudente en circunstancias análogas. Es decir, que hay abuso del derecho de propiedad cuando existe una **culpa** imputable al autor del daño. Fuera de este caso, hay perturbación de vecindad.

La determinación de esta perturbación de vecindad corresponde a los Jueces del hecho. La Jurisprudencia basa la responsabilidad del autor del daño, en estos casos, en la falta cuasi-delictual cometida por todo aquel que "excede la medida de las obligaciones ordinarias de vecindad".

---

(5) Véase No. 15 de esta tesis.

CAPITULO II

LA JURISPRUDENCIA FRANCESA Y EL ABUSO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

§ I.—Sentidos en los cuales se ha desarrollado esta Jurisprudencia.

Sumario: 26. La noción del abuso del derecho en la Jurisprudencia francesa. 27. A) Situación material. 28. B) Estado psicológico.

26. Como dijimos ya, la Jurisprudencia francesa se encargó, desde muy temprano, de sentar las bases de la teoría del abuso del derecho.

Sin embargo, esta Jurisprudencia ha sido bastante indefinida, pues no siempre considera los hechos desde el mismo punto de vista, y ve el abuso ya como una situación material, ya como un estado psicológico.

27. A. En el primer sentido, el abuso del derecho "sirve para designar el acto de una persona que ocasiona un perjuicio a otra, franqueando los límites materiales de un derecho que le pertenece sin contestación y que en apariencia solamente reviste un carácter absoluto". En estos casos la Jurisprdencia habló durante largo tiempo de "ejercicio anormal" de un derecho, pero al fin le ha calificado de "ejercicio abusivo", habiendo siempre considerado la Doctrina que todo ejercicio anormal del derecho constituye un abuso del derecho.

Esta Jurisprudencia, como vimos en otra parte, comenzó a formarse poco después de la publicación del Código Civil, pues ya en el año 1808 la Corte de Apelación de Metz establecía que "está permitido a cada uno disponer de su propiedad como le plazca, pero, no obstante ésto, sin perjudicar a otro" (S. 21.2.154). En otra sentencia, dictada por la Corte de Apelación de Colmar, en el año 1861, ésta declaró que "si es verdad que el propietario es amo absoluto de su cosa y es libre de usarla, modificarla, desnaturalizarla y aun destruírla, eso no es verdad más que desde el punto de vista de su interés; pero que, relativamente a los terceros, al ejercicio de su derecho corresponde la obligación de tomar todas las medidas necesarias para no perjudicar al vecino". (S. 61.2.578).

Estos casos se asemejan bastante a las perturbaciones de vecindad. En ellos la **falta** consiste en la imprudencia o negligencia del autor del daño.

28. B. En el segundo sentido, el abuso del derecho designa el acto de ejercer una persona un derecho que le pertenece, con el único fin de perjudicar a otro y sin interés para sí.

Esta manera de ver fué consagrada por primera vez por una sentencia de la Corte de Apelación de Colmar, del año 1855, en la cual esta Corte estableció que "si es de principio que el derecho de propiedad es un derecho en cierto aspecto absoluto, que autoriza al propietario a usar y abusar de la cosa, sin embargo el ejercicio de este derecho debe tener por límite la satisfacción de un interés serio y legítimo; que los principios de la moral y de la equidad se oponen a que la Justicia sancione una acción inspirada por la maldad, que no se justifica por ninguna utilidad personal y que perjudica a otro".

En este segundo caso, la **falta** consiste en la intención de perjudicar, constitutiva de una falta delictual, y en la falta de interés, constitutiva de una falta cuasi-delictual grave, asimilada a aquella (1).

---

(1) Una parte de la Doctrina ha dudado en admitir esta distinción de la Jurisprudencia francesa. Algunos, como Planiol, rehusan concebir que

§ II. — Recopilación de la Jurisprudencia francesa sobre abuso del derecho de propidad.

Sumario: 29. Distinción 30. A) Ejercicio de un derecho únicamente para perjudicar y sin interés. 31. B) Ejercicio de un derecho de manera negligente o imprudente. 32. C) Perturbación de vecindad. 33. D) Casos en los cuales no hay responsabilidad.

29. Nos vamos a permitir señalar aquí algunos casos de abuso del derecho de propiedad, ventilados por los Tribunales franceses, en los cuales se ha exigido ya sea la intención de perjudicar o la falta de interés, ya sea la simple negligencia o imprudencia del autor del daño, para que exista este abuso. También vamos a señalar algunos casos de perturbaciones de vecindad, que confirman nuestro

---

el abuso del derecho pueda basarse esencialmente en un simple interés nocivo; para este autor, los términos "abuso de los derechos" consideran impropiamente los límites materiales que tiene todo derecho, a pesar de las apariencias contrarias. Colin y Capitant, por el contrario, parecen admitir la doble forma del abuso del derecho, establecida por los Tribunales franceses. Otros en fin, como Ripert, rechazan en el abuso de los derechos la forma material, para no conservar más que la forma psicológica.

Ya vimos que Bonnecase, aún admitiendo exclusivamente esta última forma, no admite que el abuso deba ser sancionado, cuando se justifica por alguna utilidada para el autor del daño, pues Bonnecase considera la falta de interés como uno de los elementos constitutivos del abuso del derecho, basando su tesis en la sentencia de la Corte de Apelación de Colmar, que acabamos de citar. (Véase, para más amplios detalles al respecto, B. Lacantinerie y Bonnecase, op. cit. Nos. 189 y sigs. y No. 228.)

parecer al respecto. Igualmente, algunos casos que escapan a toda responsabilidad. (1)

30. A. Existe el abuso del derecho en el hecho de:

Utilizar la propiedad exclusivamente para perjudicar, como edificar una falsa chimenea para importunar y privar de luz al vecino (Colmar, 2 de Mayo, 1855. D. P. 56.2.9);

Poner sin utilidad alambres por encima de una propiedad únicamente para impedir el paso a dirigibles o aeroplanos (Trib. Civ. Seine, 6 de Julio, 1912. D.P. 1913. 2. 117);

Aportar su nombre a una sociedad, únicamente para permitirle crear una confusión entre sus productos y los productos similares de una sociedad homónima (París, 29 de Mayo, 1903. D.P. 1903.1.263);

Prohibir, sin motivo, a un hostelero determinado, el acceso al césped de una cerca, permitido al público (Chambéry, 22 de Julio, 1912. D. P. 1913.2.177);

Contratar los obreros o los empleados de una casa rival, cuando la mala fe del contratista está establecida (Civ. 27 de Mayo, D.P. 1908.1.459);

Emplear, con pleno conocimiento de causa, a una dibujante ligada a una casa concurrente por un contrato de exclusividad (Trib. Com. Seine, 9 de Junio, 1926. Gaz. Trib. 8-9 de Oct. 1926);

Rehusar un teatro, arbitrariamente, el acceso a sus salas de espectáculos (Req. 19 de Febrero, 1896. D.P. 96. 1.449).

31. B. La Jurisprudencia señala también una falta en el hecho de:

Una compañía de ferrocarriles que utiliza sus locomotoras sin proveerlas de órganos protectores contra las brasas. (Req. 17 de Julio, 1922. D.P. 1923.1.172);

---

(1) En esta tarea nos hemos guiado por las obras de Lalou y de Gardenat y Ricci, en las cuales puede hallarse una más amplia Jurisprudencia sobre abuso del derecho en general.

Un periodista que publica una información falsa sin haber controlado su exactitud, como hubiese podido hacerlo fácilmente, para evitar el perjudicar a aquel al cual concernía esta información (París, 24 de Junio, 1925. D.H. 1925, pág. 634);

Una compañía de ferrocarriles que, absteniéndose de la facultad que le da el Art. 106 del Código de Comercio, de hacer vender las mercancías rechazadas por el destinatario, deja acumular los derechos de almacenaje de tal suerte que llegan a representar cuarenta veces el valor de las mercancías (Trib. Com. Seine, 11 de Junio, 1925. Gaz. Pal. 1925.2.411);

Una compañía ferroviaria que inmoviliza de manera prolongada a un automovilista, en un paso a nivel, por el cierre de sus barreras (Trib. Com., Dole, 22 de Julio, 1925. D.H. 1925. pág. 684);

Un propietario que hace proceder a un embargo de ajuar (embargo "gagerie") sin título ni permiso del Juez, en virtud del Art. 819 del Código de Procedimiento Civil, pero por sumas contestadas, por tanto ni líquidas ni ciertas, cuando no se trata de "un locatario de mala fe, insolvente y en fuga", sino de un Oficial en misión especial, que ha vivido durante seis años la casa, pagando su alquiler regularmente. (París, 175 de Enero, 1930. Gaz. Pal. 3 Marzo, 1930);

Un acreedor que embarga un mobiliario incontestablemente superior a su acreencia (París, 26 de Julio, 1919. D. P. 1920.2.104);

Un propietario que, conociendo la instabilidad del suelo, hace sobre este suelo peligroso un depósito de piedras, anormal y fácilmente evitable, el cual agrava las grietas de los terrenos vecinos (Req. 23 de Marzo, 1927, D. P. 1928.1.73);

Practicar excavaciones que provoquen el hundimiento de los terrenos vecinos (Bourges, 19 de Febrero, 1872, D.P. 72.2.184);

Rociar exageradamente los árboles de un jardín, provocando con ello infiltraciones de agua, humedad, y deterioros, en el piso y en los muros de una casa contigua (Colmar, 7 de Junio, 1929. Rev. Alsace-Loraine, 1929-376);

32. C. La perturbación de vecindad existe en el hecho de:

Causar ruido por la rodadura de una fábrica o por un establecimiento industrial cualquiera, si por su continuidad y su intensidad llega a ser un tormento intolerable (París, 4 de Noviembre, 1924. Gaz. Trib. 1º de Enero, 1925);

Causar ruido por el uso de martillos de mano, cuando este ruido perturba de manera insoportable a los enfermos de una clínica vecina, salvo a soportar el dueño de esta clínica una parte de la responsabilidad por haber cometido la falta de establecerse al lado de una fábrica (Nancy, 12 de Abril, 1923. Rev. Trim. 1923, pág. 762);

Provocar un ruido intolerable por las pruebas de motores y tractores en calles y locales urbanos (Besancon, 12 de Febrero, 1931, Gaz. Pal. 30 de Abril, 1931);

Provocar trepidaciones y ruídos por máquinas de vapor empleadas por un empresario de construcciones para el hundimiento de pilotillos que deberán soportar las bases de un inmueble en construcción (Trib. Civ. Tunis. 28 de Nov. 1930. Gaz. Pal. 30 de Abril, 1931);

Tener una industria que molesta a los vecinos de una manera anormal, por los olores o por el humo (Req. 7 de Febrero, 1909, S.10.1.8.

Instalar señales luminosas susceptibles de determinar una molestia excesiva para los vecinos (Trib. Paix, Toulouse, 1º de Enero, 1925. Rev. Somm. 1925, No. 2911);

Tener perros que, por sus ladridos continuos, son una causa verdadera de molestia para los vecinos (Trib. Paix, Saint-Germain-en-Laye, 14 de Junio, 1928. Sem. Jur. 1928, pág. 1930);

Hacer funcionar un fonógrafo con un motor tal, que hace imposibie para los vecinos toda recepción de las emisiones radiofónicas (Trib. Civ. Pas-de-Calais, 30 de Enero, 1930. D.H. 1930. pág. 248);

Enterrar en su propiedad el cadáver de un animal, cerca de un pozo cuya agua se halla así contaminada (Trib. Civil, Rodez, 28 de Julio, 1928. Gaz. Pal. 1927.2. 893);

Alterar el sueño ordinario de una persona, sea que ésta trabaje o no durante el día, por el ruido que hace un panadero durante la noche (Orlenas, 22 de Nov. 1889. D. 91.2.120).

33. D. Los siguientes son ejemplos de casos que escapan a toda responsabilidad, por haberse hecho un uso completamente "normal" del derecho.

El hecho de:

Tener en un barrio comercial una carnicería que despide malos olores (Req. 24 de Julio, 1907. D.P. 1908.1.62);

Hacer circular autobuses en una calle, cuando esta circulación es normal y no deprecia el valor locativo de los inmuebles contiguos a esta calle ni les hace sufrir deterioros (París, 6 de Febrero, 1913. D. P. 1913.2.363);

Tener una fábrica que hace ruido y emite humo, en una región en que hay establecidas un gran número de otras fábricas, siendo estos inconvenientes atenuados en la medida de lo posible por la instalación de aparatos apropiados (París, 23 de Abril, 1928. D.P. 1928.2.168);

El director de un teatro que rehusa permitir la entrada a dicho teatro a una persona que no está vestida de "manera apropiada" y que viene a alterar el espectáculo (Trib. Com. Marsellei 5 de Mayo, 1908. S.1910.2.126).

CAPITULO III

DERECHO COMPARADO

§ I.—El abuso del derecho en distintas legislaciones (1).

Sumario: 34. Distinción. 35. A) Legislaciones adversas al concepto del abuso del derecho. 36. B) Legislaciones favorables al concepto.

34. Entre las Legislaciones extranjeras, unas son adversas y otras favorables al concepto del abuso de los derechos.

35. A. Entre las Legislaciones adversas al concepto, ocupan el primer lugar la inglesa y la de los Estados Unidos de Norte América.

"Individualistas en su vida, en sus costumbres, en su filosofía, los anglo-sajones lo son igualmente en sus instituciones" —dice Josserand.— Según ellos, los derechos son medios de acción de los cuales uno puede servirse hasta el fin, armas susceptibles de una utilización cualquiera, no importa el perjuicio, aún intencional, que resulte de ello a otro.

Los derechos no tienen más límites en su ejercicio,

---

(1) Para más amplios detalles sobre el Derecho Comparado, véase Demogue, op. cit Nos. 693 y sigs., Josserand, op. cit. Nos. 222 y sigs.; Mazeaud y Mazeaud, op. cit. No. 592.

que los límites objetivos trazados por la Ley y las Costumbres.

Sin embargo, aún en Inglaterra y en los Estados Unidos de Norte América, el dogma del absolutismo del derecho se va batiendo en retirada, admitiéndose cada vez más la concepción favorable al abuso en el ejercicio de los derechos.

36. Entre las Legislaciones favorables al concepto, algunas entienden dejar a los Jueces amplios poderes de apreciación, para que éstos determinen si existe la falta. Estas Legislaciones se asemejan, en ésto, a la Legislación francesa. Así, el Código Civil suizo, en el Art. 2, fija el principio de que "el abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la Ley", de acuerdo con lo cual el Juez debe castigar todo abuso "manifiesto", ya sea que la intención de perjudicar sea exclusiva, que sea preponderante, o aún que se halle ausente, en el caso de frívola negligencia.

En Alemania no existe el abuso del derecho fuera de la intención nociva. El Art. 226 del Código Civil alemán dice: 'El ejercicio de un derecho no está permitido cuando no puede tener **otro fin** que perjudicar a otro".

En Austria se considera al abuso del derecho más bien como una "situación material". Esto se deduce del Art. 364 del Código Civil austriaco que dice: "El derecho de propiedad no puede ser ejercido en perjuicio de los derechos de los terceros, y más que a cargo de respetar los límites fijados por la Ley en interés del orden y del bien general", y del Art. 1305 del mismo Código que completa el anterior: "Uno no responde del daño que causa a otro usando legalmente de sus derechos".

El Art. 135. del Código Civil polaco está concebido en estos términos: "Aquel que, intencionalmente o por negligencia, ha causado un daño a otro al ejercer su derecho, está obligado a reparar este daño, si se ha excedido de los límites fijados por la buena fe o por el fin en vista del cual este derecho le ha sido conferido". Según los profesores Mazeaud y Mazeaud, este texto sacrifica a la vez la no-

ción de falta y la del fin social, de tal suerte que es difícil saber a cuál concepto se han unido sus redactores. Lo que nos parece es que dichos redactores ensayaron fusionar en una sola dos teorías opuestas.

El Código Civil soviético dispone, en su Art. 1: "Los derechos civiles están protegidos por la Ley, salvo en los casos en que son ejercidos en un sentido contrario a su destinación económica y social". Es la consagración del criterio de la finalidad social de los derechos, "criterio temible en el país soviético —dicen Mazeaud y Mazeaud—, donde el fin social de los derechos está determinado por Jueces quizás preocupados por la política."

GAPITULO IV

EL ABUSO DEL DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA DOMINICANA

§ I.—Orientación de la Corte de Casación.

37. Según dijimos ya en la "introducción" de esta tesis, la Jurisprudencia de la República Dominicana sobre abuso de derecho es bien reducida.

Revisando la Jurisprudencia de la Corte de Casación, sólo hemos hallado, referente a esta materia, una sentencia, dictada el 20 de Enero de 1928, y publicada en el "Boletín Judicial" No. 210, de ese mismo mes y año, en la cual nuestra Corte de Casación rechaza un recurso de casación interpuesto ante ella por el Lic. J. R. Cordero Infante, contra sentencia de la Corte de Apelación del Departamento de Santo Domingo, del 17 de Junio del 1927, dictada a favor de los Sres. Carlos M. Jiménez y hermano. (1)

Se deduce claramente de los motivos de esta senten-

(1) Es el caso que el Lic. J. R. Cordero Infante había establecido su oficina de Abogado en la calle Arzobispo Meriño, frente a la casa en la cual tenían su establecimiento comercial los Sres. Carlos M. Jiménez y hermano, para la venta de victrolas, discos fonográficos, pianolas, etc., y debido a que el ruido producido por el funcionamiento de estos instrumentos perjudicaba en su trabajo al Lic. Cordero Infante,

cia, que nuestra Corte de Casación sigue el parecer de la Jurisprudencia francesa, en los casos en que esta última considera que el abuso consiste en la **falta** cometida en el ejercicio del derecho. He aquí cómo se expresa la Corte de Casación al respecto:

"Considerando que para que procedan los daños y perjuicios en virtud del principio establecido en el Art. 1382 del Código Civil... es preciso que haya habido falta de una parte y que de la otra se haya sufrido un perjuicio del cual ha sido causa la falta...

"Considerando, que cuando el demandante atribuye el carácter de falta al uso que hace de un derecho el deman-

---

éste dirigió a los Sres. Jiménez y hermano una carta en la que les pedía que aminoraran los ruidos producidos por sus grafonolas y pianolas, a fin de que le permitieran así atender debidamente a su trabajo. Debido a que dichos señores hicieron caso omiso de esta carta, el Lic. Cordero Infante demandó ante el Tribunal de Primera Instancia a los Sres. Jiménez y hermano, reclamando de ellos el pago de una indemnización por los daños sufridos por culpa de éstos señores.

Rechazada la demanda en Primera Instancia, el demandante apeló de la sentencia ante la Corte de Apelación de Santo Domingo, la cual rechazó la apelación y confirmó la sentencia apelada, fundándose en que "no se probó que los señores Carlos M. Jiméenez y hermano hubiesen usado de su derecho en una forma anormal, abusiva, insoportable para los vecinos, según el lugar de la explotación del negocio, el tiempo en que se producen los ruidos y la duración e intensidad de los mismos". Casada la sentencia, fué definitivamente rechazada por la Corte de Casación, por los motivos indicados en el texto.

Nosotros admitimos que, si no se probó suficientemente que los demandados explotaban su negocio "en una forma anormal, abusiva, o insoportable para los vecinos" —dado el lugar de la explotación,— no existía ni abuso de derecho ni perturbación de vecindad. Pero aquí tenemos que admitir (aparte de que la Corte de Apelación consideró como una misma cosa el abuso de derecho y la perturbación de vecindad) algo más grave: desde el momento en que a los demandados se les comunicara de una manera correcta que el uso en determinada forma (más o menos anormal) de su derecho, causaba un daño, y estos demandados continuaran usando de su derecho sin reducirlo ni modificarlo en nada, podía suponerse perfectamente en estos demandados la intención de causar ese daño, convirtiendo así este hecho, que era una simple perturbación de vecindad, en un verdadero abuso de derecho.

dado, por considerarlo abusivo, eso es un punto de hecho que los Jueces del fondo aprecian soberanamente", etc.;

Se ve por ésto, que nuestra Corte de Casación considera, como nosotros, que hay abuso de derecho cuando existe una falta cometida en el ejercicio de un derecho.

CONCLUSIONES

De todo cuanto hemos dicho antes, se deduce que:

1.—El abuso del derecho se concibe con respecto a todos los derechos.

2.—El abuso del derecho de propiedad es la falta cometida en el ejercicio de este derecho.

3.—Esta falta puede consistir en una simple imprudencia o, negligencia, en cuyo caso hay falta cuasi-delictual; o a **fortiori** en la intención de perjudicar, en cuyo caso hay falta delictual.

BIBLIOGRAFIA

Boletín Judicial de la República Dominicana, especialmente N°. 210.

BAUDRY - LACANTINERIE et BARDE, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil,* t. IV. 3ª. ed. 1908, N°. 2850 y sigs. Soc. du Recueil Sirey, Paris.

BAUDRY - LACANTINERIE et BONNECASE, Id. Suplemento, t. III, ed. 1926, pags. 372 y sigs. N°. 187 y sigs. Id.

COLIN et CAPITANT, *Cours Elémentaire de Droit Civil,* t. I. 2ª. ed. 1919, pags. 763 y sigs. Lib. Dalloz, Paris.

DALLOZ, *Jurisprudence Génerale.*

DEMOGUE, R. *Traité des Obligations en Général,* t. IV. ed. 1924, N°. 634 y sigs., Lib. Arthur Rousseau, Paris.

DUGUIT, L. *Traité de Droit Constitutionnel,* t. I. 2ª. ed. 1921, pags. 173 y sigs. Lib. Fontemoing et Cie., Paris.

GARDENAT et RICCI, *De la Responsabilité Civile,* ed. 1927, pags. 624 y sigs., 632 y sigs., Lib. Juris-Classeurs, Paris.

GOMEZ hijo, M. U. *Repertorio Alfabético de la Jurisprudencia Dominicana,* tomo I.

JOSSERAND, L. *De l'Esprit des Droits et de leur Relativité,* ed. 1927, Lib. Dalloz, Paris.

LALOU, H. *La Responsabilité Civile,* 2ª. ed. 1932, Nos. 849 y sig., Lib. Dalloz, Paris.

MAZEAUD et MAZEAUD, H. y L. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile,* t. I, 2ª. ed. 1934, págs. 520 y sigs. Lib. Sirey, Paris.

PLANIOL, M. *Traité Elémentaire de Droit Civil,* t. II, 6ª. ed. 1912, Lib. Gral. de Droit et de Jurisprudence, Paris.

RIPERT, G. *La Régle Morale dans les Obligations Civiles,* 2ª. ed. 1927, pags. 162 y sisg. Lib. Gral. de Droit et de Jurisprudence, Paris.

SIREY, *Recueil de Lois et Arrets.*

NOTA:—Para una bibliografía más amplia al respecto, véase al final de la obra de Josserand indicada antes.

BNPHU

INDICE

DEDICATORIAS..... 3

INTRODUCCION..... 7

PRIMERA PARTE

DEL ABUSO DEL DERECHO EN GENERAL

CAPÍTULO I. HISTORIA.

§ I. GENERALIDADES.— 1. Origen y revivencia del concepto en la doctrina moderna.— 2. Derecho romano.— 3. Antiguo derecho francés.— 4. Código Civil.— 5. Obra de la Jurisprudencia..... 9

CAPÍTULO II. TEORIA GENERAL DEL ABUSO DEL DERECHO.

§ I. PROBLEMA Y JUSTIFICACIÓN DEL CONCEPTO.— 6. Planteamiento del problema.— 7. La expresión «abuso del derecho».— 8. Justificación de la teoría..... 14

§ II. CAMPO DE APLICACIÓN Y DISTINCIONES.— 9. Derechos definidos y derechos indefinidos.— 10. Abuso de derecho y falta de derecho.— 11. Casos en los cuales no puede hablarse de abuso del derecho..... 16

§ III. DIVERSAS TEORÍAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD.— 12. Ejercicio de un derecho con intención de

perjudicar.— 13. Ejercicio del derecho sin interés.— 14. El fin social del derecho.— 15. Ejercicio del derecho de manera imprudente o negligente 18

§ IV. Prueba y sanción. 16 —Prueba. 17.—Sanción... 23

SEGUNDA PARTE

EL ABUSO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Capítulo I. EL ABUSO DEL DERECHO Y LAS PERTURBACIONES DE VECINDAD.

§ I. Generalidades relativas a la distinción de ambos conceptos.— 18. Limitaciones establecidas por el Legislador al libre ejercicio del derecho.— 19. Distinción entre el abuso del derecho y las perturbaciones de vecindad.— 20. Naturaleza de las perturbaciones de vecindad..... 25

§ II. Responsabilidad.— 21. Condiciones de la responsabilidad.— 22. Casos en los cuales no hay responsabilidad.— 23. A) Hechos normales.— 24. B) Receptividad personal de la víctima.— 25. Verdadero criterio al respecto... 28

Capítulo II. LA JURISPRUDENCIA FRANCESA Y EL ABUSO DEL DERECHO DE PROPIEDAD.

§ I. Sentidos en los cuales se ha desarrollado esta Jurisprudencia.— 26. La noción de abuso del derecho en la Jurisprudencia francesa.— 27. A) Situación material.— 28. B) Estado psicológico..... 31

§ II. Recopilación de la Jurisprudencia francesa sobre abuso del derecho de propiedad.— 29. Distinción.— 30. A) Ejercicio de un derecho únicamente para perjudicar y sin interés.— 31. B) Ejercicio de un derecho de manera negligente o imprudente.— 32. C) Perturbación de vecindad.— 33. D) Casos en los cuales no hay responsabilidad 33

Capítulo III. DERECHO COMPARADO.

§ I El abuso del derecho en distintas Legislaciones.— 34. Distinción.— 35. A) Legislaciones adversas al concepto

del abuso del derecho.— 36. B) Legislaciones favorables al concepto..... 38

Capítulo IV. EL ABUSO DEL DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA DOMINICANA.

§ I. Orientacion de la Corte de Casacion..... 41

CONCLUSIONES..... 45

BIBLIOGRAFIA..... 47

D-100

UNIVERSIDAD DE SANTO DOMINGO

REPUBLICA DOMINICANA

FACULTAD DE DERECHO

"LA SITUACION JURIDICA DEL HIJO NATURAL. SU ESTADO ACTUAL EN LA REPUBLICA DOMINICANA".

TESIS PARA EL DOCTORADO

SUSTENTADA POR

MOISES DE SOTO MARTINEZ

AÑO ACADEMICO: DE 1940 - 1941

NUMERO: 32

"La Universidad no se hace solidaria de las opiniones emitidas por el sustentante". (Ordenanza Núm. 21-40 de fecha 30 de Septiembre de 1940.)

EDITO: RINCON.- CIUDAD TRUJILLO.

BN
D-100
UASD
FCJ

INTRODUCCION

La filiación, han dicho Aubry et Rau: "es el lazo de parentesco que existe entre el padre o la madre y el hijo; se llama paternidad o maternidad, cuando se la considera en la persona del padre o de la madre; y filiación, cuando se la considera en la persona del hijo".

Existen tres clases de filiaciones: legítima, natural y adoptiva. Las dos primeras son obra de la naturaleza, la tercera es el resultado de una ficción legal.

Hemos seleccionado para el desarrollo de nuestra tesis, el estudio de la situación jurídica del hijo natural, que constituye la segunda categoría en la escala artificiosa establecida por nuestro Código Civil.

A pesar de los progresos gigantescos de la ciencia, así como de los pasos avanzados en esa materia por las más modernas legislaciones, sin lugar a dudas, la filiación natural constituye uno de los problemas sociales y jurídicos más difíciles de resolver; y aunque ya se han llevado a feliz término conquistas de gran im-

114277

portancia, prometedoras de futuros perfeccionamientos, no podemos establecer que el legislador haya arrancado a los hijos naturales de esa oprobiosa condición que la injusticia social "ha encarnado muchas veces hasta en los Códigos, hechos para la imposición del bien y la equidad".

La intolerancia de muchas legislaciones, unida a la falta de concepto sobre los fenómenos biológicos y sociales, han producido el resultado ineludible de la no instauración, en el mundo civilizado, de una legislación que pueda calificarse de perfecta, sin predisposiciones injustas contra esas inocentes criaturas, víctimas sin amparo de la falta de sus padres, contra quienes debe ejercerse el rigor de la justicia, si es que en algo cabe el peso de la justicia en este caso.

Sólo de esta manera podemos concebir la clasificación artificiosa que de los hijos hace el derecho civil, desde los tiempos de Roma —madre de todas las legislaciones—, hasta nuestros días, plenos de adelantos.

Es inhumano e injustificable, que los hijos hayan de nacer en tan diversas condiciones económicas y jurídicas, y que hasta ellos no alcance la decantada igualdad jurídica, que constituye hoy la conquista más brillante del derecho moderno y más aún, en el caso excepcional de un acto en el que no tienen, ni pueden tener, la menor responsabilidad.

Hurgando en el estudio de diversas legislaciones, hemos encontrado algunas, en las cuales el derecho a alimentos y educación, exigible a los padres, desde el punto de vista más humano, no encuentra una base normativa de sustentación, ni tampoco se ha regulado en ellas, de una manera legal y efectiva, la investigación de la paternidad.

Nos preguntamos, ¿Por qué esa injusticia?, ¿acaso no son seres humanos y tan hijos como los legítimos? ¿No tienen ellos

un mismo corazón para sentir, un mismo cerebro para pensar y un músculo para hacer en este mundo, y por la sociedad a la cual pertenecen, obras de igual provecho que los hijos legítimos?

¿Por qué ese castigo de la sociedad, contra los hijos naturales?, cuando se hacen hombres y ciudadanos como todos, luchan por la vida, son hombres de trabajo, adquieren una profesión, conquistan una situación económica holgada, y en ocasiones figuran en la constelación de los predestinados de la patria.

Pero esta distinción entre los hijos legítimos y los naturales existe desde los tiempos más remotos, por un reflejo de la tradición romana en el Código Civil francés, y de éste a casi todas las legislaciones europeas y americanas.

¡Por una defensa de la institución del matrimonio —con casi todos sus arraigos de índole religiosa—. que es la forma normal y legítima de la constitución de la familia, se llegó a impedir la equiparación de derechos entre la filiación legítima y la natural. Luego un descuido voluntario y negligente de los legisladores, tan inhumano como anti social, hizo decir a Montaigne: "muchas leyes conservan su crédito desde la antigüedad más remota, no por que sean justas sino porque son leyes".

Sin embargo, como ya hemos expuesto, se han llevado a efecto, en la materia que nos ocupa, conquistas de gran importancia, encaminadas hacia la exterminación de esa injusticia, y cada día va perdiendo fuerza esa diferenciación, tanto más, cuando la tendencia a favorecer a los hijos naturales, ampliando sus derechos, hasta llegar incluso a igualarlos a los legítimos, constituye en los tiempos modernos la preocupación de estadistas y hombres de leyes, y sobre todo, en el orden legislativo, lo demuestra el hecho de que muchos países hayan llegado a borrar toda distinción entre los hijos legítimos y los naturales.

En vano hemos tratado de encontrar una razón jurídica para concederle más derechos al hijo legítimo que al natural.

Además, si nos inclinamos al campo de los sentimientos, —de humanidad y de justicia— éstos, de una manera categórica, obligan a una igualdad entre unos y otros hijos.

Cuán justo hemos encontrado el concepto de un ilustre tratadista italiano cuando nos dice: "La condición jurídica de los hijos nacidos fuera del matrimonio debe ser igual a la de los hijos legítimos, sin consideración a la índole más o menos ilícita de la unión a que deben su existencia, ya que perfectamente idéntica es la relación —la de sangre— que los une a los propios padres".

Tal vez, al prodigar nuestro aplauso a un concepto tan humanista, aleguen los viejos conservadores —en su mayoría fanáticos religiosos—, que propugnamos una tesis en contra de la institución del matrimonio, pero a esos les contestaremos con esta pregunta: ¿tiene interés la sociedad en la existencia de esa distinción entre los hijos? y si la tiene, ¿cuál es su fundamento?

Napoleón Bonaparte, quien llegó a ser el árbitro de Europa, mientras se discutía en el seno del Consejo de Estado la formación del Código Civil, encontró muy distintas opiniones a su criterio, que se manifestaba en contra del interés que debe tener la sociedad en la situación de los hijos naturales, o bastardos, como se les llamaba en aquella época.

Esta discrepancia de criterios fué avasallada por el Primer Cónsul, quien habló alto, y se hizo su voluntad. Su opinión fué aceptada a unanimidad, aún cuando el Dictador de Francia no pudo oponer a sus exigencias, otra razón que la de su inmenso poderío, sustentado por el filo reluciente de sus bayonetas....

Además, la tendencia moderna, encaminada a favorecer la abolición de esa diferencia entre los hijos legítimos y los naturales, constituye una prueba evidente de que se ha reconocido el

imperio de una injusticia contra estos infelices desheredados de la fortuna.

Cabe preguntar: ¿en los países donde se ha llegado a igualar la condición de los hijos, ha aumentado la generación extra matrimonial? Si alguno de ellos consulta las estadísticas, llegará a convencerse, con sorpresa inusitada, que en esos países, la filiación natural, ha descendido de una manera considerable.

Tal vez lo que ellos consideran un escándalo, sea el mejor remedio para evitar lo que en la actualidad constituye un peligro social; pues, como muy bien dijera Laurent: "El escándalo está en el crimen, no en la represión".

En este sentido, opinamos con Henry George, que "para cada injusticia social debe haber un remedio. Pero el remedio no puede ser menos que la supresión de la injusticia".

'Las semi medidas, las simples atenuaciones y las reformas secundarias, pueden realizar muy poco en todo tiempo y por fin, no pueden tener efecto alguno". (1)

(1) *Henry George: "Problemas Sociales".*

PRIMERA PARTE

De la filiación natural en general

CAPITULO I

BREVE RECUENTO HISTORICO

Al enfocar el problema motivo de nuestra tesis, nos vemos obligados a verificar un somero estudio sobre su desarrollo histórico en Francia, toda vez que nuestra legislación es una copia de la francesa y nuestros legisladores siempre se han limitado a copiar de una manera sistemática la legislación gala, aunque en gran parte, sin adaptación a nuestro medio social y jurídico.

Hacemos notar, sin embargo, que felizmente en los últimos años nuestros legisladores, con un sentido más práctico y más nacionalista, están abandonando esta inveterada rutina, y hemos observado que muchas leyes son elaboradas de acuerdo con un plan de adaptación a todas luces meritorio.

El hijo bastardo, denominación que se daba antiguamente en Francia a los hijos naturales, no derivaba ningún provecho apreciable del establecimiento de su filiación, y como un reflejo de la legislación romana, desde muy antiguo, Francia reconoció a favor de los hijos naturales una pensión alimenticia impuesta a

los padres, y es de notar, que este era el único bien efectivo a que alcanzaban los derechos de los hijos naturales, pues el reconocimiento, solamente producía efectos puramente morales.

Las ideas filosóficas del período pre-revolucionario, desafiando toda una época vinculada a una moral hipócrita, cuajada de principios religiosos, hasta rayar en fanatismo, y carente de un alto sentimiento humanitarista, provocó, con una constante y eficiente labor, un cambio relativo en la opinión pública, en relación con la triste condición de los hijos bastardos.

Así, al encenderse la tea de la revolución francesa, uno de los primeros cuidados de la Convención fué reformar las costumbres existentes en vigor, y declarar de un modo formal y categórico, la completa igualdad entre los hijos legítimos y los naturales. Y, en el mismo decreto del 12 de Brumario del año II, en el artículo 8, permitía a los hijos naturales establecer su filiación, aun por la posesión de Estado.

Se observó entonces el fenómeno de una transición muy rápida y violenta. Francia estaba aún bajo el dominio de una vieja y enraizada tradición que no podía permitir esta equiparación entre los hijos.

La reacción no se hizo esperar mucho tiempo, y el Código Civil fué su instrumento inmediato. Mientras se discutía en el Consejo de Estado la situación jurídica del hijo natural, vivas controversias se produjeron alrededor de este interesantísimo problema —como hemos expuesto más arriba—, pero todo fué inútil. Al fin, prevalecieron las disposiciones que colocaban a los hijos naturales en una condición completamente inferior a la de los hijos legítimos y apenas le concedieron a estos hijos de uniones libres una relativa participación en la sucesión de sus padres, no como herederos, sino como meros sucesores irregulares. Numerosos artículos del Código Civil fueron confeccionados con el deliberado propósito de crear una irritante desigualdad entre los hijos legítimos y los naturales.

No fué esta la obra de la comisión del Consejo de Estado, que discutía la elaboración del Código Civil, para combatir los inconvenientes que en "aquella época de desmoralización", tal vez ocasionaba la completa equiparación que la Convención Nacional francesa había establecido para todos los hijos, sino, más bien, el producto de la convicción personal del Primer Cónsul Bonaparte, quien dirigía las sesiones del Consejo.

Se relata que en plena sesión, el autoritario soberano, no tuvo inconveniente en declarar pública y responsablemente, "que el Estado no tenía interés en que la filiación de los bastardos fuera reconocida".

Planiol, criticando esta expresión del Primer Cónsul, dice: "El interés del Estado es aquí, un elemento secundario; lo que merece ser tomado en consideración es el derecho del hijo natural".

Merecen también una cita especial, las palabras del notable tribuno Duveyrier, cuando afirmó categóricamente: "que la sociedad tenía un interés contrario al indicado por Napoleón", "el deber de la sociedad y de la ley, decía, cuando el matrimonio no existe, es suplirlo por todos los medios convenientes, para disminuir el número de los hijos sin familia, porque así lo recomienda el interés social"; y luego, reclamando el doble derecho de las dos víctimas, el de la maternidad y el de la infancia, como que eran superiores al del interés individual, y al calificar la falta que comete la sociedad con el hijo natural, dice: "Cada hijo natural así privado por el olvido o barbarie de la ley, del derecho de nacimiento, es decir, de su estado civil o de los medios de recobrarlo, presenta la imagen de un asesinato civil".

En el curso de las discusiones del Consejo de Estado, algunos miembros, juristas notables, expusieron sus ideas tendentes a mantener algunas ventajas a los hijos naturales; pero Napoleón usó esta vez ese lenguaje imperativo que le caracterizaba, y

su decisión fué aceptada, como son siempre acatadas, sin rodeos, las sinrazones de los tiranos.

¡El Código Civil, que hasta hace poco fuera el monumento de la ciencia jurídica, daba cabida así, en su articulado, a una injusticia social, por considerar como un escándalo lo que verdaderamente ha constituído siempre un mandato supremo de la equidad y la justicia humana.

El Código no concedió al hijo natural sino un solo medio de probar su filiación, para poder reivindicar algunos de los derechos que en buena justicia le corresponden. Fué éste la verificación de un reconocimiento, emanado de aquél o de aquéllos, cuya paternidad reivindica. Este reconocimiento podía ser hecho en el acta misma del nacimiento, o en un acto auténtico posterior. No podía resultar de cartas o documentos privados del padre o de la madre.

Los hijos adulterinos e incestuosos, no podían ser objeto de un reconocimiento.

Fuera del único modo indicado, la filiación natural no era admisible ni contra el hijo, ni en su favor. La regla fué absoluta.

Empero, el movimiento en favor de los hijos naturales, iniciado en el período pre-revolucionario, había dejado la semilla en el surco, y en el siglo *XIX* se acentuó esta remoción social y, a partir de esa época, "el estigma de la inferioridad del hijo natural, comenzó a perder terreno".

La doctrina francesa, no del todo unánime, pero sí generosa en su mayor parte, abogó por el mejoramiento de la condición jurídica del hijo natural y así vemos aparecer en Francia diversas leyes cuyos propósitos estaban encaminados en este sentido. Fueron la del 25 de Marzo de 1896, luego la del 7 de Noviembre de 1907, la del 16 de Noviembre de 1912, la del 30 de Diciembre de 1915 y otras de no menos importancia.

Con todo, la legislación francesa siempre se ha caracteriza-

do por su constante distinción entre los hijos legítimos y los naturales y aunque las leyes arriba indicadas han venido a moderar la triste situación de los hijos naturales, existe aún en Francia, con menos rigor que antes, la disparidad jurídica entre la filiación legítima y la natural. muy especialmente en el régimen sucesoral.

La bibliografía francesa, como asegura el tratadista Planiol, es pobre en la materia que nos ocupa, y no sabemos a que atribuir este fenómeno, pues siempre hemos considerado a Francia desligada de esos vínculos religiosos, que han venido resistiendo de una manera sistemática, al movimiento social que lucha por colocar a todos los hijos de un mismo padre, en un plano de igualdad en sus derechos.

Francia nos parecía el pueblo llamado, por su tradición y sus ideas, a reivindicar los dictados de la revolución social; pero en los últimos años, su democracia fué claudicando, hasta que hoy, herida en sus entrañas, se entrega por completo a esa maraña *facistoide* en que estaban empeñados algunos de sus grandes hombres.

Muchos años tuvo por delante la nación gala para reivindicar la posición que corresponde en el conglomerado social a los hijos naturales, por eso nuestra sorpresa está justificada, máxime cuando los primeros alientos sociales los hubimos en las fuentes francesas y nuestro amor y nuestro entusiasmo por la nación que nos legara tantos hombres y episodios ilustres, fuera hasta hoy casi desmedido.

Francia, la Francia que nos brindara el espectáculo sublime de la Bastilla, ha conservado una vieja tradición, como sólo han sabido hacerlo las naciones más conservadoras del orbe. Muchas de las legislaciones inspiradas en la francesa, han dejado atrás a su legislación de origen y presentan a la faz del mundo muchos adelantos de acuerdo con la justicia social y con la época, aunque todavía existe diversidad en la materia.

A este respecto, nos vamos a permitir señalar los principales sistemas que rigen actualmente la materia, siguiendo para el efecto al Profesor José Castán, de la Universidad de Valencia, citado por el Licenciado Fernández Morales en un artículo publicado en la Revista Jurídica Dominicana, sobre la ley de filiación natural del 26 de Mayo de 1939.

1.—Legislaciones que niegan todo el derecho al hijo natural en la sucesión del padre, pero que le equiparan a los legítimos en la sucesión de la madre. Siguen este criterio el código austriaco y el alemán; este último, dice Castán, tan progresivo en otras materias, incurre en la grave injusticia de no conceder le al hijo natural reconocido por su padre, ningún derecho sucesorio.

2.— Legislaciones que, como la de Chile, otorgan a los hijos naturales una reserva, tanto en la herencia paterna como en la materna, pero sólo en defecto de descendientes legítimos.

3.—Legislaciones que reconocen derechos sucesorios a los hijos naturales, lo mismo en la herencia paterna que en la materna. Pertenece a este grupo el código italiano, el español, el dominicano, antes de la ley del 26 de Mayo de 1939, y el francés; si bien la ley francesa del 25 de Marzo de 1896 que reformó el artículo 758 del Código Civil, aumentó la cuota de los hijos ilegítimos a la mitad de la parte que les correspondería si fuesen legítimos.

4.—Legislaciones que asimilan los hijos naturales a los legítimos en la herencia materna, concediéndoles una participación menor en la paterna. Este es el sistema del Código Civil suizo, que además, no establece diferencia alguna entre los hijos naturales y los demás ilegítimos —adulterinos e incestuosos— a los efectos de sus derechos sucesorios.

5.—Legislaciones que equiparan por completo los hijos legítimos y los ilegítimos, tanto en la sucesión testada como en la intestada. Ejemplo de ella es el Código Civil del Brasil, el de la

Rusia Soviética y la Constitución de la República Española de 1931, cuyo artículo 43, progresivo e innovador, disponía, en su apartado tercero, que "los padres tienen para los hijos habidos fuera del matrimonio, los mismos deberes que respecto a los nacidos en él Las leyes civiles regularán la investigación de la paternidad. No podrá consignarse declaración alguna sobre la legitimidad o ilegitimidad de los nacimientos, ni sobre el estado civil de los padres, ni en las actas de inscripción, ni en filiación alguna", "actualmente derogada por el Gobierno Nacional, al igual que la ley del Matrimonio, Divorcio, etc., como toda obra legislativa y de profundo contenido humano de la República".

"En este último grupo se ha incluído la República Dominicana con la promulgación de la ley No. 121 sobre filiación de hijos naturales, del 26 de Mayo de 1939".

CAPITULO II

De la condición civil de las personas

De acuerdo con los principios generales del derecho, vamos a estudiar, en primer término, los elementos de que se compone el estado civil de las personas.

"El hombre entra en la sociedad por su nacimiento, con un nombre determinado. Sale de ella por su muerte. Durante su vida, él forma parte de uno de esos grupos entre los cuales las personas están repartidas y ejerce su actividad jurídica en un punto determinado de un territorio".

"En consecuencia, se distinguen cinco elementos en el estado civil: la Existencia, el Nombre, la Nacionalidad, la Familia y el Domicilio". (1)

Expuesto así lo que constituye el Estado Civil, y los elementos de que se compone, nos proponemos ahora, en el desarrollo de este capítulo, examinar la situación del hijo natural en relación con cada uno de estos elementos, en nuestra legislación de

(1) *Baudry Lacantinerie, Precis Droit Civil T.* 1 *No.* 152

origen, la francesa, desde la redacción del Código Civil en el 1804 y en las legislaciones posteriores a éste.

1. LA EXISTENCIA.— Comenzaremos por el elemento biológico, que es a su vez el más natural: la Existencia. Esta comienza con el nacimiento, que es el resultado de la gestación, como consecuencia de la conjunción de dos sexos diferentes, y termina con la muerte, que es la pérdida de la vitalidad orgánica.

Respecto a este elemento del estado civil, parece evidente, que no habría legislador capaz de negar a una persona su existencia, hecho real e independiente de la voluntad del individuo. Sin embargo, durante el régimen primitivo del Código Civil, una persona podía ser arrojada del seno de la sociedad, se le negaba su existencia —sin quitarle la vida—, esto era posible en virtud de la muerte civil, pena en que se incurría a consecuencia de una condenación criminal. Esta institución fué abolida por la ley del 31 de Mayo de 1854.

De todo lo antes dicho, se induce que toda persona, por el hecho de su nacimiento, tiene una existencia. Pero aún el legislador va más lejos y llega a reconocer la existencia de una persona desde el momento de su concepción, cuando su interés así lo reclama, en virtud de la máxima "*Infans conceptus pronato habetur, quoties de comodis ejus agitur*". (Vide arts. 725 y 906 Código Civil).

En este elemento del estado civil, como es fácil ver, no puede existir diferencia alguna entre los hijos legítimos y los naturales.

2. LA NACIONALIDAD.— El segundo elemento que podríamos llamar natural del estado civil, es la Nacionalidad, que es "el vínculo que une a una persona a determinada nación", ya sea por haber nacido sobre el territorio de esta nación, ya sea por haber nacido de padres dependientes de ésta. En el primer caso, la nacionalidad le corresponde en virtud del principio de

JUS SOLIS, en el segundo, en virtud del JUS SANGUINIS.

En este elemento del estado civil de las personas, existen diferencias notorias e importantes entre las distintas categorías de hijos establecidas por el Código Civil, ya que los hijos naturales están regidos por reglas especiales, de acuerdo con el Derecho Internacional Privado.

El principio dominante, es que la nacionalidad se deriva de la filiación y se trasmite JURE SANGUINIS; pero existe una diferencia importante entre el hijo legítimo y el natural, pues, mientras que por el solo hecho de haber nacido del matrimonio se le confiere al hijo legítimo la nacionalidad del padre; en cambio, el natural no tiene estado alguno, ni padres ciertos, hasta tanto no haya sido objeto de un reconocimiento.

Cabe preguntar: ¿cuál será la nacionalidad de origen del hijo natural? El Profesor André Weiss, responde que es preciso examinar cuatro hipótesis que pueden presentarse:

1o.—El hijo no ha sido reconocido ni por el padre ni por la madre.

2o.—El hijo ha sido reconocido solamente o por su madre o por su padre.

3o.—Reconocido por ambos en el mismo acto o en el mismo juicio.

4o.—El hijo es reconocido por su padre y por su madre, pero en épocas diferentes. (1)

Muchas y variadas son las soluciones que a este respecto se han establecido, pero como no es de nuestro trabajo analizar cada una de ellas, ni establecer conclusiones al respecto, vamos a limitarnos a indicar las soluciones más simples, ya que nuestro

---

(1) *André Weiss, "Manuel de Droit International Privé".*

propósito está encaminado, únicamente, a establecer las diferencias que existen en el elemento Nacionalidad, en relación con el tema que nos ocupa.

Primera hipótesis: En este caso, la situación del hijo natural se confunde con la de los hijos de padres desconocidos y se les confiere la nacionalidad que a éstos corresponde en virtud del JUS SOLIS.

Segunda hipótesis: Aquí la filiación del hijo natural no está legalmente establecida sino respecto al padre que lo ha reconocido. Es, pues, a la patria de este último que el JUS SANGUINIS le une y a la que debe pertenecer. (Arg. art. 8-1o. Código Civil)

Tercera hipótesis: La filiación del hijo está establecida con relación a cada uno de sus padres. Si ambos tienen una patria común, el hijo tendrá esa nacionalidad. En la hipótesis de que no tengan la misma nacionalidad, se pregunta: ¿cuál será la del hijo? En este sentido se han propuesto varias soluciones, pero es práctica constante en doctrina y jurisprudencia atribuir al hijo reconocido la nacionalidad del padre.

Cuarta hipótesis: Esta es la que más soluciones variadas ha presentado en el campo del Derecho Internacional Privado, y antes del año 1899, había provocado graves inconvenientes en Francia, los que evitó una feliz modificación del art. 8 párrafo 2o. disponiendo que el hijo llevará la nacionalidad de aquel de los padres que lo haya reconocido primero.

Los hijos adulterinos e incestuosos que en virtud del art 335 del Código Civil no pueden ser reconocidos, no tienen, en principio, y salvo raras excepciones, ni filiación cierta, ni nacionalidad de origen JURE SANGUINIS. El legislador los considera como nacidos de padres desconocidos y les confiere la nacionalidad que a éstos le corresponda.

Otra dificultad puede presentarse a propósito de la nacio-

nalidad de origen de los hijos nacidos fuera del matrimonio: "La legitimación del hijo natural, resultante del matrimonio de sus padres, ¿es susceptible de cambiar su nacionalidad?"

El asunto se presenta así: "Un hijo natural ha sido reconocido durante su minoridad por su madre; él ha adquirido JURE SANGUINIS la nacionalidad de esta última. La madre se casa y en el momento de la celebración del matrimonio, el marido reconoce al hijo. El hijo así legitimado de pleno derecho (art. 331 Código Civil), ¿Conservará la nacionalidad que tenía en virtud del reconocimiento materno, o tomará la del padre? La ley ha olvidado decirlo y su silencio ha dado lugar a vivas controversias". (1)

Un primer sistema admite que la legitimación del hijo natural, beneficiado por el matrimonio de sus padres, puede tener por consecuencia posible, una modificación de su nacionalidad ya establecida. Este sistema se funda en el art. 333 del Código Civil que dispone: "Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio, gozarán de los mismos derechos y beneficios que los legítimos". En este caso, el hijo legitimado tendría la nacionalidad de su padre.

Sin embargo, es otro el sistema sustentado y aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, pues estas reconocen que la legitimación deja al hijo natural la nacionalidad que su madre le había trasmitido y ningún reconocimiento posterior podría despojarlo de esta nacionalidad ya adquirida. Alegan en su favor, que "la asimilación hecha por el art. 333 del Código Civil, entre el hijo legítimo y el legitimado, no tiene desde este punto de vista ninguna importancia".

3. LA FAMILIA.— El tercer elemento del estado civil de las personas, en el orden lógico que nos proponemos seguir, es la Familia. Siendo a su vez el más importante, no sólo por ser el elemento básico del estado civil. sino también por ser el elemento primordial en las sociedades civilizadas.

---

(1) *André Weiss, "Manuel de Droit International Privé".*

"Se tiene un estado diferente según que se pertenezca a tal o cual familia. El estado varía, igualmente, según el lugar que se ocupe en la familia a que se pertenece". (Lacantinerie T. 1. No. 162).

¿Que es la familia? Baudry Lacantinerie la define así: "La familia es el conjunto de personas unidas entre sí, por el lazo del matrimonio, de la parentela o de la alianza". "En un sentido más restringido, la familia es el conjunto de personas unidas por el lazo del parentesco".

La parentela a su vez resulta de las relaciones de filiación, y se define "como el lazo que une entre sí a varias personas que descienden las unas de las otras, o de un autor común".

La parentela puede ser directa: como lo es aquella en la cual las personas descienden las unas de las otras, como padre e hijos, etc., y la colateral, en la cual las personas descienden de un autor común, por ejemplo los hermanos, que tienen por autor común al padre, etc.

Los parientes a su vez son denominados paternos o maternos. Así el padre y sus parientes, son parientes paternos; la madre y todos sus parientes, son parientes maternos. Una misma persona puede ser a su vez pariente paterno y materno, por ejemplo los hermanos nacidos de un mismo matrimonio.

Los hermanos se denominan carnales, cuando tienen un mismo padre y una misma madre. Cuando son hermanos de padre únicamente, se les llama consanguíneos; cuando lo son de madre, se les denomina uterinos.

Se nos perdonará este somero esbozo que hemos hecho de la familia, pero nos mueve el propósito de facilitar el examen de la situación del hijo natural en relación con este elemento del estado civil, que como hemos dejado dicho, es el elemento básico del mismo, y porque es en la familia, donde existe la más

extensa y caracterizada desigualdad entre el hijo legítimo y el hijo natural.

Los hijos naturales se subdividen en tres categorías:

1o.— Los naturales simples, denominándose así a los nacidos de relaciones entre personas que hubieran podido casarse, la una con la otra, en el momento de la concepción del hijo.

2o.— Los incestuosos, que son el producto de un incesto, esto es, nacidos de padres entre los cuales existía un impedimento al matrimonio en razón del parentesco o de la alianza. Tal sería el hijo de un hermano con su hermana, de un tío con su sobrina, etc., dentro de las legislaciones que establecen esta prohibición.

3o.— Los adulterinos, que son aquellos que nacen a consecuencia de un comercio adulterino de su padre o de su madre, o de los dos a la vez. Tal es el caso en que nazca de relaciones entre un hombre casado con una mujer soltera, o de una mujer casada con un hombre soltero, o en fin, de un hombre casado con una mujer casada. En los dos primeros casos, el hijo es el fruto de un adulterio simple, en el segundo de un adulterio doble, sin que esto modifique en nada su estado.

Estas tres categorías de hijos naturales, reciben tratos diferantes del legislador, que ve siempre con más favor al hijo natural simple por parecerle, con razón, que los padres contravienen menos a las leyes de la moral, así como tampoco puede decirse que violen pacto de fidelidad resultante de matrimonio que no existe y esto se debe, tal vez, a un rezago de la legislación romana que permitía legalizar el concubinato cumpliendo requisitos previamente indicados por la ley, institución ésta que existe aún en varias regiones de los Estados Unidos de Norte América.

Después, el legislador del Código Civil, trata en pie de igual-

dad a los hijos incestuosos y adulterinos, considerando que son el producto de un escándalo en el seno de la sociedad. Pero se puede afirmar, sin lugar a dudas, que el hijo incestuoso siempre fué visto con más favor por la doctrina y la jurisprudencia durante el régimen primitivo del Código Civil, que llegó hasta permitir su reconocimiento en virtud de una hábil construcción jurisprudencial; reconocimiento, que le estaba prohibido conjuntamente con los hijos adulterinos. (Vide art. 335 Código Civil).

Los hijos adulterinos, por el contrario, siempre han sido vistos con más desfavor, por ser el resultado de un hecho más escandaloso: el adulterio, que es un delito castigado por la ley penal, de donde necesariamente la turbación social es más nociva. Y es por ello por lo que el legislador posterior al Código Civil, que permitió el reconocimiento de los hijos incestuosos, no pudo hacer lo mismo sino de una manera restringida respecto a los hijos adulterinos. (Vide ley del 15 de Diciembre de 1915).

A diferencia del hijo legítimo, que se encuentra en el seno de la familia por el sólo hecho de su nacimiento, bastándole probar que ha sido concebido, o por lo menos, que ha nacido durante el matrimonio de sus padres; aun cuando sea lógico pensar que se debe tener por padre al autor de la concepción y por madre a la autora de la gestación; el hijo natural no tiene, por el sólo hecho de su nacimiento, padres ciertos. Para ello es preciso que intervenga en su favor un reconocimiento ya sea voluntario, ya sea forzoso, según los casos.

Durante el régimen primitivo del Código Civil, como hemos anotado anteriormente, existían dos categorías de hijos naturales que no podían ser reconocidos: los incestuosos y los adulterinos. El reconocimiento de esta clase de hijos fué permitido más tarde, a condición de que se verificaran con el propósito de legitimarlos, ya que permitiéndose a los padres, que eran los únicos culpables, legalizar su unión, con más razón debía permitir-

se regularizar el estado de estas víctimas inocentes por faltas de las cuales no fueron autores.

Pero, aún reconocidos, los hijos naturales no se equiparan por completo a los hijos legítimos, pues los efectos del reconocimiento son restringidos en cuanto al parentesco, ya que únicamente nacen relaciones de paternidad y filiación y, en consecuencia, sólo se establecen relaciones de parentesco entre el hijo y aquel de los padres que lo haya reconocido, o entre éste y ambos padres, si ha sido reconocido por los dos, quedando por lo tanto el hijo reconocido, fuera de la familia de sus padres.

No podríamos establecer de una manera absoluta, que el legislador haya considerado radicalmente, que el hijo natural no establece relaciones de parentesco con la familia de sus padres, ya que reconoce un derecho de sucesión entre los hijos uterinos y consanguíneos, (vide art. 766 Código Civil), y un impedimento al matrimonio entre esta misma categoría de hijos. (Art. 162 Código Civil).

Si es verdad que el reconocimiento operado en favor de un hijo natural crea relaciones de paternidad y filiación, es preciso hacer notar que aunque se trata de una paternidad y filiación *sui generis*, sobre todo durante el régimen primitivo del Código Civil, según el cual la filiación y la paternidad no engendraba los derechos y las obligaciones que producen la paternidad y la filiación legítima, ya que al tratar el legislador del Código Civil de la patria potestad, se limitaba solamente a disponer en el art. 383, que las reglas relativas al derecho de corrección de los menores contenidas en los artículos 376 y 379, se referían también a los hijos naturales legalmente reconocidos. De manera, que el legislador del Código Civil, sólo acordaba. entre los atributos de la patria potestad, el derecho de corrección a los padres naturales. Fácil es ver la serie de inconvenientes a que esto daba lugar, pero no fué sino el 2 de Julio de 1907, cuando el legislador francés reparó los inconvenientes a que daban lugar las disposiciones del Código Civil, por la ley relativa a la protección

y tutela de los hijos naturales, al modificar los artículos 383, 384, 399 y 442 del mismo código, confiriendo en principio a los hijos menores y no emancipados, los atributos que la patria potestad atribuye a los padres legítimos.

De ahí que los padres tengan hoy, en virtud de la patria potestad, no sólo el derecho de corrección que le acordaba el legislador del Código Civil, sino también, el derecho de guarda y el deber de educación.

La misma ley acordó a los padres naturales el derecho de goce legal sobre los bienes de sus hijos menores, que anteriormente les era negado por la doctrina y la jurisprudencia, en razón de la condición desigual en que los hacían venir al mundo. Pero este derecho les corresponde, no como a los padres legítimos, en virtud de la patria potestad, sino a consecuencia de la tutela legal que les es acordada.

El Codigo Civil, al organizar la institución de la tutela, solamente se refirió a los hijos legítimos. Fué el legislador posterior, en virtud de las leyes del 2 de Julio de 1907 y del 6 de Abril de 1910, quien reglamentó la tutela de los hijos naturales, estableciendo de un modo general, que las reglas consagradas a la tutela de los hijos legítimos deben aplicarse a los hijos naturales, excepto las reglas establecidas en los artículos 394, 402 y 416, relativas a la tutela de la madre y a la tutela de los ascendientes, que en este último caso no es posible, por no existir relaciones de parentesco entre el hijo natural y los ascendientes, más que entre sus padre y madre que lo hayan reconocido.

Las referidas leyes consagran también, que las funciones atribuídas en la tutela de los hijos legítimos, al consejo de familia, sean desempeñadas por el Tribunal de Primera Instancia del domicilio del pariente investido de la tutela, o del tribunal de la residencia del menor si no ha sido reconocido aún. Esta legislación pone al menor en tutela desde el momento mismo de

su nacimiento, sin tener en cuenta si el menor ha sido reconocido o no.

En cuanto se refiere a la obligación alimenticia, los tratadistas franceses se preguntan, si jurídicamente existe una obligación alimenticia entre los hijos naturales y sus padres. La doctrina y la jurisprudencia están acordes en admitir que los padres deben alimentos a sus hijos cuando la necesidad de éstos lo requiera, e inducen esta decisión de los artículos 762 y 764 del Código Civil, que obligan a los sucesores del padre y de la madre de los hijos adulterinos e incestuosos a suministrarles alimentos a éstos, reconociendo implícitamente la existencia de una deuda alimenticia a cargo de sus padres, por toda la vida. Con más razón, el derecho a alimentos debe existir en provecho de los hijos naturales simples.

Recíprocamente, se presenta la hipótesis de una obligación alimenticia de los hijos naturales con respecto a sus padres. La duda surge con motivo del contenido de los artículos 762 y 764, ya anotados, que no establecen la carga alimenticia, sino en favor de los hijos. El legislador, dice Baudry Lacantinerie, "ha rehusado a los padres ilegítimos, el derecho de reclamar alimentos a sus hijos, en razón del poco favor que ellos merecen por ser su paternidad o maternidad el resultado de un hecho ilícito". Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia se han manifestado en sentido contrario y admiten la obligación recíproca en provecho de los padres y madres naturales, invocando en su favor la tradición que se manifiesta en favor de esta solución. Otros argumentos de importancia se invocan en este sentido, pero sólo nos interesa, por el momento, reconocer la existencia de una obligación alimenticia, recíproca, entre el hijo natural y sus padres.

En materia de matrimonio, también existe una diferencia notoria, pues el legislador prescribe: que si la filiación del hijo natural, no ha sido legalmente establecida; los padres han muerto o se encuentran en la imposibilidad de manifestar su voluntad, no pueden aquellos contraer matrimonio, si siendo menores

de 21 años, previamente no han obtenido el consentimiento de un tutor ad-hoc, nombrado por el Tribunal de Primera Instancia. Sin embargo, están dispensados de los actos respetuosos.

En la Adopción, no encontramos diferencia alguna, ya que la ley somete al hijo natural, a las mismas reglas que al hijo legítimo, (Art. 346 Código Civil).

¡De todo cuanto hemos expuesto sobre este elemento del estado civil (la familia), se infiere la existencia de dos familias paralelas en el seno de la sociedad: la legítima y la natural. La primera con todos los atributos y favores de la ley, y la segunda, considerada inferior, con derechos siempre restringidos.

4. EL NOMBRE.— El Nombre, es el otro elemento del estado civil de las personas que debe seguir en riguroso orden a la familia, ya que si bien se examina, se podría decir que ésta lo comprende.

¡El Nombre, —de familia o patronímico—, sirve para designar a las personas pertenecientes a una familia, que descienden, por los varones, de un autor común. Esto es lo que en el lenguaje corriente denominamos "apellidos". Los apellidos permiten destinguir a los diferentes miembros de la familia que llevan el mismo nombre. Les es dado a los hijos en su acta de nacimiento. (Vide art. 57 Código Civil).

Se adquiere por la filiación, y como el hijo natural no establece su filiación, sino a consecuencia de un reconocimiento, hasta tanto no se haya verificado éste, se puede decir que no tiene nombre; pero una vez establecida la filiación, por uno de los medios legales, el hijo natural tomará el nombre de aquel de sus padres que lo haya reconocido. Si es reconocido por su padre y por su madre, tomará el nombre del padre, aun cuando el reconocimiento de la madre se hubiera hecho primero.

5. EL DOMICILIO.— Para concluir con los elementos del estado civil de las personas, trataremos el último de éstos, que lo constituye el Domicilio.

El Domicilio es "el asiento legal o jurídico de una persona, desde el punto de vista de las manifestaciones de su actividad jurídica".

Como sabemos, la ley atribuye a ciertas personas un domicilio, encontrándose entre estos: los menores, las mujeres casadas, los militares, etc.

El art. 108 del Código Civil, en su acápite 2o., dispone que "El menor no emancipado tiene por domicilio el de su padre o tutor". ¿Se aplica esta regla al hijo natural? Es indudable que si está reconocido debe aplicársele; pero si está reconocido por el padre y la madre y éstos no viven juntos, ¿cuál será el domicilio del hijo natural?

Siempre que surgen conflictos entre el padre y la madre, respecto de un menor, el legislador ha dado preferencia al padre. El hijo tendrá, cuando los padres no vivan juntos, el domicilio del padre. Después de la ley del 2 de Julio de 1907, tendrá el domicilio del tutor. Si uno de los padres es el tutor, en el domicilio de éste, se encontrará el del hijo.

SEGUNDA PARTE

De la filiación natural en la República Dominicana

CAPITULO I

LEGISLACION HASTA EL AÑO 1918

No vamos a superabundar en consideraciones referentes al contenido de nuestro Código Civil, pues, desde el día 4 de Julio de 1845, fecha en que fueron puestos en vigor los códigos franceses, la legislación dominicana se inclinó de manera absoluta hacia la legislación francesa y, desde entonces, —nos da pena confesarlo— el legislador dominicano no ha hecho otra cosa que copiar íntegramente las leyes dictadas en Francia. Por supuesto, que no ha vaciado toda la legislación francesa en la nuestra, pero se puede decir, sin exponernos a dudas, que casi todas nuestras leyes son de origen francés o, diremos mejor, copias exactas de las leyes francesas.

Ya desde el año 1855, el Senado Consultor dió un decreto

ordenando al poder Ejecutivo: "nombrar una comisión compuesta de tres sujetos de capacidad e inteligencia para que recogiera a la mayor brevedad las traducciones hechas de los códigos franceses, ordenar las que faltaren, etc., a fin de ponerlas en castellano, acomodándolas a las necesidades, usos y conveniencias del País, al carácter y genio nacional, en armonía con nuestros principios institucionales". (C. L. 1855, p.100, 22 Mayo).

No obstante ordenar el decreto que se erogara, en la ley de presupuesto una suma para tales propósitos, esta traducción no llegó a realizarse sino más tarde.

Esta fué la primera tentativa de traducción y adaptación de los códigos franceses en la República Dominicana, pues, si bien es cierto que durante el período de la Anexión se tradujo el Código Civil, no fué obra exclusiva de los dominicanos, y no estaba en armonía con nuestra legislación, sino con la española.

El Decreto No. 2025 del Congreso Nacional de fecha 4 de Julio de 1882, —treinta y siete años justos después de haber sido puestos en vigor los códigos franceses en la República— declaró obra de necesidad pública la adaptación, traducción y localización de los Códigos Civil, de Comercio, de Procedimiento Civil y de Instrucción Criminal, así como la revisión del Código Penal común ya traducido.

Para este propósito se votó una suma de dinero y se autorizó al Poder Ejecutivo para que realizara un contrato con una comisión de abogados con fines de traducción, etc.

El 6 de Noviembre de 1883, intervino un contrato entre el Ministro de Justicia y los abogados: José de Js. Castro, Apolinar de Castro, Manuel de Js. Galván y José Joaquín Pérez, para la indicada labor.

Otros decretos del Congreso Nacional sancionaron, y dieron

como leyes de la nación, los códigos ya traducidos, en el orden siguiente:

No. 2213—17 de Abril 1884 Código Civil.
2214—17 de Abril 1884 Código de Proc. Civil.
2236— 3 de Junio 1884 Código de Comercio.
2250—27 de Junio 1884 Código de Proc. Criminal.
2274—20 de Agosto 1884 Código Penal.
2726—20 de Agosto 1884 Código de Proc. Militar.

Con lo cual quedó definitivamente realizada la traducción y adaptación de los referidos códigos franceses y convertidos en leyes nacionales en nuestro propio idioma.

No vamos a criticar la labor de la comisión encargada de la traducción y adaptación de los códigos, ni mucho menos, el decreto del Congreso Nacional del 5 de Junio de 1884 considerando "que la traducción de los códigos franceses era una obra perfecta en su género, y que el Poder Legislativo, al disponer su traducción, localización y adecuación, reconoció implícitamente en la comisión de abogados que nombrase el poder Ejecutivo, el criterio científico suficiente para efectuar con perfección el trabajo de forma decretado".

Sin embargo, debemos decir, que a consecuencia de los gravísimos errores de que adoleció esta traducción, desde su publicación hasta los últimos años, se produjeron numerosos inconvenientes y perjuicios, no sólo para el Estado, sino para los particulares y principalmente para la buena administración de la justicia, ya que siendo defectuosas las leyes que debían aplicarse, asimismo debía ser el funcionamiento de las instituciones judiciales, tal como lo reconoció la Suprema Corte de Justicia, en su memoria del 27 de Enero de 1905.

El Código Civil dominicano, copia del francés, conservó en todas sus partes, las disposiciones que en Francia creaban una

irritante desigualdad entre los hijos legítimos y los hijos naturales.

Desde entonces, y hasta los últimos años, el legislador dominicano, encerrado en una hermética torre de marfil, mantuvo su injustificada indiferencia con respecto a la triste situación a que estaban condenados los hijos naturales. Esta indiferencia fué el fruto de nuestra política turbia, que absorvía por completo todo el acervo mental de nuestros legisladores, así como la carencia de cultura que no permitía crear nada, ni siquiera imitar lo mejor, pues, desde el año 1896, ya Francia había puesto sus ojos de piedad sobre esos hijos.

Empero, tendremos que reconocer, que en la República Dominicana no ha tenido nunca preponderancias determinantes la diferencia entre hijos legítimos y naturales, pues la conciencia dominicana, como muy bien a dicho un compañero nuestro: "ha estado desligada de esas absurdas diferencias sociales que se mantienen en otros medios cultural y mecánicamente más avanzados, pero en donde el sentimiento de humanidad y el sentido de lo justo, parecen estar subordinados a consideraciones reñidas con la naturaleza misma de las cosas". Entre nosotros, el hijo bastardo nunca ha sido un ser despreciado, y siempre ha existido una igualdad casi evidente entre ambas clases de hijos, por supuesto, que nos referimos al aspecto moral que presenta el asunto.

En vano, al correr de los años, nuestros hombres de leyes abogaban por una legislación autóctona, o que al menos tuviera los alcances de adaptación que nuestro país merecía. Muchos publicaban artículos en la prensa, otros desde la cátedra; además se editaban revistas jurídicas, en cuyas páginas, los abogados más inteligentes o los más laboriosos, señalaban los gravísimos defectos que contenía nuestra legislación.

De entre todos, muy pocos se dedicaron a tratar el problema de la filiación, tal vez si porque su temor a una moral hipócrita imperante, era más fuerte que los imperativos de sus conciencias.

A otros les era completamente indiferente la situación jurídica de los hijos naturales, para éstos, el castigo de la sociedad debía alcanzar al fruto de las presuntas faltas de sus padres.

Nuestros tribunales, ayunos de una ley, basados en la cual pudieran hacer justicia, no podían ser apoderados por las numerosas madres desamparadas, que en vano clamaban por un mendrugo de pan para sus hijos, al padre despiadado que los tenía en abandono.

Este problema, de tanto alcance social y humano, tenía todas las trascendencias de una desgracia pública; los hijos naturales estaban a merced de los sentimientos buenos o malos que poseían sus respectivos progenitores.

¿Y mientras tanto, ¿cuál era el papel que desempeñaba el Estado, frente a tan interesante problema, de vital importancia para el orden social? Preferimos guardar silencio.

CAPITULO II

Legislación sobre pensión alimenticia

1. LA ORDEN EJECUTIVA No. 168. CRITICA.— Corría el año 1918, cuando el pueblo dominicano se debatía bajo el peso de una cruel injusticia. el suelo patria era hollado por la bota del marino yanki y la soberanía nacional sufría otro menoscabo: un gobierno militar encabezado por el Almirante que respondía al nombre de H. S. Knapps, vino a poner el dedo en la llaga y con la Orden Ejecutiva No. 168, de fecha 13 de Junio de 1918, publicada en la Gaceta Oficial el 19 del mismo mes y año, se inició en la República Dominicana la cruzada en favor de los hijos naturales, tantos años esperada y anhelada.

La Orden Ejecutiva No. 168, vino a aliviar un poco la carga que una moral equivocada había puesto sobre las espaldas de esta clase de hijos. Dicha Orden Ejecutiva, constituye la piedra

angular de las disposiciones legales, dictadas en favor de los hijos naturales y, como muy bien dijera un abogado dominicano: "es la génesis de nuestra legislación punitiva sobre paternidad".

Estas razones nos obligan a un análisis sobre el contenido de la citada Orden Ejecutiva, ya que ésta ha ejercido una notoria influencia en las leyes de la especie que posteriormente han sido dictadas en la República.

Su artículo 1o. reza así: "El padre en primer término, y la madre después, están obligados a alimentar, vestir, sostener, educar y procurar albergue a sus hijos menores, no emancipados, hayan nacido o no estos hijos dentro del matrimonio. Esto se hará de acuerdo con las necesidades de los menores y en relación con los medios de que puedan disponer los padres".

Magnífica disposición que brindó un poco de luz, a la oscura realidad en que hasta entonces habían vivido los hijos naturales condenados —aunque parezca paradojal— por las leyes positivas a una triste situación de desamparo y a un olvido casi despiadado.

¿Qué constituía antes un hijo natural en el conglomerado social? Apenas un ser viviente, sin otra protección que las leyes de seguridad vigentes para todos los ciudadanos.

Empero, a renglón seguido de tan excelente disposición, el artículo segundo, al prescribir que: "El padre o la madre que faltare a esa obligación, o se negare a cumplirla, y persista en su negativa después de haber sido requerido a ello, sufrirá la pena de no menos de un año, ni más de dos de prisión correccional", frustraba prácticamente el propósito perseguido por el legislador, toda vez que al encarcelar a los padres, los privaba de cumplir sus deberes para con sus hijos, ya que una vez encarcelados, sus esfuerzos con el fin de suministrarle el sustento, quedaban reducidos a la impotencia.

De ahí, que nuestros tribunales ordinarios en un esfuerzo meritorio, trataran de darle a esa ley, un sentido más práctico y más acorde con la equidad, aunque de esta manera incurrían en violaciones a lo prescrito por ella; así, vemos que nuestros jueces, inspirados en un sano y bienintencionado criterio, eludían en sus sentencias la encarcelación del padre, para dar verdadera protección al hijo, ya que era preferible, dictar contra el padre "una medida de seguridad social, que una pena castigo".

No obstante esta decisión casi unánime de los jueces dominicanos, la Suprema Corte de Justicia, en funciones de Corte de Casación, casó numerosas sentencias y mantuvo de manera invariable el texto de la ley.

Otra disposición de la Orden Ejecutiva No. 168 que despierta nuestra atención, es su artículo 5o. al disponer: "La investigación de la paternidad queda permitida para los fines de esta Orden, y cualquiera ley o parte de ley que le sea contraria queda derogada".

Sobre este artículo, la jurisprudencia dominicana se mostró rehacia, en relación con la investigación de la paternidad de los hijos adulterinos para los fines de pensión alimenticia. La Corte de Casación mantuvo por varias decisiones el imperio de la máxima *"Pater is est quem nuptiae demostrant"*. (B. J. No. 124 19 Noviembre 1920, p.8 y B. J. No. 150, 31 Enero 1923, p.22). Dijo en una de estas sentencias que "La Orden Ejecutiva ha derogado limitativamente el art. 340 del Código Civil, para que pueda investigarse la paternidad de los hijos naturales reconocidos; pero ni implícita ni explícitamente ha modificado las disposiciones del derecho civil, que se refieren a la filiación de los hijos nacidos durante el matrimonio".

Sus artículos 6o. y 7o. enumeran los medios de pruebas que los jueces pueden tomar en consideración para los fines de la investigación de la paternidad:

Art. 6o.—"Una posesión de Estado bien notoria; cualquier hecho incontestable, concluyente o razonable, relativo a la paternidad que se investiga, podrá servir de prueba y el tribunal correccional decidirá definitivamente de acuerdo con los hechos.

Art. 7o.—"La prueba respecto a la cohabitación durante el período comprendido entre los 300 y 180 días anteriores al nacimiento, establecerán una presunción de paternidad al nacer un niño.

El testimonio de la mujer con corroboraciones razonables directas y circunstanciales, establecerán una presunción de cohabitación. Ambas presunciones pueden ser refutadas e impugnadas".

Esta Orden, como hemos señalado, adolecía de varios e importantes defectos, entre los cuales podemos anotar como los más salientes:

1o.— Al establecer una pena variable entre 1 y 2 años contra los padres que no atendieran a sus hijos menores no emancipados, quebrantaba el propósito de protección al hijo. No establecía la suspensión de la pena para el caso en que el padre, después de encarcelado por virtud de una sentencia, se comprometiera a cumplir con los deberes impuestos en el art. 1o.

Confirma nuestra crítica, una jurisprudencia de nuestro más alto tribunal manifestando: "que el tribunal que conoce de una causa seguida contra un padre infractor de la orden Ejecutiva No. 168 no puede, al condenarle a prisión, disponer la suspensión de la sentencia en caso de que el condenado pague la mensualidad por dicha sentencia fijada". (1).

---

(1) *Ver Repertorio Alfabético de la Jurisprudencia Dominicana Ml. Ub. Gómez hijo. No.* 1047.

2o.— No regulaba la atribución de la guarda de los hijos naturales, y

3o.— No atribuía a los tribunales ordinarios la fijación de la pensión alimenticia y al no hacerlo así, como la pensión es materia civil, correspondía en buen derecho a los tribunales civiles fijar su monto, lo que indudablemente ocasionaría inconvenientes prácticos, restándole eficacia a la ley.

Sobre este punto debemos advertir, que nuestros tribunales, de una manera constante conocían de la fijación de la pensión alimenticia. Sin embargo, muchas sentencias fueron anuladas por la Corte de Casación por violar las reglas de la competencia en la materia. La Suprema Corte manifestó por varias sentencias: "El tribunal correccional sólo es competente para la imposición de la pena en los casos en que los padres, por su negativa a cumplir con la obligación impuesta a ellos por la Orden Ejecutiva No. 168, hayan incurrido en la sanción penal establecida por dicha Orden Ejecutiva; pero en virtud de los principios generales de la competencia, que no han sido derogados por esa disposición legal, la determinación de la cuantía de pensión que un padre o una madre deba pasar a su hijo, siendo, como es, materia civil, corresponde a los tribunales civiles". (15 Diciembre 1919, B. J. No. 113 p.13; 23 de Julio 1920, B. J. No. 120 p.11; 21 Abril 1922, B. J. No 141, p.11; 20 Julio 1925, B. J. No. 180, p.17; 18 Febrero 1927. B. J. No. 199, p.12; 18 Enero 1929, B. J. No. 222, p.9).

Invocando las razones expuestas, podemos concluir asegurando, que no obstante el laudable propósito de nuestro legislador, la Orden Ejecutiva No. 168, careció de esa atribución de beneficios prácticos que la situación de los hijos naturales reclamaba desde hacía mucho tiempo.

2. LA LEY No. 1051. CONSIDERACIONES.— La ley No. 1051, de fecha 19 de Noviembre de 1928, sustituyó la Orden Ejecutiva No. 168.

Como muy bien dijera el Lic. Juan Morel en un artículo publicado en la Revista Jurídica Dominicana, de fecha 1o. de Julio de 1940, "fué tanta la firmeza de nuestros tribunales ordinarios en el mantenimiento de sus decisiones, —evadiendo la encarcelación de los padres— y encerraban éstas una solución tan natural y lógica a la luz de la razón y de la moderna penología, que en el año 1928 se consideró necesario dictar una ley que consagrara legislativamente la condicionalidad de la pena impuesta por la Orden Ejecutiva No. 168: esta es la ley No. 1051".

"Fué un triunfo de la jurisprudencia, y revela lo que ella es capaz de hacer cuando en la interpretación de la ley toma en cuenta necesidades de orden social".

Presentada así, la referida ley 1051, segó algunas de las lagunas que contenía la Orden Ejecutiva de la manera siguiente:

> Art. 3o.—"Cuando se trate de hijos naturales, reconocidos o no, mayores de cinco años, la guarda del menor estará a cargo del padre, si éste lo requiere, con tal de que reuna condiciones morales y económicas que le aseguren mejor alimentación y educación que la que pueda darle la madre".

Con esta disposición, la ley 1051, corrigió el segundo defecto que hemos anotado a la Orden Ejecutiva No. 168, al regular la guarda de los hijos naturales. Los beneficios de esta disposición merecen ser ponderados.

Luego en su artículo 6o. regula la suspensión de la pena de la manera siguiente:

> "Cuando un individuo haya sido condenado por virtud de esta ley, puede hacer suspender los efectos de su condena en cualquier momento, sometiéndose a cumplir sus deberes de padre, conforme lo determina el artículo 1o."

Así, la ley 1051, corrigió lo que quizás constituía el vicio base de la Orden Ejecutiva, y de esta manera dióle un giro más humano y mucho más práctico a la ley sobre paternidad, y por ende produjo los beneficios que verdaderamente debía producir en favor de los hijos naturales, quienes en todos los casos de vicios de las leyes, eran los únicos perjudicados.

El procedimiento para obtener lo que prescribe el art. 6o., esto es, la suspensión de la pena, está contenido en los artículos 7o. y 8o.:

Art. 7o.—"Para hacer cesar los efectos de la sentencia condenatoria, el padre condenado hará petición formal al Procurador Fiscal del tribunal que haya dictado la sentencia, expresando en dicha petición el compromiso de cumplir sus obligaciones desde que sea excarcelado y el Procurador Fiscal levantará acta de esta circunstancia, que firmará el interesado si sabe hacerlo, y la cual anexará al expediente correspondiente".

Art. 8.—"Si después de obtenida la libertad así concedida, el padre delincuente dejare de cumplir sus obligaciones, será inmediatamente encarcelado de nuevo al primer requerimiento de la madre, tutora o persona encargada del menor; y aún de oficio por el Procurador Fiscal si le es conocida la falta; y quedará inhabilitado para pedir nuevamente la suspensión de su condena".

He aquí regulada de una manera práctica la suspensión de la pena, sujeta a una extricta y directa supervigilancia de las autoridades competentes, lo que no permite que se burlen las disposiciones de la referida ley 1051.

El artículo 9o. de la ley, repite lo mismo que disponía la Orden Ejecutiva con respecto a la investigación de la paternidad:

Art. 9o.—"La investigación de la paternidad queda permitida para los fines de esta ley, y podrá demostrarse por todo género de pruebas".

Se presenta también en esta ley, el problema de la investigación de la paternidad de los hijos adulterinos, que ya hemos señalado al analizar la Orden Ejecutiva No. 168; pero esta vez la Corte de Casación no se mostró tan absoluta en la aplicación de la máxima *"Pater is est"* y por dos sentencias sobre recursos de casación interpuestos contra sentencias de la Corte de Apelación del Departamento de Santiago, (B. J. No. 336, 22 y 30 de Julio 1938, pags. 359 y 386), admitió la investigación de la paternidad del hijo adulterino, excepcionalmente, "considerando que, si en principio la investigación realizada para los fines de la ley 1051, se encuentra dominada por la regla que entraña el art. 312 del Código Civil, según la cual, el hijo concebido durante el matrimonio es reputado hijo del marido, ello debe sufrir una importante excepción cuando se haya correctamente establecido, por los jueces del fondo, que en hecho, el vínculo matrimonial se encuentra disuelto por la separación prolongada y con carácter definitivo de los cónyuges, unida a la vida en público concubinato de la esposa con otro hombre".

"Esta decisión nos parece inspirada más bien por consideraciones de equidad que por razones de puro derecho", ha dicho el Lic. Morel, y nosotros nos adherimos a su criterio y, con él opinamos: "cuando la ley 1051 permite la investigación de la paternidad, supone desde luego, que la paternidad no está establecida, puesto que resulta ocioso e inoperante, investigar una paternidad que no puede ser discutida en razón de que la ley —Arts. 312 y siguientes del Código Civil— la preestablece. La paternidad del hijo nacido durante el matrimonio surge de pleno derecho del matrimonio, y el único medio de hacer caer esta presunción es la acción en desconocimiento, minuciosamente reglamentada por el Código. Esta presunción conduce en ciertos y determinados casos a una iniquidad, a una verdadera usurpa-

ción de derecho; pero, ¿quién es el culpable, sino el marido mismo que tiene los medios legales de desconocer al hijo?"

Empero, la jurisprudencia de la Corte de Casación, manifestada en las dos sentencias que hemos señalado, en relación a la ley 1051, ha proporcionado verdaderos resultados prácticos, con favores inmediatos a los hijos adulterinos principalmente.

La ley 1051, como los tuvo la Orden Ejecutiva No. 168, adolece de varios defectos. Primeramente, la ley guarda silencio en lo que respecta al tribunal competente para conocer de la pensión y de la guarda. Sin embargo, la jurisprudencia dominicana, ha suplido este defecto con interpretaciones muy amplias, tendentes a crear con la ley 1051 una fuente de beneficios prácticos para los menores.

Por sentencia del 22 de Noviembre de 1938 (B. J. No. 340 p.742) la Corte de Casación, revocando su jurisprudencia anterior, estableció la competencia de los tribunales represivos para conocer de la pensión Alimenticia. Esta vez la Corte de Casación argumentó:

"Que de la combinación de los artículos 1 y 2 de la ley 1051, el Juez de lo penal tiene facultad para determinar la pensión alimenticia".

En realidad, nosotros no hemos encontrado, en los artículos 1 y 2 de la ley, los elementos que aduce nuestro más alto tribunal para establecer esa jurisprudencia. No obstante estar en desacuerdo con los principios, la jurisprudencia de la Corte de Casación nos parece justa y acorde con la equidad, por lo que tenemos la esperanza de que muy pronto, se verifique una modificación en la ley, con el propósito de que esta jurisprudencia sea convertida en una disposición legislativa.

Hasta aquí, las objeciones principales que nos interesa hacer a la ley 1051, quizás la más discutida ley dominicana, prue-

ba evidente de lo que decimos, la constituye "las variadas y novedosas interpretaciones jurisprudenciales de que ha sido objeto en el campo de nuestro derecho vernáculo".

A pesar de que Ellen Kelly, eminente escritora y pedagoga sueca, al iniciarse este siglo lo calificó de "Siglo de los Niños", en su importante obra educadora-sociológica; a pesar de que en el tiempo transcurrido desde entonces, se ha llevado a efecto en muchos países un movimiento intenso, sistemático, y de positivos resultados en favor de los niños; y a pesar también del advenimiento de regímenes como el de la Rusia Soviética y el de México, "sincera y realmente interesados en la defensa y protección del niño", en la República Dominicana tenemos un atraso enorme en lo que atañe a los sistemas de protección a los niños.

En este sentido abogamos por un plan de reformas sociales, con el cual pueda solucionarse el problema que acabamos de plantear y la creación de la institución de "Los Hijos del Estado", donde la administración pública, ejerza la tutela de los niños desamparados y atienda a su alimentación y educación. Un sistema por el estilo a los que actualmente están en vigor en México y la Argentina, pues, urge una solución de la especie, ya que constituye una rémora para el país, esa ola de hijos, desamparados por sus padres, que por la fuerza misma de las circunstancias, van creando una verdadera calamidad pública.

CAPITULO III

Legislación diversa

A partir del año 1932, la legislación dominicana en cuanto se refiere a leyes que favorezcan a los hijos naturales, ha sido frondosa y bien intencionada. Si es cierto que dichas leyes no han sido elaboradas con ese único propósito, al menos en ellas se han comprendido artículos que favorecen y reconocen la situación jurídica del hijo natural.

1. LEY SOBRE ACCIDENTES DEL TRABAJO No. 358.— Una prueba evidente de cuanto acabamos de decir, la encontramos en la Ley sobre Accidentes del Trabajo No. 358 de fecha 25 de Mayo de 1932, inspirada en el Código de Previsión Social de Francia, en cuyos párrafos b y c del artículo 3o. al tratar del accidente "que produjere la muerte al obrero empleado o trabajador, sea este del sexo masculino o femenino, o si la muerte le ocurriese a él o a ella, por consecuencia de las lesiones sufridas, y dentro de un año a contar de la fecha del mismo, el patrono

estará obligado a contribuir para los gastos del sepelio con una suma no mayor de $40.00 y además a indemnizar respectivamente, con la cuantía y bajo las condiciones que estipula este artículo a una de las personas siguientes: b) "Los hijos legítimos o los hijos naturales reconocidos antes del accidente".

c) "Los hijos naturales no reconocidos, previa prueba de su filiación, pero solamente para los fines de la distribución de la indemnización acordada por esta ley y siempre que esos hijos naturales vivieran bajo el mismo techo de la víctima en el momento del accidente y recibieran de éste su manutención. (1)

Analizando los dos párrafos anotados, encontramos que en el párrafo b) la ley exige como condición previa, que el reconocimiento se haya verificado antes del accidente; y en el párrafo c), al referirse a los hijos naturales no reconocidos, permite la investigación de la paternidad para los fines de distribución de la indemnización sin otros efectos. (Notemos que el legislador dominicano, siempre que ha permitido la investigación de la paternidad, ha sido con fines puramente pecuniarios).

La parte in fine del párrafo c) exige como condición imprescindible que los hijos naturales no reconocidos "vivieran bajo el mismo techo de la víctima en el momento del accidente y recibieran de éste su manutención", lo que quiere decir, que el hijo natural debe tener la "posesión de estado".

2. LEY SOBRE DIVORCIO No. 843.— En el año 1935, el Congreso Nacional votó la Ley sobre Divorcio No. 843, publicada en la Gaceta Oficial el 20 de Febrero del año indicado. En su Capítulo *V* rubricado "Efectos del Divorcio" contenía un interesante artículo así concebido:

---

(1) *Esta ley fué modificada por la Ley No. 385, pero el artículo 3o. y los párrafos b y c, fueron mantenidos.*

Art. 40.—"Cuando no haya habido hijos del matrimonio disuelto por el divorcio y uno de los cónyuges contrae matrimonio con una persona de quién ha tenido hijos, éstos quedarán legitimados de pleno derecho a condición de que en el acta del nuevo matrimonio se haga constar por declaración de los contrayentes, la existencia de dichos hijos, cual que sea su estado o filiación".

Esta legitimación así permitida por el legislador dominicano, fué inspirada, sin duda alguna, en la ley francesa del 30 de Diciembre de 1915, la cual modificó el artículo 331 del Código Civil, que prohibía la legitimación de los hijos adulterinos.

Por muchos años, eminentes tratadistas franceses, le hacían vivas críticas al sistema implantado por el Código Civil, y abogaban por una modificación del artículo 331. Decían ellos: "Se comprende en cierta medida, que la ley prohiba el reconocimiento de los hijos adulterinos. Pero que ellos no puedan ser legitimados por el subsiguiente matrimonio de sus padres, choca a los sentimientos de humanidad y de justicia".

"El interés general no exige que se les trate con ese rigor. Los autores del hijo, casándose, han reparado su falta. Y si se les permite a los padres, que son los únicos culpables, adquirir por el matrimonio el estado de esposos legítimos, ¿por qué hacer pesar únicamente sobre los hijos las consecuencias de una falta de que ellos son inocentes? Es equitativo extenderle los efectos del matrimonio contraído por sus autores y acordarle el beneficio de la legitimación".

Cediendo a estas razones de equidad, el legislador francés, por la ley del 30 de Diciembre de 1915, modificó el artículo 331 del Código Civil, y permitió la legitimación de los hijos adulterinos, pero en ciertas hipótesis, limitativamente determinadas por dicha ley.

La tercera de las hipótesis aceptadas por la ley, para permitir la legitimación de los hijos adulterinos dice así: "Los hijos nacidos del comercio adulterino del marido, en todos los casos, si no existen en el momento del subsiguiente matrimonio, hijos o descendientes legítimos nacidos del matrimonio, en el curso del cual el hijo adulterino haya nacido, o haya sido concebido".

Notemos en primer término, que en esta hipótesis, el legislador francés sólo permite la legitimación de los hijos del marido. Y en el primera de estas hipótesis, permite también la legitimación de los hijos adulterinos de la madre, pero exige como condición previa, que éstos hayan sido desconocidos por sus presuntos padres. En cambio, el legislador dominicano al decir: "y uno de los cónyuges contrae matrimonio con otra persona de quién ha tenido hijos, etc", olvidó hacer la salvedad que hizo el legislador francés, por lo tanto el texto de la ley dominicana podría dar lugar a raras interpretaciones, pues parece ser que el legislador dominicano aceptaba que la esposa pudiera legitimar al hijo nacido de otro hombre que no fuera su esposo, sin que éste previamente hubiera efectuado la acción en desconocimiento, lo que vendría a reconocer un adulterio que castigan nuestras leyes penales y una violación a las disposiciones del art. 312 del Código Civil.

Otra diferencia entre la ley francesa y la nuestra, se presenta a propósito de la formalidad del reconocimiento previo al matrimonio subsiguiente.

La ley francesa del 1915, exigía que el reconocimiento tuviera lugar en el momento de la celebración del matrimonio, y por acta separada del acta de matrimonio. Este reconocimiento no podía tener lugar, ni antes ni después del matrimonio. Pero la ley del 24 de Abril de 1924, corrigiendo y ampliando la de 1915, permite la legitimación de los hijos adulterinos, aún después del matrimonio, siempre que el hijo sea reconocido por ambos padres.

La ley nuestra, sólo parece exigir que el reconocimiento se efectuara en el momento del matrimonio y que se hiciese en la misma acta del matrimonio.

No obstante haber suplido el artículo 40 de la ley No. 843, un reclamo de la equidad y la justicia humana, nuestro legislador, al derogar esta ley, no comprendió en el articulado de la nueva ley sobre Divorcio No. 1306 del 6 de Mayo de 1937, el preciado contenido del artículo 40.

Las mismas razones que expusieron los eminentes tratadistas franceses para obtener la modificación del artículo 331 del Código Civil, las invocamos para solicitar del Congreso Nacional, la modificación del referido artículo en nuestro Código Civil, y así habrá dado un paso acertado nuestra legislación.

3. LEY SOBRE APELLIDOS No. 1324.— En nuestro medio social y político, siempre se ha tenido muy en cuenta la filiación como una razón o como una sinrazón para alegar en contra de adversarios, faltas que en realidad no han cometido, y que ni siquiera tienen ninguna responsabilidad, como dejamos dicho al comienzo de nuestro trabajo. En el medio doméstico, la filiación natural llega a ser casi una afrenta para los incomprensivos; es de rigor que el hijo lleve el apellido paterno como una prueba irrefutable de la legitimidad de su filiación. Y por circunstancias de pleno sentimentalismo, la ley sobre Apellidos No. 1324 del 30 de Junio de 1937, que concede facultad a toda persona para autorizar a otra que lleve su apellido, tiene en nuestro medio, un valor inconmensurable, que ha sido estimado en cuanto vale, por quienes se han detenido a pensar en su obra de bien entre nosotros.

La ley No. 1324, comprende lo siguiente:

Art. 1o.—Toda persona mayor de edad y en plena capacidad civil, puede autorizar a otra para que lleve su apellido, agregándolo al de la persona autorizada.

2o.—La autorización para que surta efectos válidos, deberá ser otorgada por ante notario y mencionarse al margen del acta de nacimiento de la persona autorizada, en los registros del estado civil correspondientes. En toda copia que se expida del acta de nacimiento, se hará constar la mención de la autorización.

3o.—La autorización podrá ser revocada en cualquier tiempo por el otorgante o por sus descendientes, por mala conducta notoria de la persona autorizada o por su condenación a una pena criminal o por hechos graves de ingratitud hacia el otorgante, especialmente por los previstos en el artículo novecientos cincuenta y cinco del Código Civil. La revocación debe ser notificada por ministerio de Alguacil al interesado y hacerse la anotación correspondiente al pié de la mención de autorización hecha al margen del acta de nacimiento.

Tan interesante cuanto valiosa ley, tiene un alcance indiscutible, pues faculta a los padres a autorizar a sus hijos, cuyo reconocimiento les está prohibido por la ley, —o que dificultades de índole privada le imposibilitan hacerlo—, a llevar su apellido y dar así, plena satisfacción a una rara exigencia que los convencionalismos sociales han creado en nuestra sociedad.

Esta sabia disposición del legislador dominicano, tan oportuna para satisfacer los dictados de la moral que estamos viviendo, es otra de las tantas leyes que en los últimos años se han dictado en la República con el propósito de favorecer en cuanto sea posible, a los hijos naturales, cumpliendo así un deber que impone la justicia humana.

CAPITULO IV

Legislación actual

LEY SOBRE LA FILIACION NATURAL No. 121.— Por último, la más reciente y la más importante ley votada en la República sobre la filiación natural, es la ley No. 121 del 26 de Mayo de 1939, cuyo alcance social y humano, merece un detenido y sereno estudio: 1o. porque acusa en el legislador dominicano un anhelo meritorio, prometedor de futuros perfeccionamientos en la materia y 2o., porque esta ley coloca a nuestro país, entre las naciones cuyas legislaciones avanzadas equiparan en derechos a los hijos legítimos y naturales, tanto en la sucesión testada como en la intestada, así como en ciertos aspectos del régimen familiar en cuanto a derechos y obligaciones recíprocas entre padres e hijos.

Esta ley, por su profundo contenido humano, ha sido calificada de excelente —aunque en parte, diremos nosotros— por aquellas personas conscientes que siempre se han preocupado por corregir las ancestrales injusticias sociales que colocan a los hijos naturales en una condición humillante.

Con su promulgación, el legislador dominicano, entre otras cosas, resuelve el problema relativo a la patria potestad y a la tutela de los hijos naturales, que ya había sido resuelto en Francia por las leyes del 2 de Julio de 1907 y del 6 de abril de 1910, pues, como sabemos, el Código Civil se limitaba a disponer en su art. 383 que las reglas relativas al derecho de corrección de los menores, también se aplicaban a los hijos naturales legalmente reconocidos, guardando absoluto silencio sobre los demás atributos de la patria potestad, así como de la no menos importante institución de la tutela.

La exposición de motivos de la ley No. 121, justificando el contenido del artículo 5o. dice así: "En el régimen del Código Civil no había la tutela legal de los hijos naturales. Igualados a los legítimos por el reconocimiento, es natural que, en cuanto a la tutela y a la administración legal estén sometidos a un régimen análogo. Pero además esas disposiciones se aplican también a los anteriores reconocimientos".

En el artículo 5o. de la ley, d i s p o n e que: "El hijo natural que no haya cumplido 21 años, estará sometido al régimen de la administración legal o de la tutela, según haya sido reconocido por sus padres o por uno de ellos solamente".

"En el primer caso, corresponde al padre la administración legal".

"En el segundo caso, la tutela es ejercida por aquel de los padres que haya hecho el reconocimiento".

Como podemos notar, en el párrafo primero de este artículo, el legislador dominicano al hacer uso de la disyuntiva *o*, donde

dice: "Estará sometido al régimen de la administración legal o de la tutela", hace derivar en nuestro concepto, la administración legal, de la patria potestad. En Francia no existe la administración legal para los hijos naturales, pero en virtud de las leyes de 1907 y 1910 aquel de los padres naturales que ejerza la patria potestad, administrará los bienes de sus hijos menores en calidad de tutor legal, y bajo el control de un subrogado tutor.

También resuelve la ley, a cual de los padres corresponde ejercer tales funciones, asunto que era controvertido en Francia.

A diferencia de las reglas de la tutela de los hijos naturales en Francia, esta ley consagra, que los hijos naturales están bajo la tutela de aquel de los padres que lo haya reconocido, estableciendo con ello, que los hijos naturales menores de 21 años, están sometidos a la tutela cuando sólo han sido reconocidos por uno de sus padres. En esta materia, las leyes francesas del 2 de Julio de 1907 y del 6 de Abril de 1910, fueron más previsoras, ya que someten al hijo natural, desde el momento mismo de su nacimiento al régimen de la tutela, hayan sido o no reconocidos, disponiendo al respecto, que las funciones atribuídas al Consejo de Familia en la tutela legítima, la desempeñe en la tutela de los hijos naturales, el Tribunal de Primera Instancia.

Pero la ley No. 121, no obstante todo lo bueno que ella encierra, adolece de algunos defectos, que tal vez, con un espíritu más sereno y sin predisposiciones de ningún genero, se hubieran podido evitar, para hacer la ley más perfecta y, por ende, más ecuánime.

En este sentido, nos vamos a permitir traer a nuestro trabajo, párrafos de una crítica que, a la ley No. 121, hizo un abogado español, publicada en la Revista Jurídica Dominicana, de fecha 1o. de Abril de 1940.

"En resumen, merece grandes alabanzas la ley, por el profundo contenido humano que encierra; ella borra distinciones

convencionales que hacía recaer la sociedad sobre seres inocentes y determina y concreta las responsabilidades de los padres, con relación a las uniones extra-matrimoniales".

"Es lástima que subsista la prohibición de la investigación de la paternidad, pues, la permisión de ésta es el medio adecuado para la realización de los fines perseguidos por la ley. Su ámbito queda muy reducido e incompleto desde el momento en que se deja a la voluntad y conciencia del padre el cumplimiento de todos los deberes que por tal concepto la naturaleza le impone. Una ley del tipo de la francesa del 16 de noviembre de 1912, o las más avanzadas de los países nórdicos, habría venido a completar la finalidad legislativa plenamente; mientras tanto quedarán en gran número de casos, hijos privados del medio legal que facilite el reconocimiento de su derecho, y sólo a merced de la sensibilidad moral del padre".

En nuestro concepto, son tres los defectos capitales de la referida ley, de acuerdo siempre con el propósito que nos anima en el desarrollo de nuestra tesis:

1o.—No hace producir el efecto igualitario entre el reconocimiento voluntario y el reconocimiento forzoso.

2o.—La irretroactividad que prescribe en el párrafo final de los artículos 1, 2 y 3.

3o.—Deja subsistir la prohibición de la investigación de la paternidad.

El primer defecto señalado, está contenido en el artículo 1o. al disponer: "La filiación natural establecida por el reconocimiento voluntario produce los mismos efectos que la filiación legítima".

En determinados casos, nuestras leyes admiten al hijo natural, que no ha sido objeto de un reconocimiento voluntario, a

establecer su filiación. Esta acción se denomina: Investigación de la paternidad o de la maternidad. En cuanto a la primera, esto es, la investigación de la paternidad, nuestro Código Civil, sólo la permite para este efecto, en la parte in fine del artículo 340, "En caso de rapto, cuando la época en que se hubiere realizado corresponda próximamente a la de la concepción y en este caso", dice el citado artículo, "podrá ser el raptor declarado padre del niño a instancia de los interesados".

En lo que se refiere a la investigación de la maternidad, el artículo 341 del Código Civil, dice lo siguiente: "Es admisible la indagación de la maternidad. El hijo que reclame a su madre, deberá probar que es idénticamente la misma criatura que ella dió a luz. Esta prueba no se hará por medio de testigos, sino en el caso en que haya un principio de prueba por escrito".

Si un hijo obtiene una sentencia favorable, en la cual quede comprobado que es hijo del padre raptor en el primer caso, o de la madre en el segundo, su filiación se encuentra establecida por un reconocimiento forzoso o judicial.

"El reconocimiento forzoso o judicial, produce los mismos efectos que el reconocimiento voluntario. Toda otra solución es arbitraria", dice el profesor Lacantinerie.

Y si esta opinión es acogida como un principio jurídico, y eminentes tratadistas franceses consideran que el reconocimiento forzoso o judicial ofrece más garantía que el reconocimiento voluntario, toda vez que las decisiones judiciales se consideran como la expresión de la verdad, libre de intereses particulares o de propósitos especulativos, entonces tendremos que, por la fuerza misma de las cosas, el reconocimiento forzoso o judicial y el reconocimiento voluntario, están en igualdad de condiciones para obtener los fines que persigue el legislador.

Por esas razones, no estamos de acuerdo con la exclusión que hace la ley No. 121 de los reconocimientos forzosos y, como

no encontramos un motivo que ofrezca solidez para justificar esta exclusión, considerando también que no es equitativa, y puesto que la equidad debe ser inherente a toda norma jurídica, opinamos que esta disposición del artículo 1o. está reñida con lo que debió ser el verdadero propósito del legislador y fines de la ley.

En la exposición de motivos de la indicada ley, se trata de justificar la exclusión del reconocimiento forzoso o judicial de la manera siguiente: "Como todo cambio legislativo sobre la constitución de la familia, no obstante el generoso impulso reivindicador de ancestrales injusticias sociales, puede tener repercusiones trastornadoras del estado de cosas creado por legisladores anteriores, hemos querido, en el proyecto que sometemos a vuestra consideración, conciliar la evolución del derecho civil que contiene el art. 1o. con una prudente previsión que eluda esas posibles contingencias, y hemos considerado:

1o.— "Que ese reconocimiento que producirá los mismos efectos de la filiación legítima, sea un acto voluntario de los padres, es decir, que no tenga los mismos efectos cuando se derive de una sentencia en los casos en que esto es posible.

Sólo la voluntad de los padres puede otorgar tales derechos".

Entonces nos preguntamos: ¿no es el propósito del legislador, favorecer a los hijos naturales y efectuar con esta ley, una reparación moral en su favor? Y si esto es así —como nosotros lo entendemos—, ¿cuáles son esos trastornos que el legislador considera que pueden crearse, en relación con el estado de cosas ya establecido por legisladores anteriores, si la ley en su parte final dice: "Los artículos 1, 2 y 3; de esta ley no se aplicarán a los reconocimientos hechos antes de su promulgación"?

Si la ley en su artículo primero, hubiera incluído los reconocimientos forzosos, por ser estos posteriores a la promulgación de la ley, en buen derecho, las previsiones hechas por el le-

gislador en la parte final ya indicada, también los hubiera alcanzado y no se hubiera presentado ningún conflicto.

Además, si como dice el legislador en la exposición de motivos, esta ley tiene por objeto anular ancestrales injusticias, ¿por qué entonces crea otra diferencia irritante entre los hijos naturales reconocidos voluntariamente y los hijos que han sido objeto de un reconocimiento forzoso, favoreciendo ampliamente a los primeros y dejando a los segundos en el desamparo que la misma ley No. 121 ha querido corregir?

El segundo defecto que nos interesa señalar a la ley No. 121, es la irretroactividad de sus disposiciones con respecto a los artículos 1, 2 y 3.

La ley, como hemos dicho, dispone en su párrafo final que sus disposiciones no se aplicarán a los reconocimientos hechos antes de su promulgación.

El legislador dominicano, con este párrafo ha querido negar iguales derechos a los hijos reconocidos antes de la publicación de la ley, creando otra diferencia, y como una jurisprudencia constante y parte de la doctrina sostienen que es un principio fundamental derivado del artículo 2o. del Código Civil, la retroactividad de las leyes imperativas que regulan la capacidad y el estado de las personas, también ha querido evitar interpretaciones jurisprudenciales, y de una manera expresa, se ha adherido al principio contrario, pero con respecto a una parte limitada de la ley, pues las demás disposiciones que ella contiene pueden caer bajo el imperio de la retroactividad, así lo hace constar el legislador en su exposición de motivos.

Colin et Capitant en su obra, Elementos de Derecho Civil, comentando la retroactividad de las leyes relativas a la capacidad y al estado de las personas, dice: "Por ejemplo la ley del 16 de Noviembre de 1912 que permitió a los hijos naturales ejercer contra su padre la acción de reconocimiento de filiación, pudo

ser invocada desde su promulgación por todos los hijos naturales, comprendiendo aquéllos que habían nacido anteriormente a la ley nueva y en una época en que la investigación de la paternidad estaba prohibida". (1)

¡En este sentido, consideramos contradictoria la ley No. 121, en cuanto a sus propósitos, y acusa una timidez, que muy bien haría pensar, que el legislador dominicano quiere una cosa y no la quiere a la vez.

Y en último término, el tercer defecto, y tal vez, el de más importancia, que tenemos que reconocer en la ley No. 121, consiste en haber mantenido las disposiciones del artículo 340 del Código Civil que prohibe la investigación de la paternidad.

Cuando todos esperábamos la supresión de ese artículo, porque así lo exigen razones de equidad, y porque del espíritu mismo de la ley se desprende la necesidad de permitir la indagación de la paternidad para obtener los fines perseguidos por el legislador, la ley No. 121 mantiene la prohibición del artículo 340, tan combatida desde hace mucho tiempo, y que fué derogada desde el 16 de Noviembre de 1912 en nuestra legislación de origen, la francesa.

Este problema jurídico, que ha dado motivos a tan variadas controversias, ha sido resuelto por varias naciones de legislaciones avanzadas, en el sentido de permitir la indagación de la paternidad.

Haremos un somero recuento histórico sobre este asunto que nos ocupa, porque así lo exige nuestro interés y nuestro trabajo.

Roma, desde los primeros tiempos, admitió la existencia le-

---

(1) *Colin et Capitant "Elements Droit Civil Francais. Tomo I, pag.* 51.

gal del concubinato, frente a las *"Justae Nuptiae"*, tal como se encuentra en los textos de Paulo y Ulpiano. En esta clase de unión, los romanos reconocían una presunción de paternidad que en ciertos casos sustituía a la regla *"Pater is est"*.

Más tarde, los hijos naturales obtuvieron el beneficio de los *"Senatus Consultus Plaucianum"* que tenían por objeto permitir la indagación de la paternidad y la maternidad legítima.

De esta manera fué admitida en Roma la investigación de la paternidad de los hijos naturales.

En Francia, era permitida la indagación, no sólo en los países de derecho escrito, dominados por la legislación romana, sino también en los países regidos por el derecho consuetudinario, tal como lo demuestran numerosas ordenanzas al respecto.

Sobre las reglas a seguir en las distintas provincias de Francia para obtener esta indagación, es cosa difícil precisarla y menos en este trabajo, que sólo nos permite un estudio somero, pero, de una manera general, se puede asegurar que en todo el reino de Francia se admitía la investigación de la paternidad.

Debemos advertir, sin embargo, que el objeto perseguido en esta indagación permitida antiguamente en Francia, no tenía el mismo objeto que hoy, pues según Loysel, "los bastardos no tenían ningún derecho de sucesión". El único objeto consistía en obtener alimentos. Las acciones sobre investigación de la paternidad eran muy frecuentes.

Esta acción estaba regida por un antiguo uso que Favré formuló en el siglo XV con la máxima *"Creditur virgini dicenti se ab aliquo agnitam et ex eo praegnantem esse"*. La máxima tuvo un imperio absoluto y fué aceptada como regla invariable para determinar la paternidad, siempre que la declaración emanara de la madre durante el embarazo.

Esta regla fué calificada de "inmoral y escandalosa", las

críticas fueron enconadas contra ella, y finalmente le fueron introducidas varias modificaciones, entre otras, la más importante consistía en prohibir que la reclamación de paternidad fuera hecha contra un hombre casado.

Después, al estallar la revolución francesa, la Convención declaró categóricamente la completa igualdad entre los hijos legítimos y los naturales. Para el tratadista Planiol, no fué el Código Civil el primero en prohibir la investigación de la paternidad como creen muchos, sino la Convención. "Esta asamblea, dice, muy favorable a los hijos naturales, puesto que ella les acordó iguales derechos que a los legítimos, suprimió la indagación de la paternidad y no permitió como prueba, sino el reconocimiento voluntario del padre". (Vide ley del 12 de Brumario año II).

Con el advenimiento del Código Civil en el año 1804, se instauró la prohibición de la paternidad en el art. 340. Este artículo sólo aportó una excepción a la regla que consistía en permitir la indagación de la paternidad en caso de rapto, cuando la época de la concepción coincida con la de éste. Esta excepción dice Planiol: "por largo tiempo única, ha tenido muy pocas aplicaciones prácticas".

El Consejo de Estado que votó el proyecto del Código Civil, no tomó en consideración la opinión de hombres como Cambaceres, que quería se exceptuara del principio de la prohibición, el caso en que el embarazo fuese precedido de una promesa de matrimonio. Tampoco se tuvo en cuenta la opinión del Ministro de Justicia, quién en una sesión, y con la aprobación del Presidente de la sección de legislación, expuso: "que la confesión de paternidad debía resultar, no solamente de un reconocimiento inscrito en los registros del Estado Civil, sino de escritos privados del padre y de otras circunstancias".

No obstante el valor apreciable de estas mociones, no fueron tomadas en consideración, y sólo se aportó al art. 340, la excepción que ya hemos señalado.

Criticando este artículo del Código Civil, el eminente tribuno Duveyrier dijo: "Si toda la indagación de la paternidad está prohibida fuera del matrimonio; si la madre natural no tiene el derecho de solicitar por un signo público, no la ternura, sino el pudor del hombre que la hizo madre, ¿qué freno dejaréis, pués, a las pasiones humanas, a las malas costumbres, a la prostitución? Es la impunidad del desorden social que decretáis, que erigís en sistema social, en ley civil? Y, ¿por qué no ordenáis que los corruptores queden libres también de los remordimientos?"

Pero en Francia se suplían muchas de las injusticias que provocaba el artículo 340, mediante interpretaciones jurisprudenciales que temperaban su aplicación rigurosa, por medio de una combinación con otros principios jurídicos de la misma especie.

Y por la fuerza poderosa de la reacción que producen las injusticias sociales, surgió en el cielo legislativo de Francia, la ley del 16 de Noviembre de 1912, que permitió la indagación de la paternidad de los hijos naturales, en ciertos y determinados casos, previstos por la misma ley.

Planiol, justificando esta modificación, dice: "La irresponsabilidad absoluta del padre natural era un pié al desorden y al libertinaje, y la causa principal del aumento creciente del número de hijos naturales. Y nada más justo que obligar al padre natural a los pesados sacrificios que imponen la paternidad legítima para la educación de sus hijos".

Entre nosotros el problema está en pié, y aún subsiste con todo su imperio, la injusta disposición del art. 340 del Código Civil.

Indudablemente, la comisión encargada de la adopción, traducción y localización de los códigos franceses, no tuvo en cuenta las opiniones contrarias que en el seno del Consejo de

Estado, y luego en el Tribunado, se externaron contra las ideas de Napoleón. No consideraron que el art. 340 era el producto de la opinión dominante del Primer Cónsul. Tampoco pensaron en la injusticia que encerraba el citado artículo, y como siempre, se plegaron —como después lo han hecho en todos los casos los legisladores dominicanos— a las disposiciones del legislador francés.

Los argumentos que sirvieron de motivos en los trabajos preparatorios del Código Civil de 1804, y que son también los que sostienen los partidarios de este "funesto artículo", pueden resumirse en dos:

1o.—El temor al escándalo y,

2o.—La imposibilidad de la prueba.

Del primero podríamos decir, que sus razones son pobres e inconsistentes, y bien dice Laurent: "No hay más grande escándalo, que negar la acción en justicia a aquellos que tienen un derecho, bajo pretexto de escándalo; el respeto del derecho es de un interés superior".

La exposición de motivos del Código Civil argentino, dice al respecto: "La razón que se da para prohibir la indagación de la paternidad es que daría lugar a pleitos inmorales y escandalosos; pero precisamente las leyes que la permiten tienen por objeto evitar fraudes y escándalos de un orden superior".

Al hacer la crítica de este primer motivo, caemos en lugar común, pero indiscutiblemente, su crítica de ayer, es la de hoy y será la de mañana, porque no constituye este motivo, una base sólida para justificar la prohibición, en tanto que el mismo código permita la prueba del adulterio y del incesto, las acciones en desconocimiento, el estupro, ciertas causas de divorcio y la investigación de la maternidad, que tal vez producen el mismo escándalo y en ocasiones, tal vez mayor, que el que pudiera ocasionar la indagación de la paternidad.

Sin embargo, se ha reconocido la necesidad de permitir la indagación de la maternidad. Nos remitimos de nuevo a la exposición de motivos del Código Civil argentino, que plantea la hipótesis siguiente: "Supóngase que una joven ha concebido un hijo fuera del matrimonio; que oculta el parto para cubrir su honor y pone al hijo fuera de su casa. Corriendo el tiempo, esta mujer se casa, es la madre de familia reputada, honrada por su marido y por sus hijos. ¿Se permitirá este juicio escandaloso e inmoral, que va a quitar el honor de una mujer casada y a traer el desorden en toda su familia?"

'Sí, contestan los autores del Código Civil francés, porque la indagación de la maternidad debe ser permitida, porque la madre es cierta, el hecho puede probarse, no así la paternidad. ¿Y el escándalo y la moralidad del juicio? Luego no es por la moral que se prohibe la indagación de la paternidad".

El segundo motivo es también criticable y puede ser descartado.

Una jurisprudencia muy antigua, asegura que la maternidad es cierta y por eso se permite su indagación.

¡En la naturaleza de las cosas, dice el legislador argentino, la maternidad es cierta e indudable; pero no en el pleito, en el juicio, si no es que el juez hubiese asistido al parto. "El juez tiene que decidir el caso por las declaraciones de los testigos, por informes de los sirvientes, por las pruebas comunes, pruebas iguales a las que puedan darse sobre la paternidad".

En los países como el nuestro, donde la indagación de la paternidad está prohibida, puede muy bien presentarse esta hipótesis también prevista por el legislador argentino, en la indicada exposición de motivos: "La paternidad demostrada por los hechos más incontestables, justificada por la posesión de estado más notoria, confesada aún por las declaraciones autógrafas más precisas, podrá ser impunemente desmentida a nombre de la ley

y salvada así, la primera obligación de un padre de alimentar al hijo a quién ha dado el ser, mientras no se le pruebe que es el padre".

Esa imposibilidad de la prueba que los legisladores del Código Civil de 1804, consideraron esencial, para justificar la prohibición, pierde valor a cada instante y, si los partidarios del artículo 340 alegan que la indagación de la paternidad es incierta, no es a nuestro juicio imposible, máxime cuando los adelantos en materia de presunciones son tan apreciables y de una verdadera eficacia. Además la ciencia moderna daría valiosos aportes a la prueba, que podrían demostrarse como actualmente se hace en nuestros tribunales, para asuntos de la misma especie.

Si consideramos descartados los motivos esenciales que justifican la prohibición del art. 340; si queremos dar así plena satisfacción a la equidad y al interés social, tendremos que concluir pidiendo que el artículo citado, sea modificado en el sentido de permitir la indagación de la paternidad de los hijos naturales, en determinados casos, tales como los previstos en la ley del 16 de Noviembre de 1912 en Francia, o los aceptados por el Código Civil mexicano en su artículo 382.

Esta reforma, bien podría hacerse, mediante una modificación a la ley No. 121. que, según nuestro parecer, debe ser el derecho común en la materia, dado su amplio alcance social.

De hacerse así, el legislador dominicano habrá corregido una injusticia contenida por nuestro Código Civil, que desde hace mucho tiempo viene reclamando el interés social.

CONCLUSION

El asunto de nuestra tesis es universal. Pero dentro de las demarcaciones nacionales en que nos hemos desenvuelto, podemos concluir asegurando, que en la República Dominicana, la triste condición de los hijos naturales en el límite de lo jurídico, ha ido desapareciendo paulatinamente, hasta que hoy, por virtud de la ley No. 121, ha tomado un carácter fundamental.

Un movimiento intenso de nuestra legislación, desde el año 1932, ha liberado a los hijos naturales de esa oprobiosa inferioridad a que estaban condenados por anacrónicas disposiciones legislativas de origen exótico.

Hemos presentado en el cuerpo de nuestro trabajo, conclusiones respecto a cada uno de los problemas tratados, por eso, sólo nos resta pedir que las reformas que hemos señalado como necesarias en algunas leyes del país, se verifiquen con un espíritu de equidad y después de un estudio a fondo de la materia, como lo exige nuestra legislación.

BNPHU

No deben olvidar los legisladores dominicanos las progresiones infinitas que tiene el problema entre nosotros, donde la ilegitimidad mantiene su cifra de absoluta preponderancia.

De los 55.055 nacimientos registrados en la República en el año 1937, 19.573 eran legítimos y 35.518 ilegítimos.

"Esta preponderancia de la ilegitimidad en la República, dice el Departamento de Estadísticas, será contrarrestada con las medidas ya en vías de aplicación y no obedece en manera alguna a un fundamental desmembramiento del concepto de la constitución tradicional de la familia en nuestro país. Abundan en todos los sectores pobres de nuestra sociedad y especialmente en la masa campesina, las uniones libres que se caracterizan por su arraigado espíritu de permanencia y de la seriedad. Infinidad de verdaderos hogares, constituídos por la simple voluntad del hombre y la mujer, dan origen a esa cifra de nacimientos ilegítimos que en ningún caso puede ser considerada como un índice de inmoralidad nacional Cuando todas las medidas en estudio para facilitar la legalización de estas uniones libres, sean puestas en vigor, se verá como, con toda natural espontaneidad, desaparecerá casi totalmente el fenómeno social que estamos comentando".

Este informe de la Oficina de Estadísticas, justifica en gran parte nuestro trabajo, y el interés eminentemente nacionalista que nos acompañó en nuestra labor.

OBRAS CONSULTADAS

Anuario Estadístico de la República Dominicana del año 1937.

André Weiss, Manuel de Droit International Privé. 9a. edición, 1925.

Baudry Lacantineire, Précis de Droit Civil, tomos I y III, 13a. edición, 1922.

Código Civil de la República Dominicana.

Código Civil de la República Argentina.

Código Civil de los Estados Unidos de México.

Código Civil de la República del Ecuador.

Colin et Capitant, Cours Elementarie de Droit Civil Francais, 5a. edición, 1927.

Colección de leyes y decretos de la República Dominicana.

Elementos de Derecho Romano, Gastón May.

E. Levy, "La legitimation des Enfants Naturels", 2a. edición.

Gaceta Oficial de la República Dominicana.

M. Planiol, Droit Civil. tomos I y III, 7a. edición.

Repertorio Alfabético de la Jurisprudencia Dominicana, Manuel Ubaldo Gómez h.

INDICE

INTRODUCCION 9

PRIMERA PARTE

De la filiación natural en general

CAPITULO I

Breve recuento histórico 15

CAPITULO II

De la condición civil de las personas

1.— La Existencia 24
2.— La Nacionalidad 24
3.— La Familia 27
4.— El Nombre 34
5.— El Domicilio 34

SEGUNDA PARTE

De la filiación natural en la República Dominicana

CAPITULO I

Legislación hasta el año 1918 36

CAPITULO II

Legislación sobre pensión alimenticia

1.— La Orden Ejecutiva No. 168.—Crítica 41
2.— La Ley No. 1051.—Consideraciones 45

CAPITULO III

Legislación diversa

1.— Ley No. 358 sobre Accidentes del Trabajo 51
2.— Ley No. 843, sobre Divorcio 52
3.— Ley No. 1324, sobre Apellidos 55

CAPITULO IV

Legislación actual

La Ley No. 121 57
Conclusión 71
Obras consultadas 73

UNIVERSIDAD DE SANTO DOMINGO
REPUBLICA DOMINICANA

D-101

FACULTAD DE DERECHO

"RESPONSABILIDAD DEL CONDUCTOR EN LOS ACCIDENTES QUE OCURREN EN RAZON DEL TRANSPORTE DE PERSONAS"

TESIS
PARA EL DOCTORADO

Sustentada por
ROGELIO SANCHEZ TEJEDA

Año Académico de 1940 - 1941
Número 33

"La Universidad no se hace solidaria de las opiniones emitidas por el sustentante". (Ordenanza Núm. 21-40 de fecha 30 de Septiembre de 1940).

CIUDAD TRUJILLO
1940

BN
D-101
UASD
FCJ

A mis padres:
HIPOLITO SANCHEZ
y
ALTAGRACIA TEJEDA.

A mi hermano:
LICENCIADO DIGNO SANCHEZ

A MIS PROFESORES.

A mi distinguido amigo:
LICENCIADO ANTINOE FIALLO

914278

INTRODUCCION.

Antiguamente las personas se transportaban de un lugar a otro en coches tirados por caballos. Un escritor humorista alemán, de aquella época, recomendaba un viaje por los caminos del norte de Alemania como el medio mejor, después del matrimonio, para aprender a tener paciencia. Pero no era sólo paciencia lo que necesitaba el viajero de aquellos días: eran igualmente necesarios el valor, la buena voluntad y la fuerza física. Por algo hacía la gente testamento antes de emprender un viaje largo.

En aquellos tiempos el mundo era grande e ignorado. Hoy, gracias al extraordinario progreso del transporte moderno, ha venido a ser para nosotros reducido y conocido como casa de vecino.

En ningún aspecto, quizás, sobrepasa más claramente la época actual a las anteriores que en la conquista del espacio. La facilidad, la comodidad, la seguridad y la rapidez conque pueden ahora desplazarse mercancías y pasajeros a través de largas distancias, constituye una proeza humana (1).

El comerciante que para las necesidades de su comercio se traslada hasta las regiones más apartadas; el turista que necesita del descanso y de la distracción de un viaje; el enfermo que va hasta el médico o el hos-

---

(1).—Véase Arthur Birnie, Historia Económica de Europa, página 48.

pital, en su propio país o en centros extranjeros; el trabajador, que necesita transportarse para asistir a su diaria labor; en fin, todas estas personas usan siempre los vehículos que les ofrecen los medios modernos de transporte, para cumplir su misión.

El desarrollo, cada día más creciente, de la economía industrial moderna, ha hecho del transporte de personas una de las empresas más productivas, más generalizadas y más útiles del mundo. Pero, así mismo, el transporte ha venido a ser, desgraciadamente, una fuente de accidentes fatales en que el hombre siempre lleva la peor parte.

Cuando por impericia del conductor, defecto del vehículo u otra causa, un accidente se produce, el viajero experimentará, casi siempre, dos órdenes de daños: las pérdidas pecuniarias, perjuicio material exactamente reparable; y las heridas y golpes a su integridad física, daño moral estrictamente irreparable. Toda la cantidad de dinero que pudiera acordársele por el perjuicio moral sufrido no devolverá a su miembro roto su vigor primero, ni a las carnes destrozadas su flexibilidad.

El más elemental principio de equidad exige que le sea reparado todo el perjuicio que recibe. La compensación pecuniaria que se le acuerde le permitirá procurarse algunas satisfacciones personales que dulcificarán un poco su situación futura y le harán más soportable el peso de la enfermedad de que fué víctima (1).

Frente a ese hecho, ¿cuáles medios deberá emplear la víctima para obtener esta reparación? Esta es la cuestión que en el curso de esta tesis nos proponemos desarrollar.

Este problema de la "responsabilidad del conductor en los accidentes que ocurren en razón del transporte de personas", toca tan de cerca a cada uno de nosotros

---

(1).—Véase Boistel, Filosofía del Derecho, t. I, No. 461 y sigs.

que nos ha animado y esforzado a buscar una solución equitativa teniendo en cuenta el interés de las partes y las necesidades económicas y la evolución social de nuestra sociedad moderna.

Ni en la República Dominicana ni en Francia existe una legislación especial referible al transporte de personas. El artículo 1779, párrafo 2o., del Código Civil, cita la conducción de personas pero no la reglamenta.

Esta laguna proviene del poco aprecio que se tenía de las personas en los días en que se redactó en Francia el Código Civil de 1804. Alguien dijo de esa época: "en que las cosas, más preciosas que las personas, preocupaban más que éstas a los poderes públicos". Entonces los accidentes en razón del transporte de personas ocurrían con poca frecuencia y cuando sucedían, el Código Civil ofrecía los medios para acordar a la víctima una justa reparación por el daño sufrido. Si el accidente se debía a la falta del conductor y el pasajero la probaba, se aplicaban al caso los artículos 1382 y siguientes del Código Civil, que rigen los principios del derecho común de los delitos. Si, por el contrario, el accidente lo había ocasionado uno de los animales que tiraban del carruaje, el artículo 1385 del mismo Código tomaba su imperio.

Pero con el advenimiento de los modernos sistemas de transportes los viajes se multiplicaron y los accidentes vinieron a ser tan frecuentes que la sociedad alarmada, pidió una rápida y eficaz solución del problema.

Estas circunstancias y el hecho de que la organización social moderna tiene en mayor aprecio a las personas que a las cosas, obligaron a la jurisprudencia y a la doctrina a buscar una solución que diera satisfacción a los intereses de las partes, de acuerdo con las tendencias modernas del derecho.

En este estado el problema, la jurisprudencia fran-

cesa se propuso solucionarlo aplicando en sus decisiones, de manera sucesiva, la teoría de la responsabilidad delictuosa y la teoría de la responsabilidad contractual, que rigen, respectivamente, el derecho común de los delitos y el derecho común de los contratos.

A pesar de que algunos autores sostienen que las dos teorías no responden a las exigencias actuales de la vida social, nos proponemos demostrar en esta tesis que la teoría contractual, en particular, satisface mejor las necesidades de la evolución económica, política y social de la civilización contemporánea.

Nos esforzaremos en demostrar, además, que la **teoría del riesgo** es inaplicable a la responsabilidad del conductor, porque no está fundada en una idea de falta que le sea imputable a éste. La falta, salvo muy raras excepciones, es una condición indispensable de la responsabilidad. No se puede pensar en una responsabilidad sin falta.

Al final de este estudio concluiremos opinando, con la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina, que la "responsabilidad del conductor en los accidentes que ocurren en razón del transporte de personas", debe estar regida por el derecho común de los contratos.

CAPITULO I.

EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD EN JURISPRUDENCIA.

JURISPRUDENCIA FRANCESA.

1.—Hasta el año 1884 no existen sobre la cuestión mas que raras decisiones judiciales. La jurisprudencia admitía, en general, la responsabilidad contractual del conductor, por extensión pura y simple, del principio que rige el transporte de mercancías. Ella aplicaba al transporte de los pasajeros el art. 1784 del Código Civil (1)

Pero la doctrina no se ocupaba todavía de esta materia.

"No estaba en la idea de ningún jurisconsulto, de ningún práctico, que el pasajero pudiera, en sus relaciones con el conductor, ser tratado mejor que una mercancía" (2).

Aplicación de la teoría de la responsabilidad delictuosa.

2.—En el año 1884, una sentencia de la Corte de Casación que aplicó los arts. 1382 y sigs. del Código Civil a un accidente de transporte, estableció, por primera vez y de manera precisa, el fundamento de la responsabilidad civil en la teoría delictuosa (3).

Un pasajero había muerto en un accidente de ferrocarril. Su viuda, que no podía establecer que el accidente provenía de una falta imputable a la Compañía,

---

(1).—Civ, 1o. de mayo 1855 (D. 55—1—157; Paris, 27 Nov. 1866 (S. 67—2—320); 16 Dic. 1873 (S. 73—2—126): Grenoble, 9 Abril 1880 (D. P. 81—2—107).

(2).—Véase D. P. 1913—1—249, nota de M. Sarrut.

(3).—Véase Casación Civ., 10 Nov. 1855 (D. P. 85—1—433); (S. 85—1—129.

pidió que se declarara al transportador responsable, de pleno derecho, por extensión del art. 1784 del Código Civil, y conforme a la jurisprudencia que hasta entonces parecía fijada en ese sentido. El tribunal de Clermont y la Corte de Amiens rechazaron la demanda, declarando: "Que el art. 1784 no es aplicable al transporte de personas, que queda bajo el imperio del derecho común y debe ser regido con aplicación a los arts. 1382 y sigs. del Código Civil..."

Esta sentencia que vino a revolucionar la jurisprudencia hasta entonces establecida, provocó vivas protestas de parte de los comentaristas (1). Algunos tribunales, apoyados en esas protestas, ensayaron restablecer la responsabilidad contractual del conductor (2); pero fué en vano. La Corte Suprema mantuvo firmemente su jurisprudencia y después de una gran lucha, los tribunales de jurisdicciones disidentes se unieron a la mayoría.

A partir de ese momento, la responsabilidad del conductor se fundó en el derecho común de los delitos, regida por los arts. 1382 y sigs., del Código Civil. Cuando un viajero sufría un accidente debía establecer una falta imputable al conductor para tener derecho a una reclamación. Como ocurre siempre en materia de delito, la víctima encontraba dificultades en probar que el daño sufrido era debido al hecho del conductor. Si no establecía la prueba de esta falta, él soportaba sólo el perjuicio que había experimentado.

Los tribunales, preocupados por esta situación que se creaba a la víctima, trataron de buscar un modo que le facilitara probar la falta del transportador. Lo consiguieron al fin, mediante una deformación sensible

---

(1).— Notas en Sirey y en Dalloz, a la sentencia del 10 Nov. 1884. (D. P. 85—1—433); (S. 85—1—129).

(2).— Nota Civ. 10 Nov. 1884. (D. P. 85—1—433); 11 Marzo 1891 (Pand. Franc., 92—2—58); 31 Feb. 1894 (Pand. Franc., 95—2—36): Aix 2 Julio 1887 (S. 87—2—230) Paris, 27 Julio 1892 (D. P. 92—2—557); Pau, 2 Feb. 1910 (D. P. 11—2—257).

de la noción tradicional de la falta, pero se mantuvieron dentro de este principio.

Evolución de la jurisprudencia francesa de 1911 a 1913.

3.—Hasta el año 1910, la jurisprudencia fundaba la responsabilidad del conductor en el derecho común de los delitos, y, como ya vimos, le aplicaba los arts. 1382 y sigs., del Código Civil; pero, a pesar de los éxitos que tuvo, las críticas no cesaron contra sus decisiones.

En el año 1911, a iniciativa de M. Sarrut, entonces Procurador General, y después Primer Presidente de la Corte de Casación, se modificó bruscamente la jurisprudencia.

Esta modificación tuvo por objeto protejer más eficazmente al viajero contra los accidentes, en el sentido de liberarlo de las dificultades que confrontaba para establecer la prueba de la falta en que había incurrido el conductor, prueba que era inherente al sistema entonces en vigor.

La Corte Suprema substituyó la teoría de la responsabilidad delictuosa por el principio de la responsabilidad contractual, y con esto, el viajero fué asimilado a las mercancías, esto es, de la misma manera como se establecía la falta del conductor en el transporte de mercancías, se administraba la prueba en caso de accidentes. Generalmente la falta estaba fundada en la inejecución del contrato de transporte.

Una sentencia del 21 de Noviembre de 1911 (1) demostraba ya esta tendencia. Un pasajero transportado en un paquebot de la Compañía General Trasatlántica fué herido en el curso del viaje.

Se demandó a la Compañía en daños y perjuicios por ante el Tribunal Civil de Bone. La compañía de-

(1).—Civ. Cas. 21 Nov. 1911 (S. 1912—1—173); (D. P. 1913—1—249 y notas.

mandada presentó ante esta jurisdicción, una excepción de incompetencia basada en una cláusula inserta en el billete de pasaje que atribuía competencia al Tribunal de Comercio de Marsella para todas las dificultades relativas al transporte.

"El tribunal de Bone y la Corte d'Alger, fieles a la jurisprudencia en vigor, se declararon competentes, diciendo que, en substancia, la víctima actuaba, no en virtud de un contrato de transporte, sino en reparación del perjuicio ocasionado por un cuasi-delito".

La Corte Suprema casó la sentencia acojiendo el recurso que le fué sometido por la compañía. "Atendido", dice ella, a que, vanamente el fallo atacado declara que las cláusulas de los billetes de pasajes de la compañía rigen únicamente el contrato de transporte propiamente dicho y las dificultades que puedan resultar de su ejecución; que al reclamar una indemnización a la compañía por la herida que había recibido, Z. actuaba contra ella, no en virtud del contrato de transporte y sus estipulaciones, sino en razón de un cuasi-delito del cual la compañía era responsable; que la ejecución del contrato de transporte conlleva, en efecto, para el transportador, la obligación de conducir sano y salvo al viajero a su destino, y la Corte d'Alger comprobó que fué en el curso de esta ejecución que Z. fué víctima del accidente cuya reparación perseguía".

El contrato de transporte implica para el conductor una obligación de seguridad en virtud de la cual debe conducir al viajero sano y salvo a su destino. Si el viajero sufre un accidente en el curso del viaje o en ocasión de éste, hay una violación de esa obligación de seguridad, y, por consiguiente, es a causa de la inejecución de un compromiso que la víctima debe intentar su demanda para obtener una justa reparación. Como se trata de un contrato, y según el art. 1134 del Código Civil el contrato "es la ley de las partes", todas sus cláusulas deben recibir plena ejecución, siempre que no

sean contrarias al orden público y a las buenas costumbres. En la especie, la cláusula atributiva de competencia debe producir su efecto.

Como podemos notar en la citada sentencia, se trataba en este caso de interpretar la cláusula de un billete de pasaje en un buque, interpretación que entraba en el campo del derecho marítimo.

Esta decisión provocó ciertas preocupaciones entre los críticos, quienes se preguntaron hasta donde llegaría la Corte en su reforma. Pero más tarde la situación quedó esclarecida, cuando la Cámara Civil falló dos sentencias en el año 1913.

El primero de estos fallos (1) se refería también a una cuestión de competencia, pero a diferencia del anterior, se trataba aquí de un transporte terrestre por ferrocarril y fué entonces cuando tuvo lugar el accidente. Era necesario determinar cuales reglas eran aplicables, si las del derecho común de los delitos o las relativas al derecho común de los contratos.

La Corte de Casación afirmó de nuevo "que la entrega de un billete a un viajero conllevaba por sí misma y sin necesidad de ninguna estipulación expresa a este respecto, la obligación para la Compañía de conducir al viajero sano y salvo a su destino. Que en el caso contrario había falta de la Compañía en sus compromisos e inejecución de la convención".

Como se ve la Corte optó aquí otra vez por la aplicación de las reglas relativas a los contratos en materia de competencia.

En un segundo fallo del 21 de abril de 1913, la Corte Suprema aplicó el nuevo principio que había establecido en lo que se refiere a la prueba.

---

(1).— Civ. Cas., 27 de enero 1913 (S. 1913—1—177); (D. P. 1913—1—249).

Vamos a hacer un relato del hecho para tener una idea más completa del caso:

Un empleado de correos había recibido en la cabeza, a consecuencia del descarrilamiento del vagón en que se encontraba, heridas que no parecían muy graves; pero, pocos días más tarde, fué internado en un asilo de alienados, donde no tardó en fallecer a consecuencia de sus heridas. Este acontecimiento dió derecho a la viuda para reclamar una indemnización a la Compañía de Ferrocarriles.

"Atendido", dice la Corte de Casación, "a que la Compañía de Ferrocarriles, obligada, en virtud del art. 56 del pliego de condiciones, a asegurar el transporte de los agentes necesarios al servicio de correos, había contraído, por esto mismo, la obligación de conducir a estos agentes, como a todos los demás pasajeros, sanos y salvos a su destino...; que la Compañía, no habiendo hecho la prueba de que el accidente provenía de una causa extraña que no le era imputable, era responsable en los términos del art. 1147 del Código Civil, de las consecuencias de la inejecución del contrato de transporte..."

A partir de estos fallos la jurisprudencia se orientó, de un modo definitivo en el sentido de que la responsabilidad del conductor, en materia de transporte de personas, estaba regida por el derecho común de los contratos. En virtud del contrato de transporte, el conductor contrae una obligación tácita de seguridad, por la cual se compromete a conducir sano y salvo al pasajero al lugar de su destino; si un accidente en el cual el viajero sufre golpes, heridas o la muerte, sobreviene en la ruta, la obligación no se ha ejecutado de una manera completa y el .pasajero, sus herederos o causahabientes, tienen derecho a reclamar una indemnización en razón de la facultad que tinene todo acreedor de hacerse indemnizar de su deudor por los daños y perjuicios que le ocasione la falta de cumplimiento de

la obligación, a menos que no pruebe que el no cumplimiento procede de una causa extraña a su voluntad y que no le puede ser imputada.

Esta vuelta repentina de la jurisprudencia a la teoría contractual, fué bien recibida por los tribunales, los cuales continuaron aplicándola. Numerosas decisiones podemos citar en apoyo de esta teoría (1).

Como veremos más adelante, en la práctica se han presentado dificultades que no han permitido la aplicación pura y simple del principio de los contratos. Sin embargo, los tribunales, por una atenuación del principio, han vencido las dificultades y mantienen firme su jurisprudencia: la Corte de Casación afirma que la responsabilidad del conductor debe ser regida por el derecho común de los contratos, o sea por el art. 1147 del Código Civil.

JURISPRUDENCIA DOMINICANA.

La jurisprudencia dominicana, contiene muy pocas decisiones judiciales sobre la responsabilidad del conductor en materia de transporte de personas.

Esto se debe, sin duda, a que hasta ahora, las empresas de transportes, tanto de mercancías como de pasajeros han tenido un desarrollo muy lento en la República, y son muy pocas las que existen en nuestros días. Sin embargo, no debemos desalentarnos por eso y vacilar en aplicar el principio de la responsabilidad del conductor, en los accidentes que ocurren en razón del transporte de personas.

El progreso que está adquiriendo nuestra República en su aspecto social y económico, el desarrollo de nuestras relaciones internacionales, la necesidad que han sentido las personas de viajar, ya sea por interés o por placer; el atractivo que ofrecen varias regiones de

(1).—Agen, 12 Junio 1912 (S. 13—2—20); Pau, 11 Dic. 1912 (D. P. 13—2—39); Compiegne, 29 Enero 1913 (D. P. 13—5—59): Civ. 5 Enero 1914 (D. P. 16—1—118); Cass., 28 Junio 1916 y 6 Feb. 1917. (D. P. 17—1—35): Civ. 26 Marzo 1922 (D. P. 22, crónicas, página 10).

nuestro territorio por la fertilidad y riqueza de sus tierras, por la excelencia de sus climas, por la belleza de sus paisajes; el interés que despiertan nuestras ruinas históricas, todas estas cosas son factores importantes que pueden contribuir en un futuro próximo, a la creación de poderosas compañías de transportes para dar facilidades a los viajeros, tanto nacionales como extranjeros, para trasladarse de un lugar a otro según lo reclamen sus intereses o sus deseos.

Entre las pocas decisiones que existen en nuestra jurisprudencia sobre la responsabilidad del conductor en accidentes de pasajeros, podemos citar una que nos explicará cual ha sido la evolución de las decisiones judiciales en este género de responsabilidad.

Queremos hacer notar que nuestros tribunales han seguido una evolución similar a la que siguieron los tribunales franceses de 1911 a 1913, en cuanto al fundamento de la responsabilidad del conductor en esta clase de accidentes.

La sentencia es la siguiente:

HECHOS.—a) En fecha 29 de Agosto de 1932, el señor L. obtuvo un pasaje a favor de la señorita C., su hija, para que ésta se trasladara a la ciudad de San Juan de P. R., en uno de los aviones anfibios dedicados a este servicio por la Pan American Airways Inc.; b) ese mismo día la aludida señorita tomó pasaje en el hidroavión N. C. 142 M., con el referido fin; c) el citado avión, por deficiencia que no hay que especificar, sufrió un accidente y se vió forzado a descender sobre el mar en las inmediaciones de la isla Saona, República Dominicana, con grave peligro para la vida y la salud de los pasajeros. La Compañía tardó 15 horas en efectuar el rescate. Por estos hechos el señor L., en su propio nombre y en su doble calidad de jefe de la comunidad legal y de los derechos y acciones de su esposa A.,

y como administrador legal de las personas y de los bienes de sus hijas, señoritas C. y N., citó y emplazó a la Pan American Airways Inc., por ante el Juzgado de Primera Instancia de Santo Domingo, en atribuciones comerciales, para que se oyera condenar: a) a pagarle la suma de $15.000.00 moneda americana, como justa indemnización por los perjuicios morales y materiales sufridos por el demandante y compartes, en el supracitado accidente; b) a pagar los costos del proceso.

En fecha 8 de Agosto de 1933, el referido Juzgado admitió parcialmente la demanda en daños y perjuicios, y condenó a la Compañía demandada a pagar inmediatamente la cantidad de $1.000.00, moneda americana, como reparación civil con motivos del susodicho accidente, y además condenó también a la indicada Compañía al pago de los costos.

Contra esta sentencia interpuso formal recurso de alzada por ante la Corte de Apelación de Santo Domingo, la Pan American Airways Inc., de modo principal, e incidentalmente, el señor L. En fecha 4 de Agosto de 1934 la referida Corte dictó sentencia por la cual rechazó los recursos interpuestos y confirmó en todas sus partes la sentencia apelada.

La Pan American Airways Inc., recurrió en casación contra la citada sentencia.

MEDIOS. 1o.: violación por falsa aplicación de los arts. 1134 y 1315 del Código Civil; 2o.: violación por falsa aplicación del art. 1384, párrafo primero, del Código Civil; 3o.: violación del art. 1382 del Código Civil; 4o.: violación del art. 11 del contrato con el Gobierno Dominicano, de fecha 10 de Junio de 1929, G. O. No. 4102; 5o.: violación del art. 141 del Código de Procedimiento Civil.

La Suprema Corte de Justicia, en funciones de Corte de Casación, falló:

"Considerando que la Pan American Airways Inc.,

opuso, por sus conclusiones por ante la Corte de Apelación, a la demanda interpuesta por L., los dos medios siguientes: a) Que declaréis que la cláusula undécima del contrato celebrado entre el Gobierno Dominicano y la recurrente....., alcanza a los particulares, por haberse actuado de acuerdo con el párrafo 10 del artículo 49 de la Constitución, y obliga al demandante a probar la falta de la demandada: b) Que el párrafo 1o., del Boleto-Contrato, que fué expedido, a requerimiento de L., padre de la menor señorita C., en favor de esta última, también obliga al demandante a probar la falta".

"Considerando... que el párrafo 1o., del Boleto-Contrato, que fué expedido a requerimiento del señor L., expresa que: "1. El pasajero asume todos los riesgos inherentes al viaje por aire y la Compañía no será responsable excepto por su propia negligencia comprobada".

"Considerando, que la Suprema Corte de Justicia, mediante el examen de la sentencia que se impugna, ha comprobado que ésta no tiene motivos que justifiquen el rechazo de los medios indicados"....

"Considerando, que la sentencia que es objeto del recurso de la Pan American Airways Inc., no ha declarado nulo el contrato de transporte aéreo en que dicha Compañía ha fundado su defensa;..."

"Considerando, que como la sentencia contra la cual se recurre ha estimado que existe, según se acaba de exponer, el susodicho contrato de transporte, y como la Compañía demandada opuso la cláusula primera de éste, cláusula que limita su responsabilidad, la Corte de Apelación de Santo Domingo debió responder al aludido medio, lo mismo que al fundado en la cláusula undécima del contrato con el Gobierno Dominicano;..."

'Por tales motivos, casa la sentencia dictada por la Corte de Apelación de Santo Domingo..." (1)

---

(1).—Boletín Judicial, No. 308, pág. 115, año 1936.

Sin detenernos a comentar en la sentencia casada, lo favorable o desfavorable de las cláusulas del contrato de transporte, para el pasajero, lo cual haremos más adelante, al tratar de esta clase de contratos, nos limitaremos a hacer notar que los tribunales inferiores hicieron una aplicación pura y simple, en el presente caso, de la responsabilidad delictuosa regida por los arts. 1382 y sigs., del Código Civil. La Suprema Corte, en funciones de Corte de Casación, por el contrario, al casar la sentencia, fundó su fallo en la responsabilidad contractual, teniendo en cuenta que existía un contrato de transporte válido que había sido suscrito entre las partes, y en consecuencia, sólo dicho contrato debía regir la responsabilidad de la Compañía frente al pasajero en el susodicho accidente.

Por la sentencia que acabamos de transcribir, de fecha relativamente reciente (12 de Marzo de 1936), podemos afirmar que nuestro más alto Tribunal de Justicia, aplica a la responsabilidad del conductor en materia de transporte de personas, la responsabilidad contractual regida por el art. 1147 del Código Civil, cuyo texto dice: "El deudor, en los casos que procedan, será condenado al pago de daños y perjuicios, bien con motivo de la falta de cumplimiento de la obligación, o por causa de su retraso en llevarla a cabo, siempre que no justifique que el no cumplimiento procede, sin haber mala fé por su parte, de causas extrañas a su voluntad, que no pueden serle imputadas".

Capítulo II.

ESTUDIO TEORICO DE LA TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y DE LA TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD DELICTUOSA.

Sección I.—Distinción entre la falta delictuosa y la falta contractual.

4.—Como acabamos de ver, la jurisprudencia aplica a la responsabilidad del conductor el principio de la teoría contractual.

Vamos a examinar ahora un problema esencial sobre el cual los autores están divididos.

¿Existe un derecho común de la responsabilidad delictuosa diferente del derecho común de la responsabilidad contractual, o, al contrario, se debe reconocer que la falta conserva siempre la misma naturaleza cuando pasa del dominio de los contratos al de los delitos?

La doctrina clásica ha distinguido siempre estos dos aspectos de la responsabilidad, y ha dividido en dos grupos muy distintos las cuestiones que presenta el dominio de la responsabilidad civil: el uno comprende la responsabilidad delictuosa o cuasi-delictuosa, y el otro comprende la responsabilidad contractual. Esta división es considerada tan fundamental por ciertos autores, que lejos de estudiar conjuntamente estas dos ramas, tratan, separadamente, una de la otra. Ellos llegan a sostener que la expresión "responsabilidad" debe ser reservada al dominio de los delitos y cuasi-delitos, y el término "garantía" debe ser empleado en materia

de contratos. Ellos pretenden que esa fué la terminología que usaron los redactores del Código.

Se les ha contestado que los redactores del Código han considerado estas palabras como sinónimas y las han empleado indiferentemente, usando también términos semejantes, como por ejemplo: "Tal persona está obligada". Por tanto, es inútil que rehusen designar con el mismo nombre la responsabilidad delictuosa y la contractual.

Según esta división, la falta delictuosa existe cuando un daño ha sido causado intencionalmente o por negligencia o imprudencia (Art. 1382 y 1383). Esta falta nace de un hecho que resulta entre dos personas jurídicamente extrañas la una de la otra, las cuales no están ligadas por un lazo jurídico anterior al hecho; no hay una obligación preexistente en lo que se refiere al daño sufrido. Según este criterio, la falta delictuosa es generadora de una obligación nueva: la obligación de reparar el perjuicio causado.

La responsabilidad contractual resulta, al contrario, directamente de la inejecución o de la ejecución incompleta o tardía de una obligación convencional. Consiste en un acuerdo de voluntades sobre un compromiso determinado, cuya inejecución entraña una violación.

Pero el concepto moderno de la responsabilidad es otro. El principio es defendido por autores eminentes como M. Planiol y H. y L. Mazeaud.

Ellos tratan de reunir la responsabilidad en una fuente única. No se puede, dicen, ser responsable si no se ha cometido una falta, y la falta debe recibir una definición uniforme que sea tan exacta en materia delictuosa como en el dominio de los contratos.

Planiol cree poder afirmar que, como la falta delictuosa, la falta contractual es creadora de una obligación nueva. La una y la otra imponen a su autor la

obligación de reparar el perjuicio causado. Una y otra suponen, además, la preexistencia de una obligación.

¿Cómo hablar de falta si no se estaba obligado a nada? El ser humano es libre en su actividad mientras no contraviene a una prescripción formal.

En materia contractual, la falta consistirá en violar un compromiso convencional preciso; en el dominio delictuoso, estará en falta aquél que no se someta a una prescripción legal.

Sin duda, la promesa contractual será generalmente positiva, ella obligará a hacer o a dar alguna cosa, mientras que la obligación legal será negativa, impedirá tal o cual acto. Pero la naturaleza de la obligación violada retendrá influencia sobre la falta que consistirá siempre en un incumplimiento a una obligación preexistente (1).

Mazeaud enseña que existen diferencias en los dos órdenes de responsabilidad civil, pero que esas diferencias no son fundamentales; y, en consecuencia, pueden agruparse bajo un plan único todos los problemas que se pueden presentar en uno y otro dominio.

Como existen diferencias entre la responsabilidad delictuosa y la responsabilidad contractual, es necesario precisar en qué caso el autor de un daño ve su responsabilidad comprometida delictuosamente, y en qué otro, contractualmente.

No hay diferencias fundamentales entre los dos órdenes de responsabilidades. Existen diferencias accesorias.

Las reglas esenciales concernientes a la responsabilidad contractual han sido tratadas por los redactores del Código Civil en el capítulo consagrado al efecto de las obligaciones convencionales; hablan de la responsabilidad delictuosa en el título "De los compromi-

---

(1).—Véase Planiol, Derecho Civil, tomo II, No. 863 y 877.

sos que se forman sin convención", en el capítulo II: "De los delitos y de los cuasi-delitos". Se ha dicho que los dos problemas se presentan sobre dos planos diferentes, el de la responsabilidad contractual sobre el **efecto de las obligaciones** y el de la responsabilidad delictuosa sobre las **fuentes** de las obligaciones. Esta concepción se encuentra en la mayor parte de las obras clásicas por el lugar en que son estudiados los dos órdenes de responsabilidad.

Si sólo la responsabilidad delictuosa hiciera nacer una obligación, sería una institución del mismo orden que la responsabilidad contractual, simple efecto de un contrato y no creadora de obligaciones.

Se pretende demostrar que cuando la responsabilidad contractual de una persona se compromete, ya existe un lazo de derecho entre esta persona y su víctima; ellos han celebrado un contrato y es precisamente porque una de las partes no ejecuta este contrato por lo que hay responsabilidad contractual. Tal responsabilidad es impotente para crear una obligación; es únicamente la sanción de una obligación preexistente. Pero la situación es muy diferente cuando se trata de responsabilidad delictuosa. En este caso ningún lazo de derecho existe entre el autor del daño y su víctima antes de que los principios de la responsabilidad civil entren en juego. Estos crean el lazo de derecho: la responsabilidad delictuosa es una fuente de obligaciones al mismo título que el contrato.

Semejante tesis parece inexacta, el estudio de la responsabilidad contractual no presenta el sólo problema del efecto de las obligaciones, como el estudio de la responsabilidad delictuosa no presenta la sola cuestión de las fuentes de las obligaciones.

Los que sostienen la tesis clásica dicen: "La responsabilidad contractual es el resultado de la violación de una obligación anterior mientras que la responsabilidad delictuosa es, por sí misma, una obligación".

Semejante argumento es fácil de destruir. Para rehusar a la responsabilidad contractual un papel creador, se basan en el hecho de que, existiendo ya una obligación, nada hay que crear. Pero olvidan demostrar que esta obligación preexistente nacida del contrato, es idéntica a la que podría nacer de la responsabilidad. El contrato que han suscrito establece entre ellos una obligación. Cuál es esta obligación? Ejecutar este contrato. Ahora bien, no es de esta obligación de lo que se trata cuando los principios de la responsabilidad contractual entran en juego. Una de las partes rehusa ejecutar la obligación puesta a su cargo por la otra, o la ejecuta mal. Por este hecho la otra parte sufre un daño Entonces nace una obligación nueva que substituirá a la obligación preexistente: la obligación de reparar el perjuicio causado por la inejecución o mal ejecución del contrato. Si el contrato es una fuente de obligación, la inejecución del contrato, esto es, la responsabilidad contractual, es otra. Cuando un contrato se forma entre las partes, nace una primera obligación: la que fuerza a cada una de las partes a ejecutar la prestación prometida.

Cuando esta obligación no es cumplida, o lo ha sido mal, entonces hay inejecución total o parcial del contrato, y se forma un nuevo lazo de derecho: la obligación para el deudor, autor del daño, de reparar el perjuicio sufrido. Estas dos obligaciones sucesivas son, al menos teóricamente, distintas la una de la otra; porque, si la primera nace de la voluntad común de las partes, la otra existe independiente de ella, contra la voluntad de aquél que no ha ejecutado la obligación y que viene a ser deudor de daños y perjuicios; contra su voluntad él está obligado a reparar el perjuicio sufrido.

Se puede decir que la responsabilidad delictuosa y la contractual son dos instituciones en cierta manera paralelas, colocadas sobre el mismo plano.

No se podría hacer de la responsabilidad delictuo-

sa una fuente de obligaciones, para no ver en la contractual sino un efecto de obligación. En los dos casos nace una obligación y esta obligación produce sus efectos.

Algunos autores establecen un paralelismo más completo entre estas dos situaciones: si hay, dicen, una obligación preexistente nacida de la responsabilidad contractual, también la hay cuando se trata de la responsabilidad delictuosa.

Aquél que compromete su responsabilidad delictuosa contraviene a una obligación dictada por la ley, como aquél que compromete su responsabilidad contractual contraviene a una obligación contenida en un contrato. En los dos casos, la responsabilidad nace de la inejecución de una obligación preexistente.

Las consideraciones teóricas conducen a ver en las responsabilidades delictuosa y contractual, instituciones de una misma naturaleza. De otra parte, las consideraciones prácticas conducen a reglamentarlas en capítulos diferentes. Pero no hay contradicción. Entre estos dos puntos de vista rige la armonía más perfecta, si las reglamentaciones especiales establecidas en uno y otro dominio son fundadas sobre los mismos principios.

Si se examinan los elementos constitutivos de la responsabilidad, se notará que en el dominio delictuoso, como en el dominio contractual, las soluciones son idénticas; un daño, una falta, un lazo de causa a efecto entre la falta y el daño. Estas reglas son consagradas, tanto por los artículos 1382 y sigs., como por los textos que rigen la responsabilidad contractual. Esta comprobación hace aparecer claramente que los dos órdenes de responsabilidad son instituciones de la misma naturaleza.

A pesar de esto no se puede pensar en aplicar enteramente las reglas de la responsabilidad delictuosa

a las que gobiernan la responsabilidad contractual, pues existen en nuestro derecho positivo diferencias de detalle entre los dos órdenes de responsabilidad.

Por ejemplo, la víctima de la inejecución de un contrato no puede reclamar daños y perjuicios sino en el caso de que haya constituido al deudor en mora de ejecutar el contrato. Esta regla no se podría aplicar en materia de responsabilidad delictuosa.

Por tanto, es indispensable saber en qué caso la víctima de un daño puede intentar la acción en responsabilidad contractual, y en qué caso en responsabilidad delictuosa.

De modo que, aunque estos autores son partidarios de la unidad de la falta, admiten, sin embargo, diferencias accesorias que en la práctica es necesario reconocer.

Debemos hacer notar que es difícil trazar una línea de demarcación entre los dos dominios de la responsabilidad, pues no es fácil saber siempre en qué caso la víctima de un daño puede invocar las reglas de la responsabilidad contractual, y en cual otro las reglas de la responsabilidad delictuosa, o extra- contractual. Establecer donde termina el dominio de una y donde comienza el dominio de la otra, es uno de los problemas más arduos de nuestro derecho.

No basta decir que toda responsabilidad nacida de la inejecución de un contrato es contractual y que la nacida de un delito o cuasi-delito es delictuosa, pues hay numerosas situaciones que no están suficientemente esclarecidas.

Precisar estos casos es tarea delicada por falta de datos: 1o., porque los redactores del Código Civil no han considerado particularmente el problema; 2o., porque la historia de la responsabilidad no ofrece ninguna orientación sobre este punto, ya que durante largo tiempo no ha habido más que una sola especie de res-

ponsabilidad y no ha sido sino después de una lenta evolución, que han venido a distinguirse los daños causados en ocasión de la ejecución de un contrato; 3o., porque la jurisprudencia es muy obscura sobre este punto para que sirva como guía útil.

Esta dificultad de no poder hacer una división exacta entre las dos responsabilidades, ha dado lugar a otro problema: el del cúmulo de las responsabilidades delictuosa y contractual (1).

Diferencias prácticas entre las responsabilidades delictuosa y contractual.

a) De la acción en responsabilidad.

6.—La víctima de un delito puede siempre pedir la reparación del perjuicio que ha sufrido, sin necesidad de cumplir ningún acto previo.

Basta con probar que el hecho perjudicial es imputable a la persona por ella perseguida en justicia, para que tenga derecho a una indemnización.

En el dominio contractual, el acreedor que ha sufrido un perjuicio a consecuencia de la inejecución de un contrato, debe, para poder demandar utilmente al deudor en reparación del daño sufrido, constituirlo en mora para que ejecute su obligación, salvo los casos en que al demandante le sea imposible cumplir esta formalidad (2).

b) De la evaluación del perjuicio.

7.—En materia delictuosa se admite el principio de la reparación íntegra del daño causado; la indemnización es calculada según la extensión del perjuicio por considerable que él sea.

---

(1).—Véase H. y L. Mazeaud, Tratado de la Responsabilidad Civil, Delictuosa y Contractual, t. I, Nos. 97, 102 y 104.

(2).—Véase H. y L. Mazeaud, obra citada, Nos. 2278 y siguientes.

En el dominio contractual, el deudor no está obligado a satisfacer más daños y perjuicios que los previstos o que se han podido prever al hacerse el contrato, excepto el caso en que la falta de cumplimiento proceda de su mala fé (art. 1150, Cod. Civ.) Es necesario, además, que el perjuicio sea una consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento del contrato (Art 1151, Código Civil).

c) **De las personas que pueden demandar.**

8.—Toda persona que ha sufrido un daño a consecuencia de un delito, puede reclamar una indemnización al autor del perjuicio.

En el dominio contractual, cuando el deudor no ha ejecutado su promesa, sólo el acreedor o sus causahabientes pueden pedir una indemnización.

d) **De la prueba.**

9.—El demandante en reparación de daños y perjuicios que funda su acción en la inejecución de una obligación convencional, debe probar la existencia de la obligación que ha sido puesta a cargo del deudor por el contrato. Hecho esto, no tiene que probar la imprudencia o negligencia del demandado. La prueba que debe hacer la víctima es fácil cuando se trata de una obligación determinada en el contrato. Pero cuando se trata de una "obligación general de prudencia o diligencia", la prueba es un poco más difícil porque los jueces, para establecer la existencia de la falta, tienen que examinar la conducta del deudor e investigar si no ha cometido ni negligencia ni imprudencia.

La ley, en algunos casos, dispensa a la víctima de probar la falta del deudor: arts. 1384 y sigs. del Código Civil, que tratan de la responsabilidad del hecho de otro y de la responsabilidad del hecho de las cosas.

Para que el deudor sea descargado de toda responsabilidad debe probar que la inejecución ha tenido lugar

por una causa extraña que no le puede ser imputada y que ha hecho todo lo que estaba a su alcance para cumplir de buena fé su obligación.

10.—En materia delictuosa, por el contrario, el demandante debe aportar un cierto número de pruebas que resultan muy delicadas:

1o.—Debe probar que el daño es imputable al demandado, y que el perjuicio tiene su causa en un hecho preciso de éste.

2o.—Debe establecer que ha sufrido un perjuicio; el daño moral será reparado al mismo título que el perjuicio material.

3o.—Y por último, el demandante debe probar que el hecho que ha ocasionado el daño, constituye una falta, esto es, que proviene de una intención culpable, o de una imprudencia, o de una negligencia grave.

Las diferencias que existen en el dominio de la responsabilidad contractual y el dominio de la responsabilidad delictuosa que acabamos de señalar, son temas de cálidas controversias entre los partidarios de la doctrina clásica, quienes distinguen netamente los dos aspectos de la responsabilidad, y los partidarios de la unidad de la responsabilidad, quienes sostienen que la falta tiene una fuente única. Estos últimos reconocen la existencia de diferencias accesorias que tienen su causa en la naturaleza positiva o negativa del objeto de la obligación violada, pero no en la naturaleza convencional o legal de esta obligación. Cada uno de ellos trata de justificar lo bien fundado de su tesis con argumentos más o menos sólidos, pero no nos aventuramos en esas discusiones porque entonces pasaríamos los límites del trabajo que nos proponemos realizar.

A continuación expondremos las dos teorías dominantes en materia de responsabilidad, la teoría de la responsabilidad contractual y la teoría de la responsabilidad delictuosa para determinar cuál de ellas conviene aplicar mejor a la responsabilidad del conductor con exclusión de cualquiera otra teoría.

Sección II.—Teoría contractual. Exposición de la Teoría.

11.—Cuando una persona desea realizar un viaje, se dirige a las oficinas de la empresa de transporte para proveerse del boleto o billete de pasaje, o llama al conductor de uno de los vehículos de la empresa para utilizar sus servicios.

En este caso se forma entre el conductor y el viajero un contrato de transporte. Es una convención sinalagmática, consensual, por la cual el conductor se compromete a conducir al viajero de un lugar a otro lugar determinado, por un medio de locomoción dado y por un precio convenido de antemano, según la importancia del viaje. Es un verdadero contrato el que se forma entre las partes porque todos los elementos requeridos para tal fín se encuentran reunidos: consentimiento de las partes, un servicio a prestar, un precio convenido.

Este contrato debe ser colocado en la categoría de la locatio operis; o dicho de manera más precisa, presenta dicho contrato todos los caracteres de la moderna operación de empresa (1)

Debemos hacer observar que a consecuencia del desenvolvimiento de las grandes empresas modernas, convertidas a veces en un verdadero monopolio, de hecho o de derecho, ha cambiado notablemente la concepción clásica del contrato, según la cual se presume que las partes están igualmente interesadas en concluir el acuerdo y discutir sobre los puntos del mismo haciéndose concesiones recíprocas. Las empresas modernas han transformado el aspecto de los contratos y han inventado el contrato que la doctrina contemporánea llama contrato de adhesión.

---

(1).—Véase Josserand, Los Transportes, No. 817; Planiol, Derecho Civil, No. 1901.

Está en el plan de organización de las grandes compañías, preparar de antemano estos contratos que contienen las cláusulas por medio de las cuales ellas se obligan con sus co-contratantes. Los contratos son presentados al cliente, quien no tiene derecho a discutir sus cláusulas sino que debe optar entre aceptarlo o rehusarlo.

Estos contratos han originado muy serias controversias. Se ha dicho que no son verdaderos contratos porque las partes no han tenido entera libertad para discutir sus cláusulas. Pero se admite en principio que son contratos consensuales porque aquél a quien se le ofrece está en entera libertad de aceptarlo o no, y si lo acepta ha consentido y está ligado por su propia voluntad.

Sin embargo, puede darse el caso de que el cliente se vea en la necesidad de aceptar el contrato de adhesión en contra de su voluntad, ya sea porque solamente exista la empresa con la cual contrata, o porque existiendo varias, éstas estén de acuerdo para ofrecer las mismas condiciones. Este caso puede presentarse con frecuencia cuando existen monopolios (1).

El contrato de transporte reviste, generalmente, el carácter de un contrato de adhesión.

En virtud de él el conductor contrae una obligación de hacer: la de transportar al viajero de un lugar a otro, mediante una contra-prestación: el precio del transporte.

En razón del contrato de transporte, el conductor no solamente se compromete a transportar al viajero de un lugar a otro, sino que está obligado a conducirlo

---

(1). Cuando se trata de un conductor privilegiado, amparado por un monopolio de hecho o de derecho, los poderes públicos intervienen para controlar sus operaciones y evitar en materia de transporte de personas que impongan a los viajeros condiciones demasiado onerosas. (Véase Ripert, Derecho Marítimo, tomo II, No. 1870).

sano y salvo a su destino; él se constituye, en una palabra, en deudor de la persona del viajero; contrae una verdadera obligación de seguridad.

Si un accidente sobreviene en el curso del viaje a consecuencia del cual el pasajero es herido o muerto, este hecho sólo constituye una prueba de que el contrato de transporte, o más exactamente, la obligación de seguridad que de él se desprende, no ha sido ejecutada, por lo menos normalmente. De pleno derecho, y conforme al derecho común de los contratos, el conductor viene a ser responsable frente al viajero (o sus causahabientes), del daño que ha sufrido y está obligado, por tanto, a pagar una indemnización.

Para que el conductor pueda ser descargado de toda responsabilidad, deberá probar que el accidente provino de una "causa extraña a su voluntad que no le puede ser imputada" (Art. 1147 Código Civil); en resumen, él deberá probar un hecho liberatorio preciso: sea un caso fortuito, de fuerza mayor o de falta de la víctima (1).

La obligación de seguridad que contrae el conductor hace a éste responsable frente al viajero, no solamente de las heridas o de la muerte que le ocasione en la ruta por accidente, sino también de las enfermedades que contraiga en ocasión del viaje, tales, por ejemplo, si las condiciones de confort que le han ofrecido no han sido cumplidas; por ejemplo, "en invierno el viajero desea cierto calor durante el viaje, él tendrá derecho de intentar contra la compañía una acción de responsabilidad contractual si cae enfermo a consecuencia de una calefacción insuficiente" (2).

Acabamos de exponer en su conjunto el principio

---

(1)'—Paris, 2 Julio 1914 (D. P. 17—2—93).
(2).—Sobre la obligación de seguridad en el contrato de transporte de personas, véase Mazeaud, Ob. ct. nos. 152, 154 y 155.

que domina la materia de la responsabilidad contractual aplicado al contrato de transporte de personas.

A continuación estudiaremos los argumentos legales que se hacen valer para justificar la aplicación de la teoría contractual al transporte de personas.

Argumentos legales: Art. 1784, Código Civil.

12.—Dice el art. 1784: "Son responsables los conductores de las pérdidas y averías de las cosas que les han sido confiadas, a no ser que prueben que la pérdida o avería fué efecto de caso fortuito o de fuerza mayor".

Según los términos de este artículo, el conductor se compromete a entregar las mercancías al consignatario en el lugar de su destino, en las mismas condiciones en que las recibió del expedidor. Si hay averías o retardo en el curso del transporte, la obligación no se habrá cumplido satisfactoriamente en todas sus partes, y en consecuencia, el expedidor o el consignatario (según que la mercancía viaje por cuenta y riesgo del primero o del segundo), tendrá derecho a intentar una acción contra el conductor, por los daños y perjuicios que le hubiera ocasionado.

El conductor tiene un medio de liberarse de toda responsabilidad, probando que las pérdidas o averías fueron efecto de un caso fortuito o de fuerza mayor. También se consideran como causas liberatorias de la responsabilidad del conductor, la falta del expedidor o del consignatario, o el vicio propio de la cosa.

Algunos autores, tales como Aubry et Rau (véase t. V., párrafo 373, derecho civil 5ª edición), y algunos tribunales, que consideran que las personas transportadas deben recibir la misma protección que las mercancías, extienden, pura y simplemente, las disposiciones del art. 1783 del Código Civil al transporte de personas. Pero los adversarios de la teoría contractual critican este sistema.

Ellos hacen notar que el art. 1782 somete al conductor en cuanto a la guarda y conservación de las cosas que se le confían, a las mismas obligaciones que a los fondistas en caso de depósito necesario. Dicen que el expedidor confía al conductor las cosas que envía y se forma, por tanto, entre ellos un contrato necesario de depósito que obliga al transportador a la vigilancia y guarda de las cosas que le son confiadas; que el art. 1784 del Código Civil es excepcional y de interpretación extricta. No se podría pretender que las personas sean objeto de un contrato de depósito porque el contrato de depósito no puede tener por objeto más que cosas mobiliares.

Estas observaciones han sido refutadas por los partidarios de la teoría contractual. Parece, dicen ellos, que cuando se declara que: "Los conductores están sujetos, para la guarda y conservación de las cosas que se les confían, a las mismas obligaciones que los fondistas"..., el legislador no reenvía a los arts. 1952 y siguientes sino a título de ejemplo.

Por otra parte, la asimilación completa entre el transporte de mercancías y el contrato de depósito necesario no sería exacta porque el depósito tiene por objeto la guarda y la conservación de la cosa depositada, mientras que el contrato de transporte es un simple hecho. De modo que la naturaleza de estos dos contratos es diferente; para determinar su naturaleza es necesario investigar el fin principal que las partes han tenido en vista. En el depósito, la cosa es entregada al depositario para su guarda y conservación con la obligación de restituirla al primer requerimiento. En el contrato de transporte las mercancías son confiadas al transportador para conducirlas a su destino con la obligación de entregarlas en las mismas condiciones en que las recibió, y si está obligado a la guarda de las mercancías que se le confían es porque la seguridad de éstas

es un modo de ejecución del contrato (1). Los adversarios de la teoría contractual insisten en sus argumentos, y dicen que el art. 1784 establece: "Son responsables de las pérdidas y averías de las cosas que les han sido confiadas...", e impide formalmente la extensión de estas disposiciones al transporte de personas porque crea reglas de responsabilidad especiales al transporte de mercancías y es, por tanto, de interpretación extricta: Cuando se trata de transporte de personas es necesario recurrir a los arts. 1382 y sigs., que contienen las reglas normales de responsabilidad.

Este razonamiento no es admisible. Un argumento **a contrario** no es concluyente sino a condición de que, partiendo de una disposición excepcional, conduzca francamente al derecho común (2).

13.—El art. 1784 no es un texto excepcional. No se puede pretender que existe un derecho común general de la responsabilidad; hay principios que rigen la responsabilidad delictuosa, y hay otros que rigen la responsabilidad contractual. Los arts. 1382 y sigs. no pueden ser aplicados sino cuando se trata de dos personas extrañas la una de la otra. Si existe un contrato entre ellas, y si la demanda en reparación que intenta una de las partes está fundada en la violación de una obligación convencional, el derecho común de la responsabilidad contractual contenido en los arts. 1146 y siguientes del Código Civil, se aplicará de modo exclusivo.

El conductor que ha concluido con el viajero un contrato de transporte, viene a ser frente a él, deudor de una obligación contractual de seguridad. Un accidente se produce en el curso de la ejecutación de la convención. Si el viajero es herido o muerto, es evidente que el contrato de transporte no ha sido ejecutado, por lo menos en su forma normal, y es en la inejecución de una obligación convencional que la víctima a-

(1).—Véase S. 1900—2—57, nota de M. Esmein.
(2).—Vase D. P. 85—1—433 y 1913—1—249.

poyará su demanda en reparación. Ella deberá actuar contra el conductor en la forma que emplearía un acreedor ordinario para obtener la ejecución de su acreencia (1).

¿Por qué se dice entonces que el art. 1784 consagra una excepción a las reglas normales de la prueba?

Es preciso aplicar pura y simplemente el derecho común de los contratos al transporte de mercancías y el argumento **a contrario** que se pretendía hacer valer queda destruido.

Parece que se puede, si no extender directamente al transporte de personas las disposiciones del art. 1784, por lo menos extraer un argumento **a fortiori.**

Como vimos ya al principio de este trabajo, la jurisprudencia tiende a abandonar todo argumento deducido del art. 1784, para aplicar a la responsabilidad del conductor el derecho común de los contratos, fundado en las disposiciones del Código Civil.

Argumentos legales: (Continuación). Artículo 1147 del Código Civil.

14.—Ya hemos dicho que entre el conductor y el viajero existe un contrato de transporte. Por este contrato el conductor se compromete a transportar al viajero de un punto a otro, es una obligación de hacer. Como en toda obligación en que el deudor está obligado a cumplir un hecho, si la obligación no se ejecuta, la ley le permite al acreedor reclamar daños y perjuicios, conforme a lo dispuesto en el art. 1142: "Toda obligación de hacer o de no hacer, se resuelve en indemnización de daños y perjuicios, en caso de falta de cumplimiento por parte del deudor". El deudor es responsable, a menos que no justifique de acuerdo con el art. 1147 última parte, que la "inejecución procede, de cau-

(1).—Lyon—Caen et Renault, Tratado de Derecho Comercial, t. III. Nos., 700 a 719.

sas extrañas a su voluntad que no le pueden ser imputadas".

15.—En virtud del contrato de transporte, el conductor contrae frente al viajero, una obligación de seguridad, por ella se compromete a conducirlo sano y salvo a su destino. Si en la ruta, durante el viaje, sobreviene un siniestro a consecuencias del cual el viajero es herido de tal manera que no pueda continuar su viaje, o más aún, si muere, el conductor no ha ejecutado su obligación porque no ha conducido a su cocontratante al lugar convenido.

Si por el contrario, a pesar de las heridas el viajero llega a su destino, si ha sido alcanzado en su integridad física o moral, el hecho material del transporte se ha ejecutado pero no en su forma normal, porque el viajero no ha llegado a su destino en las mismas condiciones de salud en que se encontraba en el momento de su partida.

No se podría alegar en este caso que la obligación de hacer del conductor se ha cumplido, y que desde entonces cesa su responsabilidad contractual. Pensar así sería obligar al viajero a recurrir al derecho común de los delitos para probar la falta, de conformidad con el art. 1382.

En el estado actual de nuestro derecho, todos los contratos deben ser ejecutados de buena fé. Si el contrato de transporte obliga al conductor a conducir al viajero a su destino, no queda por esto en completa libertad de conducirlo muerto o vivo.

El conductor debe velar por la seguridad de los viajeros que transporta. Si uno de ellos es herido en el curso del viaje, el contrato de transporte no habrá recibido su ejecución completa, y el conductor, por tanto, debe ser responsable.

En resumen, el conductor, por el contrato de transporte debe asumir una obligación de seguridad

frente al viajero; él debe comprometerse a conducirlo sano y salvo al lugar de su destino.

Según demostramos más arriba, el contrato de transporte es un contrato sinalagmático o bilateral. Importa poco, como dijimos, que el contrato de transporte de las grandes compañías, sea ordinariamente un contrato de adhesión, ya que desde que el viajero lo acepta ha consentido y su voluntad ha quedado expresada; desde ese momento, el contrato es bilateral y crea obligaciones recíprocas entre las partes.

La obligación de seguridad que asume el conductor frente al viajero se desprende de la voluntad de los contratantes, voluntad que tiene fuerza de ley entre las partes (art. 1134 del Código Civil).

16.—Esta promesa de seguridad es, además de la esencia misma del contrato de transporte, una de esas consecuencias necesarias "que la equidad, el uso, o la ley dan a la obligación según su naturaleza" (Art. 1135 del Código Civil). Un contrato de transporte que no conlleve para el conductor la obligación de conducir al viajero sano y salvo a su destino, no podría concebirse porque no sería de ninguna utilidad y contrario al buen sentido común (1).

No se podría pretender que el contrato de transporte ha sido completamente ejecutado cuando el viajero ha sido víctima, durante el viaje, de un accidente que le ha ocasionado heridas o la muerte. El viajero no ha llegado indemne al fin de su ruta, hay por tanto incumplimiento en la obligación, y el derecho común de los contratos debe ser aplicado a la responsabilidad del conductor.

Tratándose de un contrato en que las partes contraen obligaciones recíprocas, desde que una de ellas cumple su prestación, la otra está obligada a cumplir la suya. En el caso que nos ocupa, el viajero ha pagado

---

(1).—Véase S. 1900—2—57; nota de M. Esmein.

el precio del transporte y el conductor por su parte está obligado a efectuar aquél; si no lo hace o si lo hace mal, el equilibrio del contrato se rompe y para restablecer este equilibrio es necesario que el conductor suministre al viajero el equivalente de la prestación que le pertenece, bajo la forma de una indemnización pecuniaria. Pero, como "a lo imposible nadie está obligado", el conductor podrá descargarse de toda responsabilidad probando que una causa extraña a su voluntad le ha impedido cumplir cabalmente su compromiso (1).

Argumentos de razón.

17.—En materia de transporte de mercancías la ley obliga al conductor a velar "por la conservación de las cosas que se le confían..." ¿Por qué no debe estar obligado también cuando se trata del transporte de personas?

En teoría, el lazo de derecho no cambia de orígen con el objeto del derecho; la lógica y la equidad exigen que se proteja la seguridad de las personas de una manera tan eficaz como sea posible.

Si por falta de una legislación especial relativa al transporte de personas, la jurisprudencia y la doctrina han tenido que recurrir a los textos que reglamentan el transporte de mercancías, no por eso hay que olvidar las diferencias que existen entre las personas y las cosas para incurrir en el error de asimilarlas de una manera absoluta.

Las personas, por su naturaleza, por el papel que desempeñan en la sociedad, deben ser objeto de un tratamiento especial y se debe tener con ellas las mejores atenciones y los mejores cuidados en cuanto a su seguridad, pues el interés general se muestra muy exigente en lo que se refiere a la conservación de la vida de los viajeros.

---

(1).—Véase Planiol, Ob. cit., t. II, No. 241; y D. P. 1913—1—249, nota de M. Sarrut.

Además, hay también diferencia entre el transporte de mercancías y el de personas desde el punto de vista de las sumas a acordar por daños y perjuicios. Cuando resultan pérdidas o averías en las mercancías, sólo se atiende al daño material para repararlo; en el caso de accidente sufrido por el viajero, se debe atender tanto al daño material como al daño moral para idemnizar a la víctima (1).

Por el hecho de incluir en la teoría contractual el contrato de transporte de personas, se ha asimilado, en cierto modo, al viajero con las mercancías, pero es por la circunstancia que a continuación se explica.

Cuando el viajero entra en el recinto de la empresa de transporte, en el vehículo, en la estación, etc., se coloca bajo la dependencia del conductor y se confía, por completo, a él (2). Si un accidente sobreviene, ¿qué participación se puede suponer que ha tomado en él el viajero? En presencia de las formidables empresas de transportes que funcionan en nuestros días, frente a las fuerzas enormes que ponen en juego, producidas por complicadas maquinarias, a los innumerables servicios en que se encuentra dividido el trabajo, ya sea entre personas o por mecanismos especiales; ante todas estas variedades de cosas; el viajero no puede ser considerado más que como una cosa inerte, sin iniciativa propia.

Sin embargo, a pesar del papel tan reducido al cual queda sometido el viajero, él dispone de cierta libertad de acción, y no es dudoso que pueda cometer una falta o una imprudencia. Esto es así de tal manera, que si el conductor establece la falta del viajero, será liberado de toda responsabilidad frente a éste. Pero este es un caso excepcional, porque el viajero por instinto de conservación, actuará siempre con prudencia frente al peligro. Lo normal es que el accidente resulte de un

---

(1).—Véase, Mazeaud, Ob. cit., Nos. 334 y 335.
(2).—Véase M. Sarrut, notas citadas.

hecho del conductor. Sin duda, se presume que el conductor tomará siempre las precauciones posibles, que observará los reglamentos y se conducirá con prudencia; pero, por el hecho de que está en contacto directo y constante con el modo de locomoción, porque cuenta con su pericia y habilidad en el manejo y dirección del vehículo, podrá acostumbrarse al peligro de tal manera que no lo tenga bastante en cuenta.

Diremos una vez más, que por el contrato de transporte, el conductor asume frente al viajero, una obligación absoluta de seguridad. Si esta obligación no es ejecutada en su forma normal, el conductor debe ser responsable, de pleno derecho, de las consecuencias que resulten.

Obligaciones del viajero.

18.—Los adversarios de la teoría contractual objetan, que si el conductor está obligado a velar por la seguridad del viajero, éste debe, por una justa reciprocidad, comprometerse a tomar ciertas precauciones, a no hacer nada que pueda impedir la ejecución normal del transporte. Dicen que existe un lazo de obligaciones recíprocas, y que no se puede decir **a priori,** que la ejecución de la obligación esté más a cargo de una parte que de la otra.

Si consideramos cual ha sido la intención del viajero al contratar el transporte veremos que su propósito ha sido que se le traslade sano y salvo al lugar de su destino; por tanto debe observar las reglas de la prudencia relativa, actuar de una manera que no comprometa su propia seguridad; es una obligación negativa que consistirá en no hacer nada que impida la ejecución de la obligación. No es hacia el conductor que él se obliga, ni es el contrato que le impone esta obligación. Será él solo quien resultará responsable de la inejecución de la obligación; si comete una imprudencia que ocasione un accidente, soportará el daño que ha expe-

rimentado y el transportador será liberado de su responsabilidad por la falta de la víctima.

Por el contrario, el transportador asume, una obligación positiva de seguridad y el accidente que sobrevenga constituirá la violación de esta obligación.

El viajero no puede asumir ninguna responsabilidad, es absolutamente extraño a la organización y dirección del transporte, generalmente no ha podido tomar parte en el accidente, lo que hace que su responsabilidad no esté comprometida.

Equidad.

19.—Los partidarios de la teoría de la responsabilidad delictuosa opinan que el conductor no debe asumir ninguna obligación de seguridad. Si se aceptara esta opinión se crearía al viajero una situación muy desfavorable, pues para obtener una indemnización tendría que probar que el accidente tiene su causa en una falta del conductor, y esta prueba sería muy difícil.

Si se trata de un sistema de transporte complicado, por ejemplo, de una empresa ferroviaria, naviera, aérea, etc., ¿cómo podría el viajero descubrir cuál ha sido el individuo que ha cometido la falta? Para esto necesitaría tener conocimientos técnicos, y aún así, no podría conocer perfectamente todo el funcionamiento de la organización de la empresa. En una empresa de ferrocarril le sería difícil conocer el funcionamiento de las locomotoras, el significado de las señales, los precipicios de la ruta, el estado de la vía, las condiciones de las maquinarias, etc., todo lo cual le sería indispensable para establecer la falta del transportador.

Sería injusto dejar al viajero la carga de la prueba, en un caso en que le sería a veces imposible reunir los datos que le permitieran establecer la falta del conductor.

Puede resultar que el accidente sorprenda a la víc-

tima cuando esté entregada a la más completa tranquilidad, cuando duerma, por ejemplo, y que además de los sufrimientos físicos o morales que le ocasione el accidente se le obligue a hacer investigaciones delicadas, mientras la poderosa empresa que se ha beneficiado ya del precio del transporte, espera tranquilamente que le sea probada su falta.

20.—En la pura doctrina contractual, el contrato de transporte impone necesariamente al conductor, frente al viajero ,la obligación implícita de conducir a éste sano y salvo a su destino; y esta obligación es absoluta en el sentido de que todo accidente será la demostración de la inejecución del contrato y comprometerá la responsabilidad del conductor, salvo que pruebe un hecho liberatorio preciso.

Esta garantía de seguridad está fundada sobre la voluntad presumida de las partes y considerada como esencial a la existencia misma del contrato de transporte, en razón de la naturaleza de esta convención.

A favor de la teoría contractual existe una jurisprudencia copiosa (sobre todo en Francia), y varias legislaciones extranjeras han reglamentado la responsabilidad del conductor en materia de transporte de personas, incluyéndola en el derecho común de los contratos. De esto hablaremos cuando tratemos de las legislaciones extranjeras que se refieren al transporte de personas.

Sección III.—Crítica de la Teoría Contractual.

21.—La teoría contractual ha sido fuertemente combatida por sus adversarios, quienes pretenden destruir los argumentos que sus partidarios invocan para justificarla, pero las razones que exponen carecen de fundamento jurídico y están lejos, por tanto, de alcanzar su propósito.

22.—Comienzan por criticar el argumento dedu-

cido del art. 1784, Código Civil, y dicen que es inaplicable al transporte de personas, porque sus términos formales impiden toda extensión de sus disposiciones. Que si el legislador hubiera tenido en vista aplicar los mismos principios a las personas que a las cosas transportadas, lo hubiera dicho formalmente en el referido artículo (1).

23.—Al criticar el art. 1147, Código Civil, reconocen que la jurisprudencia está fijada en el sentido de aplicar el art. 1147 en materia de accidentes de viajeros. Afirman que por el contrario de transporte, el conductor no queda en entera libertad de conducir al viajero muerto o vivo al lugar de su destino. Admiten que el contrato de transporte, como toda convención, debe ser ejecutado de buena fé, que el conductor debe aportar todos los cuidados de que sería capaz un buen padre de familia. Es cierto, dicen, "que para un contrato de esta naturaleza, en que la vida de los viajeros está interesada, se pueden exigir precauciones muy minuciosas".

La obligación de conducirse como un buen padre de familia, la consideran más bien unida a la ejecución del transporte que a la persona del viajero. El conductor debe tomar todas las medidas necesarias para que el transporte se efectúe normalmente.

En resumen, es una obligación general de prudencia que asume el conductor frente al viajero. Si la persona transportada sufre un accidente, deberá probar la falta del conductor, esto es, que se trata de una falta intencional, de una negligencia o de una imprudencia, en una palabra, de un delito o de un cuasi-delito.

24.—Si se aceptara esta opinión, se caería en el dominio de la teoría delictuosa y se le crearía al viajero una situación muy embarazosa, pues en muchos casos se le haría difícil, y quizás imposible, establecer la prueba de una falta imputable al conductor. Lo que se

(1).—Véase Josserand, Los Transportes, No. 880.

desea con la teoría contractual es, precisamente, evitar todas esas dificultades y poner a la víctima en caso de accidente, en condiciones de hacer la prueba con toda facilidad, desde que la obligación no se ha ejecutado en su forma normal; para esto, le bastará demostrar la existencia de la obligación puesta a cargo del conductor por el contrato de transporte.

Por otra parte, una obligación de prudencia no sería suficiente para garantizar la vida de los viajeros; esta obligación concierne siempre a toda persona que en virtud de un contrato asume una obligación de hacer. Deberá actuar siempre de una manera que no comprometa la ejecución del contrato, y ésto constituye su prudencia.

En materia de transporte de personas, es necesario que se ofrezca una garantía mayor, es preciso que se asegure la integridad física y moral del viajero de una manera tan eficaz como sea posible; por esto la teoría contractual exige una obligación de seguridad a cargo del conductor, que se desprende del contrato de transporte.

La obligación de seguridad no es del todo rigurosa para el conductor, él podrá siempre liberarse de toda responsabilidad probando que el accidente proviene de fuerza mayor, caso fortuito o falta de la víctima.

25.—Vimos ya al exponer la teoría contractual que los partidarios de ésta han asimilado las personas a las mercancías en el sentido de que, en el curso del transporte, los viajeros se confían por completo al conductor a tal punto que su iniciativa queda anulada. No existe entre las partes un contrato de depósito propiamente dicho, puesto que, solamente las cosas pueden ser objeto de depósito, pero existe entre ellas, por lo menos, un lazo de dependencia material que constituye al conductor garante de la seguridad del viajero.

Los adversarios de la teoría contractual critican es-

te criterio y dicen que si el lazo de subordinación existe es suficiente para motivar un cambio en las reglas normales de la responsabilidad delictuosa.

El conductor no procede al examen del estado físico del viajero; no lo toma a su cargo y no puede rehusar transportarlo como podría hacerlo si se tratara de un bulto de mercancía.

En la estación, el viajero conserva su libre actividad y puede moverse como le plazca y llegar a cometer imprudencias. En el vehículo mismo, el conductor no puede supervigilar a sus clientes y colocarlos en el lugar que desea, de manera que, sólo en el caso de que ocurra un accidente de transporte, puedan ser alcanzados.

Dicen, además, que la tarifa de transporte es uniforme para todos los viajeros, sin que se tenga en cuenta sus diferentes personalidades. Para las mercancías, al contrario, la remuneración del conductor es de ordinario calculada **ad valorem,** a la medida o al peso, esta tarifa es proporcional al valor de las cosas transportadas.

A estas objeciones podemos contestar, primero, que si es verdad que el conductor no somete al viajero a un exámen físico para conocer su estado en el momento en que se compromete a transportarlo, tampoco hace un exámen del estado de las mercancías que se le entregan; él recibe bultos, sin examinar su contenido, y sin embargo es responsable de las pérdidas o averías que resulten en la ruta. ¿Por qué no debe ser responsable también de los accidentes del viajero, cuando éste está a merced del conductor, y está interesado en que se le conduzca indemne a su destino?.

Segundo, la jurisprudencia y la mayor parte de la doctrina están de acuerdo en que, desde el momento que el viajero entra en el cuadro de actividad de la Compañía de transporte, sea en la estación, sea en el embarcadero; o si toma un vehículo auxiliar para ser conducido al que deba transportarlo, la responsabilidad

de la Compañía está en juego, y debe responder de los daños y perjuicios que sufra la víctima en caso de accidente.

Tercero, no es cierto en todos los casos que la tarifa de transporte de viajeros, es uniforme; existen en las grandes empresas, diferentes categorías o clases de pasajes, que el cliente, según su posición económica, social o política, elige, pagando como precio del transporte, la remuneración estipulada por la clase que escoja.

Esto mismo revela que la personalidad del viajero y las circunstancias que se desprenden de esta preferencia en el transporte, es lo que se toma en cuenta para evaluar la indemnización que se deba acordar a la víctima en caso de accidente.

Legislación extranjera.

26.—En apoyo de la teoría contractual podemos hacer constar que varias naciones han reglamentado por medio de leyes, la responsabilidad del conductor frente al viajero, en lo que se refiere al transporte de personas.

Entre éstas podemos citar a Bélgica y al Ducado de Luxemburgo, naciones que se encuentran hoy bajo la dominación alemana.

Sus leyes han establecido "que el conductor es responsable de las averías de las cosas, así como de los accidentes sobrevenidos a los viajeros, si no prueba que la avería, la pérdida o los accidentes provienen de una causa extraña que no le puede ser imputada (1).

Comparando esta legislación con la nuestra notamos que entra en el dominio de nuestro derecho contractual y que es una extensión pura y simple del artículo 1784 del Código Civil.

---

(1).—Ley belga del 25 de Agosto de 1891; Ducado de Luxemburgo, 8 de Febrero de 1908. Véase Josserand, Los Transportes No. 878.

Capítulo III.

COMPARACION ENTRE EL SISTEMA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EL DE LA RESPONSABILIDAD DELICTUOSA EN CUANTO A SU APLICACION PRACTICA. SUS VENTAJAS E INCONVENIENTES.

Sección I.—Teoría Contractual. Sus ventajas.

a)—De la prueba.

27.—Dijimos ya en el capítulo anterior que cuando el viajero sitúa su demanda bajo el dominio de la responsabilidad delictuosa, para obtener una indemnización está obligado a establecer que el accidente del cual ha sido víctima, tiene su causa en un hecho imputable al conductor. Tendrá que hacer investigaciones delicadas de naturaleza psicológica, y si llega a establecer la falta del transportador, tendrá que probar todavía, para tener derecho a una indemnización, que existe entre el hecho delictuoso y el daño que ha sufrido, una estrecha relación de causa a efecto.

No es recomendable la teoría de la responsabilidad delictuosa para los accidentes del viajero, porque la tarea de la prueba a suministrar resultará para él muy difícil, y frente a la poderosa Compañía de transporte, se encontrará en una situación muy precaria.

Con la teoría contractual, por el contrario, el viajero víctima de un accidente, solamente tendrá que probar la existencia del contrato pasado entre el transporatdor y él; el accidente constituirá una violación de la obligación puesta a cargo del conductor, por el hecho de

no haberla ejecutado en su forma normal, y esta violación da lugar a una indemnización por el perjuicio causado por el accidente.

En cuanto a la prueba del contrato siempre será fácil hacerla porque ordinariamente el viajero tendrá en su poder un original, o un boleto, que establecerá la existencia del contrato. El hecho del accidente será casi siempre incontestable. En cuanto al perjuicio, su justificación será fácil pues puede ser hecho por todos los medios.

No hay problema en cuanto a la reparación que se deberá acordar a la víctima; ésta obtendrá una reparación integral en razón de que se está de acuerdo en doctrina y jurisprudencia, que el daño moral debe ser reparado al mismo título que el perjuicio material (1).

Estas ventajas que ofrece la teoría contractual son apreciables, y es la causa por la cual la jurisprudencia hace una aplicación constante de ella en el transporte de personas.

Ha sido discutida la cuestión de saber si el viajero debe establecer entre el accidente y el transporte propiamente dicho una relación precisa de causa a efecto.

La jurisprudencia se había mostrado vacilante cuando se trataba de resolver la cuestión y algunos tribunales exigían que el viajero demostrara que el accidente del cual había sido víctima era un accidente de transporte. Admitían que el conductor se comprometía por el contrato de transporte a conducir al viajero sano y salvo a su destino; alegaban, sin embargo, que este último quedaba libre de sus movimientos y podía ejercer libremente sus actividades. "La equidad exige que el viajero quede garante de las consecuencias de su propio hecho o de su falta...", y cuando un accidente

---

(1).—Mazeaud, Ob. Cit., números 76—334—335; Alger, 22 Junio 1900 (S. 2—2—28); 10 abril 1922 (D. P. 1922, crónica pág. 51);

sobreviene, él debe establecer que "proviene del hecho del transporte" (1)

Estas exigencias suprimían la principal ventaja de la teoría contractual, que consiste en liberar al viajero de tener que establecer una falta imputable al conductor.

Pero la Corte de Casación francesa ha afirmado repetidas veces, que el viajero no tiene que probar el lazo de causalidad entre el accidente y el transporte. Se funda en que el artículo 1147 del Código Civil no exige esta prueba y la víctima no tiene que establecer más que el contrato de transporte, el hecho material del accidente y el monto del daño sufrido (2).

b)—**De la Competencia.**

28.—Las Compañías de transportes son empresas comerciales, generalmente, por tanto están regidas por las reglas del derecho comercial.

Cuando el viajero tenga necesidad de intentar una acción contra la Compañía, deberá recurrir al artículo 420 del Código de Procedimiento Civil, que reglamenta la competencia en materia comercial; podrá citar, a su elección, a la Compañía, por ante el tribunal del domicilio de ésta o por ante el tribunal del lugar donde el contrato de transporte fué concluido.

Aunque el artículo 420 del Código de Procedimiento Civil no lo dice, también será competente para conocer de la demanda, el tribunal del domicilio de elección, pues las disposiciones de este artículo no son limitativas.

Si se trata de una acción de carácter civil, el demandante emplazará al demandado por ante el tribunal del domicilio de este último, que será el competente

---

(1).—Bordeaux, 5 Marzo 1917 (D. P. 1917—2—99); Paris, 8 Mayo 1912 (S. 1912—2—255);
(2).—Paris, 2 de Julio 1914 (D. P. 17—2—93).

para conocer de la demanda, según el artículo 59, párrafo 1o., del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 632 del Código de Comercio, reputa como actos de comercio los de las empresas de transportes, "por tierra o por agua" (y por aire, agregamos nosotros). Pero para el viajero el contrato de transporte es ordinariamente civil, salvo que se trate de un comerciante que viaje en asuntos relacionados exclusivamente con su comercio, entonces en virtud de la **teoría de lo accesorio,** el contrato de transporte tiene un carácter comercial, y el tribunal de comercio será sólo competente para conocer de la contestación que se origine (1).

Con tanto más razón será competente el tribunal de comercio, cuando el contrato sea puramente comercial para las dos partes.

Si el contrato es comercial para el transportador y civil para el viajero, éste puede, a su elección, emplazar al conductor por ante el tribunal civil o por ante el tribunal de comercio. El conductor, por el contrario, está obligado a citar al viajero por ante el tribunal civil (2).

En la República Dominicana, la competencia de los tribunales, en materia comercial, ha sido considerablemente extendida en virtud del decreto del 7 de Junio de 1905, conocido en la práctica con el nombre de "Ley Alfonseca-Salazar", y modificado por la Ley No. 259, del 2 de Mayo de 1940. El referido Decreto dice:

Art. 3.—"Toda persona física o moral, individuo o sociedad, sean cuales fueran sus estatutos, que ejerza actos de la vida jurídica en la República, por medio de un establecimiento cualquiera o de un representante,

---

(1).—Lyon—Caen et Renault, Derecho Comercial, t. III, No. 704.
(2).—Lyon—Caen et Renault, Ob. cit., t. III, No. 705.

se encuentra bajo el imperio de las leyes nacionales. Por consiguiente, tendrá por domicilio o casa social el principal establecimiento que posea o la oficina del representante en cada jurisdicción de la República". (Véase Código de Procedimiento Civil y leyes que lo completan página 19, y la enmienda hecha por la ley No. 259, del 2 de Mayo de 1940, contenida en la última página de dicho Código).

De acuerdo con las disposiciones de esta ley, el viajero, víctima de un accidente, podrá demandar al conductor por ante cualquier tribunal de la República, donde la empresa tenga una sucursal o un representante, y no tendrá que sujetarse a las disposiciones estrictas del art. 420 del Código de Procedimiento Civil. Ese tribunal será competente para conocer de las contestaciones surgidas entre las partes.

En materia delictuosa es necesario llevar la acción por ante el tribunal del domicilio del demandado, o sea en el lugar donde la empresa tenga su asiento social, o su principal explotación. Esto representa para el demandante graves inconvenientes, pues resultará muchas veces que éste no estará domiciliado en el mismo lugar, asiento social de la Compañía. En este caso el viajero víctima de un accidente, tendrá que trasladarse de su domicilio para llevar su demanda por ante el tribunal, competente, lo cual le ocasionaría gastos y molestias.

En Francia, debido al gran desenvolvimiento que han adquirido las empresas de transportes, la jurisprudencia ha adoptado una teoría nueva. Ella atribuye competencia, concurrentemente con el tribunal del asiento social de la Compañía, a los tribunales donde ésta haya establecido "estaciones sucursales". La jurisprudencia justifica esta teoría por la idea de elección de domicilio.

Para atribuirles a los tribunales esa competencia,

es necesario que se trate de una sucursal importante y que el litigio que se presente se refiera a sus operaciones o a sus servicios de control y de vigilancia (1).

Comparando las disposiciones de nuestra Ley "Alfonseca Salazar" con las decisiones de la jurisprudencia francesa, notaremos que nuestra Ley tiene un alcance mayor pues es suficiente, para atribuir competencia a los tribunales, que exista una sucursal importante o nó, o un representante con su oficina en el lugar donde se intenta la demanda.

Esta es una ventaja importante, para los que sostenemos la teoría contractual, desde el punto de vista de la competencia.

Debemos hacer notar que nosotros no tenemos tribunales de comercio propiamente dicho. El tribunal civil, constituido por un sólo Juez, es competente para conocer de los asuntos civiles y de los asuntos comerciales.

c)—**De la Prescripción.**

29.—En materia contractual, la acción prescribe a los treinta años (Artículo 2262 del Código Civil).

Por el contrario, la acción civil unida a la acción pública en reparación de un delito o de un crimen, prescribirán como la acción penal, por un plazo de cinco años o de diez años. (Arts. 453 y 454, Código de Procedimiento Criminal).

30.—Se han señalado algunas dificultades que se presentan en cuanto a la aplicación de la teoría contractual, pero la jurisprudencia en su constante evolución, ha vencido esas dificultades, a medida que las necesidades sociales lo han exigido.

A continuación indicaremos sumariamente, las principales dificultades que se han propuesto:

---

(1).—Josserand, Ob. cit. No. 988; Casación, 15 de Abril de 1883 (D. P. 94—1—539); 27 de Junio 1899 (D. P. 1900—1—227.

Sus inconvenientes.

1o.—Validez del Contrato.

31.—Hemos visto ya, que el contrato de transporte impone al conductor una obligación absoluta de seguridad, pero para que esta obligación exista, es necesario que el conductor y la víctima sean capaces en el momento de contratar. Si las partes no se encuentran ligadas por un contrato válido, no puede haber responsabilidad contractual.

Supongamos que el viajero sea un menor no emancipado, una mujer casada o un interdicto judicial. Estas personas están afectadas de una incapacidad general de contratar.

Si ellos celebran un contrato sin estar asistidos o representados por su tutor (el menor o el interdicto) y autorizada por su marido (la mujer), ese contrato será nulo. Pero esta es una nulidad relativa que solamente el incapaz, su representante o sus sucesores pueden invocar. Mientras la nulidad no sea pedida por estas personas, el contrato permanece válido y continúa produciendo todos sus efectos. Es una protección que la ley establece en favor de los incapaces para que puedan pedir la nulidad de los actos que ellos celebren solos, cuando esos actos les perjudiquen.

En caso de que el viajero incapaz sea víctima de un accidente, él tendrá interés en mantener el contrato de transporte para tener derecho a reclamar una justa reparación por el daño sufrido.

La dificultad que se pretendía atribuir a los contratos, así celebrados por estos incapaces, desaparece.

2o.—Límites de la ejecución del contrato.

32.—Es preciso determinar desde qué momento el conductor debe ser considerado como contractualmente responsable, de los accidentes que puedan producirse, y en qué momento cesa esta responsabilidad.

En principio, la obligación de seguridad que asume el conductor, debería nacer en el momento mismo en que el contrato de transporte viene a ser perfecto, esto es, cuando el acuerdo de voluntades de las partes es completo, para tomar fin al mismo tiempo que el contrato.

Por ejemplo si se trata de un transporte por ferrocarril, la promesa de seguridad debe existir desde el instante en que el viajero está en posesión de su boleto de pasaje hasta el momento en que lo entrega en la estación de llegada. Si un viajero dormido o distraido no se queda en su estación de destino, y pocos momentos después es víctima de un accidente, la responsabilidad del conductor sería delictuosa, si se le prueba una falta, porque el accidente se produce fuera de los límites normales de la ejecución del contrato de transporte (1).

Algunas decisiones en Francia, han aplicado la pura doctrina contractual que constituye al conductor garante de todos los accidentes que puedan sobrevenir en los límites del contrato. Así, han decidido que el conductor es responsable contractualmente de los daños de que pueda ser objeto el viajero, cuando provisto ya de un billete, espera su tren en una estación de ferrocarril.

La Corte de Casación de París ha decidido también, que la responsabilidad contractual del conductor estaba comprometida cuando una persona que no estaba todavía provista de su billete y esperaba en el puerto de embarque el momento en que debía tomar sitio en el buque, cayó accidentalmente al agua. La Corte apoyó su decisión en que la víctima se encontraba, en el momento en que fué alcanzada por el accidente, en un lugar en que sólo podía conducirla la intención inequívoca de concluir un contrato de transporte. Por una

(1).—Pau, 6 de Marzo et Bourges 27 de Febrero 1914 (S. 14—2—215).

aplicación juiciosa de la teoría de lo accesorio, la Corte decide que el embarcadero de un buque está bajo la supervigilancia del conductor.

Esta opinión es razonable y por demás admisible. El contrato de transporte, según dijimos anteriormente, es por lo general un contrato de adhesión. La policitación del conductor subsiste, y el contrato es perfecto desde que el viajero manifiesta claramente su intención de aceptar esta oferta. En la especie que fué sometida a la Corte de París, el viajero había aceptado, tácitamente, la oferta del conductor y esperaba su turno sobre el embarcadero. Resulta lo mismo cuando una persona hace señales al conductor de un carruaje de tráfico fijo para ocupar un asiento, cuando sube en un tranvía o aún cuando agarra el carruaje en marcha (1).

La obligación de seguridad existe todas las veces en que, cualesquiera que fueren su forma y su modalidad, el contrato de transporte no puede ser negado. Poco importa que el precio haya sido pagado en moneda legal o no (2).

Poco importa que el viajero no haya pagado el precio; que no deba pagarlo sino en el curso de la ruta (como en los tranvías, ómnibus, etc.), o al llegar a su destino (como cuando se ocupa un asiento de un automóvil, u otro carruaje con un itinerario determinado), etc. La percepción del precio es una cuestión secundaria, sometida a los usos o a los reglamentos propios de cada modo de locomoción; y "los reglamentos particulares a los cuales están sujetos los conductores no influyen sobre la naturaleza ni sobre los efectos del contrato" (3).

3o.—Extensión de la indemnización. Cuantum.

33.—En materia de transporte de personas la de-

(1).—Bruselas, 19 de Noviembre 1900 (D. P. 1902—2—366).
(2).—Paris, 5 de Enero 1882 (D. P. 83—2—110).
(3).—Aubry et Rau, Obra citada, tomo IV. párrafo 373.

terminación del daño previsible presenta frecuentes dificultades. ¿Cómo determinar con precisión los daños que las partes han previsto o que han podido preveer en el momento del contrato?.

¿Se deberá, en tal caso, referirse a las apariencias exteriores del viajero en el momento en que la compañía lo toma a su cargo?

Las apariencias exteriores no bastan para crear la imprevisibilidad. Como dice un proverbio, "el hábito no hace al monje". El transportador no debe ignorarlo, y debe prever que un viajero rico puede vestir modestamente, o elegir un modo económico de transporte, como un hombre que dispone de pobres recursos puede poseer objetos de valor.

Todo esto es previsible, y el transportador no debe apoyarse en los aspectos exteriores para limitar la posibilidad del daño (1).

Algunos autores han pretendido que se haga una tarifa de indemnizaciones, que su monto varíe según la gravedad de las heridas, sin que se tenga en cuenta la personalidad de la víctima, ni el daño que ella haya podido experimentar a consecuencia del accidente. Pero esta solución es inadmisible.

El artículo 1149 del Código Civil dice "que los daños y perjuicios a que el acreedor tiene derecho, consisten en cantidades análogas a las pérdidas que haya sufrido y a las ganancias de que hubiese sido privado..." y el artículo 1151 agrega "que el daño debe ser una consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento del contrato". El artículo 1150 establece "que el deudor no está obligado a satisfacer más daños y perjuicios que los previstos o **que se han podido prever** al hacer el contrato..." Esta última disposición tiene un gran alcance, pues no basta que el daño haya sido

---

(1). —Mazeaud, obra citada, tomo 3, No. 2387.

previsto, sino que se extiende a todos los casos en que la previsión pueda ser posible.

Así como el conductor sabe que los equipajes que le son confiados pueden contener objetos de valores más o menos elevados, así mismo debe saber que está llamado a transportar personas de "valor" también diferente. Se sabe, además, que la existencia de algunos puede ser particularmente preciosa, y esto es suficiente: "Hay en esto una posibilidad de previsión, suficiente para justificar una evaluación subjetiva de los daños y perjuicios, según la personalidad de la víctima" (1).

Hemos dicho ya que la obligación de seguridad que incumbe al conductor es absoluta, y no se puede pensar que un daño no haya podido entrar en los límites de previsiones tan extensas.

La jurisprudencia admite sin vacilar estas soluciones en el transporte de viajeros.

La situación social del viajero, su situación de familia, aún cuando ellas sean generalmente ignoradas del transportador, no son imprevisibles, el juez debe pues, tenerlas en cuenta para fijar la extensión de la reparación en caso de accidente sobrevenido al viajero (2).

La jurisprudencia admite, que el transportador debe suministrar al viajero una reparación integral del perjuicio sufrido.

4o.—Cláusula de no-responsabilidad.

34.—Ha sido muy debatida entre los autores, la cuestión de la validez de la cláusula de no-responsabilidad en el contrato de transporte de personas. Varias han sido las soluciones que se han dado al problema. Entre ellas hay algunas que, por la autoridad de los au-

(1).—Josserand, obra citada, No. 903.
(2).—Mazeaud, Obra citada, tomo 3, No. 2388.

tores que las proponen, parece que han resuelto, en principio, el problema.

Para algunos autores, las cláusulas de no-responsabilidad insertadas en un contrato de transporte de viajeros, deben recibir pleno efecto y descargar al conductor, tanto de su responsabilidad delictuosa como de su responsabilidad contractual. La responsabilidad delictuosa del transportador, dicen, queda descartada por la convención, en lo que concierne a las relaciones que han sido objeto de una estipulación precisa. Si el contrato libera expresamente al conductor de su responsabilidad contractual, él debe ser absolutamente irresponsabe (1).

Otros autores sostienen que estas cláusulas son radicalmente nulas en razón "del interés superior que se une a la seguridad de los viajeros" (2).

Otros dicen que si se admite la responsabilidad contractual del conductor en materia de transporte de personas, la cláusula de no-responsabilidad debe ser válida. Las partes tienen necesariamente el poder de descartar la responsabilidad contractual que ellas han establecido. Pero nos parece indiscutible, dicen, que esta cláusula no puede liberar al conductor de su responsabilidad delictuosa.

El contrato establece, en efecto, obligaciones especiales, propias a los contratantes que vienen a agregarse a aquellas que les incumben a ellos como a todo ciudadano, en virtud de los principios establecidos o sancionados por los artículos 1382 y 1383 del Código Civil. Es legítimo dejar a las partes el derecho de disponer de las obligaciones contractuales que ellas han creado. Pero las obligaciones legales no son del dominio de la voluntad privada; ellas son de orden público y no puede admitirse que los contratantes puedan li-

(1).—D. P. 1890—1—209, nota de M. Sarrut.
(2).—Pand Franc., 1890—1—209, nota de M. Chauveau.

berarse implícitamente, por el solo hecho de que su convención contiene una cláusula de no-garantía contractual (1).

La primera como la tercera de estas soluciones deben rechazarse porque no conviene su aplicación al contrato de transporte de personas. La obligación de seguridad que se desprende de este contrato es esencial, y las partes no pueden descartarla por medio de convenciones; toda estipulación que se haga en ese sentido estaría afectada de nulidad.

En nuestra materia, la cláusula de no-responsabilidad parece imposible; no puede insertarse en un contrato de transporte de viajeros, para liberar al transportador de la responsabilidad que le incumbe por los daños que cause a las personas, ya sea que se trate de golpes o heridas, o ya de un perjuicio moral, o de los derechos íntimamente ligados a la persona; por ejemplo, cuando se trata de su honor. Las personas no están en el comercio y nadie puede disponer libremente de ellas. Un contratante no puede disponer impunemente de la vida de su co-contratante. No podría tampoco estipular su irresponsabilidad en caso de daño causado a la persona; el orden público se opone a tal estipulación. Además, el consentimiento de la futura víctima no puede ir en contra del orden público que la protege.

Sin duda, la cláusula de no-responsabilidad no es una convención que dispone de la persona; no dá derecho a un individuo para que atente contra la integridad física de otro. Consiste, solamente, para el viajero, en no reclamar reparación en caso de que semejante atentado le fuera voluntariamente causado.

Pero a pesar de eso, la situación del viajero sería muy desfavorable si se les permitiera a las partes estipular en el contrato una cláusula de no-responsabilidad; la víctima de un accidente soportaría sola todas

---

(1).—Thaller et Ripert, Derecho Marítimo, tomo II, No. 1599.

las consecuencias; se vería privada de obtener una justa reparación.

La cláusula de no-responsabilidad permitiría a su beneficiario todas las negligencias. La libertad de las convenciones no puede llegar hasta ese extremo. Esta cláusula vendría a ser sin valor frente al interés general que exige la observación de una gran prudencia.

La responsabilidad que nace para el transportador de la obligación contractual de seguridad, no puede ser descartada por una cláusula de no-responsabilidad; todo daño corporal sufrido por el viajero a consecuencia de una falta del transportador necesita una reparación.

El principio debe aplicarse a cualquiera que sea el modo de transporte y cualquiera que sea el hecho generador de la responsabilidad contractual (hecho personal, hecho de las cosas inanimadas o hecho de otro), a menos que una disposición legislativa venga a dar una solución contraria.

Por ejemplo, en Francia, la ley del 31 de Mayo de 1924 sobre la navegación aérea, en sus artículos 42 y 48 decide que "el transportador puede, por una cláusula expresa, exonerarse de la responsabilidad que le incumbe, en razón de los riesgos del aire y las faltas cometidas por toda persona..." (1).

Nos adherimos a la solución sustentada por los hermanos Mazeaud, por considerarla lógica y conforme con los principios de la equidad. En realidad, la obligación de seguridad que incumbe al conductor debe ser ejecutada plenamente. La sociedad está interesada en que se garantice la vida y la salud de todos y cada uno de sus miembros; el orden social se encontraría perturbado si se permitiese comerciar con los individuos.

El fín que se propone no se conseguiría si se les

(1).—Mazeaud, obra citada, tomo 3, Nos. 2529, 2530 y 2531.

permite a los particulares hacer convenciones que lleven atentado a su integridad física.

La vida humana es algo sagrado, cuya conservación se impone por el Derecho Natural; el legislador al hacer la ley, y los particulares al formular sus convenciones, deben limitarse a reconocer este principio pero nunca a negarlo.

Si en nuestro derecho positivo el legislador se ha ocupado en consagrar formalmente los derechos y las garantías inherentes a la personalidad humana, y prohibe que se impongan penas que impliquen pérdida de la integridad física del individuo, sería absurdo pensar que en virtud del principio de la libertad de las convenciones, los contratantes puedan hacer estipulaciones que lleven atentado a la vida o a la salud de uno de ellos. Por la fuerza de la lógica se puede afirmar que el legislador no ha tenido la intención de atribuirles derechos tan extensos.

5o.—Transporte Benévolo.

35.—Este título bastaría por sí sólo para desarrollar una tesis de una extensión considerable, pues aun cuando la jurisprudencia, hoy día, como veremos más adelante, es unánime, la doctrina está dividida en lo que se refiere a la determinación de los principios que deben regir la responsabilidad del transportador en el "transporte benévolo"; pero los límites de la tesis que estamos desarrollando no nos permite extendernos en consideraciones sobre este aspecto de la responsabilidad del conductor en el transporte de personas.

El transporte benévolo tiene lugar cuando el transportador conduce al viajero gratuitamente, sin ningún interés pecuniario, esto es, por pura complacencia. Por ejemplo: el propietario de un automóvil invita a una persona para dar un paseo. Un accidente sobreviene en el curso de la ruta, a consecuencia del cual la persona invitada muere o es herida. ¿Cuál es la responsabili-

dad del conductor por este hecho? ¿Estará comprometida su responsabilidad contractual o su responsabilidad delictuosa? He ahí el problema que los autores se plantean para resolver la cuestión.

Se puede considerar que la responsabilidad del conductor es contractual, cuando una de las partes no ha creido hacer a la otra un servicio gratuito. Por ejemplo, el comprador de ganado que transporta a una persona para que le indique las cabezas de ganado que debe comprar; el empresario teatral, o el director de películas cinematográficas que transporta a un artista. En estos dos casos el transporte no aparece sino como uno de los compromisos resultantes de un contrato más general, intervenido entre el transportador y el transportado (alquiler de servicios, etc.); este es un contrato que puede servir de apoyo, en caso necesario, a la responsabilidad contractual.

También puede haber responsabilidad contractual cuando el transporte se haga en el exclusivo interés del transportador, mientras el transportado le presta un simple servicio por pura cortesía. Por ejemplo, el amigo del propietario de un automóvil que le hace el servicio de reemplazar a su chauffeur indispuesto: el médico que una persona busca y lo conduce en su automóvil para que asista a su hija enferma. Aquí, todavía el contrato no aparece sino como accesorio de una convención o relación contractual más general. En estos casos todo depende de las circunstancias de hecho. Si el amigo o el médico al ofrecer sus servicios, han entendido asumir un compromiso, el transporte, como es un accesorio de la aceptación de esta obligación, origina una responsabilidad contractual; en los demás casos no podrá haber sino una responsabilidad delictuosa.

La cuestión es más delicada cuando el transportador no tiene ningún interés en el transporte que él consiente en efectuar: aquél que hace a título puramente benévolo. Por ejemplo, cuando una persona in-

vita a uno de sus amigos para conducirlo en su automóvil y éste acepta el asiento que se le ofrece. ¿Habrá responsabilidad contractual de parte del transportador? Estos casos se presentan con frecuencia en los tribunales. La jurisprudencia primeramente dividida, es hoy constante: afirma que no se puede admitir aquí una responsabilidad contractual, porque no hay ni siquiera un contrato innominado. En tal caso la víctima no podrá invocar para obtener una reparación, sino los principios de la responsabilidad delictuosa o cuasi-delictuosa (1).

En la misma opinión de la jurisprudencia abundan un gran número de autores, entre ellos, Josserand y J. Loup. A pesar de que estos autores están de acuerdo en que la responsabilidad del automovilista complaciente está comprendida en el dominio extra-contractual, ellos están divididos en cuanto a las disposiciones que deben regir esta responsabilidad. Unos aplican las reglas del derecho común de los delitos, establecidas en los artículos 1382 y 1383 del Código Civil; y otros opinan que la víctima debe recurrir al artículo 1384, párrafo I, y colocar su demanda en el cuadro de la responsabilidad de pleno derecho, tal como incumbe, según una jurisprudencia constante, al guardián de toda cosa inanimada.

J. Loup se muestra partidario de la opinión sostenida por el primer grupo, quienes se deciden por la aplicación, pura y simple, de los artículos 1382 y 1383, a los accidentes sobrevenidos a los ocupantes benévolos, transportados a título de complacencia (2).

Louis Josserand, ferviente defensor de la teoría del riesgo, por el contrario, sostiene que el artículo 1384, párrafo I, Código Civil, es aplicable a los accidentes

---

(1).—Mazeaud, ob. cit., tomo I, No. 110 y siguientes.
(2).—J. Loup, Responsabilidad de los accidentes causados por los automóviles, pág. 194 y siguientes.

que ocurren en el transporte benévolo (1).

Pero la jurisprudencia decide que el artículo 1384, párrafo I, del Código Civil, no puede ser invocado por las víctimas de un accidente, transportadas gratuitamente en un vehículo (2). La Cámara Civil, en Francia, decide que no solamente no hay lugar a aplicar la regla de la responsabilidad del hecho de las cosas a las personas transportadas gratuitamente, sino que no podría ser aplicada tampoco, al caso de transporte pagado. La fórmula del fallo del 27 de Marzo de 1928 ha sido reproducida en una sentencia posterior del 11 de Junio de 1928, y en otras sentencias más recientes aún (3).

De la solución dada por la jurisprudencia a este problema se desprende que no ha intervenido un contrato entre el transportador y el transportado gratuitamente, y por tanto, podemos decir, que la responsabilidad del conductor en materia de transporte benévolo está regida por el derecho común de los delitos, según las reglas establecidas en los artículos 1382 y 1383 del Código Civil.

Hasta aquí hemos hablado del transporte benévolo, pero no se debe confundir esta clase de transporte, con el transporte gratuito propiamente dicho. En el transporte gratuito, la responsabilidad contractual del conductor está comprometida.

Una compañía de ferrocarril, por ejemplo, cuando transporta gratuitamente a ciertas personas (agentes de correos), asume hacia éllas una obligación absoluta de seguridad; el contrato de transporte existe y produce todos sus efectos (4).

---

(1).—Véase L. Josserand, El transporte benévolo y la responsabilidad de los accidentes de automóviles. Recuil Hebdomadaire Dalloz, 1926 No. 18.

(2).—Civ., 27 Marzo 1928, D. P. 1928—1—145, y nota de M. Ripert; Capitant, Las grandes sentencias de la jurisprudencia civil, No. 106, página 231.

(3).—Cass. 24 de Julio y 1o., de Agosto 1930, S. 1931—1—15; Cass. 30 diciembre 1931. D. P. 1913—1—249).

(4).—Civ., 21 de Abril 1913 (D. P. 1913—1—249).

Resulta lo mismo cuando la compañía transporta a menores comprendidos en una familia, que hasta cierta edad los exonera del pago del precio del transporte.

Por ejemplo, en Francia, las Compañías de ferrocarril transportan gratuitamente a los niños menores de 3 años que viajan en unión de su familia. Si un accidente sobreviene durante el viaje, la Compañía está obligada a reparar el daño que cause a la víctima. El precio es una cuestión secundaria en materia de transporte.

Sección II.—Responsabilidad delictuosa.

a)—Sus ventajas.

36.—En el capítulo segundo hicimos notar las características que presenta la teoría de la responsabilidad delictuosa; por tanto consideramos ocioso enumerarlas aquí. Nos limitaremos a señalar, bajo la rúbrica de este párrafo las ventajas que le atribuyen sus partidarios.

Sin duda, no se pueden negar ciertas ventajas que ofrece la teoría de la responsabilidad delictuosa en el campo del derecho, ella tiende a evitar las dificultades de aplicación que en algunos casos se presentan respecto de la teoría de la responsabilidad contractual.

Basando su demanda en el derecho común de los delitos, el viajero obtendrá la reparación íntegra del perjuicio que ha sufrido. Los parientes de la víctima, su cónyuge, tendrán derecho a daños y perjuicios, si establecen que la falta del conductor les ha causado un daño personal, material o moral.

Pero como hemos visto al hablar de la teoría contractual, la jurisprudencia conduce a resultados prácticos idénticos. La víctima, sus parientes y su cónyuge, tendrán interés en colocar su demanda dentro del derecho común de los contratos porque obtendrán una reparación por el daño sufrido, en la misma proporción

que si la fundaran en el derecho común de los delitos, evitando de esta manera, la administración de la prueba de acuerdo con los principios que rigen en materia delictuosa, que es siempre más delicada.

La jurisprudencia deseosa de dar a los parientes del transportado la posibilidad de prevalerse de las reglas de la responsabilidad contractual, invoca una estipulación por otro. Ella considera que al celebrar el contrato de transporte, el viajero ha estipulado en provecho de sus parientes a fin de que, si fuere víctima de un accidente mortal, ellos pudieran invocar la inejecución del contrato.

Sobre este argumento, la Cámara Civil francesa en su sentencia del 6 de diciembre de 1932, decide: "que en caso de accidente mortal sobrevenido en el curso de la ejecución de un contrato, el derecho de obtener reparación del perjuicio se abre, en virtud del artículo 1147 del Código Civil, en provecho del cónyuge y de los hijos de la víctima, en favor de quienes ella ha estipulado, sin que haya habido necesidad de hacerlo expresamente, en la medida de su interés" (1).

b)—**Sus inconvenientes.**

37.—La principal dificultad que presenta esta teoría, y por la cual se rehusa su aplicación a los accidentes de viajeros, es porque la víctima está obligada, para obtener una reparación, a probar que el accidente es debido a una falta del conductor. Esta falta es difícil de probar, y a veces resulta imposible, sobre todo si el transportado viaja en un sistema de locomoción complicado.

La falta, como elemento constitutivo de la responsabilidad, ha sido una de las cuestiones más discutidas, en este dominio, a tal punto, que algunos llegan a negar la necesidad de ella, tal como lo hacen los partida-

(1).—D. 1933—1—137 y nota de Josserand.

rios de la teoría del riesgo.Otros consideran la falta como una noción puramente subjetiva, únicamente moral.

Dejaremos a un lado estas discusiones de los autores por considerarlas sin interés, ya que en la práctica la noción de falta ha tomado un carácter más abstracto, más social.

Se ha elegido un tipo de comparación de la falta entre los varios que han propuesto los autores, y se ha dicho que la falta delictuosa es el acto que no cometería "un buen padre de familia".

Se tendrá en cuenta la condición moral del individuo solamente para comprobar si gozaba, en el momento en que cometió el acto perjudicial, de su completo discernimiento, si tenía la conciencia normal de los actos que realizaba, en una palabra, si podía ser considerado como "un buen padre de familia", esto es, como un hombre prudente y avisado. Estas investigaciones corresponden mas bien al dominio de la medicina, pues para determinar el estado psicológico del demandado habrá que recurrir a los conocimientos médicos, a los servicios de un especialista, de un psicoanalista, si es necesario.

Pero una vez solucionada esta dificultad preliminar, la labor del demandante será relativamente simple: su tarea se limitará a establecer cierto número de hechos materiales precisos, de naturaleza a demostrar tan claramente como fuera posible, la conducta del demandado en el momento en que se produjo el acto dañoso. Esta prueba, en razón de su carácter de simple hecho, podrá ser establecida por todos los medios.

Cuando esta prueba haya sido hecha, el papel del demandante termina y el Juez estará en condiciones de comenzar su trabajo para determinar si el demandado se ha comportado como un buen padre de familia, como un "representante normal de la humanidad"; si él

ha actuado de esta manera, el Juez lo descargará de toda responsabilidad; en caso contrario, será declarado en falta y estará obligado a reparar el daño que ha causado.

La jurisprudencia ve una falta "en todo acto contrario a la conducta habitual de la vida; en toda defectuosidad del mecanismo industrial, haya o nó podido ser evitada". (1)

(1).—Thaller et Ripert, Derecho Marítimo, tomo II, No. 1802.

Capítulo IV.

TEORIA DEL RIESGO.

Sección I.—Exposición de la teoría.

38.—La teoría del Riesgo ha aparecido en la doctrina, en el curso de la última mitad del siglo XIX, época en que fué propuesta como fundamento de la responsabilidad del patrón, en materia de accidentes del trabajo.

Esta teoría ha sido admitida por algunos autores, y la jurisprudencia la ha adoptado en algunas decisiones.

También en legislación se encuentra esta teoría; el legislador, en ciertos dominios particulares, ha admitido reglas de excepción que se inspiran más o menos en ella; por ejemplo, el Código del Aire, en Francia, en su artículo 53 establece: "El que explota una aeronave es responsable, de pleno derecho, de los daños causados a las personas o a los bienes situados en la superficie, por la evolución de la aeronave o de los objetos que de ella se desprendan. Esta responsabilidad no puede ser atenuada o descartada sino por la prueba de la falta de la víctima".

El legislador francés también ha hecho una aplicación relativa de la teoría del riesgo en la ley del 9 de Abril de 1898, sobre los accidentes del trabajo. (véase infra No. 42).

Los casos precitados, son los únicos en que el legislador ha consagrado excepcionalmente la teoría del riesgo.

Algunos autores han propuesto aplicar la teoría del riesgo a los accidentes de transporte, donde han creido encontrar un campo favorable para su aplicación.

Pero esto no ha pasado de una proposición, pues como hemos visto, la jurisprudencia se mantiene firme en aplicar a los accidentes de transporte, la responsabilidad contractual. Es verdad que la jurisprudencia ha consagrado en algunos casos la teoría del riesgo; la Corte de Chambéry declara en su sentencia del 12 de Julio de 1905, que: "La responsabilidad del artículo 1384 párrafo I, no está subordinada a la idea subjetiva de falta, sino más bien a la idea objetiva de daño... Aquel que detenta una cosa y le saca ventaja debe, por consecuencia de una legítima reciprocidad, soportar las cargas correlativas de esta ventaja". (1)

Otra sentencia de la Corte de Lyon del 18 de Enero de 1907, funda, igualmente, la responsabilidad dictada por el artículo 1384, párrafo I, en "la creación de un riesgo nuevo que hace correr a la sociedad la introducción de una cosa peligrosa". (2)

Pero estas son decisiones excepcionales que solamente constituyen un número insignificante entre los millares y millares de sentencias rendidas en materia de responsabilidad; y, además es de notarse que ninguna emana de la Corte de Casación de Francia; ningún fallo de la Cámara Civil o de la Cámara de las **Requetes** ha discutido la necesidad de la falta como elemento constitutivo de la responsabilidad.

Entre los partidarios de la teoría del riesgo, algunos se contentan con negar la necesidad de la falta; ellos declaran que todo hecho, **culposo** o **no,** que cause un daño obliga a su autor a repararlo. Esta es la que se puede llamar teoría del riesgo integral, tesis puramente negativa. Pero la mayor parte de los detractores de la idea de la falta no se contentan con esto: después de haberla destruido, se esfuerzan por reconstruirla; reconocen que todos los hechos dañosos no son susceptibles de comprometer la responsabilidad de su autor, y

---

(1).—S. 1906—2—46; D. 1905—2—417, y nota de Josserand.
(2).—D. 1909—2—245.

buscan entonces un criterio, distinto de la falta, que les permita establecer la discriminación, y cada uno propone un criterio particular.

Negación de la falta.

39.—Los partidarios de la teoría del riesgo admiten su parte negativa; rehusan establecer una distinción entre los hechos **culposos** y los **no culposos**, afirman que la responsabilidad debe ser comprometida, sin que haya que preocuparse de la cuestión de saber si el autor del acto dañoso ha actuado bien o mal.

Esta negación es la consecuencia de una serie de tendencias de orígenes muy diversos que se han manifestado a fines del último siglo.

Estas tendencias son las que han determinado a ciertos autores a abandonar el punto de vista clásico, a rechazar la teoría tradicional de la falta. Entre ellas se pueden citar las tendencias de orden filosófico, que marcan la influencia de la doctrina del positivismo, del materialismo.

Sabemos por nuestros estudios de Filosofía del Derecho, que algunos juristas se esfuerzan por no encontrar en los conflictos del derecho más que patrimonios en presencia: ellos quieren eliminar a la persona que piensa, que tiene un alma y una conciencia; pretenden no ver más que cosas materiales. Es preciso, dicen "materializar el derecho", "rechazar el lado psicológico del derecho". Pero si el derecho no rige más que cosas, como los patrimonios, ¿cómo se plantearía el problema de la responsabilidad? ?Se puede exigir, para obligar a un patrimonio a reparar el daño sufrido por otro patrimonio, que el primero haya, cometido una falta?. Esto no tendría ningún sentido. Un patrimonio es un conjunto de cosas materiales que no comete faltas; no puede infringir una regla de conducta, proceder bien

o mal. Suprimir la persona es suprimir la falta.

Al mismo tiempo que una gran corriente de materialismo atravesaba la ciencia jurídica, otro movimiento de origen filosófico se manifestaba, pero con una filosofía saturada de política, un movimiento de socialización del derecho. (1)

Al lado de estas tendencias han surgido otras más o menos similares nacidas unas de la moral y la equidad, otras de la escuela histórica del derecho, cuya cabeza visible es Savigny; pero ninguna ha progresado frente a la necesidad indiscutible de una falta en toda responsabilidad. El derecho positivo no las ha consagrado, y han quedado como puras doctrinas filosóficas.

Criterio del acto anormal, criterio del provecho.

40.—Para algunos partidarios de la teoría del riesgo, siempre numerosos en el momento del nacimiento de una teoría nueva, y que vienen a ser cada vez más raros hoy, esta tesis se reduce a una simple negación. Ellos se contentan con afirmar que la falta no tiene un carácter constitutivo de la responsabilidad civil. También declaran que todo hecho que causa a otro un daño obliga a reparación. La responsabilidad civil existe desde que dos elementos están reunidos: un daño, un lazo de causalidad entre este daño y la actividad del demandado. Esta es la teoría del riesgo integral: "Cualquiera que actúe debe sufrir los riesgos de su actividad, sea que se ejerza aislada y directamente, sea por intermedio de otras actividades o de otras fuerzas".

Actualmente, los que niegan la idea de la falta no van tan lejos. Reconocen que todos los hechos dañosos no comprometen la responsabilidad de su autor; pero en lugar de escoger la falta como criterio de esta discriminación que juzgan necesaria, proponen un **criterio** nuevo, variable con cada uno de ellos.

---

(1). —Mazeaud, Ob. cit. T. I., No. 339 y siguientes.

Entre los varios sistemas propuestos, citaremos los dos principales: el del acto anormal y el del provecho.

Estos autores distinguen entre el acto normal y el acto anormal, el primero de estos actos es sólo susceptible de comprometer la responsabilidad de su autor.

En el dominio jurídico, la tesis ha sido defendida principalmente por M. Ripert, quien la descubrió estudiando la responsabilidad entre vecinos. Varios autores estiman que el propietario de un fundo es responsable del daño que cause a sus vecinos, sin que haya que investigar si ha cometido una falta o nó, desde que su actividad es anormal. M. Ripert creyó entonces poder extender esta fórmula a todos los casos de responsabilidad: "El acto comprendido en los límites legales compromete sin embargo la responsabilidad de su autor quien, aprovechándose de los beneficios de su derecho, debe soportar los riesgos. Pero el titular del derecho no puede ser considerado como autor responsable del acto, sino cuando no ha actuado según las condiciones normales de su época y de su medio... La irresponsabilidad es creada, no por el ejercicio del derecho, sino por el hecho de que se actúe en las condiciones normales de su época y de su medio..."

Al principio este criterio pareció seductor por ser relativamente simple, pero no conducía a otra cosa que a los principios tradicionales de la falta que se proponían destruir, porque, investigar si el acto es **normal** o **anormal**, es simplemente preguntarse si su autor ha cometido o no una imprudencia al ejecutarlo. M. Ripert ha reconocido esto, y ha afirmado que la falta es un elemento constitutivo de la responsabilidad civil.

Otro partidario de la teoría del riesgo, Gaudemet, se ha visto obligado a aceptar que el acto "anormal", que él llama "peligroso", constituye necesariamente una falta de imprudencia.

El primero de los dos criterios citados, que los sustentadores de la teoría del riesgo han propuesto para sustituir la falta, queda descartado porque si el acto "anormal" constituye una imprudencia, la falta está comprendida en él y no puede sustituirla.

41.—Pasemos ahora a examinar el criterio del "provecho" para ver cual es el fundamento que sus partidarios pretenden atribuirle.

Los autores que mantienen este criterio niegan también la falta, pero reconocen a la vez que es imposible admitir que todo hecho dañoso obliga a su autor a reparación. Entre los hechos dañosos que comprometen la responsabilidad de su autor, se encuentran aquellos que son para él una fuente de provecho: **Ubi emolumentun, ibi onus;** es la teoría llamada "riesgo-provecho". Sus partidarios pretenden que este adagio sirve de fundamento a su teoría. Dicen: "Aquel que se aprovecha del funcionamiento de una empresa, debe sufrir las consecuencias de los accidentes que puedan ser causados por ella".

Pero ¿qué es preciso entender por "provecho"?. ¿En cuáles casos se puede decir que una persona retira un "provecho" de su actividad?

Si se toma esta expresión en un sentido lato, puede decirse que toda persona que cumple un acto en el cual tenga un interés cualquiera retira un provecho. Pero los partidarios de la teoría del "riesgo-provecho" no les dan esta interpretación porque interpretada así, viene a ser una teoría puramente negativa y se confunde con la teoría integral del riesgo; vale lo mismo decir que todo hecho perjudicial compromete la responsabilidad de su autor; sólo las personas privadas de razón cumplen actos sin estar guiados por un interés sea pecuniario, sea moral.

También se da al término "provecho" un sentido más restringido. Aquel que se "aprovecha", es aquel

que "especula economicamente" y quien, creando para los otros un riesgo, crea para él mismo una fuente de riqueza: por ejemplo el que instala una industria. Este sistema ha sido tomado del sistema alemán fundado en la responsabilidad del hecho de la explotación, y predicado en Francia por la mayor parte de los partidarios de la teoría del riesgo, particularmente por M. Josserand: "Aquel que crea, supervigila y dirige un organismo cuyo funcionamiento es susceptible de perjudicar a otro, se constituye, por esto mismo, autor responsable de los daños y perjuicios que este organismo cause en su camino, abstracción hecha de toda idea de falta, de toda cuestión de imputabilidad" (1).

42.—Esta tesis como otras, fueron construidas en Francia con motivo de la lucha sostenida entre el capital y el trabajo, para venir en ayuda de la clase menos favorecida, los obreros.

En esta lucha, además del interés social que existía para socorrer a los obreros víctimas de los accidentes del trabajo, intervinieron las influencias políticas y culminaron con la promulgación de la ley del 9 de abril de 1898, sobre los accidentes del trabajo, que proclama la responsabilidad sin falta de los industriales. Pero esta ley, a pesar de que establece una responsabilidad sin falta a cargo de los industriales, no consagra la teoría del riesgo, pura y simplemente, porque la víctima no obtiene una reparación integral; ella es indemnizada en principio en la mitad del perjuicio sufrido. (2)

La ley No. 385 sobre accidentes del trabajo, votada por el Congreso Nacional en fecha 17 de Junio de 1932, reformada, establece también una responsabilidad sin falta a cargo del patrono cuando los obreros o empleados son víctimas de un accidente. Pero lo mismo que la ley francesa ya citada, tampoco acuerda a la

---

(1).—Véase Mazeaud, obra citada, tomo I, Nos. 347, 348 y 349.
(2).—Véase Mazeaud, obra citada, tomo I, No. 78.

víctima o a sus causa-habientes una reparación total por el daño sufrido.

Lo que comprueba que la adopción de la teoría del riesgo por nuestro derecho positivo, no satisface, igual que en Francia, el interés de la víctima.

Por otra parte la referida ley francesa ha puesto fin a las diferentes tendencias que habían sido preconizadas por los partidarios de la teoría del riesgo, y ha suprimido la razón de ser de la distinción que hacen los que niegan la falta en la responsabilidad. El legislador se ha detenido en ese aspecto particular de la responsabilidad, y no hay que extender la tesis propuesta por los partidarios de la teoría del riesgo, a otros dominios de la responsabilidad civil, especialmente al transporte de personas.

El legislador no ha querido consagrar esta teoría para que sea aplicada a toda la materia de la responsabilidad civil. Antes al contrario, el haberla aplicado al caso excepcional de los accidentes del trabajo, sin extenderla a otros casos de responsabilidad civil, comprueba su decisión de que no traspase los límites estrechos de la clase de accidentes a que ha sido referida. A falta de una reglamentación especial de los accidentes de transporte, el juez apoderado de estos casos, tiene que resolverlos con aplicación a los principios que rigen el derecho común de los contratos.

Sección II.—Crítica de la teoría del riesgo.

43.—Por el estudio que acabamos de hacer de la teoría del riesgo, notamos que ninguno de los criterios propuestos para reemplazar al de la falta es satisfactorio; y aun cuando se descubriera uno nuevo que presentara todas las cualidades deseables, se podría también rechazar sin vacilación. Es de principio, que antes de proponer un criterio nuevo, es necesario arruinar el criterio antiguo. Todos los teorizantes del riesgo están obligados a comenzar por negar la necesidad de la falta.

Unos se detienen ahí; otros van más lejos y se esfuerzan en reconstruirla sobre bases nuevas; pero esto no importa; es el punto de partida lo que es inexacto; la falta queda siendo una condición necesaria de la responsabilidad civil.

Para convencernos de que ninguno de los argumentos expuestos por los partidarios de la teoría del riesgo es convincente para determinar el abandono de la teoría tradicional de la falta, nos bastaría hacer un comentario de cada una de las tendencias que han surgido para negar la necesidad de la falta; tales como la concepción materialista del derecho, sobre la cual M. Ricol ha dicho: "La teoría de la falta es lógica para el espíritu; es satisfactoria para la equidad, ella sólo afirma, en esta sociedad, la necesidad de un orden moral, y frente a las fuerzas obscuras del materialismo, el poder de un idealismo siempre vivo".

Podríamos también hacer comentarios sobre otras tendencias como las que han nacido del socialismo, las que se fundan en la moral y la equidad, las que invocan los partidarios de la teoría del riesgo apoyándose en el método histórico, etc. Pero la teoría del riesgo está hoy en plena decadencia; sus principales defensores, como M. Ripert, la han abandonado para unirse a los partidarios de la falta. Los argumentos con los cuales los partidarios de la falta han combatido a los sustentadores de la teoría del riesgo son decisivos, y dan por aniquilada la teoría. Por tanto, consideramos desprovistos de interés los comentarios que pudiéramos hacer sobre la cuestión, pues sólo, servirán como datos históricos, pero que no nos conducirán a ninguna utilidad desde el punto de vista práctico.

44.—A pesar de las críticas que acabamos de formular y que pueden considerarse como suficientes para dar por rechazada la teoría del riesgo, nos falta por hacer la crítica capital que se puede dirigir a esta teoría.

En efecto, lo que se le puede reprochar esencial-

mente, es que no tiene un lugar verdadero en el campo jurídico. El derecho tiene necesidad de nociones precisas, y no de nociones filosóficas o económicas vagas. Es necesario que los jueces investiguen hasta donde los conduciría la aplicación de los términos que se les proponen. Puede ser, que inconscientemente se dejen guiar por la doctrina del provecho, que investiguen en tanto como sea posible la persona que se beneficia de la actividad de donde ha nacido el daño, porque hay en esto una regla de equidad. Pero jamás se servirán de semejante noción para motivar sus decisiones, no proclamarán que aquél que actúa sin falta puede ser responsable.

La Corte de Casación es demasiado prudente para adoptar un principio tan extenso como peligroso. Ella sabe que nadie puede decir hasta donde la arrastraría la aplicación de tal regla; cree que por una multiplicación indefinida de los procesos, la teoría del riesgo tenga por resultado comprometer gravemente el orden social mismo. Los tribunales encontrarán en la noción de la falta un instrumento de control precioso; pueden, gracias a ella, introducir en los procesos en responsabilidad, estos elementos de medida y de ponderación que hacen el honor de la jurisprudencia.

Los jueces no renunciarán a la aplicación de la noción de la falta para aventurarse en la desconocida teoría del riesgo. En los casos muy raros en que la jurisprudencia se ha visto conducida a consagrar nociones tan vagas como la del riesgo, ha reaccionado inmediatamente y las ha encerrado en límites tan estrechos que destruye todo su alcance. El mejor ejemplo que se puede dar es el enriquecimiento sin causa.

Tal es la teoría del riesgo, y tales son las críticas bajo las cuales ella sucumbe (1).

(1).—Véase Mazeaud, obra citada, tomo I, No. 355.

Rechazo de la teoría del riesgo. Es inaplicable a los accidentes de transporte de personas.

45.—Hicimos notar al principio de este capítulo (supra No. 38), que algunos autores, partidarios de la teoría del riesgo, han preconizado esta teoría para aplicarla a los accidentes que ocurren en razón del transporte de personas. Pero hemos visto que dicha teoría ha sido condenada en doctrina por la mayoría de los autores, es casi nula en jurisprudencia, y los textos son mudos, con muy raras excepciones, sobre el particular. Apoderado un juez de un caso en responsabilidad por accidente de transporte, ¿en cuál texto legal, jurisprudencia u opinión autorizada, se fundaría él para motivar su sentencia? Su situación sería embarazosa y su vacilación profunda.

El fracaso de la teoría del riesgo consiste en que sus partidarios han querido establecer una responsabilidad exenta de toda idea de falta y se han estrellado contra el formidable edificio de la responsabilidad civil fundado sobre la noción tradicional de la falta.

Haciendo abstracción de las pocas decisiones que los tribunales han rendido sobre una responsabilidad sin falta, toda la jurisprudencia civil ha quedado fiel al principio tradicional de la falta en todos los dominios: responsabilidad del hecho personal (art. 1382), del hecho de otro (art. 1384, párrafo 2 y siguientes) y del hecho de las cosas (Art. 1384, párrafo I, y arts. 1385, 1386) (1).

Por los argumentos sentados ya, consideramos que debe rechazarse la aplicación de la teoría del riesgo a los accidentes de viajeros porque no se alcanzaría un resultado satisfactorio para la víctima, que es la que merece ser protegida con mayor cuidado.

---

(1).—Véase Mazeaud, obra citada, tomo I, No. 83.

La responsabilidad del conductor en el transporte de personas no es una excepción; y si la mencionada teoría ha sido descartada de una manera general de la responsabilad civil, no hay razón para admitir su aplicación en los accidentes que puedan sobrevenir en ocasión del viaje.

CONCLUSION.

46.—Consideramos que hemos logrado en este estudio el fin que nos habíamos propuesto, esto es, escoger entre las teorías que se disputan el dominio de la responsabilidad civil, una que se pueda aplicar sin inconvenientes, a la responsabilidad del conductor en los accidentes que ocurren en razón del transporte de personas.

Por la exposición hecha en el desarrollo de esta tesis, sabemos que son tres las teorías que campean en el terreno de la responsabilidad civil. La teoría contractual, la teoría delictuosa y la teoría del riesgo. De éstas, nos hemos adherido a la teoría contractual que consideramos la más adecuada para regir la responsabilidad del transportador en los accidentes de viajeros, porque las ventajas que ofrece son incomparables con las de las otras dos.

Esta teoría tiene su justificación en todos los dominios: es conforme a la doctrina tradicional de la falta; está consagrada en los textos del Código Civil; la jurisprudencia la ha adoptado también en un gran número de decisiones, y está fijada hoy en el sentido de aplicarla en materia de transporte de personas. La doctrina está unánime, con muy pocas excepciones, a favor de ella. En la actualidad, sólo un reducido número de autores disidentes se pueden contar; pero esta teo-

ría se impone cada vez más por su lógica y su equidad, y es probable que los autores que hoy la combaten pronto se unan a ella.

El hecho de que la jurisprudencia se haya orientado de un modo definitivo en el sentido de aplicar la teoría contractual a los accidentes de transporte de personas, asegura el éxito de esta teoría puesto que, mejor que una reforma legislativa, permitirá adaptarse más facilmente a las necesidades económicas y sociales que están siempre en constante evolución.

Por otra parte, en virtud de la obligación de seguridad que se desprende del contrato de transporte y por la cual el conductor se obliga a conducir al viajero sano y salvo a su destino, en caso de accidente, la víctima, sus herederos o sus causa-habientes, pueden obtener una reparación integral del perjuicio que hayan sufrido. Esto constituye una ventaja apreciable para el viajero.

Otras ventajas que ofrece la teoría contractual son las que existen respecto a la prueba, a la competencia y a la prescripción.

En cuanto a las dificultades que los adversarios han señalado sobre la aplicación de la teoría contractual, la jurisprudencia se ha manifestado ya, y la doctrina ha dado su opinión más autorizada de manera que han quedado eliminadas tales dificultades. Todas estas cuestiones pueden verse en su capítulo correspondiente, donde han sido cuidadosamente tratadas.

47.—Para realizar el presente trabajo nos hemos esforzado en buscar todos los datos que puedan servir para presentar de una manera clara y precisa la tesis que sustentamos. Al efecto, hemos hecho investigaciones tanto en la jurisprudencia francesa como en la nuestra y nos hemos remontado a épocas lejanas en que los tribunales comenzaban a dictar sus primeras decisiones sobre la responsabilidad del conductor en acci-

dentes de viajeros, para seguir su evolución hasta nuestros días, a fin de apoyar en ella nuestro criterio.

También hemos consultado obras de eminentes autores cuyas opiniones sobre la materia merecen todo crédito.

Hemos hecho una exposición de cada una de las teorías preconizadas, estudiándolas desde el punto de vista teórica y desde el punto de vista de su aplicación práctica, haciendo observar a la vez las críticas que se les han dirigido a cada una de ellas, para conocerlas mejor y determinar cual conviene aplicar a la responsabilidad del conductor en materia de transporte de personas. Realizado este estudio, nos hemos decidido por la aplicación de la teoría contractual.

Nuestros esfuerzos han estado a la medida de las circunstancias. Hemos tratado de prever todos los casos que puedan relacionarse con esta materia; si acaso hemos incurrido en omisiones, se debe al poco tiempo de que disponemos para realizar esta clase de trabajo. Hemos hecho todo lo que ha estado a nuestro alcance para lograr el propósito deseado.

BIBLIOGRAFIA.

Aubry et Rau.—Cours de droit civil francais, 5e., édition.

Baudry—Lacantinerie et Barde.—Des obligations, 2e., édition, t, IV.
Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil, par Bonnecase.

Baudry—Lacantinerie et Wahl.—De la Société, du Pret et Du Dépot.—Du Contrat de Louage.

Birnie, Arthur. — Historia económica de Europa. 1760—1933.

Boistel.—Philosophie du droit.

Boutaud.—Des clauses de non responsabilité et de l'assurance de la responsabilité des fautes.

Capitant, Henri.— (Ambroise Colin et...), Cours élémentaire de droit civil francais, 7e., édition.

Capitant, Henri.—Les grands arréts de la jurisprudence civile.

Dalloz.—Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence.

Dalloz.—Répertoire pratique de législation, doctrine et jurisprudence.

Demogue, René.—Traité des obligation en général.

Féolde.—Transport des voyageurs et des marchandises par chemins de fer. Thése Paris, 1892.

Gardenat, (et **Salmon—Ricci**).—De la responsabilité civile.

Gény.—Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif.

Glasson, (Tissier et Morel).—Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, 3e., edition.

Gounot.—Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Thése Dijon, 1912.

Guibal.—La notion d'accidents de voyageurs et la responsabilité contractuelle. These Montpellier, 1912.

Guy.—Distintion de la faute contractualle et de la faute delictuelle appliquée au transport par chemins de de fer. Paris 1893.

Josserand, Louis.—De la responsabilité du fait des choses inanimées, 1897.

Josserand et Thaller.—Les transports, 1910.

Josserand, Louis.—Le transport bénévole et la responsabilité des accidents d'automobile (Extrait du Recueil Hebdomadaire Dalloz. 1926. No. 18).

Lalou, Henri.—La responsabilité civile. 2e., édition.

Lévy—Lambert.—De la responsabilité des accidents de transports terrestres. These Paris, 1916.

Loup, Jean.—La responsabilité des accidents causés par les automobiles, Paris (Dalloz), 1932.

Lyon—Caen et Renault.—Traité de droit commercial, 5e., édition par Amiaud.

Mazeaud et Mazeaud.—Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractualle, 2e., édition.

Pandectes francaises.—Nouveau repertoire de doctrine, de legislation et de jurisprudence.

Planiol et Ripert.—Traité elémentaire de droit civile, 10e., et 11e., éditions.

Ripert et Thaller.—Droit maritime, 3e., édition.

Sirey.—Recueil général des lois et arréts.

Sourdat.—Traité générale de la responsabilité civile.

Thaller.—Traté elémentaire de droit commercial.

INDICE

Págs.

INTRODUCCION..... 5

CAPITULO I

EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD EN JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia francesa..... 9
Aplicación de la teoría de la responsabilidad delictuosa 9
Evolución de la jurisprudencia francesa de 19111 a 1913 11
Jurisprudencia dominicana..... 15

CAPITULO II

ESTUDIO TEORICO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y DE LA TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD DELICTUOSA

SECCION I. Distinción entre la falta delictuosa y la falta contractual 20
No hay diferencias fundamentales entre los dos órdenes de responsabilidades. Existen diferencias accesorias 22
Diferencias prácticas entre las responsabilidades delictuosa y contractual..... 27
a) De la acción en responsabilidad..... 27
b) De la evaluación del perjuicio..... 27
c) De las personas que pueden demandar..... 28
d) De la prueba 28
SECCION II. Teoría contractual. Exposición de la teoría 30
Argumentos legales: artículo 1884 C. Civil. 33
Argumentos legales: (Continuación), artículo 1147 del Código Civil..... 36
Argumentos de razón..... 39
Obligaciones del viajero 41
Equidad 42
SECCION III. Crítica de la teoría contractual.... 43
Legislación extranjera..... 47

CAPITULO III

COMPARACION ENTRE EL SISTEMA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EL DE LA RESPONSABILIDAD DELICTUOSA EN CUANTO A SU APLICACION PRACTICA. SUS VENTAJAS E INCONVENIENTES.

SECCION I. Teoría contractual. Sus ventajas..... 48
a) De la prueba..... 48
b) De la competencia..... 50
c) De la Prescripción..... 53
Sus inconvenientes..... 54
1o., Validez del contrato..... 54
2o., Límites de la ejecución del contrato..... 56
3o., Extensión de la indemnización. Cuantum..... ... 56
4o., Cláusula de no-responsabilidad..... 58
5o., Transporte benévolo..... 62
SECCION II. Responsabilidad delictuosa..... 66
a) Sus ventajas 66
b) Sus inconvenientes..... 67

CAPITULO IV

TEORIA DEL RIESGO

SECCION I. Exposición de la teoría..... 70
Negación de la falta..... 72
Criterio del acto normal, criterio del provecho..... 73
SECCION II. Criterio de la teoría del riesgo..... ... 77
Rechazo de la teoría del riesgo. Es inaplicable a los accidentes de transporte de personas 80
Conclusión 82
Bibliografía..... 85

D-102

UNIVERSIDAD DE SANTO DOMINGO
REPUBLICA DOMINICANA

FACULTAD DE DERECHO

"ESTUDIO SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD. SU CARACTER ACTUAL EN LA REPUBLICA".

TESIS
PARA EL DOCTORADO

Sustentada por
RAFAEL RICHIEZ SAVIÑON.

Año Académico de 1940 - 1941

Número 34

"La Universidad no se hace solidaria de las opiniones emitidas por el sustentante". (Ordenanza Núm. 21-40 de fecha 30 de Septiembre de 1940).

CIUDAD TRUJILLO
1940

BN
D-102
UASD
FCJ

A mis padres

F. MARIN RICHIEZ
y CARIDAD S. DE RICHIEZ.

A mis abuelos

FRANCISCO RICHIEZ DUCOUDRAY
CARMEN NOBLE DE RICHIEZ
y LUISA MARTINEZ VDA. SAVIÑON.

A

CARLOS GATON RICHIEZ,
Mayor E. N.

A mi tía DALILA R. DE LLUBERES.

014279

PALABRAS LIMINARES.

El derecho como la moral se fundan y labran sobre las condiciones y los hechos que forman la conducta y las necesidades sociales del hombre, quien inútilmente se esforzará por sustraerlo de la influencia y jurisdicción de estas dos esferas.

Esta afirmación muestra, que encuentra su más exacta confirmación en el historicismo jurídico, no ha merecido en nuestro país la debida atención que merece su profundo sentido práctico.

Regidos los dominicanos por códigos exóticos prácticamente desde el año 1825, fecha en que nos fueron impuestos por el invasor de Occidente; no solamente han servido para construir el armazón de nuestro sistema legislativo, sino que además, bajo su influencia persistente, hemos adoptado como derecho propio en menoscabo de nuestras tradiciones jurídicas, el derecho para nosotros sin arraigos psicológicos elaborados por la doctrina francesa.

Pensamos, sin embargo, que ha llegado el momento en que debemos dedicar toda nuestra atención y nuestros conocimientos jurídicos y sociológicos, para formar nuestro derecho nacional en consonancia con nuestras necesidades sociales y nuestra idiosincrasia autóctona, y subsanar por consecuencia, la debilidad

mental o la incuria injustificable puesta de manifiesto por aquéllos que, poseedores de un gran acervo intelectual y jurídico, han buscado una y otra vez en la doctrina y la jurisprudencia francesas la solución de nuestros conflictos jurídicos, defraudando muchas veces la norma establecida por nuestras costumbres.

Entre nosotros, la necesidad de formar nuestro derecho nacional a que nos estamos refiriendo, se ha puesto de manifiesto legislativamente con la implantación de la tesis como preliminar obligado para optar al doctorado en cualquiera de las facultades de nuestra Universidad, dándose de este modo el primer paso para la consecución de esta finalidad, a la vez que se trata de despertar el sentimiento de investigación de nuestros profesionales y de enriquecer la bibliografía nacional. Este es el propósito que nos anima al abordar el tema de nuestra tesis, el cual versará sobre el derecho de propiedad, tan antiguo como las necesidades del hombre, y tan controvertido como suelen serlo todas las instituciones que tienen su origen en época remotísima, en que presuponer en el hombre cualquiera actividad intelectual constituiría un verdadero abuso de la fantasía. Fácil resulta, pues, explicar la promiscuidad de conceptos referidos a un mismo objeto (la propiedad) y a una época en que es obligatorio para el conocimiento abundar en el terreno de las hipótesis.

Aun cuando encontrar el fundamento del derecho de propiedad es problema que atañe más bien a la Filosofía del Derecho que al Derecho Civil, considerado desde un punto de vista práctico, iniciaremos nuestro trabajo, para hacerlo más completo, partiendo de este problema sobre el cual expondremos las teorías más autorizadas, para luego entrar a considerar el fondo de la materia que ha llamado nuestra atención ahora orientada hacia la realización de finalidades jurídicas nacionales.

PRIMERA PARTE.

Controversia sobre el fundamento del derecho de propiedad individual.

En todas las épocas se han promovido profundas e interminables discusiones sobre el fundamento y la legitimidad del derecho de propiedad individual, hoy más acentuadas que nunca, cuando el resurgimiento de nuevas corrientes ideológicas principalmente sustentadas por las diversas escuelas socialistas, con profundos arraigos en la conciencia universal impulsan a la humanidad hacia la lucha en defensa de los derechos colectivos.

En esta disputa de siglos, juristas, economistas y filósofos, se han ingeniado para buscar una solución a lo que hemos llamado ya problema de siglos.

De estas doctrinas expondremos a continuación las que nosotros juzgamos más interesantes.

En la opinión tradicional, a la que se adscriben **Bousset** y **Montesquieu** (Espíritu de las Leyes), la propiedad individual es una institución de derecho civil. En este sentido **Mirabeau** afirma "que la propiedad es un bien adquirido en virtud de la ley". "Sólo la ley constituye la propiedad individual, porque solamente la voluntad política puede efectuar la renuncia de todos, y dar un título común, una garantía para el goce de uno solo".

Bentham sostiene, fortaleciendo las opiniones precedentemente expuestas, lo siguiente: "La propiedad y la ley han nacido juntas y juntas morirán. Antes de las leyes, no hay propiedad; quitad las leyes y toda propiedad cesará **ipso facto**".

Analizando esta primera teoría nos damos cuenta lo inadmisible que resulta, al considerar la propiedad individual como una delegación del Estado que en tal virtud, podría en cualquier momento justificado para éste retirar el beneficio a los delegatarios.

A este concepto se aferran los que consideran la propiedad como un derecho natural, esgrimiendo argumentos poderosísimos para combatir el criterio de los legalistas. Afirman los sostenedores de esta doctrina, "que si la propiedad es un derecho natural, como lo es en efecto, su existencia es independiente y anterior a la de la ley, la cual se limita exclusivamente a reconocer y garantizar este derecho".

Los jurisconsultos romanos habituados a no practicar investigaciones más allá de las reglas jurídicas que les sirven de guía, por una tendencia marcada erigían los preceptos de la ley en principios filosóficos; encontrando de esta manera en la idea de ocupación el fundamento del derecho de propiedad.

A esta concepción puede objetarse, que siendo la ocupación un hecho, no puede crear más que un estado de hecho, la posesión. Aquí los legalistas toman la revancha, y reafirman que la propiedad no puede resultar más que de una legislación que la admita y la organice, y clasifican la ocupación entre los modos de adquirir.

La ocupación como modo de adquirir no puede servir, continúan diciendo los legalistas, para justificar el derecho de propiedad, porque los modos de adquisición implican la preexistencia teórica del derecho ad-

quirido por su empleo. (Planiol, Derecho Civil, T. I, Pág. 716 y sigts., año 1911).

La doctrina de los jurisconsultos romanos, como observa **Ahrens,** confunde el origen con el fundamento de la propiedad, y aun como explicación del origen de la propiedad es inaceptable; en efecto, ningún hombre se halló ante tierra que no fuese poseída, y el hombre prehistórico no estaba en condición de ocupar un mismo paraje por la vida errante que llevaba.

Por otra parte el hecho solo de la ocupación tampoco justifica el derecho de propiedad; a este respecto observa **Ahrens:** "Los que penetraron por primera vez en un país inhabitado se vieron obligados a compartirlo con los recién venidos, bastante fuertes para hacer valer sus pretensiones. Según la teoría de la ocupación sería, pues, en último lugar, la fuerza, más bien que la primera ocupación, la que debiera considerarse como título de propiedad, y bien difícil sería hacer de la fuerza un elemento constitutivo del derecho". (**Ahrens**, Curso de Derecho Natural, Pág. 359).

Si la teoría de la ocupación no explica el fundamento de la propiedad antigua, menos aún puede servir de fundamento de la propiedad tal como se halla organizada en las sociedades modernas. En efecto, las nuevas fortunas que se constituyen diariamente y que producen desigualdades entre los hombres, no pueden justificarse con la teoría de la ocupación, por cuanto en las sociedades modernas, la **res nullius** tiene una importancia insignificante. (**Cawes,** Curso de Economía Política, T. II, Pág. 962).

Los economistas han sustentado que el trabajo es el verdadero fundamento del derecho de propiedad. De acuerdo con esta teoría Baudrillad dice lo siguiente: "Si el hombre es el propietario natural de sus facultades ha de tener el libre ejercicio de las mismas; de ahí surge la libertad del trabajo, la primera y más principal de todas las propiedades. En fin, ¿cómo dejar de ser

propietario del producto del ejercicio de sus facultades, es decir, del fruto de su trabajo, sea que lo consuma inmediatamente, sea que lo acumule por medio del ahorro, en una palabra, que lo capitalice?"

Esta cadena de argumentos parece interminable. Y como dicen con razón los defensores de la propiedad: "si la propiedad es un hecho universal que se encuentra por doquier, a lo menos como un germen que la civización desarrollara, débese a que la propiedad es un hecho necesario que tiene su base y su origen en la constitución de la humana naturaleza".

"Las tres teorías sobre el origen de la propiedad (la de la libertad inviolable, la del primer ocupante y la del trabajo), no son más que diversos aspectos de un mismo principio; a saber: la fuerza activa, al tomar posesión de sus facultades y de sus órganos corporales, es lo que constituye el acto de su ejercicio y la primera apropiación asequible; después, imponiéndose a las cosas por medio de la ocupación aparece el segundo acto, o mejor, la segunda manera de apropiación y la primera forma visible de la propiedad; después, en fin, asimilándola por medio del trabajo, aparece el tercer grado de dicho desenvolvimiento, grado infinitamente más enérgico, más apreciable en sus efectos, y de una evidencia por decirlo así, más palpable, que hace u obliga a tomar cuerpo al derecho, situado allí, en una esfera demasiado metafísica para no dar lugar a objeciones innumerables así teóricas como prácticas". (**Baudrillad**, Manual de Economía Política, Págs. 51 y sigts) .

Otro economista, **Gide,** dice lo siguiente: "Si queremos permanecer fieles al prinicipio de justicia distributiva que hemos adoptado y que se formula " a cada uno el producto de su trabajo", debemos declarar que el derecho de propiedad individual no puede tener otro fundamento legítimo que no sea el trabajo. Y, en efecto, este es un punto de partida generalmente aceptado por todos los economistas y aún por la mayor

parte de los socialistas". (**Gide**, Economía Política, Pág. 465).

Liebert funda también el derecho de propiedad en el trabajo, y a la objeción que se hace de que el hombre no debe apoderarse mas de lo que necesita para su vida y sustento, responde que, "además de las necesidades de la vida, existen otras de un carácter mucho más elevado: las exigencias de la civilización." No podemos prescindir de la acumulación permanente de la propiedad; sin ella no pueden conquistarse las comodidades; sin el bienestar no puede alcanzarse el descanso; sin el descanso no es posible dedicarse con ahinco y perseverancia a las investigaciones científicas, ni honrar a la patria con una civilización verdaderamente nacional. (Liebert, La Moral Aplicada a la Política, Pág. 57).

José Mazzini sigue también la teoría que funda en el trabajo el derecho de propiedad, expresándose del modo siguiente: "Quien trabaja y produce tiene derecho a los frutos del propio trabajo; en esto reside el derecho de propiedad".

Esta doctrina del trabajo que hemos venido exponiendo no satisface tampoco nuestro criterio sobre la explicación del fundamento de la propiedad individual, ya que según ella, los que no trabajan o los que están imposibilitados para colmar esta necesidad del hombre, se encontrarán por eso mismo, desprovistos de toda actitud de ser propietarios. No debe confundirse la remuneración del trabajo con su resultado, porque de lo contrario caeríamos abiertamente en el terreno donde se debaten los intereses del capitalismo y comunismo; sistemas completamente extraños a una desinteresada investigación como la que nos proponemos.

La teoría de la convención o contrato social sostenida por **Rousseau** y seguida por **Kant** y **Fichet** nos suministra una nueva explicación.

Kant hace observar que los actos aislados de un hombre, tales como la ocupación y el trabajo, no pueden constituir el derecho de propiedad, porque ésta implica por parte de todos los miembros de la sociedad obligaciones negativas.

De esta manera **Kant** condena el fundamento que al derecho de propiedad dieron los jurisconsultos romanos, y más luego los economistas de estos últimos tiempos.

Pero a su vez, de la doctrina del contrato social puede expresarse lo siguiente: que hasta el presente tiene su fundamento en hipótesis aún no establecidas ni por hechos reales, ni por razonamientos científicos. En las investigaciones históricas efectuadas hasta hoy, no se han podido encontrar las huellas del pretendido contrato social que se invoca, lo que justifica que aún se tenga en tela de juicio el contenido de su doctrina.

Según **Ahrens,** "la propiedad es el reflejo de la personalidad humana en el dominio de los bienes materiales".

"El hombre, siendo persona individual, un **yo,** tiene también el derecho de establecer una relación personal individual con los objetos materiales, diciendo: **esto es mío**".

"La personalidad implica la libertad como poder de determinación propia, y se manifiesta en el dominio de los bienes como facultad de disponer de un objeto por una elección libre, para el uno o el otro fin lícito de la vida. A medida que la conciencia propia, la causalidad de acción, la libertad personal, se han desarrollado en la historia en general en el seno de cada pueblo, la propiedad ha tomado el sello más claro de la libertad".

Analizando la doctrina de **Ahrens,** expuesta precedentemente, comprobamos que al fundar su autor

la existencia del derecho de propiedad individual en la personalidad humana, implícitamente niega el criterio de los que han considerado este derecho como una institución de derecho civil, para atribuirle una característica exclusivamente natural.

Tiberghein, interpretando la doctrina de **Ahrens,** se expresa del modo siguiente: "Todo derecho es ante todo personal, en cuanto compete a una persona sujeto de derecho; pero también es verdad que la propiedad, concebida en su más vasta acepción, expresa la realización del derecho propio de cada uno. Entiéndese, en efecto, por propiedad en el lenguaje ordinario, las cosas propias para satisfacer las necesidades de la naturaleza humana, y que le permiten cumplir su destino; distínguese empero, esta noción de la propiedad, de la noción del derecho mismo, que consiste en las condiciones necesarias para el desarrollo racional del hombre, porque se considera que el derecho, como tal, no se realizó aún en el exterior, mientras que la propiedad, la actual y presente, expresa precisamente la realización del derecho por una persona particular. Sin la propiedad el derecho quedaría como una noción abstracta y subjetiva; pero como el derecho es un ideal racional que como tal, debe hallar su expresión y su complemento en el exterior, y ser realizado de una manera absoluta, no queda en un estado de abstracción, sino que la realiza en el exterior, y cuya realización constituye la propiedad".

"El derecho de propiedad está, pues, fundado en la naturaleza del hombre, en sus necesidades físicas e intelectuales, y su fin es procurar a cada cual los medios de satisfacer estas necesidades. Basta ser hombre para tener derecho a ella". (**Tiberghein**, Generación de los Conocimientos Humanos, T. IV, Pág. 276).

La teoría de **Ahrens,** expuesta de manera sucinta en el curso de este trabajo, seguida por algunos autores modernos como **Pessina** y **Palladini,** es la que más nos

seduce, si bien puede apuntársele el mismo defecto de todas las teorías **apriori.**

Este defecto se pone de manifiesto cuando **Ahrens** dice: "El hombre, siendo persona individual, tiene derecho a establecer una relación personal individual con los objetos materiales diciendo: **esto es mío**". Expresándose de tal manera, Ahrens, no explica por qué el hombre tiene derecho de propiedad, o mejor dicho, cuál es el fundamento de este derecho. En efecto, de que el hombre sea una persona individual, como dice **Ahrens**, no se puede concluir como derivación lógica que tenga derecho de propiedad; esto es dar por demostrado lo que precisamente se discute.

Lo que sí puede admitirse, y lo admitimos sin vacilación, es el criterio que considera la propiedad como un derecho natural. En efecto, la noción de propiedad nace en el individuo tan pronto como se da cuenta de sus necesidades y mucho antes del instante en que, adulto de razón ya, puede darse cuenta del alcance de un texto legal.

Son, pues, sus necesidades biológicas las que determinan en su vida la noción de este derecho, cuya estructura natural le parece desde ese instante indiscutible.

Dos autores españoles, **La Serna y Montalván,** implícitamente admiten este criterio cuando dicen: "Sin la propiedad individual faltaría el estímulo al trabajo; los campos permanecerán en su mayor parte yermos y abandonados, desaparecerían las industrias y las artes y con éstas la sublime inspiración del hombre; se extinguiría, en una palabra, la antorcha de la civilización y las sociedades retrocederían a un estado de barbarie".

A estas bellas palabras contentivas de tanto realismo puede aunársele el concepto que sobre el utilitarismo de la propiedad individual sostiene Cawes: "La

propiedad individual es un hecho histórico extremadamente antiguo, muy anterior a las leyes que lo rigen en el presente, y su organización actual es el resultado de una lenta evolución". "Al igual que la familia y el matrimonio, la propiedad individual es una fuerza social, que se ha desenvuelto a través de múltiples vicisitudes".

"Por todas estas razones se debe evitar juzgarle a la ligera, porque la experiencia de nuestra propia historia prueba que un pueblo no rompe voluntariamente con sus tradiciones y sus orígenes. La propiedad individual se justifica ampliamente por los servicios que ella presta a la humanidad. La prueba de estos servicios se saca de una comparación entre los pueblos que no practican y los que practican la propiedad individual".

"De donde es preciso concluir, que la propiedad individual y libre es para las sociedades civilizadas una necesidad". (**Cawes**, Curso de Economía Política, T. I, Pág. 281—284).

A esta doctrina de **Cawes** no faltará quien esté dispuesto a hacerle la misma objeción que le hace **Fuillee** en su "Novísimo Concepto del Derecho", página 171, a la doctrina utilitaria sostenida por **Stuart Mill.**

Según **Fuillee**, "una sociedad que pudiera otorgarnos nuestros derechos en vista solamente de su interés, fácilmente podría también, en nombre de ese interés quitárnoslos".

La objeción que antecede, a nuestro concepto, no es de gran peso, pues razonando de este modo, tenemos que reconocer, que no solamente el derecho de propiedad individual se encontraría a merced del poder público como órgano ejecutivo de la sociedad, sino también aquellos derechos más sagrados.

Las páginas de la historia están plagadas de ejemplos, en que para justificarse hechos horrorosos, se han invocado los principios más liberales y más justos.

Estudiando el fundamento del derecho de propiedad individual, hemos tratado de exponer y analizar las doctrinas más sobresalientes al respecto. Y para seguir un orden lógico en el desenvolvimiento del tema, (antes de abordar su última parte, o sea, determinar el carácter actuál del derecho de propiedad individual en la República), es preciso primero referirnos a la evolución del derecho de propiedad a través de sus vicisitudes, con la depuración de los hechos del hombre en el crisol de la historia forjada al correr del tiempo.

Trataremos de este asunto en la segunda parte.

SEGUNDA PARTE.

Evolución del derecho de propiedad.

La propiedad no siempre ha existido bajo la forma que la conocemos actualmente. Aunque en el presente constituya la expresión de uno de los más bellos ideales del hombre, puesto que sin él el bienestar del individuo sería aleotorio, y sus estímulos para realizar las actividades económicas, artísticas y científicas, estarían anulados por la incuria y la indolencia, en épocas antiguas, la idea de un derecho de propiedad, tan individualista como la que hoy se tiene, que parece colindar con los dominios de los egoísmos humanos, no hubiera podido ser comprendida ni admitida.

Ha sido preciso una lenta evolución de siglos para que la humanidad haya podido llegar a la concepción que hoy se tiene del derecho de propiedad.

Los autores que se han ocupado de hacer incursiones en el campo de la historia del derecho de propiedad, aunque reconociendo las dos modalidades universalmente aceptadas de este derecho, o sean, la propiedad colectiva y la propiedad individual, discrepan sobre el punto de saber, si estas dos modalidades de la propiedad coexistieron o se suceden en el tiempo.

He aquí como explica **Tarde** la transformación de la propiedad: "Dos causas principales, dice, han debido hacer variar considerablemente el régimen de la propiedad, ya colectiva, ya individual, la proporción y la

naturaleza de las dos, así como la legislación a esto referente. Esas dos causas son dos transformaciones sociales, que en sí mismas están producidas la una por el progreso de la imitación, y la otra por el progreso de la invención entre los hombres. La primera es la ampliación creciente del grupo social, el grupo creciente de asociados unidos por el sentimiento de una cierta conciudadanía moral, debido al cambio simpático y prolongado de los ejemplos. La segunda es, de una parte, la acumulación continua de las investigaciones relativas a la domesticación de los animales y de las plantas, al dominio de la materia, al perfeccionamiento de las industrias; de la otra, la sustitución frecuente por ciertas innovaciones de otras juzgadas más imperfectas; por ejemplo, aquellas que constituían el arte de tallar el sílex, por las que constituyen la metalurgia, o bien una parte de las que forman el arte venatorio, por los que componen el arte agrícola." Lo que es indudablemente cierto, es, que la evolución de la propiedad se opera, paralelamente a la evolución de la familia; ésta como elemento activo nunca permanece estacionaria, sino que pasa de una forma inferior a una forma superior a medida que la sociedad evoluciona de un grado más bajo a otro más alto. Lo mismo sucede con los sistemas políticos, jurídicos y filosóficos, según lo afirma **Karl Marx.** Lo mismo aconteció con la propiedad, la cual evoluciona a medida que en el grupo familiar se rectifica el concepto de parentesco. En este orden de ideas, cabe suponer, que a la propiedad individual antecedió la propiedad colectiva o colectivismo, como consecuencia de la estrecha unión que reinó en el grupo familiar en la infancia de la civilización, donde el culto doméstico, en una época de supersticiones, se practicaba con respeto sagrado.

En este sentido, el ilustre jurista **Rafael de Altamira,** en una tesis histórica sobre la propiedad, dice lo siguiente: "La propiedad colectiva se nos muestra en los más remotos tiempos a que podemos alcanzar hoy en

nuestro esfuerzo de investigación, comprendiendo todos los bienes destinados a satisfacer necesidades comunes."

Se refiere el jurista, a la época ya aludida, en que habían culminado como entidades sociales, la tribu y la familia, en las que imperaba una organización de parentesco, como ya se ha dicho, cuya base la constituyó el culto doméstico y el predominio del grupo sobre el individuo.

En este momento histórico, resulta perfectamente explicable la primacía de esta modalidad de la propiedad en que todos gozan de igual condición, unidos por las mismas costumbres y reglas tradicionales, y en cuyas candorosas creencias, propiciadas por un instinto congénito de adoración, "se levanta imponente el ara doméstica en que residen, dominando con su poder y demandando sacrificio y cooperación familiar los espíritus superiores invisibles."

Concebidas de esta manera las relaciones sociales de aquella época, ¿no es lo más lógico pensar en la existencia del colectivismo, encontrándose el hombre íntimamente ligado al grupo familiar, de tal modo, que solamente en su seno encuentra satisfacción a todos sus derechos?

En apoyo del concepto histórico, de que la colectividad precedió a la propiedad individual, **Rafael de Altamira** continúa diciendo: "El individuo no es nada en este momento tradicional fuera de su carácter de componente del grupo familiar, cuyos bienes, muebles e inmuebles, consagrados al culto familiar, son tenidos en común, y de sus rendimientos que fomenta el trabajo unido, satisfacen todas sus necesidades".

Para los que sustentan la tesis anterior, es en último lugar cuando aparece la propiedad individual; creemos sin embargo, que el criterio no debe ser tan absoluto, puede afirmarse que coexistieron, la individual con un

campo de aplicación tan restringido, que apenas se hace notar, tal es la propiedad de los instrumentos necesarios con que el hombre primitivo disputó a las fieras la propiedad de la caverna, o la presa que constituía su sustento diario.

No han faltado tampoco los extremistas, que considerando que los hechos no se dan tan claros hasta el extremo de hacer obvia toda discusión, han llegado aún a negar la existencia del régimen colectivista de la propiedad en varias de sus formas, o en determinados pueblos.

Dos son los autores que representan esta contra teoría de la propiedad comunal: uno, el profesor **Dalgun,** que ha tratado de refutarla en lo que toca a los tiempos primitivos; el otro, el ilustre autor de la "Ciudad Antigua", **Fustel de Coulagne**, quien ha llevado su crítica a todos los extremos de la doctrina y especialmente a su "Historia entre los Germanos y los Griegos".

Uno de los principales argumentos que emplea **Fustel** para negar la existencia de la comunidad lo hace derivar de la circunstancia de que en la mayoría de los casos, no es la misma comunidad el propietario de la tierra, por ejemplo, en la comunidad agraria, ésta la recibe de otro (el Señor), a título de colonaje o de servidumbre. "No siendo la cosa propiedad de los comuneros, no puede decirse que hay propiedad común".

Del criterio de **Fustel** puede inferirse, que el autor se orienta más bien hacia la propiedad individualista de los romanos, en cuyo sentido sólo existe la **plena in re potestas.** A pesar de estos dos criterios respetabilísimos nosotros sostenemos que entre las formas primarias que ofrece la propiedad a la observación del historiador y al razonamiento del filósofo, el colectivismo o propiedad comunal es la de más relieve y la más vinculada a la historia de los pueblos.

BNPHU

Su carácter profundamente natural, que la vincula de raíz a las concepciones que desde su origen se han tenido del hombre y de las sociedades, es lo que le confiere sobre todo esa importancia de todo lo que sobreviene al tiempo en las páginas de la historia.

Y, no solamente en épocas pretéritas existió la propiedad colectiva. Existe hoy, y existirá siempre como algo que tiene una base psicológica en el individuo, dictada por su estructuración orgánica y biológica. Su carácter está latente en nuestros días, aunque de una manera bien distinta a como lo han concebido proyectos de organización social de determinados gobiernos, que, parapetados en los principios comunistas, con el pretexto de perseguir fines sociales, han dejado caer sobre las espaldas de sus gobernados el látigo del comunismo gubernamental, diametralmente contrario a toda aspiración sana, porque en el fondo proviene de un individualismo exagerado, que rechaza el sentimiento enérgico de las comunidades tradicionales.

Tratados ya el fundamento de la propiedad individual, y la evolución de la propiedad hasta llegar a esta última modalidad, nos proponemos ahora precisar cual es el carácter de la propiedad individual en la República. Si es una función social, o un derecho tan absoluto como la **plena in re potestas** de los romanos, con las únicas limitaciones que señala nuestra constitución.

Para llegar a una conclusión más o menos acertada, trataremos de estudiar la propiedad individual en el derecho indiano, de modo sucinto, para tratar de descubrir si existen elementos en este derecho que hayan podido pesar en el ánimo de nuestros constituyentes en el momento en que se precisó la naturaleza de este derecho constitucionalmente.

Inmediatamente trataremos la propiedad en el derecho francés; la razón de este estudio es obvio decirla.

Por último, haremos una incursión en nuestro derecho constitucional revisando las diversas constituciones que hemos tenido.

TERCERA PARTE.

Carácter del derecho de propiedad en la legislación indiana.

La propiedad, en la época de la conquista y la colonización, estuvo reservada como es de todos sabido, en provecho de la corona de Castilla. Por lo menos, tal es lo que puede inferirse de la bula otorgada por el Papa Alejandro VI, reconociendo en la persona de los monarcas de aquel reino, los dueños y señores de todas "las tierras descubiertas o por descubrir".

Puede afirmarse, que en la época a que nos referimos, la propiedad revestía un carácter feudal, en virtud del cual el goce de la tierra estaba supeditado a una concesión del monarca a título de merced.

Abordemos, pues, el fondo del asunto.

Para hacer un estudio histórico del derecho de propiedad en Indias, preciso es reconocer, que para tener una base cierta debemos comenzar por las regalías que existieron en el Nuevo Mundo vinculadas a la corona de Castilla, ya que en ellas encontramos pautas valiosísimas para nuestro estudio.

Trataremos solamente aquellas regalías que consideramos de más importancia, ya que esto será suficien-

te para formarnos una idea de como estaba condicionado el ejercicio del derecho de propiedad en aquella época, de donde más luego hemos de deducir el carácter que pudo tener ulteriormente.

Regalías de las minas.

Sobre esta cuestión Juan de Solorzano, ofrece en su estudio "Política Indiana", una amplia sistematización de la doctrina jurídica imperante sobre la materia.

Al tratar de las grandes riquezas existentes en las Indias Occidentales dice Solorzano, "la opinión más común es, que los metales existentes en yacimientos mineros de donde eran extraídos, se tenían como regalías, es decir, bienes pertenecientes al Rey y a supremos señores de las provincias donde se hallaban, sin tener en cuenta la posesión privada".

En efecto, en la real cédula de 3 de diciembre de 1501 se declaraba lo siguiente: "Perteneciendo como pertenecen a Nos todos los mineros de metales e otras cosas que se hallaren en las dichas islas (refiriéndose a las Indias Occidentales), e tierra firme del dicho mar océano, ningunos sean osados a buscar nin descubrir nin llevar a vender a los indios de la dicha Isla Española, nin a otras partes, los dichos guanines, etc." La amplitud de esta real cédula puede darnos una idea incipiente de lo que era la propiedad referida a un momento histórico en que por derecho de conquista, la corona se reservaba los poderes más absolutos. El carácter feudalista que ya habíamos esbozado precedentemente, comienza a ponerse de manifiesto, si bien, excepcionalmente se le daban algunas participaciones a determinados elementos, no como un reconocimiento de un derecho de propiedad preexistente, sino más bien como un estímulo para beneficiar a la corona.

BNPHU

No estaremos en condiciones de dictaminar de manera definitiva sobre cual fué el carácter que se le atribuyó a la propiedad privada en esta parte del Nuevo Mundo, mientras no se estudian las regalías y la propiedad de las tierras, aguas, montes y pastos de las Indias. Con respecto a esta materia dice Solorzano: "Fuera de las tierras, prados, pastos, montes y aguas que por particular gracia y merced de la corona se hallaren concedidas a las ciudades o lugares de las mismas Indias, o a otras comunidades o personas particulares de ellas, todo lo demás de este género, y especialmente lo que estuviere por romper y cultivar, es y debe ser de su real corona y dominio".

En una real cédula de 1591, el propio monarca entonces reinante declara literalmente: "que era de su patrimonio y corona real, el señorío de los baldíos, suelo y tierra de las Indias no concedido por él o por los otros reyes sus antecesores; aunque era su voluntad, que con ellos se recompensara y favoreciera a las ciudades, a los habitantes, tanto indios como españoles de aquellos territorios, para corregir los abusos en este orden de cosas cometidos".

De manera que, también la tierra, lo mismo que las minas estuvieron sometidas al dominio directo de la corona, y que solamente cuando al Rey le parecía oportuno se reconocían derechos privados. Examinemos los motivos que determinan estos reconocimientos de la propiedad privada, la que de una manera inmediata o mediata se derivaba de una concesión real.

Para comprender mejor el asunto creemos oportuno tratar a grandes rasgos los **asientos** y **capitulaciones**, de este modo tendremos explicado a su vez, el porqué de las concesiones hechas por la corona a los particulares.

Asientos y capitulaciones.

Todas las tentativas de descubrimientos y conquis-

ta de algún territorio en Indias, —incluyendo la del propio Cristóbal Colón,— o la fundación de alguna población nueva en territorio ya conquistado, tuvieron por punto de partida, jurídicamente, un contrato entre un particular o un grupo de particulares y la corona.

En efecto, todos tenemos perfectamente sabido por nuestros elementales conocimienots de historia, que el descubrimiento y pacificación de América no fué una empresa estrictamente política; en sus comienzos los reyes de Castilla no hicieron otra cosa que patrocinar con sus recursos y su autoridad la gigantesca empresa, que debía realizar quien en tantas ocasiones recibió el título de loco.

Es con Cristóbal Colón con quien primeramente se celebra una de estas capitulaciones, cuyo estudio es de gran interés para el investigador, en razón de la trascendencia que tuvo para precisar en el continente nuevo el alcance de los derechos del Descubridor. En el terreno jurídico eran necesarias siempre, ya que nadie podía aventurarse a descubrir o poblar un territorio sin tener previa autorización del Rey o de los funcionarios habilitados para ello, con otorgamiento del contrato correspondiente.

Unas veces se estipulaba únicamente en las capitulaciones el descubrimiento de algún territorio o de alguna ruta; otras, las más, se pactaba el descubrimiento y la población del territorio descubierto. Pero en todos los casos, es en las capitulaciones donde se encuentran las primeras reglas y los motivos que indujeron a los reyes a reconocer y reglamentar la adquisición de la propiedad, quedando expuesto ya el carácter de función social que se le asigna en la empresa colonizadora a este derecho.

Aunque era corriente recompensar al descubridor con grandes extensiones de tierra, y facultarlo para repartir tierras y solares entre los que le acompañaban, la

propiedad de estas tierras sólo se adquiría por la residencia de un período de tiempo que se determinaba generalmente en cuatro años. Es evidente que la finalidad perseguida por medio del otorgamiento de la propiedad condicionada a un lapso de residencia, no era otra, ni podía serlo, que hacer cada vez má factible la empresa de la colonización, quedando reafirmado desde este punto de vista, el carácter de función social que le hemos asignado a la propiedad individual en Indias.

Para afirmar esta conclusión, podemos encontrar nuevos argumentos, en lo dispuesto en la Ley 10, título 27, del Libro Noveno, de la Recopilación de 1680, donde se declara: "Que ningún extranjero rescate oro, plata, ni cochinilla, aunque tenga licencia para tratar y contratar en las Indias", y las Leyes 26 y 31, del propio título y libro, dan a entender que ni aun los extranjeros autorizados a radicarse en aquellos territorios podían llevarse consigo los bienes allí adquiridos.

¿La razón de todo esto?

La encontramos en lo ya dicho; el ejercicio de la propiedad y su reconocimiento estaba supeditado a la condición de que el titular lejos de defraudar los propósitos de colonización de la Metrópoli, los hiciera posible, lo que indudablemente no hubiera sido tangible, o lo hubiera sido con más dificultad, de haberse permitido el éxodo de los capitales hacia otras latitudes fuera del continente americano. Otras razones, en apoyo del criterio que sustentamos, las hacemos derivar de las consideraciones siguientes:

a)—En la intromisión del poder público en la inversión de las rentas de determinados bienes. Así en una real cédula de 16 de febrero de 1533, se ordenaba, "que los que en el presente moraren en las Indias o lo hicieren en el futuro, y tuvieran indios en encomienda o por otro cualquier título que fuera, quedan obligados cada año de comprar y gastar en edificios y otras cosas que permanezcan para su provecho en estas tierras".

b)—La intromisión del poder público en la manera de cultivar la tierra. Más concretamente, se disponía en otras leyes de la propia recopilación, "que los virreyes y gobernadores hagan sembrar y beneficiar lino y cáñamo; que los cortes de madera se hagan en tiempo conveniente; que en La Habana no se corten caoba, cedros ni robles, sino para el servicio real o fábrica de navíos".

En los repartimientos de tierra se proveía, además, que la toma de posesión de las tierras repartidas debía efectuarse dentro de los tres meses, cuyo cultivo debía comenzar en el mismo plazo so pena de perderlas.

c)—Intromisión del poder público en la manera de beneficiar estancias de ganado.

En la Recopilación de Leyes de Indias de 1680 se establecía a este respecto; "que no se saquen ganados de una provincia para otra; que no se den licencias para matar vacas, ovejas ni cabras, que el Presidente de Santo Domingo dé con recato las licencias para matar ganados y hacer cueros".

Frente a estas disposiciones, que no tendrían nada de anacrónicas en un estado moderno inquietado por su progreso material y económico, ¿sería posible poner en duda el carácter de función social de la propiedad en Indias? Indudablemente, nos encontramos frente a un asunto evidente a todas luces.

¿Ejercieron alguna influencia estos principios en el ánimo del constituyente de 1844?

Creemos que no, lo demostraremos más adelante; por el momento abordaremos el estudio del derecho de propiedad individual a la luz de la doctrina francesa como comentario del artículo 544 del Código Civil.

Como nuestra finalidad es llegar a una conclusión de cómo debe interpretarse el principio constitucional

que consagra entre nosotros el derecho de propiedad, el examen de la doctrina francesa al respecto es de rigor para poder comprobar la aplicación que ésta podría tener en el caso que nos ocupa, es decir, para establecer si la propiedad es entre nosotros una institución de derecho civil, o si por el contrario tiene otros lineamientos, que aunque con ciertas características del derecho de propiedad romano, se aparta de éste obedeciendo a contingencias que le son propias.

CUARTA PARTE.

Carácter del derecho de propiedad en la legislación francesa.

El derecho de propiedad individual consagrado en Francia y reglamentado por principios constitucionales y por el texto del artículo 544 del Código Civil, tiene las características de la **plena in re** potestas de los manos.

El absolutismo de esta institución queda fácilmente explicado si por medio de una mirada retrospectiva, asistimos a su alumbramiento en 1804.

Como institución reaccionaria a los despóticos sistemas reales, infundida del espíritu revolucionario de la época, en que todas las mentes se encontraban obcecadas por la idea de igualdad y libertad, el derecho de propiedad en ese instante no podía divorciarse del absolutismo que ya se le ha señalado.

Luego, en una época de más sosiego, comienzan a sentirse necesidades sociales muchas veces contrapuestas con este absolutismo, y es entonces cuando los jurisconsultos se empeñan en encontrar una interpretación adecuada del artículo 544, que no colide con el interés general.

En este sentido, analizaremos la doctrina exegética de los primeros tiempos, para luego comprobar su valor a la luz de la crítica científica que se le ha hecho

al derecho de propiedad definido por el artículo 544 del Código Civil.

Laurent, comentando el artículo precitado en su obra de derecho civil, dice lo siguiente: "Después de haber dicho que la propiedad es el derecho de gozar de la cosa de la manera más absoluta, el artículo 544 agrega: "con tal de que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o los reglamentos". Pensamos, continúa diciendo el autor, que no hay dificultad ninguna en conciliar estas dos disposiciones, si se tiene en cuenta que hay casos en que el ejercicio del derecho de propiedad está restringido por el derecho y el deber de la sociedad".

"Esto no acontece como se dice frecuentemente, porque el bien privado cede ante el bien público; puede afirmarse con **Montesquieu,** lo contrario, es decir, que el bien público consiste en el respeto de los derechos pertenecientes a los particulares".

En este aspecto estamos de acuerdo con la concepción de **Laurent,** porque más tarde hemos de hacerla valer en cierto sentido, al tratar el derecho de propiedad en la República, aunque con un propósito distinto. En efecto, la sociedad tiene sus derechos correlativos a los deberes que tiene contraído con sus miembros; pero en la medida en que esos asociados lo han consentido por medio del Pacto Fundamental; la sociedad no podría, por ejemplo, argumentando un interés general, destruir el derecho del individuo.

Laurent admite sin dificultad, sin embargo, que el ejercicio del derecho de propiedad es limitable en la medida que el interés social lo exija, no obstante la fórmula empleada por el artículo 544 en su primera parte.

Laurent va más lejos, y admite la limitación del derecho de propiedad en su ejercicio, cuantas veces se encuentra en conflicto con el derecho de terceros; el

estado de sociedad en que se vive no permite que se ejerza ningún derecho lesionando el derecho de otro.

Aun cuando esta doctrina no está consagrada por el código, **Laurent** sostiene, que ello es debido a que ella pertenece más bien al dominio de la ciencia que al de la legislación, (F. Laurent, Derecho Civil, Pág. 482, 1a. edición, año 1881).

En abono de la opinión de **Laurent**, pueden citarse las siguientes: "el carácter perpetuo y exclusivo del derecho de propiedad, tal como lo establece el artículo 544, si se le toma a la letra, resulta antijurídico y antisocial".

"No creemos necesario insistir aquí sobre los ataques dirijidos por las escuelas socialistas contra el principio que consagra la propiedad individual. Sin embargo, es incontestable, que los inconvenientes de la propiedad serían grandemente aumentados cuando se le reconociera a este derecho un carácter absoluto".

"Es en este sentido que sostenemos que el artículo 544 tomado a la letra sería antijurídico, y es en este mismo sentido, que sostenemos, que en la hora actual, el derecho de propiedad debe tener un carácter más bien social".

"Puede decirse por consiguiente, que el verdadero sentido del artículo 544, expresa, que la propiedad es el derecho más completo que puede existir sobre una cosa. Por otra parte, los redactores del Código Civil, al calificar la propiedad de derecho absoluto, han querido hacer alusión a su independencia actual, por oposición al carácter dependiente y subordinado que tenía antes de la revolución". (**Aubry et Rau**, Derecho Civil, T. 7, 1ª edición, pág. 256 y sigts., año 1897).

"El derecho de propiedad es absoluto, teniendo el propietario sobre su cosa el poder jurídico más completo, plena **in re potestas**. Este carácter absoluto del derecho de propiedad permite a su vez, rechazar la dis-

tinción feudal del dominio directo, y del dominio útil. Se ha querido ensayar hacer revivir esta idea y en beneficio del interés fiscal, acordar al Estado un derecho primordial sobre todos los bienes comprendidos en su territorio, una especie de dominio eminente. Pero esta tesis contraria a los principios del derecho público, contraria también a la noción verdadera del derecho de propiedad tal como lo regula el Código Civil, debe ser rechazada. Es verdad que el Estado ejerce sobre las cosas como sobre las personas, un derecho de soberanía, que le permite impartir órdenes, es decir, dictar leyes y exigir obediencia, pero esto dista mucho de que sea legítimo reconocerle un derecho de propiedad primordial sobre todo cuanto exista sobre su territorio; para satisfacer el interés general tiene los medios que le brinda la expropiación por causa de utilidad pública".

"Dentro de las prescripciones del artículo 544, podemos concluir que el derecho de propiedad, si bien es absoluto respecto de las personas a quienes debe oponérsele, es relativo en este absolutismo en cuanto se está frente al Estado, en el sentido de que es indiscutible el poder que le asiste para limitarlo". (**E. Baudry-Lacantinerie--M. Chaveau,** Tratado Teórico y Práctico de Derecho Civil, Págs. 152--153, 3ra. edición, año 1905).

T. Huc, en su Código Civil Anotado, dice lo siguiente: "La fórmula empleada por los redactores del Código en el artículo 544 declara de un modo implícito que la propiedad es un derecho limitado".

"No hay en efecto, derechos ilimitados; todo derecho individual es limitado por el derecho igual y semejante perteneciente a los otros".

"Todo derecho es además, limitado por su naturaleza intrínseca, de suerte que la descripción de un derecho comporta forzosamente la indicación de los límites que lo circunscriben. El verdadero sentido del ar-

tículo 544 es pues, el siguiente: consagra un derecho de propiedad sin ninguna restricción en toda la extensión de sus límites naturales, tal como son descritos por las leyes y los reglamentos. La mayoría de los autores consideran como restricciones las limitaciones hechas al derecho de propiedad por las disposiciones legales, que no expresan otra cosa que la indicación de los límites normales de este derecho".

"Se opone ordinariamente en esta materia, el derecho individual al interés general y se sostiene que el interés general puede exigir en ciertos casos, el sacrificio de un derecho individual. Esta doctrina no es otra cosa que la negación misma del derecho, así lo afirma **M. Laurent**" (**T. Huc**, Código Civil Anotado, t. IV, Pág. 121, año 1905).

"La propiedad es un derecho real absoluto en principio,, que no puede recibir otras limitaciones que no resulten expresamente de la ley y en la extensión que ella indica". (**F. Surville,** Derecho Civil, 2da. edición, pág. 358, año 1910).

"Después de haber dicho el legislador en el artículo 544, que el propietario es libre de usar de su cosa de la manera más absoluta, el texto adjunta: "con tal que no se haga un uso prohibido por las leyes o los reglamentos". De esta manera se abre la puerta a todas las restricciones posibles, y de hecho el legislador no ha dejado de rodear la propiedad territorial principalmente, de un sinnúmero de formalidades administrativas inspiradas en su generalidad en consideraciones de orden social".

"Así, se puede afirmar, que la propiedad es un derecho real, lo más completo que puede aspirarse, pero es falso decir, como lo hace el artículo 544, que éste es un derecho absoluto". (**M. Planiol**, Derecho Civil, t. I, Pág. 721, año 1911).

"El interés público puede exigir que el ejercicio

de tal o cual facultad inherente al derecho de propiedad sea completamente prohibida al propietario, o que no le sea permitido sino bajo ciertas condiciones". (**Colin-Capitant,** Derecho Civil, 2da. edición, Pág. 716, año 1919).

Las doctrinas que hemos expuesto de los principales autores, en el fondo están irremisiblemente de acuerdo en considerar el derecho de propiedad como un derecho absoluto, en el sentido, de que solamente el titular puede beneficiarse de él, pero reconociendo al Estado, como una consecuencia lógica derivada del texto del artículo 544, un poder reglamentario y de limitación cuando el interés general así lo exige.

De manera que dentro de la concepción de esta doctrina nos encontramos frente a un absolutismo relativo.

Tal no es la única concepción que hoy se tiene del derecho de propiedad en Francia; con el aparecimiento de la doctrina crítica del derecho, e inspirada por ella la jurisprudencia francesa, la concepción absolutista del derecho, aunque relativa, ha tenido que soportar objeciones muy serias, en pugna por sostener el criterio de que la propiedad no es un derecho individual sino esencialmente una función social, o como dice **Duguit** para expresar la misma idea, "un derecho-función".

Antes de entrar de lleno en el análisis de la doctrina del derecho objetivo sobre el derecho de propiedad, expondremos a este respecto, el criterio sustentado por el ilustre civilista **Luis Josserand**, quien no se adscribe incondicionalmente a la doctrina del derecho objetivo, pero deja ver las simpatías que ésta le merece.

Para **Josserand**, la característica distintiva del derecho de propiedad tal como lo ha legado una vieja tradición, se encuentra comprendida en la breve fórmula: "El derecho de propiedad es el tipo de derecho absoluto".

"Este carácter absolutista le es asignado por las Institutas de Justiniano en la definición: "**Plena in re potestas**", de la cual la declaración de los derechos del hombre se hace eco en su artículo 17 cuyo texto dice: "la propiedad es un derecho inviolable y sagrado, etc"., del cual, el Código Civil, imbuído del espíritu individualista de la revolución, interpreta nuevamente en el artículo 544: "La propiedad es el derecho de disponer de la cosa de la manera más absoluta".

"De esta manera, en cualquier sentido que se interrogue el horizonte jurídico, la propiedad se nos muestra como un derecho intangible y sagrado, como la proyección misma de la personalidad en el dominio patrimonial".

Pero ese carácter absolutista que **Josserand** le asigna al derecho de propiedad, no es el que acepta el autor en la hora presente, aunque como hemos dicho ya tampoco se adscribe incondicionalmente a la doctrina que ve en la propiedad un derecho-función, o más exactamente una función social.

Por lo menos, es lo que puede deducirse de su frase siguiente: "Al contacto de las realidades, bajo la presión de una evolución social y económica que se ha precipitado en el curso de este medio siglo, el dogma del absolutismo del derecho de propiedad, ha sido expuesto a una dura prueba; su exclusivismo ha sido objeto de un examen serio y nuevas fronteras le han sido asignadas, con las cuales no soñaron jamás nuestros ojos; se ha humanizado y su ejercicio se justifica ya, en vista de fines sociales extraños por tal motivo a los egoísmos humanos". (Josserand, Derecho Civil, t. I, Pág. 714, 1938).

Este no es sin embargo el criterio definitivo de Josserand, puesto que él admite el absolutismo de la propiedad aunque de una manera relativa. Es lo que se infiere de sus frases siguientes: "No solamente es la propiedad un derecho real, sino que constituye el

derecho real por excelencia, el derecho real tipo del cual los demás no son sino desmembramientos".

"A este título ella es oponible a todos; implicando en provecho del titular, el derecho de preferencia y el derecho de persecución, atributos constantes en todo derecho real".

"Desde este punto de vista, el absolutismo del derecho de propiedad no ha sufrido transformación alguna, presentándosenos, tal como era en Roma o en la antigua Francia; se puede más bien decir que ha sido reforzado, porque el derecho de propiedad individual no solamente es oponible a los particulares, sino también a los poderes públicos en el sentido que solamente recurriendo a la expropiación por causa de utilidad pública puede incautarse de los bienes de estos particulares. En esta primera dirección es más bien una ganancia que un retroceso, lo que se ha obtenido para el absolutismo del derecho de propiedad".

Admite también **Josserand**, el absolutismo del derecho de propiedad en lo que se refiere al objeto. Lo que puede considerarse como una consecuencia del absolutismo en cuanto a las personas que tienen la calidad de terceros.

Vemos, pues, que solamente variando la terminología de los que invocan el exclusivismo y la perpetuidad en la vieja escuela de interpretación del derecho, ha podido Josserand establecer una diferencia aparente sobre este punto con la escuela ya aludida, lo que puede comprobarse en la doctrina que a continuación se expresa: "El absolutismo no es de este mundo jurídico, no es cierta la existencia de derechos que se encuentran aislados en el espacio y en el tiempo, todas las facultades jurídicas, por lo mismo que se realizan en un medio social, conllevan fatalmente limitaciones; ellas se encuentran comprimidas en nombre de aspiraciones igualmente respetables que reivindican la parte legítima que le corresponde". (Josserand, Ob. Cit., Pág. 716).

Hasta el momento no se ha dicho nada que no estuviera admitido y preconizado aún por los comentaristas de 1804; pero al lado de esta doctrina que aún se mantiene en un estado evolutivo retardado, está la del derecho objetivo, que niega la existencia de los derechos individuales para admitir la existencia de hechos determinantes de funciones sociales que se imponen al individuo y a los grupos.

En este sentido, expondremos sucintamente, la doctrina de uno de los más ilustres representantes de la escuela: León Duguit.

"La apropiación exclusiva de las cosas en provecho de algunos, no es una facultad natural del hombre; es una creación artificial, fundada **apriori** sobre la libertad individual y sobre el derecho de cada uno de disponer del fruto de su trabajo".

"Partiendo de la solidaridad social, la propiedad es el poder que tienen ciertos individuos que se encuentran en cierta situación, de cumplir libremente la misión social que les corresponde por causa de su situación social".

"Consecuencias: Primero, la propiedad individual es un hecho contingente, variable, que reposa sobre la utilidad social, y en tal virtud no debe existir sino en la medida de esta utilidad".

"Segundo, este hecho debe modelarse sobre las necesidades sociales, y su extensión debe ser determinada por la ley y la jurisprudencia que la aplique según el papel social que el propietario debe realizar".

"Si llega un momento en que la propiedad individual no responde ya a las necesidades sociales, el legislador debe intervenir para organizar otra forma de apropiación de las riquezas".

"Tercero, como la solidaridad por similitud exige la apropiación a cada uno del producto de su trabajo;

y los monopolios del capital perturban tal solidaridad, el Estado no debe reconocer la propiedad del capital. Si en hecho se ve obligado a hacerlo, este reconocimiento no debe ser sino momentáneo, urgido por una situación económica especial".

"Cuarto, en un futuro próximo hablar de derecho subjetivo constituirá una verdadera herejía". (**Duguit**, Las Transformaciones del Derecho Positivo, Pág. 10).

En síntesis puede afirmarse que **Duguit** es un socialista que toma como arma de combate la plataforma de la interpretación científica del derecho.

Como socialista, de ninguna manera podría conciliarse con el criterio del individualismo jurídico y con la concepción metafísica del derecho; socialista al fin, imbuído de un crudo realismo, no debe sorprender que trate de objetivar el derecho muchas veces en detrimento del respeto y la autoridad que merecen la persona abstracta del legislador. ¿Qué valor puede tener la afirmativa de Duguit, sosteniendo su no pertenencia a sistema o escuela determinados, si en su doctrina late el espíritu de un socialismo radical?

En la opinión del Dr. Rosell, por el contrario, **Duguit** no es el socialista definido que hemos hecho notar; para él, Duguit es más bien un solidarista. Un solidarista en el nuevo sentido de la palabra, puesto que funda su doctrina provisional en la doble solidaridad: a) por similitud de ideas que corresponde al desarrollo social; y b) por división del trabajo, que corresponde al desarrollo individual, que tienen que ser favorecidas ambas por los hombres que detentan en hecho la fuerza: el Estado. Pensamos, sin embargo, que la palabra **solidarista** no es más que un artificio para encubrir una realidad que para nosotros es el socialismo.

Por otra parte, preciso es reconocer que el asunto del derecho de propiedad en la República es cuestión de carácter completamente nacional y que en este sen-

tido principalmente no nos interesa el curso que tomen los acontecimientos en Francia, donde la doctrina exegética (que aun cuenta con muchos adeptos) y la nueva doctrina del derecho objetivo tratan de imponer sus criterios respectivos en el dominio de la propiedad individual. Nuestra afirmación tiene como punto de partida el hecho siguiente que vamos a avanzar: la propiedad individual en la República no es una institución de derecho civil, sino una institución de derecho público que como tal, está regida estrictamente por principios constitucionales.

QUINTA PARTE.

Carácter del derecho de propiedad en la República.

Hemos llegado al punto central de nuestro problema, para cuya solución creemos necesario resolver estas dos incógnitas: ¿Influyeron en el ánimo del constituyente dominicano, los preceptos que regían la propiedad individual en la época de la colonia?

¿Es aplicable actualmente en el país la doctrina elaborada en Francia por los comentaristas del artículo 544 del Códico Civil, y muy especialmente la doctrina del derecho objetivo, imbuída de un crudo realismo antagónico con el concepto metafísico del derecho; de la cual es ilustre exponente León Duguit?

En lo que se refiere a la primera investigación, hemos visto ya que en la época de la colonización, la propiedad fué ante todo feudal, para luego, atendiendo a consideraciones de interés para el reino español, adquirir un carácter de verdadera función social. Esto nos induce a pensar que ninguna influencia pudieron tener sobre nuestros constituyentes, que desde el primer instante no han vacilado en atribuirle al derecho de propiedad un carácter absoluto; aquellos principios que condicionaban el derecho de propiedad individual a la realización de un interés general.

En cuanto a la aplicación de la doctrina francesa, se puede decir que también resulta inaplicable tal como la han concebido sus autores, por las razones siguientes:

1)—Como derecho, esta doctrina ha debido tener principalmente muy en cuenta, la psicología y las tradiciones del pueblo francés, las que atendiendo a razones históricas, raciales y geográficas tienen que diferir grandemente de las nuestras.

2)—Porque si se hace una interpretación filosófica del texto del artículo 544 del Código Civil y los preceptos constitucionales que nos han regido desde 1844, encontramos: que en el fondo no armonizan con los conceptos expresados. Vamos a tomar como puntos de referencia, para comprobar esta afirmación, dos preceptos constitucionales que por las épocas a que pertenecen, sumamente distintas la una de la otra, nos van a dar el coeficiente y la persistencia del concepto que a nuestro entender abroga en nuestro país el artículo 544. Sean, el artículo 14 de la Constitución de 1854, y el artículo 6—7o. de la Constitución de 1934, que copiados a la letra dicen:

Constitución de 1854, artículo 14: "La propiedad es inviolable; ninguno puede ser despojado de la **menor porción de ella,** sino por vía de apremio o pena legal, o por causa de utilidad pública, mediante una previa y justa indemnización a juicio de peritos".

Constitución de 1934, artículo 6—7o.: "Se consagran como inherentes a la personalidad humana: El derecho de propiedad, etc".

¿Qué puede colegirse de estos dos preceptos tan distantes cronológicamente?

Que el derecho de propiedad ha sido tratado siempre en la República Dominicana de una manera bien distinta a como lo concibió el legislador de 1804. Cuando este legislador dice en el artículo 544: "La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto, con tal de que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes y reglamentos", prácticamente le confiere al legislador los más amplios po-

deres para limitar este derecho en el ejercicio de uno cualquiera de sus atributos. Mientras que, tanto la Constitución de 1854, **al emplear la fórmula**: "La propiedad es inviolable; ninguno puede ser privado de la menor porción de ella, etc.", como la Constitución de 1934 al considerar el derecho de propiedad como inherente a la personalidad humana; adjuntando en párrafo aparte: que solamente puede ser objeto de expropiación por causa de utilidad pública; rechazan categóricamente tan amplia potestad legislativa, colidiendo desde este punto de vista con el artículo 544 del Código Civil.

Esta similitud de conceptos que hemos hecho notar entre el constituyente de 1854 y de 1934, tiene el valor de una tradición histórica, en el sentido de que también late en todos los textos de las diferentes constituciones intermediarias entre estas dos fechas. Como consecuencia de todo lo dicho, y por aplicación de principios inmutables en derecho público, forzoso es decidir, que si el artículo 544 es contrario al artículo 6—7o., de la Constitución vigente, éste no puede tener aplicación en la República.

Si esto es cierto, tal como se desprende de una argumentación lógica y de una correcta interpretación de los textos y de la tradición jurídica, lo que primeramente esbozamos como una posibilidad queda confirmado, es decir, la inaplicabilidad de la doctrina exegética francesa referida al derecho de propiedad. Para la no aplicación de la doctrina objetiva del derecho, sustentada por la escuela crítica de estos últimos tiempos, existen otras razones: 1) el fondo de esta doctrina esencialmente socialista, no se compagina con el sistema político y económico imperante en nuestro país. 2) La consagración del derecho de propiedad como un derecho inherente a la personalidad humana, se opone a una interpretación tan liberal como resultaría ser la que se hiciera al artículo 6—7o., de nuestra Constitución vigente para sostener que atendiendo a necesidades so-

ciales presentes, es preciso convenir en que el derecho de propiedad pierde su naturaleza de derecho público, para convertirse en un deber individual; en una función social.

A esto se opone el criterio admitido por todos los autores, aun los afiliados a la doctrina realista y objetiva del derecho, de que el poder de interpretación si bien es lícito, tiene una esfera de la cual no podría salirse el intétprete sin caer en el terreno de la arbitrariedad.

Interpretar la ley es simplemente volver a buscar el contenido de la fórmula que lo expresa; lo que implica el renunciamiento a todo prejuicio que pueda traicionar el pensamiento que el legislador le infiltró con su voluntad, ya que lo contrario haría degenerar el precepto legal en una especie de saco vacío que cada cual llenaría a su antojo. Refiriéndose a este concepto dice **Geny**: "El texto de la ley debe interpretarse en el momento en que fué elaborado por el legislador".

"Mantenida la ley con ese sentido por legisladores posteriores, es admitir su autoridad y sentido originario". (**Geny**, Derecho Privado Positivo, edición de 1925).

El mismo Geny, al referirse a la interpretación de la ley se expresa en los términos siguientes: "La interpretación no solamente es siempre posible sino aconsejable, cuando no se trate de violentar los indicios de una voluntad claramente expuesta por el legislador, porque ella resulta para el intérprete infranqueable, por considerarlo un pensamiento que debe respetarse".

Descartadas las doctrinas francesas, ¿cuál será la fuente donde es preciso abrevar para determinar el carácter del derecho de propiedad en la República?

Para conseguir esta finalidad es preciso encontrar el motivo inspirador que sirvió de guía a nuestro Constituyente. Sobre este punto esencialmente histórico no

hay unanimidad en los conceptos en razón de que al referirse el constituyente a los principios que le sirvieron de guía, lo hace con frases imprecisas como la que a continuación se expresa: "en la preparación de nuestra carta fundamental hemos analizado todas las doctrinas de derecho público, tomando de ellas lo que nos pareció útil, y desechando lo utópico".

Para algunos historiadores y comentaristas, el constituyente se inspira principalmente en lo que se refiere a los derechos fundamentales del individuo, en la declaración de los derechos del hombre de 1789, infundiéndole su espíritu. Para otros son las declaraciones americanas producidas en el siglo XVIII al emanciparse de Inglaterra, las que alumbran la noción de derechos fundamentales en el pensamiento del constituyente del 44.

Por ascendencia cronológica nos sentimos inclinados a darle a las declaraciones americanas, el primer lugar como cuerpo de principios que alumbraron la conciencia de América.

El problema histórico a que nos estamos refiriendo ha perdido importancia hoy día, en que se está de acuerdo en admitir casi de manera unánime entre los historiadores, que las declaraciones americanas fueron el motivo inspirador de las declaraciones de derechos que tuvieron lugar en Francia.

Entre esos derechos fundamentales se encuentra el derecho de propiedad. ¿Cuál fué la naturaleza y sentido jurídico que se le dió en aquel entonces?

Analizando los motivos de las declaraciones americanas, preciso es admitir que en aquella época, la propiedad como derecho fundamental, se consideró como un derecho natural, anterior y superior al Estado. De esta manera se sentó el precedente histórico, de que frente al poder del Estado, era factible la reserva de derechos congénitos con el individuo.

Es ese el mismo espíritu que late en las formas empleadas por las diferentes constituciones para consagrar la propiedad individual en la República. Lo atestigua la tradición y la uniformidad en la redacción de los textos desde 1854 en que para precisar mejor la fórmula de 1844 se dice en el artículo 8 de la Constitución de ese año: "**La propiedad es inviolable; ninguno puede ser despojado de la menor porción de ella, sino por vía de apremio o pena legal, o por causa de utilidad pública.**

Pero vamos a admitir que en vez de ser las declaraciones americanas las progenitoras del espíritu que late hoy en nuestras constituciones al hablar del derecho de propiedad, lo fueran las declaraciones franceses de 1789.

Si ahondamos en el texto puesto a la cabeza de la Constitución del 24 de Junio de 1793, cuyo preámbulo dice así: "El pueblo francés, convencido de que el olvido y el menosprecio de los derechos naturales del hombre son las únicas causas de los males del mundo, ha resuelto exponer en una declaración solemne, estos derechos sagrados e inviolables, a fin de que todos los ciudadanos, pudiendo constantemente comparar los actos del gobierno, con el objeto de toda institución social jamás se dejen oprimir y envilecer por la tiranía, etc."

De acuerdo con esta declaración el derecho es el supuesto de la actividad del Estado, quien frente a los derechos naturales del individuo debe respetar el límite que este derecho le asigne.

A este respecto observa **Jellinek** en su trabajo titulado "Die Erklarung der Menschen und Burgerrechten", cuarta edición, 1919, lo siguiente: "La consagración de los derechos del individuo significa que la libertad del individuo es ilimitada en principio para su ejercicio, mientras que las facultades del Estado deben

limitarse al marco que respecto de estos derechos le asigna la ley".

Tal ha sido el criterio que ha dominado uniformemente al Constituyente dominicano, desde 1844 cuando lo recibió, bien sea de las declaraciones americanas o de las declaraciones francesas, y posteriormente reproducido por las constituciones siguientes, hasta la de 1934 en la fórmula: "Se consagran como inherentes a la personalidad humana: "el derecho de propiedad". "Esta, sin embargo, podrá ser tomada por causa de utilidad pública debidamente justificada y previa y justa indemnización, etc." De ésto se desprende la naturaleza del derecho de propiedad y la extensión de la capacidad que tiene el legislador para limitar su ejercicio.

Más allá de esos límites, ni aun pretextando necesidades sociales, podría legítimamente aceptarse una ingerencia legislativa en el ejercicio de la propiedad individual, si hemos de tener muy presente que la "validez de toda norma jurídica se fundamenta en última instancia en la Constitución".

Richard Thomas en un opúsculo publicado en 1925 titulado "Los derechos absolutos", se expresa del modo siguiente en la página 187: "Los afianzamientos de derechos fundamentales o absolutos son estadios en el eterno proceso del flujo y reflujo; el hombre versus el Estado. Esto supone que el hombre, por virtud de su propio derecho natural, entra en juego frente al Estado, y mientras haya de hablarse de derechos fundamentales, no podemos desechar la idea de unos derechos del individuo, anteriores y superiores al Estado".

"La significación jurídica de su reconocimiento y declaración, estriba en que tal reconocimiento significa una esfera de libertad del individuo, ilimitada en principio; y por consecuencia una posibilidad de ingerencia del Estado, mensurable y controlable".

El derecho de propiedad como derecho fundamental consagrado por nuestra Constitución vigente se encuentra en estas circunstancias. Su contenido no resulta de la ley; la ingerencia legal aparece como una excepción limitada, fuera de cuyo marco todo acto legislativo referido a este objeto sería inconstitucional.

Los derechos inherentes a la personalidad humana, no son pues, según su sustancia, bienes jurídicos, sino esferas de la libertad del individuo, cuya protección está encomendada al Estado, encontrando en esto la justificación de su existencia.

Permitirle al legislador determinar libremente el contenido del derecho de propiedad y su extensión, pretextando un interés de orden social, tendría como consecuencia inmediata quitarle el sentido a la frase "se consagran como inherentes a la personalidad humana", empleada por nuestra Constitución vigente al referirse a los derechos fundamentales del individuo; haciendo de esta frase una expresión superabundante. Se aparta de este criterio el Lic. J. H. Ducoudray, profesor de nuestra Universidad, quien en su trabajo titulado "Párrafos de un Estudio acerca de la Ley No. 29", de fecha 17 de noviembre, 1938, se expresa del modo siguiente:

"Hemos afirmado en determinada ocasión anterior, y repetimos ahora, que, al consagrar como inherentes a la personalidad humana los llamados "derechos individuales", lo que ha hecho el constituyente dominicano, no es incapacitar el Congreso para dictar leyes que regulen el ejercicio de tales derechos, sino impedir que éstos puedan ser infringidos en su esencia; y es así como la misma Constitución se ha encargado de indicar numerosos casos en que, estando los derechos individuales en conflicto con un manifiesto interés de orden colectivo, éste prevalece: tales son los casos en que la Constitución autoriza la expropiación por causa de utilidad pública, la adopción de leyes restrictivas de la inviolabilidad de la correspondencia y de la libertad de trán-

sito, etc. Esto quiere decir que, aun cuando los derechos individuales están reconocidos en nuestra Constitución como inherentes a la persona humana, nada se opone a la limitación legal de su ejercicio en cualesquiera casos en que una necesidad pública así lo reclama, y siempre que la limitación no implique desconocimiento de la existencia misma de tales derechos".

Creemos, sin embargo, que el distinguido jurista no se ha detenido a pensar que precisamente es el interés colectivo que él invoca como medio justificativo para atribuir al Congreso capacitado constitucional ilimitada para dictar leyes que regulen el ejercicio de los "derechos individuales", el que reclama, en cada caso, el estricto cumplimiento de las limitaciones que le ha impuesto la Constitución al Congreso cuando se trate de estos derechos.

Es muy acertado sostener la capacidad que le asiste al Estado para dictar leyes destinadas a evitar que en ocasión del ejercicio de estos derechos se cometan actos penalmente sancionables; el mismo constituyente al referirse concretamente a cada uno de los derechos individuales, ha señalado específicamente con su extensión determinada, esta facultad. Así, por ejemplo, al consagrar la inviolabilidad de la correspondencia, hace una excepción para aquellos documentos que interesen a la justicia, una vez llenado el procedimiento legal. En este caso comprobamos lo que hemos dicho anteriormente: el Estado sometido a un límite dentro del cual le es permitido la violación de la correspondencia, y el Congreso autorizado a legislar sobre el procedimiento a seguir para llegar a esta finalidad.

Lo mismo acontece con el derecho de propiedad. Después de declararlo inviolable, porque tal es la significación histórica del texto del artículo 6. 7º de Constitución vigente, se admite como excepción la expropiación por causa de utilidad pública; de tal modo que cuantas veces el interés general exija la limitación de la

propiedad privada, solamente por este medio sería legítima. Para la interpretación del principio constitucional que consagra el derecho de propiedad individual como inherente a la persona, no basta tomar en consideración el reclamo del interés general del momento, sino lo que históricamente ha querido mantenerse latente en este precepto como pensamiento del Constituyente, en cuanto a persona abstracta. Para esa finalidad, nada mejor que referir el texto actual de la Constitución de 1934, al que se empleó en 1854, que es a nuestro concepto el más perfecto que rigiera en el pasado; y notaremos que el actual no es más que una síntesis del otro, hecha más bien atendiendo a cuestiones de forma.

Dice el artículo 14 de la Constitución de 1854: "La propiedad es inviolable, ninguno puede ser despojado de la menor porción de ella, sino por vía de apremio o pena legal, o por causa justificada de utilidad pública, etc."

El sentido de este texto es tan claro que no habría lugar a interpretación cuando dice: "**ninguno puede ser despojado de la menor porción**", se quiere expresar la idea de que el propietario no puede ser limitado en el disfrute de cada uno de los atributos de la propiedad. Y, es precisamente esta fórmula, la que se reproduce en las constituciones subsiguientes, hasta llegar a la fórmula actual, perfecta en cuanto a la forma que exige el derecho público contemporáneo, pero con el mismo espíritu de hace un siglo.

No somos dogmáticos; comprobamos la necesidad de transformar el derecho positivo, en lo que respecta al derecho de propiedad, y apuntamos un caso donde la interpretación no basta para conseguir una finalidad social.

Ya lo había dicho en el siglo XVIII el gran jurista suizo **Vattel**: "Los legisladores derivan su poder de la Constitución, y, por tanto, no pueden combatirla ni alterarla sin destruir el fundamento de su autoridad".

CONCLUSIONES.

a)—El derecho de propiedad individual es un derecho natural absoluto, que no puede ser objeto de limitaciones en el goce de sus atributos; a no ser la que resulta de la expropiación por causa de utilidad pública, expresamente admitida por la Constitución.

b)—Para imprimirle al derecho de propiedad individual tal como hoy se encuentra consagrado en la República, el carácter de **función social**, como lo definen **Stuart Mill** y **León Duguit** en su doctrina del derecho objetivo, es preciso efectuar una reforma de la Constitución, donde se exprese, como se ha hecho ya en otras constituciones modernas, tales como las de México y Brasil: "que el derecho de propiedad es una función social, cuyo ejercicio queda reservado para su reglamentación a los Poderes Competentes".

c)—Como consecuencia de las conclusiones anteriores se hace inaplazable una reforma del artículo 70 de la Ley de Registro de Tierras, por establecer en su última parte una expropiación contraria a los principios constitucionales vigentes. Lo que se evidencia, cuando en dicho artículo se niega al verdadero propietario la acción en reivindicación, por el solo hecho de que habiendo sido vencido en juicio por un reclamante de mala fe, éste a su vez haya celebrado con un tercero un acto traslativo de propiedad a título oneroso.

d)—Son igualmente inconstitucionales, a nuestro criterio, todas las disposiciones legales contrarias a la interpretación que hemos hecho del artículo 6.--7º de la Constitución vigente, en lo que se refiere al derecho de propiedad.

BIBLIOGRAFIA.

Ahrens.—Curso de Derecho Natural.

Baudrillat.—Manual de Economía Política.

Baudry Lacantinerie.—Derecho Civil. (2da. edición).

Cauwes.—Curso de Economía Política.

Duguit.—Las Transformaciones del Derecho Positivo. Tomos I y II.

Duguit.—Derecho Constitucional.

Fuilliee.—Novísimo Concepto del Derecho.

Gide.—Economía Política.

Geny.—Derecho Privado Positivo. (1era. edición).

Huc.—Código Civil anotado.

Josserand.—Derecho Civil.

Lieber.—La Moral aplicada a la Política.

Laurent.—Derecho Civil.

Montesquieu.—Espíritu de las Leyes.

Planiol.—Derecho Civil. (1ra. edición).

Richard Thomas.—Los Derechos Absolutos.

Solorzano.—Política Indiana.

Surville.—Derecho Civil. (2da. edición).

Tiberghein.—Generación de los Conocimientos Humanos.

INDICE

Págs.

Dedicatoria ....

Palabras liminares 5

PRIMERA PARTE

Controversia sobre el fundamento del derecho de propiedad individual 7

SEGUNDA PARTE

Evolución del derecho de propiedad 17

TERCERA PARTE

Carácter del derecho de propiedad en la legislación indiana 22

Regalías de las minas 23

Asientos y capitulaciones 24

CUARTA PARTE

Carácter del derecho de propiedad en la legislación francesa 29

QUINTA PARTE

Carácter del derecho de propiedad en la República 40

Conclusiones 51

Bibliografía 53