





C. LAUKER'S

DEUTSCHES VII

20



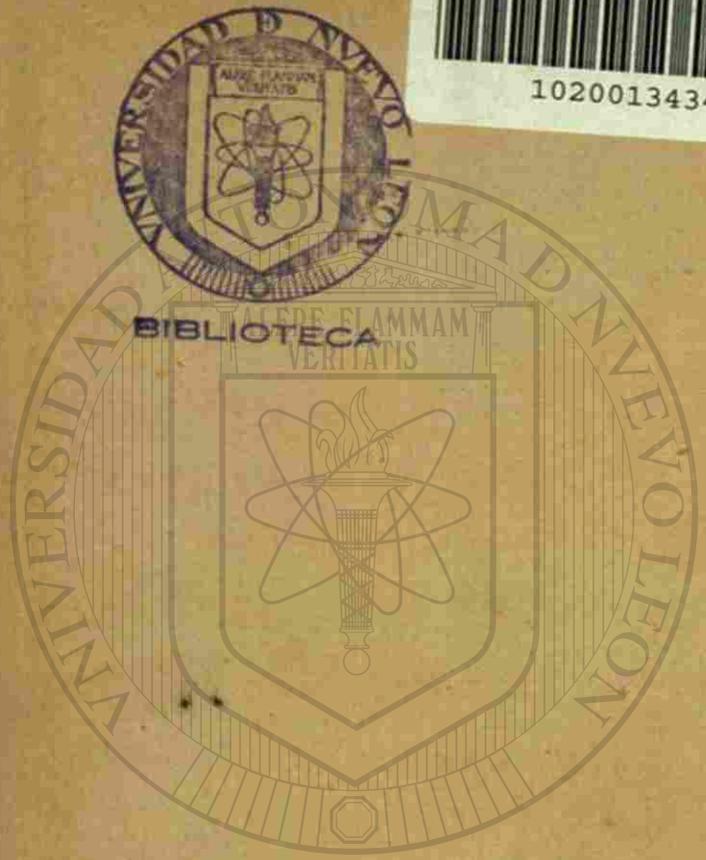
KM19
.78
L31
v. 20



347

2.

Andrés Sánchez Fuentes

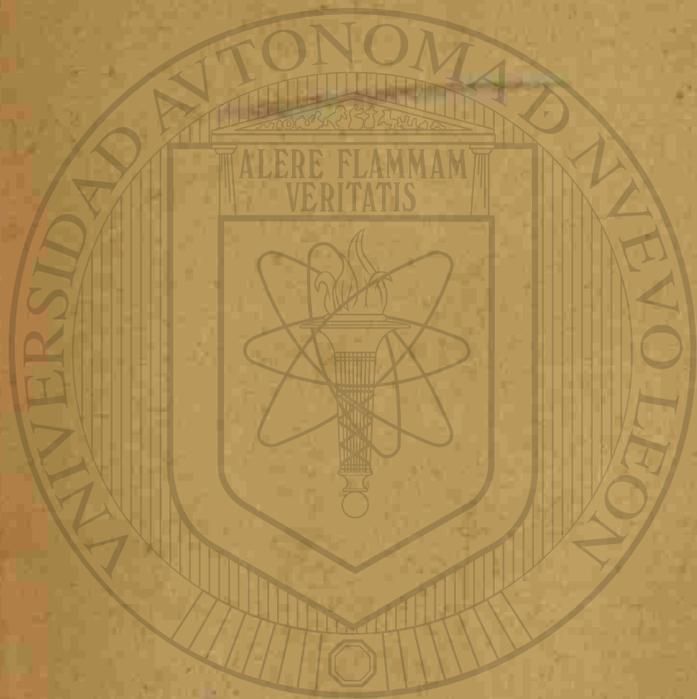


Biblioteca Particular
del Lic.
ANDRÉS SANCHEZ FUENTES.
Volumen No
Estante Casiller

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

1394



PRINCIPIOS
—DE—
DERECHO CIVIL FRANCÉS

POR

F. LAURENT

PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD DE GANTE

OBRA PREMIADA EN EL CONCURSO QUINQUENAL DE LAS CIENCIAS
MORALES Y POLÍTICAS.

UANTL

TOMO XX



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

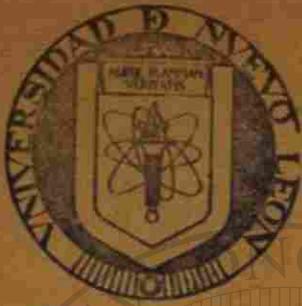
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

111448

PUEBLA.—1898.

BAEROSO HERMANO Y COMP. (SUCESORES), EDITORES
Calle de la Compañía 15. Apartado de correo núm. 4.

23192



BIBLIOTECA



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

TITULO IV.

DE LAS OBLIGACIONES.

(Continúa).

CAPITULO VIII.

DE LA PRUEBA.

(Continúa).

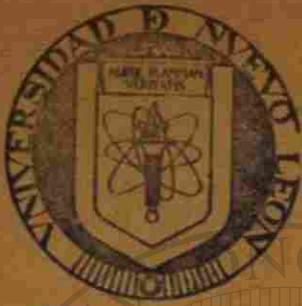
SECCION V.—De la cosa juzgada. (1)

§ 1.º —NOCIONES GENERALES.

Núm. 1. ¿Qué es la cosa juzgada?

1. El Código coloca entre las presunciones legales, la autoridad que la ley atribuye á la cosa juzgada (art. 1,350, núm. 3). ¿Qué es esta autoridad? Pothier contesta: "La autoridad de cosa juzgada, hace presumir verdadero y equitativo todo lo que está contenido en una sentencia: *Res judicata pro veritate accipitur*." La verdad ya no puede ser puesta en causa; las partes no son ya admitidas á llevar ante los tribunales lo que fué decidido por una primera sentencia; la presunción de verdad, dice Pothier, es *juris et ju-*

1 Griolet, *De la autoridad de la cosa juzgada*, Paris, 1868, an vol. in 8º Extracto de la *Revista práctica de derecho francés*, tomos XXIII y XXIV, año de 1867.



BIBLIOTECA



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

TITULO IV.

DE LAS OBLIGACIONES.

(Continúa).

CAPITULO VIII.

DE LA PRUEBA.

(Continúa).

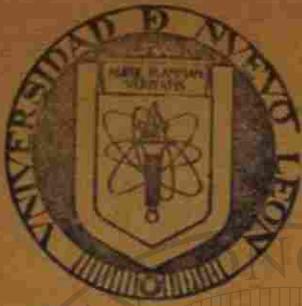
SECCION V.—De la cosa juzgada. (1)

§ 1.º —NOCIONES GENERALES.

Núm. 1. ¿Qué es la cosa juzgada?

1. El Código coloca entre las presunciones legales, la autoridad que la ley atribuye á la cosa juzgada (art. 1,350, núm. 3). ¿Qué es esta autoridad? Pothier contesta: "La autoridad de cosa juzgada, hace presumir verdadero y equitativo todo lo que está contenido en una sentencia: *Res judicata pro veritate accipitur*." La verdad ya no puede ser puesta en causa; las partes no son ya admitidas á llevar ante los tribunales lo que fué decidido por una primera sentencia; la presunción de verdad, dice Pothier, es *juris et ju-*

1 Griolet, *De la autoridad de la cosa juzgada*, Paris, 1868, an vol. in 8º Extracto de la *Revista práctica de derecho francés*, tomos XXIII y XXIV, año de 1867.



BIBLIOTECA



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

TITULO IV.

DE LAS OBLIGACIONES.

(Continúa).

CAPITULO VIII.

DE LA PRUEBA.

(Continúa).

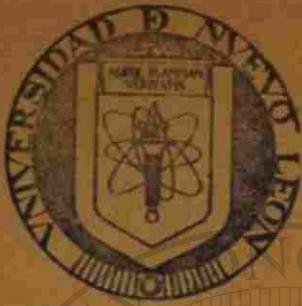
SECCION V.—De la cosa juzgada. (1)

§ 1.º —NOCIONES GENERALES.

Núm. 1. ¿Qué es la cosa juzgada?

1. El Código coloca entre las presunciones legales, la autoridad que la ley atribuye á la cosa juzgada (art. 1,350, núm. 3). ¿Qué es esta autoridad? Pothier contesta: "La autoridad de cosa juzgada, hace presumir verdadero y equitativo todo lo que está contenido en una sentencia: *Res judicata pro veritate accipitur*." La verdad ya no puede ser puesta en causa; las partes no son ya admitidas á llevar ante los tribunales lo que fué decidido por una primera sentencia; la presunción de verdad, dice Pothier, es *juris et ju-*

1 Griolet, *De la autoridad de la cosa juzgada*, Paris, 1868, an vol. in 8º Extracto de la *Revista práctica de derecho francés*, tomos XXIII y XXIV, año de 1867.



BIBLIOTECA



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

TITULO IV.

DE LAS OBLIGACIONES.

(Continúa).

CAPITULO VIII.

DE LA PRUEBA.

(Continúa).

SECCION V.—De la cosa juzgada. (1)

§ 1.º —NOCIONES GENERALES.

Núm. 1. ¿Qué es la cosa juzgada?

1. El Código coloca entre las presunciones legales, la autoridad que la ley atribuye á la cosa juzgada (art. 1,350, núm. 3). ¿Qué es esta autoridad? Pothier contesta: "La autoridad de cosa juzgada, hace presumir verdadero y equitativo todo lo que está contenido en una sentencia: *Res judicata pro veritate accipitur*." La verdad ya no puede ser puesta en causa; las partes no son ya admitidas á llevar ante los tribunales lo que fué decidido por una primera sentencia; la presunción de verdad, dice Pothier, es *juris et ju-*

1 Griolet, *De la autoridad de la cosa juzgada*, Paris, 1868, an vol. in 8º Extracto de la *Revista práctica de derecho francés*, tomos XXIII y XXIV, año de 1867.

re, excluye toda prueba contraria. Sin duda que el juez puede equivocarse de hecho y de derecho, pero las partes no son admitidas á probar estos errores, la ley les niega acción en justicia, como lo dice enérgicamente el art. 1,352. ¿Por qué, á pesar de esta posibilidad de error, y aunque documentos auténticos probasen que el juez se equivocó, por qué, la ley no permita volver sobre la cosa juzgada? El legislador tuvo en cuenta probabilidad de errores; como remedio del mal, estableció dos grados de jurisdicción. El juez de apelación puede rectificar los errores cometidos por el primer juez. Pero cuando los recursos que la ley organiza están agotados, es menester que el proceso tenga un fin; si pudieran renovarse siempre so pretexto de error, las contestaciones se perpetuirían y el mundo sería solo un inmenso proceso. Y, los procesos son un gran mal; dejan los derechos en la incertidumbre, lo que impide y paraliza las transacciones civiles; entretienen y envenenan las malas pasiones, el odio y la discordia; importa, pues, ponerles un fin, con el objeto de calmar las disenciones y el de dar certeza y estabilidad á los derechos. En vano se invocan contra la autoridad de la cosa juzgada, los derechos de individuos que se sacrifican al interés general. Contestamos que la cosa juzgada es más que un interés; sin la autoridad que se le da, no hubiera sociedad posible; y, la conservación de la sociedad es la base de los derechos que pertenecen á los individuos; el derecho de todos debe prevalecer sobre las pretensiones de algunos. Si los derechos reivindicados en justicia tuvieran la certeza que se invoca, el legislador no podía oponerles la presunción de verdad que resulta de la cosa juzgada, pues la presunción de la verdad debe ceder ante la verdad demostrada. Pero tal es la condición de las cosas humanas, que los hombres jamás pueden afirmar la certidumbre absoluta de un hecho litigioso. ¿De qué serviría, pues, la nueva instancia que las partes quisieran intentar? ¿Quién garantiza que la

decisión de un nuevo juez sería la expresión de la verdad, siendo pronunciada por hombres falibles? Cuando hay siempre posibilidad de error, mejor es poner un término á los debates que perpetúan los procesos. (1)

2. ¿Cuáles son los efectos de la cosa juzgada? Hay que distinguir si es el demandante ó si es el demandado el que obtuvo en la causa. El demandante reclama el pago de una deuda de 10,000 francos por causa de préstamo; el demandado es condenado á pagar dicha suma; se presume que la debe efectivamente. Aquel que obtuvo en el juicio puede, por consiguiente, obligar á su deudor á ejecutar la sentencia mediante el embargo y la venta de sus bienes, sin que el deudor sea admitido á probar que nada debe; ha sido juzgado que debe; lo que fué sentenciado se presume verdad y esta presunción no admite la prueba contraria; si al contrario, el juez ha resuelto que nada debe al demandante, quedará juzgado con presunción de verdad, que el demandante no era acreedor de los 10,000 francos á título de préstamo, y por consiguiente, no podrá reclamar por una nueva instancia y so pretexto de error, la misma cosa á la misma persona y por la misma causa; el demandado rechazaría su demanda con la excepción de cosa juzgada.

La autoridad de cosa juzgada se manifiesta, pues, de una manera diferente, según que la sentencia es pronunciada en favor del demandante ó en favor del demandado. Esto no impide que la sentencia se presuma ser la verdad con relación á cada una de las partes que han emprendido la instancia. Si la sentencia da razón al demandado, hay excepción de cosa juzgada que puede oponer al demandante; pero si éste tiene interés en prevalecerse del juicio pronunciado contra él, es seguro que lo puede hacer, pues la sentencia se presume ser la verdad de una manera absoluta; tal es el carácter de la verdad; luego ambas partes pueden, en caso de

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 624, núm. 323 bis I y II.

necesidad, invocar como verdadero lo que fué resuelto contra ellas, así como lo que fué decidido para ellas. Pero como de ordinario la sentencia solo es invocada por aquel en provecho de quien fué pronunciada, se dice que da lugar á una acción llamada *actio iudicati* en provecho del demandante si obtuvo, y á una excepción llamada *exceptio rei iudicatae*, en provecho del demandado que obtuvo en la causa. La presunción de verdad se liga á la acción tanto como á la excepción; siempre hay cosa juzgada, y las condiciones de la cosa juzgada son idénticas. (1)

Núm. 2. *¿Qué sentencias producen la cosa juzgada?*

1. *Es necesario que la sentencia sea pronunciada por un tribunal belga.*

3 El art. 516 del Código de Procedimientos, dice: "Las sentencias pronunciadas por los tribunales extranjeros no son susceptibles de ejecución en Francia sino de la manera y en los casos previstos por los arts. 2,123 y 2,128 del Código Civil." Según los términos del art. 2,123, la hipoteca no puede resultar de sentencias pronunciadas en país extranjero sino cuando han sido declaradas ejecutorias por un tribunal Francés, sin perjuicio de las disposiciones contrarias que pueden estar en las leyes políticas ó en los tratados. El art. 2,128 repite esta disposición para las hipotecas convencionales: "Los contratos hechos en países extranjeros no pueden dar hipoteca sobre bienes ubicados en Francia, si no hay disposiciones contrarias á este principio en las leyes políticas ó en los tratados."

De esto se sigue que las sentencias pronunciadas en el extranjero no producen por sí la autoridad ligada á la cosa juzgada; no la adquieren sino cuando han sido hechas eje-

1 Duranton, t. XIII, pág. 479, núms. 447 y 448. Larombière, tomo V, pág. 325, núm. 149 (Ed. B., t. III, pág. 277).

cutorias por un tribunal Francés. La ordenanza de 1,629 (art. 121) lo decía en términos formales: "Las sentencias pronunciadas, los contratos ú obligaciones recibidos en reinos y soberanías extranjeras, por cualquiera motivo, no tendrán ninguna hipoteca ni ejecución en nuestro reino, así los contratos tendrán acción de simples promesas, y no obstante las sentencias, nuestros súbditos contra los que han sido pronunciadas, podrán de nuevo debatir sus derechos como enteros ante nuestros oficiales." El Código de Procedimientos y Código Civil son menos explícitos, pero llegan á la misma consecuencia. En efecto, para adquirir autoridad de cosa juzgada, las sentencias pronunciadas en el extranjero deben ser declaradas ejecutorias, y esto se hace en virtud de nueva sentencia. Luego la sentencia pronunciada en el extranjero se considera como no pronunciada. (1) Este principio se funda en la división de la humanidad en naciones ó estados de los que cada uno es soberano sólo en los límites de su territorio. Las sentencias son actas de soberanía; luego no pueden tener fuerza y autoridad sino en el territorio en que el Estado ejerce su poder soberano; fuera de él, se consideran como no existentes. (2) La consecuencia es jurídica, pero acusa una organización de la humanidad muy imperfecta. Quién no recuerda la amarga ironía de Pascal: ¡Verdad de este lado del río y error del otro lado! Cambia la verdad de un Estado á otro; se concibe esta desconfianza en contra de las sentencias extranjeras cuando la barbarie reina más allá de las fronteras, pero en el mundo civilizado, las garantías de una buena justicia son las mismas en todas partes. Hé aquí por cierto un punto en el que todas las Naciones civilizadas pueden entenderse; ¿por qué tardarán tanto en hacer un Código de Derecho Civil internacional que sería el primer paso hácia la confederación de los pueblos?

1 Lieja, 15 de Julio de 1841 (*Panicrisia*, 1831, pág. 207). Bruselas, 13 de Marzo de 1851 (Dalloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 26).

2 Toullier, t. V, 2, pág. 69, núms. 76 y 77, y pág. 77, núm. 85.

necesidad, invocar como verdadero lo que fué resuelto contra ellas, así como lo que fué decidido para ellas. Pero como de ordinario la sentencia solo es invocada por aquel en provecho de quien fué pronunciada, se dice que da lugar á una acción llamada *actio iudicati* en provecho del demandante si obtuvo, y á una excepción llamada *exceptio rei iudicatae*, en provecho del demandado que obtuvo en la causa. La presunción de verdad se liga á la acción tanto como á la excepción; siempre hay cosa juzgada, y las condiciones de la cosa juzgada son idénticas. (1)

Núm. 2. *¿Qué sentencias producen la cosa juzgada?*

1. *Es necesario que la sentencia sea pronunciada por un tribunal belga.*

3 El art. 516 del Código de Procedimientos, dice: "Las sentencias pronunciadas por los tribunales extranjeros no son susceptibles de ejecución en Francia sino de la manera y en los casos previstos por los arts. 2,123 y 2,128 del Código Civil." Según los términos del art. 2,123, la hipoteca no puede resultar de sentencias pronunciadas en país extranjero sino cuando han sido declaradas ejecutorias por un tribunal Francés, sin perjuicio de las disposiciones contrarias que pueden estar en las leyes políticas ó en los tratados. El art. 2,128 repite esta disposición para las hipotecas convencionales: "Los contratos hechos en países extranjeros no pueden dar hipoteca sobre bienes ubicados en Francia, si no hay disposiciones contrarias á este principio en las leyes políticas ó en los tratados."

De esto se sigue que las sentencias pronunciadas en el extranjero no producen por sí la autoridad ligada á la cosa juzgada; no la adquieren sino cuando han sido hechas eje-

1 Duranton, t. XIII, pág. 479, núms. 447 y 448. Larombière, tomo V, pág. 325, núm. 149 (Ed. B., t. III, pág. 277).

cutorias por un tribunal Francés. La ordenanza de 1,629 (art. 121) lo decía en términos formales: "Las sentencias pronunciadas, los contratos ú obligaciones recibidos en reinos y soberanías extranjeras, por cualquiera motivo, no tendrán ninguna hipoteca ni ejecución en nuestro reino, así los contratos tendrán acción de simples promesas, y no obstante las sentencias, nuestros súbditos contra los que han sido pronunciadas, podrán de nuevo debatir sus derechos como enteros ante nuestros oficiales." El Código de Procedimientos y Código Civil son menos explícitos, pero llegan á la misma consecuencia. En efecto, para adquirir autoridad de cosa juzgada, las sentencias pronunciadas en el extranjero deben ser declaradas ejecutorias, y esto se hace en virtud de nueva sentencia. Luego la sentencia pronunciada en el extranjero se considera como no pronunciada. (1) Este principio se funda en la división de la humanidad en naciones ó estados de los que cada uno es soberano sólo en los límites de su territorio. Las sentencias son actas de soberanía; luego no pueden tener fuerza y autoridad sino en el territorio en que el Estado ejerce su poder soberano; fuera de él, se consideran como no existentes. (2) La consecuencia es jurídica, pero acusa una organización de la humanidad muy imperfecta. Quién no recuerda la amarga ironía de Pascal: ¡Verdad de este lado del río y error del otro lado! Cambia la verdad de un Estado á otro; se concibe esta desconfianza en contra de las sentencias extranjeras cuando la barbarie reina más allá de las fronteras, pero en el mundo civilizado, las garantías de una buena justicia son las mismas en todas partes. Hé aquí por cierto un punto en el que todas las Naciones civilizadas pueden entenderse; ¿por qué tardarán tanto en hacer un Código de Derecho Civil internacional que sería el primer paso hácia la confederación de los pueblos?

1 Lieja, 15 de Julio de 1841 (*Panicrisia*, 1831, pág. 207). Bruselas, 13 de Marzo de 1851 (Dalloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 26).

2 Toullier, t. V, 2, pág. 69, núms. 76 y 77, y pág. 77, núm. 85.

Esta desconfianza contra lo que se hace en el extranjero estalla de una manera mortificante en una sentencia de 9 de Septiembre de 1814, que dice así: "Los decretos y las sentencias pronunciadas en Francia no tendrán ninguna ejecución en Bélgica. A pesar de estas sentencias, los habitantes de Bélgica podrán de nuevo debatir sus derechos ante los tribunales establecidos, ya sea demandando, ya sea defendiéndose." Estas disposiciones eran inútiles para el porvenir desde la separación de la Bélgica y la Francia, puesto que no hacen sino consagrar la regla establecida por el Código de Procedimientos. En cuanto á las sentencias pronunciadas antes de la separación, no procedían de una jurisdicción extranjera, puesto que los belgas fueron franceses hasta la caída del imperio.

4. Estos principios no reciben su aplicación á las sentencias pronunciadas por árbitros. Los árbitros no son verdaderos jueces; no ejercen una función que les es dada por el poder soberano; son personas particulares y privadas que tienen su misión por la voluntad de las partes. Desde luego, los motivos por los que las sentencias pronunciadas en el extranjero no tienen autoridad de cosa juzgada en Bélgica, no son aplicables á las sentencias arbitrales. El art. 2,123 consagra esta distinción; después de haber dicho que la hipoteca judicial resulta de sentencias, agrega: "Las decisiones arbitrales no implican hipoteca sino cuando están revestidas de orden judicial de ejecución." Basta, pues, una orden del Presidente para que las sentencias arbitrales se hagan ejecutorias, mientras que para las sentencias pronunciadas en el extranjero, se necesita una resolución de los tribunales belgas. Esto está también fundado en razón: Los que nombran árbitros para decidir sus cuestiones, se someten á su decisión de una manera absoluta, en este sentido, que no pretenden limitar su confianza al territorio del Estado en que los árbitros están constituidos; esto no tendría sentido. La jurisprudencia y la doctrina están de acuerdo.

II. La sentencia debe ser pronunciada en materia contenciosa.

5. Se distingue la jurisdicción, en contenciosa y en graciosa ó voluntaria. La jurisdicción contenciosa decide las contestaciones que se originan entre los particulares. En la jurisdicción voluntaria, no hay proceso, tiene por objeto conservar los derechos. Antaño ambas jurisdicciones se confundían; los tribunales ejercían una y otra. La revolución las ha separado, atribuyendo las funciones de la jurisdicción voluntaria á oficiales del orden administrativo, especialmente, á los notarios y á los conservadores de hipotecas. Toda vez la separación no fué completa: Los tribunales conservaron una parte de la jurisdicción voluntaria. Es así como intervienen en materia de adopción para hacer constar el contrato que se hace entre el adoptante y el adoptado. Cuando el juez de paz recibe el contrato de adopción, no sentencia, nada tiene que sentenciar, puesto que no hay proceso, hace funciones de notario. El Tribunal de Primera Instancia y la Corte de Apelación, homologan esta acta, y esto se hace bajo forma de sentencia; en realidad, no hay sentencia, puesto que ninguna contestación es sometida á los jueces. (arts. 353-357)

Los tribunales ejercen también la jurisdicción voluntaria en materia de tutela. Hay actos que el tutor solo puede hacer con la autorización del consejo de familia y después de haber obtenido la homologación del tribunal. Esto se hace bajo forma de sentencia, pero la homologación no es una sentencia puesto que no hay contestación; si el juez interviene, es únicamente para salvaguardia de los intereses de los menores; hace oficio de colegio pupilar; es decir, de una autoridad administrativa (art. 458).

Los inmuebles dotales de la mujer casada bajo el régi-

Esta desconfianza contra lo que se hace en el extranjero estalla de una manera mortificante en una sentencia de 9 de Septiembre de 1814, que dice así: "Los decretos y las sentencias pronunciadas en Francia no tendrán ninguna ejecución en Bélgica. A pesar de estas sentencias, los habitantes de Bélgica podrán de nuevo debatir sus derechos ante los tribunales establecidos, ya sea demandando, ya sea defendiéndose." Estas disposiciones eran inútiles para el porvenir desde la separación de la Bélgica y la Francia, puesto que no hacen sino consagrar la regla establecida por el Código de Procedimientos. En cuanto á las sentencias pronunciadas antes de la separación, no procedían de una jurisdicción extranjera, puesto que los belgas fueron franceses hasta la caída del imperio.

4. Estos principios no reciben su aplicación á las sentencias pronunciadas por árbitros. Los árbitros no son verdaderos jueces; no ejercen una función que les es dada por el poder soberano; son personas particulares y privadas que tienen su misión por la voluntad de las partes. Desde luego, los motivos por los que las sentencias pronunciadas en el extranjero no tienen autoridad de cosa juzgada en Bélgica, no son aplicables á las sentencias arbitrales. El art. 2,123 consagra esta distinción; después de haber dicho que la hipoteca judicial resulta de sentencias, agrega: "Las decisiones arbitrales no implican hipoteca sino cuando están revestidas de orden judicial de ejecución." Basta, pues, una orden del Presidente para que las sentencias arbitrales se hagan ejecutorias, mientras que para las sentencias pronunciadas en el extranjero, se necesita una resolución de los tribunales belgas. Esto está también fundado en razón: Los que nombran árbitros para decidir sus cuestiones, se someten á su decisión de una manera absoluta, en este sentido, que no pretenden limitar su confianza al territorio del Estado en que los árbitros están constituidos; esto no tendría sentido. La jurisprudencia y la doctrina están de acuerdo.

II. La sentencia debe ser pronunciada en materia contenciosa.

5. Se distingue la jurisdicción, en contenciosa y en graciosa ó voluntaria. La jurisdicción contenciosa decide las contestaciones que se originan entre los particulares. En la jurisdicción voluntaria, no hay proceso, tiene por objeto conservar los derechos. Antaño ambas jurisdicciones se confundían; los tribunales ejercían una y otra. La revolución las ha separado, atribuyendo las funciones de la jurisdicción voluntaria á oficiales del orden administrativo, especialmente, á los notarios y á los conservadores de hipotecas. Toda vez la separación no fué completa: Los tribunales conservaron una parte de la jurisdicción voluntaria. Es así como intervienen en materia de adopción para hacer constar el contrato que se hace entre el adoptante y el adoptado. Cuando el juez de paz recibe el contrato de adopción, no sentencia, nada tiene que sentenciar, puesto que no hay proceso, hace funciones de notario. El Tribunal de Primera Instancia y la Corte de Apelación, homologan esta acta, y esto se hace bajo forma de sentencia; en realidad, no hay sentencia, puesto que ninguna contestación es sometida á los jueces. (arts. 353-357)

Los tribunales ejercen también la jurisdicción voluntaria en materia de tutela. Hay actos que el tutor solo puede hacer con la autorización del consejo de familia y después de haber obtenido la homologación del tribunal. Esto se hace bajo forma de sentencia, pero la homologación no es una sentencia puesto que no hay contestación; si el juez interviene, es únicamente para salvaguardia de los intereses de los menores; hace oficio de colegio pupilar; es decir, de una autoridad administrativa (art. 458).

Los inmuebles dotales de la mujer casada bajo el régi-

men dotal no pueden ser enajenados ni cambiados sino en el caso y bajo las condiciones determinadas por la ley; para garantizar que la enajenación no se haga sino en el caso que la ley lo permite, los tribunales intervienen: la autorización ó el permiso que dan no es una sentencia propiamente dicha, pues ninguna contestación les es sometida, el objeto de su intervención es resguardar los intereses de la mujer dotal (arts. 1,558 y 1,559).

La distinción de ambas jurisdicciones tiene una consecuencia muy importante en lo que concierne á la autoridad de cosa juzgada. Para que una acta tenga la autoridad de cosa juzgada, es preciso que sea una sentencia; y, no hay sentencia sino cuando los tribunales deciden una contestación; no sentencian cuando ejercen la jurisdicción voluntaria. Luego las sentencias pronunciadas en materias contenciosas, son las únicas que tienen autoridad de cosa juzgada; en cuanto á las actas de jurisdicción voluntaria, no tienen sino apariencia de sentencias, no deciden ningún proceso; desde luego, no hay razón para atribuirles autoridad de cosa juzgada, así como tampoco se reconocen las actas de los notarios y las deliberaciones del consejo de familia. Los motivos por los que la ley ha establecido la presunción de verdad que se da á las sentencias, implican la existencia de un proceso, son extraños á la jurisdicción voluntaria. (1)

6. Toda sentencia propiamente dicha, tiene autoridad de cosa juzgada. Las pronunciadas por los árbitros son juicios; luego tienen la autoridad que la ley atribuye á la cosa juzgada; (2) pero como proceden de particulares, la ley quiere que sean hechas ejecutorias por mandamiento del presidente del Tribunal (Código de Procedimientos, art. 1,021). De esto

¹ Aubry y Rau, t. VI, pág. 479 y nota 5, n.º. 769. Larombière, t. V, pag. 206, núm. 12 (Ed. B., t. III, pág. 232).

² Véase un ejemplo en una sentencia de casación de 26 de Agosto de 1873 (Dalloz, 1874, 1, 475).

se sigue que los árbitros están ligados por las sentencias que pronuncian; si son llamados á decidir la misma contestación entre las mismas partes, deben respetar la decisión que han dado; si se apartaban de ella violarían la cosa juzgada, y su sentencia sería sujeta á casación. Así sucede para con los árbitros llamados amigables componedores; éstos no están ligados por las reglas de derecho como lo están los árbitros en general (Código de Procedimientos art. 1,019); sin embargo, lo están para la cosa juzgada, á no ser que las partes interesadas al nombrar, los hayan renunciado expresamente á los efectos de la cosa juzgada, y dado á los amigables componedores el poder para juzgar por equidad, sin que estén obligados á respetar las decisiones intervenidas en la causa. La Corte de Casación lo resolvió así en un negocio en que los árbitros después de haber juzgado á título de amigables componedores, fueron nombrados por las mismas partes para decidir una nueva contestación; la pretensión del demandante, aunque modificada en la forma, no era otra sino la que versó en la primera instancia arbitraria, y que habia sido desechada por una primera sentencia; en la segunda fué acogida. Pedimento de casación. La Corte decidió que la autoridad de cosa juzgada se ligaba á una sentencia arbitraria tanto como á otra decisión judicial; que no habia por qué distinguir á este respecto, entre los árbitros ordinarios y los amigables componedores; es verdad que el poder de éstos no está limitado por las reglas de derecho, pero, dice la Corte, no pueden ir más allá de su compromiso; los árbitros están constituidos para decidir las contestaciones que dividen á las partes; y, lo que ha sido sentenciado una primera vez, no es ya motivo de contestación. Por la primera sentencia los árbitros habian agotado su poder en cuanto á los puntos que decidieron; se necesitaba un nuevo compromiso para volver á poner en cuestión lo que habia sido juzgado definitivamente, para que los árbitros tuviesen el derecho de modificar su

primera sentencia. A falta de tal compromiso, estaban ligados por la cosa juzgada. (1)

7. En el derecho antiguo, las determinaciones de parientes homologadas por el Tribunal, producían la cosa juzgada. Hay que apartar la tradición en esta materia, porque las nuevas leyes han separado la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria que fueron antes confundidas. Se juzgaba también, en el derecho antiguo, que la sentencia que homologaba una transacción consentida por un municipio, adquiría la autoridad de cosa juzgada. (2) Estando investidos los tribunales con la jurisdicción voluntaria, se conducía á confundir las actas de esta jurisdicción con las sentencias. Ahora que ambas jurisdicciones están separadas, es evidente que las deliberaciones de los consejos de familia, no pueden tener la autoridad legada á la cosa juzgada; hemos dado ya la razón del por qué; las determinaciones de familia, aunque homologadas, no son sentencias; luego no pueden tener la autoridad de cosa juzgada.

8. La jurisprudencia tiene mucha dificultad para estabilizarse en esa materia. Hemos dicho que las sentencias que autorizan la enajenación de un inmueble dotal, son actas de jurisdicción voluntaria (núm. 5); esto decide la cuestión de cosa juzgada. Puesto que no hay juicio, no puede tratarse de una presunción de verdad que se liga á la cosa juzgada. La jurisprudencia titubea en esta materia.

Una mujer casada bajo el régimen dotal, hipoteca un inmueble dotal como garantía de una deuda contraída en provecho de su marido; la causa por la que la hipoteca fué consentida, no entraba en ningún caso en que la ley, por excepción, permite enajenar ó hipotecar los bienes dotales; sin embargo, el Tribunal dió su autorización. ¿Podrá esta sen-

1 Casación, 21 de Junio de 1852 (Daloz, 1853, 1, 109).

2 Denegada, 1° ventoso, año IV (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 27). Denegada, 20 de Mayo de 1828 (Daloz, en la palabra *Comunidad*, núm. 2,417, 1°).

tencia ser opuesta á la mujer solicitando la nulidad de la hipoteca? La Corte de Aix y la Corte de Casación, han decidido que la demanda de la mujer no podía ser rechazada por la excepción de cosa juzgada. Hay para esto una razón decisiva, es que no hay sentencia. La autorización de hipotecar es, en verdad, acordada bajo forma de sentencia; pero, dice la Corte de Casación, es una sentencia por pedimento dada en cámara de consejo; es, pues, una acta de jurisdicción voluntaria que no puede ligar á magistrados mejor ilustrados en los hechos; no es necesario para que se le reforme que se le ataque por las vías ordinarias. Si se le opone á la mujer reclamando la nulidad de la hipoteca, puede contestar que el acta que se le opone no es una sentencia, que no puede resultar de ella la excepción de cosa juzgada. Se objeta el interés de los terceros que ven sus derechos anulados, aunque solo hayan tratado con la mujer por una autorización de justicia. La objeción confunde dos órdenes de ideas enteramente distintas. Si el Tribunal interviene, no es para declarar que la mujer es capaz á la no enajenación de los fondos dotales, no depende de la capacidad de la mujer, es una garantía de sus intereses; el juez está llamado á cuidar de dichos intereses y á resguardarlos; si por error, los sacrifica en lugar de asegurarlos, no podrá decir que hay cosa juzgada contra la mujer. Preguntaremos quién invocará esta cosa juzgada. ¿El tercero que trató con la mujer dotal? No ha sido parte en la causa. ¿Cómo podría prevalecerse de un juicio que le es extraño? Esto prueba que no puede tratarse aquí de la cosa juzgada, pues una de las condiciones exigidas por la ley para que haya cosa juzgada, es que la nueva demanda esté formulada por la parte que estuvo en causa en una primera instancia; pues bien, en el caso, no hubo partes en causa cuando la demanda de autorización; la mujer dirigió una solicitud pero no tuvo contradictor, el tercero que tiene interés en la autorización no figura en ins-

tancia; para mejor decir, no hubo debates. ¿Cómo podría haber cosa juzgada cuando no hay nadie aquí que la pueda invocar? (1)

Hay sentencias que admiten distinciones. Una mujer dotal fué instituida, por contrato de matrimonio, donataria de los bienes de su padre; esta parte de su patrimonio era, pues, dotal, y por tanto, no enajenable. Recogió después la otra mitad de los bienes á título de heredera; estos bienes eran parafernales, puesto que habían sido constituidos en dote. Con el fin de determinar cuáles bienes eran dotales y cuáles bienes eran parafernales, la mujer y el marido se dirigieron á la justicia para fijar su situación, contradictoriamente con el Ministerio Público; una expertiza fué ordenada y homologada por el Tribunal. ¿Formaba esta sentencia cosa juzgada? Desde luego, no vemos con qué derecho intervino el Tribunal en esta materia. Y suponiendo que la sentencia fuese legal, ésta no era sino una acta de jurisdicción voluntaria; luego no podía pasar en fuerza de cosa juzgada. En fin ¿con qué derecho los terceros, extraños al juicio, la invocaban contra la mujer? Sin embargo, la Corte de Pau sentenció que los terceros podían prevalecerse de la sentencia. Lo que parece haberlo decidido, es que había sido dada contradictoriamente con el Ministerio Público. (1) Mala razón, según nosotros; el Ministerio Público no representa á los terceros, y aquellos que no son partes en la causa no pueden invocar el juicio como sentenciado en su favor.

Una sentencia reciente de casación, pronunciada sobre el informe de Larombière, parece admitir otra distinción. La mujer dotal había consentido una transacción con relación á bienes dotales; pidió y obtuvo la homologación de esta acta. Fué sentenciado que esta decisión no tenía autorización

1 Aix, 5 de Agosto de 1850, y Denegada, 7 de Julio de 1851 sobre el Informe de Hardouin (Dalloz, 1851, 1, 297). En el mismo sentido, Casación 29 de Agosto de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 393). Lyon, 31 de Enero de 1872 (Dalloz, 1874, 2, 43).

de cosa juzgada, lo que nos parece evidente. La transacción había puesto término á un litigio que dividía á las partes; ninguna contestación fué sometida al Tribunal; se pidió homologar una transacción, y debió haber resuelto que no tenía calidad para esto, pues la homologación es una acta de jurisdicción voluntaria, y los tribunales tienen esta jurisdicción solo por excepción, en los casos determinados por la ley, y ¿dónde está la ley que da al juez el derecho de homologar transacciones consentidas por una mujer dotal? El Tribunal era, pues, radicalmente incompetente, y aunque hubiera sido competente, la homologación siempre era una acta de jurisdicción voluntaria y como tal, la sentencia no podía tener fuerza de cosa juzgada. La Corte de Casación alega otros motivos: "La sentencia, dice, que sanciona la transacción se funda, no en la apreciación de hecho y de derecho de las pretensiones respectivas de las partes, sino únicamente en la existencia del contrato que es la obra de sus voluntades; el mismo dispositivo no es más que el tenor de transacción de la que la Corte de Apelación ordena la aneccion á la minuta de su sentencia; la fuerza obligatoria de semejante acta de homologación no difiere de la que se liga á la misma transacción." Sin embargo, la Corte de Apelación había admitido la cosa juzgada; su sentencia fué casada.

Se podría inducir de los motivos de la sentencia de casación, y el intérprete saca esta consecuencia, que si el juez había motivado su decisión en consideraciones de hecho y de derecho á él propias, no se le podía negar el carácter de sentencia, y por consiguiente, cosa juzgada. Dudamos que tal haya sido el pensamiento de la Corte. En todo caso, esto sería un error. Motivada ó no la homologación, es siempre una acta de jurisdicción voluntaria, y como tal, no puede producir autoridad de cosa juzgada.

La cuestión presenta además otras dificultades que examinaremos en el título *Del Contrato de Matrimonio*.

9. ¿Tienen autoridad de cosa juzgada las sentencias de adjudicación? La Corte de Casación ha sentenciado que el cuaderno de los cargos de una venta ó de una licitación constituye un verdadero contrato de venta: ésta venta no cambia de naturaleza porque se hace en justicia; la sentencia de adjudicación equivale al acta hecha por un notario; es, pues, esencialmente una acta de jurisdicción voluntaria. De esto se sigue que esta sentencia no puede tener autoridad de cosa juzgada respecto á las contestaciones que se levantasen ulteriormente á propósito de los inmuebles vendidos ó licitados entre las partes que figuraron en dicha sentencia. (1) Hay un ligero motivo de duda que no se presenta en las actas ordinarias de jurisdicción voluntaria; es que las mismas partes en las que se promueve el proceso, han estado en causa en la sentencia de adjudicación. Pero cuando se dice que han estado *en causa* en la adjudicación, no se expresa inexactamente; no hay verdadera instancia judicial porque no hay nada que juzgar; desde luego, las partes interesadas no pueden prevalecerse de lo que fué resuelto, porque nada fué sentenciado; así como ni la venta hecha ante notario.

Puede suceder, sin embargo, que la sentencia de adjudicación decida un incidente que constituye una verdadera contestación. En este caso hay un juicio contencioso acerca del incidente, y este juicio, como todas las resoluciones judiciales pronunciadas en materia contenciosa, tiene la autoridad de cosa juzgada. (2)

III. Debe ser válida la sentencia.

10. ¿Hay condiciones requeridas para que un juicio exista, y á falta de una de estas condiciones debe decirse que la sentencia es inexistente en este sentido que no puede tener

1 Denegala, 24 de Febrero de 1868 (Dall'z, 1868, 1, 306).

2 Compárese Denegada, Sala de lo Civil 6 de Abril de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 157).

ningún efecto? Si se admite la teoría de las actas inexistentes para los contratos, es difícil no admitirla para las sentencias, pues éstas son especies de contratos *in judiciis quoque contrahimus*. Resulta una consecuencia muy importante, es que las sentencias inexistentes no tienen autoridad de cosa juzgada. La consecuencia no podría ser negada, pero queda por saber en qué caso una sentencia es inexistente, en qué casos es solamente nula, pues á diferencia de sentencia inexistente, la sentencia nula produce los efectos ligados á toda decisión judicial mientras que no está revocada por vía legal. La materia es demasiado extraña á nuestro trabajo para que nos permitamos aventurarnos en esta digresión. Nos limitaremos á asentar algunos principios que toman apoyo en la tradición y en la jurisprudencia.

11. Se objeta á menudo contra la distinción de las actas inexistentes y de las actas nulas, que esta teoría es invención de los autores modernos, y que la tradición la ignora. La verdad es que esta teoría es tan antigua como la ciencia del derecho; se la encuentra en lo que concierne á las sentencias de Pothier y éste se inspiró en el derecho romano.

Pothier llama nulas las sentencias que llamamos inexistentes; asienta en principio que una sentencia nula no puede tener autoridad de cosa juzgada. Una sentencia es nula cuando el objeto de la condena que pronuncia es incierta. Por ejemplo, la sentencia así concebida: "Condenamos al demandado á pagar al demandante todo lo que le debe." Es claro, dice Pothier, que una sentencia tal sería absolutamente nula y que no tendría la autoridad de cosa juzgada. Esta resolución debe seguirse bajo el imperio del Código Civil. El art 1,351 dice que la autoridad de cosa juzgada no tiene lugar sino con relación con lo que hace objeto de la sentencia. ¿Cómo saber si la cosa demandada en la segunda instancia es la misma, cuando no se sabe á que se

refiere la decisión del primer juez? y no se sabe cuando el juez se olvidó de precisar el objeto de su condena.

Lo mismo sucedería, dice Pothier, si la sentencia contenía disposiciones que implicasen contradicción. Se reivindica contra mí una herencia que me habeis vendido; os llamo en garantía. El juez me deja libre de la demanda y os condena á devolver el precio de la herencia con daños y perjuicios. Estas disposiciones se contradicen é implican el que yo no pierda y que mi fiador sea condenado. Esta contrariedad hace nulo el juicio; el demandante podrá atacarlo por vía de requisición civil; si no lo hace, la sentencia que desechó contra mí adquirirá fuerza de cosa juzgada; pero no tendrá efecto contra mi fiador, aunque no hubiera protestado por vía de requisición civil, pues la denegada que la sentencia da á la demanda formulada contra mí, reclama perpetuamente en contra de la condenación de mi garante: no habiendo sido vencido no puedo promover por garantía. (1)

Este primer caso de no existencia de sentencia puede ser comparado á la falta de objeto en materia de contrato. No hay contrato sin objeto, y el objeto es una cosa segura ó un hecho determinado. Así mismo, no puede haber sentencia, y por tanto, cosa juzgada sino cuando el juez reconoció y sancionó un derecho cierto.

12. En derecho romano las sentencias eran nulas cuando pronunciaban terminantemente contra las leyes; es decir, cuando el juez decidía que la ley no debía ser observada; en este caso, la sentencia era nula de derecho pleno. Pothier hace notar que, según el derecho francés, debería pedirse la casación cuando no hay lugar á la vía ordinaria de apelación. En efecto, no puede decirse, en este caso, que no hay sentencia; hay una que viola la ley. Y la Corte de Casación está establecida para anular las sentencias que contienen una contravención al texto terminante de la ley.

1 Pothier, *De las obligaciones*, núms. 866 y 871.

13. El juez se extralimita también ó no cumple la misión que le es confiada cuando pronuncia acerca de lo que no le fué pedido, ó cuando condena á una parte por más de lo que ha sido demandada. Estas nulidades sacadas de lo que el juez ha pronunciado acerca de lo que no estaba sometido á su juicio, no tienen lugar de pleno derecho; deben ser opuestas por la vía ordinaria de apelación, ó por la vía de requisición civil. Cuando la parte dejó pasar el tiempo sin proveer contra la sentencia, quedan cubiertas las nulidades. (1)

14. Quedan las nulidades de forma. Pothier dice que no tienen lugar de pleno derecho. Esto se comprende cuando se trata de una forma de procedimientos. La nulidad no impide la sentencia de existir; produce, pues, efectos hasta que haya sido reformada ó casada. La ley de 20 de Abril de 1810, enumera las formalidades prescriptas bajo pena de nulidad: la sentencia es nula cuando no ha sido pronunciada por el número de jueces prescripto, si algunos jueces que no han asistido á todas las audiencias han concurrido en ella, si no ha sido hecha pública y si no contiene los motivos (art. 7). Estas nulidades se cubren, no impiden, pues, la cosa juzgada. (2)

Sin embargo, se admite que haya formas substanciales, sin las que la sentencia no puede producir ningún efecto. Los que oponen la cosa juzgada deben probar que hay una sentencia; deben, pues, producir una acta que tenga los caracteres exteriores de una sentencia. Se lee en un aviso del Consejo de Estado de 31 de Enero de 1806, que la autoridad dada á las sentencias descansa, no en la certeza adquirida que dicha sentencia es justa, sino en la presunción de su justicia, cuando está vestida de las formas que dan el carácter de tal. No se podría reconocer la autoridad de la co-

1 Pothier, *De las obligaciones*, núms. 872, 874.

2 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 884. Toullier, t. V, 2, pág. 102, núm. 113. Aubry y Rau, t. VI, pág. 479, nota 9.

sa juzgada en una acta informe destituida de las apariencias de una decisión judicial. (1) Ha sido resuelto, que para que una sentencia pueda ser opuesta como excepción de cosa juzgada, es necesario que haya sido notificada por un escribano de diligencias. (2)

15. Hay una cuestión muy importante. En teoría, la condición esencial para que haya sentencia es que exista un juez. Según la legislación francesa, hay una justicia administrativa, cuyas atribuciones son muy extensas. La ley fundamental de 1815 y la constitución belga, han abolido la jurisdicción administrativa, en lo que concierne á las contestaciones acerca de los derechos civiles; de esto surge la cuestión de saber si una sentencia pronunciada por un tribunal administrativo en materia de derecho civil, tendrá autoridad de cosa juzgada. La jurisprudencia se ha pronunciado por la negativa. Una decisión pronunciada por la diputación permanente acerca de una cuestión de propiedad, ¿podrá ser invocada como cosa juzgada? Nó, dice la Corte de Bruselas, pues una autoridad sin jurisdicción no puede pronunciar una sentencia. (3) La Corte tiene razón en decir que esto es evidente: no podría haber sentencia y cosa juzgada donde no hay poder de jurisdicción. Sin embargo, es de jurisprudencia y de doctrina, que la nulidad resultando de la incompetencia, no impide á la sentencia de adquirir la autoridad de cosa juzgada, aunque tuviere incompetencia por razón de la materia y fundada sobre motivos de orden público. Un tribunal decide que es del poder administrativo: la excepción de incompetencia es propuesta y rechazada. Hay cosa juzgada, dice la Corte de Casación. "La auto-

1 Denegada, 16 de Mayo de 1836 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 123), 14 de Febrero de 1837 (Daloz, en la palabra *Casación*, núm. 869) y 14 de Julio de 1873 (Daloz, 1874, 1, 308). Larombière, t. V, pág. 204, núm. 10 (Ed. B., t. III, pág. 231).

2 Gante, 19 de Enero de 1855 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 372).

3 Bruselas, 15 de Enero de 1840 (*Pasicrisia*, 1840, 2, 14). Compárese Bruselas, 22 de Febrebro de 1821 (*Pasicrisia*, 1821, pág. 310).

ridad que se liga á la cosa juzgada es tan absoluta, que está prohibido atacarla aunque la sentencia que resulte, hubiere desconocido ó violado reglas de competencia fundadas en motivo de orden público." (1) La Corte de Casación de Bélgica decidió igualmente que la ley en lo que concierne á la autoridad de cosa juzgada, no establece ninguna distinción entre las materias en que el orden público está interesado y en las en que no lo está; que en interés social, el legislador quiso poner fin á las contestaciones judiciales; que, por consiguiente, toca á la parte que se cree lesionada provocar la reforma ó la casación de la decisión que viola las reglas de competencia, si no pasaría en fuerza de cosa juzgada. (2)

Se ha resuelto, en consecuencia, que la sentencia pronunciada por un juez de paz acerca de una cuestión de propiedad, la que debiera haber mandado ante el Tribunal de Distrito, tiene, no obstante, autoridad de cosa juzgada. (3) Así mismo, cuando el Tribunal de Comercio decide una cuestión que es de la competencia de los tribunales civiles, la sentencia adquiere la autoridad de cosa juzgada si no ha sido reformada. (4)

¿No será demasiado absoluta la jurisprudencia? Notemos desde luego que es contradictoria. Si un tribunal administrativo es radicalmente incompetente para decidir una cuestión de propiedad, también lo son los tribunales de comercio para juzgar en materia civil. ¿Y cómo podrá un juez, sin jurisdicción, pronunciar una sentencia? Deberían distinguirse, á nuestro parecer, las jurisdicciones que tienen un poder general para conocer, y las jurisdicciones excepcionales.

1 Denegada, 18 de Julio de 1861 (Daloz, 1862, 1, 86). Compárese 12 de Marzo de 1873 (Daloz, 1873, 1, 376).

2 Denegada, 19 de Febrero de 1857 (*Pasicrisia*, 1857, 1, 165) y 26 de Enero de 1843 (*ibid.*, 1843, 1, 150).

3 Casación, 20 de Agosto de 1867 (Daloz, 1867, 1, 376).

4 Denegada, 3 de Mayo de 1852 (Daloz, 1852, 1, 122). Bruselas, 10 de Agosto de 1836 (*Pasicrisia*, 1836, 2, 207).

Cuando un tribunal civil decide una cuestión comercial, es incompetente, en verdad, por razón de la materia; pero no puede decirse que esté sin jurisdicción, pues las cortes de apelación conocen en negocios comerciales, y en los lugares donde no hay Tribunal de Comercio. Los tribunales de Distrito, llenan estas funciones; hay, pues, un tribunal que tiene misión y capacidad para sentenciar. Pero cuando un tribunal de comercio conoce en materia civil, lo hace sin jurisdicción y su incompetencia es radical; luego la sentencia que pronuncia no debiera tener autoridad de cosa juzgada. No contrariamos esta discusión porque también se nos podría reprochar nuestra incompetencia.

16. Cuando una sentencia es pronunciada por un tribunal que tiene jurisdicción, la decisión adquiere autoridad de cosa juzgada cualquiera que sean las causas de nulidad que la entachen. Esto no es dudoso. Hay una sentencia; á la parte que se cree lesa tocó promover, la reformó á la casación. Así, las sentencias que atañen al orden público, (1) ó que contienen un exceso de poder, (2) aun aquellas que hubieran sido obtenidas por razón de maniobras fraudulentas, (3) tienen autoridad de cosa juzgada. Es para garantizar los derechos y los intereses de las partes como la ley ha organizado vías de recursos, apelación, casación, requerimiento civil; cuando estas vías están agotadas ó que se descuidó recurrir á ellas, los procesos deben tener un fin, y la presunción de verdad abre todas las causas de nulidad; no hay motivo de orden público más poderoso que este.

IV. *Debe ser la sentencia inatacable?*

17 La ordenanza de 1667 (tit. 27, art. 25) contenía una

1 Casación, 5 de Noviembre de 1811 (Daloz, en la palabra *Arbitraje*, núm. 997).

2 Casación, 17 brumario, año XI (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 99, 1°).

3 Casación, 12 de Marzo de 1873 (Daloz, 1873, 1, 366).

disposición particular para determinar cuales sentencias tienen autoridad de cosa juzgada; estaba concebida en estos terminos: "Las sentencias y juicios que deben pasar á fuerza de cosa juzgada, son aquellas pronunciadas en último resorte y de las que no hay apelación, ó para las que la apelación no es admisible, ya sea que las partes la hayan formalmente aceptado ó ya que no hayan interpuesto á tiempo la apelación." ¿Debe concluirse de esto que las sentencias sujetas á apelación no tienen autoridad de cosa juzgada, mientras que la apelación es admisible? La cuestión se presenta para las sentencias pronunciada por defecto; ¿tienen autoridad de cosa juzgada mientras pueden ser reducidas á la nada por la oposición? Pothier contesta á la cuestión. Las sentencias de las que no hay apelación interpuesta, tienen así como las pronunciadas en último resorte, una especie de autoridad de cosa juzgada que da á la parte en favor de la que ha sido pronunciada, el derecho de perseguir la ejecución; forma una especie de presunción de verdad que excluye á la parte contra la que han sido pronunciadas para poder proponer nada en contra, mientras que no hay apelación interpuesta; pero esta autoridad y la presunción que de ella resulta, solo son momentáneas destruidas tan luego como se interpone la apelación. Así Pothier no dice como se le hace decir, que toda sentencia aunque susceptible de apelación, forma cosa juzgada desde que es pronunciada; dice que resulta una especie de cosa juzgada, y una especie de presunción, pero que todo esto es provisorio. A decir verdad, no hay cosa juzgada, y esto es imposible, mientras el plazo de la apelación no ha vencido ó no hay adiescencia. En efecto, la cosa juzgada se funda en una presunción de verdad, y no hay verdad temporal, una verdad que pueda ser destruida de un momento á otro. La verdad es eterna ó no existe; luego no puede haber una presunción de verdad mientras que la sentencia que la produce puede ser reducida á la nada por la apelación.

Lo mismo sucede con las sentencias pronunciadas por defecto. Cuando, dice Pothier, la sentencia en último resorte es contradictoria, hay autoridad de cosa juzgada tan luego como es pronunciada, pero cuando ha sido pronunciada por defecto, la parte desfaltecida es admitida á formular oposición. Esta oposición destruye el efecto de la sentencia; solo es después que la parte ha dejado pasar ocho días sin oponerse, como la sentencia pronunciada por defecto adquiere autoridad de cosa juzgada. Pothier agrega que esta autoridad es estable y perpétua. Es demasiado decir; hay que tener en cuenta las vías extraordinarias por las que una sentencia puede ser revocada ó anulada: volveremos á ocuparnos de este punto. (1)

18. Tal es el principio. Cuando la sentencia es de primera instancia, la apelación le quita la especie de autoridad que tenía y, por consiguiente, la especie de presunción de verdad se desvanece. ¿Qué debe decidirse si la apelación es parcial? Los puntos principales de la sentencia pronunciada por el primer juez adquirirán, en este caso, autoridad de cosa juzgada con relación á la parte adversa que no interpuso apelación incidente. La Corte de Casación ha hecho una aplicación del principio. Una sentencia condena á una persona con calidad de heredero de Pedro, á pagar tal suma á Pablo acreedor del difunto. La parte condenada interpuso apelación y el acreedor descuidó de interponer la apelación incidente relativa á la atribución de la calidad de heredero; no podrá sostener que la parte condenada no era heredera de su deudor, hay cosa juzgada á este respecto. (2) Así mismo, si hay varias partes demandantes ó demandadas y que no haya apelación sino con relación de una de aquellas par-

1 Pothier. *De las Obligaciones*, núms. 852 y 853. Larombière, t. V, pág. 196, núm. 2 (Ed. B., t. III, pág. 228). Compárese Marcadé, t. V, página 163, núm. 1 del art. 1,351).

2 Casación, 2 de Mayo de 1808 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 56).

tes con las que fué pronunciada, habrá autoridad de cosa juzgada con relación á las demás. (1)

Cuando la primera sentencia está confirmada por la Corte de Apelación, pierde toda su fuerza y no puede ya considerarse la cosa juzgada; la especie de presunción que se le ligaba provisionalmente ha perdido ya su fuerza por la apelación y la pierde definitivamente por la reforma á la decisión del primer juez.

19. La aplicación del principio á las sentencias por defecto, da lugar á algunas pequeñas dificultades. Se supone que el demandante hace falta; según los términos del artículo 434 (Cód. de Proc.) el Tribunal comprueba la ausencia del demandante y reserva al demandado de la demanda. ¿Es que en este caso el demandante puede formar nueva demanda con el mismo objeto? Se ha pretendido que la sentencia por defecto de presencia pronunciada contra el demandante, era un simple traslado de citación que nada prejuzgaba y que dejaba al demandante la facultad de reproducir su nueva demanda en una nueva instancia. La jurisprudencia ha rechazado esta interpretación. Es verdad que el art. 434, hablando de la falta de presencia del demandante, dice que las conclusiones de éste serán adjudicadas si se creen justas y están bien comprobadas, y la ley no dice que el juez deba comprobar el derecho del demandado cuando el demandante no está presente. Esto no impide que la sentencia por defecto decida que el demandante está sin derechos; á él toca establecer el fundamento y legitimidad de su demanda; si no lo hace, queda probado por esto mismo que no tiene derecho. Esto también se funda en razón; el pretendido acreedor no debe jugar con la justicia con perjuicio de aquel contra quien pretende tener un derecho; si le fuera permitido re-

1 Casación, 30 de Noviembre de 1825 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 56)

novar su demanda, podría perseguir sin cesar á la parte adversa, lo que perjudicaría el crédito del demandado y lo expondría á gastos frustratorios. No puede quejarse el demandante que la sentencia pronunciada contra él pase á autoridad de cosa juzgada sin que haya podido sostener su derecho, pues de él dependió formular su oposición. (1)

Lo mismo sucedería con la sentencia que la Corte de Apelación pronuncia por defecto contra el apelante. Se ha sostenido que el único efecto de la sentencia por defecto era hacer considerar á la apelación como no existente, salvo al apelante formar una nueva apelación si se encuentra aún en el plazo legal. La Corte de Poitiers aplicó con razón á la falta de presencia en apelación los principios que rigen el asunto en primera instancia. Esto no es un simple traslado, es una decisión judicial que declara al apelante sin derecho; si, pues, no hay oposición, el proceso queda terminado, la sentencia atacada se hace definitiva y adquiere autoridad de cosa juzgada. (2) Cuando hubo oposición regular contra una sentencia por defecto, la sentencia pierde toda autoridad; el juez puede, pues, cuando toma su resolución, juzgar en sentido contrario. Se ha pretendido que esta contradicción era una violación de la cosa juzgada. La Corte de Casación contesta, y la respuesta es perentoria, que no puede haber violación de la cosa juzgada cuando nada se ha juzgado, y no hay cosa juzgada cuando no hay sentencia. (3)

20. Las vías de recursos extraordinarios no son obstáculos para la cosa juzgada. Es de principio que el pedimento de casación no es suspensivo en materia civil; de donde resulta que la sentencia contra la cual está formulada no por

1 Chambéry, 12 de Enero de 1863 (Dalloz, 1864, 2, 43). Metz, 17 de Agosto de 1855 y Douai, 20 de Enero de 1855 (Dalloz, 1856, 2, 281 y 282).

2 Poitiers, 26 de Noviembre de 1856 (Dalloz, 1857, 2, 162).

3 Denegada, 29 de Agosto de 1832 (Dalloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 52, 4°).

eso deja de ser cosa juzgada. (1) La Corte de Casación ha sacado de esto una consecuencia muy importante. Una sentencia en última instancia es atacada por recurso de casación; antes que la Corte haya estatuido, interviene una segunda sentencia que viola la cosa juzgada por primera, en seguida, la Corte de Casación anula la primera sentencia; no por eso deja de deber ser casada la segunda, pues en el momento en que fué pronunciada, existía una resolución que tenía autoridad de cosa juzgada á pesar de ser solicitada su apelación; luego esta sentencia debía ser casada si no se daría un efecto suspensivo al pedimento de casación. (2)

Es, sin embargo, ir demasiado lejos cuando se dice como Pothier, que una sentencia en última instancia y contradictoria tiene autoridad de cosa juzgada *estable y perpétua*. En efecto, la decisión puede ser casada, y en este caso, es como si no hubiera existido; luego jamás hubo cosa juzgada. La Corte de Casación puede casar por entero; también puede casarla por uno ó varios de sus puntos y denegar el pedimento en cuanto á los demás. En este último caso, la cosa juzgada existe y es irrevocable para los puntos desechados para la Corte. En el primer caso, la decisión casada pierde toda autoridad aun en cuanto á las cuestiones de hechos de que no tuvo de ocuparse la Corte de Casación. Así se sentenció en el siguiente caso. Una donación disfrazada bajo forma de venta es anulada; la sentencia comprueba que el acta fué hecha por una persona sana de espíritu. La Corte de Casación casa la sentencia conforme con la jurisprudencia que admite la validez de las donaciones disfrazadas y remiten las partes ante otra Corte. Está admitiendo en principio que las donaciones disfrazadas son válidas aun el acta litigiosa fundándose en la incapacidad del donante por imbecil. ¿Hubo violación de la cosa juzgada? No, pues la

1 Durantou, t. XIII, pág. 484, núm. 457).

2 Casación, 17 de Noviembre de 1835 (Dalloz, en la palabra *Casación*, núm. 1,522).

primera sentencia que decidía que el donante estaba sano de espíritu, había sido casada sin restricción ninguna; luego era como si no hubiera sido pronunciada, y por consiguiente, no podía resultar una autoridad de cosa juzgada. (1)

Se sigue de esto que la autoridad de cosa juzgada dada á una sentencia en última instancia no se hace irrevocable sino cuando no puede ser ya casada. Es en este sentido como la Corte de Bruselas dice que la sentencia de una corte de apelación solo adquiere irrevocablemente autoridad de cosa juzgada cuando ya no puede ser atacada por el recurso de casación. La cuestión no es de pura teoría. En el caso juzgado por la Corte de Bruselas, se trataba de saber lo que debe de entenderse por *bienes del clero* en la ley de 5 de Noviembre de 1790. Dicha ley nacionaliza *todos los bienes del clero*. Un decreto de 6 Julio de 1822, declara como debe entenderse por esas palabras los bienes de las fábricas de iglesia. Estos bienes quedan, pues, reunidos al dominio del Estado, pero, dice el decreto: "Sin perjuicio de derechos adquiridos por terceros en virtud de *sentencias, teniendo fuerza de cosa juzgada*." Se preguntaba si una sentencia contra la que los los plazos para el recurso de casación no vencían aún, tenía fuerza de cosa juzgada. La Corte de Bruselas decidió la negativa, y en el caso, la cuestión no era dudosa. Es verdad que las sentencias en última instancia y los decretos, tienen autoridad de cosa juzgada á pesar del recurso, porque éste no es suspensivo; pero esto no prueba que el derecho resultando de estas decisiones judiciales sea un derecho adquirido; el derecho no es adquirido, *estable y perpétuo*, sino cuando ha expirado el plazo del recurso ó que la casación ha sido desechada. (2)

1 Casación, 23 de Enero de 1816 (Daloz, en la palabra *Casación*, núm. 2070).

2 Bruselas, Sala de Casación, 5 de Julio de 1823 (*Pasicrisia*, 1823, pág. 478).

Queda una última dificultad, que realmente no lo es. Se ha pretendido ante la Corte de Casación de Bélgica, que las sentencias de dicha corte forman cosa juzgada. La negativa es segura. Según la ley de 4 de Agosto de 1832 (artículo 17), la Corte no conoce de la esencia de los negocios, no decide las contestaciones; por tanto, las sentencias por casación no pueden formar una excepción de cosa juzgada. (1)

21 El requerimiento civil es también una vía extraordinaria para atacar las sentencias; está abierta á todos los que han sido partes en el proceso y por las causas determinadas por la ley. Se aplica á la requisición civil lo que acabamos de decir del recurso de casación, no es suspensiva; el Código de Procedimientos aun quiere que aquel que ha sido condenado á abandonar una herencia, presente la prueba de la ejecución de la sentencia para poder ser admitido á litigar en requisición civil; la requisición no quita á la sentencia ó al decreto, la autoridad de cosa juzgada hasta que haya sido extractada. (2)

La oposición de tercero es también una vía extraordinaria para ponerse contra la sentencia. Está abierta á aquel á cuyos derechos perjudica la sentencia, y que no ha sido parte en la causa. La oposición de tercero no impide á la sentencia atacada de formar cosa juzgada. Volveremos á ocuparnos de este asunto. (3)

V. *Se necesita una sentencia definitiva.*

22 Toda sentencia no tiene autoridad de cosa juzgada. La presunción de verdad que se da á las sentencias, implica que decidan una contestación, puesto que el objeto de la

1 Danegada, 11 de Agosto de 1851 (*Pasicrisia*, 1852, t. 1, 2337).

2 Código de Procedimientos, arts. 480, 497. Duranton, t. XIII, página 484 núm. 458.

3 Código de Procedimientos, art. 466, Duranton, t. XIII, página 485, núm. 459.

primera sentencia que decidía que el donante estaba sano de espíritu, había sido casada sin restricción ninguna; luego era como si no hubiera sido pronunciada, y por consiguiente, no podía resultar una autoridad de cosa juzgada. (1)

Se sigue de esto que la autoridad de cosa juzgada dada á una sentencia en última instancia no se hace irrevocable sino cuando no puede ser ya casada. Es en este sentido como la Corte de Bruselas dice que la sentencia de una corte de apelación solo adquiere irrevocablemente autoridad de cosa juzgada cuando ya no puede ser atacada por el recurso de casación. La cuestión no es de pura teoría. En el caso juzgado por la Corte de Bruselas, se trataba de saber lo que debe de entenderse por *bienes del clero* en la ley de 5 de Noviembre de 1790. Dicha ley nacionaliza *todos los bienes del clero*. Un decreto de 6 Julio de 1822, declara como debe entenderse por esas palabras los bienes de las fábricas de iglesia. Estos bienes quedan, pues, reunidos al dominio del Estado, pero, dice el decreto: "Sin perjuicio de derechos adquiridos por terceros en virtud de *sentencias, teniendo fuerza de cosa juzgada*." Se preguntaba si una sentencia contra la que los los plazos para el recurso de casación no vencían aún, tenía fuerza de cosa juzgada. La Corte de Bruselas decidió la negativa, y en el caso, la cuestión no era dudosa. Es verdad que las sentencias en última instancia y los decretos, tienen autoridad de cosa juzgada á pesar del recurso, porque éste no es suspensivo; pero esto no prueba que el derecho resultando de estas decisiones judiciales sea un derecho adquirido; el derecho no es adquirido, *estable y perpétuo*, sino cuando ha expirado el plazo del recurso ó que la casación ha sido desechada. (2)

1 Casación, 23 de Enero de 1816 (Daloz, en la palabra *Casación*, núm. 2070).

2 Bruselas, Sala de Casación, 5 de Julio de 1823 (*Pasicrisia*, 1823, pág. 478).

Queda una última dificultad, que realmente no lo es. Se ha pretendido ante la Corte de Casación de Bélgica, que las sentencias de dicha corte forman cosa juzgada. La negativa es segura. Según la ley de 4 de Agosto de 1832 (artículo 17), la Corte no conoce de la esencia de los negocios, no decide las contestaciones; por tanto, las sentencias por casación no pueden formar una excepción de cosa juzgada. (1)

21 El requerimiento civil es también una vía extraordinaria para atacar las sentencias; está abierta á todos los que han sido partes en el proceso y por las causas determinadas por la ley. Se aplica á la requisición civil lo que acabamos de decir del recurso de casación, no es suspensiva; el Código de Procedimientos aun quiere que aquel que ha sido condenado á abandonar una herencia, presente la prueba de la ejecución de la sentencia para poder ser admitido á litigar en requisición civil; la requisición no quita á la sentencia ó al decreto, la autoridad de cosa juzgada hasta que haya sido extractada. (2)

La oposición de tercero es también una vía extraordinaria para ponerse contra la sentencia. Está abierta á aquel á cuyos derechos perjudica la sentencia, y que no ha sido parte en la causa. La oposición de tercero no impide á la sentencia atacada de formar cosa juzgada. Volveremos á ocuparnos de este asunto. (3)

V. *Se necesita una sentencia definitiva.*

22 Toda sentencia no tiene autoridad de cosa juzgada. La presunción de verdad que se da á las sentencias, implica que decidan una contestación, puesto que el objeto de la

1 Danegada, 11 de Agosto de 1851 (*Pasicrisia*, 1852, t. 1, 2337).

2 Código de Procedimientos, arts. 480, 497. Duranton, t. XIII, página 484 núm. 458.

3 Código de Procedimientos, art. 466, Duranton, t. XIII, página 485, núm. 459.

presunción, es el de poner término á la contestación cuando está definitivamente juzgada. De esto sigue la consecuencia que la cosa juzgada solo resulta de las sentencias que estatuyen definitivamente la contestación. No debe entenderse el principio en el sentido que la autoridad de cosa juzgada no se atribuye sino á la sentencia que pone fin á un proceso. Pueden, en un mismo negocio, intervenir varias sentencias definitivas, en este sentido, que decidan definitivamente ciertos puntos debatidos entre las partes; todas estas sentencias tienen autoridad de cosa juzgada. Pero hay sentencias que no deciden un punto contestado entre las partes, y que, por consiguiente, no pueden pasar en autoridad de cosa juzgada, son las sentencias preparatorias ó simplemente interlocutorias. (1)

¿Cómo se distinguen las sentencias definitivas que tienen autoridad de cosa juzgada, de las sentencias preparatorias é interlocutorias que no la tienen. La cuestión da lugar á incasantes debates, lo que prueba que no hay principio seguro en esta materia. El Código Civil es muy lacónico, el artículo 1,351, única disposición que tengamos acerca de la cosa juzgada, habla en términos generales y parece decir que toda sentencia tiene autoridad de cosa juzgada. Es imposible dar este sentido á la ley. El art. 1,351 solo consagra la tradición; y siempre fué de principio que solo los juicios definitivos tienen autoridad de cosa juzgada. Pothier lo dice, y concluye de ello que las sentencias interlocutorias no pueden tener autoridad de cosa juzgada; nada dice de las sentencias preparatorias. El Código de Procedimientos distingue esas dos especies de sentencias y las define como sigue: "Se reputan preparatorias las sentencias pronunciadas para la instrucción de una causa, y que tienden á poner el proceso en estado de recibir sentencia definitiva. Son reputadas interlocutorias las sentencias pronunciadas cuando el

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 479 y nota 6, pfo. 769.

Tribunal lo ordena, antes de dar derecho, una prueba, una confronta, ó una instrucción que prejuzga el fondo" (artículo 452). La definición es bastante vaga, y además, es extraña á la cosa juzgada; de manera que, no basta para decidir las dificultades que se presentan sin cesar. Se necesitaría un principio; no lo encontramos tampoco en el Código de Procedimientos, como no lo encontramos en el Código Civil.

Interroguémos la tradición. Pothier, que sintetiza á los autores del Código Civil, da una definición muy restrictiva de las sentencias que tienen autoridad de cosa juzgada. "Para que una sentencia tenga autoridad de cosa juzgada, dice, y hasta para que pueda llamarse así, se necesita que sea una sentencia definitiva que contenga una condena ó una denegada." La ley romana de la que Pothier toma su definición, se enuncia de una manera más exacta, nos parece, al decir que hay cosa juzgada cuando el juez pone término á una contestación pronunciando ya una condena, ya una absolución. (1) Lo que caracteriza, es, pues, las sentencias propiamente dichas; las únicas como las de Pothier, que puedan merecer este nombre, es que terminan una contestación entre las partes dando gane á una de ellas. Es en este sentido como debe entenderse la palabra *condena* y la palabra *absolución*, de que se sirve el jurisconsulto romano; hay condena por el solo hecho de desechar el juez una pretensión de una de las partes combatida por la otra; aunque no esté condenada á prestar una cosa. Tal es el principio; vamos á dar su aplicación sin entrar en pormenores de las dificultades, la materia de las sentencias siendo extraña á nuestro trabajo.

23 La sentencia es preparatoria cuando manda un medio de instrucción. Esta sentencia no decide ninguna contesta-

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 850. L. I, D., *de re judic.* (XLII, 1)

ción, tiene por objeto ilustrar al juez; si éste cree que el modo de instrucción que ha prescripto no llena el objeto que se propone, puede revocarla de motu proprio y ordenar otro modo de instrucción que le parezca más adecuado. De esto se sigue, que una sentencia preparatoria no puede tener autoridad de cosa juzgada. ¿Cómo se ligaría una presunción de verdad á una sentencia que solo tiene por objeto escudriñar la verdad? El juez aun la ignora, instruye y debe gozar de la más amplia libertad para ilustrarse; sería, pues, absurdo decir que una sentencia que da el juez para ilustrarse, puede ligarlo en este sentido, que no pueda volver sobre aquello que ordenó; en efecto, esto equivaldría á decir que se le prohíbe ilustrarse en el asunto. De tales sentencias debe decirse con Pothier que no se les puede dar este nombre. (1)

Tomaremos algunas aplicaciones á la jurisprudencia. Hay un proceso entre un municipio y un particular á propósito de límites de sus propiedades respectivas. El juez ordena levantar un plano de estas propiedades, y que cuando esta operación, el municipio éste obligado á presentar sus títulos á efecto de determinar la extensión de los terrenos que pertenezcan á cada una de las partes. Más tarde, una sentencia atribuye el terreno litigioso á la municipalidad sin que ésta haya producido ningún título. ¿Hay aquí violación de la cosa juzgada? Nó, dice la Corte de Casación, pues la primera sentencia era puramente preparatoria; (2) ordenaba una medida de instrucción con el objeto de ilustrar al juez, si el juez encontró después que le bastaban los documentos del proceso, ¿se le dirá que hizo mal en encontrarse suficientemente ilustrado? Esto sería ridículo.

Una primera sentencia ordena una expertiza para fijar

1 Duranton, t. XIII, pág. 481, núm. 452. Denegada, 18 de Diciembre de 1821 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 40, 1°).

2 Denegada, 28 de Febrero de 1837 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 40, 10°).

el valor de unas construcciones levantadas en terreno litigioso. No tiene lugar la expertiza; la sentencia definitiva determinará el valor por otros documentos del proceso, entre los que el acta constando del pago de honorario al arquitecto. Recurso de Casación por violación de la cosa juzgada. La Corte decidió que la primera sentencia era simplemente preparatoria; (1) según la definición del Código de Procedimientos, hubiera podido decirse que la sentencia era interlocutoria, pero poco importa el nombre, hay que ver si la sentencia decide una contestación entre las partes, y la negativa es evidente; la expertiza tenía por objeto ilustrar al juez acerca del valor de las construcciones, encontró otros elementos de convicción: ¿se dirá que quedaba ligado por su primera sentencia y que debía proceder á la expertiza, aunque esto sea ya inútil? Esto sería absurdo.

El juez mandó á las partes ante un notario para liquidar la comunidad. ¿Es esto un juicio preparatorio? La afirmativa no es dudosa. En efecto, el juez no decide cuáles son los derechos de las partes en la comunidad, y esto era el objeto del litigio; luego la sentencia no decidía ninguna contestación, desde luego no puede tratarse de cosa juzgada. (2) Aunque la sentencia preparatoria reciba su ejecución, el juez no está ligado por la expertiza ó por cualquiera otra medida de instrucción que haya ordenado. Se ha sostenido lo contrario ante la Corte de Casación de Francia, porque todas las partes habían concurrido á la expertiza y habían aceptado sus bases. La Corte decidió que el juez jamás está ligado por una decisión preparatoria. (3) En el caso, no ha-

1 Denegada, 3 de Diciembre de 1838 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 41, 2°), y 20 de Agosto de 1839 (idem, *ibid.*, núm. 41, 3°). Compárense las demás sentencias (*ibid.*, núms. 40-43).

2 Bruselas, 10 de Julio de 1858 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 13).

3 Denegada, Sala Civil, 19 de Abril de 1870 (Daloz, 1870, 1, 319). Compárense Denegada, Sala Civil, 12 de Agosto de 1851 (Daloz, 1851, 1, 235).

bía ningún debate entre las partes acerca de la expertiza, ésta era una simple medida de instrucción; si las partes habían concurrido á ella fué para vigilar sus intereses; pero esto no implicaba ninguna contestación; luego la sentencia no decidía ninguna; no era, pues, una sentencia, como dice Pothier.

Si una sentencia llamada preparatoria contuviera una decisión definitiva acerca de un punto de las partes, habría que decir que hay cosa juzgada. La Corte de Casación lo juzgó así implícitamente en el caso siguiente. Por tres sentencias sucesivas un tribunal ordenó la liquidación de la comunidad, luego la venta de los inmuebles y en fin una expertiza destinada á establecer la situación de la comunidad. ¿Eran estas medidas de pura instrucción? Los demandantes pretendían que no había lugar de liquidar y á partir la comunidad; visto que una acta anterior constituía una licitación entre las partes bajo de donación. En apariencia, las sentencias preparatorias prejuzgaban que había lugar á liquidación y á partición, puesto que prescribían medidas tendiendo á la liquidación. Sin embargo, la Corte de Casación decidió que eran simples sentencias preparatorias, pero tuvo cuidado de agregar: *en el estado de los hechos comprobados por la sentencia atacada*. Y la sentencia comprobaba que los demandantes no habían nunca renunciado á sus primeras conclusiones, y los jueces, al pronunciar las sentencias preparatorias, solo lo habían hecho bajo reserva de las conclusiones principales y como medidas previas necesarias para apreciar el mérito de ellas; lo que era decisivo. (1)

24. Las sentencias interlocutorias, tales como las define el Código de Procedimientos, ¿tienen autoridad de cosa juzgada? Esta es una de las más difíciles cuestiones de esta materia. La doctrina es incierta así como la jurisprudencia. Unos dicen que la autoridad de cosa juzgada no se liga á

1 Denegada, 25 de Marzo de 1872 (Dalloz, 1872, 1, 416).

las sentencias sencillamente interlocutorias, (1) lo que implica que hay sentencias interlocutorias que pasan á fuerza de cosa juzgada; ¿pero cuál será el principio que sirve para distinguir las unas de las otras? Larombière contesta que las sentencias interlocutorias forman cosa juzgada cuando contienen decisión definitiva para con todos ó algunos puntos del debate. Nuestra pregunta será entonces: ¿cómo saber cuáles son las sentencias interlocutorias que son ó no definitivas? Las decisiones que tienen por objeto una simple medida de instrucción, dice Larombière, son sentencias interlocutorias, y no tienen autoridad de cosa juzgada. (2) Esta es la definición del Código de Procedimientos: si se admite en materia de cosa juzgada, hay que decir que ninguna sentencia interlocutoria tiene fuerza de cosa juzgada. Duranton al contrario, parece decir que las sentencias interlocutorias pueden adquirir autoridad de cosa juzgada si las partes las aceptan ó no apelan de ellas en el plazo señalado. Agrega que las sentencias conteniendo un derecho, una ventaja para la parte que obtuvo, el juez no *siempre* puede reformarlas para escojer otra vía de instrucción. (3) ¿Cuándo puede reformarlas y cuándo no puede hacerlo? Vamos á tratar de aplicar el principio que hemos establecido (número 22) dando cuenta de la jurisprudencia.

25. Cuando una sentencia de apariencia interlocutoria, decide realmente un punto contestado entre las partes, es definitiva y hay, por consiguiente, autoridad de cosa juzgada. He aquí un caso que se presentó ante la Corte de Casación y que no es dudoso. Cuando varias sucesiones están indivisas entre los mismos coherederos, cada una de esas sucesiones debe ser objeto de una partición distinta, á menos que los coherederos no se entiendan para comprender todas las sucesiones en una misma partición. Una sentencia ordena después

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 479 y nota 7 pfo. 768).

2 Larombière, t. V, pág. 212, núm. 16 (Ed. B., t. III, pág. 233)

3 Duranton, t. XIII, pág. 481, núm. 453.

de debate contradictorio, que las operaciones de partición relativas á cada una de esas sucesiones se harán de una manera distinta sin confundir sus bienes. ¿Es esto una sentencia interlocutoria? No es interlocutoria sino en el sentido de ser preparatoria y no poner fin al proceso. Pero es una sentencia definitiva en cuanto á la cuestión de derecho que decide. El Tribunal está ligado por esta condición, y no puede ya prescribir una partición única, si más tarde las partes formulan una nueva demanda por partición en conjunto acerca de las sucesiones que han sido objeto de la primera sentencia y acerca de otras sucesiones reunidas á la misma indivisión. La razón de decidir dada por la Corte de Casación es que, en el caso, había habido conclusiones contradictorias; luego el punto era litigioso, y el juez había decidido una contestación, por tanto, había pronunciado una sentencia definitiva que había pasado á fuerza de cosa juzgada. (1)

26. Puede también haber una sentencia interlocutoria que contenga una decisión definitiva acerca de ciertos puntos; habrá autoridad de cosa juzgada para los puntos definitivamente arreglados. (2) Unos herederos intentan una acción de partición; están en desacuerdo no solo acerca del modo de la partición, sino acerca de la parte que debe tocar á cada una de las ramas llamadas á suceder. Una sentencia ordena la expertiza de todos los bienes y á la vez determina la parte proporcional de cada una de las ramas. La Corte de Casación decidió que la sentencia era interlocutoria en cuanto á la expertiza como simple medida de instrucción acerca de la que no habia ningún debate, y definitiva en cuanto á la parte atribuida á cada una de las ramas copartidoras, par-

1 Casación, 8 de Junio de 1859 (Daloz, 1859, 1, 255).

2 La sentencia que por razón de la existencia de un principio por escrito, declara la prueba testimonial admisible y autoriza á la parte para dar esta prueba, tiene autoridad de cosa juzgada en cuanto á lo admisible de la prueba. Denegada, 29 de Julio de 1873 (Daloz, 1874, 1, 263).

te que era contestada y que debía ser definitivamente arreglada antes que se pudiera proceder á la partición. Así, la sentencia contenía á la vez disposiciones interlocutorias que no eran susceptibles de pasar á fuerza de cosa juzgada, y disposiciones definitivas que á falta de ser atacadas en el plazo legal, tenían autoridad de cosa juzgada. (1)

Un testador lega todos sus muebles á su cónyuge. ¿Qué comprende este legado? Una sentencia decide que comprende todos los valores muebles que se hallan en la sucesión del testador. La misma sentencia ordena que se proceda por expertos á la consistencia, á la liquidación y al reparto y á la sociedad de bienes adquiridos que habían existido entre los cónyuges; que los esposos aportaran á la masa de bienes existentes todo lo que debían á la comunidad, á título de recompensa ó de indemnización, y que sobre la masa general de las adquisiciones así compuestas, se haria la aplicación de los arts. 1,470 y 1,471 del Código Civil; en fin, que el sobrante se dividiría en dos lotes iguales. Esta sentencia era á la vez interlocutoria y definitiva; interlocutoria en lo que concierne á la expertiza, simple medida de instrucción acerca de la que no existía debate alguno, y definitiva en cuanto á las bases de la liquidación que fijaba acerca de las conclusiones pedidas por la viuda demandante; estas bases formaban cosa juzgada. El notario liquidatario habiendo protestado en contra de la disposición por lo que concierne al modo de frutos, la sentencia que homologaba la partición fué casada como violando la cosa juzgada. (2)

A pedimento de una de las partes, el Tribunal ordena una

1 Denegada, 20 de Diciembre de 1814 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 49, 1°).

2 Casación, 5 de Diciembre de 1869 (Daloz, 1870, 1, 31). Compárese Casación, 2 de Diciembre de 1860 (Daloz, 1861, 1, 88). Ha sido juzgado en el mismo sentido que la sentencia que ordena el establecimiento de una cuenta según ciertas bases tiene autoridad de cosa juzgada en cuanto á estas bases. Denegada, Sala Civil, 19 de Abril de 1870 (Daloz, 1871, 1, 241).

instrucción: No puede revocar su decisión, dice Duranton. ¿No es esto demasiado absoluto? Cuando hay debate acerca de la cuestión de saber si la prueba testimonial es admisible, hay sentencia definitiva respecto de este punto. Así, el juez decide que tal acta, forma un principio de prueba por escrito y admite, por consiguiente, la prueba testimonial. Esta sentencia es definitiva y tiene autoridad de cosa juzgada en cuanto al principio de prueba; pero es interlocutoria en cuanto á la prueba testimonial, en este sentido, que el juez no está ligado por esta decisión; siempre podrá apreciar la instrucción, y por consiguiente, queda libre para prescribir otras medidas de instrucción ó para decidir la diferencia, no según los testimonios, sino según los hechos y circunstancias de la causa. (1)

27. Restan las sentencias interlocutorias propiamente dichas, ordenando simplemente una expertiza, una comprobación, una prueba. Si no hay ningún debate entre las partes acerca de la medida que el Tribunal ordena, no puede decirse que haya sentencia, ni por consiguiente, cosa juzgada. Una primera sentencia ordena que los daños y perjuicios reclamados por un arrendatario por rescisión de su contrato, serán entregados para comprobar por expertos. Una segunda sentencia liquida los daños y perjuicios sin ocurrir á la expertiza. Recurso de casación por violación de la cosa juzgada. La Corte desecha el recurso. Es de principio que el juez es experto de derecho, no está ligado por el resultado de la expertiza que ha ordenado, lo que decide la cuestión. (2)

1 Lijeja, 4 de Febrero de 1871 (*Pasicrija*, 1872, 2, 214). Denegada, 29 de Julio de 1873 (Daloz, 1874, 2, 263).

2 Denegada, 27 de Diciembre de 1810 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 50, 7°). Una sentencia de denegada, de 25 de Noviembre de 1873, decide que la sentencia que ordenó una expertiza á pedido de un empresario, en pago de trabajos suplementarios, no pone obstáculo á que se sentencie definitivamente que ninguna indemnización se debe por razón de estos trabajos (Daloz, 1875, 1,

Esto supone que no hubo ningún debate entre las partes acerca de la medida de instrucción prescripta por el Tribunal; desde que hay contestación hay condena ó absolución, como lo dicen las leyes romanas que hemos citado (núm. 22); luego cosa juzgada. Una sentencia pronuncia una rescisión de un trato de trabajos entre el empresario y una compañía de ferrocarril, y condena á la compañía á daños y perjuicios, para cuyo avalúo prescribe una expertiza. Habiendo dado su informe los expertos, el Tribunal pronuncia una segunda sentencia en que se lee que: "el único medio de calcular el monto de los daños y perjuicios, es descomponer los diferentes elementos de cada valor de trabajo por unidad, y obtener así de una manera exacta su precio de costo, para compararlo después al precio atribuido por el proyecto y presupuesto á la misma unidad de trabajo." No habiéndose verificado la operación así, el Tribunal ordenó una nueva según la base que había indicado. Las nuevas partes obtuvieron una cifra doble de la que los primeros expertos habían admitido. En apelación, la Corte se pronuncia en favor de la primera expertiza. Recurso de casación por violación de la cosa juzgada por la segunda sentencia. La Corte de Casación decidió que el medio de cálculo seguido por los primeros expertos, había sido definitivamente desechado después de una contradicción por parte de la compañía; luego la sentencia que había prescripto un nuevo modo de calcular los daños y perjuicios, era, pues, definitiva; no que la Corte de Apelación estuviese ligada por el informe de los segundos expertos en cuanto á la cifra de la indemnización debida por la compañía; pero estaba ligada por el modo prescripto por la segunda sentencia como solo admisible; la Corte no podía, pues, sin violar la cosa juzgada, volver al modo de cálculo que el Tribunal había desechado; la Cor-

135). Compárese Denegada, 24 de Julio de 1873 (Daloz, 1874, 1, 54) y Casación, 19 de Enero de 1874 (Daloz, 1874, 1, 141).

te de Casación tiene el cuidado de agregar: *A pesar de la existencia de la compañía.* Es, pues, el debate contradictorio que destruye la sentencia interlocutoria de la sentencia definitiva, más que la naturaleza de la medida de instrucción prescripta por el juez. (1)

La Corte de Casación lo decidió así en una sentencia reciente. En uno de esos escandalosos procesos por separación de cuerpo que resuenan ante las cortes de Francia, la mujer invocaba ante todas causas, el contagio de una enfermedad venerea. En apelación de la sentencia que había ordenado la prueba por testigos de los hechos alegados por la demandante, el marido demandado pidió que no fuese admitida la prueba por testigos del contagio venereo, hasta que quedase establecido por informe de un médico experto que la mujer adolecía dicha enfermedad, y que además, las notas producidas por la demandante fuesen comprobadas por expertos, con el fin de hacer constar si las medicinas que llevaban suponían una enfermedad venerea. La sentencia pronunciada en consecuencia, era interlocutoria, puesto que estatua acerca de un modo de instrucción, pero había sido denunciada después de debates contradictorios y sobre conclusiones formales de las partes, el juez había apartado tales medios de instrucción propuestos para atenerse exclusivamente á otros que él precisaba. ¿Podía, estatuyendo acerca del fondo, decidirse para los medios que la interlocutoria desechaba? Nó, dice la Corte. No es esto decir que el juez esté ligado por el resultado de la medida de instrucción que tiene ordenada; queda absolutamente libre acerca de la cuestión de fondo. La Corte, en el caso, hubiera podido desechar el pedimento de separación de cuerpo sin tener en cuenta el resultado de la medida ordenada por la interlocutoria, pero

1 Casación, 14 de Julio de 1869 (Daloz, 1869, 1, 345). Compárese Lieja, 23 de Diciembre de 1874; Gante, 18 de Junio de 1874 y Bruselas 27 de Noviembre de 1874. (*Pasirina*, 1875, 2, 129, 141 y 154).

no le era permitido desechar una sentencia pronunciada sobre conclusión contradictoria. (1)

28. Pothier pone también entre las sentencias que no tienen fuerza de cosa juzgada, aquellas que contienen una condena provisional. Es verdad que la parte que la obtuvo, tiene derecho á obligar á la parte condenada á pagar por provisión las sumas ó cosas dichas en la sentencia; pero no resulta de esto una presunción, *juris et de jure* que esta suma ó estas cosas sean debidas; en efecto, la parte sentenciada, después de haber satisfecho la provisión ó la condena, es recibida á probar que la cosa no es debida, y puede en consecuencia, hacer revocar la sentencia. (2) Esa doctrina se funda en razón; no se concibe una verdad provisional; luego una sentencia que por su naturaleza es provisional, no puede adquirir autoridad de cosa juzgada que se funda en una presunción absoluta.

Una sentencia ordena, por razón de peligro de la evicción, que un adquirente no pague los intereses de su precio á un acreedor denegado para recibirlo sino á condición que aquel dará caución. Esto es una sentencia provisional; los hechos pueden dar la prueba de que los temores de evicción no eran fundados, y por consiguiente, una sentencia posterior puede mandar el pago de los intereses sin caución. (3)

Hay sentencias que por su naturaleza pueden siempre ser notificadas; en este sentido jamás forman cosa juzgada. Tales son las sentencias que conceden una pensión alimenticia, variando los alimentos según las necesidades de aquel que tiene derecho á ellos (art. 208); el juez puede siempre

1 Casación, 4 de Junio de 1872 (Daloz, 1873, 1, 486).

2 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 850. Toullier, t. V, 2, pág. 93, núm. 95.

3 Denegada, 26 de Junio de 1816 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 34, 1°).

aumentarlos, disminuirlos ó decidir que dejan de ser debidos. (1)

VI. *¿Qué es lo que forma cosa juzgada en las sentencias?*

29. Es de principio que el dispositivo de las sentencias es lo único que tiene autoridad de cosa juzgada; los motivos dados por el juez nada deciden; la presunción de verdad está ligada á las sentencias con objeto de poner término á los procesos y para evitar que una segunda sentencia esté en contradicción con la primera. La cosa juzgada implica, pues, la existencia de una decisión judicial. Poco importa que los motivos expresen una opinión relativa á un punto contestado; si el dispositivo no consagra esta opinión admitiendo ó desechando la opinión enunciada en los considerandos, no hay cosa juzgada. (2) Una sentencia reconoce en sus motivos, que un terreno litigioso es válido y que el municipio demandante debe ser reputado su propietario; pero el dispositivo no pronuncia á este respecto, se limita á ordenar una expertiza reservando todos los derechos á las partes. El municipio pretende que hay cosa juzgada acerca de la naturaleza del terreno y en cuanto á la cuestión de propiedad, fundándose en los motivos de la sentencia. Fué decidido por la Corte de Casación, que la cosa juzgada debe inducirse del dispositivo y no de los motivos. (3) Con mayor razón, una sentencia que se limita á dar acta de simples reservas no contestadas, no puede ser invocada como habiendo juzgado la cuestión reservada, aunque en los motivos, la sentencia

1 Paris, 1.º de Diciembre de 1832 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 34, 2.º)

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 480 y nota 10, pfo. 769.

3 Denegada, 9 de Enero de 1838 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 22, pág. 218). Compárese Denegada, 9 de Junio de 1873 (Daloz, 1873, 1, 411). Solo citaremos las últimas sentencias; la jurisprudencia es unánime. Lo mismo sucede con la jurisprudencia de Bélgica. Denegada, 3 de Mayo de 1867 (*Pasicrisia*, 1867, 1, 320).

reclama que el derecho reservado pertenece á la parte que hizo la reserva. (1)

30. No debe concluirse de esto que los motivos no tienen influencia en la cosa juzgada. Desde luego, se les debe tomar en consideración para explicar el dispositivo, y, por consiguiente, para determinar la extensión de la cosa juzgada. El dispositivo de una sentencia se limita á destruir la apelación y á ordenar que la resolución surtirá su pleno y entero efecto. En el caso, el apelante había tomado por primera vez conclusiones subsidiarias ante la Corte. ¿Eran estas desechadas también como las conclusiones principales? Ateniéndose al dispositivo se podría dudar de ello, pues éste nada decía de las disposiciones subsidiarias; pero en los motivos, la sentencia consideraba estas conclusiones tan desechadas como las principales. Luego había decisión, y por consiguiente, cosa juzgada para las conclusiones subsidiarias como tanto para las principales. Se trataba de la demanda en rescisión de una partición de ascendiente por causa de lesión; en apelación, el demandante había concluido subsidiariamente á que la partición fuese modificada por comprender una donación sujeta á reducción. Los considerandos de la sentencia declaraban la acción prescripta, ya que tuviese por objeto la rescisión, ya que fuese por la reducción; los motivos explicaban el dispositivo y probaban que la Corte había entendido desechar la acción por la misma denegada. De esto, la consecuencia que la demanda formulada en las conclusiones subsidiarias no podía ser reproducida en justicia. (2)

31. Del principio de que el dispositivo solo tiene autoridad de cosa juzgada, se sigue que si los motivos de una primera sentencia están en contradicción con el dispositivo de

1 Denegada, 21 de Diciembre de 1853 (Daloz, 1854, 1, 437).

2 Denegada, Sala Civil, 24 de Noviembre de 1856 (Daloz, 1856, 1, 399) Compárese Bruselas, 14 de Julio de 1828 (*Pasicrisia*, 1828, pág. 254).

otra posterior, esto no impide á la sentencia de adquirir autoridad de cosa juzgada. Los habitantes de un municipio demandan el derecho de tomar agua en una fuente que se halla en una propiedad particular. Una primera sentencia manda que el municipio pruebe tanto por títulos, como por testigos, que hay una gran necesidad de tomar dicha agua en la citada fuente; se lee en los motivos que basta que exista necesidad marcada para que los habitantes tengan el derecho de reclamar el uso de las aguas de una fuente privada. Después de la instrucción, una nueva sentencia declara mal fundada la acción del municipio, porque no estaba demostrado que el agua de la fuente litigiosa fuese *necesaria* á los habitantes del municipio, en el sentido del art. 643; que no bastaba que el uso de la fuente presentase comodidad para el municipio, porque la ley exigía la necesidad como condición precisa. El municipio se proveyó en casación por violación del art. 1,351; decía que la sentencia atacada, resolvía que los habitantes no tenían derecho al uso de la fuente por motivo que estas aguas no les eran *necesarias*; mientras que la sentencia pasada de cosa juzgada y que ordenaba la instrucción, había declarado en sus motivos que bastaba que *hubiese utilidad* para los habitantes en servirse de las dichas aguas. La Corte de Casación desechó el recurso, fundándose en el principio que: "La cosa juzgada reside únicamente en el dispositivo y no en los motivos de las sentencias y decretos." Poco importaba, pues, que hubiera contradicción entre los motivos de la primera sentencia y el dispositivo de la segunda; solo este dispositivo tenía autoridad de cosa juzgada. El municipio se había, además, prevalecido del dispositivo de la primera sentencia; este motivo del recurso fué también desechado, porque la sentencia que ordenaba una instrucción era interlocutoria, y no podía, como tal, tener autoridad de cosa juzgada acerca del fondo del proceso.

Con mayor razón no habrá violación de la cosa juzgada cuando los motivos de una segunda sentencia estan en contradicción con los motivos de una primera. Esto es una consecuencia evidente del principio que los motivos no hacen cosa juzgada. (1)

32. ¿El dispositivo de una sentencia tiene autoridad de cosa juzgada por todo cuanto está enunciado en ella? No, si el dispositivo hace cosa juzgada, es porque decide una contestación; tal es el principio que domina la materia: todo lo que es extraño á la decisión lo es también á la autoridad que la ley atribuye á la cosa juzgada. Así, las simples enunciaciones que nada deciden, jamás tienen autoridad de cosa juzgada. Esto se funda también en la razón. La ley da una presunción de verdad á las decisiones judiciales, porque supone que el juez las ha deliberado maduramente y que ha considerado todos los términos de la sentencia. Esta razón no se aplica á las simples enunciaciones; éstas son una opinión que el juez omite de paso y sin haber hecho de ellas el objeto de una deliberación.

Una sentencia concede á una persona alimentos por su calidad de hijo. ¿Hay autoridad de cosa juzgada acerca de la cuestión de filiación? Si la cuestión ha sido debatida entre las partes, la afirmativa no es dudosa; pero suponemos que no fué objeto de ningún debate; desde luego no puede tratarse de cosa juzgada. Esta es la aplicación del antiguo adagio: *Tantum judicatum quantum litigatum*. Aunque en el dispositivo el demandante tuviera calidad de hijo, la sentencia no sería cosa juzgada acerca de la filiación. Se objeta que el demandante ha reclamado los alimentos en calidad de hijo, y que solo puede obtenerlos con este título. Sin duda, el juez no concedió alimentos sino suponiendo que era hijo del demandado, pero suponer no es sentenciar. La ra-

1 Denegada de la Corte de Casación de Bélgica, 28 de Enero de 1848 (*Pasicrisia*, 1848, 1, 296).

zón está de acuerdo con la sutileza del derecho. El estado de hijo legítimo es la base del Código Civil; cuando está contestado, toda la atención del juez se concentra en las pruebas de filiación; mientras que, en impedimento de alimentos, el juez considera, ante todo, la necesidad del que reclama; cuando el demandado no promueve la cuestión de filiación, el juez no tiene que examinarla; y ¿cómo pudiera tener autoridad de cosa juzgada en asunto tan importante, cuando la cuestión no ha sido debatida ante él? (1)

El acreedor demanda contra su deudor los intereses de un capital, el juez condena al deudor a pagarlos. ¿Hay cosa juzgada en cuanto al capital? Se supone que el dispositivo enuncia el monto del capital. Ha sido juzgado que la decisión no tenía autoridad de cosa juzgada en cuanto al capital. (2) Se puede objetar que el juez al ordenar el pago de intereses decide implícitamente que el capital es también debido, puesto que no hay intereses sin capital. Sin duda, pero la cuestión está en saber si hay cosa juzgada; y el juez nada ha decidido en cuanto al capital, esta cuestión no ha sido tocada ante él, es, pues, imposible que la haya decidido, por tanto, no hay cosa juzgada.

Tiene lugar una instancia acerca de una adjudicación. El adjudicatario alega diversos créditos que deben ser imputados en el precio; la sentencia fija el valor de dichos créditos, y enuncia en el dispositivo la suma de 125,000 francos que constituye el precio. Posteriormente el adjudicatario sostuvo que una remesa de 5,000 francos le había sido consentida. Se le opuso la cosa juzgada. La Corte de Casación decidió que no había cosa juzgada en cuanto al precio de adjudicación. En efecto, el precio no había sido objeto de ninguna disputa entre las partes; los jueces, ni en los motivos ni en

1 Toullier, t. V, 2, pág. 190, núms. 228 y 229, y todos los autores.
2 Denegada, 25 de Agosto de 1829 (Dalloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 24), y todos los autores.

el dispositivo examinaban ni decidían una cuestión que no les había sido sometida. (1)

33. Toda decisión judicial tiene autoridad de cosa juzgada, sin que se tenga que distinguir lo que fué resuelto incidentalmente de lo que se decidió principalmente, siempre que la sentencia haya intervenido sobre conclusiones formales de las partes. Intento una acción en pedimento de herencia; el demandado contesta mi estado; sostiene que soy hijo natural y, como tal, excluido de la sucesión colateral, que reclamo. El juez decide que soy hijo legítimo y que tengo derecho a la herencia como tal. Aunque la cuestión de estado no haya sido el objeto de mi demanda principal, no por esto deja de quedar resuelto por los debates contradictorios; habrá, pues, cosa juzgada. (2) Por otra parte, la razón nos dice que esta decisión incidente tiene la misma gravedad y debe tener la misma autoridad que si hubiera intentado una acción principal en reclamación de estado. Deb², pues, haber presunción de verdad para las decisiones incidentes tanto como para las decisiones principales. (3)

34. ¿Debe ser expresa la decisión para que tenga autoridad de cosa juzgada, ó basta que sea implícita? La ley no exige una decisión expresa, nada dice acerca de la forma en que debe ser concebido el dispositivo. Esto decide la cuestión. El art. 1,351 enumera las condiciones requeridas para que haya cosa juzgada; todo lo que exige es que haya sentencia; es decir, un dispositivo que decida la contestación. En cuanto a la forma, la ley la deja a la prudencia del juez. Sin duda que los jueces deberían, en esta materia, acordarse siempre de la sentencia de Talleyrand: Las cosas que no necesitan decirse, están mucho mejor cuando se di-

1 Casación, 14 de Enero de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 29).

2 Casación, secciones reunidas, 25 pluvioso, año II (Dalloz en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 163) y 15 de Junio de 1818 (Dalloz, en la palabra *Filiación*, núm. 390).

3 Duranton, t. XIII, pág. 510, núm. 483. Aubry y Rau, t. VI, página 480, y nota 14, pfo. 769.

ten." Si las sentencias fuesen redactadas con mayor cuidado, muchos procesos acerca de cosas juzgadas se evitarían. Pero en derecho, debe admitirse que una decisión implícita tiene fuerza de cosa juzgada tanto como una decisión explícita, no pudiendo el intérprete exigir condiciones que la ley no exige. La jurisprudencia está de acuerdo en este punto con la doctrina. Se lee en una sentencia de la Corte de Casación de Bélgica pronunciada sobre el informe del exelente juriconsulto M. De Cuyper: "Si el juez no decide realmente lo que declara de derecho en el dispositivo de su sentencia, la ley sin embargo, no ha determinado fórmula obligatoria para este dispositivo; de donde se sigue que la decisión del juez puede resultar virtualmente de lo que se ha ordenado." (1)

La dificultad está en saber cuándo hay decisión implícita. Se necesita que la decisión sea una consecuencia necesaria de un dispositivo expreso. El principio resulta de la misma esencia de la autoridad de cosa juzgada: se le atribuye á la sentencia; para que ésta exista, es menester una resolución que no deje duda alguna acerca de la voluntad del juez; esta voluntad debe ser expresada en la sentencia; si no se halla en ella claramente, es cuando menos necesario que resulte de las expresiones del dispositivo. Puede decirse entonces que está expresada. (2) La aplicación del principio no está sin dificultad. Un adagio antiguo dice: *Quod iudex non adjudicat abjudicat*. Este es el argumento á contrario aplicado á las sentencias. El argumento tiene poco valor, ya por interpretación de las leyes, ya por interpretación de los contratos. En materia de resolución judicial, hay que atenerse estrictamente á lo dicho en la sentencia; todo

1 Denegada, 20 de Diciembre de 1851 (*Pasicrisia*, 1851, 1, 1740. Compárese Casación, 4 de Diciembre de 1837 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 122).

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 481, pfo. 769. Larombiere, t. V, página 222, núm. 27 (Ed. B., t. III, pág. 238).

cuanto no está comprendido en su redacción debe, por esto mismo, ser excluido. En este sentido puede invocarse el antiguo adagio que acabamos de citar.

Los considerandos pueden dar á conocer la voluntad del juez; cuando estos considerandos prueban con evidencia que consideró como no fundada una excepción propuesta por una de las partes, debe admitirse que el juez la desechó implícitamente, aunque el dispositivo nada diga respecto á ella. Este es, dice la Corte de Bruselas, el caso de aplicar el adagio *Quod iudex non adjudicat abjudicat*. (1)

Deben, además, tomarse en consideración los principios de los que el juez hace aplicación al caso. En una instancia de partición, el juez decide que los frutos percibidos desde la apertura de la sucesión hasta cierta época, no serán restituidos. Esta sentencia decide por esto mismo que los frutos percibidos posteriormente, deberán ser restituidos por quedar comprendidos en la masa divisible. Esta es una argumentación á contrario, pero está conforme á los principios, pues, de derecho común; los frutos pertenecen á la herencia y la aumentan; luego deben comprendérselos en ella, á menos de disposición contraria; de donde resulta que todos los frutos que la sentencia no acordó al heredero que los ha percibido, deben, por esto mismo, ser restituidos. (2)

En fin, para interpretar el dispositivo, hay que tener en cuenta las conclusiones que el juez admite ó desecha, pues esto es una cuestión de interpretación. Un acreedor solicita ser admitido en el pasivo de una quiebra por una suma de 136,856 francos. Dos sentencias admiten la demanda; la última, ordena que el acreedor sea admitido en el pasivo de la quiebra por el monto de los títulos de sus créditos que tenía presentados y acerca de los que estaba en contestación

1 Bruselas, 3 de Marzo de 1825 (*Pasicrisia*, 1825, pág. 329); 11 de Diciembre de 1852 (*ibid.*, 1853, 2, 342).

2 Casación, 6 de Diciembre de 1852 (Daloz, 1853, 1, 50).

con los síndicos. Más tarde, se presentaron nuevas dificultades; dicho acreedor presentó una cuenta en que figuraba el crédito de 136,856 francos. La Corte de Angers decidió que el crédito debía ser reducido á 31,000 francos. Recurso de Casación por violación de la cosa juzgada. Se opuso al recurso que la sentencia no enuuciaba el monto del crédito en su dispositivo; la Corte de Casación contestó que debía considerarse el dispositivo en sus relaciones con las conclusiones. ¿Acercas de qué estaba el acreedor en pleito con los síndicos? ¿Acercas de la cifra del crédito? ¿Qué fué lo que el juez decidió? La cifra del crédito, tal como la había presentado y afirmado. Luego el dispositivo decidía implícitamente que esta era la cifra por la que el demandante debía ser admitido en el pasivo. (1)

35. La Corte de Casación ha hecho aplicación de estos principios en el caso siguiente: Demanda en reivindicación fundada en actas y en la prescripción. Una primera sentencia desechó en sus motivos la prueba por títulos, porque el acta de adquisición del demandado comprendía terminantemente el terreno litigioso; pero como los demandantes invocaban también la prescripción, el Tribunal los admitió á probar que habían poseído el terreno por más de treinta años. Después de la instrucción, nueva sentencia desechó la demanda en reivindicación. En esta segunda sentencia, se decía que la primera había resuelto, según los títulos producidos en el proceso, que el demandado debía ser considerado como propietario del terreno litigioso. Recurso de casación por violación de la cosa juzgada: El Tribunal y la Corte de Burdeos, habiendo atribuido autoridad de cosa juzgada á una sentencia que no decidía la cuestión de propiedad, por cuanto ésta dependida del exámen de los títulos, solo los motivos contenían una apreciación de las actas producidas

1 Casación, 13 de Marzo de 1832 (Dalloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 182).

por el demandado; el Tribunal y la Corte habían, pues, reconocido la autoridad de cosa juzgada á unos motivos sin que hubiese ningún dispositivo. La Corte de Casación desechó el recurso. Invoca primero las conclusiones de los demandantes; éstos se pretendían propietarios del terreno litigioso, ya por sus títulos, ya por la prescripción. ¿Qué hizo el Tribunal? En su primera sentencia, comenzó por apreciar los títulos, y declaró en sus motivos, que los títulos rechazaban la demanda; y luego estatuyendo acerca de la prescripción, ordenó una instrucción. De que la declaración acerca de los títulos no estaba reproducida en el dispositivo, no podía concluirse que no existiera ninguna decisión á este respecto como lo pretendía el recurso, pues resultaba de los términos de la sentencia y de las diversas disposiciones que el Tribunal había entendido desechar y que efectivamente había desechado la demanda en reivindicación, en cuanto solo se fundaba en títulos. La Corte agrega que la instrucción ordenada acerca de la excepción de prescripción, implicaba la denegada de la demanda en tanto que se fundaba en títulos. (1) Hé aquí el argumento á contrario ó la aplicación del adagio: *Quod iudex non adjudicat abjudicat*. En el caso, esta argumentación no era dudosa, puesto que el juez expresaba su voluntad en los motivos; había, pues, concurso de todas las razones que permiten inducir una decisión implícita de una sentencia que no contiene resolución explícita acerca del punto litigioso, conclusiones, motivos y razones á contrario.

36. Una sentencia reciente de la Corte de Casación, hace

1 Denegada. 25 de Febrero de 1863 (Dalloz, 1864, 1, 283). Hay una sentencia en sentido contrario de la Corte de Besançon; asienta el principio en estos términos: "Considerando, en derecho, que la ley no ha prescrito fórmulas sacramentales para las sentencias y que basta que la admisión de los medios presentados de una consecuencia necesaria é indispensable del dispositivo, para que se deba decidir que dicho dispositivo ha juzgado la dificultad que los motivos habían ya apreciado." Besançon, 3 de Agosto de 1861 (Dalloz, 1862, 2, 12).

aplicación del mismo principio en otro caso. Si multiplicamos los ejemplos, es porque la materia abstracta que tratamos, no se entiende sino cuando se ven los principios en acción. Un propietario colindante del bosque de Compiègne, pide que la sanja que separa sus terrenos del bosque, sea declarada medianera. Dicho bosque está limitado por riachuelos, muros, caminos, y la mitad de sus linderos por sanjas. Existen, además, mojoneras colocadas una vez del lado del bosque, y otra vez por el lado de los vecinos. El primer juez concluye que los límites no es la línea trazada por las mojoneras colocadas tan irregularmente, pero que la sanja marca el lindero. Como la sanja es como si perteneciese á aquel á cuyo lado está la tierra de la escavación, el Tribunal ordena una vista de ojos, con el fin de comprobar cómo están colocadas las mojoneras y de qué lado se encuentra la tierra de los fosos. Sucedió que la tierra de la sanja se encontraba toda en el piso del bosque, en la parte limítrofe que formaba el objeto del litigio; lo que decidía la cuestión. Apelación. La Corte de Amiens decidió que la sentencia de primera instancia había definitivamente juzgado la cuestión de saber si los límites del bosque que había sido hecho por una puerta regular de mojoneras, los primeros jueces habiendo declarado insuficientes los títulos producidos para establecerlo, buscaron la solución del litigio en otra parte, en el lugar de la tierra de los fosos. La Corte decidió por igual consideración y desechó la apelación. Recurso de casación por violación del art. 1,351, en lo que la sentencia había atribuido la fuerza de cosa juzgada acerca del fondo del litigio á una sentencia que solo prescribía una expertiza, dejando á salvo los derechos de las partes. La Corte de Casación dijo que la sentencia contenía una decisión definitiva acerca de la cuestión de saber si el límite de los terrenos era la línea trazada por las mojoneras, y que decidía que el límite era el foso que separaba el bosque de Compiègne

ne del terreno del demandante. Es verdad que esta declaración de la sentencia no estaba mencionada explícitamente en los motivos, pero estaba confirmada implícitamente por el dispositivo que nombraba expertos para comprobar de qué lado se hallaba la tierra de la sanja. En efecto, esta comprobación hubiera sido inútil si la sentencia no hubiese entendido decidir definitivamente que las mojoneras debían ser apartadas en el proceso, puesto que no determinaban los límites de las propiedades de las partes. Fué, pues, con razón como la sentencia de apelación reconociera la autoridad de cosa juzgada á dicha parte de la sentencia de primera instancia. (1)

37. Hay una regla última que sirve para determinar si hay ó no cosa juzgada, y cuál es la extensión de ella. El dispositivo, que alguna vez nada dice del hecho litigioso, puede estar concebido en términos demasiado absolutos. Para fijar su verdadero sentido, deben consultarse no solo los motivos, sino sobre todo las conclusiones de las partes. Por muy generales que sean los términos del dispositivo, hay que limitarlos cuando se trata de interpretarlos, por las conclusiones de las partes; aquí se presenta el caso de decir: *Tantum judicatum quantum litigatum*. Decimos que debe interpretarse el dispositivo por las conclusiones de las partes, lo que supone que el sentido y el objeto del dispositivo están oscuros ó dudosos. Puede suceder que la sentencia haya evidentemente sobrepasado las conclusiones; esto no impedirá que tenga autoridad de cosa juzgada, á reserva de que las partes se provean por requisición civil para que se revoque. (Cód. de Proc., art. 480, núms. 3 y 4). (2) El antiguo adagio que acabamos de citar, no es, pues, sino una regla de interpretación, y como tal, está fundado en la razón. Toda

1 Denegata, 19 de Marzo de 1872 (Dalloz, 1873, 1, 67).

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 481, nota 17. Larombière, t. V, página 225, núm. 30 (Ed. B., t. III, pág. 239).

sentencia es una resolución, y, ¿á qué es lo que está llamado el juez para resolver? La contestación que le someten las partes; desde que sobrepasan las conclusiones de las partes, está sin misión, pues no tiene iniciativa como el legislador. Pero no puede admitirse que el juez cometa un depoder; hay, pues, que interpretar el dispositivo por las conclusiones. (1)

La Jurisprudencia está en este sentido. Se lee en una sentencia de la Corte de Lieja, que sólo hay cosa juzgada acerca de un punto, cuando ha sido objeto de las conclusiones de las partes, y que una disposición de la sentencia lo desecha ó lo admite. (2) Esta es la consecuencia del principio que domina la materia. Es necesario, como decían los jurisconsultos romanos, una condena ó una absolución, lo que implica la admisión ó la denegada de las conclusiones. Es en estos límites que debe restringirse el dispositivo, y, por consiguiente, la autoridad de la cosa juzgada. La sentencia fija el activo y el pasivo de una comunidad; determina el monto en capital de las cantidades tomadas por la mujer y de que es acreedora, y nada dice en cuanto á los réditos. ¿Hay cosa juzgada implícitamente en cuanto á los réditos? Deben verse las conclusiones. En un caso que se presentó ante la Corte de Casación, no había conclusiones en cuanto á los intereses; esto era decisivo. El juez no podía desechar una demanda que no había sido hecha. La Corte de Colmar había admitido la cosa juzgada. Era un error evidente. ¿Cómo pudiera haber decisión y cosa juzgada, cuando ninguna demanda había sido formulada y cuando no se habían hecho ningunas conclusiones acerca de intereses? Había omisión de parte de los interesados, á ellos tocaba repararla. (3)

1 Denegada, sección civil, 27 de Agosto de 1817 (Dalloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 204, 2°).

2 Lieja, 17 de Febrero de 1866 (*Pasicrisia*, 1867, 2, 391). Compare Bruselas, 21 de Marzo de 1855 (*Ibid.*, 1856, 2, 102).

3 Casación, 28 de Diciembre de 1859 (Dalloz, 1860, 1, 345).

§ II.—DE LAS CONDICIONES REQUERIDAS PARA QUE HAYA COSA JUZGADA.

38. El art. 1,351 enumera las condiciones requeridas para que haya autoridad de cosa juzgada: Debe haber identidad de objeto, de causa y de personas. ¿Son generales estas condiciones, ó no conciernen sino á lo que se llama la *excepción de cosa juzgada*? Según el art. 1,351, se pudiera creer; y esta opinión ha sido sostenida más de una vez ante la Corte de Casación. La ley dice: "Es menester que la cosa demandada sea la misma que la demanda; esté fundada en la misma causa que la demanda; verse entre las mismas partes, lo que supone que es el demandante el que produjo una demanda que ha sido ya juzgada y sentenciada contra él por una primera sentencia. ¿Es esto decir que el demandante no pueda oponer la cosa juzgada? La afirmativa no es dudosa. Solo hay una verdad; la decisión judicial es presumida verdad con relación á ambas partes litigantes, y por lo tanto, cada una de ellas puede prevalecerse de la autoridad de la cosa juzgada. Si estos términos de la ley solo prevenen el caso en que la cosa juzgada está opuesta por el demandado, es porque tal es el caso ordinario, y las leyes no deciden sino las dificultades que se presentan habitualmente. Pero no por eso es menos general el principio; ni siquiera se concibe que no pueda hacerla: la presunción de verdad no se divide porque solo hay una verdad. Ha sido sentenciado que las condiciones de la cosa juzgada se aplican á las demandas convencionales ó á las excepciones expresadas por el demandado, tanto como á las demandas principales. (1) Si el primer juez se equivocó en esto, basta recordar un principio elemental para probar su error acerca de la cuestión de derecho cuando se la desprende de las di-

1 Casación, 18 de Marzo de 1863 (Dalloz, 1863, 1, 193).

sentencia es una resolución, y, ¿á qué es lo que está llamado el juez para resolver? La contestación que le someten las partes; desde que sobrepasan las conclusiones de las partes, está sin misión, pues no tiene iniciativa como el legislador. Pero no puede admitirse que el juez cometa un depoder; hay, pues, que interpretar el dispositivo por las conclusiones. (1)

La Jurisprudencia está en este sentido. Se lee en una sentencia de la Corte de Lieja, que sólo hay cosa juzgada acerca de un punto, cuando ha sido objeto de las conclusiones de las partes, y que una disposición de la sentencia lo desecha ó lo admite. (2) Esta es la consecuencia del principio que domina la materia. Es necesario, como decían los jurisconsultos romanos, una condena ó una absolución, lo que implica la admisión ó la denegada de las conclusiones. Es en estos límites que debe restringirse el dispositivo, y, por consiguiente, la autoridad de la cosa juzgada. La sentencia fija el activo y el pasivo de una comunidad; determina el monto en capital de las cantidades tomadas por la mujer y de que es acreedora, y nada dice en cuanto á los réditos. ¿Hay cosa juzgada implícitamente en cuanto á los réditos? Deben verse las conclusiones. En un caso que se presentó ante la Corte de Casación, no había conclusiones en cuanto á los intereses; esto era decisivo. El juez no podía desechar una demanda que no había sido hecha. La Corte de Colmar había admitido la cosa juzgada. Era un error evidente. ¿Cómo pudiera haber decisión y cosa juzgada, cuando ninguna demanda había sido formulada y cuando no se habían hecho ningunas conclusiones acerca de intereses? Había omisión de parte de los interesados, á ellos tocaba repararla. (3)

1 Denegada, sección civil, 27 de Agosto de 1817 (Dalloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 204, 2°).

2 Lieja, 17 de Febrero de 1866 (*Pasicrisia*, 1867, 2, 391). Compárese Bruselas, 21 de Marzo de 1855 (*Ibid.*, 1856, 2, 102).

3 Casación, 28 de Diciembre de 1859 (Dalloz, 1860, 1, 345).

§ II.—DE LAS CONDICIONES REQUERIDAS PARA
QUE HAYA COSA JUZGADA.

38. El art. 1,351 enumera las condiciones requeridas para que haya autoridad de cosa juzgada: Debe haber identidad de objeto, de causa y de personas. ¿Son generales estas condiciones, ó no conciernen sino á lo que se llama la *excepción de cosa juzgada*? Según el art. 1,351, se pudiera creer; y esta opinión ha sido sostenida más de una vez ante la Corte de Casación. La ley dice: "Es menester que la cosa demandada sea la misma que la demanda; esté fundada en la misma causa que la demanda; verse entre las mismas partes, lo que supone que es el demandante el que produjo una demanda que ha sido ya juzgada y sentenciada contra él por una primera sentencia. ¿Es esto decir que el demandante no pueda oponer la cosa juzgada? La afirmativa no es dudosa. Solo hay una verdad; la decisión judicial es presumida verdad con relación á ambas partes litigantes, y por lo tanto, cada una de ellas puede prevalecerse de la autoridad de la cosa juzgada. Si estos términos de la ley solo prevenen el caso en que la cosa juzgada está opuesta por el demandado, es porque tal es el caso ordinario, y las leyes no deciden sino las dificultades que se presentan habitualmente. Pero no por eso es menos general el principio; ni siquiera se concibe que no pueda hacerla: la presunción de verdad no se divide porque solo hay una verdad. Ha sido sentenciado que las condiciones de la cosa juzgada se aplican á las demandas convencionales ó á las excepciones expresadas por el demandado, tanto como á las demandas principales. (1) Si el primer juez se equivocó en esto, basta recordar un principio elemental para probar su error acerca de la cuestión de derecho cuando se la desprende de las di-

1 Casación, 18 de Marzo de 1863 (Dalloz, 1863, 1, 193).

facultades del hecho que siempre vienen á estorbar la decisión, y que son á menudo la causa de que se pierdan de vista los principios más sencillos. El demandado que opone una excepción ó una demanda reconvenicional, se vuelve *demandante* en cuanto á la excepción: se puede, pues, aplicar textualmente el art. 1,351. Y el espíritu de la ley es tan evidente. La cosa juzgada descansa en una presunción de verdad. Lo único que es verdadero para el demandante lo es también para el demandado. En cuanto á las condiciones requeridas para que haya presunción de verdad, deben ser las mismas, pues estas condiciones, como lo vamos á decir, resultan de la esencia de la cosa juzgada.

Así mismo, si la sentencia ha condenado al demandado, hay cosa juzgada contra él, pero solo bajo las condiciones determinadas por la ley. Puede, pues, formular una demanda para substraerse á la ejecución de la resolución pasada en fuerza de cosa juzgada, si esta demanda está fundada en una causa que no la hizo valer ante el primer juez. Así, el demandado fué condenado á la ejecución de una donación. Pide en seguida la revocación de la donación por causa de advenimiento de hijos. ¿Puede oponérsele la cosa juzgada? Se ha pretendido así ante la Corte de Casación. Había, en el caso, un pequeño motivo de duda, y que la revocación existía ya cuando la primera sentencia. ¿Pero qué importa? Sin duda el demandado, cuando la primera instancia, hubiera podido hacer valer esta causa de revocación, y el juez hubiera debido admitirla, pero no lo hizo. El juez no podía decidir una cuestión que no le fuera sometida, por tanto, no había cosa juzgada en cuanto al advenimiento de hijos. Quedaba por saber si el demandado, en la primera instancia, podía prevalecerse de los principios que rigen la autoridad de cosa juzgada; y esta cuestión no es una pregunta. La autoridad de cosa juzgada, dice la Corte de Casación, tiene lugar cuando la demanda está fundada en la misma cosa. Es

te principio general y absoluto, no admite discusión entre el demandante y el demandado. (1)

ARTICULO I.—Mismo objeto.

Núm. 1. Principio.

39. El art. 1,351 dice: "La autoridad de cosa juzgada no tiene lugar sino para lo que hizo el objeto de la sentencia. Es necesario que la cosa demandada sea la misma." ¿Cuál es el motivo de esta primera condición de la cosa juzgada? Toullier contesta: "es evidente que no hay cosa juzgada que oponer á la segunda demanda si su objeto es diferente, si no es el mismo que el de la primera, puesto que la mente del magistrado no fué sentenciar, así como las partes no pretendieron someter á su decisión, sino el objeto de la primera demanda y no el de la segunda. (2) Esto es efectivamente evidente, pero es bueno dar el motivo de la evidencia, pues estos motivos son los que dan á conocer los principios, y los principios sirven para decidir todas las dificultades que se presentan en la aplicación de la ley. Y no faltan las dificultades en esta materia; cada día se presentan nuevas; no hay un solo artículo del Código que de lugar á tantos pleitos como el art. 1,351; los mismos principios, como lo diremos más adelante, son objeto de viva controversia. El intérprete no puede, pues, conformarse con decir que la cosa es evidente; debe hacer palpable esta evidencia.

La autoridad de cosa juzgada descansa en una presunción de verdad, y toda presunción está fundada en una probabilidad que toca á la certeza, y que legalmente es la certeza, pues la presunción de verdad ligada á las sentencias, no ad-

1 Denegada, 14 de Noviembre de 1866, Sala Civil (Daloz, 1867, 1, 336).

2 Toullier, t. V, 2, pág. 123, núm. 144.

mite prueba contraria, ni siquiera el juramento y la confesión. (1) Es probable, en efecto, que el juez, ilustrado por los debates contradictorios de las partes, y por requisitoria del Ministerio Público, haya dado una decisión fundada en hecho y en derecho. Pero esta probabilidad no existe sino para los puntos de derecho y de hecho que han sido objeto de las conclusiones de las partes, los puntos sobre los que ha versado el debate, son los que el juez ha decidido. Si se tratase de algún otro punto que las partes no hubiesen sometido al juez, que éste no decidió, con la probabilidad no tendría ya razón de ser; cualquiera que fuera la relación entre el objeto de la nueva demanda y el objeto de la primera sentencia, no se pudiera decir que el primer juez la decidió cuando no le era sometida; se puede conjeturar que la hubiera decidido en el mismo sentido, pero esta conjetura nada tiene de común con el principio de la cosa juzgada; como la palabra lo dice, se trata de la cosa que fué juzgada; la sociedad está interesada en que la cosa juzgada sea estable, no tiene ningún interés en que las sentencias se consideren como la verdad en cuanto á los puntos de hecho y de derecho que no han sido resueltos; al contrario, hay un interés muy grave en que no puedan extenderse los efectos de la cosa juzgada á nuevas contestaciones: el interés de la defensa. Esto es más que un interés, es un derecho; las partes no han podido sostener sus pretensiones acerca de los puntos que no han sido debatidos ante el primer juez; y es un derecho, y un derecho sagrado aquel de la defensa, y por defensa se entiende en esta materia, el derecho del demandante tanto como el del demandado. Luego el principio de la cosa juzgada, bajo cualquiera de sus fases, no puede recibir aplicación sino á la cosa que ha sido objeto de la sentencia.

40. Al exponer los motivos de la primera condición requerida para que haya cosa juzgada, hemos asentado al

1 Véase el tomo XIX de mis Principios, pág. 673, núm. 603).

misimo tiempo el principio que sirve para resolver cuando hay identidad de objeto. Los autores se limitan en general, á invocar el principio tal como fué formulado por los jurisconsultos romanos. ¿Cuándo puede decirse que la cosa demandada en una segunda instancia es la misma que la que hizo el objeto de la primera sentencia? Se dice que es necesario que sea el mismo cuerpo, la misma cantidad, si se trata de cosas corporales. (1) Este pretendido principio no nos hace conocer cuándo la cosa demandada es la misma, es una perifrasis; se nos dice en qué consiste el objeto, pero no se nos dice cuándo este objeto es el mismo. *Idem corpus*: Sin duda, pero, ¿cuándo el cuerpo es el mismo? *Quantitas eadem*: Esto no hace cuestión cuando se trata de una cantidad en cifras, pero es grande la controversia acerca del punto de saber si lo más ó lo menos influye en la cosa juzgada, y no es la fórmula romana la que nos ayudará á resolver la dificultad. *Idem jus*: Muy bien, pero, ¿cuándo el derecho es el mismo? La fórmula seguramente no lo dice.

Pero los motivos de la ley lo dicen. ¿Por qué liga la ley una presunción de verdad á la sentencia? Para no derrumbar la autoridad que deben tener las sentencias, porque esta autoridad es la base del orden social. ¿Cómo impedir que lo que ha sido sentenciado en un sentido por el primer juez lo sea en sentido contrario por un nuevo? Es necesario que pueda rechazarse por la autoridad de la cosa juzgada; es decir, por una denegada absoluta, aquel que quiera volver á presentar la cuestión en una segunda instancia, lo que ha sido juzgado en la primera, pues el segundo juez podría decidir lo contrario de lo que decidió el primero. La dificultad se reduce, pues, á saber lo que decidió el primer juez; hemos contestado de antemano: Es lo que ha sido demandado por las conclusiones de las partes, lo que ha sido

1 Toullier, t. V, 2. pág. 123, núm. 144. Colmet de Santerre, tomo V, pág. 625, núm. 328 bis IV. Aubry y Rau, t. VI, pág. 493, nota 55, pfo. 769).

debatido en el curso del proceso, lo que el juez ha decidido en el dispositivo de la sentencia. Así, la cosa juzgada está estrictamente limitada por las conclusiones, los debates y el dispositivo; extenderlos más allá, es violar el derecho de defensa, es desconocer los motivos sobre los que se funda la presunción de verdad que se liga á las sentencias. Hay, pues, dos intereses, ó por mejor decir, dos derechos en presencia y en conflicto. La sociedad está interesada en que las sentencias sean estables y en que los procesos tengan un término; esto es más que un interés, es el derecho de conservación, el primero de todos los derechos, sin el cual no hubiera sociedad. ¿Y qué sucedería con los derechos de los individuos en una sociedad cuyos cimientos serian sin cesar quebrantados? Pero existe otro derecho también muy esencial: Es que el individuo pueda ocurrir á la justicia para reclamar sus bienes y sus derechos. Es menester conciliar estos dos intereses, no hay que sacrificar el derecho del individuo al derecho de la sociedad, bajo pretexto de que la cosa juzgada es de interés público; el derecho de defensa es también de interés público. Ambos intereses, aunque á menudo en conflicto, no son opuestos. La cosa juzgada debe ser estable, pero solo la cosa juzgada; debe, pues, limitarse la autoridad que se liga á ella á lo que ha sido pedido, deliberado y decidido en la primera instancia. Fuera de esto, vuelve á aparecer en toda su energía el derecho de los individuos; no se les puede rechazar del umbral de la justicia oponiéndoles que lo que piden ha sido ya sentenciado, cuando piden otra cosa de lo que ha sido demandado y decidido en la primera instancia.

En apoyo del principio tal como lo formulamos, invocaremos la tradición. Voet es el jurisconsulto práctico por excelencia, y lo que buscamos es un principio que nos sirva de guía para la aplicación de la cosa juzgada. ¿Cuándo la cosa es la misma? Voet contesta: "Cuando se pide al segun-

do juez lo que ha sido pedido al primero." Estos son los términos del art. 1,351. ¿Y cuál es el acta por la que las partes piden al juez lo que desean obtener? Son las conclusiones que presentan. Las conclusiones sirven de base á la sentencia; debe, pues, combinarse el dispositivo de la sentencia con las conclusiones; de este modo comprenderá lo que ha sido debatido ante el primer juez; es decir, cuál fué el objeto del litigio. Lo que fué debatido ante el primer juez, no puede ser ya pedido al segundo, si no se arriesgaría á tener una segunda sentencia que decidiese lo contrario de lo que decidió la primera. ¿Cuándo, pues, la cosa pedida será la misma? Cuando la segunda sentencia, suponiendo pronunciada conforme con las conclusiones reconventionales de las partes, destruyese á la primera en todo ó en parte. Si la segunda sentencia igualmente supuesta conforme con las conclusiones de las partes, deja subsistir á la primera, si no la contradice, la cosa demandada no será la misma. En el primer caso, el interés social exige que el debate no sea renovado; en el segundo, el derecho de la defensa exige que el proceso tenga curso. (1)

La jurisprudencia no puede tener el mismo rigor que la doctrina. Sin embargo, consagra el principio que acabamos de formular. Nos limitaremos por ahora á citar algunas sentencias de las cortes de Bélgica. La Corte de Bruselas dice que si no resulta de los motivos ni del dispositivo de la primera sentencia que el punto litigioso fué debatido y examinado, no hay autoridad de cosa juzgada; las inducciones que se pudieran sacar de la primera sentencia, serían cuando menos conjeturas, lo que se llama un perjuicio; pero un perjuicio no es la cosa juzgada, pues deja al magistrado en plena libertad para apreciar el nuevo litigio. (2) En una sentencia pronunciada por la Corte de Lieja, se lee que no hay

1 Marcadé, t. V, pág. 167, núms. 3 y 4 del art. 1,351. Mourlon, *Repeticiones*, t. II, pág. 853, núms. 1,519 y 1,621.

2 Bruselas, 8 de Mayo de 1862 (*Panicrisia*, 1863, 2, 254).

cosa juzgada acerca de un punto, sino cuando ha sido objeto de conclusiones dadas por las partes ó cuando una disposición de la sentencia pronuncia su admisión ó su denegada. (1) Vamos á aplicar el principio á las diversas materias de que trata el Código Civil, tomando las aplicaciones en las numerosas sentencias pronunciadas casi todas por la Corte de Casación.

Núm. 2. Aplicación del principio.

1. De los derechos de estado personal.

41. Una primera sentencia desecha una demanda de interdicto; se dice en ella, que la persona cuyos padres perseguían al interdicto, había sido llamada ante la Sala del Consejo, y que lejos de dar pruebas de demencia, se había mostrado sana de espíritu y gozando de sus enteras facultades. El mismo día en que la sentencia fué pronunciada, el demandado hizo testamento por el que legaba toda su fortuna á un extraño, desheredando á su familia. Más tarde fué declarado incapaz. Después de su muerte, sus herederos pidieron la nulidad del testamento, fundándose en que el testador no estaba sano de espíritu en el momento en que testó. El legatario sostuvo que había cosa juzgada, habiendo sido hecho el testamento el mismo día en que la sentencia había pronunciado la denegada de incapacidad. Esta excepción fué desechada. ¿Qué es lo que había sido pedido al primer juez? La incapacidad, y ésta no puede pronunciarse sino cuando una persona se halla en un estado habitual de enajenación mental. Desechar la demanda de interdicto, es, pues, decidir que la persona que se quería incapacitar no se hallaba en estado habitual de imbecilidad, de demencia ó de furor. ¿Qué se pedía al segundo juez? La nulidad del testamento; para testar, hay que ser sano de espíritu en el mo-

1 Lieja, 17 de Febrero de 1866 (*Pasicrisia*, 1867, 2, 391).

mento en que se testa; y aquel que se halla en un estado habitual de enajenación, puede ser sano de espíritu en el momento en que testa; así mismo, aquel que no está en estado habitual de enajenación y que, por consiguiente, no puede ser incapacitado, puede no hallarse sano de espíritu en el momento en que testa. De esto se sigue que la demanda por nulidad del testamento no tenía el mismo objeto que la demanda de incapacidad, anulando el testamento porque el testador no estaba sano de espíritu en el momento en que lo hizo; el segundo juez no contradecía, pues, al primero, que había decidido que el testador no podía ser incapacitado por no encontrarse en estado habitual de demencia. Poco importaba que el testamento hubiese sido hecho el mismo día en que fué pronunciada la sentencia. No había contradicción; el primer juez decidía que el difunto no se había encontrado en estado de habitual enajenación; el segundo decidía que no estaba sano de espíritu en el momento en que testó; y se puede muy bien no hablar en estado habitual de locura, y sin embargo, no estar sano de espíritu en un momento dado. (1)

II. Derechos de propiedad.

42. Una primera sentencia decide que el demandado no era propietario de una parte divisa de terreno en la isla de Olerón y que, por consiguiente, no había tenido el derecho de desmontarlo y sembrarlo. El dispositivo dice que el demandado queda obligado á entregar el terreno en el mismo estado que tenía antes de comenzar su empresa; más tarde, una nueva instancia tuvo lugar á la cuestión de saber si el demandado tenía un derecho de copropiedad indivisa en di-

1 Bruselas, 15 de Junio de 1832 (*Pasicrisia*, 1833, 2, 177). Compárese Denegada de la Corte de Casación de Bélgica, 26 de Agosto de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 1, 144). Denegada de la Corte de Casación de Francia, 28 de Julio de 1874 (*Dalloz*, 1875, 1, 108).

cho terreno. La cosa demandada era la misma y, ¿había cosa juzgada? No por cierto. Puesto que lo que había sido demandado al primer juez había sido que decidiera que el demandado no tenía propiedad exclusiva ni un derecho preparativo de goce en los terrenos por él desmontados. ¿Qué se pedía en la segunda instancia? Que se reconociera que dicho demandado tenía un derecho de copropiedad común é indivisa. Al decidir que era copropietario por indivisión del terreno, el segundo juez no contradecía la primera sentencia que decidía que no era propietario exclusivo del terreno. El primer juez no había decidido la cuestión de copropiedad indivisa, y no podía decidirla, puesto que no le había sido sometida; así, el juez se había limitado á resolver que el demandado debía restablecer el terreno al estado que tenía antes de su empresa, lo que dejaba entera la cuestión de saber si el demandado era copropietario; la cuestión de copropiedad no era objeto de las conclusiones de las partes, no había sido debatida y no fué decidida por el dispositivo de la sentencia; un segundo juez, podía, pues, decidirla en favor del primitivo demandado. La razón y el buen sentido están de acuerdo con el derecho; puedo muy bien ser copropietario de un terreno, aunque una sentencia haya decidido que no soy propietario exclusivo del mismo terreno. No hay, pues, ninguna contradicción entre una segunda sentencia que me considera copropietario y la primera que me negó la propiedad exclusiva. Por consiguiente, no hay cosa juzgada. La Corte de Poitiers la admitió, sin embargo, pero su sentencia fué casada. (1)

43. En un debate entre un municipio y un particular fué sentenciado que el municipio no era propietario de un terreno litigioso. El municipio reclamó después un derecho de uso en aquel terreno. ¿Es esto pedir la misma cosa? La ne-

1 Casación, 14 de Febrero de 1831 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 124).

gativa es segura. ¿Cuál fué el objeto de las primeras conclusiones del primer debate y de la primera sentencia? La cuestión de saber si el municipio era propietario. ¿Qué demandó el municipio en la segunda instancia? Que fuese reconocido como teniendo derecho de uso en el terreno litigioso; es decir, que se le adjudicase un derecho de servidumbre en el citado terreno. El segundo juez decidió que había derecho de uso. ¿Era esto contradecir al primer juez que había sentenciado que no era propietario? Un municipio puede ser usuario y no ser propietario, porque una cosa es la propiedad y otra el derecho de uso. (1) Es inútil repetir lo que acabamos de decir; la argumentación es idéntica.

44. Una sentencia pronunciada reconoce que una de las partes tiene derecho á la posesión anual. ¿Tiene esta sentencia autoridad de cosa juzgada acerca de otra acción posesoria intentada por la misma parte varios años después? Basta presentar la cuestión para resolverla; sin embargo, fué llevada ante la Corte de Casación. La cosa juzgada presenta á menudo grandes dificultades; pero se abusa también de ella al litigar acerca de cuestiones que no deberían llevarse ante los tribunales. ¿Qué es lo que el primer juez decidió en el caso? Que la parte tenía posesión anual; es decir, un año determinado. ¿Qué fué lo que pidió al segundo juez? Que se le reconociera la posesión anual durante otro año. De que yo sea poseedor en 1874 no es decir también que lo sea en 1880; la posesión puede cambiar de dueño y de carácter todos los días. (2) No insisteremos: Esto sería imitar á los litigantes temerarios que combaten la evidencia.

III. Derechos de obligación.

45. Una primera sentencia adjudica una cierta cantidad

1 Denegada, 9 de Julio de 1817 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 110, 5º).

2 Denegada, 26 de Enero de 1869 [Daloz, 1871, I, 207].

á un acreedor por daños y perjuicios: ¿Una segunda sentencia puede además acordarle los intereses desde la primitiva demanda? Hay que ver cuál fué el objeto de la primera demanda. ¿Estaban en ella comprendidos los intereses; han hecho objeto del debate; han sido adjudicados? En el caso, la cuestión no era muy dudosa. El demandante reclamaba dos cosas: Primero daños y perjuicios, después los intereses de la demanda; los intereses habían sido, pues, objeto del primer debate. ¿Y qué decidió el primer juez? Sin explicarse especialmente acerca de los réditos, fijó una cierta suma por todos los daños y perjuicios: El dispositivo combinado con las disposiciones significaba que el juez abjudicaba los intereses por el solo hecho de que no los adjudicaba; ó para mejor decir, los comprendía en la suma total de los daños y perjuicios que acordaba al demandante. La segunda sentencia fijando intereses que la primera había negado, violaba, pues, la cosa juzgada. (1)

46. Una acción es promovida por un menor contra su tutor en rendición de cuenta de un capital de 12,000 francos; el demandante concluye á que su tutor sea condenado á pagar los intereses desde la recepción del capital. La sentencia ordenó la cuenta y ordenó que á falta de hacerlo así el demandado en un plazo determinado, sería apremiado por vía de embargo hasta completar el capital de 12,000 francos. ¿Tenía esta decisión la autoridad de cosa juzgada en el sentido de que comprendía los intereses por el solo hecho de no adjudicarlos? Se ha sostenido así ante la Corte de Casación. Esto es un error. La sentencia no estatua acerca del monto del crédito que reclamaba el pupilo contra su tutor; se limitaba á ordenar la cuenta, lo que implicaba que habría una segunda sentencia que determinaría el monto de las condenas. Si el primer juez recordaba en el dispositivo

1 Casación, 7 de Marzo de 1838 (Dalloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 120).

el capital de la suma reclamada por el menor, no era para limitar esta cifra al crédito pupilar; no podía tratarse de limitarlo, puesto que el debate no versaba todavía sobre el monto del crédito; se trataba únicamente de obligar al tutor á dar cuenta, y para esto, el juez autorizaba al menor á embargar los bienes de su tutor; debía, pues, decirse por qué cantidad. El Tribunal indicó la suma reclamada por capital, pero únicamente bajo el punto de vista del embargo, sin pretender decidir que una suma de 10,000 francos era debida por el tutor; no resolvía la cuestión del capital y con más razón tampoco decidió la cuestión de intereses; dejaba á salvo, por el contrario, todos los derechos que podían pertenecer al pupilo. Luego nada quedaba sentenciado, por consiguiente, el juez pudo fijar los intereses en una segunda sentencia. (1)

47. Se conceden daños y perjuicios en una primera sentencia al propietario de una mina contra los concesionarios de un ferrocarril por razón de trabajos que habían ocasionado un daño. Más tarde, la compañía obtuvo un decreto administrativo que suspendió la explotación de la mina en un cierto perímetro de la vía y obligaba á los propietarios á ciertos trabajos de seguridad. De esto, nueva demanda por daños y perjuicios. Se invocó la cosa juzgada. La pretensión estaba mal fundada. ¿Cómo pudiera haber cosa juzgada acerca de una cuestión de daños y perjuicios que no podía ser promovida ante el primer juez, puesto que cuando la primera instancia no existía todavía el decreto administrativo? Y es por este decreto por lo que se fundó la segunda demanda. (2)

48. Un acreedor inscribe una hipoteca. Se demanda la nulidad de la hipoteca fundándose en la nulidad de la obli-

1 Denegada, 24 de Enero de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 232).

2 Denegada, 18 de Julio de 1837 (Dalloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 140).

gación para cuya seguridad la hipoteca había sido consentida. El juez desechó la acción de nulidad por causa de dolo, y ordenó, en consecuencia, el mantenimiento de la cuestión hipotecaria. Por una nueva acción se demandó la nulidad de la hipoteca por un vicio inherente á la constitución de la hipoteca; había sido constituida en virtud de un mandato privado; luego era nula en la forma. ¿Había cosa juzgada en cuanto á la validez de la hipoteca por virtud de la primera sentencia que ordenaba mantener la inscripción hipotecaria? La Corte de Casación contesta perentoriamente que la validez de la hipoteca, no siendo contestada en la primera sentencia, el juez no pudo decidir una cuestión que no le fué presentada; si ordenó el mantenimiento de la inscripción, fué porque la obligación siendo reconocida válida, la hipoteca que no estaba atacada, debió ser mantenida, así como el registro hipotecario. En la nueva instancia ya no se trataba de la obligación que había sido objeto del primer debate; luego anulando la hipoteca, el segundo juez no quebrantaba la cosa juzgada por la primera sentencia; la obligación declarada válida por el primer juez queda válida; pero el primer juez no la había declarado válida, si había mantenido la inscripción, era únicamente por vía de consecuencia, puesto que había denegado la acción de la nulidad de la obligación. (1)

49. Una sentencia condena al deudor y al caucionante á pagar una deuda, objeto del litigio. El acreedor promueve contra el caucionante. ¿Puede éste oponerle las excepciones que le da la ley, excepciones de división, de discusión, ó *cedendarum actionum*? No es dudosa la afirmativa. ¿Qué decidió el primer juez? Que había deuda, y que, por consiguiente, el caucionante debía pagar. ¿Qué se pedía al segundo juez? ¿Que decidiera que no había deuda, ó que no había caución? Nó, la demanda implicaba, por el contrario, que la

1 Denegada, 19 de Enero de 1864 (Daloz, 1864, 1, 292).

caución existía, y que el caucionante debía pagar; pero aunque obligado el caucionante, tiene ciertos beneficios para oponerlos á pesar de la sentencia. En efecto, el primer juez no había decidido que el caucionante no gozaba de estos beneficios, pues la cuestión no le había sido sometida, y lo que no está pedido, debatido ni juzgado, no puede tener autoridad de cosa juzgada. (1)

50. Lo que algunas veces engaña á los litigantes, pero que no debiera engañar á sus consejeros, es que uno de los dos tiene el mismo interés en ambas instancias, de donde concluye, que la primera sentencia debe impedir la introducción de una segunda demanda. El interés puede ser idéntico; pero desde que el objeto de ambas demandas difiere, no puede ser cuestión de cosa juzgada. En una primera sentencia quedé establecido que una subscripción hipotecaria es válida. Una segunda sentencia decide que prescribió. ¿Hay violación de la cosa juzgada? Basta poner la cuestión para resolverla. La inscripción es nula cuando la obligación ó la hipoteca son nulas, ó cuando es nula en la forma; esto nada tiene de común con la perención que supone, al contrario, que la inscripción es válida. No podía, pues, tratarse aquí de cosa juzgada, pues la cosa demandada no era la misma en la segunda instancia. (2)

51. En un negocio muy complicado intervinieron cinco sentencias ordenando adjudicación. El recurso pretendía que existía contradicción entre las tres primeras y las dos últimas, y, por consiguiente, violación de la cosa juzgada. Muchas otras dificultades se presentaban: la que concernía á la cosa juzgada no era de importancia. La Corte de Casación denegó el recurso por motivo de que, en las cosas juzgadas por las tres primeras sentencias, se trataba de precios de tres adjudicaciones diferentes que debían pagarse á diversos ad-

1 Denegada, 24 de Enero de 1865 (Daloz, 1865, 1, 232).

2 Denegada de la Corte de Casación de Bélgica, 6 de Agosto de 1846 (*Pasicrisia*, 1847, 1, 139).

judicatarios, mientras que en las especies juzgadas por las últimas sentencias, se había tratado de los juicios de otras adjudicaciones pagaderas por otros adjudicatarios. De esto resultaba que la cosa pedida no había sido la misma, ni entre las mismas partes en las cinco instancias, sucesivas y separadamente promovidas; luego no había identidad en lo que había sido el objeto de esas diversas sentencias. El recurso objetaba que la cuestión para resolver con el fin de fijar la posición respectiva de los acreedores en todas estas instancias era la misma; suponiendo que así fuese, todo lo que resultaba era que la causa fuese la misma; pero no basta la identidad de causa, es menester que las partes sean las mismas, y en cada una de las instancias, los adjudicatarios diferían. Se necesita, sobre todo, que el objeto sea el mismo; y el objeto difería en las cinco instancias, puesto que cada vez era otro lote el que se adjudicaba y por diferente precio. La única identidad que existía en los cinco procesos, era el interés de los acreedores, pero esto no constituía la identidad de objeto. (1)

52. Una mujer casada bajo el régimen dotal, admite una hipoteca en bienes dotales como garantía de una deuda contraída por ella y por su marido; el año siguiente, después de haber obtenido la separación de bienes contra su marido, ratificó dicha obligación. El acreedor practica un embargo que fué declarado válido por una sentencia contra la que no hubo apelación. Después de un nuevo embargo, intervinieron los hijos, pretendiendo ser donatarios de los bienes embargados; el acreedor habiendo atacado la donación como fraudulenta, sostuvieron los demandados que el demandante no tenía interés puesto que la obligación contraída contra la mujer dotal era nula. Estas conclusiones fueron admitidas por la Corte de Caen. Recurso de casación por vio-

1 Sentencia de la Sala Civil, de 31 de Marzo de 1851 (Dalloz, 1851, 1, 65).

lación de la cosa juzgada. El Tribunal, al validar el embargo, había implícitamente juzgado válida la obligación en virtud de la que se practicaba el embargo; la Corte de Caen al anular esta obligación, violaba, pues, la autoridad de cosa juzgada. La sentencia de denegada decidió que no había identidad de objeto en ambas decisiones. ¿Cuál era el objeto del debate ante el primer juez y respecto de qué pronunció éste? Se trataba únicamente de promociones ejercitadas por el acreedor; en cuanto á la obligación y ratificación consentidas por la mujer dotal, no habían sido atacadas. ¿Cómo pudiera el juez estatuir acerca de un objeto que no le había sido sometido y que no había sido litigado ante él? Ante la Corte de Caen, al contrario, fueron presentadas las conclusiones terminantes contra la obligación y la ratificación; luego la sentencia rehusaba acerca de un objeto diferente, y por tanto, no podía violar la cosa juzgada. (1)

53. Una primera sentencia condena al demandado á poner títulos en manos del demandante. La entrega no se hace. Nueva demanda tendiendo á la entrega de los títulos y daños y perjuicios por razón de la demora. La Corte de París decidió que había cosa juzgada. Recurso de casación por violación del art. 1,351. Por la primera acción, dijo, el demandante concluyó á que por mis ofertas reales las letras de cambio y la contraletra me fuesen entregadas. Mis adversarios se negaron á ejecutar las obligaciones que las sentencias les imponían; he aquí un nuevo hecho que me perjudica y por el que pude pedir daños y perjuicios. ¿Pudo el primer juez estatuir acerca de daños y perjuicios que solo resultaron posteriormente á su decisión y por la falta de ejecución de su sentencia? Es evidente, dice la Corte de Casación, que nada se pronunciaba acerca de este pedimento en la primera sentencia; la Corte de París había, pues, malamente aplicado

1 Denegada, 14 de Agosto de 1828 (Dalloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 158, 12°).

la autoridad de cosa juzgada, y, por consiguiente, había violado los arts. 1,147 y 1,582, en virtud de los cuales el demandante reclamaba daños y perjuicios; la Corte debía decretarlos ó motivar el porqué no lo hacía. (1)

VI. Derechos hereditarios.

54. Un marido da, y después lega á su mujer su casa habitación, cita en Santo Domingo, con todos los muebles que la adornan. La casa no estaba pagada, habla un caucionante garantizando todo lo que quedaba por deber. Según la ley de 1825 acerca de la indemnización de Santo Domingo, se hizo una oposición á la indemnización concedida para la habitación que había sido incendiada. Más tarde, nuevo pedimento en acuerdo á que se pagara el resto del crédito sobre el valor de los muebles legados. El Tribunal admitió la demanda invocando la primera sentencia intervenida entre las partes á título de cosa juzgada. En apelación, la decisión fué reformada. La Corte de Rennes dijo que la primera acción era inmobiliar, puesto que había sido dirigida bajo forma de oposición contra la indemnización de Santo Domingo representativa del inmueble gravado del crédito de los acreedores; mientras que la nueva acción teniendo solo por objeto el valor mobiliar, era esencialmente mobiliaria. La sentencia de la Corte de Rennes fué confirmada por la de Casación. Había un motivo de duda, es que la sentencia que se invocaba como cosa juzgada había realmente resuelto la cuestión sometida á la Corte de Rennes, pero ésta se haya en los motivos; el dispositivo guardaba silencio acerca de una cuestión que el Tribunal no había decidido. Desde luego, no había cosa juzgada, puesto que los motivos no tienen la autoridad de tal. (2)

1 Casación, 18 de Febrero de 1822 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 148)

2 Denegada, 26 de Mayo de 1840 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 147).

55. Durante la enfermedad de su tío y con intención fraudulenta, un sobrino extrae valores que dependían de la sucesión abierta más tarde. Por aplicación del art. 792 fué declarado decaído de su parte hereditaria en dichos objetos. Más tarde se presentó la cuestión de saber si los citados valores podían ser reivindicados como objetos robados en virtud del art. 2,279. El juez admitió la reivindicación. Recurso de casación por violación de la cosa juzgada, fundado sobre aquello que la primera sentencia había calificado de hecho de distracción á expensas de la sucesión; el segundo juez no podía calificar el mismo hecho de robo. La Corte de Casación decidió que no había cosa juzgada. Invoca los términos de la sentencia intervenida entre los coherederos. La Corte de Orléans no se limitaba á hacer constar el hecho material de la instrucción, sino que determinaba su naturaleza particular y reconocía expresamente en ella los caracteres de una substracción fraudulosa; luego la segunda sentencia, al juzgar que los valores habían sido robados por el vendedor, lejos de ponerse en contradicción con la primera, había hecho exactamente la misma apreciación de la naturaleza y de los caracteres del hecho que le había sido sometido. (1) Aun hay más; si la ley solo ve en la substracción de los valores pertenecientes á una herencia, un hecho de aceptación, esto es por pura ficción, como lo hemos dicho en otra parte; esta ficción no concierne sino á las relaciones de los coherederos entre sí, es extraña á los terceros que tienen interés y derecho en que se juzgue cuál es verdadero carácter de la substracción. Poco importa, pues, que el primer juez, conociendo del debate de los coherederos, califique el hecho de substracción; esta decisión no haría cosa juzgada en una nueva sentencia emprendida contra los terce-

1 Denegada, 20 de Agosto de 1872 (Daloz, 1873, 1. 481).

ros compradores, no ya por aplicación del art. 1,792, pero como consecuencia del art. 2,279.

Núm. 3. ¿Debe ser absoluta la identidad?

56. Es de principio que la identidad no deba ser absoluta. Todos admiten que los cambios sucedidos en el cuerpo que hacía el objeto de la primera demanda no impiden, bajo el punto de vista de la cosa juzgada, que sea el mismo de la segunda, aunque haya recibido aume tos ó sufrido disminuciones. Este es el principio del derecho romano; se les cedía en la antigua jurisprudencia, y el art. 1,351 solo consagraba la tradición. (1)

57. La aplicación del principio levanta una dificultad que ha dado lugar á una activa controversia. Pothier enseña, conforme al derecho romano, que la cosa demandada es la misma cuando ha hecho parte de la que se obtuvo en la primera sentencia, porque la parte está comprendida en todo; y aplica este principio á todas las cosas, objeto corporal, cantidad ó derecho. Toullier reproduce como una regla absoluta el principio así explicado. "Se supone, dice, que el objeto de la segunda acción es el mismo que el de la primera, si después de solicitar un todo por aquella, pido por la segunda una cosa que era parte de ese todo; ya sea que trate de un cuerpo, de una cantidad ó de un derecho, poco importa, pues en todos los casos hay lugar á la excepción de la cosa juzgada. Por ejemplo, he pedido primero la totalidad de un fondo, pido en seguida una parte indeterminada ó indivisa; la segunda demanda será rechazada por la excepción de cosa juzgada, porque implícitamente es comprendida en la primera; esta es la aplicación de la máxima lógica que la parte está comprendida en el todo." M. Colmet de San-

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 889. Toullier, t. V, 2, pág. 123, núm. 145. Aubry y Rau, t. VI, pág. 495, nota 62.

terre abunda en estas mismas ideas. Pedir el todo, dice, es poner en cuestión cada parte, de manera que hay identidad de objeto entre pretensiones relativas; una á la totalidad y otra á una parte de un bien. (1)

58. Marcadé atacó esta doctrina. Si se entiende el principio en un sentido absoluto como lo harían los matemáticos, Marcadé tiene razón. Bajo el punto de vista matemático, es evidente que la parte está comprendida en el todo. Pero la cuestión es de saber si esta máxima es aplicable á las relaciones jurídicas, y particularmente á la cosa juzgada. Pues bien, las relaciones de la vida que hacen el objeto del derecho, nada tienen de absoluto, y la cosa juzgada, particularmente se funda en cada caso en motivos de hechos: Si el primer juez conoció la contestación llevada ante el segundo, hay que ver lo que fué pedido al primer juez, lo que fué debatido ante él y lo que fué decidido. Y hay una infinidad de gradaciones en las diferentes especies, hay que tenerlas en cuenta para determinar lo que fué primitivamente sentenciado y lo que se vuelve á poner en tela de juicio. Esto basta para que deba desecharse toda fórmula absoluta. Pido en una primera instancia un fundo en totalidad; el juez decide que no soy su propietario. Por una nueva acción, pido la tercera parte del fundo, ó una parte especial, ó una pradera, un bosque, haciendo parte de este fundo: ¿Puede rechazármese por autoridad de cosa juzgada? Si se admite el principio matemático, que el todo comprende la parte, hay que decir que sí. Pero la contestación será muy diversa si se remonta uno al fundamento racional de la cosa juzgada. ¿Qué pedí al primer juez? La propiedad de todo el fundo; esta es la cuestión que se debatió ante él y que fué decidida contra mí. Pido en seguida la tercera parte de ese dominio ó una pradera que hace parte de él. ¿La prime-

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 890. Toullier t. V, 2, pág. 123, núms. 146 y 147. Colmet de Santerre, t. V, pág. 626, núm. 328 bis 5°

ros compradores, no ya por aplicación del art. 1,792, pero como consecuencia del art. 2,279.

Núm. 3 ¿Debe ser absoluta la identidad?

56. Es de principio que la identidad no deba ser absoluta. Todos admiten que los cambios sucedidos en el cuerpo que hacía el objeto de la primera demanda no impiden, bajo el punto de vista de la cosa juzgada, que sea el mismo de la segunda, aunque haya recibido aume tos ó sufrido disminuciones. Este es el principio del derecho romano; se les cedía en la antigua jurisprudencia, y el art. 1,351 solo consagraba la tradición. (1)

57. La aplicación del principio levanta una dificultad que ha dado lugar á una activa controversia. Pothier enseña, conforme al derecho romano, que la cosa demandada es la misma cuando ha hecho parte de la que se obtuvo en la primera sentencia, porque la parte está comprendida en todo; y aplica este principio á todas las cosas, objeto corporal, cantidad ó derecho. Toullier reproduce como una regla absoluta el principio así explicado. "Se supone, dice, que el objeto de la segunda acción es el mismo que el de la primera, si después de solicitar un todo por aquella, pido por la segunda una cosa que era parte de ese todo; ya sea que trate de un cuerpo, de una cantidad ó de un derecho, poco importa, pues en todos los casos hay lugar á la excepción de la cosa juzgada. Por ejemplo, he pedido primero la totalidad de un fondo, pido en seguida una parte indeterminada ó indivisa; la segunda demanda será rechazada por la excepción de cosa juzgada, porque implícitamente es comprendida en la primera; esta es la aplicación de la máxima lógica que la parte está comprendida en el todo." M. Colmet de San-

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 889. Toullier, t. V, 2, pág. 123, núm. 145. Aubry y Rau, t. VI, pág. 495, nota 62.

terre abunda en estas mismas ideas. Pedir el todo, dice, es poner en cuestión cada parte, de manera que hay identidad de objeto entre pretensiones relativas; una á la totalidad y otra á una parte de un bien. (1)

58. Marcadé atacó esta doctrina. Si se entiende el principio en un sentido absoluto como lo harían los matemáticos, Marcadé tiene razón. Bajo el punto de vista matemático, es evidente que la parte está comprendida en el todo. Pero la cuestión es de saber si esta máxima es aplicable á las relaciones jurídicas, y particularmente á la cosa juzgada. Pues bien, las relaciones de la vida que hacen el objeto del derecho, nada tienen de absoluto, y la cosa juzgada, particularmente se funda en cada caso en motivos de hechos: Si el primer juez conoció la contestación llevada ante el segundo, hay que ver lo que fué pedido al primer juez, lo que fué debatido ante él y lo que fué decidido. Y hay una infinidad de gradaciones en las diferentes especies, hay que tenerlas en cuenta para determinar lo que fué primitivamente sentenciado y lo que se vuelve á poner en tela de juicio. Esto basta para que deba desecharse toda fórmula absoluta. Pido en una primera instancia un fundo en totalidad; el juez decide que no soy su propietario. Por una nueva acción, pido la tercera parte del fundo, ó una parte especial, ó una pradera, un bosque, haciendo parte de este fundo: ¿Puede rechazármese por autoridad de cosa juzgada? Si se admite el principio matemático, que el todo comprende la parte, hay que decir que sí. Pero la contestación será muy diversa si se remonta uno al fundamento racional de la cosa juzgada. ¿Qué pedí al primer juez? La propiedad de todo el fundo; esta es la cuestión que se debatió ante él y que fué decidida contra mí. Pido en seguida la tercera parte de ese dominio ó una pradera que hace parte de él. ¿La prime-

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 890. Toullier t. V, 2, pág. 123, núms. 146 y 147. Colmet de Santerre, t. V, pág. 626, núm. 328 bis 5°

ra sentencia decidió que yo no era propietario de la tercera parte del fundo ó de la pradera? Mis conclusiones no versaban acerca de esta tercera parte ni acerca de esta pradera, la cuestión no ha sido debatida ante el primer juez; es, pues, imposible que la haya decidido. Se dice que la decidió implícitamente: Negándome el todo me negó todas las partes de ese todo. Aquí está el nudo de la dificultad. Había decisión implícita si al adjudicarme el todo, la decisión tenía por consecuencia necesaria adjudicarme todas las partes que componen ese todo. Y no sucede así. Puedo, en efecto, no ser propietario de todo el fundo y tener la propiedad de su tercera parte ó de una pradera dependiente de él. Se insiste y se dice que si el segundo juez me adjudica la tercera parte ó la pradera, me adjudica lo que me negó el primero; este es el mismo argumento bajo otra forma. Contestamos: Nó, el primer juez no me negó la tercera parte ni la pradera, porque no se las había pedido; si se las hubiera yo pedido, hubiera habido dos cuestiones: ¿Soy propietario de todo el fundo, y si no lo soy cuando menos seré el dueño de la tercera parte ó de la pradera? Si tales hubieran sido mis conclusiones, el juez hubiera podido muy bien adjudicarme la pradera á la vez que negarme el todo. Luego no hay identidad en las dos demandas y, por consiguiente, el segundo juez puede adjudicarme la segunda, aunque el primer juez me haya negado la primera. (1)

59. La crítica de Marcadé no encontró favor; combatía un principio absoluto, y, se dice, el principio jamás ha sido entendido en el derecho romano en un sentido absoluto. (2) Dejemos á un lado el derecho romano; lo que hemos dicho de la doctrina basta y sobra, pues la vida real ignora los debates que se van á buscar en los textos del Digesto. Nos limitaremos á contestar una objeción hecha por

1 Compárese Marcadé, t. V, págs. 167, 169, núms. 3 y 4 del artículo 1,351.

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 495 y nota 63.

los señores Aubry y Rau y reproducida por el señor Colmet de Santerre.

Marcadé dice que la sentencia que desecha una demanda por pago de 20,000 francos, no se opone á la reclamación ulterior por 2,000 ó 1,200 francos en virtud de la misma causa. Esto es un error evidente, dicen los editores de Zachariæ, porque aquel que reclama la ejecución íntegra de una obligación, trae la contestación en todas y cada una de las partes y cantidades que la componen. Esta crítica también nos parece demasiado absoluta; no creemos necesario entrar en el debate; los señores Aubry y Rau agregan que el sistema de Marcadé entrañaría la posibilidad de una serie indeterminada de demandas fundadas en la misma obligación; lo que es manifiestamente contrario á la razón de utilidad pública en vista de la cual fué establecida la cosa juzgada. La objeción se coloca exclusivamente en el terreno del interés general, que pide que no se multipliquen inútilmente los procesos. ¿Es esta precisamente la teoría de la cosa juzgada? Puedo intentar veinte acciones todas con el mismo objeto, siempre que las funde en causas diferentes. Luego el principio de la cosa juzgada no tiene por objeto evitar la multiplicidad de los procesos, tiene por objeto impedir un nuevo proceso acerca de una cosa que ha sido ya sentenciada. Si la cosa no fué sentenciada, no hay otro interés individual á la vez que general, que exija que se admitan las acciones sucesivas que una misma parte promueve contra el mismo demandado; este interés es el más precioso de los derechos, es el de la defensa (núm. 39). En la doctrina que combatimos, se sacrifica este interés y este derecho á la utilidad pública; en nuestro concepto, no hay utilidad pública contra el derecho.

60. Tenemos prisa de llegar á la jurisprudencia. La segunda demanda puede ser idéntica con la primera, aunque el monto pecuniario de ambos litigios no sea el mismo. Por

una primera sentencia, unos socios comanditarios fueron condenados á pagar la cuarta parte vencida de las acciones que habían subscripto. La sentencia se funda en que el acta de sociedad en comandita era válida y obligatoria para todos. Nueva demanda tendiendo al pago de las tres cuartas partes restantes de las mismas acciones y contra los mismos asociados. La sentencia opuso á los demandados la cosa juzgada. Recurso de casación. La Corte decidió que la segunda demanda era la misma, aunque la cantidad fuera diferente, pues el objeto de esta demanda era la ejecución de este mismo contrato y el pago de la misma deuda; los demandados renovaban, pues, en un segundo plazo, la pretensión de no deber que había sido desechada cuando la primera; por consiguiente, volvían en tela de juicio lo que había sido sentenciado ya. De donde resultaba que la sentencia atacada había hecho justa aplicación del art. 1,351, rechazando esta pretensión por la autoridad de la cosa juzgada. (1)

61. Duranton, quien admite también el principio de que la sentencia por el todo da cosa juzgada en cuanto á las partes que lo componen, da el ejemplo siguiente, después de haber pretendido de una manera general que os habeis obligado á no construir en tal terreno, y sin embargo, haberlo hecho; pretendo después, que no teneis el derecho de construir sino á veinte metros de distancia de mi fundo. Hay cosa juzgada, dice Duranton. Un caso análogo fué presentado ante la Corte de Casación, quien lo decidió en sentido contrario.

Una venta de terreno fué hecha con la cláusula siguiente: "Con condición que no podrá ser hecha ninguna construcción en dicho terreno sino por el lado de la calle de Richelieu, sin que pueda ser construido nada en el resto de dicho terreno, particularmente por el lado del jardín de los vendedores, bajo cualquier pretexto ó por cualquiera cau-

1 Denegada, 20 de Diciembre de 1830 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 1122).

sa." Habiendo abierto una nueva calle, los legatarios del adquirente creyeron ser librados de la servidumbre y pretendieron tener el derecho de levantar una construcción por la calle de Vivienne. La Corte de Paris desechó sus pretensiones: "La abertura de la nueva calle que limita la herencia, da al propietario el derecho de hacer en su muro de cercado, aberturas para dicha calle, pero la abertura de una calle no extingue la servidumbre que grava el terreno heredado, ni le da, por consiguiente, derecho para levantar construcciones en dicho terreno en la línea de la misma calle." Posteriormente, el propietario del fundo construyó piezas para hendirlas en el antiguo muro de cerca. Nuevo proceso. El propietario del fundo dominante, sostuvo que había cosa juzgada en cuanto á toda clase de construcciones que se quisieran hacer en el terreno gravado con la servidumbre de no construir. La Corte de Paris decidió que no había cosa juzgada. En la primera sentencia, dice la Corte, se trataba de librarse de toda servidumbre; el propietario sirviente, reclamaba el derecho de levantar construcciones otras que la pared sirviendo de cerca que existía en aquella época. En la instancia actual, se trataba únicamente de la explotación útil de dicha pared, dándole profundidad y practicando aberturas por la vía pública, sin levantar la construcción. La Corte concluyó que el objeto de las dos demandas no era el mismo, y que, en consecuencia, no había cosa juzgada.

Recurso de casación fundado en la violación del art. 1,351. El demandante invocaba el principio tradicional que la parte está comprendida en el todo; y concluía con la doctrina, que hay cosa juzgada cuando en una segunda instancia se pide una parte únicamente de lo que fué pedido en la primera. Invocaba también la razón que hizo establecer la cosa juzgada, la de poner fin á los procesos. Pues bien, ¿de qué se trataba en la primera instancia? De construcciones

para levantar en un terreno gravado con la servidumbre de no construir. ¿De qué se trataba en la segunda instancia? De construcciones también aunque no tan considerables; se pedía, pues, lo menos después de haber solicitado lo más y después que había sido sentenciado que no se tenía ese derecho; el derecho menor está comprendido en el derecho más grande; luego la sentencia que desecha á aquel, también desecha al otro implícitamente.

La Corte de Casación resolvió que no había cosa juzgada. Transcribimos el considerando, porque asienta el principio, que, si no está formulado en los mismos términos que el nuestro, nos parece, sin embargo, idéntico en el fondo: "La demanda general por la que se pide un derecho absoluto y sin límites, es enteramente diferente de una demanda especial, por la que se reclama un derecho determinado, *distinto del primero y del que no fué cuestión cuando la primera sentencia.*" De esto, la Corte de Casación concluyó que la disposición general de la primera sentencia que desechó la *demandá general*, no desechaba de ningún modo la *demandá oficial*, con relación á la que las partes nada habrían reclamado, y el juez no habría sentenciado nada. (1)

Marcadé invoca esta sentencia en apoyo de su doctrina. Los señores Aubry y Rau, dicen que es extraña á la cuestión del *total* y de la *parte*. En efecto, la Corte de Casación evitó el servirse de la terminología tradicional; en lugar de hablar del *total* y de la *parte*, habla de una disposición *general* y de una disposición *especial*. ¿No es esto por respeto á la tradición, y para ponerse en oposición con la doctrina generalmente aceptada? En verdad, se trataba de una sola y misma servidumbre, la de construir; esta servidumbre es más ó menos extensa; comprende, pues, un más y un menos; la prohibición de construir puede ser absoluta y puede ser limitada. Pues bien, ¿qué decía la primera sentencia?

1 Denegada, 30 de Marzo de 1837 (Dalloz, *Cosa juzgada*, núm. 173).

Decidía que la prohibición era absoluta, lo que implicaba aún la servidumbre de no construir ni la pared del cercado. ¿Y qué decía la segunda sentencia? Que el propietario del fundo serviente podía levantar barracas hasta la altura de la pared del cercado. La primera, al decidir que la prohibición era total, comprendía la prohibición parcial, ni se admite la doctrina tradicional. Es en vano apegarse á la disposición de la primera sentencia que declaraba que el propietario sirviente, podía practicar aberturas en la pared del cercado; tenía este derecho, puesto que limitaba la calle; pero una cosa es abrir puertas y ventanas y otra es construir piezas.

Si los jueces no aplicaron en este caso la doctrina tradicional, es que retrocedieron ante la iniquidad á la que conducía. En nuestro concepto, la primera sentencia dejaba la cuestión entera, en el sentido de que á la vez que declaraba que el fundo estaba gravado de una servidumbre de no construir, no impedía que el segundo juez declarase que la convención permitía construir hasta altura de pared en caso de que se abriera una calle; lo más puede ser prohibido sin que lo menos lo sea. Se pueden cuando menos interpretar así las sentencias.

62. En opinión general, la sentencia acerca del total implica decisión en cuanto á la parte, porque ésta se encuentra en el todo. ¿Qué debe decidirse si la primera sentencia versa sobre la parte, y que en una segunda instancia se pide por el todo? El todo no está comprendido en la parte, contesta Toullier; luego se puede, sin violar la cosa juzgada, demandar por una segunda acción, el todo de que se había pedido la parte en una primera. (1) Esto parece lógico, en efecto, cuando se ratiocina momentáneamente; pero la lógica lleva frecuentemente la desgracia á las malas causas porque descubre su debilidad; llevando el argumento mate-

1 Toullier, t V, 2, pág. 126, núm. 153.

mático hasta sus últimas consecuencias, se ve que hasta el principio es falso. La opinión de Toullier ha quedado aislada. Duranton dice que si es una parte lo que fué primeramente pedida y si después se demanda el todo, la excepción de la cosa juzgada podía ser opuesta, porque desde que ha sido resuelto que el demandante ni siquiera tenía derecho á una parte de la cosa, quedó sentenciado por esto mismo que no tenía derecho al todo, puesto que comprende la parte; y si obtuviera el todo, también obtendría la parte que se le había negado. (1) En otras sentencias, y para aplicar nuestro principio, hay que decir que si la primera sentencia ha negado al demandante la tercera parte de la cosa, una segunda sentencia no puede concederle el todo, puesto que concedería la tercera parte ya solicitada y que el juez decidió no pertenecerle; habría, pues, contradicción entre ambas decisiones, lo que prueba que la segunda viola la cosa juzgada por la primera.

Hay una sentencia en el sentido de la opinión general. Una viuda vuelta á casar, cede con su marido, en calidad de tutora de un hijo del primer matrimonio, los derechos que su pupilo tenía en la sucesión de su padre y de su hermano consanguíneo. En ejecución de esta cesión, el cesionario reclamó ciertos objetos muebles que estaban comprendidos en ella. El Tribunal, fundándose en la nulidad de la cesión le negó la demanda. Por una nueva acción, el cesionario pidió la ejecución entera de la cesión. La Corte de Limoges juzgó que había cosa juzgada; es verdad que el primer juez había estatuido acerca de las cosas particulares que eran objeto del litigio, pero consagrando una de las consecuencias necesarias de la nulidad de la cesión, estatua implícitamente acerca de la integralidad del derecho reclamado por el demandante. En nuestra opinión, la cosa juzgada es igualmente

1 Duranton, t. XIII, pág. 489, núm. 464. Aubry y Rau, t. VI, página 496, núm. 96.

te evidente. Si el segundo juez hubiera concedido la demanda tendiendo á la ejecución íntegra de la cesión, hubiera decidido que el cesionario tenía derecho á todos los objetos comprendidos en la cesión; luego aquellos que el primer juez le había negado. Hubiera, pues, habido contradicción entre ambas decisiones; es decir, que la segunda hubiera violado la cosa juzgada por la primera.

ARTICULO 2.—*La misma causa.*

Núm. 1. Definición.

63. La segunda condición exigida por el art. 1,351 para que haya cosa juzgada, es que la demanda esté fundada en la misma *causa*. ¿Qué se entiende por *causa*? El Código no define la palabra; de donde grandes dificultades en la aplicación. Como se trata de una materia tradicional se ocurre naturalmente á la tradición. Pero la tradición solo oscurece el debate. Pothier no dice lo que es la *causa*; establece una diferencia entre las acciones reales y las acciones personales; (1) y todos los autores están acordes en decir que esta distinción, tomada del derecho romano, no recibe ya aplicación en nuestro Código francés. Esto prueba que la tradición es un mal guía en esta materia.

Se lee en una sentencia que comprueba la tradición francesa: "En medio de las incertidumbres que ofrecen las numerosas decisiones de la jurisprudencia antigua en esta materia hay, sin embargo, tres reglas que pueden ponerse para resolver la excepción de cosa juzgada que conciernen á la acción en abandono." Así, la Corte de Montpellier no encuentra definición, tampoco encuentra principio aplicable á todas estas acciones; solo establece algunas reglas para las demandas en abandono; y todavía esas reglas son contestables. En primer lugar, un título que no existía cuando la primera instancia, constituye una *causa* nueva. En segundo

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 894.

mático hasta sus últimas consecuencias, se ve que hasta el principio es falso. La opinión de Toullier ha quedado aislada. Duranton dice que si es una parte lo que fué primeramente pedida y si después se demanda el todo, la excepción de la cosa juzgada podía ser opuesta, porque desde que ha sido resuelto que el demandante ni siquiera tenía derecho á una parte de la cosa, quedó sentenciado por esto mismo que no tenía derecho al todo, puesto que comprende la parte; y si obtuviera el todo, también obtendría la parte que se le había negado. (1) En otras sentencias, y para aplicar nuestro principio, hay que decir que si la primera sentencia ha negado al demandante la tercera parte de la cosa, una segunda sentencia no puede concederle el todo, puesto que concedería la tercera parte ya solicitada y que el juez decidió no pertenecerle; habría, pues, contradicción entre ambas decisiones, lo que prueba que la segunda viola la cosa juzgada por la primera.

Hay una sentencia en el sentido de la opinión general. Una viuda vuelta á casar, cede con su marido, en calidad de tutora de un hijo del primer matrimonio, los derechos que su pupilo tenía en la sucesión de su padre y de su hermano consanguíneo. En ejecución de esta cesión, el cesionario reclamó ciertos objetos muebles que estaban comprendidos en ella. El Tribunal, fundándose en la nulidad de la cesión le negó la demanda. Por una nueva acción, el cesionario pidió la ejecución entera de la cesión. La Corte de Limoges juzgó que había cosa juzgada; es verdad que el primer juez había estatuido acerca de las cosas particulares que eran objeto del litigio, pero consagrando una de las consecuencias necesarias de la nulidad de la cesión, estatua implícitamente acerca de la integralidad del derecho reclamado por el demandante. En nuestra opinión, la cosa juzgada es igualmente

1 Duranton, t. XIII, pág. 489, núm. 464. Aubry y Rau, t. VI, página 496, núm. 96.

te evidente. Si el segundo juez hubiera concedido la demanda tendiendo á la ejecución íntegra de la cesión, hubiera decidido que el cesionario tenía derecho á todos los objetos comprendidos en la cesión; luego aquellos que el primer juez le había negado. Hubiera, pues, habido contradicción entre ambas decisiones; es decir, que la segunda hubiera violado la cosa juzgada por la primera.

ARTICULO 2.—*La misma causa.*

Núm. 1. *Definición.*

63. La segunda condición exigida por el art. 1,351 para que haya cosa juzgada, es que la demanda esté fundada en la misma *causa*. ¿Qué se entiende por *causa*? El Código no define la palabra; de donde grandes dificultades en la aplicación. Como se trata de una materia tradicional se ocurre naturalmente á la tradición. Pero la tradición solo oscurece el debate. Pothier no dice lo que es la *causa*; establece una diferencia entre las acciones reales y las acciones personales; (1) y todos los autores están acordes en decir que esta distinción, tomada del derecho romano, no recibe ya aplicación en nuestro Código francés. Esto prueba que la tradición es un mal guía en esta materia.

Se lee en una sentencia que comprueba la tradición francesa: "En medio de las incertidumbres que ofrecen las numerosas decisiones de la jurisprudencia antigua en esta materia hay, sin embargo, tres reglas que pueden ponerse para resolver la excepción de cosa juzgada que conciernen á la acción en abandono." Así, la Corte de Montpellier no encuentra definición, tampoco encuentra principio aplicable á todas estas acciones; solo establece algunas reglas para las demandas en abandono; y todavía esas reglas son contestables. En primer lugar, un título que no existía cuando la primera instancia, constituye una *causa* nueva. En segundo

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 894.

lugar, si la primera demanda por abandono ha sido formulada en virtud de un título determinado, se identifica y se confunde con él, y se circunscribe en el mismo título; de donde resulta que otro título, aunque preexistente, constituye una causa diferente. En tercer lugar, si la primera demanda ha sido formulada de una manera incidente y general, sin determinación de un título particular, puede decirse que todos los derechos del demandante vuelven á ponerse en tela de juicio. (1) ¡Cuántas distinciones y cuántas dudas! Y solo se trata de una sola clase de acciones. ¿Qué se dirá de las acciones personales? ¿Cómo concebir que para una y sola condición existan principios diferentes? ¿En dónde hallar un apollo y una autoridad para esas distinciones?

Consultemos á los autores. El más exacto define la causa en estos términos: "Es el hecho jurídico que forma la base *directa* ó *indirecta* del derecho ó del beneficio legal que una de las partes hace valer por vía de acción ó de excepción." (2) Esta definición implica una distinción entre la causa *directa* y la causa *indirecta*; entre la causa *inmediata*, y la causa *mediata* ó *lejana*. La distinción remonta al jurisconsulto Neratius. Dirémos más adelante que las consecuencias que se deducen de ella: la teoría de la causa *próxima* ó de la causa *remota* es falsa, en nuestro concepto, en el sentido de que no conduce á un principio cierto que sirva para decidir las dificultades, tan numerosas bajo el imperio del Código, como lo eran en la jurisprudencia antigua. Creemos que hay que abandonar estas distinciones y limitarse á decir con Colmet de Santerre, que la causa es el hecho jurídico que constituye el fundamento del derecho. (3)

Demando 10,000 francos á título de préstamo. ¿Cuál es la causa de mi demanda? El préstamo. Demando 10,000

1 Montpellier, 15 de Febrero de 1841 (Dalloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 197, 1°).

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 498, pfo. 769.

3 Colmet de Santerre, t. V, pág. 627, núm. 338 bis IX.

francos á título de precio de una venta. ¿Cuál es la causa de mi demanda? El contrato de venta. Puedo, después de haber sucumbido en mi demanda de 10,000 francos por préstamo, demandar la misma suma por precio de venta; la causa difiere, y cuando la causa es diferente, la contestación sometida al juez es enteramente distinta; desde luego, no puede decirse que el juez que me concede 10,000 francos á título de venta, contradice la primera decisión que me negó los 10,000 francos á título de préstamo; por lo tanto, no hay violación de la cosa juzgada. Esto es decir que la primera decisión, fundada en tal causa, no tiene autoridad de cosa juzgada para otra causa. Esto también está fundado en la razón. ¿Por qué la ley da una presunción de verdad á las sentencias? Porque hay toda probabilidad para que lo que el juez ha decidido sea verdad. Esto supone que la cuestión de que es objeto el proceso ha sido debatida ante él y decidida por él. Pues bien, cuando la demanda está fundada en un préstamo, la cuestión de préstamo es la única debatida y la única que el juez decide; su decisión no puede, pues, tener autoridad de cosa juzgada sino por el préstamo. En cuanto al punto de saber si los 10,000 francos son debidos por causa de venta, no ha sido llevado ante el primer juez; no pudo, pues, decidirlo. Desde luego, no puede tratarse de cosa juzgada. Debo tener el derecho de presentar al juez una reclamación que no ha sido aún sentenciada. Oponerme para no admitir la primera sentencia, sería denegarme la justicia. En vano se dice que debía yo conocer la causa por la que se me debían 10,000 francos, y que permitirme alegar una nueva causa en segunda instancia, y luego una tercera causa en una tercera instancia, equivaldría á eternizar los procesos, lo que está en oposición con los motivos que hicieron admitir la presunción de la cosa juzgada. Se contesta, y la respuesta es perentoria, que lo que la ley quiere, es que los procesos una vez decididos no

sean renovados; pero no pretende impedir que se lleven ante los tribunales los negocios que no han sido objeto de una sentencia, por muy numerosos que sean estos negocios; esto es, sin duda, un mal, pero éste sería mayor si se me impedía promover, cuando pretendo tener un derecho en el que no intervino juicio alguno, pues esto sería negarme la justicia.

Tales son los motivos por los que se necesita identidad de causa para que haya cosa juzgada. Cuando la nueva demanda se funda en la misma causa, puede desecharse por excepción de causa juzgada, porque ha sido juzgada; si se admitía una nueva acción, pudiera resultar una contradicción en la sentencia y, por consiguiente, ataque á la autoridad que la ley da á las sentencias. En este caso, puede decirse que el proceso debe tener un término, porque ha sido resuelto, y no se puede permitir que esta decisión vuelva á ponerse en tela de juicio. Aquel que formula una nueva demanda fundada en la misma causa, no tiene derecho de quejarse si se le rechaza, no sufre una negación de justicia, pues ha podido sostener su derecho, y lo sostuvo ante el primer juez.

Hemos tenido que insistir en los motivos por los que la ley exige identidad de causa como condición de la cosa juzgada, pues son estos motivos los que establecen el principio y lo precisan. Pues bien, estos motivos se aplican textualmente á toda causa *indirecta ó directa, mediata ó inmediata, lejana ó próxima*. Esto es lo que probaremos más adelante, y desde luego, queda hecha la demostración. Antes de abordar las dificultades de la materia, debemos detenernos aún sobre el principio; todo depende de la precisión que se le da.

64. Las teorías de las causas remotas y próximas, embrolló tanto las ideas, que los intérpretes, han llegado á confundir la *causa* con el *derecho en el que se funda la demanda*, lo que conduce á la confusión de la causa y del objeto. Rei-

vindico un fundo, como perteneciéndome en virtud de una venta? Cuál es el derecho que reclamo? El derecho de propiedad en el fundo y que pretendo haber comprado; la reclamación de este derecho ó la reivindicación, forman también el objeto de una demanda; en este sentido, el derecho y el objeto de la contestación se confunden. ¿Cuál es la causa de mi demanda? El hecho jurídico que es el fundamento del derecho de propiedad que reclamo; es decir la venta. El derecho de propiedad es uno y mismo, mientras que las causas sobre que se funda, pueden variar; soy propietario como comprador, lo puedo ser como cambiista ó en virtud de una donación en pago, ó á título de donatario ó legatario, ó como heredero *ab intestato* ó contractual. Luego después de haber fracasado mi demanda en reivindicación fundada en la venta, puedo intentar una nueva demanda tendiendo también á la reivindicación del derecho de propiedad del mismo fundo alegando otra causa, y si sucumbo en la segunda instancia, puedo formular una tercera ó una cuarta, fundándome cada vez en una nueva causa; la diversidad de la causa será razón para que no haya cosa juzgada, aunque el derecho reclamado sea siempre el mismo en las diversas instancias. Esta diferencia entre el derecho y la causa en que se funda, es elemental; si la recordamos es para mostrar á lo que conduce la teoría de las causas *lejanas y próximas*; los glosadores habían sintetizado esta materia de tal modo, que confundían lo que basta al buen sentido para distinguirlos. (1)

65. Hay otra confusión más peligrosa, es la de la *causa* y de los *medios*. La distinción es, sin embargo, elemental. El demandante que reclama el derecho de propiedad; alegando una venta debe probar que la hubo; la *causa* en la que se funda su derecho debe, pues, quedar establecida por las pruebas de hecho y de derecho que sirven al fundamento

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 498, nota 68.

de una demanda ó de una excepción: hé aquí los *medios*. Si existe una distinción simple y evidente, seguramente esta es. La doctrina y la jurisprudencia la han, sin embargo, desconocido, calificando de medios lo que es una verdadera causa. Es, pues, necesario insistir en el principio.

Para establecer que soy propietario en virtud de una venta, debo regularmente producir una acta en que ésta conste; pero si el precio es inferior á 150 francos, seré admitido á probar la venta por testigos; también será admitida la prueba testimonial si tengo un principio de prueba por escrito, ó si por un caso fortuito resultando de fuerza mayor, he perdido el título que había sido redactado. A falta de prueba literal puedo invocar la presunción si tengo un principio de prueba por escrito; en fin, puedo prevalecerme de la confesión de mi vendedor, y, por consiguiente, hacerle absolver posiciones. Hay, pues, varios medios para establecer una sola y misma causa. De esto, la cuestión de saber si es preciso aplicar á los medios lo que acabamos de decir de la causa; es decir, el demandante cuya acción en reivindicación ha sido desechada porque no probó que hubo venta. ¿Podrá probar que una nueva acción acerca de la venta produciendo una nueva prueba tal como una acta no ha producido nada en la primera instancia? Nó, pues la ley nada dice de los medios, solo se refiere á la causa; y desde que hay identidad de causa, hay cosa juzgada; de donde resulta que el demandante sería rechazado por la excepción de cosa juzgada si promovía una nueva acción fundada en la venta, aunque tuviera pruebas nuevas que no hubiesen sido sometidas al primer juez. En derecho, esta doctrina no sufre ninguna dificultad; en efecto, el primer juez decidió que no había venta; luego el segundo no puede ser llamado á juzgar si hubo venta ó no la hubo; la cosa está sentenciada; se invoca la equidad contra el rigor del derecho. Si el primer juez ha fallado por falta de pruebas que no había

venta, la equidad y la misma justicia demandan que un nuevo juez pueda resolver que hay venta si se producen las piezas que el primer juez no pudo apreciar puesto que no le fueron presentadas. Nó, lo que exige la equidad, es que el demandante pueda sostener su derecho, y esto ya lo hizo, se descuidó de hacer valer los medios que le hubieran dado el *gane*, puede reprochársele la falta ó un descuido cualquiera, á él toca soportar las consecuencias. Es necesario que los procesos no puedan renovarse por falta de aquel que descuidó ilustrar al Tribunal: esto sería subordinar el interés general y el interés individual, mientras que si estos dos intereses están en conflicto, el interés privado debe ceder ante el de la sociedad. (1) Hay un caso en que el legilador permite volver sobre lo que fué juzgado por razón de un nuevo medio descubierto después del fallo del proceso; esto es cuando después de la sentencia la parte condenada recobró piezas decisivas que habían sido detenidas por la parte adversa; ésta es culpable de dolo, mientras que ninguna falta puede ser reprochada á la otra. Y todavía la ley no permite intentar una nueva demanda, abrir una vía extraordinaria, la de la requisición civil, por la que la sentencia será redactada. La vía de requerimiento satisface á los derechos de la parte que sucumbió, sin atacar el respeto debido á la cosa juzgada, puesto que la sentencia será retractada por causa de error y que éste había sido el resultado del dolo.

La jurisprudencia está acorde con la doctrina y prueba que la equidad no está tan á menudo comprometida en estos debates como se está dispuesto á creerlo en teoría. No puede depender de las partes, dice la Corte de Casación, el

(1) Colmet de Santerre, t. V, pág. 624, núm. 328 bis X. Mourlon. *Repeticiones*, t. II, pág. 254, núm. 1,622. Aubry y Rau, t. VI, página 498, nota 70. Larombière, t. V, pág. 250, núm. 63 (Ed. B., t. III, página 249).

volver á poner en tela de juicio un punto definitivamente juzgado, invocando un nuevo texto de la ley. (1) No hay falta de las partes, hay incuria ó ignorancia por parte del abogado; el interés público no debe sufrir por ello. En una instancia pidiendo libertad el deudor encarcelado, desistió de invocar la ley de 4 floreal, año VI; formuló una nueva demanda fundada en esta ley. La Corte de Paris y la Corte de Casación, decidieron que un nuevo medio no permitía pedir la misma cosa y por la misma causa. Paes bien, la ley de floreal existía cuando el primer juez rehusó soltar al prisionero; la conocía el juez, las partes debían conocerla y prevalecerse de ella si había lugar; la alegación de esta ley solo formaba un nuevo medio, el derecho era el mismo, y éste había sido juzgado definitivamente. (2) Mucho menos se podrá fundar una nueva acción en simples argumentos de derecho que se hablan despreciado ó descuidado de presentar en la primera instancia. (3)

Los medios de hecho que se descuidó hacer valer ante el primer juez no autorizan una nueva demanda. (4) Lo mismo sucede con el descubrimiento de una nueva pieza, á no ser que dicha pieza ministre una nueva causa. (5)

66. Se está también dispuesto á difundir el objeto de la demanda con la causa en la que se funda. El objeto que las partes persiguen, nada tiene de común con la causa. Esta es de derecho y el objeto es de hecho. Así, el propietario de un lago superior, pide que se baje un lago inferior para que las aguas de su estanque puedan libremente correr; concluye en su demanda á que el desagüe del estanque inferior sea rebajado de tal manera que el estanque superior pueda

1 Denegada, 13 de Marzo de 1845 (*Pasicrisia*, 1845, I, 302).

2 Denegada, Sala Civil, 16 de Julio de 1817 (*Dalloz*, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 315).

3 Denegada, 9 de Marzo de 1846 (*Dalloz*, 1846, I, 285).

4 Bruselas, 24 de Febrero de 1846 (*Pasicrisia*, 1847, 2, 38).

5 Bruselas, 18 de Enero de 1827 (*Pasicrisia*, 1827, pág. 28).

fácilmente ser pescado. El Tribunal desechó la demanda. Veinte años más tarde, renovó la demanda pidiendo la rebaja del desagüe con objeto de operar el desagüe completo de su laguna. La Corte decidió que había cosa juzgada. Recurso de casación por violación del art. 1,351. El recurso sostuvo que había diferencia de causa. Esto era confundir el motivo de hecho que inclinaba al dueño á pedir el rebajo de las aguas con el fundamento jurídico de su acción. Reclamaba el rebajo del desagüe en una y otra instancia, y la fundaba en la misma causa, en la existencia de una servidumbre. ¿Qué importaba después de esto el motivo de hecho por el que quería que el desagüe fuese bajado? (1)

Núm. 2. Aplicación del principio.

67. Consta en una sentencia la existencia de una servidumbre en provecho del adquirente de un inmueble, servidumbre fundada en el título de adquisición. La sentencia declaraba ese título obligatorio para el dueño del fundo sirviente. Más tarde el vendedor reclamó la servidumbre en favor de otros inmuebles que había conservado. Pretendía que había cosa juzgada, la servidumbre reclamada en ambas instancias siendo la misma, así como la causa, puesto que la nueva demanda se fundaba en lo que el título invocado en el primer proceso, título de adquisición, era la consecuencia de la servidumbre reclamada en el segundo. ¿Había identidad de causa? No, dice la Corte de Casación. En la primera instancia, los demandantes fundaban su derecho de servidumbre en su título de adquisición. En la segunda instancia, no se invocaban ya esas actas, eran completamente extrañas al debate; la causa de la segunda demanda estaba en una otra acta constitutiva de la sociedad demandante. La sociedad invocaba además la destinación del pa-

1 Denegada, 6 de Abril de 1831 (*Dalloz*, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 210).

dre de familia, lo que probaba también que la causa demandada nada tenía de común con la de la primera acción. (1) Harémos notar que la sentencia, muy bien redactada, cita el término tradicional *causa próxima actionis*. ¿A qué mezclar una expresión latina en una sentencia francesa cuando esta expresión y la teoría que á ella se liga, son completamente extrañas á la decisión? Esto es embrollar y oscurecer lo que es claro.

68. Un acreedor pide ser colocado en una orden, en virtud de una hipoteca á él propia; sucumbe. Pide, en seguida, su colocación en virtud de la hipoteca legal de la mujer del deudor á la que fué subrogado. ¿Hay identidad de causa? La Corte de Amiéns se pronunció por la afirmativa. El crédito era el mismo; la demanda, fundada en la misma causa, una hipoteca; luego había cosa juzgada. Esta es la teoría tradicional que invocó la Corte. El acreedor que tiene una hipoteca convencional y que también está subrogado á una hipoteca legal tiene, en realidad, dos causas diferentes, aunque una y otra le den el mismo título de preferencia; luego si sucumbe en una, puede invocar la otra; ahí donde había dos causas diversas, la corte no había visto sino medios diferentes. La Corte de Casación rectificó el error. Se lee en la sentencia por la cual ella casó la decisión atacada: "El acreedor que solo tiene un derecho que ejercitar, está obligado á presentar simultáneamente todos los medios propios á establecerle, y si sucumbe en una primera instancia, no puede renovarla bajo pretexto de tener nuevos medios que invocar. Al contrario, el acreedor que tiene derechos distintos por su causa y por su objeto, no está, de ninguna manera, obligado á acumularlos, puede hacer valer sucesivamente cada uno de estos derechos; y en el caso, el acreedor tenía dos derechos bien distintos, dos hipotecas, la una por sí, y la otra por la mujer del deudor á

1 Denegada, 10 de Diciembre de 1866 (Dalloz, 1867, 1, 498).

la que estaba subrogado: Una hipoteca convencional y una hipoteca legal; luego podía hacerlas valer sucesivamente hasta clotura de la orden." (1) En la doctrina tradicional se dice que el derecho reclamado es el de preferencia en virtud de una hipoteca; la convención y la ley sobre las que se funda la hipoteca, están consideradas como medios. El error es palpable. El medio es el acta notariada y el texto de la ley que se producen para establecer que hay una hipoteca convencional ó una hipoteca legal. Cuando la hipoteca es el fundamento jurídico de la preferencia que reclama el acreedor es, pues, una causa, por tanto, el derecho de preferencia puede tener varias causas; cuando se sucumbe en una, se puede hacer valer la otra. Se puede ver que la teoría tradicional solo sirve para oscurecer las ideas más sencillas; lo que es inevitable puesto que descansa en una confusión de ideas como lo probaremos más adelante.

69. En una primera instancia, los demandantes reclaman la propiedad de un dominio invocando una posición de más de treinta años. ¿Cuál es la causa de su demanda? La prescripción. Se sentencia que los hechos de posición alegados son insuficientes, y por consiguiente, la prescripción no se adquirió. En una nueva instancia los mismos demandantes reclaman la propiedad del mismo dominio en virtud de un título. El primer juez desechó la excepción de cosa juzgada que el demandado oponía; la Corte de Burdeos la admitió. Recurso de casación. La sentencia fué casada por falsa aplicación del art. 1,351. La cuestión, tal como la acabamos de presentar, y desprendida de las complicaciones de hecho, no es dudosa. Todos admiten que se puede reclamar sucesivamente la propiedad de una cosa en virtud de causas diferentes, y la prescripción y un título de propiedad, son seguramente diferentes causas. Lo que equivocó á la Corte de Ape-

1 Casación, 5 de Abril de 1831 (Dalloz, en la palabra Cosa juzgada, núm. 202, 2°).

lación fué la demanda primitiva; era una acción de partición por el dominio litigioso. A esta acción, los demandados opusieron que eran propietarios en virtud de la prescripción de treinta años; la Corte desechó la prescripción y ordenó, en consecuencia, que se procediera á la partición. La nueva acción tendía á apartar la partición; luego, dijo la Corte, puede oponerse á los demandantes la excepción de la cosa juzgada: está sentenciado que debe haber partición, y una nueva sentencia no puede resolver que esto no tendrá lugar. La objeción era seria; la sentencia de casación no fué pronunciada, sino después de deliberación en la Sala, y sobre la conclusión contraria del procurador general. La Corte rectificó el error de manera de hacerlo palpable. Los demandados en la acción de partición, habiense vuelto demandantes al oponer la excepción de prescripción; desde luego, los papeles estaban intervertidos, y el debate cambiaba de naturaleza. Se trataba de saber si los demandados vueltos demandantes, eran propietarios exclusivos del dominio. Esta cuestión dominaba la de la partición, porque no puede tratarse de partición de una cosa que es propiedad exclusiva de una de las partes en causa. ¿Cuál era la decisión de la primera sentencia que desechaba la prescripción? La cosa juzgada se reducía á esta proposición: Que la propiedad exclusiva del dominio litigioso no estaba adquirida por los demandados vueltos demandantes, mediante la prescripción. Pero la excepción de prescripción opuesta en primera línea de defensa por el demandado, originaria que se constituía así en demandante; no pone obstáculo á que pueda ulteriormente producir su título de propiedad, lo que constituirá una nueva causa de demanda. ¿Se dirá que hay cosa juzgada acerca de esta causa? No, porque los títulos no fueron alegados ante el primer juez, la causa resultada de los títulos, no fué objeto de un debate; luego el juez no pudo pronunciarse en esta causa.

70. Unos herederos legítimos promueven una acción pidiendo su herencia contra los legatarios que habían tomado posesión de los bienes. Se les opone un testamento conteniendo una institución universal. La Corte anula el testamento por vicio de forma y condena á los legatarios á la entrega de los bienes, á reserva su recurso de garantía contra el notario. Entonces los demandados producen un testamento anterior que los instituye legatarios por mitad, y piden la entrega de esta mitad de los bienes que se les había ordenado devolver. Se les opuso la excepción de cosa juzgada. La Corte de Montpellier decidió que no había cosa juzgada. Esto se nos hace tan evidente que tenemos trabajo para entender las hesitaciones y las dudas que testifica la sentencia. Es que la Corte se colocó en el terreno de la tradición, en lugar de atenerse al texto y al espíritu del Código Civil. Dos testamentos, de los que el último revoca el primero, legando la totalidad de los bienes á los legatarios quienes por el primer testamento solo se instituyen por mitad, ¿forman una sola y misma causa? La Corte hesitó: ambos testamentos podían ser medios diferentes. Acerca de este punto la Corte interrogó á la tradición; hemos relatado la definición de la causa que ha tomado á la antigua jurisprudencia; no se prestaba mucho á esclarecer los debates (núm. 63). La Corte decidió que ambos testamentos formaban causas diferentes. ¿Y cómo dudarlo? Los medios deben ser presentados simultáneamente, aunque se ignorasen; con mayor razón cuando se conocen y que se tienen en mano. Y no puede concebirse que los legatarios, en el caso, produzcan á la vez un testamento que los instituye legatarios por mitad y otro que los instituye por entero. Esto no tiene sentido; cuando se reclama toda una herencia, no se alega un testamento revocado que solo contiene una institución por la mitad.

Nuevas dudas graves, dice la Corte. En la antigua juris-

prudencia, ha sido sostenido que el demandado notificado de entrega debe proponer cumulativamente todas sus excepciones. Decididamente, en esta materia la tradición es un guía que extravía. ¿No es de elemental principio que un demandado se vuelve demandante al oponer una excepción? Y, el demandante no debe proponer á la vez todas las causas que puede hacer valer en apoyo de su reclamación. La Corte de Casación, acabamos de decirlo, lo sentenció así, y basta el sentido común para resolverlo. Por otra parte, la ley lo dice: exigiendo que la causa sea la misma en una nueva demanda, el art. 1,351, dice que las nuevas demandas son indefinidamente admisibles cuando hay nuevas causas. ¿Y lo que es verdad para las causas, no lo será para las excepciones? El caso que la Corte de Montpellier ha sentenciado, prueba cuán absurda es la doctrina tradicional. Yo soy legatario universal en virtud de un segundo testamento y legatario por mitad por un testamento anterior revocado por el segundo. Si obrase como demandante no debería producir ambos testamentos á la vez. Y se quiere que los produzca á la vez cuando soy demandado. Esto es decir que para establecer mi derecho á toda la herencia que poseo, debo invocar un testamento que me instituye por mitad y que está revocado. (1)

71. Una sociedad distribuidora de aguas, llevada ante los tribunales de comercio, opone la excepción de incompetencia por razón del lugar. Sucumbe y luego opone la excepción por razón de la materia fundada en que no es sociedad mercantil. La Corte de Nimes decide que hay cosa juzgada. Recurso de casación. La sentencia fué casada. Se nos hace que el error de la Corte de Apelación era evidente. ¿La excepción por razón de la materia es un medio ó una causa? Basta considerar el objeto de la demanda para con-

1 Montpellier, 15 de Febrero de 1841 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 197, 1°). Compárese Lieja, 11 de Julio de 1814 (*Patricría*, 1814, pág. 138).

vencerse que no se trata de *medios*. La compañía demandada opone la incompetencia del Tribunal. El objeto del litigio, es, pues, saber si el Tribunal es competente ó no lo es. ¿Cuál es el motivo jurídico en que se funda la excepción de incompetencia? Ante el primer juez, es el lugar; esta es la causa; no se admite. Ante el segundo juez, la compañía invoca otra causa de incompetencia, la *materia*: los medios consisten en ambas instancias, en los textos de la ley y en la apreciación de los hechos. Luego se trataba de causas diversas. (1) Si la Corte de Apelación se equivocó, fué que, á nuestro juicio, los magistrados, como los autores, se dejan extraviar por la doctrina tradicional, que consagra precisamente la confusión de la causa y de los *medios*. Esta doctrina vamos á exponerla y combatirla.

Núm. 3. Causa y medio.

72. Hay casos en que la causa se parece á los medios. Para decir mejor, los autores consideran á la causa como un medio por motivo de interés general, con el fin de evitar nuevos procesos. Tomarémos como ejemplo el caso más favorable á la opinión general. Pido la nulidad de un testamento porque tal testigo era menor; sucumbió. Después formulo una nueva acción por nulidad fundada en que otro testigo era extranjero; ¿será ésta la misma causa, y habrá, en consecuencia, cosa juzgada? La afirmativa es generalmente enseñada. Sin embargo, y es cosa notable, uno de los autores que por la naturaleza de su obra, no es sino un relator de doctrina y de jurisprudencia, Daloz, confiesa que se atiene uno á la definición de la causa generalmente admitida, debe decirse que, en el caso, no hay identidad de causa, y, por consiguiente, no hay cosa juzgada. ¿Cuál es, en

1 Casación 26 de Febrero de 1872 (Daloz, 1872, 1, 10). Compárese Denegada, Sala Criminal, 15 de Marzo de 1855 (Daloz, 1855, 1, 126).

prudencia, ha sido sostenido que el demandado notificado de entrega debe proponer cumulativamente todas sus excepciones. Decididamente, en esta materia la tradición es un guía que extravía. ¿No es de elemental principio que un demandado se vuelve demandante al oponer una excepción? Y, el demandante no debe proponer á la vez todas las causas que puede hacer valer en apoyo de su reclamación. La Corte de Casación, acabamos de decirlo, lo sentenció así, y basta el sentido común para resolverlo. Por otra parte, la ley lo dice: exigiendo que la causa sea la misma en una nueva demanda, el art. 1,351, dice que las nuevas demandas son indefinidamente admisibles cuando hay nuevas causas. ¿Y lo que es verdad para las causas, no lo será para las excepciones? El caso que la Corte de Montpellier ha sentenciado, prueba cuán absurda es la doctrina tradicional. Yo soy legatario universal en virtud de un segundo testamento y legatario por mitad por un testamento anterior revocado por el segundo. Si obrase como demandante no debería producir ambos testamentos á la vez. Y se quiere que los produzca á la vez cuando soy demandado. Esto es decir que para establecer mi derecho á toda la herencia que poseo, debo invocar un testamento que me instituye por mitad y que está revocado. (1)

71. Una sociedad distribuidora de aguas, llevada ante los tribunales de comercio, opone la excepción de incompetencia por razón del lugar. Sucumbe y luego opone la excepción por razón de la materia fundada en que no es sociedad mercantil. La Corte de Nimes decide que hay cosa juzgada. Recurso de casación. La sentencia fué casada. Se nos hace que el error de la Corte de Apelación era evidente. ¿La excepción por razón de la materia es un medio ó una causa? Basta considerar el objeto de la demanda para con-

1 Montpellier, 15 de Febrero de 1841 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 197, 1°). Compárese Liéja, 11 de Julio de 1814 (*Patricría*, 1814, pág. 138).

vencerse que no se trata de *medios*. La compañía demandada opone la incompetencia del Tribunal. El objeto del litigio, es, pues, saber si el Tribunal es competente ó no lo es. ¿Cuál es el motivo jurídico en que se funda la excepción de incompetencia? Ante el primer juez, es el lugar; esta es la causa; no se admite. Ante el segundo juez, la compañía invoca otra causa de incompetencia, la *materia*: los medios consisten en ambas instancias, en los textos de la ley y en la apreciación de los hechos. Luego se trataba de causas diversas. (1) Si la Corte de Apelación se equivocó, fué que, á nuestro juicio, los magistrados, como los autores, se dejan extraviar por la doctrina tradicional, que consagra precisamente la confusión de la causa y de los *medios*. Esta doctrina vamos á exponerla y combatirla.

Núm. 3. Causa y medio.

72. Hay casos en que la causa se parece á los medios. Para decir mejor, los autores consideran á la causa como un medio por motivo de interés general, con el fin de evitar nuevos procesos. Tomarémos como ejemplo el caso más favorable á la opinión general. Pido la nulidad de un testamento porque tal testigo era menor; sucumbió. Después formulo una nueva acción por nulidad fundada en que otro testigo era extranjero; ¿será ésta la misma causa, y habrá, en consecuencia, cosa juzgada? La afirmativa es generalmente enseñada. Sin embargo, y es cosa notable, uno de los autores que por la naturaleza de su obra, no es sino un relator de doctrina y de jurisprudencia, Daloz, confiesa que se atiene uno á la definición de la causa generalmente admitida, debe decirse que, en el caso, no hay identidad de causa, y, por consiguiente, no hay cosa juzgada. ¿Cuál es, en

1 Casación 26 de Febrero de 1872 (Daloz, 1872, 1, 10). Compárese Denegada, Sala Criminal, 15 de Marzo de 1855 (Daloz, 1855, 1, 126).

efecto, el fundamento jurídico de la primera demanda? Es que un testigo es extranjero. Este es un vicio de forma, es verdad, pero un vicio diferente de aquel en que se apoyaba mi primera demanda; luego hay diversas causas y, por consiguiente, no se me puede oponer la cosa juzgada. (1)

Los autores enseñan que lo que llamamos *causa* es un *medio*; y, un nuevo medio no autoriza para formular nueva demanda. Para justificar esta doctrina, se distingue la *causa próxima* y la *causa lejana*. La *causa próxima* de mi primera acción, así como de la segunda, dice Toullier, es un vicio de forma; hay, pues, identidad de causa, los medios solos difieren. ¿Qué se entiende por *causa próxima* y *lejana* y en qué se basa la distinción? Marcadé expuso muy bien la teoría; vamos á oírle: ¿Cuál es, en el ejemplo que hemos dado, la *causa* de mi primera demanda? El motivo *próximo*, el fundamento inmediato; la razón *última* no es aún la pretendida de menor edad de un testigo, es el vicio de forma. ¿Qué fué lo que pedí? La nulidad del acta. ¿Por qué el acta era nula? Porque era irregular en la forma. El vicio de forma era el motivo *próximo* de mi acción; es decir, la *causa*. ¿Pero por qué el acta era nula en la forma? Porque uno de los testigos era menor. Este hecho de menor edad, es la *causa de la causa*; en otros términos, el fundamento mediato, un simple *medio*. ¿Cuál es la *causa próxima* de mi segunda demanda? Es también un vicio de forma; luego la *causa* es idéntica; no hay sino la *causa de la causa*; es decir, el medio que difiere.

Marcadé es un espíritu lógico. Se apercibe que esta argumentación funda la *causa* y el *medio* y la confiesa. Sin duda, dice, los *medios* también son causas, puesto que concurren á fundar mi pretensión; la *causa* es también un *medio*, puesto que es la primera razón alegada en apoyo de mi pretensión. Así como en física se llama nube á la *neblina* en la

1 Dalloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 193, pág. 291.

que no se está, y se llama *neblina* á la nube en la que se está, así mismo, se llama *causa* al *medio* que motiva inmediatamente la pretensión, y se llama *medio* á la *causa* que se halla *más lejana*. Si Marcadé hubiera encontrado esta comparación en alguno de los autores que gusta de atacar, hubiera dicho que comparación no es razón, y que todo lo que prueba, es que la doctrina de las *causas próximas* y *lejanas* es una verdadera neblina que embrolla y confunde las nociones las más sencillas, á tal punto, que no se sabe ya lo que es *causa* y lo que es *medio*, porque la *causa* se vuelve *medio*, y el *medio* se torna en *causa*.

Queda por justificar la distinción de las *causas próximas* y *lejanas*. Es un jurisconsulto romano, *Neratius*, quien primero ha pronunciado la palabra *causa próxima*. Marcadé que no gusta de invocar el derecho romano, no cita al Digesto. En efecto, la palabra nada nos enseña; busquemos la razón de la palabra. Marcadé confiesa que la teoría que acabamos de exponer es poco natural y poco equitativa; confiesa que la irregularidad de forma en la que se funda la segunda demanda es *enteramente diferente* de la primera; confiesa que la irregularidad de la segunda demanda sometida ante el juez, no fué sometida al primero; confiesa que el demandante y el juez ni siquiera pensaban en ella. Así, hay cosa juzgada en un punto que no fué pedido, ni debatido, y sucede que el juez decidió una cosa con la que ni siquiera pensó. La confesión equivale á decir lo que Dalloz dice abiertamente, que en realidad las diversas irregularidades de formas, constituyen causas diversas. Marcadé acaba por decir que la razón, la equidad y la misma exactitud del lenguaje no permiten decir que la cosa está juzgada. ¿Por qué, pues, admite una distinción que nada justifica? Dice que se explica y se justifica por el sacrificio siempre necesario del interés particular al interés general. Si se considerasen como *causas* aun las que son las más lejanas, se abrirían nue-

vos debates para todas las causas nuevas; es decir, que se perpetuarían los procesos; lo que conduciría á destruir la autoridad de cosa juzgada y á derrumbar una de las bases del orden social. Para evitar la multiplicidad de los procesos que vuelven á poner en causa lo que ha sido juzgado, debe limitarse la idea de las causas á la próxima, y considerar las lejanas como medios. Tal es la conclusión y la justificación de la teoría tradicional de las causas próximas y lejanas. (1)

73. Es fácil criticar una teoría que no tiene fundamento legal, ni en el texto, ni en el espíritu de la ley. Se invoca el interés general, admitimos que el *interés privado* deba ceder ante el *interés de la sociedad*, cuando solo hay intereses en causa; y aun así se necesitaría que el legislador impusiera este sacrificio á los particulares; los intérpretes no tienen este derecho, mucho menos, cuando nada dice la ley, tienen derecho y poder de sacrificar los *derechos* de los individuos al *interés general*. Luego, antes de hablar del sacrificio de los intereses privados al interés general, hay que ver si solo los intereses son los que están en causa. Hemos oído la voz del intérprete, veamos ahora lo que dice el derecho.

Para dar á la teoría de las causas *próximas y lejanas* un color jurídico, debe suponerse que aquel que demanda la nulidad de una acta fundándose en la menor edad de un testigo, pide la nulidad por causa de irregularidad del acta, y que el juez decide que esta acta es irregular en la forma, no solo por causa de la menor edad del testigo, sino por algún otro vicio resultando de la inobservancia de las formalidades prescriptas por la ley. Esta suposición es una pura ficción.

(1) Esta es la opinión general. Toullier, t. V, 2, pág. 138, número 166. Marcadé, t. V, pág. 175, núm. 6 del artículo 1,351. Aubry y Rau, t. VI, pág. 493, nota 71. Larombière, t. V, pág. 272, núm. 83 (Ed. B., t. III, pág. 257). Mourlon es el único que sin discutir la cuestión, declara que la opinión general es muy discutible (t. II, página 855, nota).

ción; para admitirla se necesitaría una disposición terminante de la ley, pues el legislador solo puede crear ficciones. Dejemos las ficciones que el Código ignora, y veamos lo que pasa en la realidad de las cosas. Es de elemental principio en materia de cosa juzgada, que para saber lo que ha sido sentenciado debe verse lo que ha sido pedido al juez y lo que ha sido debatido ante él. ¿Y qué es lo que pidió el juez cuando atacó un testamento por vicio de formas? ¿Es que digo en mis conclusiones que el testamento es nulo por irregularidad? ¿Es que fundo mi acción en la inobservancia de todas las formas legales? Nunca una demanda así formulada ha sido presentada en justicia; no tendrá sentido. Mis conclusiones dicen que el testamento es nulo, porque uno de los testigos era menor. Tal es el único fundamento de mi demanda, tal es el único punto debatido ante el juez, tal es, también, la única cuestión que él resuelve. La menor edad de un testigo es, pues, el único fundamento de mi demanda, luego esta es la causa. Por lo tanto, hay tantas causas diferentes como formas diversas. Puedo, si sucumbo en mi demanda, intentar una nueva fundada en otro vicio de forma. ¿Se me opondrá la cosa juzgada? Contestaré con los mismos autores á quienes critico, que no puede haber cosa juzgada en un vicio de forma que no estaba mencionada en mis conclusiones, que no fué debatida y que no ha sido decidida en un vicio al que ni el demandante ni el juez han siquiera pensado. ¿Por qué exige la ley identidad de causa para que haya cosa juzgada? Con el fin de impedir que lo que fué juzgado por un primer juez, sea decidido contrariamente por un segundo. Y si el primero decide que tal testigo no es menor, y si el segundo decide que tal testigo es extranjero, ¿acaso habrá decidido el segundo juez lo contrario de lo que resolvió el primero? La cuestión una vez más, no tiene sentido. Así, el texto del Código ignora la distinción de las causas próximas y lejanas, lo que decide la

cuestión, puesto que no está permitido al intérprete distinguir cuando la ley no distingue. Y el espíritu de la ley rechaza esta distinción, pues donde no hay contrariedad de decisión que temer, no puede tratarse de cosa juzgada.

Se objeta que la presunción de verdad que la ley da á la cosa juzgada tiene por objeto evitar la multiplicidad de los procesos poniendo término al litigio desde que el primer juez lo ha definitivamente sentenciado. Esto no es enteramente exacto. La autoridad de cosa juzgada no impide un nuevo proceso sino acerca de los puntos que han hecho el objeto de las conclusiones en la primera instancia, que han sido debatidos por las partes y resueltos por el juez. En este caso, hay que impedir un nuevo proceso, no para evitar la multiplicidad de los litigios, sino para impedir que un segundo juez decida lo contrario de lo que resolvió el primero. Si no es de temerse este peligro, no hay ya razón para invocar la cosa juzgada. Lejos de esto, hay interés, digamos más, un *derecho natural* que es también uno de los fundamentos del orden social y el derecho de defensa que exige imperiosamente, á pesar de los posibles abusos que los particulares puedan siempre hacer valer sus derechos ó sus pretensiones en justicia. Pues bien, este derecho se desconoce en la opinión general; bajo pretexto de interés público, se me impide apelar á la justicia; esto es quitarme un derecho sin el que no hay sociedad posible, es despojarme de los beneficios del derecho que yo quería hacer valer, esto es atacar el derecho de propiedad. Soy heredero legítimo, y como tal, llamado por la sangre, por la voz de Dios, á recoger una herencia de la familia en la que Dios me hizo nacer. Se me opone un testamento, esto es un derecho, pero que no deroga al derecho divino, y la ley, para asegurar que el testamento es la expresión de la voluntad real, reflexionada del testador, lo envuelve en numerosas formalidades, todas substanciales, todas prescriptas bajo pena de nulidad. Sostengo

que el testamento es nulo por inobservancia de tal forma legal; sucumbo. Descubro después otro vicio de forma; puedo hacerlo valer en justicia, y se me opone la cosa juzgada. ¿Qué quiere esto decir? Héme aquí despojado de la herencia á la que tenía derecho y estoy así despojado por un testamento que pretendo no ser la expresión de la voluntad del testador, porque es nulo en la forma; ¡y se me niega ser oído! ¡Se me despoja sin escucharme! Que no se me diga que he sido oído, que debí hacer valer todas las causas de nulidad en la primera instancia, y que si descuidé de hacerlo, debo soportar las consecuencias de mi descuido. Nó, no he sido oído y el juez no ha decidido la nueva contestación contra mí; ni yo ni él hemos pensado en un vicio que no conocíamos. Y aunque yo lo hubiese conocido, ¿en donde está la ley que me obliga á hacer valer todas las causas de nulidad en una sola y misma instancia? El art. 1,346, que contiene una disposición semejante para sancionar la prohibición de la prueba testimonial, es una excepción, y en materia de cosa juzgada, solo hay una excepción al derecho ilimitado de defensa, y es la que define el art. 1,351; fuera de esto, quedo bajo el imperio del derecho común y hago valer mis derechos como quiero. Se cita en vano el abuso. Se puede abusar de todos los derechos, lo que no impide que el derecho exista. Aun en la opinión general, se admite que las partes puedan hacer valer sucesivamente las causas de nulidad que conciernen al fondo, sin que se pueda oponer la excepción de cosa juzgada, aunque fuese conocida la causa de nulidad en la primera instancia. Si se permite renovar la contestación por una nulidad de fondo, ¿por qué no se había de permitir por las nulidades de forma? Los abusos que se temen siempre son escasos, porque se litiga para ganar un proceso, y cuando se tienen dos causas de nulidad que oponer, no deja uno de hacerlos valer. Y si hubiera abusos, siempre serían menores que la negación de justicia: el juez

tiene medios para castigar al litigante temerario condenándole á gastos y en daños y perjuicios, mientras que la denegada de justicia es un mal sin remedio.

74. Los autores aplican la misma doctrina á los vicios de consentimiento. (1) Pido la nulidad de una convención por vicio de error; sucumbo. Descubro después maniobras fraudulentas que me indujeron en error y me inclinaron á contraer; intento una nueva acción por causa de dolo. ¿Es esta una nueva causa en el sentido del art. 1,351? Nó, se me dice, es un nuevo medio. La causa próxima de mi demanda no consiste en el error que he invocado, consiste en la falta de consentimiento válido; en cuanto al error, esto es una causa lejana de la acción; luego es un medio. La causa próxima es común á ambas acciones, es el vicio de consentimiento; luego el primer juez, al desechar mi demanda fundada en el error, desecha implícitamente la nueva demanda fundada en el dolo, este es un nuevo medio que invoco para establecer la misma causa; y no puede reproducirse una demanda que ha sido desechada, aunque se aleguen nuevos medios.

En nuestro concepto, esta aplicación que se hace del principio tradicional, prueba la falsedad del principio. Pido la nulidad de una convención y me fundo en que mi consentimiento fué viciado por error. ¿Cuál es el objeto del debate? Siempre esta es la cuestión que debe hacerse cuando se trata de cosa juzgada. El debate recae única y exclusivamente en el error; es decir, en la cuestión de saber si el error que alego es un error acerca de la substancia de la cosa. Es esta cuestión y nada más que esta la que el juez decide. En la opinión contraria, se está obligado á decir que mi demanda toda especial era general; que al verificar el error "no he dejado de hacer valer de un modo general y en los

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 499, nota 72, pfo. 769. Toullier, t. V, 2, pág. 137 núm. 165.

términos de la ley, la falta de consentimiento válido." (1) Ficción pura que me hace decir una cosa en la que no he pensado, pues si lo hubiera pensado, hubiera alegado ambos vicios y los hubiera debido probar. ¿Acaso el dolo que se dice ser comprendido en mi demanda, hizo objeto del debate? Ni siquiera se pronunció esta palabra, y tampoco se citó en la sentencia. Considérese la iniquidad que resulta. Si he sucumbido en mi primera demanda, es que el error que invocaba no era substancial, pero hay otro error que no debe recaer en la substancia de la cosa, es el que resulta del dolo. ¿Será que el juez al declarar que no hubo error substancial declaró también que no fui víctima de maniobras fraudulentas? El sentido común contesta que nó, y el derecho bien haría con no ponerse en oposición con el sentido común.

Larombière aplica la misma doctrina á la incapacidad. "La sentencia que desecha una acción de nulidad fundada en que el contratante era menor, producía la excepción de cosa juzgada contra toda demanda de igual naturaleza que se funde en el estado de incapacidad ó de falta de autorización marital." Decididamente la lógica trae la desgracia á las causas lejanas y próximas. ¿Será que pidiendo la nulidad por menor edad pido la nulidad por incapacidad en general? ¿Y el juez al decidir que la parte contratante no era menor, decidió por esto que no era incapaz, y que si era una mujer casada, había obtenido la autorización de su marido? Basta presentar semejantes cuestiones para resolverlas. Para decir mejor, no debieran presentarse semejantes cuestiones, porque desacreditan á nuestra ciencia haciendo creer que el derecho dice lo contrario de lo que dice el sentido común.

75. Una primera sentencia desecha la demanda de nuli-

1 Larombière, t. V, pág. 270, núm. 81 (Ed. B., t. III, pág. 256).

dad de un embargo. El demandante formula nueva demanda fundada en otra irregularidad. ¿Puede oponerse la excepción de cosa juzgada? Sí, dice la Corte de Bruselas. La sentencia está tan mal redactada, que no se sabe si se trataba de un vicio de forma otro que aquel que había sido propuesto en el primer proceso, ó si el vicio era el mismo y solo diferentes los medios. Pero no tiene razón si se trataba de irregularidades diferentes. Ninguna ley, ningún principio ordenan á las partes proponer todas las causas á la vez. (1)

En una primera instancia, el deudor demanda la nulidad del acta en que consta su obligación por menor edad de un testigo; en una segunda instancia pide también la nulidad del acta fundándose en la calidad de extranjero del otro testigo instrumental. ¿Hay cosa juzgada por ser la causa la misma? La Corte de Casación decidió que la causa invocada en el segundo proceso era solo un nuevo medio; que unas y otras acciones habían tenido evidentemente el mismo objeto y la misma causa. (2) Ningún otro motivo. Decir que hay evidentemente identidad de causa, es hacer una alegación; en derecho, no basta afirmar que una cosa es evidente, y la cosa lo es tampoco, en el caso que los autores confiesan su perplejidad.

Se hace oposición á una orden de *exequatur* de una sentencia arbitral; el demandante se funda en que los árbitros no han pronunciado en el plazo requerido. La Corte desecha la oposición. Nueva demanda fundada en que la orden debiera ser decretada por el presidente del Tribunal de primera instancia, en lugar de serlo por el presidente de la Corte Real. La Corte de Grenoble admite la oposición. Su sentencia es casada. Ambas demandas, dice la Corte de Ca-

1 Bruselas, 9 de Septiembre de 1822 (*Pasicrisia*, 1822, pág. 236). Compárese Paris, 10 de Mayo de 1850 (*Dalloz*, 1851, 2. 125).

2 Denegada, 8 de Febrero de 1818 (*Dalloz*, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 200, 1°).

sación, estaban fundadas en la misma causa, la nulidad de la orden. Nq, pues la nulidad de la orden formaba el objeto de la demanda; la Corte confunde, pues, el objeto con la causa. La Corte confiesa que ambas sentencias habían juzgado cuestiones diferentes. ¿No es esto confesar que no había cosa juzgada? ¿En qué está la contrariedad entre ambas decisiones que juzgan diferentes cuestiones? Las causas de nulidad, continúa diciendo la Corte, constituyen medios diferentes. Esto es lo que se necesitaba demostrar, y la sentencia de casación no dice ni palabra de ello. (1)

La Corte de Casación ha también decidido que la sentencia que desecha la acción de nulidad de una hipoteca, fundada en la falta de estipulación de la hipoteca en el título, en virtud del cual se tomó la inscripción, forma cosa juzgada contra una nueva acción de nulidad, por la que el acreedor ataca la hipoteca por falta de autoridad del título. La Corte dice que el objeto de las dos demandas es el mismo. Esto es verdad, pero la causa ¿era también la misma? Esta es la verdadera dificultad, y la Corte nada dice de ella. (2)

76. La cuestión de saber si hay causa ó medio se presenta en casos análogos á los que acabamos de exponer; la solución debiera, pues, ser la misma. Sin embargo, las cortes deciden, ya que hay causa, ya que hay medios; de manera que la doctrina tradicional conduce, en definitiva, á una ausencia completa de principio. En efecto, la utilidad pública ó el interés general no es un principio, es un hecho que puede conducir á las decisiones más contradictorias. La jurisprudencia ni siquiera invoca este pretendido principio; hemos comprobado que apenas si está motivada; se puede, pues, decir, que está sin principio.

Una primera sentencia desecha una demanda de nulidad

1 Casación, 29 de Enero de 1821 (*Dalloz*, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 200, 2°).

2 Denegada, Sala Civil, 15 de Enero de 1828 (*Dalloz*, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 200, 3°).

fundada en la incapacidad de un testigo. Nueva demanda de nulidad fundada en que uno de los testigos no firmó. ¿Hay cosa juzgada? La Corte de Rennes decidió que la causa es diferente, y la Corte de Casación confirmó la sentencia. No hay la misma *ratio petendi* dice, por consiguiente no hay autoridad de cosa juzgada. (1) Ningún otro motivo. La contradicción entre esta resolución y la teoría tradicional, nos parece palpable. Se preguntaba en ambas instancias la nulidad del testamento por vicio de formas; luego la causa *proxima* era la misma; la causa *lejana* era la naturaleza del vicio, y esta causa lejana es un *medio*. Así, la Corte de Casación se contradice sin que se descubra un motivo que explique la diversidad de sus decisiones.

Un testamento es atacado por falta de asistencia de los testigos á la redacción y lectura del acts. La Corte desecha la demanda. Nueva acción de nulidad fundada en la falta de aprobación de un traslado. ¿Hay cosa juzgada? En nuestra opinión no la hay. Y si se aplicaba por analogía la decisión de la Corte de Casación que acabamos de relatar, debiera igualmente decirse que no hay la misma *ratio petendi*. Sin embargo, ha sido sentenciado que había identidad de *causa* y diversidad de *medios*, (2) sin ningún motivo. La Corte de Pau afirma que la causa es un *medio*, como la Corte de Casación afirma que la *ratio petendi* es una *causa*.

77. Toullier liga á la doctrina tradicional del *todo* y de la *parte*, la cuestión de saber si las sentencias acerca de la posesión, tienen autoridad de cosa juzgada para el petionario; contesta negativamente porque el *todo* no está comprendido en la *parte*. (3) Si tal fuera el verdadero motivo de resolver, debiera decirse que según confesión de todos (número 52) hay cosa juzgada. En realidad, el *objeto* de ambas

1 Denegada, 1º de Junio de 1814 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 199).

2 Pau, 21 de Abril de 1858 (Daloz, 1870, 1, 125).

3 Toullier, t. V, 2, núm. 156, pág. 129.

demandas difiere, así como la *causa*. El *objeto* difiere, puesto que por una parte se reclama la posesión que es de hecho, y por la otra se reclama la propiedad que es de derecho. ¿Y en qué se funda el posesorio? En los caracteres de la posesión. En qué se funda el petitorio? En una de las causas en virtud de las que se adquiere la propiedad. Así, Toullier confunde el *objeto* y la *causa*, y aplica mal esta cosa á la doctrina tradicional. Se podía objetar contra la opinión general que aquel que promueve en petitorio, no puede ya promover en posesorio, lo que parece confirmar la opinión de Toullier. A decir verdad, la disposición que prohíbe promover en posesión cuando se ha promovido en petitorio, nada tiene de común con los principios que rigen la cosa juzgada (Cód. de Proc., art. 26). El Código de Procedimientos presume que el que introduce una acción petitoria, renuncia al beneficio de la posesión; la presunción es contestable, pero es seguro que es extraña á la teoría de la cosa juzgada. (1)

La jurisprudencia está en el sentido de la doctrina. No hay cosa juzgada, dice la Corte de Caen, porque la cosa pedida no es la misma. (2) Ningún otro motivo. Hay, sin embargo, un punto en que hay alguna duda. La posesión y sus caracteres hacen el objeto del debate en una instancia acerca del posesorio, y los caracteres de la posesión pueden también ser debatidos en una instancia á petitorio: ¿No debe concluirse de esto que hay cosa juzgada en este punto? Sin embargo, es de jurisprudencia que la sentencia pronunciada al posesorio por el juez de paz, no tiene en el petitorio la autoridad de cosa juzgada, aun en lo que toca á los caracteres de la posesión. Así, la posesión mantenida por el juez de paz como constituyendo una posesión á título de propietario puede, en el petitorio, ser declarada simple detención

1 Duranton, t. XIII, pág. 497, núm. 468. Aubry y Rau, t. VI, página 500, nota 80. Larombière, t. V, pág. 233, núm. 41 (Ed. B., tomo III, pág. 242).

2 Caen, 21 de Mayo de 1856 (Daloz, 1857, 2, 80).

precaria, insuficiente para servir de base á la prescripción. (1) Esto es muy jurídico. En el posesorio, la posesión no está considerada sino como un hecho, y este hecho es simplemente mantenido por el juez sin que pueda prevalecerse de él en cuanto á derecho. Aun hay más. El juez de paz acoge una acción de queja acerca del motivo que el demandante estaba en posesión por varios años. En el petitorio, el demandado primitivo se vuelve demandante en reivindicación y está sentenciado que él es quien tenía la posesión y que, por consiguiente, puede invocar la presunción de posesión intermedia que existe en provecho del poseedor actual, al probar que antiguamente ha poseído. (2) La contradicción entre ambas declaraciones solo es aparente; el primer juez nada decidió acerca de posesión considerada como un derecho; es, pues, imposible, que haya cosa juzgada á este respecto.

Mucho menos podrá uno prevalecerse de una resolución pronunciada en el posesorio, cuando el juez de paz decidió implícitamente un punto de derecho. La acción está fundada en una perturbación sufrida por el demandante en su posesión más que anual, por una servidumbre de vista; el juez de paz la desecha por motivo de que el fundo sirviente había cesado por efecto de su reunión al dominio público, de ser susceptible de posesión probada á título de servidumbre. Este motivo implica que la servidumbre está extinguida. En el petitorio, el demandante concluye á que la existencia de la servidumbre esté reconocida. ¿Hay cosa juzgada que ponga obstáculo á la nueva demanda? No; en el caso, no se podía ni siquiera decir que el juez de paz había decidido un punto de derecho, pues no tocaba la cuestión de existencia de la servidumbre sino en un considerando, y

1 Denegala, 28 de Diciembre de 1857 (Dalloz, 1858, 1, 113).

2 Denegada, Sala Civil, 11 de Abril de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 268).
Compárese Denegada, 18 de Diciembre de 1865 (Dalloz, 1866, 1, 255).

aunque lo hubiera decidido en el dispositivo, no hubiera habido cosa juzgada, porque, dice la Corte de Casación, es constante en jurisprudencia que las sentencias pronunciadas en el posesorio no formen ni título ni cosa juzgada con relación al petitorio. (1)

78. ¿Debe aplicarse la doctrina tradicional que se refiere á la causa *próxima y lejana* á las demandas por nulidad, por rescisión y por resolución? Lógicamente, debería hacerse; puede haber diversas causas de nulidad en cuanto al fondo, como las hay en cuanto á la forma. No está permitido llevar sucesivamente á los tribunales las diversas causas de nulidad fundadas en un vicio diferente de forma. ¿Por qué se permite intentar acciones sucesivas por nulidad en cuanto al fondo del derecho? (2)

¿Por qué hay cosa juzgada en un caso, mientras no la hay en el otro? La jurisprudencia no da respuesta á nuestras preguntas, y buscamos en vano una en los principios. ¿No probará esto, como lo hemos dicho, que la distinción de las causas *próximas y lejanas* no es un principio?

En una primera instancia se pide la nulidad de una venta, fundándose en que las cosas vendidas eran litigiosas y que el adquirente había sido, durante el litigio, abogado y consejero de la vendedora. En una nueva instancia, se pide la nulidad de la venta, fundándose en que el pretendido contrato es una simple promesa. Se opone la autoridad de cosa juzgada. La Corte de Pau decidió que no había cosa juzgada, y la Corte de Casación confirmó la sentencia. En nuestra opinión, no hay la menor duda, pero no sucede lo mismo con la opinión tradicional. Los pocos motivos que da la Corte de Casación son también los que hemos invocado contra la confusión del *medio* y de la *causa* en la primera instancia, dice la Corte, se trataba únicamente de saber si el com-

1 Denegada, 20 de Enero de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 133).

3 Aubry y Rau, t. VI, 2, pág. 499, pfo. 769.

prador, abogado y consejero de la vendedora, había podido adquirir las casas cuya propiedad se litigaba; la simulación de la venta no había sido el objeto del litigio, de donde resulta que no había sido ni podido ser decidida por el primer juez: ¿Cómo pudiera haber cosa juzgada en lo que no fué debatido ni sentenciado? (1)

Se demanda la nulidad de una venta hecha á una comunidad religiosa; la acción está fundada en la incapacidad de la comunidad para recibir á título gratuito sin autorización. Se decide que el acta atacada no esconde una liberalidad y que es una verdadera venta. Nueva demanda de nulidad de el acta considerada como venta y fundada en que las comunidades religiosas también son incapaces para adquirir á título oneroso, tanto como á título gratuito; se pretendió que había cosa juzgada y, bajo el punto de vista de la doctrina de las causas *lejanas y próximas*, muy bien se podía sostener. ¿En qué estaban fundadas ambas demandas de nulidad? En la incapacidad de la causa religiosa: Esta era la causa *próxima*. ¿En qué se fundaba esta causa? La causa de la causa; es decir, el *medio*, era en la primera instancia, que la adquisición era á título gratuito y mediante persona interpuesta, y en la segunda demanda se decía que esta incapacidad se aplicaba también á los contratos onerosos. El *medio* era nuevo, pero la *causa próxima* era la misma. La Corte de Casación decidió que la incapacidad para adquirir á título gratuito y la incapacidad para adquirir á título oneroso, formaban *causas* diversas y no *medios* diferentes; que la cuestión que daba nacimiento á la segunda demanda no había sido presentada, examinada, ni resuelta cuando la primera sentencia; que ésta no podía, pues, tener autoridad de cosa juzgada con referencia á la segunda demanda. (2) La

1 Denegada, Sala Civil, 27 de Agosto de 1817 (Dalloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 204, 2°).

2 Denegada, 15 de Diciembre de 1856 (Dalloz, 1857, 1, 97).

decisión es muy jurídica, pero está en oposición directa con la doctrina tradicional, tal como la hemos expuesto más arriba (núm. 74). Se ve que la jurisprudencia y la doctrina solo concuerdan en una cosa, y es que ni una ni otra tienen un principio seguro.

79. Demando por pago de una donación contractual. El demandado opone la excepción de nulidad por vicio de forma. Fué resuelto que el contrato era válido y ejecutorio. Nueva demanda por pago de otra donación hecha por el mismo contrato entre las mismas partes; el demandado opone la nulidad de la liberalidad por causa de incapacidad del donante. La Corte admite la nulidad. Recurso de casación por violación del art. 1,351. ¿Cuál es la causa de estas dos acciones? Se demanda la nulidad de la donación en una y en otra instancia, fundándose en la nulidad del contrato de matrimonio; es esta nulidad para servirnos del lenguaje tradicional, lo que constituye la *causa próxima* de la acción, la *causa de esta causa*; es decir, el *medio*, era diferente en ambas instancias, pero la diferencia de los medios no impide la cosa juzgada. Este sistema fué rechazado por la Corte de Casación, sin discutir la cuestión; se contenta con decir que ambas demandas no tenían el mismo objeto, lo que es exacto, puesto que se trataba de donaciones diferentes; y no tenían la misma causa, puesto que en la primera se trataba de un vicio de forma; y en la segunda, de la incapacidad del donante. (1) En nuestra opinión, esto no es dudoso; en la opinión tradicional había una duda seria de la cual en su sentencia la Corte no hizo caso.

Acerca de cuestiones idénticas hay decisiones contradictorias. Acción de nulidad de una venta, fundada en que el contrato es viciado por fraude y dolo, y contiene una dona-

1 Denegada, 8 de Mayo de 1839 (Dalloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 142).

ción disfrazada en provecho de una persona incapaz. La demanda fué desechada. Nueva demanda, en la que se inscribía el actor por falsedad contra el acta incidente y principal. Fué decidido que había cosa juzgada. La Corte de Casación no da ningún otro motivo que la segunda demanda también era una acción de nulidad. (1) Para decir mejor, la sentencia no estaba motivada, y se nos hace imposible justificarla. La primera demanda atacaba el fondo de la convención, la segunda atacaba el acta, el escrito. ¿Qué hay de común en lo que concierne á la cosa juzgada, entre el escrito y la convención? Nada.

Esto es lo que ha decidido la Corte de Casación en otro caso enteramente análogo. Demanda de nulidad de una donación, fundada en que el donante había impuesto al donatario la obligación de pagar una suma determinada. El primer juez validó la donación. Nueva demanda teniendo por objeto hacer declarar que el acta que contenía la donación era falsa y hacer admitir la inscripción por falsedad formulada contra esta acta. La Corte de Dijon desecha la demanda fundándose en la cosa juzgada. Recurso de casación. La Corte decidió que la causa de la segunda demanda no era la misma; casó la sentencia atacada por falsa aplicación del artículo 1,351. (2) Esta segunda decisión es la buena; no es esto dudoso. Las excitaciones y contradicciones de la jurisprudencia testifican que no tiene principio seguro.

80. Es seguramente á las incertidumbres de la doctrina y de la jurisprudencia á las que deben atribuirse los numerosos procesos que son llevados ante la Corte de Casación en esta materia. En definitiva, no se sabe lo que es *causa* y lo que es *medio*; de manera, que se puede siempre alegar que la *causa* es un *medio* y que el *medio* es una *causa*. En una primera instancia, se demandaba la rescisión de una acta de

1 Denegada, 21 de Enero de 1853 (Daloz, 1854, 5, 112).

2 Casación, 8 de Noviembre de 1864 (Daloz, 1865, 1, 374).

partición por causa de lesiones. El proceso fué terminado por una transacción. Mucho tiempo después, se pidió la nulidad del acta por contener enajenación de un inmueble dotal. Se opuso la cosa juzgada. ¿Había *causa* nueva ó *medio* nuevo? En nuestra opinión, ni siquiera puede hacerse la pregunta. La Corte de Casación decidió que había *causa* nueva, y por lo tanto, no había cosa juzgada, pero sin motivar la resolución. (1) Hasta aquí aun no hemos encontrado una sola sentencia de la Corte de Casación que sea motivada en materia de *causa*. ¿Debe extrañarse que los litigantes sostengan cosas insostenibles?

¿Hay identidad de causas entre una demanda fundada en la nulidad de consentimiento y la demanda fundada en la lesión? Hé aquí una de esas cuestiones que no debieran ser llevadas ante los tribunales; el mismo lenguaje de la ley, como lo dice la Corte de Chambéry, protesta contra la identidad de dos causas que se rigen por principios esencialmente diferentes. En el caso, lo que daba lugar á alguna apariencia de duda, es que en la instancia de nulidad se había hablado de lesión; pero no basta que se hable de una causa para que haya debate y decisión; no se debate realmente sino aquello que es objeto de las conclusiones, y las conclusiones no versaban acerca de la rescisión por causa de lesión. (2)

¿Hay identidad de causa entre una demanda por revocación de una donación fundada en el advenimiento de un niño, y la demanda por reducción para ministrar la reserva? Si hubiese un principio definido en la causa, la cuestión que acabamos de poner no hubiera seguramente dividido á una Corte de Apelación y á una Corte de Casación. El advenimiento de un hijo destruye la donación, revocándola de pleno derecho; mientras que la reducción supone que la dona-

1 Denegada, 15 de Junio de 1837 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 3,806).

2 Chambéry, 31 de Agosto de 1861 (Daloz, 1862, 2, 159).

ción persiste; así es que la diferencia es radical. Sin duda que el efecto puede ser el mismo, á lo menos en cuanto á la propiedad; de esto se concluía que en ambos procesos se trataba de un *combate de propiedad*. Esto es una de esas palabras que substituyen á las ideas y á los principios. La propiedad puede ser contestada por muchas causas; ¿es esto decir que todas las causas se confunden y no forman sino una, porque implican todas un *combate de propiedad*? Si así fuera, debería suprimirse del art. 1,351 la segunda condición exigida para que haya cosa juzgada, puesto que siempre hubiera identidad de causa. (1)

Núm. 4. *Acciones diversas que proceden de una misma causa.*

SI. Los autores asientan también en principio, que cuando dos acciones principales proceden de una misma y sola causa, la sentencia intervenida en una de ellas tiene autoridad de cosa juzgada con relación á la otra aunque esta última tenga más extensión ó que esté formulada con objeto ó interés diferente. (2) Este principio está tomado del derecho romano, Pothier lo enseña; el ejemplo que da hace entender el principio y lo justifica. Cuando la cosa vendida está viciada por un hecho redivitorio, el comprador tiene dos acciones: La acción redivitoria propiamente dicha, por la que pide la resolución de la venta y la restitución del precio, así como los daños y perjuicios si hay lugar; la acción llamada *quanti minoris* por la que el comprador no pide la resolución de la venta sino únicamente la restitución de una parte del precio por razón del menor valor que el vicio da á la cosa vendida. El comprador tiene derecho de escoger de ambas acciones (art. 1,644); pero si se decidió por

1 Casación, 5 de Junio de 1821, y Bourges, 11 de Diciembre de 1821 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 202, 1°).

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 501 y nota 81, pfo. 769.

la acción *quanti minoris*, y que se ha vencido, ¿podrá pedir aún la resolución de la venta? Nó, dice Pothier, hay cosa juzgada, aunque la segunda demanda tenga otro objeto que la primera; la acción es diferente, pero en la segunda, tanto como en la primera, se trata de saber si hay un vicio redivitorio y si el vendedor es garante por él. Y el primero ha decidido que no había juicio redivitorio y que el vendedor no era garante; luego la autoridad de cosa juzgada se opone á que un segundo juez decida que hay vicio redivitorio y que el vendedor es garante por él. Luego las dos acciones se confunden en una sola y misma, y hay, por consiguiente, cosa juzgada. (1)

Admitimos el principio porque procede de la esencia de la cosa juzgada. La presunción de verdad tiene por objeto mantener la autoridad de que deben gozar las sentencias; debe, pues, evitarse, que aquello que fué juzgado se vuelva á poner en tela de juicio. Y en el caso, se volvería á poner en cuestión lo que ha decidido el primer juez, si se permitía al adquirente intentar la acción en resolución después de haber sido vencido en la acción *quanti minoris*; solo se cambiaría el nombre del debate, pero esto sería idéntico. Esto es decisivo; poco importa que el resultado de ambas acciones difiera, no por eso dejan de procurar la misma utilidad al demandante; por otra parte, no debe considerarse la ventaja que resulte de la demanda, sino el motivo jurídico que fué objeto del debate, y este motivo es el mismo.

Toullier da otra explicación; liga el principio á la teoría de las causas *próximas y lejanas*. "La causa de la segunda acción, dice, *causa próxima actionis*, es la misma que de la primera." (2) Si tal fuera la verdadera razón del principio, debiéramos desecharlo. Pero Toullier es el único autor que justifica un derecho verdadero por esta mala razón. El prin-

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 898.

2 Toullier, t. V, 2, pág. 134, núm. 163.

ción persiste; así es que la diferencia es radical. Sin duda que el efecto puede ser el mismo, á lo menos en cuanto á la propiedad; de esto se concluía que en ambos procesos se trataba de un *combate de propiedad*. Esto es una de esas palabras que substituyen á las ideas y á los principios. La propiedad puede ser contestada por muchas causas; ¿es esto decir que todas las causas se confunden y no forman sino una, porque implican todas un *combate de propiedad*? Si así fuera, debería suprimirse del art. 1,351 la segunda condición exigida para que haya cosa juzgada, puesto que siempre hubiera identidad de causa. (1)

Núm. 4. *Acciones diversas que proceden de una misma causa.*

SI. Los autores asientan también en principio, que cuando dos acciones principales proceden de una misma y sola causa, la sentencia intervenida en una de ellas tiene autoridad de cosa juzgada con relación á la otra aunque esta última tenga más extensión ó que esté formulada con objeto ó interés diferente. (2) Este principio está tomado del derecho romano, Pothier lo enseña; el ejemplo que da hace entender el principio y lo justifica. Cuando la cosa vendida está viciada por un hecho redivitorio, el comprador tiene dos acciones: La acción redivitoria propiamente dicha, por la que pide la resolución de la venta y la restitución del precio, así como los daños y perjuicios si hay lugar; la acción llamada *quanti minoris* por la que el comprador no pide la resolución de la venta sino únicamente la restitución de una parte del precio por razón del menor valor que el vicio da á la cosa vendida. El comprador tiene derecho de escoger de ambas acciones (art. 1,644); pero si se decidió por

1 Casación, 5 de Junio de 1821, y Bourges, 11 de Diciembre de 1821 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 202, 1°).

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 501 y nota 81, pfo. 769.

la acción *quanti minoris*, y que se ha vencido, ¿podrá pedir aún la resolución de la venta? Nó, dice Pothier, hay cosa juzgada, aunque la segunda demanda tenga otro objeto que la primera; la acción es diferente, pero en la segunda, tanto como en la primera, se trata de saber si hay un vicio redivitorio y si el vendedor es garante por él. Y el primero ha decidido que no había juicio redivitorio y que el vendedor no era garante; luego la autoridad de cosa juzgada se opone á que un segundo juez decida que hay vicio redivitorio y que el vendedor es garante por él. Luego las dos acciones se confunden en una sola y misma, y hay, por consiguiente, cosa juzgada. (1)

Admitimos el principio porque procede de la esencia de la cosa juzgada. La presunción de verdad tiene por objeto mantener la autoridad de que deben gozar las sentencias; debe, pues, evitarse, que aquello que fué juzgado se vuelva á poner en tela de juicio. Y en el caso, se volvería á poner en cuestión lo que ha decidido el primer juez, si se permitía al adquirente intentar la acción en resolución después de haber sido vencido en la acción *quanti minoris*; solo se cambiaría el nombre del debate, pero esto sería idéntico. Esto es decisivo; poco importa que el resultado de ambas acciones difiera, no por eso dejan de procurar la misma utilidad al demandante; por otra parte, no debe considerarse la ventaja que resulte de la demanda, sino el motivo jurídico que fué objeto del debate, y este motivo es el mismo.

Toullier da otra explicación; liga el principio á la teoría de las causas *próximas y lejanas*. "La causa de la segunda acción, dice, *causa próxima actionis*, es la misma que de la primera." (2) Si tal fuera la verdadera razón del principio, debiéramos desecharlo. Pero Toullier es el único autor que justifica un derecho verdadero por esta mala razón. El prin-

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 898.

2 Toullier, t. V, 2, pág. 134, núm. 163.

cipio de la unidad de causa, á pesar de la diversidad de acciones, procede de la esencia misma de la cosa juzgada, como acabamos de decirlo; y es en el sentido de la teoría de la cosa juzgada como debe entenderse. Esta observación no es sin importancia. La regla no es absoluta; habrá identidad de causa aunque haya diversidad de acciones, si realmente es la misma cuestión la que se debate en ambas instancias, mientras que no habrá causa idéntica si el objeto del debate es diferente.

82. El vendedor de cosa mueble tiene la acción en resolución; también tiene la acción por pago de precio garantizada por un privilegio. Para asegurar el ejercicio de sus derechos, la ley le permite reivindicar la cosa vendida en los ocho días de la entrega. La resolución y la reivindicación, son dos derechos que nacen de la misma causa, la falta de pago. Se supone que el vendedor sucumba en la reivindicación. ¿Podrá todavía ejercer la resolución, ó hay cosa juzgada? Bajo el imperio del Código Civil, fué sentenciado que había cosa juzgada, porque ambas acciones tienen el mismo objeto; (1) la Corte de Casación quiere decir la misma causa; importa servirse de los términos legales en una materia tan difícil. La resolución de la Corte no es verdadera en un sentido absoluto, y menos verdadero es decir, como lo hace la sentencia, que la reivindicación es una especie de resolución; lo que implica que la sentencia de reivindicación tenga necesariamente autoridad de cosa juzgada acerca de la resolución. La ley nos dice lo que es la reivindicación; no puede decir que sea una acción judicial, es un embargo que tiene por objeto impedir la venta; mientras que la resolución debe ser solicitada en justicia. Ambos derechos difieren también en cuanto á sus efectos. La resolución resuelve la venta, la reivindicación solo pone la cosa

1 Denegada, 19 de Abril de 1836 (Dalloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 209).

en manos del vendedor, á reserva que pida después, ya sea el pago del precio, ya la resolución del contrato. En fin, las condiciones de ambos derechos difieren: La ley exige para la reivindicación, condiciones especiales que no prescribe para la acción en resolución. (1)

Este último punto es muy importante bajo el punto de vista de la cosa juzgada. Si el primer juez ha resuelto que no hay lugar á la reivindicación, porque la venta ha sido hecha con plazo, ¿habrá cosa juzgada en cuanto á la resolución? No por cierto, pues la resolución puede ser pedida haya ó no plazos. De esto resulta que el objeto del debate no es el mismo en ambas instancias. En la primera, se trata de saber si la venta es con plazo ó sin él; en la segunda, el debate versa únicamente en la falta de pago de precio, pues esta es la única condición que exige para que haya lugar á la resolución de la venta. El objeto del debate, no siendo el mismo en ambas instancias, no hay cosa juzgada. En el caso que se presentó ante la Corte de Casación, había cosa juzgada, porque el primer juez había decidido de hecho que el vendedor había renunciado á su acción en su resolución. Desde luego, el juez no podía ya admitir la resolución, habiéndose denegado al demandante la cosa demandada en la primera instancia. Todo depende de lo que fué objeto del debate. (2) Según nuestra ley hipotecaria, todavía hay que hacer otra distinción que deroga al Código Civil, disponiendo que el decaimiento de la acción reivindicatoria se lleva á la acción en resolución por lo que toca á los demás acreedores; de donde resulta, que si el primer juez ha resuelto que el vendedor está decaído de su derecho de reivindicación, hay cosa juzgada en cuanto á la resolución, se entiende si las par-

1 Código Civil, art. 2,102, 4°, y ley hipotecaria belga, art. 20, número 5.

2 Compárase Larombière, t. V, pág. 259, núm. 73 (Ed. B., t. III, pág. 252).

tes son las mismas en ambas instancias. Volveremos á tratar de esta innovaci3n en el t3tulo *De las Hipotecas*.

83. En el caso de evicci3n parcial, el comprador tiene dos acciones. Puede pedir la resoluci3n de la venta 3 el reembolso del valor á la parte por la que ha sido vencido, pero el derecho de resolver la venta no le pertenece sino en el caso en que la parte por la que fu3 vencido es de tal consecuencia, que no hubiera comprado sin esta parte (art3culos 1,636 y 1,637). En una primera acci3n, pide la rescisi3n de la venta; sucumbe. ¿Hay cosa juzgada si pide en una segunda instancia el reembolso de una parte del precio. ¿No puede contestarse de una manera absoluta que hay cosa juzgada, ni que no la hay? (1) Todo depende de la cuesti3n que ha sido debatida ante el primer juez. Cuando el debate ha versado sobre el punto de saber si la parte por quien fu3 vencido el comprador, es de tal consecuencia que sin ella no hubiese comprado, y si el juez resuelve que no hay lugar á rescindir la venta porque el comprador hubiera comprado aunque esa parte hubiera faltado, no hay cosa juzgada en lo que concierne al reembolso del valor de la parte por la que fu3 vencido el comprador, pues el objeto del debate no es el mismo aunque la segunda acci3n nazca de la misma causa que la primera, la evicci3n parcial. Solo habr3 cosa juzgada si el objeto del debate es id3ntico. Esta es una consecuencia de los principios generales que rigen á la cosa juzgada, y es en los l3mites de estos principios que debe entenderse la regla que la causa es id3ntica cuando dos acciones proceden de la misma causa. (2)

84. No es menester decir que el principio no es ya aplicable si ambas acciones que pertenecen á una persona, se fundan en causas diferentes, aunque relativas al mismo objeto. Desde que la causa ya no es la misma, no puede tra-

1 Aubry y Rau, t. VI, p3g. 501 y nota 85, pfo. 769.

2 Larombi3re, t. V, p3g. 258, n3m. 72 (Ed. B., t. III, p3g. 251).

tarse de cosa juzgada. ¿C3mo se sabr3 que ambas acciones proceden de causas diversas 3 de una sola y misma causa? Los principios generales son siempre los que resuelven la dificultad. Debe verse cu3l es el objeto del debate y lo que ha decidido el primer juez. El propietario de un inmueble pide su restituci3n, fund3ndose en una convenci3n de anticresis; sucumbe. Intenta despu3s una acci3n en reivindicaci3n: ¿Hay cosa juzgada? N3; la primera acci3n era personal y proced3a del contrato, la segunda es una acci3n real. El primer juez, al decidir que no hab3a anticresis, no decidi3 la cuesti3n de propiedad, 3sta no le fu3 sometida. Luego la cuesti3n queda entera. El segundo juez puede decidir que el demandante es propietario, sin ponerse en contradicci3n con la primera sentencia; es decir, que no hay cosa juzgada. (1)

N3m. 5. De las causas posteriores á la sentencia.

85. ¿Tiene la sentencia autoridad de cosa juzgada en cuanto á las causas que nacen posteriormente á la resoluci3n? No es dudosa la negativa y resulta del fundamento en el que descansa la presunci3n de verdad ligada á la cosa juzgada. Es probable que el primer juez haya juzgado bien, pues oy3 á las partes, y la cuesti3n fu3 debatida ante 3l, en todos sentidos. Esto supone que la causa, el motivo jur3dico en que la demanda se fundaba, exist3a en el momento en que la acci3n fu3 promovida; es imposible que el juez decida de antemano un debate que no ha nacido: El juez estatuye acerca de hechos cumplidos, y no sobre el porvenir. Esto es tan evidente, que est3 uno tentado de creer que la dificultad no puede presentarse; sin embargo, se presenta con bastante frecuencia en materia de daos y perjuicios.

1 Aubry y Rau, t. VI, p3g. 501 y nota 86, pfo. 769.

La razón para decidir resulta de los principios que acabamos de exponer. Desde que la cuestión no ha sido debatida ante el primer juez, es imposible que la haya fallado; luego no hay cosa juzgada. (1)

86. El propietario de una casa levantó el muro medianero, que separa su propiedad del vecino. Este pide la demolición de los trabajos con daños y perjuicios, fundándose sobre una servidumbre de la que el muro estaba gravado, según él. La Corte de Paris ordenó que los trabajos fueran demolidos; pero no concedió los daños y perjuicios, visto que la demolición ordenada, sería una reparación suficiente del perjuicio causado. Posteriormente, el demandante fué también demandado por uno de sus inquilinos, que reclamaba una disminución de rentas, en razón de la privación de aire, de luz que resultaban en su perjuicio, por los trabajos del levantamiento de la pared medianera. El propietario pidió que su vecino diera garantía; esta petición fué rechazada por el primer juez, que condenó al dueño á trescientos francos de daños y perjuicios, sin darle recurso; el Tribunal se fundaba sobre el considerando de la sentencia que había decidido que la demolición de los trabajos sería una reparación suficiente del perjuicio causado, y que por este motivo había rehusado conceder los daños y perjuicios. En apelación, la Corte de Paris decidió que no había cosa juzgada. En el primer proceso, el propietario pidió contra su vecino la reparación del perjuicio directo de que sufría á título de propietario, mientras que en el segundo proceso, el demandante obraba como arrendador. Era una causa nueva, sobre la que el primer juez no había estatuido ni podía estatuir, puesto que no existía el proceso: Los daños, es verdad, existían pero no había acción del inquilino en razón de éstos; luego el arrendador no hubiera podido recla-

1 Larombière, t. V, pág. 254, núm. 64 (Ed. B., t. III, pág. 249). Véase la jurisprudencia en el *Repertorio* de Dalloz, núm. 215.

mar sobre el recurso; la Corte de Casación dijo muy bien que la sentencia de la que se deducía la cosa juzgada, no había prejuzgado nada y no había podido prejuzgar acerca del objeto de otra instancia, de la que la Corte de Paris no había conocido. (1)

87. El demandante reclama los daños y perjuicios para el caso en que el defensor no ejecutara el juicio en un cierto plazo. Obtuvo en la causa, y sin embargo, el Tribunal rehusó darle daños y perjuicios eventuales. Las previsiones del demandante se realizaron; los defensores por concertada mala intención, paralizaron el efecto de las condenas pronunciadas contra ellos. Nuevo pedimento por daños y perjuicios. Se opone la cosa juzgada. La Corte de Casación contestó, y la respuesta es prentoria, que la segunda sentencia pronunciaba sobre hechos posteriores al primero, y no había, por consecuencia, violado la autoridad de la cosa juzgada. (2)

ARTICULO 3.—*Mismas partes.*

Núm. 1. Principio.

88. El art. 1,351 exige una tercera condición para que haya cosa juzgada. Es preciso que la demanda sea de entre las mismas partes, y formada por ellas y contra ellas la misma cualidad. Dice un antiguo adagio que la cosa juzgada no aprovecha á los terceros ni los perjudica. El art. 1,165 establece en cuanto á los convenios: No tienen efecto sino entre las partes contratantes, no perjudica ni da provecho á los terceros. Se dice ordinariamente que las sentencias son también convenios, y se funda sobre analogía el principio sobre el cual la cosa juzgada no tiene efecto sino entre las partes que están en causa. (3) A decir verdad, la analogía

1 Denegada, 5 de Febrero de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 348).

2 Denegada, 12 de Abril de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 260).

3 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 629, núm. 328 bis XIV. Aubry y Rau, t. VI, pág. 482, nota 18, pfo. 769).

La razón para decidir resulta de los principios que acabamos de exponer. Desde que la cuestión no ha sido debatida ante el primer juez, es imposible que la haya fallado; luego no hay cosa juzgada. (1)

86. El propietario de una casa levantó el muro medianero, que separa su propiedad del vecino. Este pide la demolición de los trabajos con daños y perjuicios, fundándose sobre una servidumbre de la que el muro estaba gravado, según él. La Corte de Paris ordenó que los trabajos fueran demolidos; pero no concedió los daños y perjuicios, visto que la demolición ordenada, sería una reparación suficiente del perjuicio causado. Posteriormente, el demandante fué también demandado por uno de sus inquilinos, que reclamaba una disminución de rentas, en razón de la privación de aire, de luz que resultaban en su perjuicio, por los trabajos del levantamiento de la pared medianera. El propietario pidió que su vecino diera garantía; esta petición fué rechazada por el primer juez, que condenó al dueño á trescientos francos de daños y perjuicios, sin darle recurso; el Tribunal se fundaba sobre el considerando de la sentencia que había decidido que la demolición de los trabajos sería una reparación suficiente del perjuicio causado, y que por este motivo había rehusado conceder los daños y perjuicios. En apelación, la Corte de Paris decidió que no había cosa juzgada. En el primer proceso, el propietario pidió contra su vecino la reparación del perjuicio directo de que sufría á título de propietario, mientras que en el segundo proceso, el demandante obraba como arrendador. Era una causa nueva, sobre la que el primer juez no había estatuido ni podía estatuir, puesto que no existía el proceso: Los daños, es verdad, existían pero no había acción del inquilino en razón de éstos; luego el arrendador no hubiera podido recla-

1 Larombière, t. V, pág. 254, núm. 64 (Ed. B., t. III, pág. 249). Véase la jurisprudencia en el *Repertorio* de Dalloz, núm. 215.

mar sobre el recurso; la Corte de Casación dijo muy bien que la sentencia de la que se deducía la cosa juzgada, no había prejuzgado nada y no había podido prejuzgar acerca del objeto de otra instancia, de la que la Corte de Paris no había conocido. (1)

87. El demandante reclama los daños y perjuicios para el caso en que el defensor no ejecutara el juicio en un cierto plazo. Obtuvo en la causa, y sin embargo, el Tribunal rehusó darle daños y perjuicios eventuales. Las previsiones del demandante se realizaron; los defensores por concertada mala intención, paralizaron el efecto de las condenas pronunciadas contra ellos. Nuevo pedimento por daños y perjuicios. Se opone la cosa juzgada. La Corte de Casación contestó, y la respuesta es prentoria, que la segunda sentencia pronunciaba sobre hechos posteriores al primero, y no había, por consecuencia, violado la autoridad de la cosa juzgada. (2)

ARTICULO 3.—*Mismas partes.*

Núm. 1. Principio.

88. El art. 1,351 exige una tercera condición para que haya cosa juzgada. Es preciso que la demanda sea de entre las mismas partes, y formada por ellas y contra ellas la misma cualidad. Dice un antiguo adagio que la cosa juzgada no aprovecha á los terceros ni los perjudica. El art. 1,165 establece en cuanto á los convenios: No tienen efecto sino entre las partes contratantes, no perjudica ni da provecho á los terceros. Se dice ordinariamente que las sentencias son también convenios, y se funda sobre analogía el principio sobre el cual la cosa juzgada no tiene efecto sino entre las partes que están en causa. (3) A decir verdad, la analogía

1 Denegada, 5 de Febrero de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 348).

2 Denegada, 12 de Abril de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 260).

3 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 629, núm. 328 bis XIV. Aubry y Rau, t. VI, pág. 482, nota 18, pfo. 769).

es una comparación más que una razón. No es el consentimiento de las partes lo que hace la esencia de la sentencia, es el ejercicio del poder soberano que la nación delega á los tribunales. Es también de la esencia del poder judicial que sus decisiones no tengan efecto sino entre las partes litigantes. La sentencia que concede las conclusiones de una de las partes desecha las de la otra; esto supone que el juez ha oído á ambas partes y que éstas han ido á hacer valer sus razones. Toda sentencia implica, pues, que el juez pronunció con conocimiento de causa; desde luego, no puede haber ningún efecto con relación á las que no han figurado en el proceso. El juez solo declara cuáles son los derechos de las partes, y, para hacerlo, debe conocerlos. ¿Y cómo podría conocer derechos contestados cuando estos derechos no han sido debatidos ante él? (1)

Este principio es tan natural, que no se entiende qué magistrados lo hayan desconocido. El caso se presenta, sin embargo. El dispositivo de una sentencia pronunciada en 1831, ordenaba condenas contra una persona de la que no indicaba los nombres, ni la profesión, ni el domicilio; la sentencia atacada hacía aplicación de este dispositivo á un individuo muerto desde 1808, y sus hijos jamás habían figurado en la instancia; sus nombres no se encontraban en las cualidades de la sentencia, lo que prueba que no habían sido citados. La cosa juzgada les era, pues, completamente extraña. Esto fué una equivocación del juez. Para excusarse la Corte alega que no tuvo conocimiento sino de los motivos y del dispositivo de la sentencia. La objeción, dice la Corte de Casación, es inadmisibile, pues el deber de los magistrados cuando declaran que una sentencia tiene adquirida la autoridad de cosa juzgada, es de comprobar dicha sentencia por entero y en cada uno de sus elementos. (2)

1 Larombière, t. V, pág. 278, núm. 90 (E. L. B., t. III, pág. 259).

2 Casación, 4 de Agosto de 1845 (Dalloz, 1846, 4, 65).

89. Lo que alguna vez engaña á los magistrados, es que la cuestión debatida en ambos procesos es idéntica en el sentido que depende de una misma causa que se resuelve por los mismos medios; de manera que el segundo juez, si se le sometiera la cuestión, debiera decidir en el mismo sentido que el primero; de esto se induce que es inútil llevar la contestación ante él. Los jueces no deberían detenerse ante semejantes consideraciones. Pothier se tomó el trabajo de reputarlas, y los jurisconsultos romanos lo habían hecho ya notar. Depositó una suma de 12,000 francos en manos de un amigo el que muere dejando tres hijos. La deuda se divide entre ellos; promtevo contra uno de los herederos. El juez, dice Pothier, no fijando bastante su atención á las pruebas que el demandante alega, absuelve al heredero de la demanda. Promuevo después contra los otros dos herederos. ¿Pueden oponerme la cosa juzgada? Nó, porque no pueden invocar contra mí una sentencia en la que no fueron partes; si ésta me hubiese sido favorable, no les hubiera perjudicado, y no puede aprovecharles si me es adversa. Sin embargo, la cuestión debatida en el segundo proceso, es la misma que la que fué fallada contra mí por el primer juez; depende de la misma causa, pues la segunda demanda lo mismo que la primera, está fundada en el depósito que pretendo haber hecho, pero las personas son diferentes, lo que impide la autoridad de cosa juzgada. Debe agregarse con Pothier, que el objeto de la segunda demanda es diferente, aunque la causa sea idéntica. En efecto, ¿qué he pedido en la primera instancia? La tercera parte de la suma de 12,000 francos que pretendo haber confiado al difunto. ¿Qué es lo que pido en la segunda instancia? Otra tercera parte ó las dos terceras partes. Y cada una de estas terceras partes forma una deuda diferente, porque á consecuencia de la división de la deuda, hay tantas deudas como herederos.

90. Un caso análogo fué presentado ante la Corte de Casación. Uno de los herederos demanda y obtiene la anulación de un testamento por causa de sugestión y captación. Esta sentencia solo tenía efecto para con el heredero demandante, no aprovechaba á los demás herederos que no habían sido partes en la causa. De esto resulta que el legatario universal instituido por el testamento anulado, conservaba su derecho á la herencia por la parte de los herederos que no habían figurado en el proceso; luego tenía el derecho de partir los bienes con aquel de los herederos que había hecho anular el testamento. Esta consecuencia muy jurídica, es muy chocante. El primer juez y la Corte de Apelación, rehusaron admitirla. Unos herederos legítimos eran excluidos por un legatario cuyo legado había sido anulado, y éste pretendido legatario partía la herencia con aquel que lo había hecho excluir. ¿Para participar se necesita un título, dice la Corte de Bourges! ¿Y cuál es el título del legatario, un título anulado por una sentencia soberana? En cuanto á los herederos legítimos no tenían porqué justificarse, su derecho resulta de la ley. La Corte olvidaba que si el título del legatario era nulo, esto era por virtud de una sentencia, y que ésta no podía ser invocada por los herederos que no habían sido parte en ella. Cada uno de los herederos, siéndolo solamente por su parte, el derecho del uno difería del derecho del otro; luego no había cosa juzgada respecto á los que no figuraban en el proceso. Se podía aplicar textualmente la doctrina de Pothier; esto fué lo que hizo la Corte de Casación al casar la sentencia de Bourges.

En el mismo caso, se presentaba otra dificultad que tuvo la misma solución, extraña para las personas que ignoran el derecho, pero perfectamente jurídica al punto de vista de los principios que rigen á la cosa juzgada:

El legatario universal detenía como arrendatario un inmueble de la sucesión. Después de la anulación del testa-

mento, los herederos promovieron contra él por pago de las rentas, y á falta de pago por resolución del contrato. El legatario opuso el testamento á los herederos que habían pedido su anulación. Nada había que contestar á esta oposición, sin embargo, la Corte de Bourges la desechó. ¿Qué dice la Corte para aludir al art. 1,351? Que los herederos legítimos no promueven en virtud de la sentencia que anuló el testamento, que lo hacen por virtud de la ley, y que no pueden ser apartados sino en virtud de un título no atacado y procedente de la voluntad sincera del difunto. Además, continúa la Corte, el legatario no puede oponer un título de esta naturaleza, puesto que el testamento de que se prevalece fué anulado por fraudulento. Si, el testamento fué anulado; ¿pero con relación á quién? En provecho del heredero que había promovido y por su parte hereditaria; subsistía para con los demás herederos y por sus partes respectivas. La Corte procura en vano substraerse á esta consecuencia, imaginando una indivisibilidad en una manera esencialmente divisible. Dice que la anulación fué pronunciada por motivos generales y de alguna manera, de orden público, y de esto concluye que la decisión es esencialmente indivisible por su naturaleza. Esto es pagarse con palabras. ¿Qué importaba los motivos por los que fué anulado el testamento? Se trataba de saber si el derecho de herencia es indivisible, y semejante cuestión ni siquiera debe ser hecha por un magistrado. La Corte de Casación casó la sentencia por violación del art. 1,351. (1) Esta fué una de las decisiones más inspiradas por la equidad á las que los jueces procuran dar color con razones jurídicas que no resisten el menor exámen. La equidad jamás se lleva al derecho; y en el caso, el legatario también podía invocar la equidad; su derecho no

1 Casación, 10 de Agosto de 1858, dos sentencias (Dalloz, 1858, 1, 365, 366). Compárense las sentencias citadas por Dalloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 261).

había sido atacado por los herederos; debía, pues, ser mantenido contra ellos.

91. Los principios no sufren duda alguna, pero los intérpretes los olvidan alguna vez. Se ha pretendido que el artículo 800 derogaba al art. 1.351; trasladamos á lo que fué dicho en el título *De las Sucesiones*. (1) Es particularmente en materia de estado como los efectos de la cosa juzgada parecen algunas veces chocantes. Se ha procurado substraerse á ellos, pero ha sido en vano. El art. 1.351 se aplica tanto á las cuestiones de estado, como á las cuestiones de derechos patrimoniales. Trasladamos á lo que ha sido dicho en el título *De la Paternidad y De la Filiación*. (2) Si las cortes se han equivocado, es que han desconocido una de las fases del principio establecido por el art. 1.351. La ley liga una presunción de verdad á las sentencias; pero la verdad judicial difiere de la verdad moral; esta es esencialmente absoluta, mientras que la verdad resultando de las decisiones judiciales, es esencialmente relativa. Si un heredero ataca un testamento por causa de captación y lo hace anular, será verdad, para con este heredero, que el testamento no es la expresión de la voluntad sincera del difunto; pero esto no es verdad con relación á los herederos que no han sido partes en la causa. Respecto á ellos, el testamento conservaba sus efectos todo el tiempo que no haya sido anulado. Si persiguen su anulación, el segundo juez podrá decir que no hay captación. Habrá contradicción entre la segunda sentencia y la primera, una de las dos es errónea, y, sin embargo, cada una conservará su efecto y será presumida verdadera. Estas contradicciones son chocantes, pero no hay que perder de vista que son el resultado de un precioso derecho, sin el que no habría justicia, sin el que la sociedad

1 Véase el tomo IX de mis *Principios*, pág. 510, núm. 391.

2 Véase el tomo III de mis *Principios*, pág. 678, núm. 458, pág. 686, núm. 463, y págs. 730-744 núms. 487-493.

no tendría razón de ser el derecho de defensa. En el caso, el legatario no pudo hacer valer sus derechos contra los herederos que no han atacado el testamento; desde luego, sería injusto imponerle una denegada é impedirle sostener la validez del testamento contra estos herederos; esto sería una negación de justicia, y este mal es mucho mayor que el que puede resultar de la contradicción de dos sentencias judiciales. (1)

Núm. 2. *¿Cuándo las partes son las mismas?*

1. *Quién es parte.*

92. Y asienta como principio que para ser parte, deben haberse presentado conclusiones y haber tenido que contestar á conclusiones adversas. Aquel que no presenta conclusiones, queda extraño al debate; no hay contestación respecto de él; no puede, pues, decirse que haya sentencia, ni por consiguiente, cosa juzgada. (2) Este principio es muy discutible. Si no se puede oponer la cosa juzgada á aquellos que no han sido partes en la causa, es porque no pudieron sostener sus derechos; pero si han sido llamados y han descuidado de presentar conclusiones, no pueden quejarse, de ellos pendía defender su derecho; si descuidaron de hacerlo, deben soportar las consecuencias de su descuido. El espíritu de la ley exige que se les pueda oponer la sentencia pronunciada, aunque no hayan tomado participación en el litigio. La ley quiere que los procesos tengan un término; es para no exponerse á nuevos debates, por lo que las partes citan á todos aquellos que pueden tener interés en contestar la decisión; si dependiera de los que están en causa el no intervenir en los debates, absteniéndose de presentar con-

1 Compárese Toullier, t. V, pág. 199, núm. 234.

2 Larombière, t. V, pág. 321, núm. 142 (Ed. B., t. III, pág. 276).

clusiones, el objeto que el legislador tuvo no sería alcanzado.

Hay una sentencia de la Corte de Casación en este sentido; resolvió que una sentencia tiene autoridad de cosa juzgada contra todas las partes que fueron citadas para la instancia, aunque hayan intervenido en los debates en los que eran extrañas; siendo presentes en el proceso ó citadas para la instancia, toca á la parte hacer valer sus medios, si quiere impedir que se le oponga la sentencia que le interviene. (1)

93. ¿Se debe figurar personalmente en un proceso para ser parte en él? Se es parte en un proceso, no solo cuando se figura en persona, sino cuando ha sido uno representado por aquellos que fueron en él. El principio no es dudoso, pero hay grandes dificultades en el punto de saber en qué casos es uno representado en un proceso, por aquellos que figuran en él personalmente.

II. De los que están representados en el proceso.

1. De los sucesores universales.

94. Entre los sucesores universales, los hay que representan la persona del difunto y la continúan; los herederos legítimos y los legatarios universales, cuando tienen la posesión son una misma persona con el difunto; luego cuando su autor figura en un proceso, también ellos están como si hubieran figurado en él; por consiguiente, todo cuanto fué sentenciado con su autor, lo es también para con ellos. Lo mismo sucede con los sucesores universales, que son simples sucesores á los bienes; tales son los sucesores irregulares, los legatarios universales sin posesión y los legatarios á título universal; en cuanto á los donatarios universales ó á título universal, se les asimila á los legatarios. Aunque no

1 Denegada, 21 de Mayo de 1855 (Dalloz, 1856, 1, 253).

representando la persona del difunto, suceden á sus derechos y á sus obligaciones; resultan estos de una sentencia ó de una convención. Luego la sentencia pronunciada contra su autor, les puede ser opuesta, y si les es favorable, pueden prevalecerse de ella. (1)

95. ¿Qué debe decidirse acerca de los herederos beneficiarios? La aceptación á beneficio de inventario no impide que los herederos representen al difunto. En cuanto á los derechos del difunto, no hay ninguna diferencia entre los herederos beneficiarios y los herederos puros y simples. Luego si la sentencia es favorable á su autor, es seguro que los herederos beneficiarios la aprovechan. Que si la sentencia ha sido pronunciada contra su autor, los herederos beneficiarios suceden también á las obligaciones que de ella resulten; pero á diferencia de los herederos puros y simples, no están obligados sino hasta concurrencia de su beneficio. Esta es la aplicación del principio que hemos establecido al tratar del beneficio de inventario. (2)

96. Cuando se dice que los sucesores universales están representados por su autor, se supone que no tienen otros derechos que los de su autor; pero si tienen derechos personales, no es menester decir que pueden ejercerlos sin que se pueda oponerles la sentencia pronunciada contra el difunto. Hemos visto un ejemplo al tratar de la reducción; en este caso, los herederos atacan las actas hechas por su autor; desde luego, no puede decirse que promueven como representantes del difunto, y por consiguiente, no están ligados por las sentencias pronunciadas contra él, pues no han sido partes en ellas.

Deben también aplicarse á los sucesores universales los principios que rigen la cosa juzgada. Para que se puedan oponer á los herederos las sentencias pronunciadas contra

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 630, núm. 328 bis XV.

2 Durantou, t. XIII, pág. 535, núm. 502 y todos los autores.

clusiones, el objeto que el legislador tuvo no sería alcanzado.

Hay una sentencia de la Corte de Casación en este sentido; resolvió que una sentencia tiene autoridad de cosa juzgada contra todas las partes que fueron citadas para la instancia, aunque hayan intervenido en los debates en los que eran extrañas; siendo presentes en el proceso ó citadas para la instancia, toca á la parte hacer valer sus medios, si quiere impedir que se le oponga la sentencia que le interviene. (1)

93. ¿Se debe figurar personalmente en un proceso para ser parte en él? Se es parte en un proceso, no solo cuando se figura en persona, sino cuando ha sido uno representado por aquellos que fueron en él. El principio no es dudoso, pero hay grandes dificultades en el punto de saber en qué casos es uno representado en un proceso, por aquellos que figuran en él personalmente.

II. De los que están representados en el proceso.

1. De los sucesores universales.

94. Entre los sucesores universales, los hay que representan la persona del difunto y la continúan; los herederos legítimos y los legatarios universales, cuando tienen la posesión son una misma persona con el difunto; luego cuando su autor figura en un proceso, también ellos están como si hubieran figurado en él; por consiguiente, todo cuanto fué sentenciado con su autor, lo es también para con ellos. Lo mismo sucede con los sucesores universales, que son simples sucesores á los bienes; tales son los sucesores irregulares, los legatarios universales sin posesión y los legatarios á título universal; en cuanto á los donatarios universales ó á título universal, se les asimila á los legatarios. Aunque no

1 Denegada, 21 de Mayo de 1855 (Dalloz, 1856, 1, 253).

representando la persona del difunto, suceden á sus derechos y á sus obligaciones; resultan estos de una sentencia ó de una convención. Luego la sentencia pronunciada contra su autor, les puede ser opuesta, y si les es favorable, pueden prevalecerse de ella. (1)

95. ¿Qué debe decidirse acerca de los herederos beneficiarios? La aceptación á beneficio de inventario no impide que los herederos representen al difunto. En cuanto á los derechos del difunto, no hay ninguna diferencia entre los herederos beneficiarios y los herederos puros y simples. Luego si la sentencia es favorable á su autor, es seguro que los herederos beneficiarios la aprovechan. Que si la sentencia ha sido pronunciada contra su autor, los herederos beneficiarios suceden también á las obligaciones que de ella resulten; pero á diferencia de los herederos puros y simples, no están obligados sino hasta concurrencia de su beneficio. Esta es la aplicación del principio que hemos establecido al tratar del beneficio de inventario. (2)

96. Cuando se dice que los sucesores universales están representados por su autor, se supone que no tienen otros derechos que los de su autor; pero si tienen derechos personales, no es menester decir que pueden ejercerlos sin que se pueda oponerles la sentencia pronunciada contra el difunto. Hemos visto un ejemplo al tratar de la reducción; en este caso, los herederos atacan las actas hechas por su autor; desde luego, no puede decirse que promueven como representantes del difunto, y por consiguiente, no están ligados por las sentencias pronunciadas contra él, pues no han sido partes en ellas.

Deben también aplicarse á los sucesores universales los principios que rigen la cosa juzgada. Para que se puedan oponer á los herederos las sentencias pronunciadas contra

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 630, núm. 328 bis XV.

2 Durantou, t. XIII, pág. 535, núm. 502 y todos los autores.

el difunto, la cosa que demandan debe ser la misma, así como la causa; si nó, no puede tratarse de cosa juzgada. Una madre reparte sus bienes entre sus tres hijos. Más tarde, la madre reivindica contra uno de ellos ocho pedazos de terreno por ella poseídos. Una sentencia de la Corte de Orléans desechó la demanda por motivo que la madre se había despojado de todos sus bienes sin distinción; la Corte mantuvo, en consecuencia, la propiedad de las herencias reivindicadas, como haciendo parte de los inmuebles repartidos comprendiendo el lote del demandado. Posteriormente los demás hijos pidieron contra él un suplemento de reparto por catorce pedazos de tierra, entre los que figuraban los ocho de la herencia, objeto del primer proceso. Se les opuso la cosa juzgada en cuanto á estas ocho piezas. La Corte de Orléans la admitió. Recurso de casación. La Corte decidió que no había cosa juzgada. En efecto, el objeto de ambas demandas no era el mismo. En la primera instancia, la madre reivindicaba las ocho herencias como no comprendidas en el reparto que había hecho de sus bienes; se trataba, pues, de la interpretación que debía seguir el acta de donación con respecto á la madre donante. En la segunda instancia, se trataba del reparto de estos bienes entre los hermanos: ¿Estaban los bienes indivisos, ó no lo eran? Esto es otra demanda que no había sido sometida al primer juez y que no había podido decidir. (1)

2. *De los sucesores á título particular.*

97. Los sucesores á título particular son aquellos que suceden á una cosa determinada, en virtud de una venta, de una donación ó de un legado. Como suceden á los derechos de su autor en la cosa, se les llama también *ayants cause*. ¿Pueden oponérseles las sentencias pronunciadas con-

1 Casación, 11 de Mayo de 1849 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 241).

tra su autor relativamente á la cosa que han adquirido de él? Pothier contesta á la pregunta. La sentencia pronunciada contra el vendedor tiene autoridad de cosa juzgada para con el comprador si ella es anterior á la adquisición, mientras no tiene fuerza de cosa juzgada cuando es posterior á la venta. Compro un inmueble; más tarde, una acción en reivindicación es promovida contra el vendedor y se sentencia que no es propietario. Esta sentencia no me puede ser opuesta. ¿Por qué? Porque no he sido parte en la sentencia, ni en persona, ni por haber sido representado en ella; el vendedor no tiene ninguna calidad para representarme; soy su legatario, es verdad, pero esto solo quiere decir que soy sucesor á los derechos que tenía en la cosa que me vendió; en la época en que le compré el inmueble, esta herencia era su patrimonio, y me lo vendió; desde luego, mi derecho no puede ser destruido ni alterado por mi vendedor, ni por las convenciones que pueda hacer, ni por las sentencias pronunciadas contra él. Es en vano que el propietario que vendió á mi vendedor me oponga la sentencia que decide que éste no era propietario; esta sentencia no me puede ser opuesta, porque no he sido parte en ella.

No pasaría así si la sentencia hubiera sido pronunciada antes del acta de venta que es consentida por el poseedor vendido. El inmueble que compro no es ya una propiedad de aquel que me lo vende, no puede, pues, transmitirme un derecho que no tiene. El dueño puede, pues, reivindicar esta herencia contra mí, sin que pueda oponerle que no he sido parte en la sentencia que lo reconoció como propietario. Fui parte en ella en el sentido que, en calidad de legatario, no puedo tener otros derechos que los de mi autor; y en el momento en que éste me vendió, estaba sentenciado que no tenía la propiedad de este inmueble, esta sentencia me puede ser opuesta, puesto que no tengo otro derecho sobre la cosa que el de mi autor.

Debe hacerse la misma distinción si la sentencia es favorable á mi autor. Si fué fallado que éste era propietario del inmueble que compró después, aquel que sucumba en su acción en reivindicación no podrá reivindicar la herencia contra mí, porque tengo los mismos derechos que mi autor, relativamente á la cosa que fué objeto de la primera sentencia; en este sentido he sido representado por él en la instancia de reivindicación. Si la sentencia fué pronunciada posteriormente al acta de venta, se resolverá para con mi autor, que el tercero reivindicante no es propietario; pero esta sentencia no me aprovecha á mí, porque no he sido parte personalmente en ella ni como representado por mi autor, y todo lo que éste consiente, y todo lo pronunciado por él desde mi acta de adquisición, me es extraño. (1)

98. Las leyes que han sido promulgadas en Bélgica y en Francia acerca de la transcripción, han traído una modificación al principio que acabamos de formular, según Pothier. Bajo el imperio del Código Civil, la propiedad se transfería respecto á los terceros, como entre las partes, por el solo efecto del contrato; luego, en lo que concierne á la cosa juzgada, el adquirente que quería prevalecerse de su acta de venta como anterior á una sentencia, solo tenía que probar esta autoridad; es decir, que el acta había adquirido fecha cierta antes de la sentencia y en virtud del art. 1,328. Las nuevas leyes exigen la transcripción del acta translativa de propiedad para que pueda ser opuesta á los terceros. (2) De esto resulta que el adquirente debe transcribir el acta de venta antes de la introducción de la demanda por reivindicación

1 Pothier, *De las obligaciones*, núms. 902-904. Toullier, t. V, 2, página 168, núm. 199 y todos los autores. La jurisprudencia está en el mismo sentido. Véase Dalloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núms. 245 y 246. Hay que agregar Lieja, 18 de Febrero de 1828 (*Pasicrisia*, 1828, pág. 59). Denegada de la Corte de Casación de Bélgica, 23 de Abril de 1847 (*Pasicrisia*, 1847, 1, 268).

2 Ley hipotecaria belga, art. 1° Ley francesa de 23 de Marzo de 1855. Aubry y Rau, t. VI, págs. 482 y siguientes, nota 22, pfo. 769.

para que esté como si hubiera sido parte en la sentencia que invoca; mientras que si no la ha transcripto, solo su autor es considerado como propietario con relación á los terceros; solo él figura en el proceso, y no puede tratarse de representar á un sucesor, el que por no haber transcripto su acta se encuentra sin derecho con relación á los terceros.

99. El principio se aplica á la cesión de un crédito. Si una sentencia pronunciada contra el cedente declara que el crédito cedido no existe ó está extinguido, no hay cosa juzgada para con el cesionario cuando el acta de cesión es posterior á la sentencia. Según el Código Civil, la cesión debe ser notificada ó aceptada para que pueda ser opuesta á los terceros. No habrá, pues, cosa juzgada para con el cesionario sino cuando la notificación ó aceptación son anteriores á la introducción de la instancia. (1) Si el crédito está garantizado por una hipoteca ó un privilegio, es menester además que el acta de cesión se haga pública, conforme al artículo 5 de nuestra ley hipotecaria. Volveremos á hablar acerca del principio en el título *De las Hipotecas*.

100. Fué sentenciado que el principio que rige á los legatarios á título particular, se aplica también al contrato de arrendamiento. La cosa juzgada entre el arrendador y el locatario principal, ¿puede ser opuesta al sublocatario cuyo contrato tiene fecha cierta antes de la sentencia? No, dice la Corte de Bruselas. El locatario principal se desprendió de sus derechos antes de la sentencia por la transmisión que de ellos hizo á un sublocatario; desde aquel momento, perdió la facultad de disponer de ellos en perjuicio del sublocatario; éste, en verdad es el legatario del locatario principal, pero solo lo es para las actas ó sentencias que precedieron su contrato: en cuanto á las actas y sentencias posteriores, no le pueden ser opuestas. (2)

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 483, nota 23, pfo. 769.

2 Bruselas, 20 de Junio de 1864 (*Pasicrisia*, 1865, 2, 385).

Se ve que la Corte aplica textualmente al contrato de arrendamiento, lo que Pothier dice de la venta; hay un motivo grave para dudar; la venta es una acta translativa de propiedad que da al adquirente un derecho en la cosa, mientras que el contrato no da al arrendatario sino un derecho personal; el art. 1,743 deroga á este principio, pero no resulta de ello que el derecho de contrato sea un derecho real. La dificultad es, pues, esta: ¿Hasta dónde alcanza la innovación introducida por el art. 1,743? Volverémos á ocuparnos de este punto en el título del *Del Contrato de Arrendamiento*.

101. Se supone que el legatario tiene conocimiento del proceso emprendido desde su adquisición entre el vendedor y un tercero acerca de la propiedad de la cosa. Se abstiene de intervenir en ella, no notifica su título en los terceros. ¿Debe por razón del hecho solo y de su inacción, ser considerado como habiendo representado en la instancia por su autor? Es la negativa tan evidente que ni siquiera debiera ponerse en cuestión, si no fuere por la tradición. En el antiguo derecho, se admitía que la sentencia pronunciada contra el vendedor posteriormente á la venta, tenía autoridad de cosa juzgada contra el adquirente que tuviere conocimiento del proceso. Esta jurisprudencia estaba fundada en leyes romanas, que presumían que el legatario se atenía á su autor para defender sus derechos, en lugar de intervenir por sí en la instancia para defenderlos. (1) Esto era presumir la renuncia de un derecho. Basta esto para desechar la antigua doctrina bajo el imperio de nuestro Código. Cualquiera que sea la autoridad de la tradición en esta materia, se la debe apartar cuando se trata de una presunción contraria á los principios del derecho, pues la renuncia no se presume nunca. Se necesitaría, pues, un texto formal para poder admitir que el legatario se somete á una sentencia en la que no ha sido parte.

1 Merlín, *Repertorio*, en la palabra *Oposición de tercero*.

Núm. 3. De los acreedores quirografarios.

102. Los acreedores quirografarios son también los legatarios de los deudores. Sin embargo, se admite que pueden estar siempre representados por su autor en los procesos en que éste figuró, aunque el título de su crédito fuese anterior á la sentencia. ¿Cuál es la razón de esta diferencia entre los acreedores personales y los legatarios que tienen un derecho real en la cosa? Es precisamente porque los acreedores quirografarios no tienen derecho real en los bienes de su deudor, por lo que están ligados á las sentencias en que es parte su deudor. Es verdad que los bienes del deudor son su garantía, pero, ¿en qué sentido? Es solamente cuando el deudor no satisface sus compromisos como los acreedores personales tienen una acción en sus bienes, y no pueden embargar más que los bienes que su deudor posee en el momento de la promoción; no teniendo derecho real, no pueden perseguir en manos de los terceros los bienes que su deudor ha enajenado, aunque estos bienes le hayan pertenecido en el momento que se trató con él. Si las convenciones porque el deudor enajena sus bienes pueden ser opuestas á sus acreedores, con más razón se les pueden oponer las sentencias en consecuencia de las cuales se halla disminuido el patrimonio del deudor; en este sentido, los acreedores están representados por el deudor en las instancias judiciales en que éste figure. No tienen otros derechos en los bienes del deudor más que los que le pertenecen; es decir, que deben tomar el patrimonio del deudor tal cual está en el momento en que promueven contra él, ya sea que esté menguado por sentencias ó por convenciones. Lo que decimos de las actas de enajenación, se aplica á toda acta que concierne al patrimonio del deudor; las sentencias que reconocen á terceros un derecho de servidumbre, un usu-

fructo, una hipoteca, un contrato de arrendamiento, pueden ser opuestas á los acreedores quirografarios, porque han sido representados en ellas por el deudor. (1)

103. Los acreedores quirografarios no son ya los legatarios de su deudor cuando atacan una acta que ha hecho el fraude de sus derechos. En este caso, promueven en virtud de un derecho que les es personal y que procede, no de su deudor, sino de la ley. Este principio recibe su aplicación á las sentencias. Cuando un deudor se deja condenar á consecuencia de una colusión fraudulosa concertada con un tercero, los acreedores quirografarios pueden atacar la sentencia en tercería. (2) No puede decirse que estén representados por el deudor, cuando éste, en lugar de sostener su derecho, lo entrega fraudulentamente á un tercero; lejos de representar á sus acreedores se vuelve su adversario. No es menester decir que á los acreedores que atacan la sentencia toca hacer la prueba del fraude, pues el concierto frauduloso es el fundamento de su acción; si no hay fraude, ó lo que es lo mismo, si no llegan á probarlo, la sentencia puede serles opuesta por muy perjudicial que les sea. (3)

104. ¿Pueden los acreedores estar representados por el deudor en un proceso en que se trata de un derecho de preferencia reclamado por un tercero en el patrimonio del deudor? Acerca de esta cuestión existen dos sentencias de la Corte de Casación que parecen contradictorias, y la doctrina también está dividida. Debe distinguirse si el debate tiene lugar entre acreedores quirografarios ó si éstos son hipotecarios. Cuando son acreedores personales los que contestan el derecho de preferencia que una sentencia reconocía

1 Aubry y Rau, t. VI, págs. 483 y siguientes, nota 26. Marcadé, t. V, pág. 192, núm. 12 del artículo 1,351. Colmet de Santerre, tomo V, pág. 630, núm. 328 bis XVI.

2 Larombière, t. V, pág. 293, núm. 115 (Ed. B., t. III, pág. 267). Denegada, Sala Civil, 14 de Noviembre de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 325).

3 Bruselas, 20 de Abril de 1826 (*Panicrisia*, 1826, pág. 123).

á un tercero en el patrimonio del deudor, creemos que se les puede oponer la cosa juzgada. El deudor puede consentir una hipoteca á perjuicio de ellos si están ligados por la convención. ¿Por qué no lo serían también por una sentencia que reconoce la existencia de la convención? Se objeta que los derechos de los acreedores entre sí, son derechos que les son propios y que el deudor no los representa á este respecto. Sin duda, los acreedores pueden contestar el derecho de preferencia que uno de ellos reclama en la garantía común, pero están obligados á respetar las hipotecas que el deudor ha válidamente consentido, y por identidad de motivos están ligados por las sentencias que reconocen un derecho de preferencia á uno de ellos. (1)

La sentencia de la Corte de Casación que se opone como habiendo decidido la cuestión en sentido contrario, estatuye en una hipótesis diferente. Se trata en ella de acreedores hipotecarios. La jurisprudencia, como lo vamos á decir, admite que los acreedores hipotecarios estén representados por el deudor, excepto en el caso en que tienen un interés personal diferente del de su deudor. Fué en un debate entre acreedores hipotecarios que se pronunció la última sentencia de la Corte de Casación. Resuelve, pues, una cuestión especial, la de saber si los acreedores hipotecarios están representados por el deudor cuando tienen intereses que les son propios. Esta cuestión es extraña á los acreedores quirografarios. Basta leer los motivos de la sentencia para convencerse de ello. "El deudor, dice la Corte, no puede, litigando así como tratando con uno de sus acreedores, *quitar á los demás las garantías que les tiene dadas.*" Se supone, pues, que los acreedores tienen garantías; es decir, un derecho real de hipoteca que el deudor no les puede quitar ni

1 Larombière, t. V, pág. 299, núm. 116 (Ed. B., t. III, pág. 267). Denegada, 13 de Abril de 1841 (Dalloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 245).

por sentencias, ni tampoco por convenciones. Este motivo es seguramente extraño á los acreedores quirografarios, pues éstos son sin garantía; una convención puede despojarlos de la prenda, y una sentencia también lo puede. La Corte de Casación concluye de esto que: "Los acreedores hipotecarios tienen un interés personal en la conservación de su rango, distinto del interés de su deudor, que, por consiguiente, no están representados por él en el proceso en que este interés está en causa. (1) Esta conclusión es tan extraña á los acreedores quirografarios, como los considerandos en que está fundada. Los acreedores quirografarios no tienen rango que los garantice; solo tienen un simple derecho de prenda que puede á cada instante serles quitado ó menguado por las actas de disposición que hace el deudor; luego también las sentencias en que interviene, pues éstas se confunden con las convenciones que no hacen más que reconocer. (2)

4. De los acreedores hipotecarios.

105. ¿Los acreedores hipotecarios están representados por el deudor? Esta es una de las cuestiones más controvertidas de esta difícil materia. La jurisprudencia, excepto algunos disonamientos, se ha pronunciado en favor de la afirmativa. Los autores están divididos. Uno de nuestros mejores jurisconsultos, Merlin, sostuvo ante la Corte de Casación la opinión que triunfó en jurisprudencia; lo hizo con un tono de certidumbre tal, que llegó hasta calificar la opinión contraria de absurda. (3) No nos atrevemos ó redargüir el

1 Denegada, 20 de Junio de 1854 (Dalloz, 1854, I, 231).

2 En sentido contrario Aubry y Rau, t. VI, pág. 483, nota 26, párrafo 769. Compárese una sentencia de casación de 16 de Noviembre de 1874 pronunciada sobre el informe de Aubry (Dalloz, 1875, I, 150).

3 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Oposición de tercero*, pfo. 1.º. Esta es también la opinión de Prondhon, t. III, *Del usufructo*, n.ºs. 1,300-1,310.

reproche de absurdo; sin embargo, confesamos que la cuestión ni siquiera nos parece dudosa y no titubeamos en decir que la opinión que tiene para sí la imponente autoridad de Merlin y de la Corte de Casación, es una inconsecuencia, como se ven tantas en materia de la cosa juzgada. M. Valette estableció el primero, los verdaderos principios de la cuestión que vamos á examinar, (1) y lo hizo con tal evidencia, que atrazó á todos los autores que desde entonces han escrito; la doctrina parecía unánime cuando M. Larombière vino á tomar partido en favor de la jurisprudencia. Las cuestiones de derecho no se deciden por vía de autoridad; la misma jurisprudencia aun no está fijada, las cortes de apelación resisten á la Corte de Casación. Hay una autoridad mayor que la de la Suprema Corte, es la de la tradición y de los principios; y Pothier enseña, sin manifestar duda alguna, que los acreedores hipotecarios no están representados por el deudor, (2) y los principios que todos admiten conducen irresistiblemente á esta consecuencia.

Si no se supiera que la cuestión está tan controvertida, extrañaría que pueda serlo. El principio que se refiere á los legatarios que tienen un derecho real en la cosa, se aplica literalmente á los acreedores hipotecarios. Se supone que la hipoteca es inscripta. Posteriormente, un fallo pronunciado con el deudor decide que éste no es propietario. ¿Tiene esta sentencia autoridad de cosa juzgada con relación al acreedor hipotecario? Todo el mundo conviene que no hubiera cosa juzgada si en lugar de una hipoteca se trataba de una servidumbre ó de un usufructo. ¿Hay una razón de esta diferencia entre los diversos derechos reales? En todos los casos, hay un legatario que tiene derecho á la cosa; derecho que su autor no le puede quitar, ni por convenciones, ni por

1 Valette en la *Revista de derecho francés y extranjero*, t. I, 1844, página 27. Compárese Aubry y Rau, t. VI, pág. 484, nota 23, y las autoridades que citan.

2 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 904.

sentencias; ¿por qué, pues, tiene la sentencia autoridad de cosa juzgada con relación al acreedor hipotecario, mientras que no puede ser opuesta al usufructuario? Se dice que es porque el usufructo es un fraccionamiento de la propiedad, una enajenación parcial de la cosa que permita asimilar el usufructuario al adquirente; mientras que la hipoteca no es un fraccionamiento de la propiedad. Aunque fuese verdad, ¿qué importaría esto? Admitamos que el deudor conserva la plenitud de su derecho de propiedad y puede disponer de la cosa; la enajena. ¿Ataca al hacerlo la hipoteca que grava la cosa? No; pues bien, lo que no puede hacer por convención, tampoco lo puede hacer por sentencia; esto es decisivo. ¿Pero, es verdad que la hipoteca no desmembra la propiedad? Así se dice; los partidarios de la opinión que defendemos, también lo admiten. (1) No hacen bien en concederlo, porque Larombière se apoya en ello para decir que el deudor cuyos bienes están gravados por hipotecas, no por eso dejan de conservar todos los derechos inherentes á la propiedad. (2) El error es palpable, pues lo contrario está escrito en nuestra ley hipotecaria (art. 45), y la ley ha consagrado el principio elemental que prohíbe al deudor y á todo detentor del inmueble hipotecado, alterar el derecho real de hipoteca por cualquiera acta que disminuya la garantía hipotecaria. Este principio basta para decidir la cuestión; el deudor no puede hacer ninguna acta que ataque al derecho del acreedor hipotecario, y lo que no puede hacer por convenciones, tampoco lo puede por sentencias, puesto que las sentencias solo declaran lo que ha sido convenido entre las partes.

Se objeta que la hipoteca no puede ser consentida sino por aquel que es dueño del inmueble; y la sentencia decide que el deudor no es propietario; luego las hipotecas con-

1 Marcadé, t. V, pág. 193, núm. 12 del artículo 1,351.

2 Larombière, t. V, pág. 300, núm. 117 (Ed. B. t. III, pág. 268).

sentidas por él anteriormente á la sentencia, deben caer. Esto es argumentar muy mal. Sin duda, el que no es propietario no puede consentir hipotecas, pero ¿quién dice que el deudor no era propietario? La sentencia que lo condenó. ¿Y á quién puede oponerse esta sentencia? A los que fueron partes en la causa. ¿Y quién fué parte? El acreedor hipotecario no figura en ella, no está representado en ella; luego la sentencia no tiene contra él autoridad de cosa juzgada.

Merlin declara esto absurdo, y Larombière lo refuerza en el reproche. Si, dicen ellos, las sentencias que vencen al deudor no pueden ser opuestas al acreedor hipotecario; el demandante en reivindicación deberá poner en causa á todos los acreedores que tengan hipoteca en la cosa, ó promueva tantos procesos, como acreedores hipotecarios: esta es seguramente la idea más absurda que puede imaginarse. Podríamos contentarnos con contestarles: ¿qué nos importa? Si una ley, en sus consecuencias, conduce á resultados absurdos, este es negocio del legislador; el intérprete no puede ni debe apurarse por esto, ó bien, habrá que decir que una ley absurda no deberá interpretarse en el sentido absurdo que presenta, lo que sería el mayor de todos los absurdos. Hay una respuesta aun más perentoria que puede hacerse al reproche de absurdo, y es que no se toma en cuenta el principio mismo de la ley. Diciendo que la cosa juzgada no existe sino con relación á los que han sido partes en la causa, la ley supone que el mismo proceso puede ser llevado varias veces ante los tribunales. Si no es absurdo que el demandante remueva su demanda dos ó tres veces contra dos ó tres personas diferentes, ¿habrá absurdo si las nuevas instancias son cinco ó seis? ¿Que se nos diga entonces cuáles son los límites en que comenzará el absurdo! Tengo un crédito contra una persona que deja treinta ó cuarenta herederos. ¿Debo promover contra todos ellos en una sola vez? No; primero contra uno. ¿Podré oponer la sentencia á los demás?

Nó; ¿Luego estoy en el caso de promover treinta ó cuarenta procesos? Si. ¿Por qué no se dice que esto es absurdo? La contestación está escrita en el art. 1,351. Y notáse bien que el acreedor no puede conocer á todos los herederos; se han presentado casos en que el mismo difunto no los conocía á todos; el acreedor no puede, pues, ponerlos en causa y se ve obligado á obrar sucesivamente. No puede decirse otro tanto del propietario que reivindica un inmueble; éste encuentra los nombres de los acreedores hipotecarios en las inscripciones hechas en la oficina del conservador; nada más sencillo como ponerlos en causa; este es un medio muy fácil para evitar los inconvenientes por los que se quiere hacer decir á la ley lo contrario de lo que dice.

106. La jurisprudencia es contraria á nuestra opinión, pero no tiene mucha autoridad en esta materia, porque la mayor parte de las sentencias no dan ninguna razón. ¿Será un motivo decir: visto que el acreedor es representado por su deudor? Allí está precisamente la cuestión, y afirmarla no es probarla. Aun hay más, la Corte de Casación parecía haber abandonado la doctrina de Merlin, y era de esperarse que volvería á la opinión que tiene para sí el nombre de Pothier. (1) Pero las últimas sentencias consagran de nuevo la antigua jurisprudencia. Nos limitaremos á hacerlo constar. La Corte dice que el deudor es el representante natural de sus acreedores, lo que es verdad para los acreedores quirografarios, pero no lo es para los hipotecarios. La Corte parece, sin embargo, hacer una concesión á la opinión general de los autores. Cuando los acreedores no tienen otro derecho que hacer valer más que los de su deudor y que éste había sostenido en vano, hay cosa juzgada; la Corte olvida que esta identidad de causas y de me-

1 Dénegada, Sala Civil, 28 de Agosto de 1849 (Dalloz, 1850, 1, 57). Véase el estado de la jurisprudencia en una nota de Dalloz, 1860, 1, 17.

dios siempre se presenta cuando un legatario sostiene, en una segunda instancia, lo que su autor sostuvo en vano en la primera instancia, lo que no impide que el legatario pueda renovar el proceso. Pero, dice la Corte, los acreedores tienen á menudo *derechos personales* que solo ellos pueden invocar; por ejemplo, cuando hay un concierto frauduloso entre el vendedor y el comprador, ó cuando el acta auténtica de la venta lleva recibo y que la resolución solo es obtenida por virtud de una contraletra que no tiene fuerza contra los terceros; en fin, cuando el vendedor, habiendo descuidado de conservar su privilegio, perdió el derecho de ejercer la acción resolutoria en perjuicio de los acreedores inscriptos. En estos casos, dice la Corte, y en todos los casos semejantes, los acreedores no estando representados por su deudor, la sentencia pronunciada con él únicamente no tiene fuerza de cosa juzgada contra ellos. (1)

En nuestro concepto, esta concesión no es suficiente, y testifica contra la jurisprudencia. En efecto, los acreedores tienen siempre un derecho que les es propio cuando son hipotecarios; puesto que tienen un derecho en la cosa tanto como los legatarios á los que el deudor ha vendido la cosa antes de la sentencia, y á aquellos á quienes ha concedido un derecho de servidumbre ó de usufructos. Las cortes de apelación resisten siempre, como lo prueban las sentencias de casación que pronuncia la Suprema Corte. (2) No dudamos que la Corte desista de su jurisprudencia cuando la cuestión se lleve ante las salas reunidas.

107. Pothier dice que el deudor jamás está representado por sus acreedores, ni el autor por sus legatarios. (3) Esto

1 Casación, 6 de Diciembre de 1859 (Dalloz, 1860, 1, 17); 13 de Diciembre de 1864 (Dalloz, 1865, 1, 142). Dénegada, 15 de Julio de 1867 (Dalloz, 1871, 1, 248).

2 Compárese Nancy, 22 de Febrero de 1867 (Dalloz, 1867, 2, 101).

3 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 905. Toullier, t. V. 2, página 170, núm. 200 y todos los autores.

es evidente; los acreedores y los sucesores á título particular, no tienen ninguna calidad para representar á aquel de quien les viene su derecho. Yo reivindico un inmueble contra aquel que lo posee á título de adquirente, y obtengo en la causa. Si el vendedor reclama contra mí el desistimiento, no puedo oponerle la sentencia que obtuve contra su legatario, aunque el vendedor no tuviese otro derecho que hacer valer que su adquirente; esto prueba que la distinción que la Corte hace en lo que concierne á los acreedores hipotecarios (núm. 106), no tiene ningún fundamento. Ha sido sentenciado en materia fiscal, que la sentencia que ordena la ejecución del apremio decretado contra el adquirente, no puede perjudicar al vendedor que no ha sido legatario; éste queda dueño de adquirir la venta de nulidad y de oponer al embargo practicado por la aduana en los fondos enajenados. (1) Así mismo las sentencias pronunciadas entre el propietario y un subarrendatario, no tienen fuerza de cosa juzgada entre el locatario principal que no fué parte en ella, y las decisiones pronunciadas entre los locatarios, no tienen fuerza de cosa juzgada con relación á los propietarios.

5. De los mandatarios.

108. Los mandatarios representan al mandante: este es el objeto del mandato. De esto resulta que el mandante no puede atacar una resolución que obtuvo autocesidad de cosa juzgada contra el mandatario. (2) ¿El mandante representa también al mandatario? Sí, si ha ratificado lo que hizo el mandatario. Hé aquí el caso que se presentó ante la Corte de Casación. El deudor reclama y obtiene daños y perjuicios por razón del mandamiento, tendiendo á un embargo inmobiliar.

1 Casación, 22 de Mayo de 1811 (Dalloz, en la palabra *Registro*, núm. 221).

2 Véanse las sentencias citadas en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 254.

rio y por procedimientos de expropiación indebidamente dirigidos contra él por sus acreedores. Después de la ejecución de la sentencia, pide daños y perjuicios por razón del mismo hecho contra el abogado que intentó las promociones. Esta segunda demanda fué rechazada. En el recurso de casación, la Corte dice que el abogado contra quien se dirige la segunda demanda, ha estado representado en la primera instancia por sus mandantes; en efecto, los acreedores habían ratificado el acta del abogado su mandatario, persistiendo en dar curso después de notificaciones, y por consiguiente, con conocimiento de causa, al mandamiento preparado en el estudio del abogado. Si el mandatario representa al mandante cuando ejecute el mandato, el mandante que ratifica representa á su vez al mandatario cuando defiende sus actos ó hace valer la ejecución del mandato. Esto es, precisamente porque lo representa que se le exige responsabilidad. El demandante, agrega la Corte, no tiene el derecho de quejarse, puesto que hizo valer sus derechos contra el mandante, y que de él dependía citar al mismo tiempo, al mandatario. (1)

109. Hay un mandatario cuya misión tiene un carácter enteramente especial, es el ejecutor testamentario; el testador es quien lo nombra, y representa á los herederos y á los legatarios. Lo que se sentencia con él, ¿tiene fuerza de cosa juzgada para con los legatarios y los herederos? (2) Traducimos á lo que fué dicho en el título *De los Testamentos*, en esta materia.

110. Los mandatarios legales representan á aquellos de quienes administran los bienes. En los términos del artículo 450, el tutor de un menor lo representa en todos los actos civiles; Pothier aplica este principio á la cosa juzgada.

1 Denegada, 23 de Abril de 1855 (Dalloz, 1855. 1, 161).

2 Bourges, 17 de Enero de 1829 (Dalloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 239). Compárese el tomo XIV de mis *Principios*, pág. 432, núm. 362.

“Si el tutor del menor formuló una demanda contra mí, y de la que me absolvió el juez, y que este menor llegado á la mayoría intente contra mí la misma demanda, puedo oponerle la cosa juzgada, pues la sentencia pronunciada contra su tutor se repata pronunciada contra el menor, que es la verdadera parte, por el ministerio de su tutor.” (1) No es menester decir que se aplican á este caso los principios generales que rigen la cosa juzgada; es, pues, necesario que el objeto así como la causa sean los mismos. Una sentencia ordena la venta por licitación de un inmueble indiviso entre menores y su padre: ¿puede oponérsela á los menores en una nueva instancia en que se trata de la propiedad del inmueble? No, porque la primera sentencia nada decidió en cuanto á la propiedad. (2)

El marido es administrador legal de los bienes de la mujer bajo el régimen de la comunidad, así como bajo el régimen exclusivo de comunidad y bajo el régimen dotal; como tal, tiene las acciones mobiliarias y posesorias que pertenecen á su mujer, y aun las acciones reales, en cuanto á los bienes de la mujer dotal (arts. 1,428 y 1,549). Luego lo que está sentenciado con el esposo tiene autoridad de cosa juzgada en cuanto á la mujer. (3) El principio es incontestable; sin embargo, ha sido desconocido por la Corte de Burdeos en el caso siguiente. Una sucesión mobiliaria resulta en favor de una mujer dotal; el marido la representa en la instancia en liquidación; la sentencia que homologa el acta de liquidación tiene autoridad de cosa juzgada en provecho de la mujer como la tendría contra ella. La consecuencia así formulada, no es dudosa. Pero el acta de liquidación

1 Potier, *De las obligaciones*, núm. 900. Durantón, t. XIII, página 533, núm. 504 y todos los autores. Denegada, 7 de Enero de 1857 (Daloz, 1857, 1, 151).

2 Douai, 8 de Enero de 1841 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 234).

3 Durantón, t. XIII, pág. 536, núm. 503.

atribuía á la mujer donataria del difunto, la cuota disponible y la reserva acumuladas, por razón de su renuncia á la sucesión; la Corte de Burdeos decidió que la sentencia no podía ser invocada por la mujer, en lo que concernía á la acumulación; la cual no mantenía la atribución sino por la cuota disponible. Esta decisión, puesta en derecho, violaba la autoridad de cosa juzgada; el marido tenía derecho para promover en nombre de su mujer en virtud de los artículos 1,428 y 1,549. En efecto, ¿cuál era el objeto de la acción? La mujer habiendo renunciado á la sucesión para atenerse á la donación que se le había hecho, tenía un crédito cobrable á cargo de la sucesión; al marido pertenecía esta acción; luego lo que el Tribunal había sentenciado refiriéndose al monto del crédito, quedaba sentenciado con la mujer representada por su marido. La sentencia fué casada como debía de serlo. (1)

El mismo principio se aplica al mandato judicial. Los enviados á la posesión representan al ausente, según la distinción que hemos hecho en el título *De la Ausencia*. Los agentes y síndicos de una quiebra representan á la masa de los acreedores en cuanto á los derechos que les son comunes. Una sentencia pronunciada contra el agente de una quiebra y el quebrado, decide que este último no es comerciante; esta sentencia tiene fuerza de cosa juzgada contra los acreedores. (2)

111. Se presenta una dificultad respecto de los mandatarios legales ó judiciales. No tienen todos el mismo poder. Así, el marido tiene poderes más extensos bajo el régimen dotal que bajo el régimen de la comunidad, y sus poderes difieren aún en lo que se relaciona con las acciones de la partición, según que los esposos estén casados bajo el régimen exclusivo de la comunidad. Otros mandatarios legales

1 Casación, 14 de Agosto de 1865 (Daloz, 1865, 1, 264).

2 Bruselas, 20 de Diciembre de 1822 (*Pasicrisia*, 1822, pág. 306).

están sujetos á ciertas formalidades requeridas para que puedan intentar ciertas acciones. Tales son los tutores; no pueden introducir en justicia una acción relativa á los derechos sobre inmuebles del menor, sin la autorización del consejo de familia (art. 464). Se supone que un mandatario legal ó judicial intenta una acción que pase los límites de sus poderes, ó que no cumpla con las formalidades que la ley prescribe. ¿Tendrá la sentencia autoridad de cosa juzgada, con relación á aquel que fué ilegalmente representado? Nos parece que la negativa es segura. No se puede decir que el menor esté representado por su tutor cuando éste introdujo en justicia una acción inmobiliaria sin estar autorizado por el consejo de familia; es verdad que la sentencia, si no es atacada, podrá ser ejecutada, pero el menor no quedará ligado por la cosa juzgada, en este sentido, que llegado á la mayor edad, puede atacarla por vía de requisición civil (Cód. de Proc., art. 480, 2^o). La cuestión ha sido decidida así por la Corte de Casación en un caso en que el tutor era parte interesada, y en que, por consiguiente, debiera ser reemplazado por un tutor *ad hoc*. (1) En cuanto al menor, puede objetarse que siempre está representado por el tutor, en virtud del art. 450, á reserva que el menor promueva por nulidad. No pasa lo mismo con otros mandatarios legales; su misión está limitada; fuera del poder que se les da, están sin derecho, y cuando promueven sin derecho, ya no son mandatarios. Así sucede con el marido administrador; volveremos á ocuparnos de este punto en el título *Del Contrato de Matrimonio*. Harémos la misma restricción para los mandatarios judiciales, tales como los síndicos de una quiebra. Ha sido resuelto en este sentido, que "los síndicos son representantes legales de la masa del quebrado y que lo sentenciado con él queda sentenciado para con todos los acree-

1 Denegada, 19 de Junio de 1844 (Dalloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 234).

dores que no tienen intereses opuestos ó contrarios á los de los demás, ó que no tienen que hacer valer medios que les sean personales y de los que el quebrado, su deudor, hubiera podido prevalecerse."

112. Hay personas que siempre figuran en el proceso por sus representantes legales, son las personas llamadas civiles; el Código las llama de los establecimientos públicos. Leyes especiales determinan bajo qué condiciones estos establecimientos pueden obrar en justicia, y cuáles son las formalidades que deben llenar los administradores encargados de representarlos. Las sentencias pronunciadas con los administradores, tienen autoridad de la cosa juzgada con relación á los establecimientos públicos que representan. Lo mismo sucede con las personas civiles que tienen un carácter público: el Estado, las provincias y los municipios. No debe confundirse el municipio con los habitantes que lo componen. Estos tienen una doble personalidad, en tanto que ejercitan los derechos pertenecientes á la comunidad, se confunden con ella, de suerte que, lo que está sentenciado con el municipio lo está con ellos; (1) Pero también tienen derechos que les son personales; en cuanto á estos derechos, no están representados por el municipio, y por lo tanto, no se les puede oponer lo que fué sentenciado con los representantes de la comunidad. (2)

Igual principio se aplica á las sociedades que se consideran como personas civiles: tales son las sociedades de comercio. Resulta de esto que las sentencias que condenan á una sociedad de comercio, en la persona de su gerente, tienen autoridad de cosa juzgada con relación á los socios cuando se trata de negocios sociales. (3) Las sociedades ó las

1 Denegada, 31 de Mayo de 1830 (Dalloz, en la palabra *Propiedad feudal*, núm. 413; 18 de Diciembre de 1866 (Dalloz, 1867, 1, 181).

2 Denegada, 19 de Noviembre de 1838 (Dalloz, en la palabra *Comunidades*, núm. 1,390).

3 Aubry y Rau, t. V, pág. 486, nota 35, y los autores que citan.

asociaciones que no gozan de lo que se llama personificación, quedan bajo el imperio del derecho común, en lo que se refiere á la cosa juzgada. Solo los miembros que figuran en el proceso quedan ligados por la sentencia, aunque los intereses de todos sean los mismos; no basta que haya identidad de intereses para que haya identidad de personas.

6. *De los Cointeresados.*

113. Algunas veces varias personas tienen igual interés en un debate judicial. ¿Es esto decir que la sentencia tendrá autoridad de la cosa juzgada con relación á todos los interesados? No por cierto. Acabamos de dar un ejemplo de ello. Los miembros de una sociedad civil ó de una congregación religiosa tienen todos, como tales, igual interés; sin embargo, no hay ninguna liga jurídica entre ellos; luego uno de los socios no tiene calidad para representar á los demás. Lo mismo sucede en todos los casos en que aquel que está interesado en un debate no está representado en él. La cuestión debe, pues, decidirse en cada caso, según los principios que acabamos de establecer; habrá ó no cosa juzgada, según que la parte que figura en una segunda instancia habrá ó no figurado en la primera.

114. Una sentencia es pronunciada con un gravado antes de la apertura de la substitución: ¿hay autoridad de cosa juzgada para los llamados á suceder? Los llamados no son los legatarios del gravado, pues su derecho les viene del autor de la substitución. Tampoco puede decirse que el gravado tenga derecho en representar á los llamados; la ley no le da este mandato, se lo confía al tutor. Se necesita, pues, que el tutor esté en causa para que las sentencias pronunciadas con el gravado tengan autoridad de cosa juzgada con los llamados; si la sentencia no fué pronunciada con el tutor, no les puede ser opuesta. (1)

1 Proudhon, *Del usufructo*, t. III, pág. 293, núm. 1,314.

115. ¿Las sentencias pronunciadas con el heredero aparente tienen autoridad de cosa juzgada para con el heredero real que más tarde toma posesión de la herencia? Se admite así generalmente; (1) hemos decidido la cuestión en sentido contrario en el título *De las Sucesiones*.

116. ¿Los legatarios á título particular ó á título universal son representados por el legatario universal? Nó, su derecho les viene del testador, aunque deban pedir la entrega de sus legados al heredero instituido. Puede haber identidad de intereses y causas; poco importa lo que ha sido juzgado con el legatario universal, no tiene autoridad de cosa juzgada para con los demás legatarios. Tal sería el caso en que un testamento fuese atacado y anulado por vicios de formas. (2) Así sucedería aunque el testamento dejase un legado á cargo del legatario universal; aunque el legado fuese hecho bajo forma de encargo, constituiría, sin embargo, un derecho distinto de aquel del legatario universal. (3)

117. Se ha presentado un caso muy particular: ¿El que presta su nombre representa al deudor real? La afirmativa ha sido sentenciada, y con razón; se supone naturalmente que el que presta su nombre ha figurado en el proceso, que el deudor real lo sabía y que él fué el que dirigió los debates. Hay más intereses que representación; es en realidad el verdadero deudor quien es parte en la causa, bajo el nombre de la persona ficticia que firmó el vale. Un padre suscribe un vale para su hijo, porque éste no sabía escribir. Esto consta en una acta auténtica reconocida por las partes. El acreedor dirigió su acción contra el padre; pero en realidad, el hijo fué quien defendió en la acción bajo el nombre

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 487, nota 36. Compárese el tomo IX de mis *Principios*, pág. 713, núm. 559.

2 Toullier, t. V, 2, pág. 487, núm. 212 y todos los autores.

3 Sentencia del Tribunal del Sena, 2 de Diciembre de 1864 (Dalloz, 1864, 3, 112).

del padre, y propuso excepciones que le eran personales; el padre fué condenado. Intervino una nueva sentencia que declaró la primera ejecutoria contra el hijo. Recurso de casación. La Corte decidió que la cosa juzgada no estaba violada, porque la primera sentencia no decía que el padre fuera el deudor real; la segunda había, pues, podido declarar que había simulación en el vale, y procedimiento en él. (1)

III. Teoría de la representación imperfecta.

118. Hay una doctrina que admite una representación imperfecta; es decir, que ciertas personas están reputadas haber sido representadas en justicia cuando las sentencias les son favorables, mientras que no están representadas en las sentencias cuando éstas les son desfavorables. Esta teoría no tiene ningún fundamento en nuestros textos; la tradición es incierta, y debe decirse otro tanto de los principios. No discutiremos la cuestión en términos generales. En nuestro concepto, no hay representación imperfecta. ¿Puede concebirse que una persona sea á la vez parte y tercero en una instancia? Esto es como si se dijera que una persona está á la vez presente y ausente en un mismo acto. Esto es contrario á la realidad de las cosas; luego es una ficción. ¿Pertenece al intérprete crear ficciones? No, solo el legislador tiene ese derecho. Si se aparta la ficción, se llega á la consecuencia que la representación no puede ser imperfecta, pero entonces nace una nueva dificultad. ¿Las personas de que se trata están ó no representadas? Los autores están divididos y la jurisprudencia no está fijada. Esta es la parte más difícil de esta difícil materia. Vamos á examinar la cuestión para cada una de las personas que se dicen imperfectamente representadas.

119. ¿El caucionante está representado por el deudor en

1 Denegada, Sala Civil, 26 de Julio de 1848 (Dalloz, 1852, 5, 97).

las instancias en que éste figura? En nuestro concepto, no.

Para decidir la cuestión negativamente, invocaremos el principio general que domina esta materia. No se está representado sino por aquel á quien se sucede, del que se es legatario á título universal ó á título particular, y en este último caso, solo cuando la sentencia es anterior al acta de donde procede el derecho de uno. El caucionante no es por ningún título el legatario del deudor; luego no está representado por él. Se llega á la misma consecuencia cuando se interrogan los motivos de la ley. Es de principio que aquel que no puede atacar los derechos de una persona por convenciones, tampoco puede hacerlo por las sentencias en que figura. El deudor no puede, de seguro, comprometer los derechos del caucionante por convenciones que hiciera con el acreedor; estas convenciones no pueden ser opuestas al caucionante, no le perjudican ni le aprovechan. Lo mismo debe suceder con las sentencias intervenidas entre el deudor y el acreedor. Poco importa que se sentencie que la deuda principal exista ó no; el fallo es extraño al caucionante y no puede perjudicarle; luego tampoco puede aprovecharle. (1)

Se hace una objeción que parece decisiva, la tradición. El Código se limita á formular un principio tradicional; es, pues, por la tradición que debe interpretarse. ¿Qué dice Pothier, guía habitual de los autores del Código? "La dependencia de la obligación de un caucionante de la del deudor principal á la que accedió, hace considerar al caucionante como siendo la misma parte que el deudor principal, con relación á todo lo que está sentenciado en pro ó en contra del deudor." (2) Hé aquí una opinión de apariencia contraria á la que acabamos de enunciar. Pothier dice que

1 Compárese Mourlon, *Repeticiones*, t. II, pág. 857, núm. 1,628.

2 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 908. Esta es también la tradición belga. Van Zutphen, *Diccionario de práctica*, en la palabra *Ejecución*, al título *De la recepción de cauciones*, núm. 13.

el deudor representa al caucionante, que la sentencia sea favorable ó adversa al deudor, y ni siquiera parece considerarse dudosa la cuestión. Pero la doctrina de Pothier no es tan absoluta como parece serlo, pues él apoya que el caucionante puede formular tercera en contra de una sentencia que le oponga el acreedor, lo que prueba que el caucionante es un tercero. Esta restricción destruye toda la doctrina de Pothier; si el caucionante es tercero, no es exacto decir que lo representa el deudor, ambas ideas se excluyen; y si el caucionante no está representado en las sentencias que son adversas al deudor, no puede estar representado en las sentencias que le son favorables, pues es imposible que á la vez sea parte y tercero. Los motivos que da Pothier en apoyo de su opinión, son generales y no soportan ninguna distinción. Es de la esencia de la caución, dice, que la obligación del caucionante depende de la del deudor principal, que no pueda deber más de lo que éste debe; luego también debe lo que el deudor debe, lo que conduce lógicamente á la consecuencia que el deudor representa siempre al caucionante. ¿Pero es la razón decisiva? Pudiera aplicarse al acreedor hipotecario, pues la hipoteca es una dependencia de la deuda principal, tanto como la caución, sin embargo, la doctrina está casi unánime en enseñar que el acreedor hipotecario no está representado por el deudor (núm. 105). Hay que abandonar esta idea de dependencia; aunque su obligación sea accesoria, el caucionante tiene intereses y derechos que le son propios; el deudor no puede lesionar estos derechos por las convenciones que hiciera con el acreedor; luego tampoco lo puede por las sentencias. Se dice en vano que el caucionante solo puede deber lo que debe el deudor y que debe lo que éste debe. Sin duda, suponiendo que la caución exista y sea válida. Y en el caso, el caucionante sostiene precisamente que la deuda por la que se le persigue es nula ó extinguida, y que, por consiguiente, no

es ya caucionante. Es, pues, un círculo vicioso el decir que el caucionante ha sido representado en una sentencia en que figuraba el deudor, cuando pretende que no era caucionante. (1)

Esta argumentación es muy fuerte cuando se trata de sentencias pronunciadas contra el deudor, y que el acreedor quiere oponer al caucionante. Pero cuando la sentencia es favorable al deudor, se pretende que el caucionante debe tener el derecho de oponerla, abstracción hecha de toda representación. La sentencia decide que la deuda no existe ó que está extinguida. Esta sentencia, habiendo sido pronunciada solo con el deudor, el acreedor promueve contra el caucionante y pretende que éste no puede prevalecerse de una sentencia en que no ha sido parte. Concedido; dice el caucionante, pero como caucionante tengo el derecho de poner al deudor en causa, puesto que tengo un recurso contra él; si pagó la deuda, el deudor puesto en causa será condenado. Lo que equivale á decir que el deudor no aprovecharía de la sentencia que obtuvo contra su acreedor; luego para que la aproveche, es necesario que el caucionante la aproveche también. Este raciocinio sedujo á excelentes juriscultos. (2) Sin embargo, tiene poco valor bajo el punto de vista de los principios que rigen la cosa juzgada. La contrariedad de decisiones pronunciadas en dos instancias en que figuran personas diferentes, es la inconsecuencia inevitable de la ley que exige la identidad de personas para que haya la presunción de verdad ligada á la cosa juzgada.

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 638, núm. 328 bis XXIX. Compárese Mourlon, t. II, pág. 857, núm. 1,628. En sentido contrario, Proudhon, *Del usufructo*, t. III, pág. 299, núm. 1,324; Troplong, *De la caución*, núms. 511 y 512. Larombière tiene otro sistema que conduce á la misma conclusión, t. V, pág. 283, núm. 100 (Ed. B., tomo III, pág. 261).

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 487, nota 39. Marcadé, t. V, pág. 200, núm. 13 del artículo 1,351. Valette, en Mourlon, t. II, pág. 858, número 1,629. Dijon, 16 de Julio de 1862 (Daloz, 1862, 2, 146).

El interés de la defensa es un derecho sagrado y es decisivo en lo que concierne al acreedor. El acreedor tiene dos acciones: puede promover contra el deudor y después contra el caucionante; si fracasa en su acción contra el deudor, debe tener el derecho de perseguir al caucionante; si éste debe aprovechar de la primera sentencia, debe intervenir en ella. ¿Puede abstenerse y decir: no promuevo, pero si la sentencia es favorable la rechazo, y si es adversa, la invoco? La lógica y el sentido común rechazan esta división de la cosa juzgada. El acreedor puede contestar al caucionante: Sois parte en la instancia contra el deudor, ó no lo sois; si lo sois cuando la sentencia os es favorable, debeis serlo también cuando os es adversa.

La objeción que se ha hecho en interés del deudor, tiene apariencia de equidad; liberado en virtud de una sentencia, ¿puede á pesar de la sentencia, estar obligado á pagar? Contestarémus que debía poner en causa al caucionante con el fin de que la sentencia fuera común. Esta es la vía legal, y no conocemos otra. M. Colmet de Santerre reconoce y establece muy bien que el caucionante no puede oponer la cosa juzgada al acreedor que lo persigue después de haber fracasado en su acción contra el deudor; pero cree que puede prevalecerse del art. 2,037, según el cual el caucionante queda descargado cuando la subrogación á los derechos hipotecarios y privilegios del acreedor no puede ya operarse en favor del caucionante por el hecho del mismo acreedor; el acreedor, dice, persiguiendo al deudor, ha cumplido un hecho que por su resultado hace imposible la subrogación del caucionante en los derechos contra el deudor; luego el caucionante está descargado. (1) Dudamos que el art. 2,037 sea aplicable al caso; supone dicho artículo que la deuda subsiste y que el acreedor ha renunciado á las garantías accesorias que aseguraban su pago; garantías por razón de las

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 640, núm. 328 bis XXX.

que el caucionante ha contraído su obligación. Y cuando el acreedor promueve contra el caucionante después de haber fracasado contra el deudor, no puede decirse que por hecho suyo la deuda está extinguida así como las acciones; sostiene al contrario contra el caucionante, como lo hizo contra el deudor, que la deuda y la caución subsisten; no se trata, pues, aquí de la hipótesis del art. 2,037.

La Corte de Casación se ha pronunciado por la doctrina de Pothier, pero con una restricción que éste no admite; de manera que la jurisprudencia consagra una opinión que no está en la tradición y que no es tampoco la de la representación imperfecta. Si el caucionante, dice la Corte, opone al acreedor los medios que el deudor le opuso ó podía oponerle, solo usa del derecho que le pertenece; fué, pues, representado por el deudor; pero si invoca excepciones personales no está representado por el deudor. (1) Esta distinción fué propuesta por Daniels; parece muy racional; sin embargo, está en oposición con los principios que sirven de fundamento á la cosa juzgada. Se podía objetar á todos los legatarios el raciocinio de Daniels; lo más á menudo no tienen otros medios que proponer sino los de su autor, lo que no impide que hagan valer de nuevo las excepciones que desechó la primera sentencia. Deben, pues, abandonarse los medios de que las partes se sirven en ambas instancias para solo considerar una cosa: ¿Fué el caucionante parte en el primer proceso ó no lo fué? Decimos que el sistema de la Corte de Casación no es el de Pothier; en efecto, éste concede siempre la requisición civil al caucionante, cuando la sentencia ha sido desfavorable al deudor, mientras que la Corte exige que haya fraude. (2) La jurisprudencia no tiene, pues, nin-

1 Casación, 27 de Noviembre de 1814 (Dalloz, en la palabra *Caución*, núm. 118, 1^o) Compárese Bruselas, 18 de Octubre de 1823 (*Pasierina*, 1823, pág. 514).

2 Denegada, 11 de Diciembre de 1834 (Dalloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 266).

gún apoyo en la tradición, y se encuentra en oposición con los principios de la cosa juzgada.

120. ¿El deudor solidario representa á sus codeudores? Contestamos negativamente por el motivo que acabamos de dar para la caución. ¿Las convenciones de uno de los deudores tendrían efecto con relación á los demás? Nó, pues las sentencias en que figura éste, son igualmente sin efecto con relación á sus codeudores. Esto nos parece decisivo. Sin embargo, la cuestión está controvertida, y hay motivos para dudar, que no existen para la caución.

Se nos opondrá primero la doctrina tradicional acerca de la solidaridad: Considera á los codeudores como mandatarios los unos de los otros, y concluyo de esto, que este mandato les da derecho para representarse en justicia. Cuando varias personas se obligan solidariamente, dice Toullier, entran en sociedad en cuanto al objeto de esta deuda. Se encargan mutuamente, por un mandato tácito pero real, de pagar las unas por las otras. Aquel de los deudores que paga solo la deuda de que se trata, obra, pues, tanto para él como para los que paga la parte. Si reconoce solo la deuda, lo hace tanto en su nombre propio como en nombre de sus codeudores, en virtud de su mandato tácito. Así, promoviendo contra uno solo, el acreedor lo hace contra el mandatario de todos. La sentencia que interviene debe, pues, producir su efecto contra todos, como en favor de todos. (1) La jurisprudencia está en este sentido. (2)

Contestamos que esta opinión sobrepasa y exagera la teoría tradicional de la solidaridad. Pothier admite que los codeudores solidarios son socios y mandatarios para conservar la deuda, pero no tienen poder para aumentarla. No puede,

1 Toullier, t. V, 2, pág. 171, núm. 202. Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Cosa juzgada*, pfo. XVIII, núm. 2 (t. III, pág. 317).

2 Casación, 14 de Agosto de 1811 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 268). Dijon, 26 de Diciembre de 1871 (Daloz, 1871, 2, 194).

pues, decirse como lo hace Merlin, que los codeudores solidarios formen una sola y misma persona. Si hay mandato, este mandato está limitado, y hay que restringirlo á los casos previstos por la ley. Esto es tanto más necesario cuanto que los autores no han seguido en todos los puntos á su guía habitual, Pothier; han abandonado su doctrina por lo que toca á las demandas de intereses (art. 1,207); de manera que el Código no tiene principio absoluto en esta materia; se debe, pues, atenerse á los textos, sin extenderlos á los casos que la ley no decide.

Esto es contestar de antemano á los argumentos que se toman en los textos: Hay además una respuesta general que hacer á esta argumentación. Los artículos que se citan suponen que la solidaridad es constante y determinan sus defectos. Nosotros suponemos al contrario, que la existencia de la deuda ó de la solidaridad está contestada en la instancia emprendida entre uno de los codeudores y el acreedor. ¿Cómo podrá el deudor representar á sus codeudores cuando niega que existen codeudores? Aunque el objeto del litigio permitiese considerar á los codeudores como mandatarios, debería rechazarse la idea del mandato: Ellos son siempre mandatarios ó no lo son nunca. Si no lo son cuando se trata de existencia de una deuda, tampoco lo son en cualquier otro proceso. Se invocan los arts. 1,206 y 2,249, en virtud de los que las promociones hechas por uno de los codeudores solidarios interrumpen la prescripción para con todos. Inducir de esto que los deudores solidarios tienen siempre y de una manera absoluta el derecho de representarse los unos á los otros, es sobrepasar la ley. Para no obligar al acreedor á promover contra todos los deudores cuando quiere interrumpir la prescripción, la ley le permite conservar sus derechos promoviendo contra uno solo. Otra cosa es un debate judicial, en el que cada uno debe tener el derecho

de hacer valer sus pretensiones. En la interrupción de prescripción, los deudores permanecen pasivos en este sentido que el acreedor manifiesta simplemente la voluntad de conservar su derecho; y cuando un deudor reconoce la existencia de la deuda, no hace otra cosa sino comprobar este hecho. No pasa así en un debate judicial; aquí, el derecho de defensa está en juego. Esto es lo que se olvida muy á menudo en las discusiones acerca de la cosa juzgada, y esto es, sin embargo, el principio en el que descansa la tercera condición exigida por el art. 1,351, la identidad de las partes. Se concibe que la interrupción de la prescripción respecto á uno de los deudores solidarios compruebe suficientemente que la prescripción está interrumpida para con todos; es decir, que el acreedor no renuncia á sus derechos; pero cuando se trata de litigar, cada uno de los deudores debe tener el derecho de defender sus intereses.

El art. 1,207, se dice, decide lo contrario: El acreedor pide los intereses contra uno de los deudores; de donde resulta que los intereses continúan corriendo contra los demás. Se aparta la objeción diciendo que el art. 1,207 deroga á los principios tales como Pothier los enseñaba, y no puede estenderse una disposición que no tiene fundamento jurídico. Hay que hacer, además, otra respuesta: La demanda de intereses hecha en justicia, no es otra cosa que un apremio; es decir, la comprobación de un hecho; el deudor, desde que hay deuda, no puede concluir á que los intereses corran. Luego no hay debate, no hay proceso, y por lo tanto, no es necesario que intervengan todos los deudores. ¿Para qué llamarlos en una causa en la que nada tienen que decir?

En fin, se opondrá el art. 1,208 que permite á cada uno de los codeudores oponer las excepciones comunes á todos. La objeción confunde los hechos jurídicos, en los que no hay ningún litigio, con los debates judiciales. Si uno de los deu-

dores paga la deuda, los demás pueden prevalecerse del pago; esto supone que el pago es constante, y no hay que decir que si ya no hay deuda, tampoco hay ya deudores. Pero si el pago fuese contestado por el acreedor, la sentencia que intervendría, ¿podría ser opuesta á los demás codeudores? Esta cuestión es enteramente diferente de la que está decidida por el art. 1,208: La decide el art. 1,351. De que me pueda yo prevalecer del pago hecho por mi codeudor, no se puede inducir por cierto que yo esté ligado por las sentencias que intervinieron entre uno de mis codeudores y el acreedor. Aquí, el derecho de defensa está en juego, y este derecho exige que pueda sostener mis pretensiones por mí mismo, á menos que haya sido representado en el proceso; y de que yo pueda oponer la extinción de mi deuda á consecuencia del pago, no puede seguramente inducirse que estoy representado en una instancia judicial por mis codeudores. (1)

Restanos hacer constar una opinión intermedia entre las soluciones que desechan y las que admiten la cosa juzgada de una manera absoluta. Se conviene, en esta opinión, en que las sentencias desfavorables al deudor no pueden ser opuestas á los codeudores, pero se sostiene que éstos pueden prevalecerse de las sentencias favorables. Hay, en este último caso, un motivo de duda análogo al que se invoca en favor del caucionante. Si los codeudores de aquel en provecho de quien ha sido pronunciada la sentencia pudieran ser accionados por el total y condenados á pagar toda la deuda, el recurso que ejercitarían contra su codeudor quitaría á éste el beneficio de la sentencia. De esto se concluye que la sentencia pronunciada con uno de los codeudores, debe aprovechar á los demás en los límites de la parte de su

1 Colmet de Sauter, t. V, pág. 635, núms 328 bis XXIV y XXV. En sentido contrario, Casación, 11 de Enero de 1839 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,422). Limoges, 19 de Diciembre de 1842. (Dalloz, *ibid.*, núm. 1,404).

codeudor. (1) Hemos desechado esta división de la cosa juzgada cuando se trata del caucionante; por iguales motivos la desechamos en materia de solidaridad. Merlin dice que el sentido común se opone á que los codeudores se aprovechen de la sentencia que les fuese favorable y que puedan rechazarla cuando les fuese adversa. En nuestro concepto, esta división de la cosa juzgada, está tanto en oposición con el derecho como con el sentido común. ¿Puede concebirse que los codeudores se den mandato para ganar un proceso y no tener mandato para perderlo? El resultado de un proceso nunca puede ser previsto, no debe, pues, tenerse en cuenta. ¿Si hay mandato para litigar, deben aceptarse todas las resultas del proceso, así las malas como las buenas; sino hay mandato para perder un proceso, no lo puede haber para ganarlo. Pero tal es la incertidumbre que reina en las cuestiones que discutimos, que los mejores autores se contradicen y parecen acusarse de absurdo. Merlin dice que la distinción entre las sentencias favorables y las desfavorables, no tiene sentido común. Aubry y Ran la defienden como la única en armonía con los verdaderos principios. Nosotros creemos que Merlin tiene razón, sin atrevernos á decir como él que la opinión es absurda.

121. ¿El coacreedor solidario representa á sus coacreedores? Esta cuestión presenta nuevas dudas. El Código ha derogado el derecho romano en lo que concierne á los derechos de los coacreedores solidarios: no les reconoce ya el derecho de disponer del crédito; solo son simples socios quienes con este título tienen el poder de hacer lo que es útil para todos. ¿Tienen el poder de litigar? Es seguro que la sentencia que se promoviera contra un acreedor solidario, no podría ser opuesta á los demás. Decimos que esto es seguro si se atiende uno á los principios que acabamos de re-

1 Durantou, t. XIII, pág. 556, núms. 519 y 520. Aubry y Ran, tomo VI, pág. 488, nota 41. Marcadé, t. V, pág. 199, núm. 13 del artículo 1,351. Valette, en Mourlon, t. II, pág. 858, núm. 1,630

cordar. (1) Si no tienen mandato para perder el proceso, no lo pueden tener para ganarlo. En vano se dirá que los coacreedores pueden hacer lo que es útil para todos, esto supone una acta que sea favorable; pero no se da mandato para ganar un proceso, se da para litigar, lo que implica la suerte de perder. El mandato para litigar, así entendido, no puede pertenecer á los acreedores solidarios; en efecto, solo aquellos que tienen poder para disponer, son los que pueden litigar; precisamente litigando se corre el riesgo de perder lo que se reclama. Esto decide la cuestión, según nuestro parecer.

La cuestión está controvertida. Merlin enseña como una cosa no dudosa, que las sentencias pronunciadas en pro ó en contra de un acreedor solidario, tienen autoridad de cosa juzgada en pro ó en contra de los coacreedores. Se funda en la teoría del mandato. (2) Pero el mandato es limitado, y de que uno de los acreedores tiene derecho para recibir el pago de la deuda, ¿puede concluirse que también lo tenga para representar en justicia á sus coacreedores? M. Colmet de Santerre llega á la misma conclusión por otra vía que nos parece muy dudosa. Funda la solidaridad entre coacreedores en el interés del deudor que lo exige con el de evitar promociones multiplicadas por parte de sus acreedores; no se llegaría á este fin si los diversos coacreedores pudieran renovar el proceso que uno de ellos hubiera perdido contra el deudor. De esto concluye que los acreedores solidarios tienen mandato para perder el proceso; de donde la consecuencia que tienen también para ganarlo; es decir, que tienen el poder de representarse en justicia. (3) Hemos dicho en otro lugar, que los acreedores solidarios no tienen

1 Lo hemos decidido en este sentido. t. XVII, pág. 311, núm. 271.

2 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Cosa juzgada*, párrafo XIII, núm. 1, (t. III, pág. 316). Compárese Toullier, t. V, 2, página 173, núm. 204.

3 Colmet de Santerre, t. V, pág. 638, núm. 328 bis XXVII.

poder para perder los procesos en nombre de sus coacredores; es inútil insistir en estos debates. Duranton, Aubry y Rau y Larombière, distinguen entre las sentencias favorables y las sentencias adversas. (1) Nosotros desechamos la distinción para los acreedores solidarios, como la hemos desechado para el caucionante y los deudores solidarios, por identidad de motivos.

122. Los deudores y los acreedores de una cosa indivisible, ¿se representan los unos á los otros? Aunque la cuestión está controvertida, la negativa no nos parece dudosa. Recordaremos la teoría de la indivisibilidad. Los deudores deben pagar cada uno toda la deuda, y cada uno de los acreedores puede pedir el pago por el total. ¿Es esto decir que cada deudor deba pagar el total y que la cosa queda debida por el todo á cada acreedor? No hay ninguna liga jurídica entre los deudores ni entre los acreedores; luego no puede tratarse de un mandato que se den para litigar. Se está, por consiguiente, bajo el imperio del derecho común que permite á cada uno sostener sus derechos en justicia. (2) Se objeta la tradición: la indivisibilidad del derecho, dice Pothier, hace considerar á todos los deudores ó á todos los acreedores como una misma parte. (3) Esto se llama decidir la cuestión por la cuestión. La dificultad está precisamente en saber si los deudores ó los acreedores son una misma parte, y no es afirmando que lo son como se prueba el hecho. Observemos también que Pothier es consecuente, ó cuando menos, la antigua jurisprudencia que él relata sin criticarla, era inconsecuente. Según nuestros usos, dice él, la sentencia pronunciada contra un acreedor de un derecho indivisible, puede ser opuesta á los demás; pero pueden firmar tercera sin

1 Duranton, t. XIII, pág. 560, núm. 521. Aubry y Rau, t. VI, página 488, nota 40, y t. IV, pág. 17, nota 10 (de la 4ª edición). Larombière, t. I, pág. 573, núm. 15 (Ed. B., t. I, pág. 32).

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 638, núm. 328 bis XXVI y XXVIII.

3 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 907.

estar obligados á probar que hubo conclusión fraudulosa entre el acreedor y el deudor. Esto prueba que son terceros, y lo son; es imposible que sean partes. Hay autores modernos que repiten lo que dice Pothier, sin agregar motivo alguno. (1)

La Corte de Casación se ha pronunciado en favor de la misma opinión. (2) No podemos discutir una opinión que no está motivada. Los editores de Zachariæ, consecuentes con sus principios, aplican á la indivisibilidad, la distinción de las sentencias favorables y adversas; (3) como no dan razón especial para las obligaciones indivisibles, nos limitamos á trasladar al lector á lo que fué dicho más atrás.

Nuevas dificultades se presentan en la aplicación del principio. Un derecho es reclamado contra uno de los copropietarios por indiviso. Si la contestación porta sobre el derecho de propiedad que es divisible, la solución no es dudosa. Aunque haya indivisión, cada uno de los comuneros tiene un derecho distinto, independiente del de los demás; cada uno promueve, pues, por su cuenta, y no puede tratarse aquí de representar á los demás; el interés de los comuneros es el mismo; es verdad, y la cuestión para decidir con relación á cada uno de ellos es idéntica, pero esto no basta para que haya identidad de personas. Cada uno de los comuneros tiene un derecho que defender, y el derecho de defensa se sobrepone, aunque debiera resultar una contrariedad de sentencias.

Si un derecho indivisible es reclamado sobre un fundo indiviso contra uno de los copropietarios, ¿habrá cosa juzgada para con todos? Los autores están divididos; creemos que uno de los copropietarios no representa á los demás. Cuando la sentencia es desfavorable, hay un motivo perentorio para

1 Toullier, t. V, 2, pág. 174, núm. 206. Larombière, t. II, páginas 197, núms. 121 y 122 (Ed. B., t. III, pág. 269).

2 Denegada, Sala Civil, 19 de Diciembre de 1832 (Dalloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 269).

3 Aubry y Rau, t. VI, pág. 489, nota 42, pfo. 769.

desechar la cosa juzgada. Uno de los copropietarios no podría hacer una convención en perjuicio de los demás, y no puede contraer judicialmente á su perjuicio. Y si no representa á los demás comuneros para perder el proceso, no puede representarlos para ganarlo. (1) Toullier y Pardessus admiten la cosa juzgada en virtud del principio de la indivisibilidad; (2) hemos de antemano contestado al argumento. Duranton y los editores de Zachariæ, reproducen su distinción entre las sentencias favorables y las sentencias adversas. (3) Creemos inútil renovar este debate.

123. La misma dificultad se presenta cuando una sentencia es pronunciada con un propietario bajo condición rescisoria. Si la condición se realiza, ¿tendrá la sentencia autoridad de cosa juzgada con relación al propietario que á consecuencia de la rescisión nunca dejó de ser propietario? La mayor parte de los autores aplican á esta cuestión la distinción de la representación imperfecta. Todos están de acuerdo en decidir que las sentencias promovidas durante el tiempo en que la condición está en suspenso, no pueden ser opuestas al propietario: ¿Cómo aquel que jamás tuvo derecho en la cosa, pudiera perjudicar por sentencias ó convenciones á aquel que solo tenía el derecho para litigar y contraer? En nuestro concepto, el mismo principio debe recibir su aplicación á los casos en que la sentencia es favorable: no entendemos que aquel que está sin derecho tenga calidad para representar á aquel que lo tiene. Para reconocerle un derecho, hay que recurrir á presunciones y suponer que el propietario que vende su fundo con condición rescisoria da al adquirente el mandato de administrar y conservar; es

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 633, núm. 238 bis XXI, y página 634, núm. 238 bis XXII.

2 Toullier, t. V, 2.º pág. 174, núms. 267 y 268. Pardessus, *De las servidumbres*, t. II, núm. 334.

3 Duranton, t. XIII, pág. 570, núm. 528. Aubry y Rau, t. VI, páginas 489 y siguientes.

claro que el adquirente tiene el derecho de administrar, como tiene el de disponer; pero todas las actas que hace, quedan rescindidas cuando la condición rescisoria se cumple; y si las convenciones están rescindidas, ¿cómo podrían ligar las sentencias al propietario? No insistimos, porque hemos examinado la cuestión de principio al tratar de las condiciones. (1)

124. ¿El usufructuario es representado por el propietario en cuanto al usufructo, y éste está representado por el usufructuario en cuanto á la propiedad? Iguales controversias. Los partidarios de la representación imperfecta abdican su distinción y resuelven que hay representación para los juicios favorables y que no la hay para los adversos. (2) Hemos dado en otra parte nuestra opinión acerca de esta cuestión. (3)

125. En fin, se aplica la misma distinción á las sentencias pronunciadas con el antiguo propietario cuando las instancias han sido promovidas desde la época en que enajenó sus derechos. Todos admiten que estas sentencias no pueden perjudicar á los legatarios á título particular. Pero los partidarios de la representación imperfecta sostienen que las sentencias favorables les aprovechan. (4) No admitiendo el principio, desechemos la aplicación que se hace á este caso. La única razón que se da nos importa poco. Si el adquirente, se dice, no fuera autorizado para prevalecerse de estas sentencias, quedarían sin efecto, aun en lo que con-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 634, núm. 328 bis XXIII. En sentido contrario, Duranton, t. XIII, pág. 543, núms. 509 y 510; Proudhon, *Del usufructo*, t. III, pág. 325, núm. 1,353; Larombière, t. V, pág. 298, núms. 112 y 113 (Ed. B. t. III, págs. 266 y 267); Marcadé, t. V, págs. 197 y siguientes.

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 487, nota 38. Marcadé, t. V, pág. 197, núm. 13.

3 Véase el tomo VII de mis *Principios*, págs. 67-70, núms. 46-48.

4 Aubry y Rau, t. VI, pág. 491, nota 45, pfo. 769.

cierno al antiguo propietario, puesto que el adquirente, si fuera vencido en una segunda sentencia, tendría recurso contra su autor. Esta es una objeción análoga á la que se hace para las sentencias pronunciadas contra el dendor principal ó con un codendor solidario, y la contestación es la misma. El antiguo propietario no tiene ninguna calidad para representar á su legatario, toda vez que ha transferido la propiedad. Si quiere ponerse al abrigo por un recurso por garantía, debe poner en causa al sucesor á quien transmitió sus derechos.

Núm. 3. Misma calidad.

126. El art. 1.351, después de haber dicho que la demanda debe ser formulada entre las mismas partes, agrega: «Y formulado por ellas y contra ellas en la misma calidad.» Esto no es una cuarta condición prescripta para que haya cosa juzgada, es una explicación que completa la condición que acabamos de explicar; la identidad de personas y la identidad de calidad, constituyen una sola y misma condición, la identidad de las personas jurídicas. En derecho, se considera á la persona jurídica y no á la persona física. Cuando el tutor figura en una primera instancia como representante de su pupilo y que figura en una segunda instancia en su propio nombre, siempre es la misma persona física la que promueve; pero las personas jurídicas difieren: en la primera instancia, es el menor el que promueve representado por su tutor; en la segunda, el menor no está en causa, no es un tutor el que figura, es otra persona jurídica. (1) Y desde que la persona es diferente, las sentencias pronunciadas con otra persona jurídica no tienen, con relación á ella, la autoridad de cosa juzgada, aunque hubiera identidad de objeto y de causas: La cuestión que se debatirá en la segunda instan-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 629, núm. 328 bis XIII.

cia será idéntica, pero poco importa; aquel que figura en el segundo proceso tiene el derecho de sostener sus pretensiones; podrán resultar de ello sentencias contradictorias, pero el derecho sagrado de la defensa sobrepasa este inconveniente. En contra, si la persona jurídica es la misma y que solo exista una diferencia en el modo de ejercer el derecho que resulte del crédito, habrá cosa juzgada, sí; por lo demás, hay identidad de objeto y de causa. (1)

127. El principio se aplica sin dificultad al tutor así como á todo mandatario convencional, legal ó judicial. Esto es elemental, aunque algunas cortes de apelación se hayan equivocado, y que la cuestión haya sido llevada más de una vez ante la Corte de Casación. Pablo, en calidad de tutor, formula contra mí una demanda por abandono de una herencia; suenmbe. Más tarde, reivindica esta herencia contra mí en su nombre personal. ¿Puedo oponerle la excepción de cosa juzgada? Se hace esta cuestión en un curso elemental de derecho; no debiera llevarse ante los tribunales, pues está decidida por el texto del Código: Donde no hay identidad de personas jurídicas, no puede ser cuestión de cosa juzgada. (2)

La jurisprudencia ha hecho numerosas aplicaciones de este principio; como ninguna es dudosa, nos limitaremos á citar algunos ejemplos. (3) Renuncio á la sucesión de mi padre; obtengo después en calidad de heredero materno, una sentencia pasada á autoridad de cosa juzgada. Más tarde, usando del derecho que la ley me concede, me retracto de mi renuncia; de manera que, vuelvo á tomar la calidad de

1 Denegada de la Corte de Casación de Bélgica, 17 de Abril de 1845 (*Pasicrisia*, 1846, 1, 471).

2 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 897. Duranton, t. XIII, págs. 534, núm. 499, y todos los autores.

3 Véanse las sentencias en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núms. 283.285. Hay que agregar Lieja, 25 de Noviembre de 1829 (*Pasicrisia*, 1829, pág. 296). Casación 30 de Enero de 1872 (Dalloz, 1874, 1, 100).

heredero paterno, y actuó á ese título por la misma razón que fué objeto en la primera sentencia. ¿Puedo oponer esta sentencia á un adversario? La Corte de Casación decidió la cuestión negativamente, y esto no da lugar á duda alguna. En el primer proceso, procedía como heredero materno, ejercitando solo los derechos de ésta; en el segundo actuó como heredero paterno, y solo promoví con esta cualidad ejercitando solo los derechos de mi padre. Luego las partes no eran las mismas en ambos procesos: en el uno figuré como representante de mi madre; en el otro como de mi padre, esto es decisivo y no hay cosa juzgada. (1)

Puesto que una Corte de Apelación se equivocó, hay que perdonar á los jueces de paz cuando se equivocan. En una primera acción, un alcalde había promovido sin la autorización del consejo municipal. El mismo alcalde promovió después, no ya en nombre personal, sino en virtud de una liberación del consejo. Nueva instancia. ¿La primera sentencia tenía autoridad de cosa juzgada para con el alcalde? No, dice la Corte de Casación, pues en la primera instancia no había promovido como representante del municipio, mientras que en la segunda instancia promovía como tal. (2)

128. Lo que equivoca en estas delicadas materias, es que el interés de la parte que promueve con diferentes cualidades, puede ser idéntico; y está uno inclinado á creer que donde hay identidad de interés, debe haber cosa juzgada. El error es evidente. Venta de un terreno: El comprador se compromete á no establecer un hotel en la casa que tiene intención de construir y que está ya comenzada. Sin embargo, establece en ella una vinata. Acción tendiendo á la clausura

1 Casación, 7 mesidor, año VII (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, útm. 283, 1°). Compárese Denegada, Sala Civil, 3 de Mayo de 1841 (Daloz, *ibid.*, núm. 283, 4°) y 28 de Agosto de 1849 (Daloz, 1850, 1, 57).

2 Casación, 17 de Noviembre de 1823 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 284, 1°). Compárese Casación, 19 de Noviembre de 1823 (Daloz, *ibid.*, núm. 284, 4°).

ra de este establecimiento. Se intenta, no por el vendedor, sino por un tercero en virtud de un pretendido pacto de familia que no consigue probar. Su demanda es desechada. Se hace después caer los derechos del vendedor, y demanda en una segunda instancia la clausura de la vinata como cesionario. Se le opone la cosa juzgada. La Corte de Lyon sentenció muy bien que el requerido proceso era promovido por una persona diferente, puesto que el demandante figuraba como cesionario del vendedor, el cual no estaba en causa en la primera instancia. Esto era decisivo. Además, la causa difería, puesto que la segunda demanda se fundaba en una cesión consentida por el vendedor, mientras que la primera se basaba en un pacto de familia. (1)

129. En la sentencia que acabamos de relatar, el demandante había adquirido su nuevo título posteriormente á la sentencia que desechara su primera demanda. ¿Qué debe resolverse si el demandante poseyera ya ambas cualidades, cuando la introducción de la primera demanda? La cuestión presenta sus dificultades. Si en el caso juzgado por la Corte de Lyon, el demandante hubiese sido cesionario cuando la primera instancia, hubiera tenido dos cualidades, la que le era personal como parte en el pretendido pacto de familia, y la que procedía del vendedor. Teniendo dos cualidades diferentes, podía promover en la primera, y después, prevalecerse de la segunda. ¿Se dirá que debía promover simultáneamente con una y otra cualidad? Contestaremos que ninguna ley lo exige así, ni para aquel que puede obrar con varias cualidades diferentes, ni para aquel que puede pedir la misma cosa en virtud de causas diversas (núm. 84).

Sin embargo, se enseña que si ambas cualidades se hallaban ya confundidas en el momento de la introducción de la primera instancia, había cosa juzgada, aun para la cualidad de que no se hubiera prevalecido el demandante en el pri-

1 Lyon, 30 de Diciembre de 1870 (Daloz, 1871, 2, 137).

mer proceso. Hé aquí el caso propuesto por Toullier. Un hijo único, heredero puro y simple de su padre y de su madre, formula contra mí, en calidad de heredero de su padre, una demanda que es desechada por una sentencia pasada á autoridad de cosa juzgada. Sucumbe, y después intenta la misma acción en calidad de heredero de su madre. Se le podrá rechazar por excepción de cosa juzgada, dice Toullier. En este caso no admitimos la solución; nace de los principios que rigen la aceptación pura y simple de una herencia; los derechos del difunto se confunden con los del heredero; heredero puro y simple de su padre y de su madre, no tiene dos cualidades diferentes, las de heredero paterno y de heredero materno; estas cualidades se han confundido en su persona, y solo tiene una, la de acreedor. Hay, pues, identidad de persona. (1) Pero pudiera haber diversidad de causas: Si el crédito del padre y el de la madre, tuvieran causas diferentes, no hubiera cosa juzgada. Esto es el derecho común. (2)

No debe, pues, asentarse como regla absoluta, que la coexistencia de dos cualidades cuando la introducción de la primera instancia impide al demandante el formular sucesivamente la misma acción, con una cualidad diferente. Tal parece, ser sin embargo, el concepto de la Corte de Casación. En una primera instancia figura una persona que tiene dos cualidades distintas: Es donataria de su padre y donataria de su madre. Estas dos cualidades le dan derechos contradictorios; por el lado de la madre, el demandante puede reclamar la dote de ésta; por el lado de su padre, está autorizado á pretender que la dote había sido pagada. La Corte indujo de esto que estaba obligado á optar entre

1 Toullier, t. V, 2, pág. 179, núm. 214. Compárese Marcadé, t. V, pág. 189. Aubry y Rau, t. VI, pág. 393, nota 52.

2 Compárese Nimes, 29 de Diciembre de 1841 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 191).

estas pretensiones contrarias, y que escogiendo una de ellas, renunciaba forzosamente á la otra; no podrá, pues, por sí ó por sus hijos que lo representaban, litigar dos sistemas diametralmente opuestos. (1) No quisiéramos erigir esta decisión en principio. Aquel que tiene dos derechos, puede ejercerlos sucesivamente, sin que se le pueda oponer la cosa juzgada; esto es incontestable cuando ambos derechos resultan de dos causas diferentes. ¿Por qué no pasaría lo mismo cuando se tienen dos diferentes cualidades? En el caso sentenciado por la Corte de Casación, había dos circunstancias particulares. Desde luego, la Corte hace constar que el demandante tenía ambas cualidades cuando la introducción del primer proceso, y que en aquella época las había tomado expresamente á las dos en sus conclusiones; y no se puede, en una sola y misma instancia, sostener el pro y el contra, en virtud de dos cualidades que se toman; se debe necesariamente optar, y después de haber optado, no se puede retractar esta objeción. La sentencia está, pues, fundada en las circunstancias particulares del negocio.

130. El heredero beneficiario no confunde sus derechos con los del difunto. Es, pues, persona distinta según promueve, como heredero beneficiario, representando la sucesión; es decir, á los acreedores ilegatarios, y cuando promueven en virtud de un título que les es personal. Una primera sentencia, condena al heredero beneficiario como tal; en una segunda sentencia, el heredero beneficiario figura ya no con este título, sino como acreedor hipotecario, teniendo una hipoteca en los inmuebles de la sucesión, cuyo precio debía ser distribuido entre los diversos inscriptos. La Corte de Casación sentenció, y la cuestión no es dudosa, que no se podía oponer la primera sentencia al heredero, promoviendo por sí como acreedor. (2)

1 Denegada, 30 de Junio de 1856 (Daloz, 1857, 1, 93).

2 Denegada, Sala Civil, 26 de Abril de 1852 (Daloz, 1852, 1, 131).

§ III.—EFECTO DE LA COSA JUZGADA.

Núm. 1. Presunción de verdad.

131. La autoridad de la cosa juzgada está fundada en una presunción de verdad ligada a la sentencia. Toda presunción legal es una probabilidad, pero solo el legislador tiene poder para erigir una probabilidad en presunción. De donde el principio de interpretación que las presunciones legales son de la más estricta interpretación. La Corte de Douai ha aplicado el principio a la cosa juzgada: "Por su misma naturaleza, dice, la excepción de la cosa juzgada es esencialmente restrictiva; es decir, que no debe hacerse aplicación de ella sino en los casos previstos por la ley, y cuando no hay ninguna duda posible acerca de su existencia. (1)

132. El mismo principio se aplica a los efectos de la cosa juzgada; pero debe combinarse con otro principio que lo modifica, es que la cosa juzgada puede ser implícita, como lo hemos dicho más atrás (núm. 34). De esto se sigue que no debe apegarse a la letra de la sentencia; la autoridad de la sentencia se extiende a todo lo que es una consecuencia necesaria de la decisión. Reivindico la propiedad de un fundo y obtengo en la causa. Reclamo en seguida los frutos percibidos por el poseedor vencido. ¿Hay cosa juzgada en cuanto a la obligación de restitución? La afirmativa es segura, pues la sentencia que decide que el poseedor no es propietario, decide implícitamente que se le condena a restituir los frutos. El mismo principio recibe su aplicación a las cuestiones de estado. Reclamo el estado de hijo legítimo, y el juez me reconoce dicho estado. Decide implícitamente por esto que tengo los derechos ligados a la legitimidad; no tiene necesidad de deducir esta consecuencia porque la ley

1 Douai, 4 de Febrero de 1836 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 2937).

lo hace, y la consecuencia es inseparable del principio. Se entiende que el efecto de la decisión está limitado a las partes que están en causa y que han contestado mi legitimidad, y para las que ha sido sentenciado que soy hijo legítimo. (1) ¿Cuándo hay decisión implícita? Hemos examinado esta cuestión (núms. 34-37). En el caso siguiente, fué resuelto que no había decisión implícita y, por tanto, cosa juzgada. Acción de partición de bienes dependiendo de una comunidad disuelta. Sentencia que ordena y dispone que tendrá lugar según las bases del inventario. Esta sentencia no tiene autoridad de cosa juzgada acerca del punto de saber si un inmueble mencionado en el inventario como bien de la comunidad pertenece a ésta ó si es un propio del esposo sobreviviente. Luego éste puede reclamar como bien personal el bien asignado en el inventario como de comunidad. Para que haya cosa juzgada, dice la Corte de Casación, es menester que la cuestión de que es objeto el segundo litigio haya sido realmente juzgada cuando el primer debate, sea explícitamente, sea cuando menos de un modo virtual é implícito. Y el primer juez no pudo juzgar sino la cuestión de partición; diciendo que la partición tendrá lugar según las bases del inventario, no entendió que el inmueble, objeto del litigio, era una ganancial ó un propio; esta cuestión es enteramente diferente de la que le fué sometida; luego no pudo decidirla implícitamente. (2)

133. La cuestión de saber si hay decisión implícita, es á menudo muy difícil. Deben aplicarse los principios generales que hemos asentado al explicar en qué consiste la identidad del objeto. Una primera sentencia decide que un propietario tiene derecho para mantener las *aberturas* que ha

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 510, nota 108, pfo. 769. Compárese París, 1^o de Julio de 1861 (Daloz, 1861, 2, 137).

2 Denegada, 20 de Febrero de 1855 (Daloz, 1855, 1, 403).

practicado en una pared; en una segunda instancia el debate versa acerca de la cuestión de saber si dicho propietario tiene derecho para abrir *vistas* ó *ventanas* de *aspecto*. La primera sentencia tendrá autoridad de cosa juzgada respecto á las *vistas*? Esto depende de las conclusiones del debate, y de lo que fué decidido á consecuencia del mismo. Si cuando el primer proceso la dificultad no versaba acerca de la extinción del debate, no puede haber cosa juzgada á este respecto. (1)

Una madre pide contra su hija la nulidad de una cesión. El Tribunal declara dicha cesión válida. Entonces sobreviene un nuevo proceso acerca de los efectos de la cesión. Se pretende que hay cosa juzgada. Nó, dice la Corte de Casación, pues decidir que una cesión es válida, no es decidir cuáles son los efectos de esta cesión. (2) En contra, hay decisión virtual en el caso siguiente. Una sentencia decide que se pagará una suma á dos herederos de un acreedor muerto, por mitad á cada uno. Uno de los herederos pretende después no ser sucesor sino por una tercera parte. Se le opondrá la primera sentencia; contesta que el primer juez no decidió la cuestión de saber por qué parte había sucedido. Es verdad que tal no había sido el objeto del debate, pero había decisión implícita; era á título de heredero como el Tribunal fijaba á cada uno la mitad de la suma; luego decidía por esto mismo que heredaban por mitad. (3)

134. Los autores enseñan que las sentencias que declaran la existencia de un derecho ó de una obligación, operan novación, en el sentido de que para lo venidero, la cosa juzgada sirve de causa á la obligación. Esta es una teoría tomada del derecho romano; dudamos que el empréstito sea acerta-

1 Denegada, Sala Civil, 1.º de Diciembre de 1851 (Daloz, 1852, 1.º 30).

2 Denegada, 16 de Noviembre de 1836 (Daloz en la palabra *Venta* núm. 1,445, 3.º)

3 Casación, 13 de Julio de 1868 (Daloz, 1868, 1.º 321).

do. Es seguro que el término de *novación* es inexacto. La novación extingue la primera obligación, y todos convienen en que la obligación presentada en justicia, lejos de estar extinguida, está al contrario, confirmada y corroborada por la sentencia. Tampoco nos parece exacto decir que la obligación tenga en lo de adelante á la sentencia por causa; el juez solo declara el derecho de las partes y éstas permanecen lo que eran. La causa es el motivo jurídico que inclinó á las partes para contraer; la venta, por ejemplo, no puede tener otra causa para el vendedor sino la obligación contraída por el comprador de pagar el precio. Si el juez condena al comprador á que pague, ¿habrá una nueva causa? Nó seguramente. Luego la palabra *causa* tiene también otro sentido en aquella singular teoría. Se deduce, sin embargo, una consecuencia muy importante, es que la duración de la prescripción cambia; volveremos á ocuparnos de este punto en el título *De la Prescripción* (1)

Núm. 2. *De la excepción de la cosa juzgada.*

135. Toda sentencia produce una excepción de cosa juzgada, la que puede ser opuesta á aquel que reproduce en una nueva instancia, ya como demandante, ya como demandado; la cuestión decidida por el primer juez cuando la segunda contestación, existe entre las mismas partes. Se pregunta si la excepción de cosa juzgada es de orden público. Es seguro, y esto no puede ponerse en duda, que la cosa juzgada es de orden público, en el sentido que la presunción de verdad que la ley da á las sentencias, es una de las bases del orden social (núm. 1). Sin embargo, es de doctrina y de jurisprudencia que la excepción de cosa juzgada no es de orden público, se entiende por esto que las partes pueden renunciarla y que el juez no la debe pronunciar de oficio. Una

1 Compárese Aubry y Rau, t. VI, pág. 511, nota 109. Larombière, t. V, pág. 323, núms. 144 y 146 (Ed. B., t. III, págs. 276 y 277).

excepción pueda ser establecida por motivos de orden público, y ser en este sentido de interés general, y sin embargo, la ley permite á las partes interesadas renunciar al beneficio pecuniario que resulte para ellas. Tal es la prescripción. Se la llama la protectora del género humano, lo que prueba bastante que es de interés general. Sin embargo, el Código dice que se puede renunciar á la prescripción adquirida (art. 2.220). Aquel que renuncia á la prescripción, no renuncia á lo que es de interés general, solo renuncia á los efectos de la prescripción; es decir, la liberación que resulta de ella ó el derecho que le asegura; esto es simplemente de interés privado, y cada uno es libre de renunciar un derecho de interés privado. Esto no impide que la prescripción sea de interés general, y sea lo mismo que la cosa juzgada, una de las bases del orden social, consolidando los derechos y poniendo término á los litigios.

136. Siempre ha sido admitido que las partes interesadas puedan renunciar á los efectos de la cosa juzgada. La cosa juzgada, dice Merlin, es una excepción de derecho civil; la llama una ficción que la asimila á la verdad. (1) Esto es demasiado decir: la cosa juzgada está fundada en una probabilidad, pero esta probabilidad puede alguna vez estar en oposición con la realidad de las cosas; en este caso, la presunción se hace ficción, y es entonces cuando las partes interesadas deben tener el derecho de renunciar á los efectos de la cosa juzgada, porque estos efectos están en oposición con la conciencia y aun con el derecho. Cuando el juez se equivoca y declara que mi deuda está extinguida y no lo está, ó cuando me declara propietario cuando no lo soy, el error está considerado como verdad, pero es una ficción; en realidad, siempre soy deudor y no soy propietario. Puedo renunciar á los beneficios de la ficción, aunque sea de inte-

1 Merlin, *Cuestiones de derecho en la palabra Cosa juzgada*, pfo. II bis (t. III, pág. 285).

rés general; haciéndolo así, no ataco en nada á lo que es de derecho público en la cosa juzgada, solo renuncio al beneficio pecuniario que me traía. Esta es la opinión casi unánime de los autores, (1) y la jurisprudencia está en el mismo sentido. Se lee en una sentencia de la Corte de Casación de Bélgica: «Bien que la cosa juzgada, así como la prescripción, esté establecida en el interés del orden público, no por eso deja de ser verdad que una vez adquirida se reduce en materia civil á una excepción, á un beneficio personal, del que puede usarse ó no, á voluntad, sin que el orden público esté afectado en manera alguna.» (2)

La renuncia puede ser expresa ó tácita: es de derecho común. Lo mismo sucede con la renuncia de la prescripción (art. 2,221). La renuncia tácita, dice el Código, resulta de un hecho que supone el abandono del derecho adquirido. No hay que creer que la renuncia tácita sea una renuncia presumida. La renuncia no se presume nunca porque no puede presumirse que una persona renuncie un derecho que le pertenece. Para que haya renuncia tácita, se necesita que la voluntad sea tan cierta como si hubiera renuncia expresa; solo hay una diferencia, y es que la renuncia tácita resulta de un hecho que no puede recibir otra interpretación sino de la voluntad de renunciar al efecto de la cosa juzgada. (3) ¿Cuándo hay renuncia tácita? Esta es una cuestión de intención; luego de hecho, que el juez decidirá según las circunstancias de la causa. ¿Bastará que la parte interesada no proponga la excepción en primera instancia para que haya renuncia tácita? Ha sido resuelto que la

1 Toullier, t. V, 2, pág. 67, núms. 74 y siguientes. Larombière, t. V, pág. 326, núm. 150 (Ed. B., t. III, pág. 278). En sentido contrario, Duvergier acerca de Toullier, pág. 69, nota.

2 Denegada, 3 de Diciembre de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 1, 831). Compárese Casación de Francia, 26 de Agosto de 1831 (Daloz, 1861, 1, 427) y Denegada, 28 de Mayo de 1866 (Daloz, 1867, 1, 68).

3 Laja, Sala de Casación, 23 de Febrero de 1823 (*Pasicrisia* 1823, pág. 351). Casación, 27 de Enero de 1857 (Daloz, 1857, 1, 82).

simple omisión no puede bastar, que debe resultar de un concurso de circunstancias que no permitan interpretar de otro modo el silencio ó los actos de aquel que podía oponer la cosa juzgada. (1) Esta decisión de la Corte de Bruselas es muy jurídica. No diremos otro tanto de una sentencia de la Corte de Casación de Francia. La Corte de Angers había resuelto que un acreedor había renunciado á exigir su crédito íntegro, fundándose en los hechos y las circunstancias de la causa. Esta sentencia fué casada por el motivo de que la Corte no tenía el derecho de inducir por simples presunciones no establecidas por la ley, la renuncia de un derecho adquirido, y sobre todo, el beneficio de una sentencia. (2) Hay una singular confusión de ideas en este considerando: la Corte desecha las simples presunciones como si se tratara de una cuestión de prueba, mientras que se trata únicamente de saber si hay consentimiento tácito; y el consentimiento tácito se induce necesariamente de los hechos y circunstancias de la causa. Si la Corte quiso decir que no bastan las probabilidades para que se admita una renuncia, tiene razón; se necesita la certeza, pero esta puede resultar de un hecho tanto como de las palabras; si se necesitase una presunción legal para que haya renuncia tácita de la cosa juzgada, nunca la hubiera, pues la ley no presume la renuncia de un crédito sino en el caso de entrega tácita prevista por los arts. 1,282 y 1,283.

El efecto de la renuncia de la cosa juzgada presenta también una dificultad: ¿Es una simple obligación natural la que subsiste, ó es una obligación civil? Hemos examinado la cuestión al tratar de las obligaciones naturales (t. XVI, núm. 12.)

137. Del principio que la excepción de la cosa juzgada

1 Bruselas, 27 de Abril de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, pág. 109).

2 Casación, 13 de Junio de 1838 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 182).

no es de orden público, en el sentido de que las partes interesadas pueden enumerarlo, se sigue que el juez no puede suplir de oficio la excepción de cosa juzgada. Por el solo hecho de guardar silencio la parte, cuando una demanda ya sentenciada está renovada contra ella, no puede concluirse que renuncia á la excepción; es necesario una manifestación de voluntad por su parte, y no pertenece al juez querer en nombre de los partes que están en causa. Se ha objetado que la excepción de cosa juzgada es un medio de derecho, y es de principio que el juez puede y debe suplir los medios de derecho. La Corte de Orléans contesta, en una sentencia muy bien motivada, que la excepción de cosa juzgada es una verdadera demanda; esta demanda no puede ser formulada sino por la parte á la que debe aprovechar, y que se vuelve demandante al oponer la excepción; solo es cuando una demanda está formulada como el juez puede suplir los medios que la justifican. Una cosa, es pues, suplir una excepción que equivale á una demanda, y otra cosa es traer en apoyo de una demanda, un medio que deba hacerla triunfar y que no ha sido invocado por las partes. (1)

La jurisprudencia está unánime en este sentido. (2) Solo conocemos una sentencia que haya decidido lo contrario. Al relatarla Merlin, agrega esta severa crítica: "¿Qué debe decirse de semejante sentencia, si no que es fruto de inconcebible irreflexión?" Creemos inútil refutar la resolución de la Corte de La Haya; Merlin lo ha hecho, y su reputación es perentoria. (3)

138. Resulta del mismo principio que la excepción de la

1 Orléans, 23 de Julio de 1841 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 9).

2 Lieja 16 de Enero de 1847 (*Pasicrisia*, 1847, 2, 61). Denegada, 28 de Noviembre de 1862 (*Pasicrisia*, 1864, 1, 60). Denegada, 23 de Mayo de 1866 (Daloz, 1867, 1, 68).

3 La Haya, 16 de Julio de 1824 (*Pasicrisia*, 1824, pág. 72). Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra, *Cosa juzgada*, pfo. II (t. III, página 288).

cosa juzgada no puede ser propuesta por primera vez ante la Corte de Casación, en apoyo de un recurso acerca de una pretendida violación de la cosa juzgada. El demandante no puede quejarse que la Corte haya violado la cosa juzgada, puesto que no presentó la excepción y no pertenecía al juez proponerla de oficio. El demandado tampoco puede prevalecerse de la cosa juzgada, para justificar la sentencia que le dió el gane por otros motivos; á él tocaba proponer la excepción ante el primer juez. Es inútil insistir en este punto, la jurisprudencia y la doctrina están unánimes. (1)

139. Cuando la excepción ha sido propuesta por una de las partes y que es desechada indebidamente, ha lugar á casación, por la razón que, en este caso, hay violación de la ley. El art. 504 del Código de Procedimientos parece decir que hay recurso de casación, aunque la excepción de cosa juzgada resultando de una primera sentencia, no hubiese sido propuesta en la segunda instancia si hay contrariedad de sentencias procediendo de tribunales diversos. Pero todos admiten que esta disposición está mal redactada. No hay para qué distinguir si la contrariedad de resoluciones resulta de sentencias pronunciadas por diferentes tribunales; la única condición que puede y debe ser exigida, es que la excepción haya sido propuesta ante el juez del hecho; se entiende por esto que la cosa juzgada esté propuesta en las conclusiones de las partes, pues el juez no puede estatuir sino acerca de las conclusiones; si las partes solo invocaron la cosa juzgada á título de argumento, el juez no viola la cosa juzgada, no teniendo en cuenta este argumento, nada decide en cuanto á la cosa juzgada; luego es imposible que viole la ley. (2)

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 512, notas 114 y 116 y las autoridades que citan. Véanse las sentencias en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 332, y en la palabra *Casación*, números 1878 y siguientes. Agregaremos las más recientes: Denegada, 2 de Abril y 28 de Mayo de 1873 (Dalloz, 1873, 1. 374 y 365).

2 Casación, 27 de Noviembre de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 448).

¿Cuándo se puede decir que el juez desecha indebidamente la excepción de cosa juzgada? Es necesario que se viole el art. 1,351; es, pues, necesario que el juez decida en derecho. Si el Tribunal juzga en hecho, no viola ninguna ley y, por consiguiente, no ha lugar á casación. Así, el juez que decide que no hay una misma causa interpretando las conclusiones que presentan las partes en ambas instancias, no viola el art. 1,351, porque esta interpretación es una cuestión de hecho. Ha sido sentenciado que la interpretación de las conclusiones, como la de todo acto procedente de las partes, entra exclusivamente en las atribuciones de los jueces del hecho, y que no pueden caer bajo la censura de la Corte de Casación. (1) Lo mismo sucedería si el juez decidiera de hecho que el objeto de la segunda demanda no es el mismo y que, por consiguiente, no hay cosa juzgada. Una sentencia de la Corte de Casación de Bélgica, da á este principio una evidencia matemática. La Corte de Lieja, conociendo de una excepción de cosa juzgada, tenía que decidir si el objeto de la demanda era el mismo. Asienta, en primer lugar, el principio que la cosa juzgada resulta del dispositivo de las sentencias, y que si está permitido combinar los motivos con el dispositivo, éste es solo una cuestión de interpretación subordinada á las diversas circunstancias de cada caso. La Corte hace después la aplicación de estos principios á la causa; después de haber buscado en los hechos las conclusiones y las actas del proceso, la intención de las partes y la voluntad del juez, concluyen que la cosa demandada no es la misma. ¿Había violación de la cosa juzgada como lo pretendía el recurso? La negativa era segura; los principios de derecho que la sentencia atacada invocaba, son de una verdad incontestable; en cuanto á la interpreta-

1 Denegada de la Corte de Casación de Bélgica, 12 de Julio de 1845 (*Pasicrisia*, 1845, 1, 412).

ción de los hechos, está en el dominio soberano de los jueces del hecho, y la Corte de Casación ha decidido que la aplicación de los principios á los hechos era exacta; luego no había violación de la ley. (1)

Habría violación de la cosa juzgada si el juez del hecho desechara la cosa juzgada cuando las condiciones exigidas por el Código existen, y en este caso habría lugar á la casación. Una Corte, después de haber *infirmado* la decisión de los primeros jueces por un primer fallo pronunciado en último resorte, declara; la confirma por su sentencia definitiva; hay violación de la cosa juzgada, puesto que la segunda sentencia decide lo contrario de la primera entre las mismas partes, en la misma demanda y en virtud de la misma causa. (2) Una primera sentencia condena al demandado á los daños y perjuicios que resultaban de la reconstrucción de la fachada de una casa; una segunda sentencia resuelve entre las mismas partes, que el demandado no debe daños y perjuicios. La Corte de Casación casó por violación de la cosa juzgada. (3) Es raro que la violación de la cosa juzgada, esté tan evidente. Sin embargo, no faltan sentencias de casación; (4) lo que prueba cuán inciertos son los principios en esta materia. Está resuelto por una primera sentencia que un municipio es responsable de un saqueo en virtud de la ley de 10 vendimiario, año IV, pero la Corte condena al municipio á pagar solo el valor simple de los objetos saqueados. Recurso de casación fundado en que la Corte no había decretado el doble valor de las mercancías robadas y los daños y perjuicios. La sentencia fué casada por este motivo. Por su parte, el municipio habría pedido la casación, y su recurso

1 Denegada, 27 de Octubre de 1870. (*Pasicrisia*, 1870 I, 453).

2 Casación, 21 floreal, año X (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 362, 2°).

3 Casación 17 prairial, año XI (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 363, 1°).

4 Véase Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núms. 362-366.

fué desechado. Quedaba, pues, irrevocablemente resuelto que el municipio era responsable; quedaba por resolver el monto de las condenas. Esta cuestión fué la que se mandó después de la casación, ante la Corte de Paris. La Corte ya no tenía para qué ocuparse de la cuestión de responsabilidad, y sin embargo, resolvió que el municipio no era responsable; violaba la autoridad de cosa juzgada. Su sentencia fué casada. (1)

140. Cuando la excepción de cosa juzgada resultando de una primera sentencia no ha sido propuesta en el curso de la segunda instancia, no ha lugar al recurso de casación; pero si hay contrariedad entre ambas decisiones, la ley abre un recurso extraordinario contra la última, esta es la requisición civil. Para que ésta sea admisible, basta que haya contrariedad entre dos sentencias en último resorte, pronunciadas sucesivamente por las mismas cortes ó tribunales, entre las mismas partes y acerca de iguales medios. Es necesario que ambas decisiones procedan del mismo Tribunal ó de la misma Corte, pues la requisición civil tiende á la retractación de la segunda decisión, y solo el juez que pronunció la sentencia puede retractarla por causa de notoriedad (Cód. de Proc. art. 480, núm. 6). (2) Nos limitaremos á establecer el principio, la materia no perteneciendo al derecho civil.

141. Cuando se opone una sentencia á aquel que no fué parte en ella, se le admite á una tercería. Se pregunta si está obligado á ocurrir á este medio, ó si puede limitarse á rechazar la sentencia, como rechazaría una convención en la que no hubiera sido parte y que, no obstante, se le quisiera oponer. La cuestión está muy controvertida; como pertenece á los procedimientos, nos limitaremos á dar la solución

1 Casación, 4 de Abril de 1826 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 363, 4°).

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 513, nota 119. Larombière, t. V, página 330, núm. 156 (Ed. B., t. III, pág. 279).

que nos parece ser la más jurídica. Cuando se invoca una sentencia contra un tercero, en apoyo de una demanda ó de una excepción, el tercero no necesita formular oposición á la sentencia, puede limitarse á rechazarla por el motivo de no haber sido parte en ella y que, por consiguiente, dicha sentencia no tiene autoridad de cosa juzgada contra él. Pero cuando se ejecuta una sentencia contra un tercero, es necesario que éste promueva para suspender la ejecución, y esta acción debe ser llevada ante los tribunales bajo forma de tercería. Lo mismo sucedería si quisiera volver contra la ejecución ya consumada. En ambos casos, hay contestación acerca del punto de saber si la sentencia puede ó no ser ejecutada contra el tercero, y esta contestación es el objeto de la tercería. (1) (Cód. de Proc. art. 474).

Núm. 3. *¿Son irrevocables los efectos de la cosa juzgada?*

I. De las disposiciones conminatorias.

142. Que la cosa juzgada sea en principio irrevocable, no hay la menor duda. Es precisamente para asegurar la irrevocabilidad de las decisiones judiciales, por lo que la ley le dió una presunción de verdad. Sin embargo, la jurisprudencia admite una excepción para las disposiciones conminatorias que se hallan en una sentencia. Se entiende por esto una condena á daños y perjuicios eventuales; es decir, á daños y perjuicios que se pagarán si la parte no cumple en un plazo fijado lo que el juez le condena á hacer. Una primera dificultad se presenta: ¿Puede un Tribunal pronunciar semejantes condenas? Esto nos parece muy dudoso, como lo hemos dicho en otro lugar. (2) Sin embargo, el uso de esas condenaciones es bastante frecuente; debe, pues, considerarse cuáles son sus efectos bajo el punto de vista de la

1 Marcadé, t. V, págs. 202-204, núm. 14 del artículo 1,351. Aubry y Rau, t. VI, pág. 493, nota 53, pfo. 769.

2 Véase el tomo XVI de mis Principios, pág. 410, núm. 301.

cosa juzgada. ¿Tienen la autoridad que la ley da á las sentencias? Desde luego, sorprende la pregunta. La ley establece una regla general, absoluta; toda sentencia tiene la autoridad de cosa juzgada, y por sentencia se entienden todas las condenaciones que se encuentren en el dispositivo. ¿Pertenece á los tribunales el hacer excepciones á una regla que es de orden público? Así presentada la cuestión, se resuelve negativamente con seguridad. (1) ¿Cómo puede justificarse á la jurisprudencia que admite que las disposiciones conminatorias no tienen autoridad de cosa juzgada? Se debe suponer que esas condenas eventuales no son definitivas. Son unas amenazas, como lo dice la palabra, que tienen por objeto garantizar la ejecución de la sentencia; el juez no pretende que esas amenazas reciban necesariamente su ejecución; esto dependerá de circunstancias que es imposible preveer; el juez se reserva, pues, tácitamente el volver sobre las condenaciones que ha pronunciado. Y si vuelve sobre ellas, no ataca la cosa juzgada, pues en su mente, la cosa no estaba definitivamente juzgada. Queda por saber cuándo se puede decir que las disposiciones son puramente conminatorias. No hay ley, la jurisprudencia es la que hace ley. Debemos, pues, consultar las sentencias.

143. Cuando los daños y perjuicios están pronunciados bajo una condición sin fijar el plazo para la ejecución, la condenación es esencialmente eventual é implica para el juez la facultad de volver sobre lo que ha decidido. Un propietario reclama una suma de 5,000 francos por el daño causado por sus cosechas por el estanque de su vecino. El juez de paz concedió la demanda, pero no de una manera absoluta; dejó al demandado la opción de hacer estimar el daño por expertos, sin fijar ningún plazo para el ejercicio de esta facultad. La expertiza fijó los daños en 120 francos. Una segunda sentencia desechó la demanda en decaimiento

1-Compárese Dalloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 384.

de la facultad concedida al demandado, y ordenó una vista de ojos y audición de testigos; después una última sentencia fijó el daño en 220 francos. En apelación, el Tribunal pronunció el decaimiento y condenó al demandado á 5,000 francos de daños y perjuicios. Esta decisión ha sido casada. (1) En el caso, el carácter provisional de la primera sentencia no era dudoso. Era una disposición condicional más bien que conminatoria.

Cuando el juez fija un plazo para la opción, pasa la parte que concede á la parte condenada, ¿debe considerarse este plazo como fatal? Un propietario queriendo vender los bienes que tenía en Bélgica, mandó á este efecto en 1816, al general Loyson, su amigo, un poder en blanco. El general se hizo el mismo adquirente por 50,000 francos con el nombre de una persona interpuesta. Murió pocos días después. Acción de nulidad de la venta contra la viuda y la hija del general. El Tribunal declaró el acta nula por fraude y abuso de firma en blanco; ordenó que los bienes fuesen devueltos al vendedor á los quince días de la notificación, y que á falta de dificultarse á dicho plazo, se pagaría una suma de 20,000 francos para indemnizarlo. Después de largos procedimientos, una sentencia de la Corte de Paris admitió la oferta de la restitución en naturaleza, hecha por la señora Loyson. Recurso de casación por violación de la cosa juzgada, la entrega en naturaleza habiendo sido prohibida por dos decisiones pasadas á autoridad de cosa juzgada. Después de la deliberación de la Sala del Consejo, la Corte desechó el recurso. Los primeros jueces, dice la Corte, habían en verdad concedido las conclusiones del demandante, ordenando la restitución en los quince días; habían agregado una condena de 20,000 francos por daños y perjuicios; pero esta disposición tenía un carácter penal, en el sentido de que

1 Casación, 15 de Noviembre de 1830 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 385).

debía ser considerada como una pena, tendiendo á asegurar la restitución de los bienes: ésta última formaba la obligación principal y siendo ejecutada, la pena no tenía ya razón de ser. (1) Preguntáremos con qué derecho transforma una condenación definitiva en una simple amenaza. Debe, pues, admitirse que los tribunales pueden declarar conminatorio un plazo que, ateniéndose al texto de la sentencia, nada tiene de condicional. Esto se hace inadmisibile. Cuando una condenación es pura y simple, no puede entenderse con una condición.

144. La Corte de Casación reconoce este poder á los jueces, aunque no se trate de una condena por daños y perjuicios. Una sentencia concede á una parte un plazo para conceder una inscripción hipotecaria gravando á sus bienes; y declara, que á falta de hacerlo, el contrato se considerará desde luego, rescindido. Fue sentenciado que esta decisión era conminatoria y que la Corte de Apelación pudo conceder un nuevo plazo para la cancelación. (2) Y pertenece naturalmente á los jueces del hecho decidir si una disposición definitiva en apariencia, es conminatoria. Esta es una consecuencia lógica del principio; ¿pero no testifica esta consecuencia contra el principio? ¿Qué sucede con el respeto á la cosa juzgada si el juez puede decidir que aparentando pronunciar una condena definitiva, no entendió pronunciar sino una disposición conminatoria? (3)

145. La jurisprudencia aplica este principio á las sentencias que condenan á una parte á entregar cuentas en un plazo determinado. Se lee en una sentencia de la Corte de Paris: «Toda condenación pronunciada por no haber dado

1 Denegada, 10 de Julio de 1832 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 388, 1°).

2 Denegada, 6 de Noviembre de 1822 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 386, 4°). Compárese Denegada, 21 de Junio de 1809 y 22 de Enero de 1812 (*ibid.*, núm. 386, 2° y 3°).

3 Denegada, Sala Civil, 7 de Agosto de 1826 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 387, 2°).

cuenta debe ser reputada condicional; es decir, que el contador está presumido deudor por la suma fijada por el juez y que éste lo condenó á pagar. Esta presunción cesa, agrega la Corte, cuando el contador presenta su cuenta, aun después de la expiración del plazo en el cual estaba condenado á presentarla. (1) Si así sucede, las sentencias se vuelven un juego, y la parte condenada, se cuidará de ejecutarlas. Preguntamos lo que sucede con el respeto á la cosa juzgada, si se permite á los jueces declarar que no han querido pronunciar una condena seria.

146. La jurisprudencia que criticamos tiene una consecuencia inevitable, es la arbitrariedad; en nuestro concepto es esto un nuevo motivo para rechazarla. Acabamos de relatar las decisiones que admiten que una opción puede siempre ser ejercitada á pesar del plazo fijado por el juez, y que la Corte de Apelación puede conceder un nuevo plazo si la parte condenada encontró bueno el no ejecutar la sentencia en el plazo que tenía fijado. Hé aquí una decisión contraria. El juez impone á una parte un plazo para suprimir unas construcciones levantadas indebidamente contra una catedral, ó para rehacerlas de manera que no toquen á la iglesia; en consecuencia, la parte condenada fué declarada decaída, expirado el plazo por la opción que le fué concedida entre la supresión de los trabajos y su renovación, fué sentenciado que podía ser obligado por la otra parte á operar la supresión. (2) En el caso, el demandado sostenía que el plazo era puramente conminatorio. Es verdad que nada en la sentencia indicaba que no fuese así. Depende, pues, de los jueces decidir que sus sentencias son revocables ó no son. Preguntamos si es con este espíritu como la ley ha dado una presunción de verdad á la cosa juzgada.

147. La jurisprudencia aplica el mismo principio á las

1 Paris, 30 de Abril de 1828 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 387, 1°).

2 Metz, 16 de Agosto de 1855 (Daloz, 1856, 2, 130).

decisiones que condenan á una parte á pagar cierta suma por daños y perjuicios por cada día de mora. Un árbitro condena al demandado á entregar unas piezas al demandante en los tres días de la notificación de la sentencia, bajo una pena que se cumplirá por el solo hecho de la mora, y tiene cuidado de agregar que esta disposición no podrá ser reputada conminatoria. La sentencia no fué ejecutada. Un fallo del Tribunal del Sena, condenó al demandado á restituir las piezas en el día, y á falta de hacerlo, lo condena á pagar la suma de 10 francos por cada día de retardo. Esta sentencia, confirmada en apelación, pasó á fuerza de cosa juzgada, y sin embargo, quedó sin ejecución. El demandante pidió embargo sobre los bienes del demandado por una suma de 11,080 francos monto de los daños y perjuicios que eran á su provecho. Demanda por absolución ó reducción del embargo. La Corte de Paris descargó al quejante de todas las condenaciones pronunciadas contra él. "Es de principio, dice, que los daños y perjuicios jamás pueden exceder el daño causado." Sin duda; pero si las partes habían fijado una suma de 10,000 francos á título de daños y perjuicios, ¿podía el juez reducir esta pena? No. Y si no lo puede cuando hay convención, ¿con qué derecho lo hace cuando hay sentencia pasada á fuerza de cosa juzgada? Las sentencias, dice la Corte de Paris, no habían fijado de una manera invariable la cuota de los daños y perjuicios; la fijación que de ellos había hecho, solo era provisional y por la presunción del perjuicio que podía resultar de la tardía entrega de las piezas. Así, cuando el juez decide que la parte condenada pagará 10 francos por cada día de mora, no sentencia definitivamente, su decisión solo es provisional, á tal punto que en definitiva la Corte puede descargarlos de todas sus condenaciones. Si la Corte tiene razón, ¿con qué increíble ligereza debieron ser pronunciadas las primeras

decisiones! Esto nos confirma en nuestra opinión que el juez no debe pronunciar daños y perjuicios para lo venidero, que debe estatuir acerca del daño causado definitivamente, á reserva de pronunciar nuevas condenas si hay un nuevo daño. Pero cuando concede daños y perjuicios para lo venidero, su resolución debe ser seria; seria ó no, debe ser mantenida. Comprendemos que el último juez tituvee cuando debe pronunciar daños y perjuicios por un daño imaginario, pero la consecuencia testifica en contra del principio de las condenaciones conminatorias.

La Corte de Casación confirmó la sentencia de apelación asentando como principio que la condena á una suma por cada día de mora, es esencialmente presuntiva y conminatoria. (1) Se hallan los mismos motivos reproducidos textualmente en una sentencia de la Corte de Bruselas. (2) Hay decisiones que tienen un carácter conminatorio más pronunciado, esto cuando el juez prevé que la parte condenada no ejecutará la sentencia, y pronuncia de antemano una pena para el caso en que desobedeciera. Estas disposiciones, dice la Corte de Douai, no tienen los efectos de una condena definitiva ó irrevocable. El juez que decretó la prohibición, puede estar llamado á examinar si tuvo ó no desobediencia á sus órdenes, y decidir que no habiéndose realizado el caso, la pena no fué merecida. Esto es muy racional. ¿Pero es verdad decir que esto no ataca á la cosa juzgada? (3) Hay ataque á la autoridad, al respeto que deben gozar las decisiones judiciales cuando una primera sentencia pronuncia una condena que una segunda revoca. La consecuencia atestigüa otra vez en contra del principio. ¿Por qué se apresura el juez en pronunciar una pena para una desobediencia

1 Denegada, 28 de Diciembre de 1821 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 390, 1°).

2 Bruselas, 27 de Marzo de 1844 (*Pasicrisia*, 1844, 2, 129). Compárese Lieja, 29 de Mayo de 1863 (*Pasicrisia*, 1864, 2, 17); Burdeos, 5 de Mayo de 1870 (Daloz, 1870, 1, 203).

3 Douai, 5 de Diciembre de 1849 (Daloz, 1850, 2, 65).

que no puede realizarse? ¿Que espere que haya desobediencia!

II. De la interpretación de las sentencias.

148. Antes de la ordenanza de 1667, existían tres maneras para proverse en contra de las sentencias independientemente de la requisición civil. La *corrección* cuando había error en las calidades; la *interpretación* cuando había obscuridad en las disposiciones de la sentencia, y la *proposición* de error cuando una de las partes pretendía que la condena resultaba de un error de hecho. La ordenanza de 1667, abolió la *proposición* de error; mantuvo, pues, implícitamente la *interpretación* y la *corrección*. En cuanto á la *interpretación*, no hay mucha duda. La declaración del mes de Septiembre de 1671, prohíbe solamente á los jueces *retractar* sus sentencias bajo pretexto de *interpretarlas*; y defender el abuso de un derecho, es mantener este derecho. Esta es la doctrina de la Corte de Casación, y nos parece incontestable. En el caso sometido á la Corte, había necesidad de interpretar las decisiones litigiosas porque las partes y los expertos pretendían interpretar la cosa juzgada en dos sentidos opuestos. (1) Antes de ejecutar las sentencias, debe saberse lo que prescriben. Pero la interpretación de las sentencias, como la de las leyes presenta un peligro. Es de la esencia de la interpretación que se limite á fijar el sentido de la disposición interpretada haciendo claro lo que era obscuro; de manera que la interpretación no es una nueva disposición, nada agrega y nada quita, no modifica nada. Así entendida la interpretación de las sentencias, nada tiene contrario á la autoridad de cosa juzgada; más bien asegura dicha autoridad: No se puede ejecutar una decisión ambigua ú obscura, y si se ejecutaba se arriesgaría á hacer decir al juez lo que no quiso decir. Es,

1 Denegada, 4 de Marzo de 1808 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 333, 1°).

decisiones! Esto nos confirma en nuestra opinión que el juez no debe pronunciar daños y perjuicios para lo venidero, que debe estatuir acerca del daño causado definitivamente, á reserva de pronunciar nuevas condenas si hay un nuevo daño. Pero cuando concede daños y perjuicios para lo venidero, su resolución debe ser seria; seria ó no, debe ser mantenida. Comprendemos que el último juez tituvee cuando debe pronunciar daños y perjuicios por un daño imaginario, pero la consecuencia testifica en contra del principio de las condenaciones conminatorias.

La Corte de Casación confirmó la sentencia de apelación asentando como principio que la condena á una suma por cada día de mora, es esencialmente presuntiva y conminatoria. (1) Se hallan los mismos motivos reproducidos textualmente en una sentencia de la Corte de Bruselas. (2) Hay decisiones que tienen un carácter conminatorio más pronunciado, esto cuando el juez prevé que la parte condenada no ejecutará la sentencia, y pronuncia de antemano una pena para el caso en que desobedeciera. Estas disposiciones, dice la Corte de Douai, no tienen los efectos de una condena definitiva ó irrevocable. El juez que decretó la prohibición, puede estar llamado á examinar si tuvo ó no desobediencia á sus órdenes, y decidir que no habiéndose realizado el caso, la pena no fué merecida. Esto es muy racional. ¿Pero es verdad decir que esto no ataca á la cosa juzgada? (3) Hay ataque á la autoridad, al respeto que deben gozar las decisiones judiciales cuando una primera sentencia pronuncia una condena que una segunda revoca. La consecuencia atestigua otra vez en contra del principio. ¿Por qué se apresura el juez en pronunciar una pena para una desobediencia

1 Denegada, 28 de Diciembre de 1821 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 390, 1°).

2 Bruselas, 27 de Marzo de 1844 (*Pasicrisia*, 1844, 2, 129). Compárese Lieja, 29 de Mayo de 1863 (*Pasicrisia*, 1864, 2, 17); Burdeos, 5 de Mayo de 1870 (Daloz, 1870, 1, 203).

3 Douai, 5 de Diciembre de 1849 (Daloz, 1850, 2, 65).

que no puede realizarse? ¿Que espere que haya desobediencia!

II. De la interpretación de las sentencias.

148. Antes de la ordenanza de 1667, existían tres maneras para proverse en contra de las sentencias independientemente de la requisición civil. La *corrección* cuando había error en las calidades; la *interpretación* cuando había obscuridad en las disposiciones de la sentencia, y la *proposición* de error cuando una de las partes pretendía que la condena resultaba de un error de hecho. La ordenanza de 1667, abolió la *proposición* de error; mantuvo, pues, implícitamente la *interpretación* y la *corrección*. En cuanto á la *interpretación*, no hay mucha duda. La declaración del mes de Septiembre de 1671, prohíbe solamente á los jueces *retractar* sus sentencias bajo pretexto de *interpretarlas*; y defender el abuso de un derecho, es mantener este derecho. Esta es la doctrina de la Corte de Casación, y nos parece incontestable. En el caso sometido á la Corte, había necesidad de interpretar las decisiones litigiosas porque las partes y los expertos pretendían interpretar la cosa juzgada en dos sentidos opuestos. (1) Antes de ejecutar las sentencias, debe saberse lo que prescriben. Pero la interpretación de las sentencias, como la de las leyes presenta un peligro. Es de la esencia de la interpretación que se limite á fijar el sentido de la disposición interpretada haciendo claro lo que era obscuro; de manera que la interpretación no es una nueva disposición, nada agrega y nada quita, no modifica nada. Así entendida la interpretación de las sentencias, nada tiene contrario á la autoridad de cosa juzgada; más bien asegura dicha autoridad: No se puede ejecutar una decisión ambigua ú obscura, y si se ejecutaba se arriesgaría á hacer decir al juez lo que no quiso decir. Es,

1 Denegada, 4 de Marzo de 1808 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 333, 1°).

pues, necesario dirigirse al juez para que interprete su sentencia. Pero hé aquí el peligro: Al interpretarla puede estar tentado de modificarla; esto es lo que prohibía la declaración de 1671. La Corte de Casación ha consagrado esta prohibición. Reconoce el derecho de interpretación, y á la vez determina sus límites. "Si el respeto para la autoridad de la cosa juzgada obliga á las cortes y á los tribunales, este deber no excluye la facultad de estatuir acerca de la interpretación de sus sentencias, todas las veces que por razón de alguna ambigüedad en los términos, éstas dejan en suspenso las partes acerca de la extensión de las consecuencias que comprenden. En estos casos, el sentido y la verdadera expresión de la decisión, no pudiendo ser restituidos sino por el magistrado que la pronunció, sucede por la misma fuerza de las cosas que el juez se halle investido del derecho de proceder á este respeto. El ejercicio de esta prerogativa, no tiene para él otro límite que la prohibición de modificar, restringir ó extender los derechos consagrados por la sentencia. (1)

Se podría objetar el silencio de nuestros códigos. La Corte de Amiens contesta que la ordenanza de 1667, nada decía del recurso de interpretación, lo que no impedía que este recurso se usase. Los autores del Código de Procedimientos han consagrado implícitamente la tradición, disponiendo que las dificultades que se presentan acerca de la ejecución de las sentencias, sean mandadas al Tribunal de ejecución (art. 554); y, es la ejecución de la sentencia la que hace nacer la dificultad, resultando de la obscuridad de la ley. ¿Cómo ejecutar lo que no se entiende, ó lo que entienden las partes en diversos sentidos? (2)

149. Citarémos algunos ejemplos de sentencias interpre-

¹ Denegada, Sala Criminal, 10 de Noviembre de 1858 (Daloz, 1859, 1, 41). Gante, 26 de Febrero de 1873 (*Pasicrisia*, 1873, 2, 190).

² Amiens, 24 de Agosto de 1825 (Daloz, en la palabra *Sentencia* núm. 333, 2°).

tativas; sería inútil multiplicarlas, siendo la interpretación esencialmente de hecho cuando se limita á explicar el sentido de una disposición. (1) Una sentencia encargó á unos expertos determinar los límites de la madre de un río navegable buscando la altura de sus *aguas medias*. ¿Qué se entendía por *aguas medias*? Se trataba de determinar el punto en que acaba el dominio público y en que comienza el dominio privado. Ese principio que este límite se fije por la altura de las *mayores aguas* del río en el momento en que completamente lleno, no podría crecer más sin comenzar á desbordar. La sentencia definitiva pronunciada en el caso interpretó el primer fallo en este sentido, que los expertos tenían misión de determinar la *mayor altura de las aguas* entregadas á su curso normal; es decir, antes de alcanzar los puntos extremos del desborde. Recurso de casación. Se pretende que la Corte, bajo el pretexto de interpretar su primera sentencia, lo modificó. La Corte de Casación decidió que la palabra *altura media de las aguas* pudiendo ofrecer un sentido dudoso para las partes, la Corte de Rouen había pedido en su sentencia definitiva, interpretar dichas palabras sin salirse de sus atribuciones. En el caso, el poder de los jueces del hecho no podía ser dudoso, pues la primera sentencia, como lo hace notar la Corte de Casación, era interlocutoria en la parte litigiosa; y las decisiones interlocutorias no ligan al juez del fondo. (2)

Las sentencias interpretativas son bastante frecuentes en materia de costas. Un concordato fué concedido á un quebrado; algunos acreedores se opusieron; sucumben y están condenados á todas las costas de la instancia en homologación. Una sentencia interpretativa declara que la primera sentencia había querido referirse solo á los gastos de proce-

¹ Véanse las sentencias citadas en el *Repertorio* de Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núms. 348-351.

² Denegada, 9 de Julio de 1846 (Daloz, 1846, 1, 270).

dimientos necesarios, todos por la resistencia de los oponentes á la homologación del concordato, y no á los gastos de todas las actas que los demandados habían querido notificar á los numerosos acreedores de la quiebra. Recurso de casación por violación de la cosa juzgada; la Corte decidió que la sentencia atacada solo contenía la interpretación de una disposición cuyos términos, aunque generales, no podían dar lugar á una duda racional. (1)

150. Sucede que los tribunales, á pretexto de interpretar sus decisiones, las modifican. En este caso hay violación de la cosa juzgada, y, por consiguiente, ha lugar á casación. Una sentencia pronuncia una condena sin darle por su dispositivo, la sanción del premio corporal. ¿Puede el juez suplir este silencio por vía de interpretación? La negativa es evidente. La Corte de Casación dice que la falta de una disposición acerca de un apercibimiento corporal no presenta por sí nada de obscuro ni de ambiguo; que, por consiguiente, no ha lugar á examinar por vía de interpretación, si el silencio del dispositivo proviene de una abstención voluntaria del juez ó de una omisión de estatuir. Así sucede, dice la Corte, ya sea que el apercibimiento corporal haya sido el objeto del punto especial de la demanda, ya que no haya sido solicitada. La misma sentencia recuerda la regla general en esta materia, es que el juez agotó su poder cuando ha pronunciado su decisión, y que en adelante no le pertenece ya agregarle ni quitarle nada. La interpretación destinada únicamente á esclarecer una redacción obscura ó ambigua, no puede en ningún caso servir de pretexto á la violación de este principio fundamental. (2)

1 Denegada, 10 Julio de 1817 (Daloz, en la palabra *Costas*, número 919). Compárese Denegada, 6 de Abril de 1840 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 356, 2º). Bruselas, 26 de Octubre de 1849 (*Pasicrisia*, 1851, 1, 124). Denegada de la Corte de Casación de Bélgica, 21 de Marzo de 1872 (*Pasicrisia*, 1872, 1, 182).

2 Casación, 28 de Agosto de 1852 (Daloz, 1852, 1, 139).

Una parte está condenada á restituir una suma de dinero con los *intereses de derecho*. Los jueces declaran en una segunda sentencia que por las palabras *de derecho* han querido decir los intereses corridos desde el día de la recepción de la suma por la parte condenada. En el recurso de casación esta sentencia fué casada. La Corte reconoce á los jueces el derecho de interpretar las sentencias por ellos pronunciadas cuando sus términos son dudosos y ofrecen alguna obscuridad; pero no pueden, so pretexto de interpretación, quitar á las partes el beneficio adquirido por una decisión cuyos términos positivos tienen un sentido legal que no es dudoso: El juez no puede dar á un término legal otro sentido que aquel que la ley le da, y cuando se trata de intereses, las palabras *de derecho* deben entenderse en el sentido del art. 1,153 según el que, en las obligaciones que se limitan al pago de una cantidad de dinero, los intereses solo son debidos desde el día de la demanda. Dando á estas expresiones una interpretación diferente, para llegar á hacer correr los intereses desde el día de la entrega de la suma que debe restituirse, la sentencia atacada había violado el artículo 1,351. (1)

III. De la rectificación.

151. Una sentencia desecha formalmente una demanda por rescisión y la demanda de los intereses de una renta. En lo que concierne á los intereses, el error era evidente, puesto que la demanda no fué contestada. La Corte á la cual se pidió la rectificación del error, lo confesó, pero dijo que no le pertenecía reformar, por vía de apelación, lo que estaba

1 Casación, 31 de Enero de 1865 (Daloz, 1865, 1, 390). Compárese Denegada, 14 de Agosto de 1838 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 341, 2º); Casación, 10 de Abril de 1837 (Daloz, *ibid.*, núm. 338, 2º) y 1º de Marzo de 1842 (*ibid.*, núm. 344, 2º); Besançon, 26 de Noviembre de 1863 (Daloz, 1863, 2, 205); Douai, 28 de Noviembre de 1873 (Daloz, 1875, 2, 31).

sentenciado en última instancia cuando la parte que obtuvo esta decisión errónea persiste en quererla aprovechar. (1) Esta es la aplicación rigurosa del principio que acabamos de recordar; desde que el juez dió su decisión, sus poderes están agotados. Cualquiera que sea la fuente de su error, no le pertenece ya rectificarlo. La ley abre recursos contra el error posible del primer juez; fuera de estos recursos no hay medio de volver sobre lo que fué sentenciado. Lo mismo pasa aunque se pretenda que las piezas acerca de las que ha sido pronunciada la sentencia tenían faltas y eran incompletas; (2) el error es irreparable. Se descubre una pieza que prueba que el primer juez cometió un error de hecho: Había sentenciado que una donación era nula por falta de de insinuación; se producen piezas que dan la prueba auténtica del cumplimiento de esta formalidad; (3) no importa, el error es irreparable. Acerca de este último punto, hay una disposición formal que confirma la doctrina rigurosa que acabamos de exponer: Según los términos del art. 480 del Código de Procedimientos, hay lugar á requisición civil si desde la sentencia se recobraron piezas decisivas que habían sido detenidas por el hecho de la parte. Fuera de este caso, el descubrimiento de piezas nuevas no permite reformar la sentencia.

152. La ley solo hace una excepción á esta regla, y la excepción confirma la regla. Según el art. 541 del Código de Procedimientos, "no se procederá á la revisión de ninguna cuenta á reserva que las partes, si hay error, omisión, falsedad, ó doble empleo, formulen sus demandas ante los mismos jueces." La Corte de Casación, aplicando este artículo, dice muy bien que los errores de cálculo pueden siem-

1 Lieja, 15 de Agosto de 1835 (*Pasicrisia*, 1835, 2, 153).

2 Denegada de la Corte de Casación de Bélgica, 19 de Noviembre de 1846 (*Pasicrisia*, 1847, 1, 353).

3 Casación, 23 de Junio de 1808 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 379).

pre rectificarse sin atacar la autoridad de cosa juzgada, puesto que es siempre seguro que los jueces quisieron hacer una operación de aritmética completa y exacta, y que no han podido hacer que una cifra ocupe el lugar de la cifra más exacta; (1) los jueces no pueden decidir que uno y dos hacen cuatro.

Sin embargo, la Corte va demasiado lejos diciendo que los errores de cálculo pueden siempre ser rectificadas. Esto sobrepasa al art. 541. Para que esta disposición pueda ser aplicada, es necesario que haya una cuenta; si, pues, no se trata de una cuenta, los errores de cálculo no pueden ser rectificadas, ni ningún otro error. Después de todo, no es más absurdo decir que dos y dos hacen cinco, que decir que no hubo insinuación, cuando se presenta el acta de insinuación. Por muy deplorables que sean los errores, los cubre la cosa juzgada. Se ampara uno del art. 541 para obtener la rectificación de errores que la ley no permite rectificar cuando hay cosa juzgada: La Corte de Casación, fiel á su misión, ha reprimido estos excesos de poder que tendían nada menos que á arruinar la autoridad de cosa juzgada. Unos empresarios reclaman el pago de unos trabajos; la Corte estatuye acerca de las contestaciones sobrevenidas por las conclusiones de las partes, sin ordenar la rendición de ninguna cuenta. Una de las partes pide la rectificación de una disposición de la sentencia relativa á intereses convencionales, cuya cifra, á consecuencia de un error de cálculo, era muy inferior á los que realmente fueron concedidos. La Corte de Aix acogió la demanda. Esta era una falsa aplicación del art. 541; no podía tratarse de rectificación de una cuenta, puesto que ninguna cuenta había sido ordenada; era, en realidad, una acción por reparación de error cometida en una

1 Denegada, Sala Civil 23 de Noviembre de 1824 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 369, 4°).

decisión judicial. Y semejante acción no es admitida, salvo el caso, en que hay lugar á requisición civil. (1)

153. ¿No debe hacerse una excepción al rigor de estos principios cuando el error cometido por el juez puede rectificarse por la misma sentencia? Hé aquí un caso que se presentó. El juez al condenar á una de las partes á las costas, se equivocó de nombre y pone el de la parte que había obtenido en la causa. ¿Había cosa juzgada y este error no podía ser rectificado? Así se sostuvo ante la Corte de Casación, pero el recurso fué desechado. (2) Esta es una cuestión de interpretación más bién que de rectificación; el dispositivo debe ser interpretado por los motivos. Si los motivos prueban que hay un error de nombre en el dispositivo, hay que tomar á la sentencia en su conjunto, si no se hace decir al juez lo contrario de lo que quiso decir.

154. La jurisprudencia de acuerdo con la doctrina admite además otra excepción. Una parte está condenada á pagar una cantidad, encuentra el recibo del pago que había hecho antes del juicio. ¿Puede hacerlo valer á pesar de la sentencia condenatoria? Se admitía la afirmativa en el antiguo derecho, condenando á la parte á pagar, se dice, el juez solo decide una cosa, es que hay deuda, nada decide acerca del punto de saber si la deuda fué pagada; la parte condenada puede, pues, presentando el recibo, probar que fué satisfecho antes de la sentencia, puesto que el acreedor ha recibido lo que le era debido (3). Según el rigor de los principios, se podría sostener que el deudor condenado á pagar debe ejecutar la sentencia. Pero después de haber pagado

1 Casación, 28 de Enero de 1873 (Daloz, 1873, 1, 10). Compárese Casación, 8 de Junio de 1814 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, número 370).

2 Denegada, 24 de Abril de 1822 (Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núm. 375, 4°).

3 Toullier, t. V, 2, pág. 108, núm. 126. Aubry y Rau, t. VI, página 512, nota 112. Larombière, t. V, pág. 335, núm. 162 (Ed. B., tomo III, pág. 281).

tendría acción en repetición; produciendo el recibo probaría que pagó lo que ya no debía, y el acreedor no puede retener lo que recibió, porque lo haría sin causa. Se diría en vano que lo retiene en virtud de una sentencia, la cual forma una causa nueva. Contestarémos con la Corte de Casación, que el derecho francés ignora esas sutilezas: El acreedor recibió dos veces de la misma deuda; luego debe restituir lo que recibió por duplicado. ¿No es más sencillo decir que el deudor puede liberarse presentando su recibo? ¿Para qué obligarle á pagar cuando puede inmediatamente reclamar la restitución de lo que ha pagado? Queda un motivo de duda; la sentencia no recibirá su ejecución: ¿No será esto atacar la autoridad de cosa juzgada? En el derecho antiguo se confesaba que esto era una excepción de equidad; ¿y se podrá todavía en derecho moderno admitir una excepción fundada en la equidad, cuando el Código no la consagra? Creemos que á todo rigor debe contestarse negativamente. Pero la equidad ha ganado el punto. (1)

¿Qué debe decidirse si el deudor opuso la excepción de pago, el juez la desechó por falta de prueba; el deudor descubre después el recibo? ¿Puede prevalecerse de él, sea para oponerlo al acreedor que quiera ejecutar la sentencia, sea para repetir por lo que ha pagado? Se ha pretendido así; (2) la Corte de Casación no podía llegar hasta allá, esto hubiera sido destruir la cosa juzgada por consideración de equidad. Desechando la excepción de pago, el juez decide que no ha habido pago. Y admitir al deudor á prevalecerse de su recibo, es decir que hubo pago; esto es, pues, ponerse en contradicción con la cosa juzgada.

1 Véanse las sentencias en el *Repertorio* de Daloz, en la palabra *Cosa juzgada*, núms. 376, 378. Debe agregarse Denegada, 6 de Junio de 1859 (Daloz, 1859, 1, 453); Denegada, Sala Civil, 2 de Julio de 1873 (Daloz, 1874, 1, 470).

2 Durantou, t. XIII, pág. 502, núm. 474. En sentido contrario, Merlio, *Repertorio*, en la palabra *Sucesión*, sec. I, pfo. II, art. III. Toullier, t. V, 2, pág. 109, núm. 127.

SECCION VI.—De la confesión.

§ I.—NOCIONES GENERALES.

155. Según los términos del art. 1,354, la confesión que se opone á una parte es judicial ó extrajudicial. Hay una gran diferencia entre la fuerza probante de la confesión judicial y la que se hace fuera de justicia. En su esencia, sin embargo, la confesión es un mismo hecho jurídico, poco importa el lugar en que se haga. Debe, pues, comenzar por examinar la naturaleza de la confesión en general. Pothier define la confesión general como sigue: "Es la confesión que una parte hace ante el juez de un hecho, acerca del que se la interroga, declaración de que el juez levanta acta." Dejamos á un lado la forma de la confesión judicial; queda pues, la declaración de un hecho; no de todo hecho, pues Pothier supone una respuesta acerca de un interrogatorio del juez; y el juez interroga acerca de hechos y artículos; es decir, acerca de los hechos que son objeto del litigio. Es en este sentido como los editores de Zachariæ, han rectificado la definición de Pothier, explicándola: "La confesión es la declaración por la que una persona reconoce como por verdadero y debiendo sido considerado como verdad á su respecto, un hecho que de naturaleza ha producido contra ella, consecuencias jurídicas." No hay que decir que la confesión no es una declaración cualquiera, acerca de cualquier hecho, ni una declaración al aire, sin influencia en el proceso. Todo lo que dicen los Sres. Aubry y Rau, está comprendido en la definición de Pothier. No se contesta al juez sino acerca de hechos jurídicos, y la contestación es un elemento de prueba; luego aquel que hace una confesión sabe que se prevalecerá álugien de ella contra él. (1) Solo que de

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 830. Aubry y Rau, t. VI, página 333, nota 1, pfo. 751.

le extenderse lo que Pothier dice de la confesión judicial á la confesión extrajudicial, pues es también una confesión.

156. La confesión es la declaración de un hecho. No hay, pues, lugar á prevalecerse contra una parte de la declaración que hiciera acerca de una cuestión de derecho. Esto es tan evidente, que no se comprende cómo lo contrario pudo ser sostenido en justicia y que se haya necesitado una sentencia de la Corte de Casación para decidir que no son las partes las que resuelven las dificultades de derecho, sino el juez. (1) Poco importa, pues, que las partes digan ó no digan. El juez decide según la ley y no según el dicho de las partes. De esto resulta, que aquel que hizo en primera instancia una declaración acerca de un punto de derecho de la que puede depender la decisión de la causa, no está ligado por lo que dijo como lo estaría por una confesión; puede en apelación contestar lo que ha dicho ante el primer juez. (2)

157. Así, no hay confesión sino cuando la declaración versa acerca de un punto de hecho. Es menester una declaración. Se cita algunas veces como adagio que aquel que guarda silencio acerca de un hecho alegado por la parte adversa, es considerado como confesándolo; máxima tan peligrosa como falsa. Como lo dicen muy bien las leyes romanas, aquel que nada dice no confiesa ni niega, no se pronuncia; luego no hace ninguna declaración, ninguna confesión. Vanamente se dice que aquel que no reconoce la verdad de un hecho alegado, no tiene interés en negarlo. Puede contestar que tiene el derecho de callar, y que la parte adversa no tiene el de dirigirle una interpelación. Solo el juez tiene este poder. Si el juez en un interrogatorio sobre hechos y artículos ó en una comparecencia interpela á la parte, la cuestión entonces es muy diferente. La parte interrogada debe responder. Según los términos del art. 330 del

1 Denegada, 8 de Agosto de 1803 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,060).

2 Bruselas, 29 de Marzo de 1826 (*Pasicrisia*, 1826, pág. 106).

SECCION VI.—De la confesión.

§ I.—NOCIONES GENERALES.

155. Según los términos del art. 1,354, la confesión que se opone á una parte es judicial ó extrajudicial. Hay una gran diferencia entre la fuerza probante de la confesión judicial y la que se hace fuera de justicia. En su esencia, sin embargo, la confesión es un mismo hecho jurídico, poco importa el lugar en que se haga. Debe, pues, comenzar por examinar la naturaleza de la confesión en general. Pothier define la confesión general como sigue: "Es la confesión que una parte hace ante el juez de un hecho, acerca del que se la interroga, declaración de que el juez levanta acta." Dejamos á un lado la forma de la confesión judicial; queda pues, la declaración de un hecho; no de todo hecho, pues Pothier supone una respuesta acerca de un interrogatorio del juez; y el juez interroga acerca de hechos y artículos; es decir, acerca de los hechos que son objeto del litigio. Es en este sentido como los editores de Zachariæ, han rectificado la definición de Pothier, explicándola: "La confesión es la declaración por la que una persona reconoce como por verdadero y debiendo sido considerado como verdad á su respecto, un hecho que de naturaleza ha producido contra ella, consecuencias jurídicas." No hay que decir que la confesión no es una declaración cualquiera, acerca de cualquier hecho, ni una declaración al aire, sin influencia en el proceso. Todo lo que dicen los Sres. Aubry y Rau, está comprendido en la definición de Pothier. No se contesta al juez sino acerca de hechos jurídicos, y la contestación es un elemento de prueba; luego aquel que hace una confesión sabe que se prevalecerá álugien de ella contra él. (1) Solo que de

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 830. Aubry y Rau, t. VI, página 333, nota 1, pfo. 751.

le extenderse lo que Pothier dice de la confesión judicial á la confesión extrajudicial, pues es también una confesión.

156. La confesión es la declaración de un hecho. No hay, pues, lugar á prevalecerse contra una parte de la declaración que hiciera acerca de una cuestión de derecho. Esto es tan evidente, que no se comprende cómo lo contrario pudo ser sostenido en justicia y que se haya necesitado una sentencia de la Corte de Casación para decidir que no son las partes las que resuelven las dificultades de derecho, sino el juez. (1) Poco importa, pues, que las partes digan ó no digan. El juez decide según la ley y no según el dicho de las partes. De esto resulta, que aquel que hizo en primera instancia una declaración acerca de un punto de derecho de la que puede depender la decisión de la causa, no está ligado por lo que dijo como lo estaría por una confesión; puede en apelación contestar lo que ha dicho ante el primer juez. (2)

157. Así, no hay confesión sino cuando la declaración versa acerca de un punto de hecho. Es menester una declaración. Se cita algunas veces como adagio que aquel que guarda silencio acerca de un hecho alegado por la parte adversa, es considerado como confesándolo; máxima tan peligrosa como falsa. Como lo dicen muy bien las leyes romanas, aquel que nada dice no confiesa ni niega, no se pronuncia; luego no hace ninguna declaración, ninguna confesión. Vanamente se dice que aquel que no reconoce la verdad de un hecho alegado, no tiene interés en negarlo. Puede contestar que tiene el derecho de callar, y que la parte adversa no tiene el de dirigirle una interpelación. Solo el juez tiene este poder. Si el juez en un interrogatorio sobre hechos y artículos ó en una comparecencia interpela á la parte, la cuestión entonces es muy diferente. La parte interrogada debe responder. Según los términos del art. 330 del

1 Denegada, 8 de Agosto de 1803 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,060).

2 Bruselas, 29 de Marzo de 1826 (*Pasicrisia*, 1826, pág. 106).

Código de Procedimientos, "si la parte no compareca ó se rehusa contestar después de haber comparecido, los hechos podrán ser tenidos por averiguados." El art. 252 contiene una disposición análoga; prescribe que los hechos de los que una parte pide dar la prueba sean articulados sumariamente si no están reconocidos ó denegados después de tres días y podrán ser tenidos por confesados ó averiguados. Así, ni por una interpretación del juez se considera de derecho pleno como una confesión; el Tribunal es quien decidirá según las circunstancias de la causa. (1) De esto sigue que la confesión tácita resultando del silencio, es soberanamente apreciada por el juez del hecho; la decisión no da lugar á casación. (2)

Bien que el silencio no constituya una confesión, puede ser tomado en consideración por el juez, como elemento de convención, en el caso en que puede fundar su resolución en simples presunciones; puede resultar, en efecto, del silencio una probabilidad más ó menos fuerte contra una parte que calla cuando tiene interés en rechazar una alegación. Pero grande es la diferencia entre el silencio, considerado como presunción del hombre y la confesión propiamente dicha. La confesión hace fe plena contra quien la hace (artículo 1,356), es la mayor de las pruebas; mientras que el silencio solo hace nacer una probabilidad contra la parte que debiera contestar. (3) Esta probabilidad no se vuelve confesión sino en los casos determinados por la ley. Esto equivale á decir que estos casos son de estricta interpretación.

158. Resulta de la confesión que toda declaración ó ale-

1 Toullier, t. V, 2, pág. 148, núm. 299. Aubry y Rau, t. VI, página 334, nota 6.

2 Sala de Casación de Bruselas, 14 de Julio de 1818 (*Pasicrisia* 1818, pág. 147).

3 Denegada, 25 de Mayo de 1842 (Daloz, en la palabra *Servidumbre*, núm. 633, 3º) y 19 de Abril de 1842 (en la palabra *Disposiciones*, núm. 4,607, 1º).

gación no es una confesión. No deben considerarse como tales las declaraciones que hacen la partes en apoyo de su demanda ó de sus excepciones: Estos son medios de defensa, lo que excluye la idea que esas declaraciones puedan ser invocadas contra la parte de la que proceden. Se pide la nulidad de una venta por dolo, fraude ó error; el comprador sostiene que la venta es sincera y seria. Después cambia de defensa y dice que el contrato es eficaz, si no como venta, cuando menos como donación disfrazada. Recurso de casación contra la sentencia que admitió este medio; se pretende que había confesión del demandado y que el juez estaba ligado por esta confesión. La Corte de Casación decidió que no había confesión, sino únicamente conclusiones subsidiarias. (1) Esto corta la dificultad de derecho, pero de hecho puede ser difícil distinguir la declaración que es una confesión de la que no es un medio de defensa ó una simple opinión. Esta es cuestión de interpretación de voluntad que se decide soberanamente por el juez del hecho. (2)

Esta distinción se aplica con mayor razón á la confesión extrajudicial. En un debate judicial, las partes estudian sus palabras y no improvisan declaraciones; mientras que fuera de justicia, muchas palabras y muchas declaraciones se dicen y hacen á la ligera, y sin que aquel que las hace piense en ministrar la prueba de un hecho jurídico. Por esto es que el juez tiene en esta materia un poder discrecional, como lo diremos más adelante. Una persona llevaba los negocios de una familia, sin que haya habido nunca cuenta general y definitiva; depositó en manos de un agente de cambio valores declarando que pertenecían á uno de los miembros de dicha familia; después se retractó de esta declara-

1 Denegada, 3 de Junio de 1829 (Daloz, en la palabra *Obligación*, núm. 5,059). Compárese Denegada de la Corte de Casación de Bélgica, 6 de Agosto de 1834 (*Pasicrisia*, 1834, 1, 290).

2 Denegada, 25 de Febrero de 1836 (Daloz, en la palabra *Obligación*, núm. 5,079, 3º).

ción. ¿Era esta una confesión comprobando la propiedad de estos valores? La Corte de París declaró que no había confesión, porque la declaración no se había hecho en provecho de la señorita que el agente de negocios había declarado ser propietaria de los valores, ni para crear un título en su favor; el depositante quería impedir al depositario de servirse de los títulos. Una confesión, dice la Corte de París, supone una pretensión cualquiera de parte de aquel en provecho de quien se hace y, en el caso, el pretendido propietario nunca había presentado la menor pretensión acerca de los títulos cuya existencia ignoraba. (1)

159. Resulta también de la definición que hemos dado de la confesión que se supone que la declaración procede de una de las partes. De donde se sigue que si un testigo hace una declaración en un procedimiento civil ó criminal no puede oponersele como constituyendo una confesión en provecho de una parte, cuando aun no existía ningún debate, y por consiguiente no había partes en causa. (2) No hay confesión sin la voluntad de hacer una declaración refiriendo: e á una contestación y debiendo servir de prueba. Es, pues, preciso que la declaración esté hecha por una parte como tal

§ II.—DE LA CONFESION JUDICIAL.

Núm. 1. ¿Cuándo hay confesión judicial?

160. La confesión judicial supone una declaración hecha en justicia; es decir, en el curso de un proceso; luego por una de las partes que están en causa. Esto es lo que dice el art. 1,356: «La confesión judicial es la que hace una parte en justicia ó la que hace su apoderado especial.» Es, pues, de la esencia de la confesión judicial que se haga en justi-

1 París, 18 de Noviembre de 1867 (Daloz, 1867, 2, 210).

2 Denegada, Sala Criminal, 8 de Noviembre de 1854 (Daloz, 1856, 1, 348).

cia. ¿Las declaraciones que hace una parte en una instancia administrativa son confesiones? La negativa fué sentenciada en Francia, pero la decisión no es absoluta; se dice en la sentencia de la Corte de Casación que se trataba de enunciaci^ones extrañas al proceso y hechas, no en el curso del mismo, sino en una demanda tendiendo á obtener la radiación de la lista de los emigrados y el levantamiento del secuestro de sus bienes. (1) Si la declaración fué hecha en un proceso verdadero, hay declaración judicial; puesto que hay una justicia administrativa, debe advertirse que las confesiones hechas ante un juez administrativo son confesiones judiciales. Queda por saber si las declaraciones hechas en una instancia, pueden ser invocadas en otra; volveremos á ocuparnos de este punto.

161. Ha sido resuelto que la declaración hecha ante árbitros es una confesión judicial. En el caso, no podía haber mucha duda, puesto que las declaraciones habían sido renovadas ante la Corte de París. (2) Aunque no hubiesen sido sino ante los árbitros, debiera considerárseles como confesiones judiciales, pues los árbitros son jueces; por consiguiente, la confesión hecha ante ellos es una confesión hecha en justicia. Se objetaba que la confesión no constaba por acta separada; la Corte contestó que esto no es necesario, que basta que la declaración conste en los motivos de la sentencia. Volveremos á ocuparnos de este punto.

162. ¿Las confesiones hechas ante el juez de paz—cuando funge como magistrado conciliador, son confesiones judiciales? Hemos encontrado ya esta cuestión muy controvertida; (3) la doctrina está dividida así como la jurisprudencia. Nos parece que el texto de la ley la decide. El artícu-

1 Denegada, 9 de Enero de 1839 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,095, 1^o).

2 Denegada, 20 de Marzo de 1860 (Daloz, 1860, 1, 398).

3 Véase el tomo XIX de mis *Principios*, pág. 563, núm. 512.

ción. ¿Era esta una confesión comprobando la propiedad de estos valores? La Corte de París declaró que no había confesión, porque la declaración no se había hecho en provecho de la señorita que el agente de negocios había declarado ser propietaria de los valores, ni para crear un título en su favor; el depositante quería impedir al depositario de servirse de los títulos. Una confesión, dice la Corte de París, supone una pretensión cualquiera de parte de aquel en provecho de quien se hace y, en el caso, el pretendido propietario nunca había presentado la menor pretensión acerca de los títulos cuya existencia ignoraba. (1)

159. Resulta también de la definición que hemos dado de la confesión que se supone que la declaración procede de una de las partes. De donde se sigue que si un testigo hace una declaración en un procedimiento civil ó criminal no puede oponersele como constituyendo una confesión en provecho de una parte, cuando aun no existía ningún debate, y por consiguiente no había partes en causa. (2) No hay confesión sin la voluntad de hacer una declaración refiriendo: e á una contestación y debiendo servir de prueba. Es, pues, preciso que la declaración esté hecha por una parte como tal

§ II.—DE LA CONFESION JUDICIAL.

Núm. 1. ¿Cuándo hay confesión judicial?

160. La confesión judicial supone una declaración hecha en justicia; es decir, en el curso de un proceso; luego por una de las partes que están en causa. Esto es lo que dice el art. 1,356: «La confesión judicial es la que hace una parte en justicia ó la que hace su apoderado especial.» Es, pues, de la esencia de la confesión judicial que se haga en justi-

1 París, 18 de Noviembre de 1867 (Daloz, 1867, 2, 210).

2 Denegala, Sala Criminal, 8 de Noviembre de 1854 (Daloz, 1856, 1, 348).

cia. ¿Las declaraciones que hace una parte en una instancia administrativa son confesiones? La negativa fué sentenciada en Francia, pero la decisión no es absoluta; se dice en la sentencia de la Corte de Casación que se trataba de enunciaciões extrañas al proceso y hechas, no en el curso del mismo, sino en una demanda tendiendo á obtener la radiación de la lista de los emigrados y el levantamiento del secuestro de sus bienes. (1) Si la declaración fué hecha en un proceso verdadero, hay declaración judicial; puesto que hay una justicia administrativa, debe advertirse que las confesiones hechas ante un juez administrativo son confesiones judiciales. Queda por saber si las declaraciones hechas en una instancia, pueden ser invocadas en otra; volveremos á ocuparnos de este punto.

161. Ha sido resuelto que la declaración hecha ante árbitros es una confesión judicial. En el caso, no podía haber mucha duda, puesto que las declaraciones habían sido renovadas ante la Corte de París. (2) Aunque no hubiesen sido sino ante los árbitros, debiera considerarseles como confesiones judiciales, pues los árbitros son jueces; por consiguiente, la confesión hecha ante ellos es una confesión hecha en justicia. Se objetaba que la confesión no constaba por acta separada; la Corte contestó que esto no es necesario, que basta que la declaración conste en los motivos de la sentencia. Volveremos á ocuparnos de este punto.

162. ¿Las confesiones hechas ante el juez de paz—cuando funge como magistrado conciliador, son confesiones judiciales? Hemos encontrado ya esta cuestión muy controvertida; (3) la doctrina está dividida así como la jurisprudencia. Nos parece que el texto de la ley la decide. El artícu-

1 Denegada, 9 de Enero de 1839 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,095, 1°).

2 Denegada, 20 de Marzo de 1860 (Daloz, 1860, 1, 398).

3 Véase el tomo XIX de mis *Principios*, pág. 563, núm. 512.

lo 1,356 prescribe que la declaración se haga en justicia, luego ante un juez llamado á sentenciar un proceso; y el juez de paz no funge como juez cuando las partes se presentan ante él en conciliación; esto es decisivo. El espíritu de la ley aparece en armonía con el texto. Según la ley de 24 de Agosto de 1790 (tit. X, art. 3), el juez de paz debía levantar acta sumaria de lo dicho por las partes, de sus *confesiones* y negaciones acerca de los puntos del hecho; el Código de Procedimientos no reproduce esta disposición, se limita á decir que el juez de paz hará sumariamente mención que las partes no pudieron convenirse (art. 54). (4) La mayor parte de los autores enseñan que la confesión es judicial. Toullier parece ver en esto una cuestión de fuerza probante de las actas. (2) Esto no es exacto; aunque la confesión constara por una acta auténtica, no sería una confesión judicial; y no puede decirse en el caso, que la confesión fué recibida por un magistrado, puesto que el juez de paz no funge como juez, y que la ley no le da misión para recibir confesiones. Duranton tiene otro motivo, es que el juez de paz es competente para recibir el juramento de las partes. (3) Contestaremos que la ley le da este poder, mientras que nada dice de la confesión; la cuestión debe, pues, ser resuelta por el art. 1,356, y se reduce á saber si el juez de paz funge como juez. Se dice que la conciliación es un preliminar indispensable de toda acción en justicia; esto es verdad, pero resulta de esto que la comparecencia de las partes constituye una instancia judicial? Larombière invoca el carácter del magistrado: Esto es jugar con las palabras; el juez de paz no es un magistrado cuando está llamado á conciliar á las partes, puesto que no decide ninguna contestación. (4)

1 Colmet de Santorre, t. V, pág. 643, núm. 332 bis II. Sala de Casación de Bruselas, 11 de Febrero de 1820 (*Pasicrisia*, 1820, pág. 45).

2 Toullier, t. V, 2, pág. 235, núm. 271.

3 Duranton, t. XIII, pág. 598, núm. 561.

4 Larombière, t. V, pág. 395, núm. 2 (Ed. B., t. III, pág. 306).

La jurisprudencia se pronuncia en favor de la opinión que combatimos. (1)

163. ¿En qué forma se hace la confesión judicial? El artículo 1,356 no prescribe ninguna forma y, por lo tanto, no excluye á ninguna. Ordinariamente la confesión se hace en el interrogatorio sobre hechos y artículos. La ley permite á las partes hacerse interrogar respectivamente en toda materia y en cualquiera estado de la causa (Cód. de Proc., artículo 324). Desgraciadamente estas confesiones están casi siempre preparadas de antemano y calculadas de manera que la parte adversa no pueda dividir las, y, por consiguiente, sacar de ellas ninguna prueba. La confesión puede ser espontánea; es decir, hecha por una de las partes sin que ésta esté interpretada ni requerida, cuando reconoce un hecho en audiencia, (2) ó ante un juez comisario, (3) ó en una acta judicial, como por ejemplo en las cualidades (4) ó en una acta de oposición en una sentencia por defecto. (5) Es necesario una acta judicial; luego una declaración hecha en una carta, aunque escrita en el curso de la instancia por una parte á la otra, no es una confesión extrajudicial. (6)

Acercas de todos estos puntos no hay ninguna duda. La confesión extrajudicial da lugar á una ligera dificultad cuando se reproduce en justicia. ¿Se hace en este caso una confesión judicial indivisible como tal é irrevocable? ¿ó permanece como confesión extrajudicial, y por lo tanto, revocable y divisible? Nos parece que la cuestión está mal presenta-

1 Véanse las sentencias en el *Repertorio* de Dalloz, núm. 5,064. Li-moges, 17 de Julio de 1849 (Dalloz, 1852, 2, 51). Lieja, Sala de Casación, 26 de Febrero de 1818 (*Pasicrisia*, 1818, pág. 467).

2 Denegada de la Corte de Casación de Bélgica, 31 de Marzo de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 1, 287).

3 Bruselas, 15 de Noviembre de 1845 (*Pasicrisia*, 1847, 2, 337).

4 Denegada, 21 de Julio de 1836 (Dalloz, en la palabra *Servitudes*, núm. 476, 7°).

5 Bruselas, 15 de Julio de 1867 (*Pasicrisia*, 1869, 2, 329).

6 Denegada, 7 de Noviembre de 1827 (Dalloz, en la palabra *Su-cesión*, núm. 1,196).

da. Hay dos confesiones en el caso, una extrajudicial y otra judicial; la parte interesada puede prevalecerse de una y de otra, pero naturalmente con los caracteres y los efectos que la ley da á cada una. La confesión judicial tiene la gran ventaja de hacer plena fe, pero por otro lado no se la puede dividir; mientras que la confesión extrajudicial puede ser dividida, pero no hace plena fe. A la parte toca escoger lo que mejor le convenga. (1) En derecho, no se puede decidir de una manera absoluta, como lo ha hecho la Corte de Casación, que la confesión se vuelve judicial, pues la confesión extrajudicial es un hecho del que resulta un derecho para aquel que la puede invocar; y no depende de la parte destruir un hecho ni quitar un derecho adquirido. (2)

164. Existe una cuestión más dudosa: Se pregunta si la confesión deba hacerse en la misma instancia en que está invocada. La mayor parte de los autores enseñan la afirmativa; de manera que una confesión hecha en una primera instancia no podría servir de prueba en otra instancia. ¿No es esto sobrepasar el espíritu y el texto de la ley? El art. 1,356 solo prescribe una condición para que haya confesión judicial, es que ésta esté hecha en justicia; exigir que se haga en una misma instancia en la que se quiere prevalecerse de ella, es exigir una condición que la ley no prescribe. ¿Tiene este derecho el intérprete? No, á menos que la condición resulte de la esencia misma de la confesión á la cosa juzgada; se dice que hace plena fe, pero no resulta de ella sino una verdad relativa, como la de la sentencia. La fe que la confesión hace en una instancia es extraña á otra instancia. (3) La comparación es especiosa, pero es el caso de decir que

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 336, nota 10. Larombière, t. V, página 297, núm. 7 (El. B., t. III, pág. 307).

2 Casación, 30 de Abril de 1821 (Dalloz, núm. 5,163). Merlin *Questions*, en la palabra *Confesión*, pfo. IV, núm. 1.

3 Aubry y Rau, t. VI, pág. 335, nota 7. Colmet de Santerre, tomo V, pág. 648, núm. 333 bis II. En sentido contrario, Marcadé, tomo V, pág. 225, núm. 2 del artículo 1,356.

comparación no es razón. Una cosa es la sentencia y otra la confesión. No se concibe que una sentencia tenga efecto fuera de la causa en la que fué pronunciada; los fallos judiciales son esencialmente relativos, mientras que la confesión es el reconocimiento de un hecho. ¿Se concibe que aquí la verdad sea relativa y que la parte venga á decir: Lo que reconozco será verdad en el proceso actual, pero mi declaración dejará de ser verdadera en los demás procesos que podrán surgir?

La jurisprudencia está dividida; un fallo reciente de la Corte de Casación se pronunció por la opinión que acabamos de defender; la Corte se apoya en los términos generales del art. 1,356. (1) Esto es, á nuestro juicio, un argumento irrefutable.

165. Otra es la cuestión de saber si la confesión puede ser invocada por un tercero. Está uno inclinado á creerlo; el acta auténtica hace fe con relación á los terceros así como entre las partes; y la confesión consta ser acta auténtica. ¿Por qué no haría la misma fe? Hay una diferencia entre el acta auténtica y la confesión. El notario tiene misión de dar fuerza probante á los hechos que hace constar en las declaraciones que recibe con relación á la sociedad entera; es por razón de esta misión que las actas pueden ser invocadas contra los terceros, como pueden ser invocadas por ellos. La confesión, al contrario, es una declaración hecha por un particular, la hace en provecho de la parte que está en causa; su declaración solo así prueba, pues en favor de esta parte los terceros no pueden prevalecerse de ella. (2)

Núm. 2. Prueba de la confesión judicial.

166. ¿La confesión judicial debe constar por una acta redactada á este efecto? Se enseña la afirmativa, y la juris-

1 Denegada, 15 de Marzo de 1863 (Dalloz, 1872, I, 137). Véase *ibid.* en nota, la jurisprudencia anterior lo mismo que la doctrina.

2 Gante, 22 de Febrero de 1856 (*Pasicrinia*, 1856, 2, 130).

prudencia está en este sentido. Hay un motivo de duda. La ley guarda silencio acerca de las formas en las que la confesión debe constar. ¿No es esto decir que se deben seguir los principios generales acerca de la prueba? Exigir una acta es decir que la confesión no hace fe si no consta por acta auténtica; esto es, pues, resolver que la confesión es una acta solemne. ¿Puede el intérprete prescribir una condición sin la que no habrá confesión? Sin embargo, aceptamos ese principio, porque es tradicional. Pothier define la cuestión judicial en estos términos: "La confesión judicial es la que hace una parte ante el juez de un hecho acerca del que se la interroga y de cuya declaración el juez levanta una acta." Es, pues, necesario una acta, y esta acta es auténtica puesto que está recibida por un magistrado con esta cualidad. Es verdad que Pothier supone que la parte es interrogada por el juez, lo que se hace ya en el interrogatorio de posiciones del que siempre se levanta acta, sea en la audiencia cuando la parte comparece en persona. Si es necesario una acta cuando el juez interroga, con mayor razón la declaración espontánea que hace una parte en la audiencia, debe constar en acta; todo se actúa en justicia y lo que no consta en autos es como si no existiera, en el sentido que las declaraciones verbales no actuadas no son declaraciones judiciales. Cuando las declaraciones son hechas en autos de procedimientos, son por esto mismo auténticas. (1)

167. El interés práctico de la cuestión, es el siguiente: Si la confesión no consta por acta, el juez puede fallar sin estar ligado por ella. La parte invocaría en vano la confesión proveyendo en casación; la Corte no puede casar una sentencia por violación del art. 1,356 cuando la confesión no está comprobada. La Corte de Casación ha llevado el rigor

1 Véanse las sentencias en el *Repertorio* de Dalloz, núm. 5,081. En el mismo sentido, Bruselas, Sala de Casación, 11 de Febrero de 1820 (*Panicrisia*, 1820, pág. 45); Denegada, Corte de Casación de Bélgica, 14 de Agosto de 1838 (*Panicrisia*, 1838, 1, 336).

hasta decidir que la mención hecha de la confesión en los motivos de la sentencia sería insuficiente. (1) Nos parece que esto es sobrepasar, no diríamos la ley, puesto que no la hay, pero que los principios exigen. Cuando el juez menciona la confesión en los considerandos de la sentencia, la hace constar y auténticamente. Si la constancia auténtica es necesaria, no se puede ir más allá y prescribir tal ó cual forma. La misma sentencia dice que una declaración puramente verbal solo es un simple ofrecimiento que no tiene efecto sino ha sido aceptada. En nuestro concepto, hay aquí un error. La confesión es siempre una acta unilateral, como lo vamos á decir; la única dificultad consiste en saber si debe constar ya por una acta, ya por una sentencia, pero no cambia de naturaleza porque no consta en un escrito.

168. ¿Debe la confesión ser aceptada por la parte en provecho de quien se hizo? Hay un conflicto en este punto, entre la doctrina y la jurisprudencia. La mayor parte de los autores enseñan que la confesión es una acta unilateral que no exige el concurso de consentimiento de ambas partes, mientras que la jurisprudencia consagra la opinión contraria. No titubeamos en adoptar la opinión de los autores. Es necesario el concurso de consentimiento cuando hay una confesión, y para que la haya, son necesarias una oferta y una aceptación de las que resultan una obligación y un derecho. Y la confesión no engendra derecho ni obligación en el sentido que aquel que confiesa un hecho declara únicamente la existencia de este hecho. Confieso que debo: ¿Es que esta declaración produce una deuda á mi cargo? Nó; la confesión supone que hay deuda pero lo crea. Desde luego, no se comprende por qué el acreedor había de intervenir para aceptar la confesión. Dió su consentimiento, puesto que hay deuda; es inútil que lo renueve.

El interés práctico de la cuestión es el siguiente: Según

1 Denegada, 12 de Abril de 1869 (Dalloz, 1872, 1, 31).

los términos del art. 1,356, la confesión no puede ser revocada. En nuestra opinión, la confesión es irrevocable desde el momento en que ha sido hecha. Según la jurisprudencia, la sentencia es una simple oferta que puede ser retractada mientras no ha sido aceptada. Nos parece que la consecuencia que se deduce del principio, testifica contra él. Declaro que he recibido el pago de una deuda; esto es la constancia de un hecho; ¿qué fuerza agregará la aceptación del acreedor á este reconocimiento? Ni siquiera se comprende lo que aceptaría; no le hago ninguna oferta, nada tiene, pues, que aceptar. Lo que hace es que los tribunales se equivoquen, es que es de costumbre levantar acta de las declaraciones que una parte hace. Hemos visto que Pothier comprende este uso en la definición de la sentencia, pero también dice en qué sentido debe entenderse. El juez es quien levanta acta; es decir, quien recibe la declaración y la hace constar. Cuestión de prueba; pero de que la confesión judicial debe ser actuada, no debe concluirse que debe ser aceptada; no es el acreedor quien pide que se le dé acta de la confesión, en este sentido que la acepta, es el juez quien lo ordena; y aunque el acreedor lo pidiera, esto no implicaría la necesidad de una aceptación de su parte; todo lo que pide es que se levante acta de la confesión.

La jurisprudencia tiene muy poca autoridad en esta materia, porque no está motivada ó lo está mal. Así, la Corte de Casación decide que la confesión no aceptada puede ser retractada; (1) no da ningún motivo en apoyo de su decisión, y un fallo no motivado es una simple alegación. La Corte de Bruselas dice que el concurso de voluntades es lo que imprime á la confesión judicial la naturaleza y la fuerza de una convención formada ante el juez y que la hace irrevocable. (2) Esto es resolver la cuestión por la cuestión.

1 Denegada, 9 de Junio de 1863 (Dalloz, 1864, 1, 483).

2 Bruselas, 30 de Mayo de 1823 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,144, 1º, y *Pasicrisia*, 1823, pág. 484).

pues se trata precisamente de saber si la confesión es una convención. La Corte abandonó esta jurisprudencia. En una sentencia reciente, (1) se ha pronunciado por la opinión enseñada por los autores. (2)

El principio que la confesión no debe ser aceptada recibe excepción cuando ésta contiene una renuncia. Hemos dicho al tratar de la remesa de la deuda, que la que contiene una renuncia debe ser aceptada. Luego cuando una confesión implica una renuncia, se comprende que la renuncia puede ser retractada mientras no ha sido aceptada. (3) ¿Pero no debe entenderse que toda confesión es una renuncia? Hay un antiguo adagio que parece confirmar esta opinión: Aquel que no puede dar no puede confesar. Dirémos más adelante en qué sentido la confesión es una disposición. En su esencia, no implica ninguna renuncia. Confieso que he recibido el pago de lo que se me debía: ¿Es esto renunciar á mi crédito? No por cierto; declaro que mi crédito se extinguió y que ya no tengo derecho; ¿cómo podría renunciar á un derecho que ya no tengo?

Núm. 3. ¿Quién puede hacer una confesión judicial?

169. Se admite como principio que aquel que confesó debe tener capacidad para disponer de la cosa ó del derecho de que es objeto la confesión. Se dice que, en efecto, la confesión implica enajenación de la cosa, puesto que siempre tiene por consecuencia la condenación del que confiesa. (4)

1 Bruselas, 15 de Julio de 1867 (*Pasicrisia*, 1869, 2, 330).

2 Duranton, t. X, pág. 37, núm. 54. Aubry y Rau, t. VI, pág. 338. Marcadé, t. V, pág. 228, núm. 2 del artículo 1,356. Larombière, tomo V, pág. 424, núm. 30 (Ed. U., t. III, pág. 309). Colmet de Sauter, t. V, pág. 546, núm. 335 bis I. El sentido contrario. Toullier, t. V, 2, pág. 242, núm. 287. Véase la refutación de Durergier, página 244, nota.

3 Aubry y Rau, t. VI, pág. 338, nota 17.

4 Duranton, t. XIII, pág. 587, núm. 547. Denegada, Corte de Casación de Bélgica, 4 de Mayo de 1854 (*Pasicrisia*, 1854, 1, 210).

Esto es enteramente exacto. Cuando confieso que no soy propietario de la cosa que se reivindica contra mí, no dispongo de dicha cosa y no la enajeno. Como acabamos de decirlo (núm. 168), es imposible que enajene una cosa en el momento en que declaro no tener ningún derecho á la cosa. La confesión es una prueba, y no se puede decir que la prueba sea una acta de disposición; hacer constar un hecho no es disponer. Pero la prueba resultando de la confesión, tiene por consecuencia necesaria, el hacer perder mi proceso: Según el art. 1,356, la confesión hace fe plena contra aquel que la hace. Una confesión imprudente puede, pues, arrostrar la pérdida del derecho que es objeto del litigio. Por el solo hecho de haber proceso, debe creerse que el derecho es más ó menos incierto; ministrando una prueba perentoria contra mí, doy el gane á la parte contraria; no puedo ya sostener mis pretensiones, como podía hacerlo antes de la confesión. En este sentido, la cuestión de prueba se liga íntimamente al derecho de que es objeto el proceso, puede decirse que dispongo indirectamente de la cosa, haciendo una confesión que implica mi condenación. Es, pues, necesario una cierta capacidad para hacer una confesión. ¿Cuál es esta capacidad? La de disponer. (1)

170. De esto resulta la consecuencia que el menor y el incapaz no pueden hacer confesiones, porque no tienen capacidad de disponer. Las personas colocadas bajo consejo judicial no pueden enajenar sin la asistencia de su consejo (arts. 499 y 513); luego son incapaces de hacer confesión sin estar asistidas. (2) La mujer casada no puede enajenar sin autorización de su marido, aunque esté separada de bienes, dice el art. 217. Es demasiado absoluto, pues el art. 1,449 permite á la mujer separada de bienes, disponer de sus mue-

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 831. Aubry y Rau, t. VI, página, 336, nota 11.

2 Lieja, 11 de Marzo de 1868 (*Pasicristia*, 1869, 2, 175).

bles y enajenarlos sin ninguna autorización; de esto resulta que la mujer separada de bienes podrá hacer una confesión sin autorización, si el objeto de ésta fuera un derecho mobiliario. Sin embargo, para hacer una confesión en justicia, debe estar autorizada para litigar, pues la mujer jamás puede constar en sentencia sin autorización (art. 215). De donde resulta la cuestión de saber si la mujer autorizada para litigar está por esto solo autorizada para confesar. Se decide la cuestión por una distinción: Autorizada para litigar lo está para proceder á todas las actas judiciales; luego lo está también para absolver posiciones, y, por consiguiente, hacer una confesión. Pero no se le reconoce el derecho para confesar espontáneamente. (1) Esta distinción nos parece discutible. Aunque la confesión sea espontánea, siempre es una acta de disposición en el sentido que acabamos de decir (169); y el marido autorizó á su mujer para sostener su derecho pero no la autorizó á disponer indirectamente de él mediante la confesión que haga. Según el rigor de los principios, debe decidirse que la mujer no puede hacer ninguna confesión sin autorización marital. Se dice en vano que la confesión hecha en un interrogatorio es obligatoria; á decir verdad, la confesión siempre es voluntaria, puesto que aunque interrogada por el juez, la mujer no está obligada á confesar el derecho de la parte adversa. Hay obligación moral de decir la verdad, y esta obligación existe siempre que la mujer sufra ó no un interrogatorio.

171. ¿Cuándo los mandatarios pueden hacer una confesión? El art. 1,356 contesta á la cuestión: Exige que el mandatario tenga un poder especial. Esto está en armonía con los principios que rigen la confesión y el mandato. La confesión es, en cierto sentido, una disposición; y el mandato concebido en términos generales solo abarca los actos de

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 337. Larombière, t. V, pág. 401, número 10 (Ed. B, t III, pág. 308).

administración; si se trata de enajenar, dice el art. 1,988, el mandato debe ser expreso. De donde la consecuencia que la confesión puede ser hecha por un apoderado especial.

La jurisprudencia y la doctrina admiten una restricción á este principio; se supone que se trata de hechos personales al mandatario y relativos al negocio que fué encargado de tratar; en este caso, se dice que la confesión que él hace con poder especial, liga al mandante siempre que los hechos confesados no excedan los límites del mandato. (1)

No podemos admitir esta excepción. Por esto mismo que es una excepción, debiera ser consagrada por la ley; no pertenece al intérprete resolver que el mandatario puede hacer una confesión sin poder especial; cuando la ley exige un poder especial nada importa que se trate de un hecho personal al mandatario. Confiesa, no por su persona, sino en nombre del mandante, este último será quien sufra las consecuencias; y el mandante, si bien dió al mandatario poder para tratar, no se lo dió para disponer indirectamente de su derecho.

172. Este principio recibe su aplicación á los abogados, pero con una modificación. El art. 352 del Código de Procedimientos, dice: «Ninguna confesión podrá ser hecha sin poder especial *bajo pena de denegada*.» Así, el principio del art. 1,356 queda mantenido; los abogados son los mandatarios de la parte que los escogió, y la representan en todo lo que concierne al negocio de que están encargados; pero este poder general no abarca el derecho de hacerlo confesión; el abogado que debe sostener las pretensiones de su mandante, no puede, conociendo las convenciones de la parte adversa, darle gane cuando esté encargado de combatirla. De esto resulta que la confesión hecha por el abogado sea nula. Aquí interviene la modificación que el Código de Pro-

1 Nancy, 25 de Abril de 1844 (Daloz, en la palabra *Obligaciones* núm. 5,152). Aubry y Rau, t. VI, pág. 337, pfo. 751.

cedimientos hace al principio del Código Civil. El art. 352 no pronuncia la nulidad de la confesión, dice que el abogado no puede hacer confesión bajo pena de denegada. Si, pues, la parte de la que obra el abogado no quiere reconocer la confesión como procediendo de ella, debe *denegar* su mandato y lo puede por el solo hecho de no haberle dado poder especial. Pero si no lo deniega, se apropia por esto mismo la confesión, y no la puede ya repudiar. (1)

No pasa lo mismo con los defensores: No representan á sus clientes, solo son sus consejeros y sus patronos. Tal es el sentido de la antigua máxima que los defensores no pueden ser desaprobados. Esto no quiere decir que la confesión que ellos hagan ligue á su cliente; al contrario, la confesión no liga al cliente puesto que el consejero no es su mandatario; el defensor queda en los términos del derecho común; necesita un mandato especial para hacer una confesión; si no lo tiene, la confesión es nula sin que la parte esté obligada á desaprobár su consejo. Se admite, sin embargo, que las confesiones hechas por un abogado consultor con la asistencia de un abogado litigante, son como si este último las hiciera, cuando éste no las ha retractado; de donde resulta que la parte que no quiere reconocer esta confesión está obligada á desaprobár al abogado. (2) Esto nos parece muy dudoso desde luego; esto equivale á decir que el silencio implica conocimiento, lo que está en oposición con el derecho común. Además se establece una presunción sin ley: Las confesiones son como hechas por el abogado. ¿En qué se funda esta presunción? En probabilidades; pues bien, no pertenece al intérprete crear presunciones por muy probables que éstas sean. (3)

1 Toullier, t. V, 2, pág. 245, núm. 293. Duranton, t. XIII, página 586, núm. 546, y todos los autores. Burdeos, 18 de Enero de 1839 (Daloz, en la palabra *Abogado*, núm. 147). Bruselas, 6 de Abril de 1857 (*Pasicrisia*, 1857, 2, 163).

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 337, nota 14.

3 Compárese Casación, 30 de Marzo de 1869 (Daloz, 1869, 1, 239).

173. ¿Pueden los tutores hacer confesiones á nombre de sus pupilos? Esta cuestión no está sin dificultad. Un primer punto es seguro: Si se trata de hechos anteriores á la tutela, y por consiguiente, extraños al tutor, éste no tiene calidad para hacer una confesión; no es en este caso el representante legal del menor; luego queda bajo el imperio del derecho común. Sin poder especial no puede hacer confesión. Si se trata de una acta de tutela, se admite que puede hacer confesiones espontáneas siempre que los actos no excedan los límites de su poder. (1) Esto es dudoso. La ley da al tutor misión para administrar, le da derecho de intentar acciones mobiliarias; pero una cosa es administrar y promover en justicia, y otra cosa es hacer confesiones que pueden comprometer los derechos del menor. La confesión es una acta de disposición, en este sentido que aquel que no puede disponer es incapaz para confesar. Y el tutor no tiene jamás el poder de disponer; lo que decide la cuestión. Se agrega que el tutor puede absolver posiciones aun acerca de hechos que no le son personales, pero de los que puede haber tenido conocimiento, á reserva que el Tribunal tenga en cuenta ó no esas declaraciones. (2) Esto no es ya una confesión, sino una simple noticia. La cuestión está en saber si el tutor puede hacer una confesión propiamente dicha. La negativa nos parece segura si se admite el principio que ha sido nuestro punto de partida: *Qui non potest donare, non potest confiteri*. La Corte de Gante objeta que si el tutor tiene capacidad para contraer una obligación, la tiene para reconocerla. (3) Nó, la diferencia es grande entre la obligación que contrae el tutor y la confesión. El tutor puede administrar; luego obligar al menor por estos actos. Pero cuando se trata de una confesión judicial; consta la existencia de la obligación; el menor

1 Lyon, 18 de Julio de 1861 (Daloz, 1863, 2, 166).

2 Aubry y Rau: t. VI, pág. 338, notas 15 y 16.

3 Gante, 12 de Junio de 1840 (Pasieris, 1841, 2, 113).

tiene el derecho é interés en sostener que no está obligado, y el tutor no le puede quitar este derecho porque sería disponer indirectamente de la cosa.

174. El principio establecido por el art. 1,356 es también aplicable á los administradores legales, tales como los administradores de una comunidad. Representan á la comunidad en justicia cuando están autorizados para ello por la autoridad competente, pero no tienen ningún poder de disposición. Ha sido resuelto que no pueden hacer confesión, porque no tienen capacidad para disponer. (1)

Núm. 4. ¿Acerca de qué puede versar la confesión?

175. Del principio que la confesión contiene una disposición indirecta de la cosa acerca de la que versa, se sigue que la confesión es inoperante cuando se trata de cosas de las que no pueden disponer las partes. Lo que hemos dicho de la capacidad se aplica también al objeto (núm. 169). Por aplicación á este principio debe resolverse que la confesión es inadmisibile para combatir las presunciones legales que son de orden público. El art. 1,352 decide implícitamente que las presunciones legales contra las que no se admite ninguna prueba pueden, sin embargo, ser combatidas por la confesión. Esto es verdad, pero la regla no es ya aplicable si la presunción es de interés general, pues los particulares no pueden derogar á lo que es de orden público (art. 6^o). No se puede, pues, oponer á la parte que obtuvo en la causa la confesión que hizo de la no existencia del derecho reconocido por una sentencia, pasa á autoridad de cosa juzgada. Así mismo, no se puede prevalecer de la confesión de aquel que invoca la prescripción.

176. Por la misma razón no puede invocarse la confesión

1 Donai, 4 de Julio de 1838 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, número 5,086). Denegada, Corte de Casación de Bélgica, 4 de Mayo de 1854 (Pasieris, 1854, 1, 210).

hecha acerca de un objeto que no está en el comercio. Tal es el estado de las personas. No se dispone del estado por vía de convención; luego no se puede disponer de él por confesión.

La ley prohíbe algunas veces el reconocimiento de un hecho por interés de orden público. En este caso, la confesión que de él se hiciera es inoperante. Tal es la confesión de una paternidad adulterina ó incestuosa. ¿Esta confesión es nula de una manera absoluta, ó no lo es sino en lo que concierne á la filiación? Esta cuestión muy controvertida, ha sido examinada en el título *De la Paternidad* (t. IV, números 141 y siguientes).

En fin, hay casos en que la ley declara una confesión ineficaz, porque teme el fraude. La confesión del marido, en los procesos por separación de bienes, no hace prueba según los términos del art. 870 del Código de Procedimientos.

Núm. 5. Fuerza probante de la confesión.

177. "La confesión hace fe plena contra aquel que la hizo" (art. 1,356). Cuando la parte que está interesada á negar un hecho litigioso lo reconoce, debe creerse que este reconocimiento es la expresión de la verdad. ¿Quién mejor que ella sabe que es deudora? Si, pues, ella confiesa que debe, la contestación está resuelta, pues en su propia causa el deudor sentenció contra sí. Estas son las expresiones de las leyes romanas; pero el jurisconsulto Paul tiene el cuidado de agregar que la parte está *de alguna manera* condenada por su propia sentencia. (1) En la realidad de las cosas, la confesión no es una sentencia, es una prueba; pero esta prueba es decisiva y sirve de base á la sentencia; base segura, pues no puede suponerse que aquel que confiesa quiera engañar á la justicia en su propio perjuicio. En este sentido la

1 L. 1, C. *De confessis* (XII, 3), cf. L. un. C. *De confessis* (VII, 59).

confesión siempre ha sido considerada como la más fuerte de las pruebas. (1)

178. Del principio que la confesión hace fe plena, resulta que el hecho confesado queda probado y que ya no puede tratarse de probarlo por una de las demás pruebas legales. Como lo dice la Corte de Burdeos, no ha lugar á ordenar la prueba de los hechos contenidos en la confesión, puesto que ésta está ya adquirida. (2) La Corte de Casación aplicó el principio en un caso en el que la cuestión podía aparecer dudosa. Un heredero declara que los frutos de los bienes de los que ha gozado, llegaban por año á trecientos francos. La Corte le condena á establecer sus gastos según su declaración. Recurso de casación. El demandante sostiene que los jueces hubieran debido valuar los frutos según los mercuriales ó mediante una expertiza. Esto era no tener en cuenta que la confesión hace fe plena. La Corte de Casación agrega que la parte interesada no podía quejarse de haber sido condenada á establecer sumas que por su propia confesión había recibido. (3)

179. La confesión puede ser más ó menos extensa; puede, por consiguiente, haber lugar á debatir la extensión de la declaración hecha en justicia. Al juez toca interpretarla según las reglas que rigen la interpretación del consentimiento. El reconocimiento debe ser limitado al objeto acerca del que se versa: Es, pues, por su naturaleza, de estricta interpretación. Si el juez le diera una interpretación extensiva, ya no sería la parte quien hiciera la confesión, la declaración procedería del juez, y éste no tiene derecho para hacer

1 Toullier, t. V, 2, pág. 230, núm. 261. Duranton, t. XIII, página 590, núm. 552. Latombière, t. V, pág. 402, núm. 11 (Ed. B., t. III, pág. 309).

2 Burdeos, 3 de Agosto de 1841 (Daloz, en la palabra *Notario*, número 288, 1°).

3 Denegada, Sala Civil, 30 de Marzo de 1831 (Daloz, en la palabra *Propiedad*, núm. 370, 3°).

confesiones. Un municipio reclama un derecho de paso á lo largo de un canal en un fundo ageno. Se lee en la sentencia que el demandado no contestaba al demandante el derecho de vigilancia que le pertenecía para las reparaciones del canal y para comprobar las obras nocivas al ejercicio de su derecho. Sin embargo, la Corte no reconoció la existencia de una servidumbre de paso. Recurso de casación por violación del art. 1,356. La Corte de Casación decidió que el reconocimiento de vigilancia no debía de extenderse más allá de los términos en que había sido hecho; y reconocer un derecho de vigilancia, no es reconocer un derecho de paso. (1)

La interpretación es una cuestión de hecho; toca, pues, al juez del hecho determinar el sentido de la confesión cuando está obscuro. Aunque la confesión no sea una sentencia, se le puedan aplicar por analogía los principios que rigen la cosa juzgada. La confesión es hecha en vista de un proceso; en nuestra opinión, puede uno prevalecerse de ella en otro proceso, pero no se puede extender á una contestación que no está prevista cuando el primer litigio. En una instancia que había tenido por único objeto probar que el testamento era nulo por causa de demencia ó captación, los demandantes confesaron que el testamento fechado en 16 de Abril, había sido hecho el día 17. Para mejor decir, se habían limitado á admitir la fecha como verdadera, en la creencia en que estaban que la inexactitud de la fecha no podía tener influencia en el resultado del litigio. En una nueva instancia atacaron el testamento por falta de fecha. Se les opuso la confesión hecha en justicia cuando el primer proceso. La Corte de Casación sentenció que no se podía transformar en confesión absoluta una declaración que no tenía por objeto fijar la fecha. Esto hubiera sido una interpretación

1 Denegada, Sala Civil, 18 de Julio de 1843 (Daloz, en la palabra *Servidumbre*, núm. 978).

extensiva de la confesión. En el recurso, intervino una sentencia de denegada: La Corte decidió que considerar el reconocimiento hecho en la primera instancia como una confesión absoluta, hubiera sido ir mucho más allá de la intención de las partes. (1) La confesión puede ser incondicional. Se aplican en este caso los principios que rigen la condición; si la condición bajo la que ha sido hecha la confesión desfallece, ésta cae. Esto es el derecho común. (2)

180. La confesión hace fe plena. ¿Esto es con relación á todos? La confesión consta por acta auténtica, y esta acta hace fe para con todos; pero ahí no está la dificultad. Se trata de saber quién puede prevalecerse de esta confesión y á quién puede ser opuesta. Aquí vuelve á aparecer la analogía entre la confesión y la cosa juzgada. La confesión es una declaración personal hecha en provecho de la parte adversa; aunque sea por un contrato, es la manifestación de un consentimiento, y todo consentimiento está limitado por su naturaleza á las partes que están en causa. Un tercero no puede prevalecerse de este consentimiento y no puede oponérsele. En el caso, deben entenderse por terceros todos aquellos que no han sido partes en el proceso, aun los codendores solidarios. Esto se funda también en la razón. Confesar es disponer de la cosa de que es objeto la confesión (núm. 169). Bien puedo disponer de la cosa por lo que á mí toca, no lo puedo hacer en perjuicio de mis codendores. Si se me debe dar plena fe cuando hablo en mi nombre, ya no merezco crédito cuando se trata de un tercero. Una viuda vuelta á casar, pero separada de hecho de su segundo marido, declara, absolviendo posiciones, haber expoliado la sucesión de su primer marido. ¿Se podrá oponer esta confesión á su segundo marido solidariamente responsable con su mujer por los hechos de la madre tutora? No; la declaración le es

1 Denegada, 12 de Agosto de 1851 (Daloz, 1852, 1, 35).

2 Denegada, Sala Civil, 3 de Febrero de 1857 (Daloz, 1857, 1, 49).

extraña, y en el caso, fué hecha en fraude del segundo marido; la mujer estaba acusada por robos que no había cometido ni podido cometer, puesto que los valores robados no existían en la sucesión. (1)

¿Puede oponerse la confesión á los acreedores del que la hizo? No es dudosa la afirmativa. Cuando los acreedores ejercen un derecho de su deudor, obran en su nombre, y se les pueden oponer todas las excepciones que pueden ser opuestas al deudor. A reserva que los acreedores ataquen la confesión como hecha en fraude de sus derechos. La jurisprudencia está en este sentido. (2)

Núm. 6. De la irrevocabilidad de la confesión.

181. El art. 1,356, dice: "La confesión no puede ser revocada, á no ser que se pruebe que fué la consecuencia de un error de hecho. No podría ser revocada so pretexto de un error de derecho." Esto es decir que en principio la confesión es irrevocable. Cuando se hace una declaración en justicia, se pesa lo que se dice y lo que se escribe. Hé aquí por qué la ley da plena fe á la confesión. Esto supone que la confesión es la expresión de la verdad. Así debe crearse, puesto que moralmente el hombre debe siempre decir verdad, y cuando declara un hecho verdadero, cuando su interés está en contestarle, la verdad de la declaración no puede ser sospechosa. Por la misma razón, el que la hizo no puede revocarla: No puede retractarse como falso lo que se ha reconocido como verdadero, y la conciencia se levanta contra la mentira, y la justicia no podría admitir una alegación que equivaldría á decir que se mentó ante ella. Así sucedería aunque la declaración estuviese en oposición con una ley de orden público. Suscribo un vale, valor al con-

1 Dijon, 16 de Julio de 1862 (Daloz, 1862, 2, 146).

2 Burdeos, 2 de Mayo de 1850 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,104). Denegada, 16 de Marzo de 1868 (Daloz, 1872, 1, 137).

tado; demandado por el pago, declaro en primera instancia que reconozco la deuda, y pido copia de mi declaración. En apelación sostengo que la causa es falsa y que el vale tiene por verdadera causa una deuda por juego; es decir, una causa ilícita. Ha sido sentenciado que la confesión se oponía á que se admitiera la prueba de esta alegación. La confesión hace fe plena; el que la hizo no puede ya combatirla ni puede ya revocarla. (1) Sucede con la confesión lo que con la cosa juzgada: La confesión se presume ser la expresión de la verdad aunque la declaración no lo sea.

182. La confesión puede ser revocada por error de hecho. Esta es la aplicación de los principios que rigen el consentimiento. El error vicia el consentimiento así como toda expresión de la voluntad: Aquel que confiesa un hecho por error, no confiesa realmente como dice una ley romana. (2) En derecho francés, el error es un vicio de consentimiento que arrastra la nulidad del hecho jurídico; la confesión aunque hecha por error, existe pero es anulable. Un comprador confiesa en primera instancia que el inmueble reivindicado contra él no está comprendido en la venta. En apelación se levantan contestaciones acerca de esta confesión; el que la hizo explica que fué por error y que el error procede de que cuando la adjudicación, se había seguido la antigua división territorial en la que no se contaba la subdivisión de los cantones introducida después. Había error de hecho, por tanto, la confesión era inoperante. (3)

183. El error de hecho no vicia la confesión, dice el artículo 1,356 ¿Por qué? Si debiera uno atenerse á los traba-

1 Aix, 28 de Mayo de 1841 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, número 5,143, 3º). Compárese Casación, 15 de Julio de 1835 (Daloz, en la palabra *Cosa Juzgada*, núm. 38, 2º).

2 "Non fatetur qui errat." L. 2 D., *De confessis* (XLII, 2). Pothier, núm. 833.

3 Denegada, Sala Civil, 15 de Febrero de 1836 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 757). Compárese Denegada, Corte de Casación de Bélgica, 3 de Mayo de 1867 (*Pasicrisia*, 1867, 1, 320).

extraña, y en el caso, fué hecha en fraude del segundo marido; la mujer estaba acusada por robos que no había cometido ni podido cometer, puesto que los valores robados no existían en la sucesión. (1)

¿Puede oponerse la confesión á los acreedores del que la hizo? No es dudosa la afirmativa. Cuando los acreedores ejercen un derecho de su deudor, obran en su nombre, y se les pueden oponer todas las excepciones que pueden ser opuestas al deudor. A reserva que los acreedores ataquen la confesión como hecha en fraude de sus derechos. La jurisprudencia está en este sentido. (2)

Núm. 6. De la irrevocabilidad de la confesión.

181. El art. 1,356, dice: "La confesión no puede ser revocada, á no ser que se pruebe que fué la consecuencia de un error de hecho. No podría ser revocada so pretexto de un error de derecho." Esto es decir que en principio la confesión es irrevocable. Cuando se hace una declaración en justicia, se pesa lo que se dice y lo que se escribe. Hé aquí por qué la ley da plena fe á la confesión. Esto supone que la confesión es la expresión de la verdad. Así debe crearse, puesto que moralmente el hombre debe siempre decir verdad, y cuando declara un hecho verdadero, cuando su interés está en contestarle, la verdad de la declaración no puede ser sospechosa. Por la misma razón, el que la hizo no puede revocarla: No puede retractarse como falso lo que se ha reconocido como verdadero, y la conciencia se levanta contra la mentira, y la justicia no podría admitir una alegación que equivaldría á decir que se mentó ante ella. Así sucedería aunque la declaración estuviese en oposición con una ley de orden público. Suscribo un vale, valor al con-

1 Dijon, 16 de Julio de 1862 (Daloz, 1862, 2, 146).

2 Burdeos, 2 de Mayo de 1850 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,104). Denegada, 16 de Marzo de 1868 (Daloz, 1872, 1, 137).

tado; demandado por el pago, declaro en primera instancia que reconozco la deuda, y pido copia de mi declaración. En apelación sostengo que la causa es falsa y que el vale tiene por verdadera causa una deuda por juego; es decir, una causa ilícita. Ha sido sentenciado que la confesión se oponía á que se admitiera la prueba de esta alegación. La confesión hace fe plena; el que la hizo no puede ya combatirla ni puede ya revocarla. (1) Sucede con la confesión lo que con la cosa juzgada: La confesión se presume ser la expresión de la verdad aunque la declaración no lo sea.

182. La confesión puede ser revocada por error de hecho. Esta es la aplicación de los principios que rigen el consentimiento. El error vicia el consentimiento así como toda expresión de la voluntad: Aquel que confiesa un hecho por error, no confiesa realmente como dice una ley romana. (2) En derecho francés, el error es un vicio de consentimiento que arrastra la nulidad del hecho jurídico; la confesión aunque hecha por error, existe pero es anulable. Un comprador confiesa en primera instancia que el inmueble reivindicado contra él no está comprendido en la venta. En apelación se levantan contestaciones acerca de esta confesión; el que la hizo explica que fué por error y que el error procede de que cuando la adjudicación, se había seguido la antigua división territorial en la que no se contaba la subdivisión de los cantones introducida después. Había error de hecho, por tanto, la confesión era inoperante. (3)

183. El error de hecho no vicia la confesión, dice el artículo 1,356 ¿Por qué? Si debiera uno atenerse á los traba-

1 Aix, 28 de Mayo de 1841 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, número 5,143, 3º). Compárese Casación, 15 de Julio de 1835 (Daloz, en la palabra *Cosa Juzgada*, núm. 38, 2º).

2 "Non fatetur qui errat." L. 2 D., *De confessis* (XLII, 2). Pothier, núm. 833.

3 Denegada, Sala Civil, 15 de Febrero de 1836 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 757). Compárese Denegada, Corte de Casación de Bélgica, 3 de Mayo de 1867 (*Pasicrisia*, 1867, 1, 320).

jos preparatorios habría que decir que es por la aplicación de un principio general. «El error de derecho, dice Bigot-Préameneu no es otra cosa sino la ignorancia de la ley, ignorancia que no debe ser presumida ni excusada.» Jaubert, el relator del Tribunado, dice «que la regla del art. 1,356 está fundada en que la ignorancia del derecho no excusa á nadie, todos los que habitan un territorio conociendo ó debiendo conocer, ó siendo como si conocieran el derecho que rige en este territorio.» (1) Esto no es exacto. El error de derecho vicia el consentimiento tanto como el error de hecho. Hemos establecido este principio tratando del consentimiento (t. XV, núms. 105 y 107). Es, pues, por excepción á la regla como el error de derecho no vicia la confesión. ¿Cuál es la razón? El error de derecho no puede tener influencia en la realidad de un hecho. (2) Confieso que debo á mi médico la suma de 1,000 francos. ¿Puedo revocar mi confesión alegando que ignoraba la disposición del Código en virtud de la cual la acción de los médicos no prescribe en un año? (art. 2,272). Nó, pues mi ignorancia de la ley nada tiene de común con la declaración que he hecho; no por esto deja de ser verdad que no he pagado mi deuda. Es en este sentido como el art. 1,356 dice que la alegación de error de derecho solo es un *pretexto*. ¿Sucederá lo mismo cuando se trata de la prescripción de treinta años? Volveremos á ocuparnos de esta cuestión en el título *De la Prescripción*.

184. La confesión puede algunas veces ser una confirmación. Así sucede cuando el debate versa en la validez de la obligación. Si reconozco la deuda como válida ¿no podré sostener que mi confesión es nula por error de derecho? Puesto que la confesión es una confirmación, habrá que aplicar los principios que rigen á la confirmación. Y para

1 Exposición de motivos, núm. 221. Informe de Jauber, núm. 36 (Loché, t. VI, págs. 187, y 237).

2 Toullier, t. V, 2, pág. 254, núm. 310.

que haya confirmación, es necesario que el que confirma conozca el vicio que mancha la obligación y que la hace nula; no hay para que distinguir si es un vicio de hecho ó es un vicio de derecho, todas las causas de nulidad son de derecho. Si, pues, ignoraba la causa que hacía la obligación nula, la confirmación quedaría viciada en su esencia y, por tanto, la confesión también. (1)

Núm. 7. De la indivisibilidad de la confesión.

1. El principio.

185. La confesión no puede ser dividida contra aquel que la hizo (art. 1,356). En teoría, nada más sencillo como este principio, la confesión es una declaración; esta declaración no puede comprender el reconocimiento puro y simple del hecho alegado; aquel que reconoce el hecho agrega modificaciones á su confesión ó le agrega restricciones: ¿puedo dividir la confesión, tomando la parte que me está favorable, salvo el rechazar las reservas que en ella están? No por cierto; la declaración, tal como está, es la que hace plena fe; y la declaración es una, forma un solo todo; si la divido, ya no es la declaración de la parte; luego no hace fe. Esto es decir que debo tomar la declaración tal cual está, ó renunciar á prevalecerme de ella. Pothier da como ejemplo de la indivisibilidad de la confesión, el caso en que, en una demanda por pago de una suma prestada, el demandado confiesa que recibió la suma, pero que la reembolsó. ¿Puede el demandante dividir la confesión y decir que el demandado confiesa la deuda? Nó, pues no la confirma; pretende al contrario, no deber ya nada; dividirla sería, pues, alterar su declaración, y la declaración alterada no es ya la del demandado; luego no puede ser invocada en su contra.

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 647, núm. 335 bis II. Larombière, t. V, pág. 422, núm. 28 (Ed. B., t. III, pág. 317).

Esto es lo que algunos autores llaman una confesión *completa*, y dice que la confesión está *calificada* cuando el hecho litigioso solo está reconocido con ciertas modificaciones. El demandado pretende que el vale tiene una causa falsa; el demandante confiesa que la causa indicada no es una causa válida de la obligación. Hé aquí una confesión calificada. (1) Estas denominaciones son arbitrarias y de nada sirven; toda confesión que no es pura y simple es indivisible. Tal es la regla del Código.

186. ¿La regla recibe excepciones? Se enseña generalmente que sí, y la jurisprudencia las admite en gran número. Antes de entrar en pormenores acerca de las dificultades, que son grandes, hay que establecer el principio. Y desde luego ¿está permitido al intérprete hacer excepciones cuando la ley está concebida en términos generales y absolutos? En lo general, el intérprete no puede distinguir cuando la ley no distigue, no hacer excepciones á una ley general. Esto es lo que decía el título preliminar del Código Civil: "Las excepciones que no están en la ley no pueden ser suplidas." Toullier dice que esta máxima no ha sido consagrada por el Código, y concluye de ello que puede haber excepciones no previstas por la ley; excepciones tácitas: "Cuando se encuentran tales casos, en que la aplicación de la ley sería una injusticia ó absurdo, son naturalmente presu- midas, exceptuadas por la voluntad presumida del legislador." (2) Esto es muy vago y muy arbitrario. Creemos que ninguna excepción puede ser admitida, fundada en una voluntad presu- mida, pues el intérprete es quien presume que tal sea la voluntad del legislador; es él quien deroga á una voluntad segura por una voluntad presumida. El intérprete no tiene este derecho. Para que pueda admitirse una excepción, es necesario que esté implicada en el principio

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 340, notas 23 y 24.

2 Toullier, t. V, 2, pág. 272, núm. 338.

mismo, ó que tenga en su apoyo la tradición. Acerca de este último punto hay desgraciadamente una gran incertidumbre. La tradición para los autores del Código, se concentra en Domat y Pothier; y ni uno ni otro hablan de la divisibilidad de la confesión; Pothier se limita á decir: "Cuando no tengo otra prueba que vuestra confesión, no la puedo dividir." Esta fórmula de la indivisibilidad implica una distinción de la que nos volveremos á ocupar. En cuanto á Domat, no habla de la indivisibilidad de la confesión. No es porque la cuestión que dió lugar á tantos debates ante los tribunales haya sido desconocida en el derecho antiguo; se admitía en él el principio de la indivisibilidad y se hacían excepciones acerca de las opiniones que estaban divididas. (1) ¿Qué es lo que desearon los autores del Código? Se ignora: el texto asienta el principio de la indivisibilidad de la confesión sin mentar una excepción, y en los trabajos preparatorios nada se dice acerca de ellos. Llegamos obligatoriamente á la cuestión de Merlin: "El Código consagra la indivisibilidad de la confesión por una disposición demasiado general para que pueda restringir por excepciones no ordenadas por la naturaleza misma de las cosas, ó no resultando del espíritu de otras disposiciones del mismo Código. (2) Esto es muy vago. ¿Qué es esto de la naturaleza de las cosas? Hé aquí, nos parece, lo que quiere decir Merlin. La indivisibilidad de la confesión es la regla, y debe ser aplicada á toda especie de confesión; á no ser que se encuentre uno en un caso en que la regla no pueda recibir su aplicación por no estar comprendida en la regla. Para saber donde termina la regla y donde comienza la excepción, debe comenzarse por estudiar bien la regla y las aplicaciones no

1 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Confesión*, pfo. II, tomo IV, págs. 136 y siguientes.

2 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Confesión*, pfo. II, núm. 2 (págs. 141 y siguientes).

contestadas que ha rebibido en la jurisprudencia. Después de esto, examinaremos las excepciones que la jurisprudencia y la doctrina consagran; no admitiremos otras que no resulten de la misma regla, en el sentido que la regla no puede recibir aplicación porque cesan las razones de la regla; se está en la excepción porque la regla es inaplicable solo cuando no puede recibir su aplicación.

II. De los casos en los que la confesión es indivisible.

I. De la confesión llamada "calificada."

187. La Corte de Casación en una sentencia reciente, asienta el principio en los términos más absolutos, como dice Pothier: "La confesión, cuando es la única prueba producida, no puede ser dividida contra el que la hizo." Se ve que la Corte no distingue ente la confesión *calificada* y la confesión *completa*. Tiene razón, pues la ley y la tradición ignoran esta distinción; si la seguimos es porque por ahora nuestro objeto es comprobar la opinión general, en el caso en que la indivisibilidad existe sin ninguna duda. Tal es la confesión llamada *calificada*. En el caso juzgado por la Corte de Casación, una mujer separada de bienes reclamaba la restitución de cuatro acciones que pretendía haber llevado en dote, bien que no fueran mencionadas en el contrato de matrimonio. El marido reconocía que esas acciones habían sido poseídas por su mujer y recibidas por él; explicaba el silencio del contrato por este hecho; que el valor de estas acciones, al curso del día, habían sido comprendidas en la cantidad aportada por la mujer que constaba en el contrato de matrimonio, por consiguiente, nada debía fuera de dicha cantidad aportada. Esta defensa fué admitida por la Corte de Nancy. Recurso de casación. La cuestión por resolver es muy sencilla y no merecía ser llevada ante la Suprema Corte. La mujer era demandante; debía, pues, probar la entrega de las cuatro acciones de que pedía la restitución. Y no

tenía otra prueba que la confesión del marido. ¿Se reconocía éste deudor? De ninguna manera; sostenía que no debía nada, visto que las acciones litigiosas que reconocía haber recibido estaban comprendidas en la dote aportada por su mujer, tal como lo enunciaba el contrato de matrimonio, suma que constituía toda su dote. Esta confesión no probaba por cierto las pretensiones de la mujer; ésta no daba, pues, la prueba que estaba á su cargo; luego debía sucumbir. (1)

188. Pido la ejecución de una venta verbal que pretendo haber sido pura y simple. A mí me incumbe la prueba; no tengo ninguna, excepto la confesión del demandado. ¿Y qué es lo que confesaba el demandado? En el interrogatorio, reconocía haber comprado la cosa, pero en la facultad de retractarla en la quincena, y así lo había hecho en el plazo fijado. ¿Resultaba de esta confesión que el demandante había comprado pura y simplemente? Nó, puesto que decía lo contrario. Luego no puedo prevalecerme de su confesión como probando mi demanda; luego nada pruebo, y mi demanda debe ser desechada. Esto es lo que hizo la Corte de Bruselas en el caso. (2)

En un caso análogo, era el comprador quien pedía la ejecución de una venta invocando la confesión del vendedor. Este convenía en que había prometido vender el molino litigioso, pero solo en el caso que el comprador se casase con su hija. ¿Era esto confesar la venta? Sí, pero una venta bajo condición suspensiva; no habiéndose cumplido la condición, no había venta. El pretendido comprador no podía dividir la confesión y sostener que la otra parte confesaba el hecho de la venta, porque esto hubiera sido alterar la confesión; y no puede dividirse la confesión, así como no puede partirse un escrito que tuviese dos cláusulas diferen-

1 Denegada, 18 de Febrero de 1873 (Dalloz, 1873, 1, 135).

2 Bruselas, 22 de Julio de 1812 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5, 113, 1°)

tes: primero la promesa de venta y luego una condición bajo la que se hace la venta. Así como las diversas cláusulas de una acta sólo constituyen una sola y misma prueba, así también las diversas partes de una confesión no forman sino una sola y misma confesión. (1)

189. Los jueces se equivocan algunas veces. El vendedor reclama el pago del precio de un caballo entregado al comprador. Este reconoce que hubo venta verbal; confiesa haber recibido un caballo, pero agrega que no conviniéndole, lo había devuelto, como se lo permitía el trato. El Tribunal de Versailles decidió que el comprador confesando la venta, debía sostener el trato, visto que no justificaba la alegación hecha por él que la venta contenía condición. Esto era olvidar que el demandado nada tenía que probar, mientras que el demandante no tuviese probado el fundamento de su demanda. Y en el caso, el vendedor no daba otra prueba de la venta verbal sino la confesión del demandado. ¿Confesaba éste la venta? No; solo confesaba una venta condicional; luego la confesión no probaba más que una venta de esta naturaleza; dividirla era alterar la confesión. No hay que decir que la sentencia fué casada. (2)

Una misma Corte de Apelación también se equivocó. Cesión de un crédito. El cedente demanda al deudor. Oposición fundada en la cesión. Los herederos del cedente que habían promovido, reconocen que su autor había hecho arreglos para ceder el crédito, bajo la condición que las promociones continuarían en su nombre; de hecho, la cesión no había sido notificada ni aceptada. Había, pues, dos razones decisivas para validar las promociones. Sin embargo, la Corte de Colmar decidió que, á consecuencia de la cesión, el cedente había perdido su derecho de promover y que sus herederos estaban como él, sin calidad. Esto era olvidar que

1 Colmar, 18 de Mayo de 1813 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 1,163).

2 Casación, 26 de Noviembre de 1849 (Daloz, 1850, 1, 28).

la cesión no estaba probada sino por la confesión de los herederos, y su confesión no era pura y simple; no quedaba, pues, probado que hubiese una cesión pura y simple. Por tanto, la Corte no podía, dividiendo la confesión, retener acta de cesión privando á los herederos de la reserva de ejecución de que estaba acompañada. Estos son los términos de la sentencia por la que la Corte de Casación casó el fallo de la Corte de Colmar. (1)

190. El mismo principio se aplica á toda clase de convención. Arrendamiento verbal. Proceso acerca de la duración del contrato. El arrendador confiesa la existencia del contrato verbal contratado por nueve años, pero agrega haberse expresamente reservado la facultad de suspenderlo en el caso en que se vendiese la casa. Esto era una confesión indivisible como tal. El primer juez, sin embargo, la dividió é impuso al arrendador la obligación de probar la segunda parte por motivo de ser demandante en su excepción. En apelación, la Corte dijo que el Tribunal se había enteramente equivocado en la cuestión de derecho que tenía que juzgar. El demandado no se vuelve demandante sino cuando opone una excepción; y en el caso, el demandado no tenía excepción que oponer, puesto que el demandante no probaba el fundamento de su demanda. En efecto, el arrendatario no tenía otra prueba de la duración del contrato sino la confesión del arrendador, y éste no había confesado pura y simplemente que el contrato era por nueve años; había modificado su confesión; había que tomarse la confesión por entero como debiera tomarse por entero una acta de arrendamiento por el que se hubiera dicho en el artículo 1.º que el arrendamiento era por nueve años, y en el artículo 2.º que el arrendamiento cesaría si la cosa fuera vendida. (2)

1 Casación, 4 de Diciembre de 1827 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 1,729, 2º).

2 Bariloos, 18 de Junio de 1839 [Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,114, 8º].

Acta de empréstito por una suma de 9,500 francos. La suma pedida queda en manos del notario; el solicitante pide cuenta de dicha suma; pretendo que el préstamo fué contraído para pagar las deudas de una comunidad que el notario estaba encargado de saldar. Citado en conciliación, el notario reconoce haber recibido la suma, pero agrega que se le había entregado en pago de adelantos hechos por él al que pidió prestado. Acción por rendición de cuentas fundada en la confesión del notario. El primer juez acogió la demanda; la Corte de Apelación la desechó y su sentencia fué confirmada por la Corte de Casación. El prestador no tenía otra prueba sino la confesión del notario, y esta confesión era indivisible. (1)

191. Es de principio que las reglas acerca de las pruebas establecidas en el título *De las Obligaciones*, deben ser aplicadas en materia de derechos reales. Una parte confiesa el hecho del paso en su terreno durante treinta años por un tercero, pero agrega que esto es á título precario. ¿Es esta confesión una prueba de la existencia de la servidumbre? La confesión prueba al contrario, que no había servidumbre, puesto que resulta que faltaba la condición esencial de la posesión: una posesión á título precario no pudiendo nunca fundar una servidumbre. No podrá partirse la confesión y decir que el hecho del paso siendo reconocido, había servidumbre, á reserva que el demandado probase que la posesión era precaria, porque esto hubiera sido alterar la confesión y hacer decir al demandado lo contrario de lo que había dicho. (2)

Una parte confiesa que existía antiguamente una servidumbre en un fundo, pero que el estado de las cosas había

1 Denegada, 29 de Mayo de 1861 [Dalloz, 1861, 1, 389]. Una sentencia de casación de 14 de Mayo de 1874 [Dalloz, 1875, 1, 83] ha aplicado el mismo principio al mandato.

2 Bruselas 4 de Febrero de 1806 [Dalloz, en la palabra *Servidumbres*, núm. 891].

cambiado desde entonces. No había otra prueba de la servidumbre sino esta confesión. ¿Podrá autorizarse de ella para ordenar que la servidumbre sería transportada del lugar en que se había ejercitado, en otro lugar en perjuicio del fundo sirviente? Aquí había un motivo de duda. El propietario del fundo sirviente reconocía que su fundo tenía una servidumbre; podía, pues, invocarse su confesión, á reserva de arreglar el ejercicio de dicha servidumbre. La Corte de Casación casó la sentencia que había mantenido la servidumbre, transportándola en otro lugar del fundo sirviente. Resultaba de este cambio que las aguas recorrían 180 metros, mientras que en el antiguo estado de cosas, el curso era solo de 16 metros. La cuestión era esta: la confesión, única prueba de la servidumbre, establecía un cargo mucho menor que el que mantenía la Corte. ¿Tenía este derecho el juez? La negativa era segura; las servidumbres no se establecen por decisiones judiciales; debía, pues, atenerse estrictamente á la confesión, y ésta no autorizaba la servidumbre que la Corte consagraba. La sentencia de la Corte de Montpellier fué casada. (1)

192. Las confesiones, en materia de donativos manuales, dan lugar á dificultades particulares. Las hemos examinado en el título *De las Donaciones* (t. XII, núm. 288).

2. De la confesión compleja.

193. Demandado por causa de una deuda, el deudor confiesa su existencia, pero confiesa al mismo tiempo que la pagó. ¿Es indivisible esta confesión? La afirmativa no es dudosa. Este es precisamente el ejemplo que da Pothier de una confesión indivisible; y los autores del Código han tomado el principio en Pothier, lo que es decisivo. Sin embargo, hay una diferencia entre la confesión calificada y la confe-

1 Casación, 16 de Mayo de 1838 [Dalloz, en la palabra *Servidumbres*, núm. 1,161, 1°].

sión *complexa*. En la primera solo hay un hecho modificado por la declaración; mientras que en la segunda, hay dos hechos, la existencia de obligación y su extensión. En la confesión calificada, ni siquiera se concibe la división, puesto que dividiendo la confesión se la altera; mientras que la división de la confesión *complexa* se concibe á todo rigor; el deudor declara dos cosas, que había una deuda y que esta deuda se extinguió. Confesando la deuda ¿no se coloca en la necesidad de probar la extinción? Esto es lo que había decidido el primer juez en un caso conocido por la Corte de Casación. La Corte decidió que la confesión era indivisible fundándose en el art. 1,356, y agregaba que la sentencia atacada no presentaba por otra parte ninguna circunstancia particular de naturaleza á infirmar el principio de la indivisibilidad de la confesión. (1) Hay en esto el gérmen de una excepción que la Corte no formula. Creemos que no hay ninguna excepción que hacer entre la confesión *complexa* y la calificada. La confesión es una prueba que la parte interesada ministra ella misma; debe, pues, entenderse su declaración en el sentido que quiso darle; y dividir la confesión, sería dar un sentido contrario á la declaración: Aquel que la hizo no confiesa ser deudor, dice que no lo es; debe uno atenerse á su declaración si se quiere prevalecerse de ella. (2)

194. La cuestión se presenta á menudo en materia de venta. Acción de pago por una suma de 151 francos, precio de una vaca que el demandante dice haber vendido. El demandado confiesa la existencia de una venta, pero declara al mismo tiempo haber pagada el precio. A pesar de esta de-

1 Casación, 21 de Agosto de 1856 (Daloz, 1856, 1, 156) y 24 de Enero de 1863 (Daloz, 1863, 1, 404).

2 El demandado reconoce que unos trabajos han sido hechos por su cuenta, pero agrega que el precio de ellos era debido á un empresario y que lo pagó al acreedor. Esta sentencia no puede ser dividida por el obrero demandante. Casación, 19 de Enero de 1874 (Daloz, 1874, 1, 141).

claración, el juez lo condenó, y la sentencia fué condenada en apelación. El juez de paz daba desde luego una razón bastante mala, los hechos y circunstancias de la causa; es decir, presunciones; como el monto del litigio pasaba de 150 francos, las presunciones no eran admisibles. En seguida, la sentencia dice que la venta y el pago son dos hechos distintos; que si la venta está probada por la declaración del comprador, no puede por su sola confesión establecer su liberación. Esto es verdad en teoría, pero la ley no admite esta teoría, resuelve que la confesión es inadmisibile; debe, pues, tomarse ésta tal cual es ó no invocarla. ¿De qué se trataba en el caso? La cuestión era saber si el demandado debía 150 francos al demandante. Pues bien, el demandado negaba ser deudor. ¿Puede transformarse esta negativa en afirmación? Equivaldría á hacer decir á la parte lo contrario de lo que quiso decir.

El proveimiento al por menor consta raramente por escrito; sin embargo, cuando pasa de 150 francos no puede probarse por testigos. Si el comprador confiesa haber recibido proveimientos, pero que los ha pagado ¿podrá dividirse su confesión? No; la jurisprudencia está unánime en este punto. (1) Lo mismo sucedería si un préstamo solo consta se por la confesión del que lo pidió y que, á la vez que confesando que recibió la suma, declarase haberla reembolsado. (2) En fin, también sucede lo mismo con los cobros hechos por un mandatario que declare haber entregado cuentas al mandante. La confesión es indivisible, esto no es dudoso. (3)

1 Lieja, 22 de Enero de 1836 (*Pasicrisia*, 1836, 2, 17). Orléans, 9 de Marzo de 1852 (Daloz, 1852, 2, 219). Bruselas, 21 de Marzo de 1861 (*Pasicrisia*, 1862, 2, 511).

2 Bruselas, 12 de Agosto de 1867 (*Pasicrisia*, 1868, 2, 1868).

3 Denegada, 6 de Noviembre de 1838 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,130, 3^o); 11 de Enero de 1843 (Daloz, en la palabra *Cuenta*, núm. 39).

Decimos que estas decisiones no son dudosas. Sin embargo, sucede que los primeros jueces se equivoquen. El mandatario del acreedor confiesa que recibió del deudor el monto de la deuda que estaba encargada de cobrar, pero agrega que se la devolvió antes de darle recibo. Esta confesión ha sido dividida por la Corte de Colmar. La Corte se había fundado en simples presunciones, en un caso en que las presunciones eran admisibles, por razón del monto del litigio, y había confirmado las presunciones dividiendo la confesión. Esto era violar los arts. 1,353 y 1,356. La sentencia fué casada, y debía serlo. (1)

Una viuda es demandada para dar cuenta de los intereses que recibió en los bienes indivisos entre ella y su hijo desde la mayor edad de este último. La madre confiesa haber gestionado sola dichos bienes y haber continuado esta gestión exclusiva después de la mayor edad del último de sus hijos; pero agrega que los intereses, conforme fueron percibidos fueron divididos entre ella y su hijo. La Corte de Apelación se prevaleció de la primera parte de la confesión para inducir que la madre debía dar cuenta de su gestión, sin considerar que en virtud de la segunda parte de la confesión, estaba liberada de esta obligación. Esto era decir á la madre lo contrario que había dicho: Declaraba que no tenía ninguna cuenta que dar, porque los intereses habían sido divididos, y la Corte se prevalecía de su declaración para obligarla á dar cuenta. La sentencia violaba la indivisibilidad de la confesión y fué casada. (2)

195. ¿Debe aplicarse el mismo principio á los demás modos de extinción de las obligaciones? Reconozco haber sido deudor, pero agrego que mi deuda está extinguida por remesa ó novación. ¿Es mi confesión indivisible? La doctri-

1 Casación, 20 de Marzo de 1826 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,350).

2 Casación, 4 de Noviembre de 1846 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,118, 6°).

na y la jurisprudencia están de acuerdo para admitir la afirmativa. Hay un motivo de duda. La remesa es una liberalidad ó una nueva convención; luego la existencia de la deuda y su remesa son dos hechos muy distintos. ¿No debe concluirse de esto que hay dos confesiones? Y, muy bien puedo hacer constar una obligación á mi cargo confesándola, pero no puedo por mi confesión establecer una liberalidad que me fué hecha. Se contesta que debe verse lo que significa la confesión. Se trata de saber si soy deudor; declaro que lo he sido, pero que ya no lo soy; luego mi confesión significa que no soy deudor. ¿Puede invocarse mi confesión para condenarme en virtud de ella? Esto sería volver contra mi una declaración que he hecho para mí; la confesión que en mi mente debe servir para mi liberación no puede ser invocada para probar que soy deudor. (1)

¿Sucede lo mismo con la compensación? Me demandan por el pago de una deuda de 1,000 francos; el demandante no tiene ninguna prueba. Confieso que debía esta suma, pero agrego que mi deuda está extinguida por compensación. ¿Es indivisible esta compensación? En nuestra opinión, sí, pues conduce á decir que no soy deudor; no se puede, pues, dividir mi confesión contra mí para inducir que soy deudor. Sin embargo, la opinión contraria es generalmente seguida. (2) Se dice que mi confesión contiene dos declaraciones distintas: Declaro primero que hay una deuda á mi cargo, y después declaro que tengo un crédito contra mi acreedor. Este último hecho es distinto del primero, constituye un derecho en mi favor, y no puede probar un derecho por mi confesión. Contestaremos que lo mismo pasa cuando confie-

1 Denegada 10 de Agosto de 1830 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 2,503, 4°). Bruselas, 23 de Mayo de 1838, (*Pasicrisia*, 1838, 2, 87). Douai, 6 de Agosto de 1856 (Dalloz, 1856, 2, 201). Comparése Aubry y Rau, t. VI, pág. 341, nota 35; Larombière, t. V, página 411, núm. 17 (Ed. B., t. III, pág. 312).

2 Colmet de Santerre, t. V, pág. 645, núm. 334 bis IV. Mourlon, t. II, pág. 863, núm. 1,642. Aubry y Rau, t. VI, pág. 342, nota 26.

so la deuda y pretendo que está extinguida por la remesa, la novación y el pago; estos tres hechos son también distintos del primero por su naturaleza y por el tiempo; resulta también un derecho para mí; luego si se puede dividir mi confesión cuando alego la compensación, también puede dividirse cuando alego otro modo de extinción de mi obligación. La Corte de Casación se ha pronunciado en favor de la opinión que combatimos. Asienta en principio que la indivisibilidad de la confesión no es aplicable al caso en que ésta versa acerca de un hecho ó de un punto de contestación única. Si tal es el principio, toda confesión complexa será divisible, pues por esto mismo que es complexa, comprende dos hechos. En el caso juzgado por la Corte, habla otra circunstancia que hacía la confesión divisible, como lo diremos más adelante, y es que uno de los hechos estaba probado independientemente de la confesión. La sentencia no es, pues, tan absoluta como parece serlo. (1)

196. Reconozco la existencia de una convención, pero agrego que más tarde ha sido resuelta de común acuerdo. ¿Es la confesión indivisible? La Corte de Casación sentenció que podía ser dividida. Este fallo establece un principio más restrictivo en lo que concierne á la indivisibilidad de la confesión: Para que la confesión sea indivisible, dice la Corte, se necesita no solo que se trate de un hecho único, es necesario, además, que éste haya sucedido en una circunstancia única y que no pueda ser atribuido sino al que hizo la confesión. (2) Si se admite este principio, debe decirse que toda confesión complexa es divisible, lo que pone á la jurisprudencia en oposición con la tradición; y si no tiene por apoyo la tradición ¿en qué, pues, se fundará? Los editores de

1 Denegada, 14 de Enero de 1823 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,133, 1º). En el mismo sentido, Douai, 13 de Mayo de 1836 (Dalloz, en la palabra *Conciliación*, núm. 292). Compárese *Gaule*, 23 de Abril de 1864 (*Pasicrisia*, 1864, 7, 222).

2 Denegada, 6 de Febrero de 1838 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,124, 4º).

Zachariæ critican también esta decisión (1) Se ve que no hay ningún principio seguro en la doctrina y en la jurisprudencia.

197. Tantas sentencias cuantos principios diferentes. Se me demanda por cuenta de operaciones que hice en virtud de una asociación en participación de la que no existe ninguna prueba. Confieso, al absolver posiciones, que la asociación existió realmente, pero que todas las cuentas de la sociedad han sido arregladas y que se ha pagado lo que podía deber. ¿Puede ser dividida esta confesión? No, dice la Corte de Casación. (2) Hé aquí, sin embargo, muchos hechos distintos. Primero la existencia de la sociedad, luego una serie de operaciones y de cuentas durante el tiempo de la asociación. ¿Es que todos estos hechos solo forman un solo y mismo hecho?

Pido el pago de un vale, valor recibido en mercancías. El demandado niega haber recibido mercancías y me hace absolver posiciones. Confieso que la causa es falsa, pero alego otra causa lícita. ¿Es divisible mi confesión? En nuestra opinión sí, y sin ninguna duda. — Tal es también la opinión común; (3) hay, sin embargo, una decisión contrario.

Núm. 8. De la divisibilidad de la confesión.

198. La doctrina y jurisprudencia están de acuerdo para admitir que, por excepción á la regla de indivisibilidad hay casos en que la confesión puede ser dividida. ¿Cuáles son estos casos y en qué se fundan estas excepciones? Se buscaría en vano un principio en esta materia. Un consejero relator, en un negocio sometido á la Corte de Casación, dice que la regla escrita en el art. 1,356 no es de tal manera ab-

1 Anbry y Rau, t. VI, pág. 342, nota 25, pág. 751.

2 Denegada 30 de Julio de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 509).

3 Brasetas, 13 de Junio de 1820 (*Pasicrisia*, 1820, pág. 153. — *Lia* ja, 30 de Mayo de 1871 (*Pasicrisia*, 1871, 2, 331).

soluta que no comparta excepciones. Esta es una afirmación, pero donde está su prueba? M. Troplong continúa: «Estas excepciones no están, á la verdad en la ley, pero el buen sentido las indica y la jurisprudencia de acuerdo con la razón las sanciona. (1) ¿Es este el lenguaje del derecho? La Corte de Casación decidió mil veces que el juez no tiene derecho de crear excepciones; y cuando sucede en casos muy raros, que los intérpretes admitan excepciones que no están escritas en la ley, se necesitan otras razones que el buen sentido. Buscamos un principio y solo encontramos afirmaciones. Se lee en una sentencia de la Corte de Bruselas: «Visto que el principio de la indivisibilidad de la confesión no tiene nada de absoluto, hay circunstancias que pueden hacer sufrir sus modificaciones á este principio. (2) Queda por demostrar que el principio no es absoluto y definir las circunstancias que permiten la confesión.»

De esto resultan singulares contradicciones. Sobre un punto contrario, una Corte decidió, según la jurisprudencia, que la confesión es divisible; la Corte de Casación detiene la denegación. Otra Corte decide en un caso idéntico, que la confesión es indivisible. La Corte de Casación sostendrá esta denegada, puesto que no hay ley violada. (3)

Así, los tribunales pueden juzgar el pró y el contra. Hé aquí á qué conduce la teoría de las excepciones en el buen sentido. Vamos á examinar las excepciones que la jurisprudencia ha sancionado, según la expresión de Troplong como si los jueces fuesen legisladores; las dudas abundan porque hacen falta los principios.

1 Informe acerca de la sentencia de Denegada de 19 de Junio de 1839 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5, 144).

2 Bruselas, 11 de Agosto de 1847 (*Pasicrisia*, 1847, 2. 215.)

3 Denegada, Corte de Casación de Bélgica, 12 de Diciembre de 1842, y la requisitoria del abogado general De Ouyper (*Pasicrisia*, 1843, 1, 33). Compárese Denegada de la Corte de Casación de Francia, 17 de Noviembre de 1835 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5, 129).

1. De la absolucion de posiciones.

199. «El principio de la indivisibilidad de la confesión, se dice, no se aplica al conjunto de las contestaciones contenidas en un interrogatorio; estas contestaciones pueden ser separadas las unas de las otras y apreciadas sólidamente, siempre que no se divida cada contestación tomada en sí. (1) Admitimos la excepción por la razón de no ser una excepción, pero la fórmula que acabamos de transcribir no es exacta. No deben considerarse las diversas contestaciones, hay que considerar los diversos hechos sobre los que versan las contestaciones. Puede suceder que el interrogatorio no verse sino un mismo hecho y que las varias cuestiones y respuestas que la parte hace se liguen todas á este hecho; en este caso, todas las contestaciones forman una sola y misma confesión, la que es indivisible como toda confesión. Pero si hay diversos hechos, es menester dividir las declaraciones hechas á estos hechos; habrá tantas confesiones cuantos hechos diferentes; poco importa que ellos sean objeto de una sola cuestión y de una sola respuesta ó que para un solo hecho haya varias cuestiones y varias contestaciones. Así definida la excepción no es una excepción; cada hecho forma objeto de una confesión distinta, y dicha confesión es indivisible. Se dice impropriamente que la confesión está dividida, y debe decirse que el interrogatorio está dividido en tantas confesiones cuantos hechos hay diversos. Se mantiene, pues, el principio de la indivisibilidad de la confesión aplicándolo á cada una de las confesiones comprendidas en el interrogatorio; de manera que si solo hay un hecho, solo habrá una confesión, y no se podrán dividir las diversas contestaciones referentes á esta confesión. (2)

1 Anbry y Rau, t. VI, pág. 343, nota 27, y las autoridades que citan.

2 Toullier, t. 2, pág. 273, núm. 338. Larombière, t. V, pág. 416, núm. 20 (Ed. B., t. III, p. 314).

La jurisprudencia está en este sentido. Se lee en una sentencia de la Corte de Caen: "Si es verdad que las confesiones hechas al absolver posiciones no son indivisibles, en el sentido que esté uno obligado para prevalecerse de una contestación de apoyarse en todas las demás, sin embargo, cuando en una misma contestación el interrogado hace acerca de un hecho una declaración conteniendo varias partes correlativas y que por otra parte no se tiene ninguna otra prueba que administrar de este hecho, la ley como la razón quieren que se la tome en su conjunto. (1)

200. El interrogatorio de posiciones da lugar además á otra cuestión. Se pregunta si las partes pueden invocarlo como un principio de prueba por escrito autorizando al juez para ordenar la prueba testimonial. La afirmativa es segura, como lo hemos dicho al tratar de la prueba por testigos. (2) Entonces nace la cuestión de saber si la confesión, considerada como principio de prueba por escrito, puede ser dividida. La afirmativa es segura, pero la cuestión está mal formulada. No se trata, en el caso, de la confesión propiamente dicha; basta leer el art. 1,356 para convencerse de ello. La confesión hace plena fe, mientras que suponemos que el interrogatorio solo ministró un principio de prueba por escrito que debe ser completado por la prueba testimonial. Y es á la confesión haciendo prueba completa que se aplica el principio de la indivisibilidad. Cuando la confesión sirve solo de principio de prueba, la indivisibilidad está fuera de causa; los jueces tienen entonces el derecho de tomar al interrogatorio en su conjunto, ó en sus partes para buscar este principio de prueba que le permita ocurrir á la prueba testimonial. Así, el juez aplicará en este caso, los principios que rigen al principio de prueba por escrito, y no los prin-

1 Caen, 25 de Abril de 1842 [Daloz, en la palabra *Obligaciones*, número 5,141]. Compárese París, 4 de Junio de 1849 [Daloz, en la palabra *Disposiciones*, núm. 1,397]; Gante, 24 de Noviembre de 1837 [*Pasicripta*, 1837, 2, 248].

2 Véase el t. XIX, de mis *Principios*, pág. 557, núm. 504.

cipios que rigen á la confesión. Esto es lo que ha decidido la Corte de Casación en una sentencia pronunciada sobre un excelente informe del señor Rau. (1)

II. De la confesión vereando acerca de puntos distintos.

201. Cuando una parte hace confesiones que versan acerca de varios puntos distintos, se enseña que estas confesiones pueden ser admitidas por algunos de estos puntos y desechadas por los otros. (2) Así formulada la excepción no es una excepción. Lo que se llama puntos distintos son hechos diferentes; luego hay diferentes confesiones. Y el principio de la indivisibilidad de la confesión no quiere decir que todas las declaraciones hechas en un proceso formen un todo y no puedan ser divididas; el principio significa que la declaración relativa á un hecho litigioso debe ser tomada tal cual la parte la enunció, sin que se pueda partir lo que ha dicho. La indivisibilidad de la confesión no impide, pues, apreciar separadamente diversas confesiones; cada una será indivisible, pero se puede prevalecer de una confesión sin tener que aceptar á las demás. Es en estos términos como la Corte de Bruselas ha formulado la excepción. "En principio, dice, la confesión es indivisible; para que pueda dividirse, es necesario que los hechos que contenga sean distintos é independientes los unos de los otros, de tal modo que contenga, en realidad, varias confesiones bajo una sola fórmula." (3)

Pero la excepción no siempre está formulada tan restrictivamente. Está tomada de la tradición romana, y como de ordinario, los intérpretes no están de acuerdo entre sí. Voet,

1 Denegada, 22 de Agosto de 1864 [Daloz, 1,865, 1, 64]. Compárese Denegada, 19 de Junio de 1839 [Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,141]; Gante, 27 de Marzo de 1845 [Daloz, 1845, 2, 93].

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 343, nota 28.

3 Bruselas, 15 de Junio de 1857 [*Pasicripta*, 1863, 2, 12].

la extiende mucho más. Enseña que la confesión puede ser dividida cuando contiene hechos que, aunque relacionados con el que se quiere argumentar, no han sucedido en un mismo tiempo sino en otra época. (1) Si se entiende la excepción en este sentido, no solo es una excepción, sino destruye en gran parte á la regla. Resultaría de ello que toda confesión complexa es divisible, lo que es contrario á la doctrina de Pothier y, por consiguiente, en oposición con el Código. Así, los autores modernos se apartan de la tradición; (2) hay, pues, que dejarla para atenerse al principio tal como acabamos de establecerlo. Si el intérprete no tiene derecho de crear excepciones, tiene el derecho y el deber de definir la regla y de no aplicarla á casos para los que no ha sido establecida. Para decir mejor, no se divide la confesión cuando en realidad hay confesiones diferentes; la diversidad de los hechos y de las confesiones arrastran necesariamente la división de las diversas declaraciones. Pero la jurisprudencia no se ha encerrado en estos límites. De donde resultan incertidumbres ó inconsecuencias inevitables; las sentencias no concuerdan entre sí y los autores no están acordes con la jurisprudencia.

202. Ya hemos encontrado fórmulas de la excepción que es imposible admitir (núms. 195 y 196), porque destruirían á la regla. La Corte de Casación no tiene principio fijo; en cada caso establece un principio más ó menos amplio, según las circunstancias de la causa. Se lee en una sentencia que la regla de la indivisibilidad de la confesión no es aplicable cuando la confesión se refiere á dos hechos distintos por su objeto, su naturaleza y su época. Esta fórmula se parece á la de Voet; preferimos la fórmula de la Corte de Bruselas (núm. 201). En un caso juzgado por la Corte de Casa-

1 Voet, lib. XI, tit. II, núm. 5. Merlin á la traducción en las *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Confesión*, pfo. II (t. IV, pág. 137).

2 Larombière, t. V, pág. 411, núm. 17 del artículo 1,356 (Ed. B., t. III, pág. 312).

ción, había un primer hecho, el préstamo de un coche, confesado por el demandado. Este pretendía haber comprado, algún tiempo después de la convención, una mula coja del prestamista, bajo la condición que el coche que le había prestado le serviría de garantía por la curación de la mula. Esta venta era negada por la otra parte. El primer juez decidió la confesión y falló que el préstamo del coche constaba y que la compra de la mula no estaba probada; su decisión fué confirmada por la Corte de Casación. Había dos hechos jurídicos, dos convenciones bien distintas, un préstamo y una venta; ninguna conexión existía entre ambos hechos; el demandado no se pretendía liberado, reconocía haber pedido prestado un coche, primera confesión que lo obligaba á restituir la cosa; agregaba que no estaba obligado á devolver el coche hasta la curación de la mula coja que pretendía haber comprado; esta compra, aunque acompañada de una cláusula concerniente al préstamo, era un segundo hecho que no podía ser establecido por la confesión del demandado; luego el juez podía atenerse á la confesión del primer hecho y desechar el segundo. (1) Aun así aplicada, la decisión nos parece dudosa. La demanda versaba acerca de la restitución de un coche: ¿qué contesta el demandado? Lo he recibido, pero solo debo devolverlo bajo condición. Solo hay, pues, una confesión, y esta es indivisible.

203. Una hija reconoce haber recibido de su madre una suma de 2,000 francos, de la que ofrece la devolución. Más tarde, pide acta de su oferta, y concluye á que su hermana afirme bajo juramento haber recibido igual suma; la hermana declara estar dispuesta á afirmar que nunca recibió ninguna suma de dinero de su madre. Una sentencia de la Corte de Pau decide que hay confesión indivisible en virtud de la cual cada una de las dos hermanas debía devolver una suma de 2,000 francos. Esta singular decisión se funda-

1 Denegada, 8 de Mayo de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 245).

ba en las circunstancias de la causa. En realidad, había confesión de parte de una de las hermanas y delación de juramento. La sentencia fué casada y debía serlo. La Corte de Casación dijo que había una confesión personal á la que la había hecho, y una declaración posterior relativa á su hermana. Esta declaración no era una confesión. Había, pues, que decir que el principio de la indivisibilidad de la confesión era extraño á la causa. (1)

204. Como no hay principio seguro en esta materia, es imposible que las aplicaciones estén seguras. Venta de un caballo; el comprador confiesa la venta, pero pretende que ésta se hizo bajo condición, y es que el caballo fuese útil para el servicio al que lo destinaba. La Corte de Casación decidió que la condición pretendida formaba un punto distinto, extraño á la confesión. Esto nos parece inadmisibile. Se trataba de un solo y mismo hecho jurídico, la venta de un caballo; ¿y qué más esencial en semejante venta que el servicio al que el caballo era destinado? Luego el destino de la cosa comprada y la venta solo formaban un solo y mismo hecho; por lo tanto, la confesión era indivisible. (2)

La cuenta, conteniendo un capítulo de entradas y otro de salidas, es indivisible en lo que se refiere á los dos elementos que la componen. En un caso, estos elementos eran probados por la confesión del deudor. El demandado estaba constituido acreedor por razón de un excedente en los gastos sobre las entradas. Ha sido resuelto que el hecho de la deuda reclamada contra el notario contador, y el hecho del crédito de dicho notario son hechos distintos, que la confesión no puede ser invocada por el notario para constituirse acreedor, porque nadie puede crearse título á sí propio. (3)

Unos hijos reconocen que han recibido su mas en depósito

1 Casación, 30 de Junio de 1857 (Daloz, 1857, 1, 308).

2 Denegada, 25 de Agosto de 1831 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,670).

3 Pau, 17 de Marzo de 1860 (Daloz, 1861, 2, 47).

de su padre; agregan que estas sumas les han sido más tarde, abandonadas á título de donativo. Ha sido sentenciado que esta confesión es divisible. La Corte de Dijon asienta en principio que la indivisibilidad no puede ser invocada sino cuando versa acerca de un hecho único y distinto. Había confesión indivisible si los hijos dijeran que recibieron el depósito pero que lo devolvieron; dicen al contrario, que la donación les fué hecha por su padre de la cosa depositada; la confesión entraña, pues, dos hechos distintos, un depósito y una donación, por consiguiente, hay dos confesiones. (1) Preferiríamos la opinión contraria. ¿Cuál es el objeto de la confesión? Los que la hacen se pretenden liberados de la obligación de devolver la cosa depositada. Poco importa de donde proceda esta liberación; que sea por restitución; es decir, por pago ó por remesa (núm. 195), lo seguro es que no hay dos confesiones, solo hay una.

Un notario declara haber recibido precios de venta en nombre de un cliente, pero agrega que los empleó en pagar créditos debidos á terceros. El notario no producía ninguna pieza justificativa de dichos pagos. Fué sentenciado que la confesión podía ser dividida. La Corte pone como principio que la confesión solo es indivisible cuando se refiere á un hecho único que no puede partirse; y que es divisible cuando se refiere á hechos complejos, distintos por su objeto, su naturaleza y su época. En el caso, ninguna liga de conexión unían el reconocimiento hecho por el notario de haber recibido los precios de venta y la declaración de haber hecho pagos á unos terceros. Hay realmente, en este caso, dos hechos distintos; luego hay dos confesiones distintas. (2)

La diferencia que distingue este caso del precedente es delicada, pero real. Cuando el hijo depositario dice que su padre lo liberó de su obligación, se trata de las mismas par-

1 Dijon, 27 de Marzo de 1867 (Daloz, 1869, 1, 338).

2 Rennes, 12 de Febrero de 1870 (Daloz, 1872, 2, 61).

tes, todo pasa entre ellas. Mientras que el notario que confiesa haber recibido el precio de venta, agrega un segundo hecho, el de haber pagado dichos precios, lo que supone un mandato y la ejecución de este mandato: hay aquí dos contratos; luego dos hechos jurídicos, dos confesiones por consiguiente.

El demandado confiesa que recibió un préstamo de 2,000 francos, en fecha 31 de Marzo de 1864, pero agrega que está liberado por haber hecho pagos sucesivos por 2,519 francos y 25 céntimos. Pretende que esta confesión es indivisible; que si su confesión prueba el préstamo, prueba también los pagos hechos por él. La Corte de Gante contesta que la confesión es indivisible cuando versa acerca de hechos cuya conexión es tal, que los unos modifiquen, restringen ó neutralicen las consecuencias jurídicas de los otros, pero que la confesión es divisible cuando se trata de hechos completamente separados ó indiferentes en su existencia y efectos.

Astí, en el caso, la confesión del demandado hubiera sido indivisible si los 2,519 francos y 25 céntimos, hubieran sido pagados para extinguir la deuda del préstamo. Pero la sola cifra de la suma pagada probaba que no era un reembolso de la suma prestada. En realidad, había habido préstamos sucesivos, y una serie de treinta y nueve pagos en cuenta de estos préstamos. Estos pagos alegados por el demandado, habían servido para extinguir deudas distintas, según las reglas que la ley traza acerca de la imputación; no eran, pues, destinadas á extinguir la deuda del préstamo confesado en 1864; esto es tan verdadero, que los dos primeros pagos alegados por el demandado eran anteriores á esta fecha. La Corte concluye de esto que todos los pagos alegados constituían actos independientes de la deuda de 2,000 francos y no tenían con ésta ninguna conexión. Por consiguiente, las declaraciones del demandante eran confesiones

distintas, una establecía el préstamo por él recibido, y las otras no probaban su liberación. (1)

III. De la confesión que no es la prueba única del hecho.

205. Se supone que el hecho al que se refiere la confesión está probado independientemente de ella; el que la hizo, ¿puede en este caso prevalecerse de su indivisibilidad? La cuestión no tiene sentido; sin embargo, ha sido frecuentemente debatida ante los tribunales. Si la confesión es indivisible, es porque es la única prueba del hecho alegado; la ley quiere que se tome la declaración tal cual fué hecha. Pero si no se prevalece uno de la confesión para probar el hecho, no puede ya tratarse de mantener la confesión como prueba indivisible. Acerca de este punto puede invocarse el testimonio de Pothier, y es decisivo: "Cuando, dice, no tengo otra prueba que vuestra confesión, no la puedo dividir." (2) Esto resulta de la esencia misma de la confesión y del motivo por el que la ley la declara indivisible. La confesión judicial, dice la Corte de Casación, es la declaración que hace la parte de un hecho del que por otra parte no existe ninguna prueba y que solo se establece por esta misma confesión; es por esta razón, y en consideración á este reconocimiento espontáneo, como la ley ligó á la confesión el carácter de indivisibilidad. Pero cuando uno de los hechos enunciados en la confesión está establecido é incontestable, la parte no puede prevalecerse del reconocimiento que hace para hacer indivisible su declaración en un hecho accesorio; debe probar este hecho accesorio según el derecho común. En un caso, uno de los herederos ocupaba una casa y un jardín dependientes de la sucesión; este gozo estaba establecido independientemente de todo reconocimiento; el heredero lo compró agregando que este gozo le había sido concedido gra-

1 Gante, 18 de Abril de 1872 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 32).

2 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 832.

tes, todo pasa entre ellas. Mientras que el notario que confiesa haber recibido el precio de venta, agrega un segundo hecho, el de haber pagado dichos precios, lo que supone un mandato y la ejecución de este mandato: hay aquí dos contratos; luego dos hechos jurídicos, dos confesiones por consiguiente.

El demandado confiesa que recibió un préstamo de 2,000 francos, en fecha 31 de Marzo de 1864, pero agrega que está liberado por haber hecho pagos sucesivos por 2,519 francos y 25 céntimos. Pretende que esta confesión es indivisible; que si su confesión prueba el préstamo, prueba también los pagos hechos por él. La Corte de Gante contesta que la confesión es indivisible cuando versa acerca de hechos cuya conexión es tal, que los unos modifiquen, restringen ó neutralicen las consecuencias jurídicas de los otros, pero que la confesión es divisible cuando se trata de hechos completamente separados ó indiferentes en su existencia y efectos.

Astí, en el caso, la confesión del demandado hubiera sido indivisible si los 2,519 francos y 25 céntimos, hubieran sido pagados para extinguir la deuda del préstamo. Pero la sola cifra de la suma pagada probaba que no era un reembolso de la suma prestada. En realidad, había habido préstamos sucesivos, y una serie de treinta y nueve pagos en cuenta de estos préstamos. Estos pagos alegados por el demandado, habían servido para extinguir deudas distintas, según las reglas que la ley traza acerca de la imputación; no eran, pues, destinadas á extinguir la deuda del préstamo confesado en 1864; esto es tan verdadero, que los dos primeros pagos alegados por el demandado eran anteriores á esta fecha. La Corte concluye de esto que todos los pagos alegados constituían actos independientes de la deuda de 2,000 francos y no tenían con ésta ninguna conexión. Por consiguiente, las declaraciones del demandante eran confesiones

distintas, una establecía el préstamo por él recibido, y las otras no probaban su liberación. (1)

III. De la confesión que no es la prueba única del hecho.

205. Se supone que el hecho al que se refiere la confesión está probado independientemente de ella; el que la hizo, ¿puede en este caso prevalecerse de su indivisibilidad? La cuestión no tiene sentido; sin embargo, ha sido frecuentemente debatida ante los tribunales. Si la confesión es indivisible, es porque es la única prueba del hecho alegado; la ley quiere que se tome la declaración tal cual fué hecha. Pero si no se prevalece uno de la confesión para probar el hecho, no puede ya tratarse de mantener la confesión como prueba indivisible. Acerca de este punto puede invocarse el testimonio de Pothier, y es decisivo: "Cuando, dice, no tengo otra prueba que vuestra confesión, no la puedo dividir." (2) Esto resulta de la esencia misma de la confesión y del motivo por el que la ley la declara indivisible. La confesión judicial, dice la Corte de Casación, es la declaración que hace la parte de un hecho del que por otra parte no existe ninguna prueba y que solo se establece por esta misma confesión; es por esta razón, y en consideración á este reconocimiento espontáneo, como la ley ligó á la confesión el carácter de indivisibilidad. Pero cuando uno de los hechos enunciados en la confesión está establecido é incontestable, la parte no puede prevalecerse del reconocimiento que hace para hacer indivisible su declaración en un hecho accesorio; debe probar este hecho accesorio según el derecho común. En un caso, uno de los herederos ocupaba una casa y un jardín dependientes de la sucesión; este gozo estaba establecido independientemente de todo reconocimiento; el heredero lo compró agregando que este gozo le había sido concedido gra-

1 Gante, 18 de Abril de 1872 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 32).

2 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 832.

tuitamente. Después se prevaleció de la indivisibilidad de su confesión para sostener que no debía dar cuenta de su gozo. Esta singular pretensión fué admitida por la Corte de Colmar. La sentencia fué casada. Por el solo hecho de error probado independientemente de la confesión, que el heredero había gozado, debía dar cuenta de los frutos percibidos por él, á reserva de probar que el gozo le había sido concedido gratuitamente; no podía crearse esta prueba por su confesión, pues no se necesitaba de ella, y no se prevalecía tampoco de ella para probar el hecho de la posesión. Aplicar á este caso el principio de la indivisibilidad de la confesión, sería decir que el demandado puede crearse una prueba por su declaración haciendo una confesión; lo que no tiene sentido. (1)

La misma cuestión se ha presentado muchas veces ante la Corte de Casación, y siempre ha recibido la misma solución. Uno de los herederos pretende haber recibido de su padre una suma determinada, de la que ofrece la devolución á sus coherederos. Estos sostienen que recibió valores más considerables, y lo prueban independientemente de la confesión. Se les opone, sin embargo, la indivisibilidad de la confesión que, en el caso, ni siquiera era complexa; el debate versaba solamente acerca del monto de las cantidades recibidas: el demandado ¿podía crearse una prueba declarando que había recibido tal suma? (2)

1 Casación, 28 de Diciembre de 1859 (Dalloz, 1860, 1, 345). Compárese Larombière, t. V, pág. 417, núm. 29 (Ed. B., t. III, pág. 314) Aubry y Rau, t. VI, pág. 311, nota 32.

2 Denegada, Sala Civil, 3 de Junio de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 265). Compárense las sentencias citadas en el *Repertorio* de Dalloz, número 5,107, 1°. Debe agregarse (citando solo las sentencias de la Corte Casación) Denegada, 24 de Abril de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 347); 20 de Noviembre de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 448); Denegada, Sala Civil, 17 de Marzo de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 338); Denegada, 5 de Agosto de 1869 (Dalloz, 1870, 1, 84); 28 de Noviembre de 1871 (Dalloz, 1872, 1, 19). Compárese Lleja, 9 de Febrero de 1854 (*Pasicrisia*, 1857, 2, 24); Bruselas, 21 de Junio de 1865 (*Pasicrisia*, 1866, 2, 14).

IV. - De los demás casos en los que la jurisprudencia admite la divisibilidad de la confesión.

206. La confesión es á menudo una arma de que se vale la mala fe. Se hace la confesión de un hecho que es difícil negar, pero se tiene el cuidado de agregarle un hecho accesorio que haciendo un todo con la declaración principal, destruye esta declaración, de manera que no resulte ninguna prueba de ella. Para contrarestar los cálculos de la mala fe, los tribunales han imaginado diversos casos en que la confesión puede ser dividida. Cuando uno de los hechos comprendidos en la declaración es reconocido falso, ó cuando está en contradicción con hechos ya establecidos, ó cuando la declaración es vaga ó evasiva. Nos parece que hay aquí una confusión de dos órdenes de ideas muy distintas. La indivisibilidad de la confesión existe aunque las declaraciones sean contrarias á la verdad, desde que la confesión es calificada ó complexa. Pero entonces nace la cuestión de saber en qué sentido es indivisible la confesión; es decir, cuál es la fuerza probante de la confesión. Hace plena fe, dice el art. 1,356; esto quiere decir que aquel que se prevalece de una confesión, debe tomarla cual la hizo la parte adversa; no puede admitir como verdadera la declaración del hecho principal y desechar la declaración accesorio que modifica ó neutraliza la confesión. ¿Esto es decir que aquel que tiene interés en prevalecerse de la declaración principal no pueda combatir la declaración accesorio? Esto no es dividir la confesión. Se divide la confesión cuando se desecha pura y simplemente una parte de la declaración para atenerse á la otra. No se divide la confesión cuando se pide á combatirla en uno de sus elementos. La razón y la conciencia están de acuerdo con el derecho. Se busca la verdad; la confesión espontánea que hace la parte interesada en un medio preciso para descubrirla, pero con la condición que las

declaraciones sean sinceras. De esto sigue que se debe permitir á la parte interesada establecer la verdad si ésta fué alterada por declaraciones mentirosas. Resultaría una contradicción inmoral é ilógica á la vez, en establecer como principio que la confesión hace fe como declaración de la verdad, y prohibir la prueba de la falsedad de esta declaración; esto sería decir que la mentira hace fe cuando se le da la forma de una confesión judicial. El principio está admitido por la doctrina y la jurisprudencia. (1) Falta ver en qué caso y cómo puede combatirse la fe debida á una confesión indivisible.

Núm. 9. Efecto de la indivisibilidad.

207. Se pueden combatir las declaraciones accesorias comprendidas en la confesión, en virtud del derecho común que permite, en regla general, combatir una prueba por una prueba contraria. Se necesitaría una disposición terminante que prohibiese la prueba contraria para que el juez tuviese el derecho de desecharla. La ley dispone que ninguna prueba contraria es admitida contra ciertas presunciones legales (art. 1,352); no dice que la confesión no admite la prueba contraria.

¿Cuál es la prueba contraria por la que la confesión puede ser combatida? La ley no dice nada de la prueba que puede ser opuesta á la indivisibilidad; se está, pues, bajo el imperio del derecho común. Hay casos en los que la ley dispensa de toda prueba á la parte interesada; esto es cuando tiene una presunción en su favor. La prueba resultando de la confesión, puede, pues, ser combatida por una presunción legal. A una demanda en reivindicación, el demandado opone la prescripción. El demandante reconoce la posesión de más de treinta años del demandado, pero pretende que era

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 343, nota 29. Marcadé, t. V, pág. 228, núm. 2 del artículo 1,356.

á título precario. ¿Es que esta declaración de precario puede ser combatida por la prueba contraria? Sí, puesto que tal es el derecho común. En el caso, hay una presunción que el poseedor puede oponer la declaración de precario. Según los términos del art. 2,230: "Siempre se presume que se posee como propietario si no está probado que se comenzó á poseer en nombre de otro." Reconocer que una parte ha poseído, es, pues, reconocer que ha poseído á título de propietario; la declaración de posesión precaria es contraria á esta presunción; toca, pues, á quien la hizo, dar la prueba de su dicho; el poseedor nada tiene que probar, tiene en su favor la presunción legal del art. 2,230, y á la parte adversa toca probar la posesión precaria que ha alegado. Se prevalecería en vano de la indivisibilidad de su confesión; ésta no puede probar la posesión precaria, puesto que, en este punto, la confesión está en oposición con una presunción legal. (1)

Pero hay un escollo en materia de presunciones; lo hemos señalado varias veces y lo volvemos á encontrar cuando se trata de combatir la indivisibilidad de la confesión. No hay presunción legal sin ley. Esto es lo que olvidó la Corte de Colmar al sentenciar que hay presunción, que hay derecho para pasar á pié y con animales cuando se puede pasar con un coche; de donde concluye que la confesión del derecho de paso con un coche implica el reconocimiento del derecho de pasar á pié y con animales; por lo que admitió á los propietarios del fundo dominante á combatir la restricción que hacia el dueño del fundo sirviente, á su confesión. En derecho, la Corte hizo muy bien en fallar que la confesión deja de ser indivisible, ó para mejor decir, que la parte de la confesión que está en oposición con una presunción legal, no hace prueba y que se le puede oponer la

1 Deuégada, 15 de Noviembre de 1842 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,107. 7°).

presunción, de manera que la prueba recae en aquel que hizo la confesión. Pero en el caso, ¿había realmente una presunción legal? En derecho romano, sí; en derecho francés, no. La Corte hubiera, pues, debido mantener la prueba contraria á cargo de aquel que atacaba uno de los elementos de la confesión. (1)

208. ¿Cuál es esta prueba contraria? Se puede probar que el que hizo una confesión con restricciones ó modificaciones, quiso engañar á la justicia por el fraude, el dolo ó la mentira. Las declaraciones mentirosas no faltan; hay un antiguo adagio que dice que el fraude hace excepción á todas las reglas. Siempre se es admitido á probarlo sobre todo cuando el fraude se vale de la ley misma para eludirla y violarla. Y esto es precisamente lo que hace la parte que, aparentando confesar la verdad, agrega á ésta una mentira que destruye el efecto de la verdad; de manera que, la mentira prevalecería á la verdad si no se recibiera la prueba contraria. La jurisprudencia está unánime en admitirla. (2) Solo que no hace bien en decir que en este caso la confesión está dividida: la confesión permanece indivisible, pero se permite á la parte interesada restablecer la verdad alterada por la mentira.

Una viuda entrega á un agente de negocios una suma de 5,000 francos para que la coloque. Demanda en rendición de cuentas. La demandante declara haber recibido el interés de la suma debida durante tres años. Después de varias respuestas evasivas, el demandado declara que no hizo ningún pago de intereses. El tribunal, habiendo ordenado una comparecencia en persona, el demandado confiesa haber recibido los 5,000 francos, pero declara haberlos colocado y entregado los documentos á su mandante, endosados por el tomador del dinero. Confiesa además haber pa-

1 Colmar, 16 de Enero de 1846 [Daloz, en la palabra *Obligaciones* núm. 5, 136].

2 Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5, 138.

gado los intereses, pero como persona que conoce la ley, agrega inmediatamente que los pagó en nombre del endosante. Dicho endosante había muerto y el demandado había olvidado el nombre del girador. Tal era la fórmula. El Tribunal hizo justicia, declarando que la defensa era una red de mentiras, de dolo y de fraude, y que el dolo hace excepción á las reglas más rigurosas. En consecuencia, dividió la confesión y condenó al demandado á restituir la suma de 5,000 francos. (1)

La Corte de Casación asienta en principio que la confesión puede ser dividida cuando una de sus partes está reconocida falsa. (2) No motiva esta excepción, y difícil sería motivarla, á menos de invocar el adagio según el cual el dolo hace excepción á toda regla. Es más sencillo decir que no se está en la regla, en este sentido que la confesión falsa puede ser combatida por la prueba contraria. La coloca uno, en este caso, bajo el imperio del derecho común, y el derecho común es más favorable que las excepciones, que siempre pueden combatirse como no siendo consagradas por la ley. En otra sentencia, la Corte dice que el principio de la indivisibilidad de la confesión no puede aplicarse á la causa, porque los jueces del fondo han sacado la prueba de la simulación, no de una declaración única é indivisible, sino de la inverosimilitud, de las contradicciones y de la falsedad de declaraciones sucesivas y diferentes contenidas en las conclusiones de aquel que había hecho la confesión y en sus explicaciones cuando su comparecencia personal. (3) Esta justificación se aproxima á la nuestra. Todas conducen al mismo resultado; esto es que la parte que miente no puede invocar su mentira á título de verdad.

1 Agen, 16 de Diciembre de 1823 [Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5, 138, 2º]. Compárese Gante, 19 de Enero de 1841 (*Panicrisia*, 1841, 2, 75) y 18 de Abril de 1856 (*Panicrisia*, 1856, 2, 224).

2 Denegada, 8 de Febrero de 1864 (Daloz, 1864, 1, 486).

3 Denegada, 22 de Noviembre de 1869 (Daloz, 1870, 1, 273).

209. Se admitía en el antiguo derecho que la confesión dejaba de ser indivisible cuando una parte de la confesión se contradecía por su propia inverosimilitud. (1) Así formulada, la pretendida excepción debe, sin ninguna duda, ser desechada. Cuando la declaración accesoria que la parte agrega á la confesión es inverosímil, está por esto solo sospechosa, y se concibe que el juez esté tentado de desecharla como no siendo la expresión de la verdad. Pero debe acordarse que la verdad puede alguna vez no ser verosímil; por otra parte, no tiene derecho de desechar una prueba que hace plena fe porque le parece sospechosa. Esta excepción destruiría á la regla; ya no podía decirse que la confesión es indivisible, ya que el juez tuviera el poder de dividirla cuando le pareciese sospechosa. En nuestra opinión, la inverosimilitud, así como la falsedad de una parte de la confesión, no impide esta de ser indivisible; solo que la parte que se prevalece de ella es admitida á combatir la declaración accesoria como no siendo conforme á la verdad. Uno de los medios que podía hacer valer, es la inverosimilitud, si por razón del objeto de la demanda, las presunciones son admisibles, pues la inverosimilitud no es otra cosa sino una presunción de hombre. Puede hacerse un argumento muy fuerte si la inverosimilitud llega hasta el absurdo; es decir, hasta la imposibilidad moral. La jurisprudencia está en este sentido.

En una acción por pago del precio de la venta de un caballo, el demandado confiesa la venta del precio demandado, pero agrega que esta venta fué con condición de prueba. Hemos dicho que esta confesión es indivisible (número 189); la declaración accesoria ¿puede ser atacada como inexacta y falsa? Sí, pero ¿basta decir que es inverosímil? El primer juez había asentado en principio que la confesión solo es indivisible cuando no encierra inverosimilitud. De

1 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Confesión*, pfo. II.

hecho, le pareció inverosímil que la venta hubiese sido contratada á prueba sin que se hubiera fijado un plazo en el que la prueba se hiciere; desechó, en consecuencia, la parte de la confesión relativa á la prueba, para solo conservar la que afirmaba la venta. En el recurso, la sentencia fué casada. Admitiendo, dice la Corte, que la regla de la indivisibilidad pueda recibir una excepción en que la parte contestada de la confesión llevase en sí el sello de lo inverosímil tan marcado que pudiera asimilarse á la imposibilidad, debiera reducirse la excepción á estos límites, sin que nunca pueda ser permitido subordinar los hechos legales de la indivisibilidad de la confesión á la apreciación del juez, fundada en una simple inverosimilitud (1)

210. También se ha asentado en principio que la indivisibilidad de la confesión no puede ser invocada cuando de las declaraciones que constituyen esta confesión, una es precisa y formal y la otra vaga é insegura. A decir verdad, no se trata en este caso de una excepción á la indivisibilidad de la confesión; se trata de interpretar la confesión y decidir si la parte de la declaración que es vaga é insegura debe ser considerada como una confesión. Y la confesión en su esencia es una declaración terminante del hecho alegado: es contradictorio que una declaración insegura se haga plena. Cuando una parte hace una declaración accesoria que modifica ó neutraliza la declaración principal, el juez puede, por vía de interpretación, decidir que la declaración accesoria, por razón de su inseguridad, no es una confesión.

La Corte de Angers lo sentenció así en el caso siguiente. (2)
Un contrato de matrimonio dice que la futura esposa aporta una suma de 6,000 francos, monto de sus economías. Un hijo del primer matrimonio sostiene que dicha suma es una

1 Casación, 19 de Abril de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 153). Compárese Casación, 14 de Abril de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 141).

2 Angers, 15 de Marzo de 1865 (Dalloz, 1865, 2, 210).

donación disfrazada en provecho de la segunda mujer. Esta confesó, al absolver posiciones, que no tenía economías cuando se casó; después declaró, sin quererlo confirmar que, en su convicción, los 6,000 francos eran parte de su dote y habían sido pagados con los 4,000 francos que el contrato le constituía en dote. Fue resuelto, y con razón, que esta declaración accesoria no era una confesión; la confesión es la declaración de un hecho y no la opinión de la parte. Con mayor razón no pueden considerarse como una confesión las declaraciones puramente verbales producidas en un alegato y que vienen modificando la confesión de la existencia de la deuda, cuando estas declaraciones no precisan los hechos de los que resulta la reducción de la deuda. (1) Esta es también una cuestión de interpretación de la confesión; no es una excepción de la indivisibilidad de la confesión; para que, por excepción, la confesión sea divisible, es necesario ante todo que haya una confesión comprendiendo varias declaraciones; si una parte de la declaración no presenta los caracteres de una confesión, no puede ya tratarse de indivisibilidad.

211. Aquel que se prevalece de la confesión está admitido á combatir la parte de la declaración que pretende ser inexacta. Queda por saber cómo se hará esta prueba. Se hace según el derecho común, puesto que la ley no deroga á ello. La cuestión es saber si la prueba testimonial, y por consiguiente, las presunciones, podrán ser admitidas para combatir la indivisibilidad de la confesión. Si, si el hecho principal puede ser probado por testigos. Tal sería una contestación acerca del depósito hecho en un hotel: el hotelero reconoce el depósito pero alega que ha entregado las cosas depositadas á un tercero indicado para recibirlas; el depositante será admitido á probar por testigos que esta entrega no ha sido hecha. La Corte de Paris lo resolvió así en

1 Burdeos 30 de Agosto de 1870 (Daloz, 1871, 2, 215).

una sentencia bastante mal motivada. (1) Se lee en ella que en el caso del art. 1,348, no es aplicable el art. 1,356, de manera que la confesión dejaría de ser indivisible en todos los casos en que el acreedor no pudo procurarse una prueba literal. No es esto lo que quiso decir la Corte. La indivisibilidad nada tiene de común con las reglas que rigen la prueba testimonial, si no es que la declaración accesoria de la confesión puede ser combatida por testimonios cuando se trata de un hecho susceptible de ser establecido por testigos. Si se tratara de un depósito ordinario, la prueba testimonial no sería admisible para combatir uno de los elementos de la confesión. (2)

212. Se ha intentado alcanzar la división de la confesión por medio de la prueba. La declaración principal contiene la confesión de un mandato para comprar un inmueble; pero el mandatario agrega que no tenía misión de comprar sino á la condición que el precio no pasase de cierta suma; este límite habiendo sido pasado en la subasta, el mandatario hubiera subido por su propia cuenta. El mandatario pretendió que la primera parte de la confesión era un principio de prueba por escrito que le permitía ocurrir á la prueba testimonial para combatir la restricción alegada en la segunda. Esta pretensión ha sido desechada por la Corte de Casación.

En el caso, no se contestaba que la confesión fuese indivisible. Desde luego, las dos partes de la confesión habiendo fe igualmente, sería partir la confesión si se sacaba de una de sus partes una prueba completa contra la otra parte de la misma confesión; tampoco puede sacarse de ella una prueba incompleta, porque esto sería también partir la con-

1 Paris, 6 de Abril de 1829 (Daloz, en la palabra *Depósito*, número 179, 2º).

2 Denegada, 10 de Enero de 1832 (Daloz, en la palabra *Depósito* número 180). Aubry y Rau, t. VI, pág. 344 notas 30 y 31.

fesión, lo que es contrario á la indivisibilidad de la misma. (1) La jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido, excepto en una sentencia contraria de la Corte de Grenoble, de la que no hay que hacer aprecio puesto que no da ningún motivo. (2)

Núm. 10. De la interpretación de la confesión.

213. La confesión es una prueba; el juez tiene, pues, el derecho de interpretarla, como puede hacerlo con todas las demás pruebas, aun la más fuerte, la que resulta de una acta auténtica. Este poder de interpretación tiene sus peligros en materia de confesión; el juez puede, so pretexto de interpretarla, dividirla. El mismo peligro existe para toda interpretación. El acta auténtica tiene fe plena, como la confesión; el juez tiene, sin embargo, el derecho y el deber de interpretarla, con riesgo de atacar la fuerza probante del acta: Siempre había la garantía del recurso de casación cuando el juez con pretexto de interpretar la confesión, viola la ley que la declara indivisible.

214. Hemos ya dado ejemplos de interpretaciones (números 209 y 210) que prueban su necesidad. Hay condiciones requeridas para que haya confesión; el primer deber de un juez es comprobar si hubo confesión, y confesión judicial. Cuando una parte presenta hechos para dar una prueba que le incumbe, debe inducirse que estos hechos están reconocidos por ella y que este reconocimiento constituye una confesión? La Corte de Bruselas ha sentenciado con razón, que presentar hechos no es hacer una confesión de que resulte una prueba, y que, por consiguiente, no ha

1 Casación, 14 de Abril, de 1852 (Daloz, 1852, 1, 141).

2 Casación, 25 de Abril de 1853 (Daloz, 1853, 1, 165). Bruselas, 18 de Junio de 1839 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,114, 8°). En sentido contrario, Grenoble, 13 de Marzo de 1834 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,129). Compárese Casación, 8 de Abril de 1874 (Daloz, 1874, 1, 231).

lugar á aplicar los principios que rigen á la confesión. (1)

El debate versa acerca de una cuestión de saber si una acta atacada contiene una donación disfrazada. Ante el Tribunal de Primera Instancia, el demandado invoca numerosas autoridades para establecer que una donación disfrazada bajo la forma de un contrato á título oneroso es válida cuando el donante tiene libre disposición de sus bienes. Sentencia que reconoce la validez de la donación. En apelación, y para combatir á su adversario, el donatario sostiene que el acta también sería válida si se le consideraba como venta. La Corte le da gana en la causa. Recurso de Casación; se pretende que hubo confesión, que el acta no era una donación y que la Corte no apreció dicha confesión. ¿Había confesión? La negativa es tan evidente, que hasta extraña ver emplear semejante medio ante la Corte Suprema. ¿Es que una parte no tiene derecho de emplear varios medios de defensa? ¿No puede á la vez que sosteniendo que el acta vale como donación disfrazada, sostener también que esta acta sería válida como venta si el juez no quisiera considerarla como donación? Es inútil insistir. (2)

215. Cuando está comprobado que hay confesión, el juez pertenece también determinar las consecuencias jurídicas que resultan de ella. Sucede algunas veces que la confesión contiene una declaración del efecto que debe producir la confesión en la intención del que la hace. ¿Está ligado el juez por esta apreciación? Se sostuvo así ante la Corte de Casación de Bélgica; no es extraño que acerca de semejantes pedimentos la Corte pronuncie casi siempre sentencias de denegada. En el caso, la Corte responde que no hay ninguna liga de indivisibilidad entre el hecho cuya existencia está reconocida por una parte y las inducciones que de él sa-

1 Bruselas, 5 de Diciembre de 1827 (*Pasicrisia*, 1827, pág. 333). Compárese Gante, 28 de Abril de 1846 (*Pasicrisia*, 1850, pág. 98).

2 Denegada, Corte de Casación de Bélgica, 6 de Mayo de 1853 (*Pasicrisia*, 1853, 1, 336).

ca esta misma parte; que el juez tiene siempre el derecho, cuando cree verdadero el hecho confesado, de determinar sus consecuencias jurídicas sin tomar en cuenta el objeto que de la confesión se proponía alcanzar en la mente de su autor. (1)

Con mayor razón deberá suceder lo mismo con la apreciación que hace una parte de su confesión. Hay que distinguir en una sentencia, la declaración y el hecho litigioso. Es la confesión propiamente dicha la que hace fe plena, el juez no la puede dividir; pero si la parte agregó á su declaración un juicio acerca del carácter, acerca de la naturaleza de las obligaciones ó acerca de los efectos jurídicos de la confesión, se tomó facultades que pertenecen al juez; este último solo tiene misión de apreciar los hechos y decidir en consecuencia; puede, pues, juzgar que la parte se ha equivocado acerca del sentido que dió á sus declaraciones; no viola por esto el principio de la indivisibilidad de la confesión, pues toma los hechos tal cual constan por la confesión. (2)

216. Pertenece también al juez interpretar la confesión determinando el sentido de las declaraciones que la parte hace en justicia. Las partes interesadas sostienen regularmente que el juez, al interpretar una confesión, la divide; de hecho, esto puede suceder, pero en derecho, es incontestable "que si la ley prohíbe á los jueces partir las confesiones, les impone la obligación de fijar su sentido verdadero coordinándolas con los demás elementos, hechos y circunstancias de la causa." (3)

Las cuestiones de interpretación son cuestiones de hecho de que la decisión es necesariamente subordinada á las circunstancias de la causa, y éstas varían de un caso á otro.

1 Denegada, 11 de Marzo de 1870 (*Pasicrisia*, 1870, 1, 187).

2 Gante, 11 de Abril de 1872 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 310). Bruselas, 24 de Marzo de 1830 (*Pasicrisia*, 1830, pag. 82).

3 Denegada, 25 de Enero de 1821 (Daloz, en la palabra *Comerciante*, núm. 191).

Nos limitaremos á citar un ejemplo. La confesión está concebida en términos generales; el juez puede limitarla fundándose en la naturaleza de la convención que dió lugar al litigio. Se trata de un debate entre socios después de la ruptura de la asociación. El uno se pretende acreedor por una suma de 764 francos, y el otro sostiene que hay un error de 411 francos. Ante el Tribunal de Comercio, el primero reconoce su error, y hace una demanda reconventional con la que entiende compensar la suma citada de 411 francos. El Tribunal dedujo los 411 francos de lo que era debido al demandante, fundándose en su confesión. En apelación, la Corte modificó la sentencia en este sentido, que la confesión del error material de 411 francos debía de interpretarse en el límite de los respectivos derechos de los asociados; es decir, que aunque hecho en términos absolutos, la sentencia no versaba sino sobre la mitad de la suma, cada uno de los socios solo pudiendo reclamar la mitad del haber social. En el recurso intervino una sentencia de denegada. (1)

§ III.—DE LA CONFESION EXTRAJUDICIAL.

217. La confesión extrajudicial es aquella que se hace fuera de justicia. Puede hacerse por escrito ó verbalmente. La confesión extrajudicial que una parte hace por escrito no debe confundirse con la prueba literal; las actas privadas ó las auténticas en que constan las convenciones no son confesiones, prueban la convención, según las reglas que hemos expuesto, hasta inscripción por falsedad, ó hasta prueba contraria. La confesión supone que no hay escrito redactado; es una prueba que suple la falta de las demás pruebas. Hay confesión extrajudicial, dice Pothier, cuando

1 Denegada, 27 de Noviembre de 1838 (Daloz, en la palabra *Arbitraje*, núm. 169). Compárese Bruselas, 14 de Febrero de 1820 (*Pasicrisia*, 1820, pag. 58). Denegada, Sala Civil, 26 de Agosto de 1863 (Daloz, 1863, 1, 355).

ca esta misma parte; que el juez tiene siempre el derecho, cuando cree verdadero el hecho confesado, de determinar sus consecuencias jurídicas sin tomar en cuenta el objeto que de la confesión se proponía alcanzar en la mente de su autor. (1)

Con mayor razón deberá suceder lo mismo con la apreciación que hace una parte de su confesión. Hay que distinguir en una sentencia, la declaración y el hecho litigioso. Es la confesión propiamente dicha la que hace fe plena, el juez no la puede dividir; pero si la parte agregó á su declaración un juicio acerca del carácter, acerca de la naturaleza de las obligaciones ó acerca de los efectos jurídicos de la confesión, se tomó facultades que pertenecen al juez; este último solo tiene misión de apreciar los hechos y decidir en consecuencia; puede, pues, juzgar que la parte se ha equivocado acerca del sentido que dió á sus declaraciones; no viola por esto el principio de la indivisibilidad de la confesión, pues toma los hechos tal cual constan por la confesión. (2)

216. Pertenece también al juez interpretar la confesión determinando el sentido de las declaraciones que la parte hace en justicia. Las partes interesadas sostienen regularmente que el juez, al interpretar una confesión, la divide; de hecho, esto puede suceder, pero en derecho, es incontestable "que si la ley prohíbe á los jueces partir las confesiones, les impone la obligación de fijar su sentido verdadero coordinándolas con los demás elementos, hechos y circunstancias de la causa." (3)

Las cuestiones de interpretación son cuestiones de hecho de que la decisión es necesariamente subordinada á las circunstancias de la causa, y éstas varían de un caso á otro.

1 Denegada, 11 de Marzo de 1870 (*Pasicrisia*, 1870, 1, 187).

2 Gante, 11 de Abril de 1872 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 310). Bruselas, 24 de Marzo de 1830 (*Pasicrisia*, 1830, pag. 82).

3 Denegada, 25 de Enero de 1821 (Daloz, en la palabra *Comerciante*, núm. 191).

Nos limitaremos á citar un ejemplo. La confesión está concebida en términos generales; el juez puede limitarla fundándose en la naturaleza de la convención que dió lugar al litigio. Se trata de un debate entre socios después de la ruptura de la asociación. El uno se pretende acreedor por una suma de 764 francos, y el otro sostiene que hay un error de 411 francos. Ante el Tribunal de Comercio, el primero reconoce su error, y hace una demanda reconventional con la que entiende compensar la suma citada de 411 francos. El Tribunal dedujo los 411 francos de lo que era debido al demandante, fundándose en su confesión. En apelación, la Corte modificó la sentencia en este sentido, que la confesión del error material de 411 francos debía de interpretarse en el límite de los respectivos derechos de los asociados; es decir, que aunque hecho en términos absolutos, la sentencia no versaba sino sobre la mitad de la suma, cada uno de los socios solo pudiendo reclamar la mitad del haber social. En el recurso intervino una sentencia de denegada. (1)

§ III.—DE LA CONFESION EXTRAJUDICIAL.

217. La confesión extrajudicial es aquella que se hace fuera de justicia. Puede hacerse por escrito ó verbalmente. La confesión extrajudicial que una parte hace por escrito no debe confundirse con la prueba literal; las actas privadas ó las auténticas en que constan las convenciones no son confesiones, prueban la convención, según las reglas que hemos expuesto, hasta inscripción por falsedad, ó hasta prueba contraria. La confesión supone que no hay escrito redactado; es una prueba que suple la falta de las demás pruebas. Hay confesión extrajudicial, dice Pothier, cuando

1 Denegada, 27 de Noviembre de 1838 (Daloz, en la palabra *Arbitraje*, núm. 169). Compárese Bruselas, 14 de Febrero de 1820 (*Pasicrisia*, 1820, pag. 58). Denegada, Sala Civil, 26 de Agosto de 1863 (Daloz, 1863, 1, 355).

una parte confiesa la deuda por una carta ó en alguna acta que no tuvo por objeto hacer constar el hecho litigioso. (1)

La confesión extrajudicial puede hacerse verbalmente. Según los términos del art. 1,355, "el alegato de una confesión extrajudicial puramente verbal, es inútil todas las veces que se trata de una demanda para la que no sería admitida la prueba testimonial." Esta es una consecuencia de los principios que rigen á la prueba testimonial; la ley no la admite cuando se trata de cosas excediendo el valor de 150 francos; desde luego, no puede admitirse la confesión verbal, puesto que debiera establecerse por testigos, y más allá de dicha suma, la ley no da ninguna fe á los testimonios. En este sentido, el art. 1,355 dice que es *inútil* alegar un hecho verbal, puesto que la prueba no podía ser recibida. Debe concluirse que la confesión verbal puede ser probada por testigos cuando la ley permite la prueba testimonial para establecer el hecho de que es objeto la confesión. Si el hecho no puede ser probado por testigos, la confesión no podría alegarse. De esto se induce que no se puede conferir el juramento acerca de la cuestión de saber si la parte ha hecho confesión extrajudicial. La Corte de Bruselas lo resolvió así; (2) pero la decisión nos parece discutible. Todo lo que resulta del art. 1,355, es que la confesión extrajudicial no puede ser establecida por testigos en el caso en que el valor de la cosa pase de 150 francos; pero nada impide probar la compensación por las demás vías legales de prueba; luego también por el juramento.

218. ¿Cuál es la fuerza probante de la confesión extrajudicial? Nada dice de ello el Código; y no se ve por medio de los trabajos preparatorios cuál pueda ser la razón de este silencio. Se concluye de ello que el legislador se atiene á este respecto, á lo que los tribunales determinen, de mane-

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 834.

2 Bruselas, 7 de Febrero de 1827 (*Pasierina*, 1827, pág. 53).

ra que en esta materia el juez tiene un poder discrecional. Este poder es discrecional en este sentido, que las decisiones de los jueces del hecho no dan lugar á la casación. No hay ley violada, puesto que la ley es muda. Sin embargo, hay principios según los que el juez decidirá la contestación.

Creemos que debe distinguirse entre la confesión escrita y la confesión verbal. El escrito que hace constar una confesión queda sometido á las reglas generales acerca de la prueba literal. En cuanto á la confesión verbal, descansa en los testimonios, en los casos en que la prueba testimonial es admisible; y el juez está siempre en libertad para apreciar los testimonios y, por consiguiente, la confesión. (1)

219. El art. 1,356 dice que la confesión judicial hace plena fe. ¿Pasa lo mismo con la confesión extrajudicial? En esencia la confesión extrajudicial no difiere de la judicial: es la declaración de un hecho procedente de aquel que está interesado á negarlo. ¿Por qué no hace fe esta declaración cuando se hace fuera de justicia, tanto como cuando tiene lugar en justicia? Se dice que, hecha fuera de justicia, es menos seria, y merece, por consiguiente, menos fe. Nos parece que la objeción no dice la verdadera dificultad. Si se supone que la confesión extrajudicial no es seria, entonces es que no hay confesión, pues ésta debe ser seria lo mismo que toda manifestación de consentimiento ó toda convención, y cuando es seria, es la declaración de la verdad; luego debe hacer plena fe. Queda por saber cuando es seria, es decir, cuándo se hace con la intención de que pueda servir como prueba á la parte adversa. Toda cuestión de intención está en el dominio del juez quien la decide soberanamente. En este sentido, el juez tiene un poder discrecional; puede, pues, admitir el hecho confesado fuera de justicia como estableci-

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 344. Larombière, t. V, pág. 393, número 6 (Ed. B., t. III, pág. 304).

do por confesión, puede también desecharlo como no justificado. (1)

220. La confesión judicial no puede ser revocada, á menos que se pruebe que fué la consecuencia de un error de hecho. ¿Para lo mismo con la confesión extrajudicial? Se enseña que la confesión extrajudicial puede ser retractada sin que la parte que la revoca esté obligada á probar que la había hecho por un error de hecho. (2) Esto nos parece muy dudoso. Si la confesión no es seria, podrá ser retractada, porque semejante declaración no hace fe. Pero si es seria da un derecho á la parte adversa, y no vamos por qué razón pudiera quitarcelo. La jurisprudencia admite la irrevocabilidad de la confesión extrajudicial cuando está hecha por escrito, (3) y lo escrito nada agrega á la fuerza probante.

221. Se enseña también que el juez puede dividir la confesión extrajudicial, (4) y la jurisprudencia está en este sentido. Ha sido resuelto que la contestación á la cuestión de si se ha recibido tal suma á título de préstamo, que si se ha recibido pero solo á título de donación, no forma una confesión indivisible; la Corte establece, por lo demás, que las circunstancias hacen la pretendida donación inverosímil. La Corte de Casación decidió que la confesión extrajudicial, aunque hecha por escrito, puede ser dividida. (5) También fué resuelto así para una confesión hecha ante notario. (6)

1 Toullier, t. V, pág. 237, núm. 267, y pág. 250, núm. 302. Du. ranton, t. XIII, pág. 525, núm. 540. Aubry y Rau, t. VI, pág. 345. Colmet de Santorre, t. V, pág. 643, núm. 332 y 333.

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 345. Larombière, t. V, pág. 427, número 31 (Ed. B. t. III, pág. 319).

3 Denegada, 17 de Mayo de 1808 (Daloz, núm. 5161). Bruselas, 29 de Enero de 1825 (Pasierina, 1825, pág. 287).

4 Toullier, t. V, pág. 275, núm. 310. Aubry y Rau, t. VI, pág. 345, nota 54. Larombière, t. V, pág. 419, núm. 23 (Ed. B., t. no III, pág. 316). Compárese Merlu, *Cuestiones*, en la palabra *Confesión*, píos. III y IV.

5 Bruselas, 28 de Agosto de 1826, y Denegada, 10 de Diciembre de 1839 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5160, 2º y 3º).

6 Limoges, 20 de Marzo de 1848 (Daloz, 1849, 2, 219).

Es difícil apreciar decisiones pronunciadas en hechos y no motivadas en derecho. Las razones que dan los autores son todo, menos decisivas. Consideran las disposiciones del artículo 1,356 como excepcionales, lo que no permite de aplicarlas por analogía. En nuestro concepto, la indivisibilidad de la confesión resulta de la esencia misma de la confesión, y por consiguiente, toda confesión es indivisible. Si la ley solo lo dice para la confesión judicial es porque ésta es seria por sí misma; mientras que la confesión hecha fuera de justicia puede no serlo; hé aquí la cuestión de hecho abandonada á la apreciación del juez (núm. 219). Pero ya que el juez ha resuelto que hay confesión, debe también admitir que ésta no puede ser admitida. (1)

SECCION VII.—Del juramento.

§ I.—NOCIONES GENERALES.

Núm. 1. ¿Es el juramento un acto religioso?

222. Pothier define el juramento "un acto religioso por el que una persona declara que se somete á la venganza de Dios ó que renuncia á su misericordia, si no cumple lo que ha ofrecido; esto es lo que resulta de esta fórmula: *Dios me ayude, ó quiero que Dios me castigue si falto á mi palabra.*" (2) La cuestión de saber si el juramento es un acto religioso ha sido muy debatida ante la Corte de Bélgica hace algunos años. Antes de examinarla bajo el punto de vista de nuestra constitución, debemos ver si es verdad que el juramento sea un acto religioso por esencia. Muy buenas inteligencias lo piensan así. Los editores de Zachariæ llegan hasta decir que el juramento, considerado como una simple declaración ci-

1 Bruselas, Sala de Casación, 28 de Enero de 1824 (Pasierina, 1824, pág. 24).

2 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 103.

do por confesión, puede también desecharlo como no justificado. (1)

220. La confesión judicial no puede ser revocada, á menos que se pruebe que fué la consecuencia de un error de hecho. ¿Para lo mismo con la confesión extrajudicial? Se enseña que la confesión extrajudicial puede ser retractada sin que la parte que la revoca esté obligada á probar que la había hecho por un error de hecho. (2) Esto nos parece muy dudoso. Si la confesión no es seria, podrá ser retractada, porque semejante declaración no hace fe. Pero si es seria da un derecho á la parte adversa, y no vamos por qué razón pudiera quitarcelo. La jurisprudencia admite la irrevocabilidad de la confesión extrajudicial cuando está hecha por escrito, (3) y lo escrito nada agrega á la fuerza probante.

221. Se enseña también que el juez puede dividir la confesión extrajudicial, (4) y la jurisprudencia está en este sentido. Ha sido resuelto que la contestación á la cuestión de si se ha recibido tal suma á título de préstamo, que si se ha recibido pero solo á título de donación, no forma una confesión indivisible; la Corte establece, por lo demás, que las circunstancias hacen la pretendida donación inverosímil. La Corte de Casación decidió que la confesión extrajudicial, aunque hecha por escrito, puede ser dividida. (5) También fué resuelto así para una confesión hecha ante notario. (6)

1 Toullier, t. V, pág. 237, núm. 267, y pág. 250, núm. 302. Du. ranton, t. XIII, pág. 526, núm. 540. Aubry y Rau, t. VI, pág. 345. Colmet de Santorre, t. V, pág. 643, núm. 332 y 333.

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 345. Larombière, t. V, pág. 427, número 31 (Ed. B. t. III, pág. 319).

3 Denegada, 17 de Mayo de 1808 (Daloz, núm. 5161). Bruselas, 29 de Enero de 1825 (Pasierina, 1825, pág. 287).

4 Toullier, t. V, pág. 275, núm. 310. Aubry y Rau, t. VI, pág. 345, nota 54. Larombière, t. V, pág. 419, núm. 23 (Ed. B., t. no III, pág. 316). Compárese Merlu, *Questions*, en la palabra *Confesión*, págs. III y IV.

5 Bruselas, 28 de Agosto de 1826, y Denegada, 10 de Diciembre de 1839 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5160, 2º y 3º).

6 Limoges, 20 de Marzo de 1848 (Daloz, 1849, 2, 219).

Es difícil apreciar decisiones pronunciadas en hechos y no motivadas en derecho. Las razones que dan los autores son todo, menos decisivas. Consideran las disposiciones del artículo 1,356 como excepcionales, lo que no permite de aplicarlas por analogía. En nuestro concepto, la indivisibilidad de la confesión resulta de la esencia misma de la confesión, y por consiguiente, toda confesión es indivisible. Si la ley solo lo dice para la confesión judicial es porque ésta es seria por sí misma; mientras que la confesión hecha fuera de justicia puede no serlo; hé aquí la cuestión de hecho abandonada á la apreciación del juez (núm. 219). Pero ya que el juez ha resuelto que hay confesión, debe también admitir que ésta no puede ser admitida. (1)

SECCION VII.—Del juramento.

§ I.—NOCIONES GENERALES.

Núm. 1. ¿Es el juramento un acto religioso?

222. Pothier define el juramento "un acto religioso por el que una persona declara que se somete á la venganza de Dios ó que renuncia á su misericordia, si no cumple lo que ha ofrecido; esto es lo que resulta de esta fórmula: *Dios me ayude, ó quiero que Dios me castigue si falto á mi palabra.*" (2) La cuestión de saber si el juramento es un acto religioso ha sido muy debatida ante la Corte de Bélgica hace algunos años. Antes de examinarla bajo el punto de vista de nuestra constitución, debemos ver si es verdad que el juramento sea un acto religioso por esencia. Muy buenas inteligencias lo piensan así. Los editores de Zachariæ llegan hasta decir que el juramento, considerado como una simple declaración ci-

1 Bruselas, Sala de Casación, 28 de Enero de 1824 (Pasierina, 1824, pág. 24).

2 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 103.

do por confesión, puede también desecharlo como no justificado. (1)

220. La confesión judicial no puede ser revocada, á menos que se pruebe que fué la consecuencia de un error de hecho. ¿Para lo mismo con la confesión extrajudicial? Se enseña que la confesión extrajudicial puede ser retractada sin que la parte que la revoca esté obligada á probar que la había hecho por un error de hecho. (2) Esto nos parece muy dudoso. Si la confesión no es seria, podrá ser retractada, porque semejante declaración no hace fe. Pero si es seria da un derecho á la parte adversa, y no vamos por qué razón pudiera quitarcelo. La jurisprudencia admite la irrevocabilidad de la confesión extrajudicial cuando está hecha por escrito, (3) y lo escrito nada agrega á la fuerza probante.

221. Se enseña también que el juez puede dividir la confesión extrajudicial, (4) y la jurisprudencia está en este sentido. Ha sido resuelto que la contestación á la cuestión de si se ha recibido tal suma á título de préstamo, que si se ha recibido pero solo á título de donación, no forma una confesión indivisible; la Corte establece, por lo demás, que las circunstancias hacen la pretendida donación inverosímil. La Corte de Casación decidió que la confesión extrajudicial, aunque hecha por escrito, puede ser dividida. (5) También fué resuelto así para una confesión hecha ante notario. (6)

1 Toullier, t. V, pág. 237, núm. 267, y pág. 250, núm. 302. Duport, t. XIII, pág. 525, núm. 540. Aubry y Rau, t. VI, pág. 345. Colmet de Santorre, t. V, pág. 643, núm. 332 y 333.

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 345. Larombière, t. V, pág. 427, número 31 (Ed. B. t. III, pág. 319).

3 Denegada, 17 de Mayo de 1808 (Daloz, núm. 5161). Bruselas, 29 de Enero de 1825 (Pasierina, 1825, pág. 287).

4 Toullier, t. V, pág. 275, núm. 310. Aubry y Rau, t. VI, pág. 345, nota 54. Larombière, t. V, pág. 419, núm. 23 (Ed. B., t. III, pág. 316). Compárese Merlu, *Cuestiones*, en la palabra *Confesión*, píos. III y IV.

5 Bruselas, 28 de Agosto de 1826, y Denegada, 10 de Diciembre de 1839 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5160, 2º y 3º).

6 Limoges, 20 de Marzo de 1848 (Daloz, 1849, 2, 219).

Es difícil apreciar decisiones pronunciadas en hechos y no motivadas en derecho. Las razones que dan los autores son todo, menos decisivas. Consideran las disposiciones del artículo 1,356 como excepcionales, lo que no permite de aplicarlas por analogía. En nuestro concepto, la indivisibilidad de la confesión resulta de la esencia misma de la confesión, y por consiguiente, toda confesión es indivisible. Si la ley solo lo dice para la confesión judicial es porque ésta es seria por sí misma; mientras que la confesión hecha fuera de justicia puede no serlo; hé aquí la cuestión de hecho abandonada á la apreciación del juez (núm. 219). Pero ya que el juez ha resuelto que hay confesión, debe también admitir que ésta no puede ser admitida. (1)

SECCION VII.—Del juramento.

§ I.—NOCIONES GENERALES.

Núm. 1. ¿Es el juramento un acto religioso?

222. Pothier define el juramento "un acto religioso por el que una persona declara que se somete á la venganza de Dios ó que renuncia á su misericordia, si no cumple lo que ha ofrecido; esto es lo que resulta de esta fórmula: *Dios me ayude, ó quiero que Dios me castigue si falto á mi palabra.*" (2) La cuestión de saber si el juramento es un acto religioso ha sido muy debatida ante la Corte de Bélgica hace algunos años. Antes de examinarla bajo el punto de vista de nuestra constitución, debemos ver si es verdad que el juramento sea un acto religioso por esencia. Muy buenas inteligencias lo piensan así. Los editores de Zachariæ llegan hasta decir que el juramento, considerado como una simple declaración ci-

1 Bruselas, Sala de Casación, 28 de Enero de 1824 (Pasierina, 1824, pág. 24).

2 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 103.

vil, sería un contrasentido. (1) Tal es también la tesis que ha sido sostenida ante la Corte de Casación por el procurador general, M. Leclercq, en una notable requisitoria. (2) No podemos participar de esta opinión. Esta es la doctrina cristiana, pero hubo un pensamiento antes del cristianismo. Debe oírse á Ciceron acerca del valor moral del juramento; mucho nos equivocamos, ó la opinión del filósofo pagano es más moral en este punto que la doctrina de la Iglesia.

“Lo que debe verse en el juramento, dice Ciceron, es la fuerza que tiene, y no el temor que inspira. Pues el juramento es una afirmación religiosa; y, lo que habeis prometido por semejante declaración, tomando para decirlo así, á Dios como testigo; debeis cumplirlo. *Que la cólera de los Dioses sea palabra vana, en hora buena; pero aquí se trata de justicia y de buena fe.*” Ennius dijo muy bien: “¡Oh fe, diosa de blancas alas, juramento de Júpiter!” “Aquel, pues, que viola su juramento, viola la Fe que nuestros antepasados colocaron en el Capitolio, cerca de Dios muy bueno y muy grande.” (3)

Ciceron, como Pothier, ha dicho que el juramento es una afirmación religiosa; parece, pues, que están de acuerdo; y, sin embargo, difieren del todo. Lo que Ciceron llama una afirmativa religiosa, es una afirmativa moral que toma su autoridad y halla su sanción en la conciencia; aparta el temor que pudiera inspirar la cólera de los dioses; mientras que es por temor á la venganza divina como Pothier busca el fundamento y la fuerza de lo que llama un acto religioso. La religión de Pothier, es la del temor; la religión de Ciceron, es el sentido moral, el sentimiento del deber, independiente de toda pena ó de toda recompensa. ¿Cuál es el hombre verdaderamente moral, el que dice la verdad por temor de Dios, ó porque espera eternas recompensas, ó el que la dice sin te-

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 345, notas, pfo. 752 (3ª edición).

2 Véase la requisitoria en la *Pasicrisia*, 1867, 1, págs. 278-293.

3 Ciceron, *De officiis*, III, 29.

mor á la cólera de Dios y sin especular con su misericordia? Nosotros decimos que el cristiano, como Pothier, especula; dice la verdad y cumple con su promesa por cálculo que cree provechoso: escapa del infierno y gana la gloria. Excelente especulación, si hay un infierno y si un paraiso. Pero llega el día en que los hombres no creen ya en las penas y en las recompensas eternas, ¿qué sucede entonces con esos especuladores en la moral? Se perjuran sin el menor escrúpulo de conciencia, pues nunca se les enseñó á escuchar su conciencia, y como no temen ya al infierno, no esperan ya la gloria. ¿Qué sucede? Se va la moral con la superstición, pues la moral solo era una superstición. Así es como sucede que haya casi tantos perjuros como juramentos ante los tribunales criminales, y que en materia civil se cuida mucho de hacer un llamamiento á la conciencia de la parte adversa. El juramento volverá á tomar su fuerza cuando se enseñe á los hombres que tienen deberes que cumplir independientemente de toda pena ó recompensa; la venganza de Dios y su misericordia, como lo dice Pothier, vicia la moral en su esencia, porque la transforma en especulación.

223. La opinión contraria es profesada por todos los autores y está consagrada por la jurisprudencia. Hay, pues, que ver á qué consecuencia ha conducido. Una primera cuestión se presentó en Francia y en Bélgica. Hay sectas cristianas, las que, fundándose en una palabra del Evangelio, prohíben prestar juramento con invocación de la Divinidad. Estos son los anabaptistas y los quakeres: afirman; es decir, dicen *sí* ó *no*, pero no juran. ¿Deberá recibirse su afirmación y valdrá ésta como el juramento? La afirmativa ha sido resuelta por las Cortes de Bélgica y de Francia. (1) ¿Qué

1 Denegada de la Corte de Casación de Bélgica, 28 de Julio de 1857 (*Pasicrisia*, 1857, 1, 370). Véase la jurisprudencia francesa en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Juramento*, núm. 24, y la requisitoria de Merlin, en sus *Questione de derecho*, en la palabra *Juramento*, pfo. I.

es esta afirmación hecha en justicia sin invocación de la Divinidad? No es un juramento religioso, en el sentido de Pothier; es un acto moral en el sentido de Ciceron. No tiene ya el infierno por sanción, tiene por sanción las penas señaladas en el Código Penal. Los testimonios de los quakeres, citados por Merlin, no dejan ninguna duda acerca de este punto. Guillermo Peun en su *Historia de la Sociedad de los quakeres*, después de haber expuesto que la simple afirmación está mucho más en armonía que el juramento con la pureza del Evangelio, agrega: «Pero al mismo tiempo los quakeres consienten, si dicen una falsedad, á ser castigados tan severamente como los demás, por un perjurio.» El 10 de Febrero de 1791, una diputación de quakeres franceses se presentó ante la asamblea nacional y pidió, entre otras cosas, que se les dispensara del juramento. «Sabeis, dijo el orador, que la fórmula del juramento nada agrega á la buena fe y á la probidad; solo es un modo especial de hacer una declaración, es un lenguaje especial. Esperamos que consentireis entendernos en nuestro lenguaje que es el de Jesucristo.» Mirabeau presidía la asamblea y contestó: «El cuerpo legislativo discutirá si una declaración cuya falsedad fuera sometida á las penas establecidas contra los falsos testimonios y los perjuros no sería un verdadero juramento. No tomáis á Dios como testigo, pero atestiguais con vuestra conciencia; y una conciencia pura es como un cielo sin nubes. ¡Esta parte del hombre es como un rayo de la Divinidad!»

Hé aquí lo que se vuelve el juramento sin invocación de la Divinidad. Es, si se quiere, una afirmación religiosa, puesto que la religión en su esencia se confunde con la moral. Pero no es ya un acto religioso en el sentido cristiano, tal como Pothier lo ha definido; ni una palabra se dice en la declaración de los quakeres de la venganza de Dios y de su misericordia; la afirmación tiene su base y su sanción en la conciencia; es el juramento de Ciceron. Bajo el punto de

vista de la religión tradicional, el juramento de los quakeres no es un juramento, por esto es que podían á la asamblea nacional que se les dispensara del juramento. Pero la religión se modifica con los sentimientos y las ideas; la nuestra, por más que se diga, no es ya la de Pothier; nuestro Dios no es ya un Dios de venganza, es un Dios de bondad. Bajo este punto de vista, puede decirse con Mirabeau, que el juramento, aunque prestado sin la invocación de la Divinidad, es, sin embargo, un juramento religioso, es un juramento moral, y esta afirmación encuentra su sanción en el Código Penal. Merlin, después de haber relatado la respuesta de Mirabeau, agrega: «Es verdad que la promesa hecha por los quakeres nunca ha sido discutida, ni convertida en ley; pero para admitirla, no es necesaria una ley particular, basta con la general que proclama la libertad religiosa; el testimonio de la conciencia es un verdadero juramento.» (1)

224. No es así como se considera al juramento, en la opinión general. Se ve en él un acto religioso, porque la religión ó las creencias religiosas del que lo presta son una garantía de que dice la verdad ó de que cumplirá la promesa que hace. Más exacto sería llamarlo un juramento supersticioso. ¿Y qué garantía ofrece la superstición? En 1814, el príncipe soberano de los Países Bajos dió un decreto por el que ordenaba que se prestase el juramento en la forma usada en Bélgica, antes de la ocupación francesa. El objeto era, dice la Corte de Casación, el de devolver al juramento el carácter religioso que la legislación y la jurisprudencia del país habían siempre reconocido en este acto. De esto, la Corte concluye que es esencial que la fórmula esté conforme con el culto profesado por aquel que esté llamado á prestarlo en justicia. La Corte da como ejemplo los antiguos movimientos jurídicos de nuestros tribunales, que prueban

1 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Juramento*, pfo I (tomo XIV, pág. 206).

que la fórmula del juramento variaba según la religión: un judío, por ejemplo, prestaba el juramento según el modo israelita. (1)

Tal era el espíritu del decreto de 4 de Noviembre de 1814; prohibía, en consecuencia, la fórmula siguiente para el juramento que debían prestar los testigos: "Lo juro; así me ayuden Dios y todos los Santos." Hé aquí, de lleno, la superstición. Esto es puramente católico; los protestantes y los judíos no podían prestarlo. El católico no se encuentra con la invocación de la Divinidad; pone á los Santos en la misma fila que Dios. ¿Qué digo? La religión práctica solo conoce á los Santos y olvida completamente á Dios. ¿Qué garantía será la de este juramento para aquellos que no creen ya en los Santos? ¿Se les obligará á pesar de todo á jurar por los Santos? ¿O se les preguntará si creen en ellos? No somos los que levantamos estas dudas; las han invocado como argumento en contra del juramento israelita.

Los judíos talmudistas prestan el juramento en sus sinagogas, las manos puestas en los libros santos, con las más horribles imprecaciones contra los perjuros. Hé aquí el juramento por excelencia, tal como lo define Pothier: el Dios vengador preside en él; el Dios de la ley antigua, y el catolicismo es en muchas cosas la vuelta al judaismo. Un judío no se cree ligado por un juramento prestado simplemente con invocación de la Divinidad; faltará á su palabra sin escrúpulos de conciencia; esto es á lo que conduce el juramento religioso! Se van á ver las dificultades ó mejor, las imposibilidades jurídicas contra las que tropieza.

La Corte de Colmar, que ve de cerca los efectos de la superstición judía, decidió que se podía exigir de los judíos la perturbación del juramento *more judaico*; es decir, con las solemnidades que acabamos de relatar. Comienza por establecer que el juramento es un acto civil á la vez que religioso;

1. Denegada, 28 de Julio de 1857 (*Pasicristia*, 1857, 1, 376).

al prescribir el juramento, al autorizar conferirlo, y sobra todo al castigar el perjuro con penas graves, la ley ha tenido evidentemente por mira fortificar el compromiso por una liga más que civil, por una liga sagrada que ligue no solo el fuero interno, sino que agrega toda la potencia de la ley religiosa. De esto la consecuencia forzosa que el juramento debe ser prestado según el rito prescripto por cada confesión religiosa. Pues bien, los judíos de Alsacia son talmudistas; es decir, que siguen en todo punto el Talmud, mientras que los judíos del medio día siguen el rito portugués, que solo admite la ley de Moisés; los judíos alsacianos están persuadidos que un juramento prestado con la sola invocación de la Divinidad no los liga. Se objeta la libertad religiosa que Meriin invoca para sostener que una simple afirmación judicial equivale al juramento. Cada uno puede modificar como le plazca sus condiciones religiosas, seguir solo en parte el culto de sus padres, ó desecharlo tácitamente.

Esto se ve todos los dias entre los judíos y entre los cristianos. ¿Se necesitará, pues, que el juez inquiera la religión de aquel que deba portar el juramento! La Corte llama renegados á los hombres que abandonan las creencias de sus padres. Sea. La cuestión está en saber si los judíos como los cristianos tienen el derecho de ser renegados, y lo que hará el juez cuando se encuentre frente á un renegado. La Corte se saca de apuros diciendo que está poco menos sin ejemplo ver á renegados entre los judíos de Alsacia. Pero la Corte sabe que no sucede lo mismo con los cristianos, se ve, pues, obligada á decidir la cuestión en principio; y hé aquí la consecuencia á lo que llega: La justicia debe, hasta prueba contraria, admitir que cada uno cree en la religión de sus padres, que la conserva y sigue, y que es, según esta religión como deben hacerse los actos que son á la vez civiles y religiosos, tales como el juramento, el matrimonio, y la inhu-

mación. La opinión contraria, dice la Corte de Colmar, conduciría á la indiferencia religiosa y al ateísmo. (1)

¡Ay! Ya hemos llegado á esta indiferencia, y no es la ficción de la Corte de Colmar lo que nos salvaría de esta muerte del alma. Se ensayaré en vano el arrastrar las conciencias hácia la religión del pasado; este es el medio infalible para arraigar la indiferencia y el ateísmo. A sentimientos nuevos, se necesitan creencias que la conciencia pueda aceptar. ¿Cómo conciliar la conciencia con el juramento confesional? ¿Qué medio tiene el juez para cerciorarse si el judío llamado á prestar juramento cree aún en el Talmud? Y si no cree en él, ¿qué valor tendrá su juramento prestado en la sinagoga para aquel que ha desertado de ella? Se quiere fortificar el juramento y se le arruina en su esencia. Solo hay una conciencia, y ésta habla por todas partes la misma lengua, con tal que no se principie por cegarla; diríjase á la conciencia, con el cuidado de desarrollar el sentido moral é ilustrarlo; hé aquí la única garantía posible, y es también la más fuerte.

Es bajo la influencia de tales sentimientos como la Corte de Casación ha cambiado su jurisprudencia en 1846. La Corte mantiene el principio que el juramento tiene un carácter esencialmente religioso, puesto que aquel que lo presta, toma á Dios como testigo por la sinceridad de su afirmación. Pero la religión, tal como la entiende la Corte, no es ya la superstición del pasado. La Corte dice "que la verdadera garantía contra el perjurio consiste en la conciencia del hombre y no en las solemnidades accesorias que no agregan ninguna fuerza real al acto solemne del juramento." No es esto el juramento religioso tal como las sectas lo entienden; es el juramento moral de Mirabeau, es la afirmación de los

1 Colmar, 18 de Enero de 1828 (Dalloz, en la palabra *Juramento*, núm. 25, 3º, y las demás sentencias en el mismo sentido que son citadas.

quakeres, es también la afirmación religiosa en el sentido que lo moral se confunde con lo religioso. La consecuencia es que ya no puede haber juramento confesional. El juramento consiste en la palabra: "Yo lo juro," que se está obligado á pronunciar levantando la mano. Así, la invocación de Dios ni siquiera se halla en la fórmula consagrada por la jurisprudencia francesa. Sin embargo, la Corte admite una excepción; el juez puede autorizar á la persona que debe prestar el juramento para usar otra forma cuando ésta no profesa la religión de la mayoría de los franceses y cuando ella misma lo solicita. (1) Nos parece que la excepción no está mucho en armonía con el principio, y sin embargo, hubiera sido difícil no admitirlo. Se ve con cuántas dificultades se tropieza cuando se parte del principio que el juramento es un acto religioso; la Corte entiende por ello un juramento moral, y se ve obligada á sancionar un juramento supersticioso. Y, hay que decirlo, el juramento moral de la Corte de Casación no alcanzará el objeto del juramento religioso: es un juramento filosófico. El consejero Lasagni lo hizo notar en su informe: "El verdadero juramento da fuerza á la sinceridad de lo que una persona afirma de un modo *sobrenatural*; si se quiere un juramento religioso, es necesario que el que lo presta lo haga poniéndose en presencia de Dios, aunque este Dios fuere una piedra." Se ve que la lucha está entre la religión del pasado y la religión del porvenir, entre la superstición y la moral.

Señalémos aún una dificultad que se opone al juramento prestado *more judaico*. Según el Código de Procedimientos

1 Casación, 3 de Marzo de 1846 (Dallos, 1846, 1, 103). Las cortes de apelación y los autores han adoptado esta doctrina. Véase la jurisprudencia en el *Repertorio* de Dallos, en la palabra *Juramento*, núm. 28; Agréguese Benegada, 16 de Enero de 1869 (Dallos, 1870, 1, 198). Compárese Larombière, t. V, pág. 437, núm. 11 (Ed. B., tomo III, pág. 323).

(art. 121), el juramento en materia civil debe ser prestado por la parte en persona y en audiencia. Es difícil conciliar con esta disposición de un juramento prestado en la sinagoga, no en presencia del juez, sino en presencia del rabino.

225. En Bélgica, la cuestión se ha presentado en otros términos. Se sostiene que la constitución belga se opone á la prestación del juramento religioso, aun el más sencillo, reduciéndolo á la invocación de la Divinidad. La jurisprudencia unánime de la Corte de Casación y de las cortes de apelación, se ha pronunciado contra esta opinión; (1) vamos á exponer la doctrina consagrada por la jurisprudencia, y diremos á la vez cuáles son nuestros motivos de duda.

La Corte de Casación toma como punto de partida la noción tradicional del juramento: es el acto por el que el hombre toma de Dios como testigo de la verdad de lo que afirma, la invocación de la Divinidad; es, pues, de la esencia del juramento; forma la prenda de confianza que aquel que lo presta debe inspirar. Se trata de saber si la constitución belga ha abrogado el juramento así entendido. La Corte invoca el art. 127 que dice: "Ningún juramento puede ser impuesto sino en virtud de la ley. Ella determinará la fórmula." Esta disposición no es tan decisiva como se dice: todo pende de la fórmula del juramento; puede ser una simple afirmación hecha en justicia y sancionada por el Código Penal; puede ser una afirmación sobrenatural, garantizada por penas sobrenaturales. ¿De qué manera lo entendieron los autores de la constitución? Esto es cuando menos dudoso, pues esto es lo que se lee en el informe de la sección central acerca del art. 127. "Exigir un juramento que sería contrario á la libertad de cultos y de opiniones, sería violar una de

1 Denegada, 28 de Mayo de 1867 y 25 de Junio de 1867 (*Pasicrisia*, 1867, 1, 275 y 295); 28 de Abril de 1868 (*Pasicrisia*, 1868, 1, 393), y 19 de Julio de 1869 (*Pasicrisia*, 1870, 1, 45). Lileja, 17 de Agosto de 1867 (*Pasicrisia*, 1867, 2, 207), Bruselas, 4 de Mayo de 1867 (*Pasicrisia*, 1867, 1, 296).

las bases fundamentales de nuestra constitución. Existen sectas que desechan el juramento, pero que admiten la afirmación solemne para testificar un hecho. En el sentido de la ley civil, el juramento no es otra cosa sino una afirmación que liga solemnemente á aquel que lo presta." Esta definición del juramento es la de Mirabeau (núm. 223), es el juramento moral, no es el juramento confesional, y el verdadero juramento religioso es aquel que está prescripto no por la ley civil, sino por la ley religiosa. Por esto solo que la constitución dice que la ley determinará la fórmula del juramento confesional, el verdadero pensamiento religioso, como lo dijo Lasagni es un acto sobrenatural; si, pues, los autores de la constitución hubiesen entendido que el juramento fuese religioso, debieran atenerse, en cuanto á la fórmula, no á la ley civil, pero á la ley religiosa, y aun á las convicciones morales ó filosóficas de aquel que esté llamado á prestar un juramento. ¿No es en este sentido como dice el relator de la sección central, que sería violar la constitución el exigir un juramento que fuera contrario á la libertad de cultos y de opiniones?

Sin embargo, no damos una gran importancia al informe de la sección central acerca del art. 127, ni tampoco á esta misma disposición. La verdad es que la cuestión del juramento religioso no ha sido completamente fijada y, por consiguiente, no se puede decir que esté resuelta. Todo cuanto puede afirmarse, y todos están de acuerdo en ello, es que no se puede imponer una fórmula religiosa que sea contraria á las creencias de aquel que presta el juramento; ni la ley misma lo podría hacer, puesto que esto sería violar la libertad religiosa, y agregaremos, como el informe de la sección central, la libertad de las opiniones. Así queda fuera de duda, que no se puede exigir la fórmula prescripta por el decreto de 1814: "Ayúdeme Dios y los Santos." No podría exigirse esta fórmula para el que no fuera católico, puesto que es-

ta es la fórmula católica. En nuestro concepto, ni siquiera podría imponérsela á los católicos. No insistiremos en este punto, puesto que no fué en estos términos como la cuestión ha sido presentada ante la Corte de Casación. La fórmula del juramento que un testigo rehusó prestar, contenía la simple invocación de la Divinidad: *Así me ayude Dios*. Esta fórmula, dice la Corte de Casación, no implica en manera alguna la adhesión á un culto cualquiera; es, pues, imposible que viole la libertad de los cultos. ¿Es esto muy exacto?

La constitución hace más que consagrar la libertad de los cultos: establece la libertad religiosa en su sentido más lato y más absoluto. En efecto, el mismo artículo que proclama la libertad de cultos y la de su servicio público, agrega: «La libertad de manifestar sus *opiniones* en toda materia está garantizada.» La libertad de las *opiniones*, nótese bien, está garantizada por la misma ley lo mismo que la libertad de cultos; esto es, la libertad de pensar y de manifestar su pensamiento, la libertad filosófica; es decir, la libertad de creer ó de no creer, la libertad de abandonar la creencia de sus padres, la libertad de profesar nuevas creencias y la libertad de repudiar toda fe sobrenatural, aun la creencia en Dios. No profesamos el ateísmo, esta es de todos los sistemas filosóficos el que nos es más antipático. Pero el ateísmo es profesado; y hay una doctrina muy esparcida bajo el nombre de *positivismo*. Esta quebranta las bases del orden social y del orden moral; pero no se trata aquí del valor de las doctrinas, también hay creencias religiosas que son funestas; sin embargo, la constitución les presta ayuda y protección, hasta el punto de dar á sus ministros un sueldo, á pesar de que estos cultos arruinan por sus enseñanzas los fundamentos de nuestro orden político. Pues bien, el ateo tiene el mismo derecho que el jesuita. Si la constitución no permite exigir al jesuita un juramento re-

ligioso contrario á sus creencias, tampoco puede permitir que se imponga al ateo la invocación de una Divinidad de que niega la existencia.

Aun hay más. La invocación de la Divinidad que, según la Corte de Casación, hace la esencia del juramento, implica una creencia religiosa, otra que la existencia de Dios. Pothier lo dice, y es singular que en este debate no se haya citado su testimonio, cuando se ha citado en tantos otros. Tomar á Dios como testigo, es decir que se somete uno á su *vinganza* y que se renuncia á su *misericordia*; es decir que la invocación de la Divinidad implica la creencia católica del infierno, de la perpetuidad de las penas y de las recompensas. Decimos que esta es una creencia católica, porque hay sectas protestantes que la repudian y porque no hay un solo libre pensador que la acepte. Luego imponer el juramento con invocación Divina, es exigir una profesión católica de aquel que presta el juramento. Hemos dicho que nadie tiene este derecho, ni el mismo legislador; la sección central del congreso lo dijo: «Exigir un juramento que fuera contrario á la libertad de *opiniones* sería violar una de las bases fundamentales de nuestra constitución.» Y hay miles, no diremos de libres pensadores, sino de católicos que no creen ya en las penas eternas; luego se viola la libertad de conciencia imponiéndoles un juramento que está en oposición con sus creencias. ¿Y qué valor tendrá este juramento? Si lo tiene para aquel que cree en el infierno, no tendrá ninguno para aquel que no cree en él. El juez debería, pues, antes de recibir el juramento, preguntar al que lo presta si cree en la sanción de las penas eternas. El juez no tiene este derecho; luego no puede imponer un juramento aun con la simple invocación de la Divinidad. Y los juramentos que se prestan con esta fórmula son juramentos irrisorios para aquellos que no tienen la fe que supone el juramento. Un juramento moral, una simple afirmación hecha con la mano

levantada, como lo dice la Corte de Casación de Francia, tendría mucha más autoridad. Esta sería la afirmación del hombre honrado, y aun no se ha encontrado á nadie que repudie la honradez.

En nuestra constitución hay, además de la libertad religiosa, la separación de la Iglesia y del Estado, lo que implica la separación del orden religioso y del orden civil. Es verdad que la constitución no proclama este principio, pero los autores de la constitución lo han proclamado en los términos más formales en el seno del congreso, y entre ellos se encontraban algunos sacerdotes. (1) Para ellos no era esto un principio, solo pretendieron inscribirlo en la constitución á título de necesidad temporal. En donde hay conflicto de creencias religiosas y de opiniones filosóficas más ó menos hostiles á la religión tradicional, la ley no puede ya tener carácter confesional ni, por lo tanto, ningún acto de la vida civil. La libertad religiosa, tal como la entiende nuestra constitución, con la separación de la Iglesia y del Estado, tiene como consecuencia lógica la secularización de todos los actos que antaño eran esencialmente religiosos: tal es el matrimonio. La constitución no solo seculariza, subordina el matrimonio religioso al matrimonio civil; si el matrimonio que es un sacramento, no es ya para la ley sino un contrato, con más razón debe suceder lo mismo para todos los actos que tienen un carácter civil á la vez que religioso; éstos dejan de ser actos religiosos para tornarse actos civiles; tal es el juramento. Como el matrimonio, el juramento no es ya más que un acto civil. ¿Es esto decir que el juramento reducido á una simple afirmación no es ya juramento? Será aún un acto religioso, en el verdadero sentido de la palabra, puesto que será un acto dictado por la conciencia y sancionado por ella. No tendrá ya el temor al infierno como garantía. Desde hoy, esta garantía es ilusoria y

1 Véase mi *Estudio de la Iglesia y del Estado en Bélgica*.

lo será cada día más; muy pronto ni los niños creerán en el infierno. Esto no impide que haya un orden moral al que preside Dios. Pero el Dios en que creemos no es ya el Dios de venganza de la ley antigua, es el Dios de caridad de la nueva ley. Es este Dios que nos fué revelado por Jesucristo, á la vez que repudió todas las formalidades de la antigua ley. Hé aquí por qué dijo á sus discípulos: No juraréis; vuestra palabra debe ser sagrada, porque está dictada por la conciencia, y Dios está en la conciencia: ayúdala si obedece á la voz de Dios.

Núm. 2. División. Del juramento extrajudicial.

226. El Código (art. 1,357) dice que el juramento *judicial* es de dos clases: el juramento *decisorio* y el juramento *deferido de oficio*. Esto supone que hay además otro juramento que no es judicial, los autores lo llaman *extrajudicial*, porque no se presta en justicia. El juramento es extrajudicial en dos casos.

En el derecho antiguo, las partes contratantes agregaban algunas veces el juramento á sus tratos para asegurar su cumplimiento; se le llamaba juramento *promisorio*, porque la promesa se hacía bajo fe de juramento. La ambición de la gente de Iglesia habla antaño hecho común el uso del juramento en los contratos; pretendían que el juez eclesiástico tenía el derecho de conocer de las contestaciones acerca de la ejecución de los contratos que eran confirmados por el juramento. Fundaban esta pretensión en la naturaleza del juramento: éste, siendo un acto religioso, rehusar ejecutar una obligación confirmada por el juramento era considerada como violación de la religión; por consiguiente, la religión aparecía como interesada en las contestaciones acerca de la ejecución de los compromisos garantizados por el juramento, lo que las hacía de la competencia de la gente de Iglesia. Por esto era por lo que los notarios que eran gentes de ige-

sía, procuraban insertar en los contratos que recibían, una cláusula de juramento promisorio, con el fin de asegurar á los jueces eclesiásticos el conocer en los procesos á que daban lugar dichos contratos. Hace mucho tiempo, dice Pothier, que la gente de iglesia se ha visto precisada á abandonar pretensiones á las que había dado lugar la ignorancia, lo que no impedía que la Iglesia sostuviese que su jurisdicción era de derecho divino: era el derecho divino de la ignorancia. (1) El juramento promisorio ha caído en desuso. Cuando la obligación es válida, el juramento no le agrega ningún efecto, y no la impide de ser nula cuando tiene algún vicio. El juramento promisorio es, pues, inútil. Era una invención del clero, que cayó con su jurisdicción.

227. Hay también juramento extrajudicial cuando las partes convienen en hacer depender la solución de una diferencia de la prestación del juramento. Este juramento tiene una gran analogía con el que el Código llama decisorio; tiene el mismo efecto, en el sentido de que si es prestado por la parte á la que lo defiere la convención, ésta obtiene ganancia en la causa; pierde, al contrario, cuando rehusa prestarlo. La ley no habla del juramento deferido fuera de justicia; la convención que lo defiere no por esto deja de ser válido, puesto que nada tiene contrario al orden público ni á las buenas costumbres. Esta es una transacción y está regida por los principios que rigen á la transacción. El juramento judicial es también una transacción: difiere del juramento convencional en que la transacción, en virtud de la cual el juramento está deferido en justicia y es obligatorio, la parte á la que el juramento es concedido en justicia debe aceptar la transacción, mientras que lo puede rehusar si se le ofrece fuera de justicia; no hay que decir que no puede haber transacción sin concurso de consentimiento. Hay ade-

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 104. Compárese mi *Estudio de la Iglesia y del Estado* (2ª edición).

más otra diferencia entre el juramento judicial y el extrajudicial; el primero puede ser referido, el segundo debe ser prestado por la parte á la que la consecuencia lo impone. (1) Es inútil detenernos en ello; el juramento es un último recurso, al que raramente se recurre antes de haber intentado la vía judicial.

228. El juramento prestado ante el juez de paz cuando actúa en conciliación, ¿es un juramento extrajudicial? Se admite generalmente la afirmativa y con razón. (2) La ley define el juramento judicial, el que una parte defiere á la otra para que de ella depende la sentencia de la causa, y el que defiere el juez de oficio á una ó á otra parte. Es seguro que el juez de paz no puede deferir el juramento á las partes cuando comparecen ante él en conciliación, pues su misión es la de conciliar y no de juzgar. Por igual razón, el juramento que una de las partes defiere á la otra no sería un juramento judicial; sería la oferta de una transacción que la otra parte puede aceptar ó rehusar; si acepta, hay conciliación bajo la condición del prestar juramento; si rehusa no hay conciliación. No se puede, pues, aplicar al acto de rehusar, la disposición del art. 1,361 que dice así: "Aquel á quien el juramento está deferido, y que rehusa ó no consiente á deferirlo á su adversario, debe sucumbir en su demanda ó en su aceptación."

El art. 1,361 supone un juramento judicial; es decir, una transacción obligatoria; en el juzgado de paz, solo puede tratarse de conciliación; es decir, de una transacción voluntaria; Se objeta el art. 55 del Código de Procedimientos que

1 Durantou, t. XIII, pág. 601, núms. 568-570. Colmet de Sauterre, t. V, pág. 648, núm. 336 bis II. Larombière, t. V, pág. 446, números 2 y 3 (Ed. B., t. III, pág. 326).

2 Toullier, t. V, 2, pág. 290, núm. 363. Aubry y Rau, t. VI, página 346, nota 5, pfo. 752. Larombière, t. V, pág. 478, núms. 11-13 (Ed. B., t. III, pág. 339). Compárese Durantou, t. XIII, pág. 603, núm. 569.

dice: "Si una de las partes desiere el juramento á la otra, el juez de paz lo recibirá, ó hará mención de la negación de prestarlo." Si debe hacer mención de la negación de prestarlo, se dice, es que la parte que rehusa debe sucumbir. Nó; en el juzgado de paz no puede tratarse de ganar ó perder una causa, solo de tratar de conciliarse ó de rehusar conciliarse. Esto es lo que dice el art. 54: el acta que levanta el juez contiene las condiciones del arreglo, si lo hubo; en el caso contrario, hará sumariamente mención que las partes no pudieron convenirse. Como consecuencia de esta determinación, el art. 55 dice que el juez de paz recibirá el juramento, lo que será una conciliación bajo la forma de transacción; ó la negación de prestar el juramento, que equivaldría á rehusar la conciliación. La jurisprudencia está en este sentido. (1) Si la parte presta el juramento, el juez de paz lo recibe, y el proceso concluyó como concluiría en virtud de una sentencia judicial; luego si el juramento es falso, la parte culpable será castigada con las penas del perjurio. (2)

229. El juramento judicial es *decisorio* ó *deferido de oficio* (art. 1,357); los autores llaman á este último juramento *supletorio*.

§ II.—DEL JURAMENTO DECISORIO.

Núm. 1. Principio.

230. El juramento decisorio es aquel que una parte desiere á la otra para que de él dependa la sentencia del litigio (art. 1,357). En una transacción que ofrece la parte que desiere el juramento y que debe aceptar la parte á la que es deferido. Si el demandante quien desiere, dice implícitamente á la otra: "Si quereis jurar que nada me debéis ó que me

1 Denegada, 17 de Julio de 1810 (Daloz, en la palabra *Comerciante*, núm. 346). Poitiers, 3 de Febrero de 1841 (Daloz, 1846, 2, 124). Douai, 5 de Enero de 1854 (Daloz, 1854, 2, 135).

2 Denegada, Corte de Casación de Bélgica, 4 de Febrero de 1862 (*Pasicrisia*, 1862, 1, 378).

habeis pagado lo que os demando, os tendré por liberado." Si el demandado que desiere el juramento, propone una transacción como sigue: "Os pagaré lo que me demandais si quereis jurar que realmenté os lo debo." Esta transacción debe ser aceptada por aquel á quien está ofrecida. Hemos dicho que la delación del juramento es una transacción; en efecto, el Código dice que la sentencia de la causa depende de él, y el art. 2,014 define la transacción un contrato por el que las partes terminan un litigio nacido, ó evitan una contestación por nacer. ¿De qué modo la declaración del juramento decide el litigio? Si aquel á quien el juramento es deferido lo presta, obtiene en la causa; esta es la consecuencia de la transacción que la otra parte ha propuesto. Si rehusa de prestar el juramento, *sucumbe*, pues esta alternativa está también comprendida en la transacción, y es seguramente en ella que descarga la parte que confirió el juramento; la negación de prestar el juramento implica la confesión tácita que la demanda formulada es legítima. La ley permite también á las partes que deben prestar el juramento, conferirlo á su adversario; en ese caso, el resultado del proceso dependerá del partido que tome aquel: presta el juramento, gana; lo niega, sucumbe.

231. Lo que caracteriza esta transacción es que es obligatoria: la parte á que es ofrecida, debe necesariamente prestar el juramento ó conferirlo al adversario, si no pierde su litigio. ¿Por qué permite la ley imponer una transacción bajo la forma del juramento? Jaubert, el relator del Tribunal, contesta á la cuestión: "Aquel á quien es deferido el juramento no puede quejarse de que se le deje juez de su propia causa; sería vergonzoso rehusarse á afirmar la verdad y la sinceridad de una demanda ó de una excepción en la que se pretendiera persistir." El orador del Gobierno agrega: "Cuando una parte descarga en la probidad de la otra, á tal punto de someter un litigio á su juramento, ó

dice: "Si una de las partes desiere el juramento á la otra, el juez de paz lo recibirá, ó hará mención de la negación de prestarlo." Si debe hacer mención de la negación de prestarlo, se dice, es que la parte que rehusa debe sucumbir. Nó; en el juzgado de paz no puede tratarse de ganar ó perder una causa, solo de tratar de conciliarse ó de rehusar conciliarse. Esto es lo que dice el art. 54: el acta que levanta el juez contiene las condiciones del arreglo, si lo hubo; en el caso contrario, hará sumariamente mención que las partes no pudieron convenirse. Como consecuencia de esta determinación, el art. 55 dice que el juez de paz recibirá el juramento, lo que será una conciliación bajo la forma de transacción; ó la negación de prestar el juramento, que equivaldría á rehusar la conciliación. La jurisprudencia está en este sentido. (1) Si la parte presta el juramento, el juez de paz lo recibe, y el proceso concluyó como concluiría en virtud de una sentencia judicial; luego si el juramento es falso, la parte culpable será castigada con las penas del perjurio. (2)

229. El juramento judicial es *decisorio* ó *deferido de oficio* (art. 1,357); los autores llaman á este último juramento *supletorio*.

§ II.—DEL JURAMENTO DECISORIO.

Núm. 1. Principio.

230. El juramento decisorio es aquel que una parte desiere á la otra para que de él dependa la sentencia del litigio (art. 1,357). En una transacción que ofrece la parte que desiere el juramento y que debe aceptar la parte á la que es deferido. Si el demandante quien desiere, dice implícitamente á la otra: "Si quereis jurar que nada me debéis ó que me

1 Denegada, 17 de Julio de 1810 (Daloz, en la palabra *Comerciante*, núm. 346). Poitiers, 3 de Febrero de 1841 (Daloz, 1846, 2, 124). Douai, 5 de Enero de 1854 (Daloz, 1854, 2, 135).

2 Denegada, Corte de Casación de Bélgica, 4 de Febrero de 1862 (*Pasicrisia*, 1862, 1, 378).

habeis pagado lo que os demando, os tendré por liberado." Si el demandado que desiere el juramento, propone una transacción como sigue: "Os pagaré lo que me demandais si quereis jurar que realmenté os lo debo." Esta transacción debe ser aceptada por aquel á quien está ofrecida. Hemos dicho que la delación del juramento es una transacción; en efecto, el Código dice que la sentencia de la causa depende de él, y el art. 2,014 define la transacción un contrato por el que las partes terminan un litigio nacido, ó evitan una contestación por nacer. ¿De qué modo la declaración del juramento decide el litigio? Si aquel á quien el juramento es deferido lo presta, obtiene en la causa; esta es la consecuencia de la transacción que la otra parte ha propuesto. Si rehusa de prestar el juramento, *sucumbe*, pues esta alternativa está también comprendida en la transacción, y es seguramente en ella que descarga la parte que confirió el juramento; la negación de prestar el juramento implica la confesión tácita que la demanda formulada es legítima. La ley permite también á las partes que deben prestar el juramento, conferirlo á su adversario; en ese caso, el resultado del proceso dependerá del partido que tome aquel: presta el juramento, gana; lo niega, sucumbe.

231. Lo que caracteriza esta transacción es que es obligatoria: la parte á que es ofrecida, debe necesariamente prestar el juramento ó conferirlo al adversario, si no pierde su litigio. ¿Por qué permite la ley imponer una transacción bajo la forma del juramento? Jaubert, el relator del Tribunal, contesta á la cuestión: "Aquel á quien es deferido el juramento no puede quejarse de que se le deje juez de su propia causa; sería vergonzoso rehusarse á afirmar la verdad y la sinceridad de una demanda ó de una excepción en la que se pretendiera persistir." El orador del Gobierno agrega: "Cuando una parte descarga en la probidad de la otra, á tal punto de someter un litigio á su juramento, ó

cuando una parte está sin pruebas bastantes para establecer su demanda, es justo admitirla ó deferir el juramento." (1)

232. Ordinariamente, la necesidad es la que obliga á deferir el juramento; en este sentido, que el demandante no tiene prueba en apoyo de su acción, ó que el demandado no llega á probar el fundamento de su excepción. Así, la delación del juramento está autorizada como el último recurso en favor de aquel que no tiene pruebas. Es por esto que la ley permite deferir el juramento "bien que no exista ningún principio de prueba por escrito de la demanda ó de la excepción para lo que está provocado" (art. 1,350). Antaño esta cuestión era muy controvertida. Pothier dice que las razones que se alegaban para exigir un principio de prueba eran frívolas; debe decirse más, eran en oposición con la esencia misma del juramento decisorio; éste implica una confianza absoluta en la buena fe de aquel que debe prestarlo: no importa, pues, que el que lo defiera esté sin ninguna prueba. Se dice que el que no tiene ninguna prueba no debe promover en justicia. Contestaremos que la ley nunca puede rehusar la acción de la justicia, pues la parte que no tiene prueba, puede, sin embargo, tener un derecho que defender, y la defensa es el más natural de todos los derechos. (2)

233. El juramento es una transacción que pone término á los litigios. Se le compara á la autoridad de la cosa juzgada en última instancia. (3) La transacción bajo forma de juramento tiene un efecto mayor que la decisión del juez. Esta, aunque sea en última instancia, está sometida á las vías de los recursos extraordinarios, puntualmente al recurso de casación; mientras que el juramento decisorio impide toda especie de recurso. Aquel que presta el juramento, promete decir verdad, y aquel que defirió el juramento se compro-

1 Jaubert, Informe, núm. 40 (Loché, t. VI, pág. 237). Bigot-Prémeneu, Exposición de motivos, núm. 233 (Loché, t. VI, pág. 187).

2 Pothier, *De las obligaciones*, núms. 484 y 485.

3 Durantou, t. XIII, pág. 606, núm. 571.

metió á considerar como verdadero lo que declare la otra parte bajo fe de juramento. Se puede, pues, decir del juramento, con más razón todavía, lo que se dice de la cosa juzgada, que tiene una presunción de verdad; esta presunción tiene tanta fuerza que no se está admitido á probar la falsedad del juramento, como lo diremos más adelante, y la transacción produciría todos sus efectos aunque fuese probado el perjurio por una sentencia criminal. Tal es la consecuencia lógica de la transacción tal cual acabamos de definirla. Este es un principio fundamental: todas las reglas que rigen á la materia proceden de él.

Núm. 2. ¿Quién puede deferir el juramento?

234. El art. 1,357 dice que el juramento decisorio es deferido por una de las partes á la otra para que de él dependa la sentencia del litigio. ¿Es esto decir que cualquiera parte litigante pueda deferir el juramento? Pothier responde: "Como del juramento depende la decisión del litigio y el derecho de las partes, resulta que solo los que tienen la libre disposición de sus derechos pueden deferir el juramento." Más exacto sería decir que para deferir el juramento debe tenerse capacidad para transar. Es verdad que el artículo 2,045 dice que para transar se debe tener capacidad para disponer de las cosas comprendidas en la transacción; de manera que, la capacidad de transar y la de disponer, son sinónimas. Pero no lo son siempre; la ley es algunas veces más severa para las transacciones que para las enajenaciones; es mejor formular la regla de acuerdo con el principio que domina esta materia: la delación del juramento es una transacción, por consiguiente, se debe ser capaz de transigir para poder deferir el juramento decisorio. Toullier se expresa, pues, con poca exactitud, diciendo que hay casos en los que la delación del juramento puede no exeder los límites de la administración; el poder de administrar no da,

en principio, el derecho de disponer; luego el administrador jamás tiene, como tal, el poder de transigir. (1)

235. El menor y el incapaz no pueden deferir el juramento porque no tienen la libre disposición de sus bienes; ¿qué debe decirse del menor emancipado? Toullier contesta que el menor emancipado puede deferir el juramento acerca de los hechos de los que tiene libre disposición. ¿Pero de qué tiene libre disposición el menor? La ley establece un principio muy restrictivo acerca de su capacidad: "No puede hacer ningún acto, sino los puramente *administrativos*, sin observar las formas prescriptas á los menores no emancipados." (art. 484). ¿Transar es un acto de pura administración? La ley no lo permite ni siquiera al tutor en virtud de la autorización del consejo de familia formalizado por el Tribunal; exige además el favor de tres jurisconsultos (art. 467). Debe, pues, decirse que el menor emancipado no puede transar y, por consiguiente, no puede deferir el juramento sino bajo las condiciones prescriptas para los menores no emancipados.

Otro tanto debe decirse de las personas que tienen un consejo judicial. Durantón dice que no es dudoso que no pueda deferirse el juramento acerca de cosas ú objetos que entran en la misma administración de sus bienes. (2) Esto es confundir el poder de administración con el poder de disposición. Los pródigos y los simples de espíritu no pueden enajenar (arts. 499 y 513); luego son incapaces para transar (art. 2,045), y por consiguiente, para deferir el juramento.

Los autores que combatimos ponen en la misma línea á los menores emancipados, á las personas bajo consejo, y á las mujeres casadas separadas de bienes. Esto no es exacto. La ley dice terminantemente de la mujer casada separada de

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 914. Aubry y Rau, t. VI, página 348, pfo. 753. Compárese Toullier, t. V, 2, pág. 297, núm. 376.

2 Toullier, t. V, 2, pág. 296, núm. 375. Durantón, t. XIII, página 617, núm. 584.

bienes, que puede disponer de sus muebles y enajenarlos (art. 1,449); teniendo un derecho de disposición, tiene por esto mismo poder para transar (art. 2,045); luego es capaz para deferir el juramento decisorio.

236. La distinción que acabamos de establecer entre el poder de administración y el de disponer ó de transar, está consagrado por el Código en lo que se refiere á los mandatarios. Según el art. 1,988, el mandato concedido en términos generales no abarca sino los actos administrativos. Si se trata de enajenar ó de hipotecar ó de algún otro acto de propiedad, el mandato debe ser expreso. Luego el mandatario con poder para administrar no puede transar ni deferir el juramento. Acerca de este punto, la doctrina y la jurisprudencia están acordes.

Este principio se aplica á los abogados. Aunque representen á la parte en justicia, no tienen derecho de disponer de las pretensiones que tienen encargo de defender; el art. 352 del Código de Procedimientos, dice: "ninguna oferta, ninguna confesion ó consentimiento podrán ser hechos, dados, ó aceptados sin un poder especial bajo pena de desaprobación." El abogado no puede, pues, deferir el juramento sino en virtud de un mandato especial. También acerca de este punto todos están de acuerdo. (1)

237. Resulta del mismo principio que el tutor no puede definir el juramento en nombre del menor y del incapaz sino observando las formas prescriptas por el art. 407 para las transacciones. Esta es la opinión de todos los autores, excepto el disentiendo de Durantón; no vale la pena detenerse en él, puesto que los principios están seguros. (2) Du-

1 Véase la jurisprudencia en el *Repertorio* de Dalloz, núm. 5,228. Hay que agregar, Rennes, 6 de Agosto de 1849 (Dalloz, 1851, 2, 134). Aubry y Rau, t. V, pág. 348, nota 5, pfo. 753, y todos los autores.

2 Toullier, t. V, 2, pág. 296, núm. 375. Aubry y Rau, t. VI, página 348, nota 4, refutan la opinión contraria de Durantón, t. XIII, pág. 615, núm. 582.

ranton da siquiera razones en apoyo de su opinión. La Corte de París ha fallado sencillamente que la delación del juramento decisorio es un medio de defensa autorizado por la ley, que puede ser empleado como todos los demás, por una tutora en nombre de sus hijos menores. (1) Semejantes decisiones son á propósito para desacreditar á la jurisprudencia.

Lo que decimos del tutor es verdad para todos aquellos que son llamados por la ley para administrar los bienes ajenos. Solo tienen un poder de administración, lo que excluye el derecho de disponer, transar y por tanto, el de deferir el juramento decisorio. No debe, pues decirse, como lo hace Larombière, que los administradores legales tienen facultad para deferir el juramento en los mismos casos y bajo las mismas condiciones en que pueden transar acerca de los casos que son objeto de la contestación: ¿Acaso un administrador tiene alguna vez el poder para transar? Duranton, también se equivoca, á nuestro parecer, diciendo que el marido, administrador de los bienes de su esposa, puede deferir el juramento acerca de las acciones mobiliarias que tiene derecho de promover. (2) Una cosa es el derecho de promover en justicia, y otra el derecho de transar. El tutor puede promover las acciones mobiliarias; sin embargo, nunca puede transar, por la perentoria razón que no tiene poder de disposición, y el marido tampoco lo tiene. Esto decide la cuestión del juramento.

Núm. 3. ¿A quién puede deferirse el juramento?

238. Según los términos del art. 1,357, el juramento es deferido por una de las partes á la otra. De lo que resulta que el juramento no puede ser deferido á quien no sea par-

1 Paris, 27 de Agosto de 1847 (Dalloz, 1847, 4, 443).

2 Larombière, t. V, pág. 460, núm. 2 (Ed. B., t. III, pág. 332). Duranton, t. XIII, pág. 618, núm. 586.

te; así, no puede deferirsele al marido que autoriza á su mujer para que litigue, pues quien autoriza no se obliga ni litiga, no es parte; desde luego, no se concibe que el juramento le sea deferido. (1) Con más razón no puede deferirse el juramento á personas extrañas al proceso. Un notario citado para dar cuenta, pretende que la dió, y produce una acta provista de una cruz y de dos firmas; decía que la cruz era la marca del demandante, y las firmas eran la de su hija y de su yerno. El notario deferió el juramento al demandante á cargo de que se citara á ambos firmantes para que prestasen el juramento simultáneamente con su madre y en presencia de ésta. Fué sentenciado que la delación del juramento era condicional y que al demandante no podía obligarse á que pusiera en causa á sus hijos. Esto era efectivamente deferir el juramento á personas extrañas al proceso. (2)

239. No basta figurar en un proceso para ser realmente parte en él. Los representantes legales de un incapaz figuran en un proceso; promueven la acción, ó ésta se intenta en su contra, pero no son partes, el incapaz es quien lo es. Luego el juramento no puede ser deferido á los administradores, como el tutor de un menor ó de un incapacitado, y el marido administrador de los bienes de su esposa. No son partes, y no pueden prestar el juramento en nombre de aquellos de quienes gestionan los intereses, pues solo tienen un poder administrativo que no basta para consentir una transacción. (3)

Los autores admiten una restricción á esta decisión, en el caso en que se trata de un hecho personal al representante. Por ejemplo, el deudor pretende haber pagado al tutor sin

1 Angers, 28 de Enero de 1825 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5 230).

2 Bruselas, 15 de Diciembre de 1815 (*Pasicrisia*, 1815, pág. 550).

3 Larombière, t. V, pág. 462, núm. 6 (Ed. B., t. III, pág. 333).

recabar recibo; pone al tutor en causa como representante del menor, pero en su nombre personal: ¿puede deferirse el juramento? Si, pues es parte, puesto que figura en nombre propio en el proceso. Pero la delación del juramento solo tiene el efecto de una transacción con relación al tutor considerado personalmente; la transacción es extraña al menor; éste no tiene derecho para transar, ni el tutor tampoco en su nombre. (1) Veremos más adelante que el juramento llamado de *credulidad* puede también ser deferido al tutor.

240. El juramento no puede ser deferido á todos los que son partes en la causa. Solo á los que tienen poder para transar son á los que puede deferírseles. Pothier lo dice, y esto es evidente: (2) el juramento implica una transacción, y ésta es un contrato que exige el consentimiento y la capacidad de las partes contratantes; es verdad que este consentimiento es obligatorio, pero lo cierto es que para consentir es menester ser capaz. Así no se puede deferir el juramento á un menor, á un incapacitado, á una mujer casada no autorizada. ¿Basta la autorización para litigar para que una mujer pueda prestar juramento? No, pues el poder para litigar no confiere el de transar. (3) Así mismo las personas que están bajo consejo no pueden aceptar la delación de un juramento sino con la asistencia de su consejo; la ley les prohíbe terminantemente transar (arts. 499 y 513), lo que es decisivo. (4)

Núm. 4. ¿En cuáles litigios puede ser deferido el juramento?

I. La regla.

241. El art. 1,358, dice: "El juramento decisorio puede ser

1 Aubry y Rau, t. VI, págs. 439 y siguientes, pfo. 753. Larombière, t. V, pág. 463, núms. 8 y 9 (Ed. B., t. III, pág. 433).

2 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 914.

3 Angers, 28 de Enero de 1825 (Daloz, núm. 2,530).

4 Chambéry, 11 de Febrero de 1854 (*Diario de Palacio*, suplemento belga, 1854, pág. 275).

en cualquier litigio." Tal es la regla; está concebida en términos demasiado generales, como lo diremos más adelante. Pothier, á quien los autores del Código siguen en esta materia, como en toda teoría de las obligaciones, nos explicará el sentido y la extensión del art. 1,358. "Se puede deferir el juramento decisorio, dice, en cualquiera contestación y en cualquier género de instancia civil, acerca del posesorio como en el petitorio, en las causas de acciones personales con una causa por acción real." (1) Esta es la aplicación del principio que domina la materia: el juramento pone término al litigio mediante una transacción; y las partes pueden siempre terminar sus diferencias transando, siempre que tengan la capacidad requerida y que el objeto del litigio no se oponga á que intervenga una transacción.

242. El art. 1,358 dice que el juramento puede ser deferido en toda clase de litigio. ¿Quiere esto decir que en cualquier litigio, aunque la demanda ó la excepción esté plenamente justificada? La Corte de Casación sentenció repetidas veces que el juez podía rehusarse á que defiriera el juramento cuando la demanda ó la excepción están plenamente justificadas. Esto parece racional: el juramento es una prueba por la que se combate la demanda, ó la excepción; pero si el hecho litigioso está comprobado por un escrito procedente de aquel mismo que defiere el juramento, ¿podrá deferírsele al que prueba el fundamento de su demanda por el testimonio de su adversario? (2) Sin embargo, la cuestión nos parece dudosa. La jurisprudencia de la Corte de Casación supone que el juez tiene un poder discrecional para ordenar ó desechar que se defiera el juramento; este punto es ya dudoso; volveremos á tratarlo. En lo que se refiere á la cuestión especial que examinamos, el texto y el espíritu de la ley parecen ser contrarios á la doctrina de

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 912.

2 Denegada, 6 de Agosto de 1856 (Daloz, 1857, 1, 39), 17 de Noviembre de 1863 (Daloz, 1864, 1, 121).

la Corte. Cuando se trata del juramento supletorio, la ley dice que el juez no lo puede deferir cuando la demanda ó la excepción está plenamente justificada (art. 1,367), pero la ley no dice lo mismo, respecto al juramento decisorio; el art. 1,358, al contrario, dispone en los más absolutos términos, que el juramento decisorio puede ser deferido en cualquier litigio. Se dirá en vano que no hay litigio cuando el hecho disputado está probado; hay contestación por el solo hecho de que el demandado no está conforme con la demanda, y que el demandante desecha la excepción que se le opone. Nada importa que una de las partes pruebe el fundamento de su demanda ó de su excepción, y que la otra, la que desiere el juramento, no tenga ninguna prueba; basta que conteste para que haya contestación, y desde luego que la hay, el juramento puede ser deferido. (1)

243. Deferir el juramento es una prueba legal que el Código admite para establecer los hechos que deben de probarse en justicia. Para que haya lugar á deferir el juramento se necesita, pues, que se trate de probar un hecho, que la ley no prohíba las pruebas ordinarias. Es menester, desde luego, que se trate de una cuestión de prueba. De esto resulta que el juramento no puede ser deferido acerca de la existencia ó acerca de las cláusulas de un contrato solemne. Aunque se prestase el juramento, aunque estuviese probado que existía una donación, una convención matrimonial, ó una hipoteca, esto no bastaría para que dicha donación, dicho contrato ó hipoteca, existiesen legalmente, pues los contratos solemnes solo existen cuando han sido observadas las formas legales; si no lo han sido, no hay contrato según la ley; luego deferir el juramento sería frustratorio, como lo sería una prueba cualquiera: sin acta auténtica, no existe el contrato, es la nada. La doctrina (2) y la

1 Bastia, 12 de Abril de 1864 (Daloz, 1864, 1, 83).

2 Duranton, t. XIII, pág. 608, núm. 575. Larombière, t. V, página 454, núm. 1º (Ed. B., t. III, pág. 329).

jurisprudencia (1) están en este sentido. Hay contratos que, según la ley, deben ser redactados por escrito: tal es la transacción (art. 2,044). ¿Resulta de esto que la transacción sea un contrato solemne? Examinaremos la cuestión en el título que es el sitio de la materia. Ha sido decidido que el juramento puede ser deferido acerca de la sentencia de una transacción, porque este contrato, cuando se tiene la prueba, queda bajo el imperio del derecho común. (2)

244. ¿Puede ser deferido el juramento contra una acta auténtica? Hay alguna incertidumbre acerca de este punto en la doctrina y en la jurisprudencia, como en todas las cuestiones que conciernen á la fuerza probante de las actas. La solución es muy sencilla si se admite la distinción que hemos enseñado con todos los autores, acerca de la extensión de la fe que hacen las actas auténticas. En el caso en que hacen fe hasta inscripción por falsedad, el juramento no puede ser deferido, porque la inscripción por falsedad es la única prueba que la ley admite en contra de la autenticidad. Se objetan los términos absolutos del art. 1,358; pero al decir que el juramento puede ser deferido acerca de toda contestación, la ley no quiso decir que derogaba á los principios que rigen á las actas auténticas. El juramento es solo una prueba, y la ley desecha toda prueba contraria cuando declara que el acta hace fe hasta inscripción por falsedad, lo que es decisivo. Se objeta también que la delación del juramento no es un ataque dirigido contra el acta; se dice que es una oferta de transacción. Sí, pero una transacción obligatoria, y esta transacción forzada puede destruir la prueba que resulta del acta; es, pues, una acta que contra el acta y la ley, solo admite una prueba: la inscripción por falsedad.

1 Casación, 21 de Julio de 1852 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,195). Sentencia del Tribunal de Auvers de 16 de Enero de 1874 (*Pasicrisia*, 1875, 3, 79).

2 Limoges, 6 de Febrero de 1845 (Daloz, 1846, 4, 458).

Cuando el acta auténtica solo hace fe hasta prueba contraria, deferir el juramento es admisible, puesto que cualquiera prueba legal se admite contra el acta. La ley solo hace excepción para la prueba testimonial (art. 1,341); y la excepción confirma la regla. En este caso, el art. 1,358 vuelve á toda su fuerza: el juramento puede ser deferido, porque la ley admite cualquiera prueba contraria; luego también el juramento. (1)

La jurisprudencia presenta una gran confusión, y las colecciones de sentencias aumentan la confusión, citando las decisiones judiciales sin distinción alguna entre las que conciernen al acta auténtica haciendo fe hasta inscripción por falsedad y las que proveen casos en que la prueba contraria se admite. Hay sentencias que parecen admitir la prueba contraria en todos los casos (2); y hay otras que parecen desecharla en todos los casos. (3) En fin, las hay que consagran la distinción que hemos hecho, ó para decir mejor, que hemos solo aplicado. (4) Es inútil discutir la jurisprudencia; los principios no dejan ninguna duda, y la autoridad de los principios es mayor que la autoridad de las sentencias.

II. La restricción.

245. Debe hacerse una restricción á la regla demasiado absoluta del art. 1,358; resulta de la naturaleza misma del juramento decisorio. Es una transacción; y no se puede transar en cualquiera clase de contestaciones. Al decir que

1 Duranton, t. XIII, pág. 611, núm. 579. Toullier, t. V, 2, página 301, núm. 380. Larombière, t. V, pág. 471, núm. 3 (Ed. B., t. III, página 327). Compárese, en sentido contrario, Colmet de Santerre, tomo V, pág. 650, núm. 327 bis VI.

2 Turin, 10 nivoso, año 14, y 20 de Febrero de 1808. Colmar, 18 de Abril de 1806 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,198, 1^o y 2^o).

3 Montpellier, 25 de Junio de 1819 (Dalloz, núm. 5,199).

4 Caen, 9 de Enero de 1815 y Dalloz, núm. 5,198, 3^o. Bruselas, 20 de Abril de 1826 (*Pasicrisia*, 1826, pág. 119), y 28 de Enero de 1826, *ibid.*, pág. 31).

para transar debe tenerse capacidad para disponer de los objetos comprendidos en la transacción, el art. 2,045 establece implícitamente el principio que la transacción contiene una disposición de las cosas sobre las que versa: luego no puede haber transacción sino para objetos de los que la ley permite la disposición. El orador del Tribunal formuló el principio aplicándolo. «Toda transacción, dice Gillet, se limita únicamente á los objetos que son de comercio; así, los derechos de la naturaleza, los de sociedad, no pueden ser materia de una transacción. Por esto es que el proyecto dice que para transar debe tenerse capacidad para disponer de los objetos comprendidos en la transacción, lo que necesariamente supone que estos objetos son disponibles.» (1)

De esto resulta que no se puede transar en cuestiones de estado, y que, por consiguiente, el juramento no puede ser deferido en materia de filiación, ni en materia de divorcio ó de separación de bienes. Hay un aviso en este sentido procedente del reinado de Westphalia. Asienta en principio, que deferir el juramento no es admisible sino en las contestaciones que versan sobre intereses pecuniarios; que no se le puede aplicar á contestaciones en las que las buenas costumbres ó el orden público están interesados. Esto es, á nuestro parecer, demasiado absoluto; diremos más adelante que el juramento puede ser deferido acerca de hechos ilícitos, y, por consiguiente, inmorales. Debe, pues, limitarse la restricción á las cosas que no pueden ser objeto de una transacción: tal es, ante todo, el estado de las personas. (2)

246. Diciendo que ninguna prueba es admitida contra ciertas presunciones legales, el art. 1,352 agrega: «excepto en lo que se dirá acerca del juramento.» Esto supone que el juramento puede ser deferido contra las presunciones le-

1 Gillet, *Discurso*, núm. 2 (Loché, t. VII, pág. 470).

2 Davergier acerca de Toullier, t. V, 2, pág. 299, nota a. Duranton, t. XIII, pág. 608, núm. 574. Aubry y Rau, t. V, pág. 350, notas 10 y 11, pfo. 753 (3^o edición).

gales, como lo hemos dicho al tratar de las presunciones. Debe, sin embargo, hacerse una excepción para las presunciones que son de orden público. La transacción del juramento implica una disposición, una renunciación; y los particulares no pueden disponer de lo que es de interés público ni renunciar á ello. Así, no se puede deferir el juramento contra la presunción de verdad ligada á la cosa juzgada. Los mismos textos resisten á la pretensión contraria. Es al art. 1,358 al que se refiere el art. 1,352, y por muy general que sea la disposición del art. 1,358, supone, sin embargo, que no hay una contestación posible, puesto que la ley prohíbe volver á poner en tela de juicio aquello que ha sido sentenciado. El art. 1,360 está concebido en el mismo sentido: permite deferir el juramento en cualquiera estado de la causa; y, no hay causa cuando la ley ministra la excepción de la cosa juzgada para rechazar la demanda ó la excepción. La doctrina (1) y la jurisprudencia (2) están unánimes acerca de este punto.

Así mismo no puede deferirse el juramento á aquel que invoca la prescripción. En este caso, también no hay ya contestación, no hay ya causa; la prescripción extinguió la deuda, en este sentido que forma una excepción perentoria en contra de aquel; trataría de prevalecerse de un derecho prescripto, y esta excepción es de orden público. Esto supone que se trata de la prescripción ordinaria; cuando de una prescripción corta, la ley permite deferir el juramento al demandado acerca de la cuestión de saber si la cosa ha sido realmente pagada (art. 2,275, y Cód. de Com., artículo 189); la razón está en que estas prescripciones están exclusivamente fundadas en la presunción del pago de la deuda. Al autorizar por excepción la delación del juramento,

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 650, núm. 337 bis IV y todos los autores.

2 Turin, 15 de Julio de 1806 y 5 de Abril de 1809 (Daloz, número 5,194, 1.º y 2.º). Denegada, 7 de Julio de 1829 (*ibid.*, 3.º).

cuando se trata de una corta prescripción, la ley confirma implícitamente la regla que prohíbe deferir el juramento cuando la prescripción está adquirida. (1)

247. El juramento no puede ser deferido contra las presunciones que tienen por efecto negar la acción en justicia cuando la ley establece la excepción en el interés público. Lo mismo sucede en todos los casos en que la ley niega la acción en interés general. La Corte de Casación aplicó este principio á los abogados. No pueden deferir el juramento en apoyo de una acción por pago de los gastos y costas que se les deben. La razón de esto está en que la tarifa de 16 de Febrero de 1807 (art. 151), subordina su acción á lo asentado en sus libros; si no llevan libros, no pueden reclamar sus costas; desde luego, no hay contestación ni causa posible, y, por consiguiente, no puede deferirse el juramento. (2)

Núm. 5. Acerca de cuáles hechos puede ser deferido el juramento.

1. Los hechos deben ser personales.

248. "El juramento solo puede ser deferido acerca de un hecho personal á la parte á quien se defiere" (art. 1,359). Esta es una nueva restricción al absoluto derecho que parece conceder el art. 1,358 para deferir el juramento. La restricción resulta de la esencia misma del juramento. Esto es un llamamiento á la conciencia; y no podemos afirmar sino aquello que nos es personal; en cuanto á los hechos ajenos, los ignoramos, y aunque los conociéramos, la conciencia nos impone el deber de no afirmar lo que no sabemos de una manera segura.

Los hechos no nos son personales cuando son hechos de

1 Durantou, t. XIII, pág. 609, núm. 577. Colmet de Santerre, tomo VI, pág. 650, núm. 337 bis VII.

2 Denegada, 1.º de Mayo de 1849 (Daloz, 1849, 1, 182).

gales, como lo hemos dicho al tratar de las presunciones. Debe, sin embargo, hacerse una excepción para las presunciones que son de orden público. La transacción del juramento implica una disposición, una renunciación; y los particulares no pueden disponer de lo que es de interés público ni renunciar á ello. Así, no se puede deferir el juramento contra la presunción de verdad ligada á la cosa juzgada. Los mismos textos resisten á la pretensión contraria. Es al art. 1,358 al que se refiere el art. 1,352, y por muy general que sea la disposición del art. 1,358, supone, sin embargo, que no hay una contestación posible, puesto que la ley prohíbe volver á poner en tela de juicio aquello que ha sido sentenciado. El art. 1,360 está concebido en el mismo sentido: permite deferir el juramento en cualquiera estado de la causa; y, no hay causa cuando la ley ministra la excepción de la cosa juzgada para rechazar la demanda ó la excepción. La doctrina (1) y la jurisprudencia (2) están unánimes acerca de este punto.

Así mismo no puede deferirse el juramento á aquel que invoca la prescripción. En este caso, también no hay ya contestación, no hay ya causa; la prescripción extinguió la deuda, en este sentido que forma una excepción perentoria en contra de aquel; trataría de prevalecerse de un derecho prescripto, y esta excepción es de orden público. Esto supone que se trata de la prescripción ordinaria; cuando de una prescripción corta, la ley permite deferir el juramento al demandado acerca de la cuestión de saber si la cosa ha sido realmente pagada (art. 2,275, y Cód. de Com., artículo 189); la razón está en que estas prescripciones están exclusivamente fundadas en la presunción del pago de la deuda. Al autorizar por excepción la delación del juramento,

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 650, núm. 337 bis IV y todos los autores.

2 Turin, 15 de Julio de 1806 y 5 de Abril de 1809 (Daloz, número 5,194, 1.º y 2.º). Denegada, 7 de Julio de 1829 (*ibid.*, 3.º).

cuando se trata de una corta prescripción, la ley confirma implícitamente la regla que prohíbe deferir el juramento cuando la prescripción está adquirida. (1)

247. El juramento no puede ser deferido contra las presunciones que tienen por efecto negar la acción en justicia cuando la ley establece la excepción en el interés público. Lo mismo sucede en todos los casos en que la ley niega la acción en interés general. La Corte de Casación aplicó este principio á los abogados. No pueden deferir el juramento en apoyo de una acción por pago de los gastos y costas que se les deben. La razón de esto está en que la tarifa de 16 de Febrero de 1807 (art. 151), subordina su acción á lo asentado en sus libros; si no llevan libros, no pueden reclamar sus costas; desde luego, no hay contestación ni causa posible, y, por consiguiente, no puede deferirse el juramento. (2)

Núm. 5. Acerca de cuáles hechos puede ser deferido el juramento.

1. Los hechos deben ser personales.

248. "El juramento solo puede ser deferido acerca de un hecho personal á la parte á quien se defiere" (art. 1,359). Esta es una nueva restricción al absoluto derecho que parece conceder el art. 1,358 para deferir el juramento. La restricción resulta de la esencia misma del juramento. Esto es un llamamiento á la conciencia; y no podemos afirmar sino aquello que nos es personal; en cuanto á los hechos ajenos, los ignoramos, y aunque los conociéramos, la conciencia nos impone el deber de no afirmar lo que no sabemos de una manera segura.

Los hechos no nos son personales cuando son hechos de

1 Durantou, t. XIII, pág. 609, núm. 577. Colmet de Santerre, tomo VI, pág. 650, núm. 337 bis VII.

2 Denegada, 1.º de Mayo de 1849 (Daloz, 1849, 1, 182).

nuestro autor. No puedo deferir el juramento á una parte acerca de hechos de una persona de que es heredera ó á los derechos de la que sucede; si no puede ignorar su hecho propio no está obligada á saber lo que es el hecho de otro á quien ha sucedido. Así, pido al heredero el precio de una cosa que pretendo haber vendido al difunto: no podré deferirle el juramento, dice Pothier, porque no es hecho suyo, es el hecho de su autor. (1) Si el juramento fuera deferido acerca de un hecho no personal, el juez debería negar que se deferiera, pues el juramento es contrario á la ley, y el juez no puede ordenar un juramento ilegal. (2)

249. Pothier, de quien los autores del Código han tomado el principio del art. 1.359, agrega: «Pero el uso entre nosotros es que se pueda deferir el juramento al heredero acerca del punto de saber si tiene conocimiento de que el adjunto debiera la suma reclamada.» En este caso, dice Pthier, no se defiere el juramento por el hecho de la deuda, que es el hecho del difunto, se le defiere el juramento por el hecho del conocimiento que tiene de la deuda, lo que es un hecho que le es propio. El Código no reproduce esta reserva en el título *De las Obligaciones*; pero el art. 2,275, que permite deferir el juramento á aquellos que oponen una corta prescripción, agrega: «El juramento podía ser deferido á las viudas y herederos ó á los tutores de estos últimos, si son menores, para que puedan declarar si no saben que la cosa sea debida.» El Código de Comercio contiene una disposición análoga (art. 189). ¿Consagran estos artículos una excepción ó son la aplicación de un principio general, lo que permitiría de aplicarlos por analogía? La cuestión está controvertida. Nos parece que el carácter excepcional de estas disposiciones es incontestable. Deferir el juramento es una transacción, y esta transacción no se concibe sino acerca de

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 912.

2 Denegada, Sala Civil, 1.º de Marzo de 1859 (Daloz, 1859, 1, 155).

hechos que son personales á aquel á quien el juramento es deferido. Tal es la regla establecida por el art. 1,359. El Código admite en ella una excepción en el caso previsto por el art. 2,275; la excepción es más restringida que aquella de que habla Pothier; la ley no dice que se pueda deferir el juramento á la viuda, á los herederos y al tutor acerca de toda clase de contestaciones, solo permite deferirlo por las prescripciones cortas de que se trata en los artículos precedentes; es, pues, á este caso que debe limitarse la disposición del art. 2,275. (1) Se dirá en vano que el art. 2,275 solo aplica el principio del art. 1,350, puesto que el consentimiento que tienen los herederos y la viuda es un hecho personal. En esta opinión, el juramento llamado de *credulidad* sería una regla general. (2) Esto es olvidar que el juramento decisorio es una transacción forzada, y ¿puede imponerse una transacción á aquellos que son extraños á los hechos acerca de los que se defiere el juramento? Tal es la verdadera dificultad. Si se atenía uno á la esencia del juramento, había que contestar negativamente á su conciencia á aquel que solo sabe la cosa por dices; el conocimiento que tiene puede ser erróneo, puede equivocarse, y, sin embargo, en la declaración que hará ó no hará, el hecho será considerado como verdadero ó falso. Esto es seguramente una derogación á la esencia del juramento; luego es una excepción.

Hay un punto en el que todo el mundo está de acuerdo, es que la disposición del art. 2,275 es excepcional en lo que concierne á los tutores. La regla es que los tutores no pue-

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 351, nota 15, admiten que la disposición es excepcional, pero la interpretan en el sentido de Pothier; esto ya es extenderlo.

2 Esta es la opinión generalmente seguida, salvo que cada autor extiende más ó menos lejos la excepción, lo que conduce á una incertidumbre completa. Duranton, t. XIII, pág. 613, núm. 680. Mourlon, t. II, pág. 376, núm. 1,561. Golmet de Santerre, t. V, pág. 649, núm. 337 bis III. Larombière, t. V, pág. 467, núm. 12 (Ed. B., tomo III, pág. 334).

den prestar, en nombre de los menores, un juramento que es una verdadera transacción. Es, pues, por excepción como se les admite á prestar el juramento llamado de *credulidad*, con este efecto que la prestación del juramento equivaldría á una transacción con relación á los menores. La consecuencia es evidente, es que los tutores no pueden prestar el juramento de credulidad sino en el caso previsto por el artículo 2,275. (1)

II. Los hechos deben ser concluyentes.

250. El juramento debe ser deferido acerca de un hecho litigioso; es una prueba, y solo los hechos deben ser probados por las partes. Cuando no se tiene prueba es cuando se necesita deferir el juramento. De esto resulta que el juramento no puede ser deferido en punto de derecho. Debe aplicarse al juramento lo que hemos dicho de la confesión (núm. 136). (2)

Cualquier hecho litigioso puede ser objeto para deferir el juramento. Se ha pretendido que el juramento no puede ser deferido cuando el hecho versa acerca del honor de aquel que debe declarar bajo fe de juramento; esto sería, según se dice, obligar al perjurio por temor de deshonrarse. Traducamos la objeción al legislador; esto sería una verdadera excepción á la regla del art. 1,359 que permite deferir el juramento en cualquier contestación de que se trate; luego acerca de cualquier hecho. La jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido. Ha sido decidido que el juramento puede ser deferido á aquel que niega tener en su poder títulos que le fueron confiados en un tiempo por su autor; el

1 Denegada, 14 de Noviembre de 1860 (Daloz, 1861, 1, 338). Colmar, 23 de Agosto de 1859 (Daloz, 1859, 2, 193). Aubry y Rau, tomo VI, pág. 350. Larombière, t. V, pág. 467, núm. 12 (Ed. B., t. III, pág. 334).

2 La Haya, Sala de Casación, 23 de Mayo de 1818 (Poncia, 1818, pág. 107).

demandado opondría que no puede afirmar un hecho deshonroso para la memoria del difunto. Esta defensa no ha sido admitida. (1) La Corte de Turin ha juzgado que el juramento puede ser deferido acerca de hechos de seducción y atentado á la libertad de testar. (2) Así sucedería aunque los hechos litigiosos constituyesen delitos criminales. Bajo el imperio del Código, era de jurisprudencia que podía deferirse el juramento acerca de hechos de agio. (3)

251. No basta que un hecho sea litigioso para que el juramento pueda ser deferido á quien niega dicho hecho; éste debe ser concluyente. Se entiende por esto, hechos que son de tal naturaleza que pueden motivar el fallo de la contestación. Esta condición resulta de la esencia del juramento decisorio: se defiere para que de él dependa la sentencia de la causa (art. 1,357); por esto es que se le llama *litis decisorio*; es, pues, menester que el hecho sea tal, que su afirmación ó su negación arrostre la decisión del proceso. De esto resulta para los jueces del hecho un poder de apreciación que les permite y, aun les impone, el deber de negar la delación del juramento cuando el hecho no es concluyente; no se debe prodigar el juramento ni deferirse acerca de hechos cuya afirmación ó negación no pusieran fin al litigio. Es naturalmente al juez á quien toca ver si el hecho en el que una de las partes defiere el juramento, tiene este carácter. (4)

252. Debe generalizarse esta regla en este sentido, que el juramento debe ser formulado de manera que la prestación tenga por efecto terminar el proceso. No basta, pues, que el

1 Pau, 3 de Diciembre de 1829 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,876, 2°).

2 Turin, 13 de Abril de 1808 (Daloz, en la palabra *Disposiciones*, núm. 255).

3 Bruselas, 1° de Febrero de 1809. Burdeos, 10 de Mayo de 1833 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,204).

4 Aubry y Rau, t. VI, pág. 351, nota 13, ofo. 753 (3ª edición). Larombière, t. V, pág. 468, núm. 14 (Ed. B., t. III, pág. 335).

hecho acerca del que es deferido el juramento sea concluyente; es menester además la intención de aquel que lo defiere, sea la de hacer depender de dicho juramento el término de la causa: esta es la definición que la ley (art. 1,357) da al juramento decisorio, y resulta como condición esencial, que la parte que defiere el juramento debe tener la voluntad de ofrecer una transacción definitiva; el juramento que no implicase una transacción semejante, podría ser negado; el juez debe desecharlo aunque la parte de quien se solicita estuviere dispuesta á prestarlo. Las partes quedan libres para transar como quieran, pero en la transacción ofrecida bajo forma de juramento, las partes y el juez están obligados, están ligados por la ley. La jurisprudencia está en este sentido. Es de la esencia del juramento decisorio, dice la Corte de Casación, el hacer depender de esta confesión el fallo de la causa. En el caso, el juramento era deferido, no para hacer depender de éste la sentencia de la causa, sino para procurarse un documento con efecto de continuar el proceso. El juez, dice la Corte, ha hecho una justa aplicación de los principios desechando el juramento deferido de estas circunstancias. (1) La Corte de Casación también ha juzgado, por aplicación de estos principios, que cuando una parte ofrece deferir el juramento decisorio á su adversario, pertenece al juez examinar y apreciar el hecho acerca del que versa el juramento, con el fin de conocer si es decisivo; es decir, si la prestación del juramento ó su negación de prestarlo arrostraría necesariamente la solución de la dificultad, objeto del litigio, y, por consiguiente, pertenece al juez decir si hay lugar á deferir el juramento. (2) Esta última proposición está enunciada de una manera demasiado absoluta; volveremos sobre ella.

253. El principio que acabamos de asentar no es dudoso,

1 Denegada, 9 de Noviembre de 1846 (Daloz, 1846, 1, 348).

2 Denegada, 5 de Mayo de 1852 (Daloz, 1852, 1, 275).

pero la aplicación da lugar á numerosas contestaciones. (1) Como son de hecho, más bien que de derecho, creamos inútil entrar en estos pormenores; nos limitaremos á dar algunas aplicaciones tomadas de la jurisprudencia, muy numerosa en esta materia en las cortes de Bélgica.

Para que la delación del juramento pueda ser ordenada, dice la Corte de Lieja, es menester que tenga por efecto terminar el litigio; y en el caso, si el juramento deferido se prestara, el litigio, en lugar de quedar terminado, presentaría todavía por decir, cuestiones de imputación de pago, y particularmente la de saber si los pagos articulados son, por razón de los hechos de la causa y de las disposiciones de la ley, susceptibles de ser imputados sobre el crédito objeto de las promociones. En consecuencia, la Corte ha desechado deferir el juramento. (2)

La parte que ocurre al juramento lo defiere á menudo acerca de un gran número de hechos, los unos terminantes y los otros no concluyentes. En un caso conocido por la Corte de Bruselas, el juramento versaba acerca de diez y nueve hechos. Esto es absurdo, dice la Corte. Desde luego, si se quisieran mezclar al juramento decisorio hechos no decisivos y que fuesen falsos, el juramento se volvería un ardid; en efecto, la parte se encontraría en la imposibilidad de prestar el juramento, puesto que la proposición que afirmaría ó negaría, se encontraría ser falsa en uno de sus elementos; la parte estaría, pues, en la alternativa de perder su proceso ó de hacer un juramento falso, lo que es absurdo é inmoral. Es todavía más absurdo, dice la Corte, deferir el juramento acerca de diez y nueve hechos y de llamar á esto un juramento decisorio. En efecto, si la parte prestaba el juramento acerca de algunos hechos, negándose á prestarlo acerca de algunos

1 Compárese Denegada, 6 de Febrero de 1843 (Daloz, en la palabra *Cuenta*, núm. 35); 13 de Noviembre de 1846 y 12 de Mayo de 1852 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5186, 6° y 7°).

2 Lieja, 12 de Enero de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 204).

otros, nacería la cuestión de saber lo que debiera decidirse; luego en lugar de terminar la contestación, el juramento daría lugar á una nueva; lo que prueba que semejante juramento no sería decisivo. La Corte juzgó que el juramento no podía ser deferido, tal como el apelante lo había formulado. (1)

No se debe concluir de esto que el juramento no puede nunca ser deferido sino acerca de un punto único; el art. 120 del Código de Procedimientos supone que el juramento puede tener varios hechos por objeto; se necesita, en este caso, que los hechos sean igualmente decisivos, pues es contra la esencia del juramento que se presta acerca de hechos que no decidieran el proceso. En un caso sentenciado por la misma Corte, ésta decidió que el juramento sería prestado acerca del hecho enunciado en la sentencia. (2)

Esta decisión levanta una nueva dificultad: ¿tiene derecho el juez para modificar la delación del juramento, tal como ha sido formulada por la parte interesada? La negativa nos parece segura. En efecto, el juramento decisivo es deferido por la parte y no por el juez; es, pues, á la parte á quien toca formularlo, á ella pertenece precisar los términos mediante los que pretende transar. La Corte de Bruselas ha resuelto en este sentido, que no pertenece al Tribunal quitar de una declaración de juramento los hechos que no le pareciesen decisivos y ordenar el juramento de otros; todo cuanto puede hacer es declarar que el juramento, tal como está propuesto es inadmisibile, porque versa en hechos que no tienen el carácter decisivo exigido por la ley. (3) Ha sucedido que la parte á la que el juramento ha sido deferido ha concluido al derecho de los hechos no concluyentes, y que la Corte ha ordenado la prestación del juramento así

1 Bruselas, 7 Marzo de 1829 (*Pasicrisia*, 1829, pág. 97).

2 Bruselas, 13 de Noviembre de 1834 (*Pasicrisia*, 1834, 2, 254).

3 Bruselas, 29 de Junio de 1836 (*Pasicrisia*, 1836, 2, 172).

modificado. (1) Si aquel que ha deferido el juramento, acepta estas modificaciones, se comprende que la transacción será mantenida, pero nos parece seguro que no está obligado á aceptarla; aquel que hace una oferta, puede retirarla desde que no está aceptada tal cual la hizo. La Corte de Bruselas lo resolvió así en un caso: había hechos no decisivos; el primer juez los apartó limitando la delación del juramento á los hechos decisivos; en apelación la sentencia fué reformada en el punto; como las modificaciones hechas al juramento cambiaban el contrato tal como una de las partes lo había propuesto, debía serle permitido retirar su oferta; el juez, al modificar el juramento, debe, pues, reservar á la parte el derecho de mantener su oferta ó de retirarla. (2) En definitiva, el juez puede desechar el juramento cuando versa en hechos no decisivos, aunque la parte á quien está deferido consintiera en prestarlo sin modificaciones, (3) pero el juramento modificado no puede ser prestado sino con el consentimiento de la parte que lo ha deferido. (4)

254. El principio que el juramento debe poner fin al proceso, no impide deferirlo en los incidentes. Como lo dice la Corte de Bruselas, los incidentes forman tantas contestaciones distintas, aunque tengan una liga estrecha con la contestación principal; deben ser decididas antes que el juez pueda pronunciar una sentencia definitiva. Y desde que hay contestación dando lugar á una sentencia, hay una causa cuya resolución puede ser abandonada á la parte á la que el juramento fué deferido. (5)

El mismo principio decide la cuestión de saber si se puede deferir el juramento acerca de la calidad del demandan-

1 Bruselas, 8 de Marzo de 1860 (*Pasicrisia*, 1861, 2, 51).

2 Bruselas, 29 de Mayo de 1865 (*Pasicrisia*, 1865, 2, 225).

3 Bruselas, 24 de Julio de 1866 (*Pasicrisia*, 1867, 2, 407), y 27 de Junio de 1872 (*Pasicrisia*, 1873, 2, 405).

4 Lieja, 11 de Noviembre de 1865 (*Pasicrisia*, 1866, 2, 109).

5 Bruselas, 22 de Abril de 1830 (*Pasicrisia*, 1830, 2, 110).

te. Esto es un incidente; luego hay causa, y por lo tanto, se puede deferir el juramento acerca del juicio de la causa. (1) Esto supone que la calidad es un hecho decisivo. Y ya no lo es si el demandante puede continuar el proceso con otra calidad. El demandado defiere al demandante el juramento acerca del punto de saber si promueve portando su nombre; fué sentenciado que este juramento no es decisivo porque el demandante hubiera tenido el derecho para continuar las gestiones aun suponiendo que no fuera portando su nombre; la calidad era, pues, indiferente, y, por consiguiente, no podía ser objeto de un juramento decisivo. (2) La jurisprudencia está constante en este sentido; es inútil insistir relatando decisiones, puesto que la cuestión no es dudosa. (3)

Núm. 6. ¿Cuándo puede el juramento ser deferido?

255. Según los términos del art. 1,360, el juramento puede ser deferido en cualquier estado en que esté la causa; es decir, mientras dure el proceso. La parte que ha sucumbido en primera instancia puede deferir el juramento en apelación. Se ha preguntado si el juramento puede ser deferido á la parte que no se presenta. La afirmativa no es dudosa. Pero como deferir el juramento es una oferta de transacción, es necesario que esta oferta sea regularmente llevada á conocimiento de la parte á la que es hecha. En una especie que se ha presentado ante la Corte de Casación, el juramento había sido deferido después de los alegatos en la audiencia en que la sentencia fué pronunciada. Sin embargo, la Corte ha juzgado con razón que la delación es nula.

1 Bourges, 23 de Febrero de 1842 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,213).

2 Denegada, 27 de Abril de 1831 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,214, 2°).

3 Rouen, 14 de Junio de 1834, 2 de Agosto de 1834 y 30 de Enero de 1838 [Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,214, 1°].

La presencia de hecho y el conocimiento de hecho, no reemplazan la presencia legal ni el conocimiento legal; y el no presentado no está legalmente en causa; luego el juramento no puede serle deferido en la audiencia. (1)

256. La sentencia que acabamos de citar supone que el juramento puede también ser deferido después de los alegatos, cuando la sentencia es contradictoria. Esto sería mal interpretar el pensamiento de la Corte; no tuvo que decidir la cuestión de saber hasta qué momento la delación del juramento puede tener lugar; esto sería, pues, sobrepasar los términos de la sentencia, concluyendo de ella que el juramento puede ser deferido mientras la sentencia no está pronunciada. La jurisprudencia y la doctrina son contrarias. En los términos del art. 111 del Código de Procedimientos, los demandados no tienen ya uso de la palabra, después del informe, si el negocio fué puesto á discusión. De esto se concluye que las partes no pueden tener nuevas conclusiones, ni, por consiguiente, deferir el juramento. (2)

257. Del principio que el juramento puede ser deferido en cualquier estado en que esté la causa, sigue que el juramento puede ser deferido después de haber sido desechados todos los medios propuestos por la demanda ó por la defensa. Esto se hará aun regularmente así puesto que el juramento es un medio extremo al que poco se ocurre salvo necesidad absoluta; luego cuando se ve que las pruebas alegadas en apoyo de la acción ó de la excepción faltan, ó lo que es lo mismo, son insuficientes. Tal es el espíritu de la ley, y el texto prueba que tal es también la voluntad del legislador. Al decir que puramente puede ser deferido en cualquier estado de la causa, el art. 1,359 permite deferirlo en apelación; luego después de haber sucumbido en primera instan-

1 Denegada, Sala Civil, 1° de Marzo de 1859 [Daloz, 1859, 1, 155].

2 Duranton, t. XIII, pág. 620, núm. 590. Véase la jurisprudencia en el *Repertorio* de Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,239.

cia y cuando se prevee que se sucumbirá igualmente en la nueva instancia.

De esto nace la cuestión de saber si se puede de antemano y por conclusiones subsidiarias deferir el juramento en el caso en que los medios propuestos serían desechados. La afirmativa no nos parece dudosa: resulta de los términos generales del art. 1,359 y del espíritu de la ley. Si puede deferir el juramento en apelación, después de que ha sucumbido en primera instancia, ¿por qué no pudiera hacerlo bajo la forma de conclusiones subsidiarias? Suponemos que el juramento es decisorio; es decir, que la sentencia de la causa depende de él, los otros medios propuestos siendo considerados como insuficientes. Esto es una transacción condicional, y ¿qué principio propone una transacción bajo condición? El juramento es una transacción obligatoria para aquel que la ofrece como para aquel que la acepta, en este sentido que el primero la ofrece solo porque no tiene otra prueba; está, pues, en el espíritu del juramento que la parte comienza por presentar sus pruebas y no ocurre al juramento sino subsidiariamente. (1) Sin embargo, la jurisprudencia está casi unánime en favor de la opinión contraria. (2) Considera el juramento deferido subsidiariamente como un juramento supletorio.

Hé aquí el caso en el que la Corte de Casación se ha pronunciado por primera vez en favor de esta singular opinión. Pedimento en rendición de cuenta contra un agente de

1 Esta es la opinión de la mayor parte de los autores. Marcadé, t. V, pág. 295, núm. 3 del artículo 1,359; Aubry y Rau, t. VI, página 352, y notas 20-22, pfo. 753 [3ª edición]. Larombière, t. V, página 472, núms. 6-9 [Ed. B., t. III, pág. 337]. En sentido contrario, Toallier, t. V, pág. 320, núms. 404 y siguientes y Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Juramento*, pfo. II, art. II, núm. 7, y *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Juramento*, pfo. IV.

2 Hay un gran número de sentencias; se citan en el *Repertorio* de Dalloz, núm. 5,188; hay que agregar Chambéry, 22 de Marzo de 1861 (Dalloz, 1861, 2, 164) y Burdeos, 22 de Agosto de 1871 (Dalloz, 1872, 2, 214).

negocios por anulación de dos contratos de venta ^f reembolso de una suma de 17,000 francos, entregada á título de depósito. La demandante sucumbe en primera instancia en todos los puntos. En apelación, reproduce los mismos medios y concluye subsidiariamente á que su adversario jurase que las dos actas de venta eran sinceras y verdaderas; que el precio de dichas ventas había sido realmente pagado y que no había recibido de ellas á título de depósito, los 17,000 francos de que pedía el reembolso. La corte de Agen juzgó que no había lugar á ordenar el juramento, que éste era juramento supletorio, y que á falta de un principio de prueba no se podía obligar al demandado á prestarlo. En el recurso intervino una sentencia de denegada; la Corte no da otro motivo de su decisión que esta afirmación, que el juramento deferido es juramento supletorio, puesto que la demandante solo lo deferió subsidiariamente á todos los medios. En otra sentencia, dice que el juramento es supletorio, porque los demandantes solo ocurrieron á él muy subsidiariamente y después de haber agotado todos los demás medios. (1) Hemos dicho que esta opinión es singular. ¿Qué es lo que autoriza á la Corte para transformar en juramento supletorio, un juramento que una de las partes defiere á la otra? Lo que distingue á ambos juramentos, es que el juramento decisorio es deferido por una de las partes á la otra; mientras que el juramento supletorio es deferido de *oficio* por el juez á una ó á otra de las partes. De *oficio*, dice el artículo 1,357; luego no es á pedimento de una de las partes; y no se concibe siquiera que la iniciativa proceda del demandante, pues á él no toca apreciar si conviene al juez deferir el juramento á su adversario, solo el Tribunal tiene este derecho. Luego por el solo hecho que un juramento es de-

1 Denegada, sección civil, 30 de Octubre de 1810, y Denegada, 7 de Noviembre de 1838 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, número 5,188).

ferido por una de las partes á la otra, debe decirse que el juramento es decisorio.

Hay un segundo carácter que distingue á ambos juramentos: el decisorio es deferido para que de él dependa la sentencia de la causa, es una transacción; mientras que el juramento que defiere el juez solo es un suplemento de prueba. La dificultad, si la hay, consiste, pues, en saber si hay oferta de transacción ó no. Y, hay oferta de transacción por el solo hecho que una de las partes defiere el juramento á la otra. ¿Deja el juramento de ser decisorio porque la parte solo lo defiere subsidiariamente? La Corte de Casación lo dice; pero al hacerlo, extiende la ley; el Código no exige que la parte defiera el juramento desde el principio, al comenzar la instancia y sin proponer otros medios; la ley dice lo contrario, puesto que permite deferir el juramento en cualquier estado de la causa (art. 1.360); luego también por conclusión subsidiaria en el caso en que sus medios fuesen desechados; poco importa el día en el que es deferido el juramento, poco importa la forma en que se le defiera; con tal que sea deferido para que la sentencia de la causa dependa de él, es decisorio; y aunque deferido subsidiariamente á otros medios, no por esto deja de decidir el litigio, puesto que está deferido y prestado cuando los demás medios son insuficientes. El juramento así deferido y prestado no es un suplemento de prueba, es la única prueba, puesto que se supone que todos los demás medios han sido desechados.

Hay algunas sentencias en este sentido. (1) Hemos supuesto que el juramento deferido por una de las partes es un juramento decisorio. Legalmente, así es, puesto que las partes no pueden deferir un juramento supletorio. Sin embargo, de hecho, puede suceder que una parte defiera á la otra un juramento, en este sentido, que éste le sea deferido por

1 Pau, 3 de Diciembre de 1829; Nimes, 24 de Marzo de 1852 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,189). Bastia, 12 de Abril de 1864 (Daloz, 1864, 2, 88).

el juez á título de suplemento de prueba. Desde que la intención de aquel que defiere el juramento no es la de hacer depender de él la sentencia de la causa, deferir el juramento no es ofrecer una transacción; luego no es un juramento decisorio. ¿Es ésto decir que es un juramento supletorio? (1) Nó; pues las partes no tienen el derecho de deferir el juramento supletorio: este es un juramento ilegalmente deferido, de manera que el juez no debe decidir que este pretendido juramento decisorio, es, en realidad, supletorio; debe limitarse á desechar las conclusiones de aquel que defiere el juramento en tales términos. (2) Aunque la parte concluyera formalmente á que el juramento fuese deferido por el juez, sus conclusiones debieran ser desechadas como contrarias á la ley; no le pertenece decir al juez lo que éste tiene que hacer: el juez obra de oficio, dice la ley, á él, pues, toca la iniciativa. (3)

258. La jurisprudencia está todavía en oposición con la doctrina, y preciso es decirlo, con el texto y el espíritu de la ley en otra cuestión. ¿Debe el juez ordenar la prestación del juramento desde que lo solicita una de las partes? La afirmativa nos parece segura; está escrita en la definición que el Código da del juramento decisorio; la parte es quien defiere el juramento, no es el juez; solo interviene el Tribunal para sancionar lo que las partes quieren y que tienen derecho de querer. Pero lo que el juez no tiene derecho de ordenar, tampoco lo tiene para negar. Y no se concibe que niegue: el juramento es una transacción; y las partes pueden siempre transar, la ley les da el derecho absoluto de ofrecer transacción bajo la forma del juramento, y no da al juez el

1 Denegada, 12 de Noviembre de 1835 y 26 de Noviembre de 1828 (Daloz, núm. 5,190, 1º y 3º). Compárese Gaute, 13 de Marzo de 1872 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 200).

2 Denegada, 21 de Noviembre de 1833 (Daloz, en la palabra *Disposiciones*, núm. 4,658, 3º).

3 Denegada, 3 de Febrero de 1829 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,190).

derecho de oponerse á ello. Esto es decisivo. El juramento es también un último recurso que la ley ofrece á aquella de las partes que no tiene ninguna prueba en apoyo de sus pretensiones. ¿Con qué derecho la privaría el juez de una vía legal de prueba?

Sin embargo, la jurisprudencia francesa es contraria. La Corte de Casación pone en principio que el derecho de ordenar el juramento es una facultad que la ley da al juez, facultad de la que puede usar ó no, según las circunstancias de que solo tiene la libre apreciación. (1) Hemos dicho que esta jurisprudencia altera el texto de la ley. Está en oposición con el art. 1,357. El Código distingue dos juramentos, el decisorio que es deferido por las partes, sin que intervenga el juez, y el juramento supletorio, que el juez defiere de oficio sin que las partes intervengan. Cuando, pues, el art. 1,358 dice que el juramento decisorio puede ser deferido en cualquiera contestación, esto quiere decir que la parte puede deferirlo acerca de cualquiera contestación. Si la ley hubiera entendido dar al juez el poder de negar que se defiera el juramento por una de las partes á la otra, lo hubiera dicho; y si tal fuera el sentido del art. 1,358, debería ser redactado de otro modo, el legislador hubiera dicho que el juez está autorizado á ordenar el juramento. Luego la Corte de Casación cambia el texto de la ley, y se pone en oposición con el espíritu de la ley tanto como con su letra. La Corte olvida que el juramento es una transacción que una de las partes tiene el derecho de ofrecer y que la otra debe aceptar; se trata, pues, de una convención que se perfecciona por el concurso del consentimiento de las partes; sería exorbitante que el juez se opusiera á una convención. Esta es obligatoria para la parte á la que está deferido el juramento; y el juez vendría á quitar esta última prue-

1 Denegada, 23 de Abril de 1829 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,155); 11 de Noviembre de 1861 (Daloz, 1862, 1, 465).

ba que la ley ofrece á la parte que no tiene otra. (1) Esto es hacer una nueva ley, y es hacerla muy mala. Vamos á probarlo.

El primer juez se rehusa á ordenar el juramento, por motivo de que la demanda era justificada por el reconocimiento escrito del puño de aquel que había deferido el juramento; que en tales circunstancias, el juramento era inútil. En el recurso, la Corte de Casación decidió que el juez de paz había usado sanamente de la latitud que le da la ley. (2) Queda por probar que la ley da dicho poder al juez; mucho se cuida de ello, pues el poder del juez para rehusarse al juramento estaría en oposición con la esencia misma del juramento. En el caso, la Corte declaró inútil la prestación del juramento, porque sería contrario á una prueba literal procedente de la parte. Esto es decir que el juramento debe ser desechado en el caso para el que fué admitido; es decir, cuando todas las pruebas parecen levantarse en contra de aquel que defiere el juramento; déjesele cuando menos esta última tabla de salvación, puesto que la ley se la ofrece. Pertenece al juez, dice la Corte de Casación, decidir si esta prueba es necesaria. (3) Esto es confundir el juramento con las pruebas ordinarias. El juez puede negarse á ordenar la prueba testimonial cuando le parece frustratoria. No pasa así con el juramento; no es una prueba propiamente dicha, es un llamamiento á la conciencia que la ley au-

1 Marcadé, t. V, pág. 235 núm. 3 del artículo 1,360. Aubry y Rau, t. VI, pág. 354 y nota 23. Larombière, t. V, pág. 468, núms. 6, 8 (Ed. B), t. III, pág. 342). Compárese una sentencia bien motivada de la Corte de Bastia, 12 de Abril de 1864 (Daloz, 1864, 2, 88), y Caen, 15 de Febrero de 1838 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, número 5,242, 2°).

2 Denegada, 6 de Agosto de 1856 (Daloz, 1857, 1, 39). Compárese Denegada, Sala Civil, 17 de Marzo de 1862 (Daloz, 1862, 1, 435); Denegada, 17 de Noviembre de 1863 (Daloz, 1864, 1, 121); Agen, 8 de Diciembre de 1858 (Daloz, 1859, 2, 18).

3 Denegada, 19 de Abril de 1870 (Daloz, 1872, 1, 323).

toriza cuando una de las partes no tiene ninguna prueba, á ella toca juzgar si este llamamiento es útil ó no; no le toca al juez, él es incompetente en una cuestión de conciencia que no es de su dominio.

Una sentencia de la Sala Civil admite una restricción al poder absolutamente discrecional que la jurisprudencia reconoce á los tribunales para rehusarse á deferir el juramento. La iniciativa de la delación, dice la Corte, pertenece á las partes; pero es preciso además que el juez examine si la parte puede, en las circunstancias de la causa, dar curso al uso que pretende hacer de la facultad de deferir el juramento. Y de hecho, los actos producidos demostraban lo inverosímil de las pretensiones de aquel que defería el juramento; luego había que desecharlo. (1) La Corte choca á cada paso con un texto. Decir que el juramento no debe ser ordenado porque las pretensiones del que lo defiere son inverosímiles; es decir, que deben ser verosímiles para que el juramento pueda ser admitido: ¿y qué son las pretensiones verosímiles si no un principio de prueba? La Corte exige, pues, un principio de prueba. ¿Y qué dice la ley? "El juramento puede ser deferido aunque no exista ningún principio de prueba." La contradicción es patente.

¿Qué importa que el juramento esté en oposición con los documentos del proceso? (2) El hecho alegado por aquel que defiere el juramento casi siempre será contradicho por las pruebas ministradas por la parte adversa. ¿Pero, acaso no sucede así con todas las pruebas? Puedo combatir la prueba resultando de una acta auténtica, ya sea mediante la inscripción por falsedad, ya por la prueba contraria; puedo también combatirla defiriendo el juramento. Héme aquí en contradicción con la más fuerte de las pruebas; esto no

1 Denegada, Sala Civil, 1.º de Marzo de 1859 (Daloz, 1859, 1, 155).

2 Denegada, Sala Civil, 6 de Febrero de 1860 (Daloz, 1860, 1, 253).

impide que el juramento deba ser admitido siempre que la prueba contraria sea admisible.

259. La Corte de Casación de Bélgica se ha pronunciado en el sentido de la opinión que sostenemos, y en un caso en el que la cuestión podía aparecer dudosa. En una observación de posiciones, el demandado había negado la existencia de un contrato de arrendamiento. El demandante le defirió el juramento acerca del mismo hecho. Esta delación fué desechada por la Corte de Bruselas, porque el demandado, según el decreto de 4 de Noviembre de 1814, había prestado juramento antes de ser interrogado; se le figuraba á la Corte que una afirmación juramentada equivalía á la prestación de un juramento decisorio. Esto es un error. El interrogatorio, aunque debe hacerse bajo fe de juramento, no es una transacción, como el juramento decisorio; es un sencillo modo de prueba que admite la prueba contraria de los hechos alegados bajo juramento. No sucede así con el juramento decisorio, no puede ser ya combatido, ni siquiera está uno admitido ó probar su falsedad, á reserva de promover por perjuro; mientras que aquel que hace una afirmación falsa en un interrogatorio no está sometido á una pena criminal. De esto se sigue que el juramento decisorio es enteramente distinto del juramento prestado en un interrogatorio; por consiguiente, el interrogatorio sufrido bajo protesta no pone obstáculo á que el juramento decisorio sea deferido á la misma parte, acerca de un hecho negado en su interrogatorio. La Corte de Casación concluye con este considerando que basta para echar abajo á la jurisprudencia francesa: "El juramento decisorio puede ser deferido en cualquier estado de la causa, y no pertenece al juez rehusar á una de las partes un derecho que toma en la ley." (1)

260. No pretendemos decir que el juez esté obligado á ordenar la prestación del juramento por solo pedirlo las par-

1 Casación, 3 de Marzo de 1853 (*Pasicrisia*, 1853, 1, 227).

tes. El juramento siendo un derecho de la parte que lo defiere, no pertenece al juez privarla de ello. Pero este derecho está subordinado á ciertas condiciones; fuera de ellas, ya no es un derecho. Y es bien seguro que el juez tiene el derecho y el deber de examinar y resolver si el juramento está deferido por aquel que tiene calidad para ello, á aquel que tiene capacidad para aceptarlo, en una contestación susceptible de ser terminada por una transacción y acerca de hechos decisivos. Si una de las condiciones requeridas para la validez de la delación hace falta, no hay que decir que el juez debe desecharla. Hemos dado ejemplo de ello al exponer las condiciones bajo las que está permitido deferir el juramento. Hé aquí otras aplicaciones de principio.

Cuando el juramento está deferido acerca de hechos que no son decisivos, no es decisorio, y por consiguiente, el juez no lo puede admitir. Los jueces gozan, en este punto, de un poder discrecional, pero deben siempre motivar sus decisiones en esta consideración que el juramento no es decisorio. La Corte de Rennes dice muy bien que por respeto á la regla del juramento, el juez no debe ordenar un juramento que dejara subsistir el litigio. (1)

Hay otras aplicaciones que se fundan en los principios generales del derecho. El juramento decisorio es una transacción; y, para transar, como para contraer en general, hay que ser capaz para consentir. De esto resulta que no se puede deferir el juramento al que se encuentre en estado de demencia, ni al que por razón de su mucha edad, debilidad de sus facultades intelectuales, no comprendiera ya la extensión de la oferta de transacción que se hace al deferirle el juramento.

La delación del juramento implica que aquel que lo defiere niega el hecho de que es objeto el juramento; si con-

1 Rennes, 13 de Agosto de 1812. Compárese Denogada, 15 de Febrero de 1832 y 6 de Mayo de 1834 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,245, 1°, 2° y 3°).

fiesa no hay ya contestación, no hay ya causa; luego no puede haber delación de juramento para poner término á un litigio que no existe. Se ha presentado el caso: el demandado comienza por pedir un plazo, lo que implica el reconocimiento de la deuda; después defiere el juramento al demandante. Esto es contradictorio, dice la Corte de Lieja; no se puede á la vez confesar la deuda y contestar su existencia. (1)

261. Si el juez puede, en estos varios casos, desechar el juramento, es por aplicación de los principios generales de derecho. ¿Lo podrá también, cuando tiene la convicción que la parte defiere el juramento solo por dolo? Se enseña que el juez puede negar el juramento cuando la parte que lo defiere lo hace para vejar á su adversario. (2) Esto nos parece muy dudoso. Es verdad que aquel que defiere el juramento por malicia no usa de su derecho, abusa de él. ¿Pero el juez tiene el derecho de impedir el abuso impidiendo el uso? Nos parece que se necesitaría un texto para dar tal derecho al juez, y dudamos que el legislador se lo de jamás. Desde que la delación del juramento es un derecho, hay que admitirlo con sus inconvenientes; la facultad que se reconoce al juez tendría también un grave peligro, el de destruir el derecho bajo pretexto de abuso. Así, la Corte de Colmar ha resuelto que un juramento desprovisto de toda utilidad no debe ser ordenado porque constituiría una injuria puramente vejatoria á la que no debe prestarse la justicia. (3) Esto es muy vago, muy arbitrario y muy poco jurídico: hacer un llamamiento á la conciencia del adversario de uno, no es nunca una injuria. Es cuando más alargar el procedimiento. Ha sido sentenciado que el único objeto de la delación del juramento siendo el de retardar la ejecución de

1 Lieja, 21 de Junio de 1837 (*Pasicrisia*, 1837, 2, 142).

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 354, y nota 24 pfo. 753 (3ª edición).

3 Colmar, 29 de Julio de 1863 (Daloz, 1863, 2, 137).

las condenas judiciales, bajo las que se encuentre la parte que defiere el juramento, hay lugar á no ordenarlo. (1) Esto es plausible; preferimos, sin embargo, admitir el juramento en toda hipótesis, porque es un derecho, y un derecho sagrado, el de la defensa.

Núm. 7. Efecto de la delación.

262. Aquel á quien el juramento es deferido debe prestarlo; si rehusa, sucumbe en su demanda ó en su excepción. Sin embargo, puede también deferir el juramento á su adversario cuando el hecho que es su objeto es el hecho de ambas partes. En este caso, aquel á quien es deferido, debe prestarlo, si no sucumbe. El juramento no puede ser deferido cuando el hecho no es el de ambas partes, pero es puramente personal á quien fué referido dicho juramento, (artículo 1,361, 1,362); este debe, en este caso, prestar el juramento, y si no pierde su causa.

Se pregunta si aquel á quien el juramento es referido, puede á su vez referirlo á la otra parte. La negativa es segura. Resulta del texto y del espíritu de la ley. El artículo 1,361, dice formalmente, que la parte á la que el juramento es referido, debe sucumbir si lo rehusa; la ley no le permite, pues, referirlo á su vez: como la que tomó la iniciativa de la transacción, no puede quejarse, si se le refiere el juramento que ella había deferido, constituyéndola el juez del proceso. El derecho de referir el juramento, solo pertenece á aquel á quien la transacción está impuesta, y así limitado se justifica por la consideración de tocar más bien á aquel que ofrece la transacción de prestar el juramento y no á aquel que está obligado á aceptarlo.

263. El art. 1,364 dice: "La parte que ha deferido ó referido el juramento." Luego mientras dicha declaración no

1 Lieja, 24 de Marzo de 1866 (*Pasicrisia*, 1866, 2, 215) y 26 de Enero de 1848 (*Pasicrisia*, 1848, 2, 171).

se hace, la parte puede retractarse; puede tener en ello gran interés si con esto ha sucedido, descubre una pieza que pruebe su derecho. Se concibe que aquel que ofrece la transacción deferiendo el juramento, pueda retractarse; esto es la aplicación de los principios generales que rigen la formación de los contratos: la oferta hecha por una de las partes no lo obliga hasta que la otra parte la haya aceptado, puede, pues, retirarla mientras no haya aceptación. Por la misma razón, aquel que defiere el juramento tiene el derecho de retractarse mientras que la otra parte no ha declarado aceptar; pues también ésta hace una oferta y renuncia á un derecho, el de decidir la contestación prestando el juramento que le es deferido; debe, pues, tener el derecho de retirar su oferta hasta que la otra parte la haya aceptado. (1)

¿Cómo se hace esta aceptación? Según los términos del art. 1,364 se pudiera creer que es necesaria una aceptación expresa, pues la ley dice: "Cuando el adversario ha declarado que está listo para probar el juramento." Pero la palabra *declarado* debe ser entendida en el sentido de *consentir*. Esto es un consentimiento que la ley exige, puesto que se trata de formar un contrato; y en principio, el consentimiento puede ser expreso ó tácito; y no hay ninguna razón para derogar á esta regla en lo que concierne á la transacción del juramento. Ha sido sentenciado, en consecuencia, que hay aceptación cuando la parte que el juramento ha sido deferido se presenta en la audiencia fijada para la prestación del juramento, sin necesidad de que haya una declaración. (2) Pero no basta que la sentencia de la acta de la delación de un juramento para formar contrato; dar acta es hacer constar el hecho de la delación, la oferta está por ella probada; pero la delación queda una simple oferta que está aceptada;

1 Toullier, t. V, 2, pág. 293, núm. 366. Duranton, t. XIII, página 624, núm. 597.

2 Denegada, 3 de Febrero de 1818 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 2,574).

luego aquel que la hizo puede retractarla, aunque la sentencia haya dado otra. (1)

264. ¿En qué términos debe ser prestado el juramento? El Código de Procedimientos (art. 120), dice que la sentencia que ordena un juramento enunciará los hechos acerca de los que deben hacerse. A la parte que lo desiere toca formular los términos en los que deberá ser prestado el juramento; que ella es quien ofrece la transacción y está libre para ofrecerlo como lo quiera, siempre que el hecho acerca del que el juramento está deferido presente los caracteres que la ley exige; es decir, que sea personal y decisivo. Se pregunta si la parte á la que el juramento está deferido debe prestarlo en los términos propuestos por la otra parte. La afirmativa no es dudosa; la oferta debe ser aceptada tal cual es hecha, si no falta el concurso de consentimiento y, por consiguiente, el contrato no puede formarse. Y, cuando el juramento deferido es aceptado, debe ser prestado en los términos propuestos; la parte que lo debe prestar no sería admitida á modificarlo; si rehusase prestar el juramento tal cual fué formado, habria negativa de prestación de juramento; y, por consiguiente, la parte sucumbirá en su demanda ó en su excepción. (2)

265. El principio es seguro, pero la aplicación da lugar á diárias contestaciones. Se pregunta si los términos de la oferta son tan de rigor así, que no pudieran ser modificadas, aunque esas modificaciones no tocasen á la esencia del hecho de que es objeto el juramento. Ha sido juzgado que semejantes modificaciones no impiden que el juramento sea válidamente prestado. En el caso, se trataba de saber si la deuda reclamada existía y cuál era su monto. El demandante á quien el juramento habia sido deferido consintió en pres-

1 París, 25 de Marzo de 1854 (Dalloz, 1856, 2, 236).

2 Bruselas, 11 de Abril de 1865 (Pasicrisia, 1866, 2, 173); 29 de Junio de 1845 (Pasicrisia, 1847, 2, 126).

tarlo con una explicación que no modificaba en nada el hecho principal y que testificaba más bien que el juramento era prestado en conciencia. En apelación, la Corte de Bruselas decidió que el Tribunal de Primera Instancia habia juzgado bien acogiendo esas explicaciones, y que los demandados no debían quejarse de ello. (1) La Corte de Casación de Francia dió una decisión análoga en el caso siguiente. Se dice en un contrato de matrimonio que la mujer aportó en dote una suma de 3,000 francos en monedas de á cinco francos. Se le desiere el juramento acerca de la realidad del aporte de 3,000 francos y de la naturaleza de los valores aportados. La mujer rehusa afirmar que los 3,000 francos hayan sido entregados en monedas de á cinco francos, pero ofrece afirmar positivamente, bajo fe de juramento que aportó la suma citada en diversos valores. Sentencia confirmada en apelación, que considera el juramento ofrecido como una negativa de prestar el juramento, y aplica el art. 1,361 según el cual aquel que se niega á prestar el juramento que se le desiere debe sucumbir. La sentencia fué casada después de una deliberación en la Sala de Consejo; la Corte de Casación dice que el juramento estaba conforme á la estipulación principal del contrato de matrimonio, constando de un aporte de 3,000 francos; solo difería en la enunciaci6n de las especies con las que el aporte se habia realizado; ¿qué importaba que fuera en piezas de á cinco francos ó en otros valores? (2)

266. Estas decisiones son demasiado absolutas. La cuestion presenta dos dificultades. Desde luego, se trata de saber si el juez puede modificar el juramento en el sentido que la parte que lo ha deferido esté obligada á aceptar estas modi-

1 Bruselas, 25 de Abril de 1822 (Pasicrisia, 1822, pág. 117); compárese Lieja, 13 de Febrero de 1864 (Pasicrisia, 1864, 2, 247).

2 Casación, 18 de Agosto de 1830 (Dalloz, en la palabra Obligaciones, núm. 5,250).

ficaciones; lo que arrostraría su condena, aunque el juramento no hubiese sido prestado tal cual lo propuso. La Corte de Bruselas contesta que deben aplicarse los principios que rigen la oferta y la aceptación; cuando la oferta no es aceptada tal cual es hecha, no hay concurso de consentimiento, y por consiguiente, no hay contrato; se dirá en vano que las modificaciones no afectan la esencia del juramento tal cual fué deferido; la Corte responde que la parte interesada tiene derecho de deferir el juramento tal como quiere formularlo, que el contrato siendo voluntario de parte de quien lo ofrece, habría contradicción en imponerle término que no hubiese ofrecido. Luego si no consiente á la modificación propuesta por la parte adversa, no habrá transacción. Nace entonces la cuestión de saber si la parte que se negó á prestar el juramento tal como le fué deferido, debe sucumbir conforme al art. 1,361. Aquí interviene el poder de apreciación del juez: ¿Hay negativa, ó no la hay? La solución depende de la naturaleza de las modificaciones propuestas por la parte á la que fué deferido el juramento. Si se relacionan con el hecho, objeto del litigio y del juramento, hay negativa de prestar el juramento, y por consiguiente, debe aplicarse el art. 1,361. Pero si las modificaciones no versan sino con una circunstancia accesoria é indiferente del hecho, el juez debe decidir que no hay negativa. En este sentido, la Corte de Casación en la sentencia citada, ha juzgado bien que no había lugar á condenar á la mujer que ofrecía prestar el juramento acerca del aporte, pero rehusaba afirmar, que éste se hubiese hecho en monedas de á cinco francos. La decisión es, pues, esta: la parte á la que el juramento es deferido propone modificarlo; si estas modificaciones no son admitidas por la parte que deferió el juramento, la transacción no se puede formar. ¿Hay en este caso negativa de prestar el juramento? El Tribunal lo apreciará. La corte de Bruselas explica muy bien los motivos por los que el juez debe tener

el poder de apreciación. Las partes no tienen un poder absoluto para deferir el juramento decisivo, con el efecto que la parte á la que es deferido deba sucumbir si no lo presta; solo tienen este derecho para los hechos esenciales de los que depende la sentencia de la causa; si agregan, pues, á estos hechos decisivos, circunstancias accesorias é indiferentes, se extralimitan en su derecho, y por consiguiente, no pueden obligar á la parte adversa á prestar el juramento acerca de estas circunstancias, bajo pena de sucumbir si lo rehusa. Esto sería, dice la Corte de Casación, ministrar á un litigante hábil y de mala fe, el medio fácil de ganar un proceso injusto deferiendo un juramento capcioso, mezclado de verdad y de mentira, á un adversario delicado y concienzudo. Este último no atreviéndose á afirmar las circunstancias accesorias é indiferentes que no fuesen verdaderas, rehusaría y sucumbiría, cuando estaba, sin embargo, dispuesto á prestar el juramento afirmativo acerca del hecho decisivo de que depende la sentencia de la causa. Aquí está el nudo de la dificultad y la solución. La negativa de prestar el juramento sin modificación, arrostraría la pérdida del proceso cuando las modificaciones versen sobre el punto esencial; no arrostrarían la pérdida del proceso, cuando no versan solo en circunstancias accesorias é indiferentes. (1)

267. La jurisprudencia de las cortes de Bélgica, está en este sentido. No permite al juez modificar el juramento, pero si la parte á la que el juramento fué deferido rehusa prestarlo tal cual fué formulado, no resulta necesariamente que deba considerarse como habiéndose negado, y que deba sucumbir. Al juez toca apreciar si el juramento debe ser aceptado en los términos propuestos; si encuentra que el juramento no debe ser aceptado en esos términos, no habrá negativa en el sentido del artículo 1,361; solo que la parte que deferió el juramento podrá retractarlo, para decir me-

1 Bruselas, 28 de Diciembre de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, pág. 356).

MM. Massé y Vergé, en sus notas acerca de Zachariae, profesan una opinión intermedia. Por una parte, el juramento no siendo prestado en los términos en que fué deferido, no puede ser opuesto á la parte que lo deferió; por otra parte, no puede perjudicar á la parte que lo prestó sino considerándolo como no siendo la expresión de la verdad. En esta opinión, los tribunales tendieron el derecho de ver en la declaración de la parte una negativa de juramento, si la declaración no les parece sincera, y un juramento sin efecto si la declaración es sincera. (1) La distinción mas parece dichosa, está en oposición con el texto de la ley. Aquel á quien el juramento es deferido no puede, en lugar de un juramento, hacer una declaración; debe prestar el juramento tal cual está deferido ó referido. Si no lo refiere y no lo presta en los términos propuestos, se coloca fuera de la transacción ofrecida; es decir, que la rehusa; luego debe sucumbir. No puede nunca tratarse en materia de juramento, de averiguar si la declaración es sincera ó no, no pertenece al intérprete transformar un juramento en una declaración que no sería un juramento.

Núm. 8. Efecto de la aceptación ó de la negativa.

1. Principio.

270. El art. 1,361 dice que aquel á quien el juramento es deferido y que lo rehusa debe sucumbir en su demanda ó en su excepción. Y según los términos del art. 1,365, el juramento hecho forma prueba en provecho del que lo deferió contra él. La redacción de esta disposición es mala. Cuando aquel á quien el juramento está deferido lo acepta y presta, el juramento hecho no forma por cierto prueba para el que lo deferió, al contrario, la negativa de prestar el juramento es lo que hace prueba en su provecho. Por otro lado,

1 Massé y Vergé acerca de Zachariae, t. III, pfo 608, nota 27.

el juramento prestado hace siempre prueba de quien lo prestó y contra aquel que lo ha deferido. (1) Pothier se expresa más exactamente diciendo: "Si la parte presta el juramento que le ha sido deferido, resultará de su juramento una presunción *juris et de jure* de la verdad de la cosa acerca de la que el juramento le fué conferido y que habrá afirmado contra lo que ninguna prueba contraria podrá ser recibida." (2)

271. Hay casos no previstos por la ley. Aquel á quien el juramento es deferido declara estar dispuesto á prestarlo, pero sucede que muere sin haberlo prestado. Toullier dice que el juramento debiera ser considerado como prestado, si la muerte solo fué causa del retardo. (3) Esta opinión ha quedado aislada. Está en oposición con la ley de la transacción; la condición esencial de la transacción es que el juramento sea prestado; desde luego que no lo está, la transacción no existe. Esto está también fundado en la razón; el juramento es un llamamiento á la conciencia, y no es cuando la aceptación de la transacción cuando la conciencia está en juego, es cuando la ejecución; aquel que aceptó puede aún retroceder cuando se tratará de hacer afirmación bajo fe de juramento. Todo cuanto resulta de la aceptación es que no hay negativa, pero el juramento no siendo prestado y no pudiendo serlo ya, la transacción se hace imposible, á reserva que la parte defiera á los herederos un juramento llamado de *credulidad*.

Si aquel á quien fué deferido el juramento llega á morir antes de haber aceptado ó negado, la transacción deja igualmente de existir. Esta es la aplicación de los principios ele-

1 Marcadé, t. V, pág. 242, núm. 1 del artículo 1,365.

2 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 915.

3 Toullier, t. V, 2, pág. 361, núm. 385. En sentido contrario Marcadé; t. V, 2, pág. 239, núm. 2 del artículo 1,361. Larombière tomo V, pág. 592, núm. 7 (Ed. B., tomo III, pág. 348). Colmet de Santarres, t. V, pág. 652, núm. 340 bis.

mentales que rigen la oferta y la aceptación. La oferta no puede ya ser aceptada; luego la transacción del juramento no puede ya formarse.

11. Fuerza probante del juramento.

272. El juramento no hace prueba sino cuando fué prestado tal cual fué deferido. Acabamos de examinar las dificultades que se presentan cuando el juramento es aceptado y prestado con modificaciones. Puede suceder que el juramento esté prestado en parte y rehusado en parte. Esta es también una modificación del juramento ofrecido. Había, pues, que aplicar los principios que hemos establecido, distinguiendo si la negativa versa en el hecho esencial ó en una circunstancia accesoria é indiferente. El caso se ha presentado ante la Corte de Casación, y ésta pronunció una sentencia más absoluta. Se trataba de una venta verbal de la que el pretendido comprador negaba la existencia. Se le deferió el juramento en estos términos; 1.º si la venta había sido convenida, 2.º si no había sido convenida ante varias personas. Acerca del primer hecho, el demandado afirmó que nunca había hecho el negocio en litigio. Acerca del segundo, se limitó á decir que no se acordaba haber dicho algo á terceros, y que no podía decir más. El Tribunal de primera instancia consideró este juramento como una negativa y declaró que la venta debía ser tenida por constante. En apelación, la corte de Poitiers declaró nulo el juramento y ordenó una instrucción considerando la respuesta del demandado en el interrogatorio y su juramento, como un principio de prueba por escrito. Recurso de casación. La Corte decidió que el juramento, no habiendo sido prestado en los términos en que fué deferido, la sentencia atacada había sido una justa aplicación de la ley, negando á este juramento incompleto el carácter de decisorio. (1) Esta resolución es

1 Denegada, 8 de Marzo de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 73y).

justa, en este sentido, que el juramento había sido modificado; no podía, pues, decidir la contestación en provecho de aquel que lo había prestado. La transacción caía, pero por esto mismo el juramento no procediendo, no podía considerarse como un principio de prueba.

273. No dice el Código cuál es la fuerza probante del juramento prestado ó rehusado. Como el juramento es una transacción, se puede aplicar por analogía el art. 2,052, según los términos del que las transacciones tienen entre las partes autoridad de cosa juzgada en último resorte. La prueba resultando del juramento prestado ó rehusado, excluye, pues, toda prueba contraria. Esto es en una consecuencia de la transacción; como lo dice Pothier, el juramento si no fué deferido para que de él dependa la sentencia de la causa, y siendo aceptado y prestado como tal, resulta un contrato por el que las partes convienen atenerse á lo que se afirmará, lo que excluye toda prueba contraria. Esto supone que la transacción es válida; las partes pueden atacarla como á toda convención, probando que su consentimiento ha sido viciado por el error, el dolo ó la violencia. Si la convención en virtud de la que el juramento ha sido prestado, es anulada, el juramento caerá. Pothier lo dice, y esto no levanta ninguna duda. (1) Hay, sin embargo, una restricción que hacer, en lo que concierne al error. Según el art. 2,052, las transacciones no pueden ser atacadas por causa de error de derecho; esta disposición es aplicable al juramento, puesto que contiene una transacción.

274. El art. 1,363 consagra una consecuencia del principio que acabamos de establecer: "Cuando el juramento deferido ó referido ha sido hecho, no se admite ya al adversario para probar su falsedad." Pothier da un ejemplo.

1 Pothier, *De las obligaciones*, núms. 915 y 918. Colmet de Santeuil, t. V, pág. 651, núm. 339 bis I.

Aquel que ha deferido el juramento no es admitido á probar que ha sido prestado falsamente, aunque produjera los títulos más decisivos. La razón consiste en que el juramento opera una presunción *juris et de jure* que hace reputar por verdadero lo que ha sido jurado y excluye toda prueba contraria. Poco importa que el juramento esté ó no conforme á la verdad. Aquel que defiere el juramento sabe que se expone á los riesgos de una falsa declaración; se somete á ello porque es la ley del contrato; no defirió el juramento bajo la condición que la declaración sea verdadera, esto no tendría sentido; lo defirió bajo la condición de ser prestado ó rehusado. Desde que es prestado, todo está consumado. (1)

El proceso termina como pasaría en virtud de una sentencia pronunciada en último resorte: esta es la decisión del artículo 2,052. No puede, pues, tratarse de apelación. (2) No hay ya recurso extraordinario así como no los hay ordinarios. El Código de Procedimientos permite retractar las sentencias á pedimento de aquellas que fueron partes, si hubo dolo personal (art. 480, I). Esta disposición no es aplicable al juramento, si lo fuera, se podría siempre atacar el juramento prestado falsamente, puesto que el perjurio es más que un dolo, es un crimen; y el art. 1,365 se opone á que se alegue la falsedad del juramento para obtener su anulación. (3) No se puede ni directa ni indirectamente. Ha sido resuelto que no se puede volver sobre la transacción del juramento atacando por vía de inscripción por falsedad el acta auténtica en el que el juramento ha sido deferido; se alegaría en vano que la inscripción por falsedad es admitida contra la mayor de las pruebas, el acta auténtica; el juramento no es propiamente una prueba, es una transacción que pone tér-

1 Larombière, t. V, pág. 493, núm. 5 (Ed. B., t. III, pág. 346). Mourlon, t. II, pág. 868, núm. 1,654.

2 Caen, 23 de Enero de 1824 (Dalloz, en la palabra, *Aquiescencia*, núm. 656).

3 Colmet de Santerre, t. V, pág. 651, núm. 359 bis II.

mino al proceso, de manera que toda acción queda extinguida. Esto decide la cuestión. (1)

275. Sin embargo, el juramento falso es un crimen. ¿El art. 1,363 impide perseguir el crimen de perjurio? No seguramente; prohíbe á la parte que ha deferido el juramento probar su falsedad, pues no se opone á que el Ministerio Público persiga al culpable por interés de la sociedad y de la moral pública; si el Ministerio Público promueve, la parte lesada por el perjurio podrá presentarse como parte civil para reclamar daños y perjuicios. Así se ha sostenido, pero el parecer de Duranton ha quedado aislado; se encuentra en oposición con el art. 1,363 y con el espíritu de la ley. Cuando el art. 1,363 dice, que: "El adversario no es admisible para probar la falsedad del juramento," esto significa que no puede volver sobre la transacción que tiene ofrecida exponiéndose al riesgo de un juramento falso; y sería volver sobre la transacción, reclamar bajo el nombre de daños y perjuicios el valor pecuniario de la obligación sobre que fué prestado el juramento; no se puede hacer indirectamente lo que la ley prohíbe hacer directamente. Bajo el punto de vista de los intereses civiles, todo queda consumado por la transacción. Creemos inútil insistir; la jurisprudencia está de acuerdo con la doctrina. (2)

III. Extensión de la fuerza probante.

276. El juramento es una transacción que equivale á la cosa juzgada en último resorte. Resulta de esto que deben aplicarse á la fuerza probante que resulta del juramento, los principios que rigen á la cosa juzgada. Pothier deduce de

1 Colmar, 25 de Abril de 1827 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,264).

2 Véase la jurisprudencia en el *Repertorio* de Dalloz, núm. 5,376. Toullier, t. V, 2, pág. 308, núm. 389, y todos los autores. En sentido contrario, Duranton, t. XIII, pág. 626 núm. 609. Véase la refutación en Aubry y Rau, t. VI, pág. 356, nota 3, pfo. 753 (3ª edición).

esta consecuencia que el juramento decisorio no tiene efecto sino con relación á la misma cosa para la que fué deferido, y agrega: Para saber si lo que se pide es la misma cosa que aquella sobre la que fué deferido el juramento, se pueden aplicar todas las reglas que conciernen á la autoridad de la cosa juzgada. Así, aquel que ha formulado una demanda contra un heredero por la parte de este último, y que ha sucumbido por haber negado el juramento que le fué deferido por este heredero, puede aun formular una igual demanda contra el coheredero y por la misma causa, pues las obligaciones dividiéndose entre los herederos, la parte de cada uno en la deuda forma, en realidad, una obligación diferente, y además, las personas son diferentes; luego la transacción del juramento no puede ser invocada. (1) Si los juramentos fuesen más usuales, las dificultades no faltarían en la aplicación del principio, como abundan en materia de cosa juzgada. Una se ha presentado ante la Corte de Casación, y dudamos que la solución que recibió esté conforme á los verdaderos principios. Cuando hay juramento prestado acerca de la contestación principal, ¿se aplica el efecto de la transacción á las conclusiones subsidiarias? La afirmativa no es dudosa, si las conclusiones subsidiarias son una dependencia de las conclusiones principales. ¿Sucedia así en el caso? El demandante había transportado á un banquero un crédito de 75,000 francos á cargo del Gobierno, y que él había recibido á cuenta de la casa balearia. Concluía á la restitución del excedente del crédito sobre las cuentas, pretendiendo que no se trataba sino de un simple saldo; subsidiariamente y para el caso en que fuera sentenciado que había cesión del crédito, pedía la nulidad por causa de dolo y usura. El juramento fué deferido y prestado acerca de la realidad de la transmisión. Fué sentenciado que este jura-

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 916. Duranton, t. XIII, página 634, núm. 608).

mento terminaba el litigio, aun en lo que concernía á la validez de la transmisión, porque las cosas de dolo y usura eran subsidiarias al hecho principal de la cesión. (1) Esto nos parece dudoso; si un primer juez decidió que había cesión, ¿decidió por esto que la cesión era válida? No, hay aquí dos cuestiones muy distintas. ¿El acto litigioso es una cesión ó no lo es? Si fué sentenciado que es una cesión, ¿implica la sentencia que esta cesión no esté viciada por dolo ó por usura? El objeto de la segunda contestación difiere de el de la primera; luego la transacción en una, no puede extenderse á la otra. ¿Entre qué personas la transacción del juramento produce su efecto? Debe aplicarse el principio á la cosa juzgada; el juramento no tiene efecto sino entre las partes que están en causa, no perjudica á los terceros ni les aprovecha. Por eso es, dice Pothier, que si uno de los herederos me cita para pagarle su parte en una suma que yo debía á su autor, y si me defiere el juramento acerca de la deuda, el juramento que yo prestaré de no deber nada no impedirá á los demás herederos el demandarme su parte en la misma deuda, y si aportasen la prueba de la existencia de la deuda, yo sería condenado á pagar lo que les toque en dicha deuda, aunque haya un juramento prestado de que la deuda no existe; este juramento no tiene efecto sino con relación á aquel que lo deferió y no para con su heredero. (2)

277. El art. 1,365 que establece el principio acerca del efecto del juramento prestado ó rehusado, contiene aplicaciones de las que la primera, si se atiende uno al texto, está considerada más bien como una excepción. "No obstante, dice la ley, el juramento deferido de los acreedores solidarios al deudor, no libera á éste sino por la parte de aquel acreedor." Hay efectivamente una excepción al principio que regía la solidaridad entre acreedores en derecho romano.

1 Denogada, 27 de Abril de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 195).

2 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 916.

El Código establece un nuevo principio: Los acreedores están considerados como asociados, y por consiguiente, no pueden disponer por vía de transacción sino de su parte en el crédito. Transladamos á lo que fué dicho en el capítulo *De la Solidaridad*.

"El juramento deferido á uno de los deudores solidarios aprovecha á los codeudores." Se supone como lo dice el final del artículo, que el juramento está deferido acerca de la deuda; si fuera deferido acerca del hecho de la solidaridad, el juramento no tendría efecto sino entre las partes, en virtud del principio general. ¿Por qué el juramento deferido acerca de la deuda á uno de los deudores solidarios aprovecha á los demás? Hemos dicho al tratar de la cosa juzgada, que la cuestión de saber si la sentencia pronunciada en favor de uno de los deudores aprovecha ó perjudica á los demás, está muy controvertida. El Código la sanjó en lo que concierne al juramento. Dudamos que esto sea la aplicación de los verdaderos principios, bien que ésta esté conforme á la tradición. Si se atiende uno al principio de la cosa juzgada invocada por Pothier, debe decirse que lo que fué sentenciado con uno de los deudores no lo está para con los demás; hay una razón particular para limitar las partes el efecto del juramento; éste es un llamamiento á la conciencia, y el acreedor puede creer en la honradez de uno y no creer en la honradez del otro; hay, pues, alguna cosa de individual en la delación del juramento, y el efecto también debiera limitarse á los individuos. Se invoca además otra analogía, la de la remesa de la deuda. (1) Esto es confundir la realidad con la ficción. El acreedor que hace remesa de la deuda renuncia á su crédito por el todo y queda extinguido con relación á todos. ¿Es que el acreedor que defiere su juramento entiende hacer remesa, y es por esto por lo que promueve en justicia, es por eso por lo que hace un llamamiento á la con-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 654, núm. 341 bis III y IV.

ciencia de su adversario? Le perdona á la verdad, si éste presta el juramento, pero esto es una remesa forzada, y precisamente porque tal es, no se deberá extenderla.

"El juramento deferido al deudor principal libera á los caucionantes." Pothier da como razón que el deudor tiene interés en que no se demande nada á sus caucionantes, puesto que éstos tendrían un recurso contra él si estuviesen obligados á pagar. La razón nada tiene de decisiva. Se trata no del interés del deudor, pero del efecto de una transacción que equivale á una sentencia. Los autores modernos dan otra razón, la analogía de la remesa de la deuda. (1) Hemos dicho que esta razón no es mejor que la primera.

"El juramento deferido al caucionante aprovecha al deudor principal cuando ha sido deferido acerca de la deuda; no le aprovecha cuando ha sido deferido acerca de la caución." Pothier dice que el juramento del caucionante substituye al pago, y el pago hecho por el caucionante libera al deudor principal. ¿No es esto confundir dos órdenes de ideas muy distintas? Nó, la transacción del juramento no implica un pago, implica que no hay ya deuda. En todo caso no se puede invocar la analogía de la remesa, puesto que el art. 1,287 decide que remesa acordada al caucionante no libera al deudor principal.

278. El art. 1,365 supone que el juramento ha sido deferido al pretendido deudor ó á aquellos que están obligados con él al pago de la deuda, y que ha sido prestado por aquel á quien ha sido deferido. La ley no dice nada del caso en que el deudor ú otro interesado rehusase de prestar el juramento. Como la transacción del juramento implica la negativa tanto como la aceptación de aquel que fué deferido, es menester aplicar por analogía las disposiciones del art. 1,355. Lo mismo sucederá con un caso no previsto,

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 908. Colmet de Sauterre, t. V, pág. 654, núm. 341 bis III.

cuando el juramento está deferido al pretendido acreedor. (1)

§ III.—DEL JURAMENTO DEFERIDO DE OFICIO.

279. El juez puede deferir el juramento á una de las partes para hacer depender de él la decisión de la causa ó solo para determinar el motivo de la condenación (art. 1,356). Se llama el primer juramento *supletorio*, y el segundo juramento *in litem*.

ARTICULO 1.º —Del juramento *supletorio*.

Núm. 1. Nociones generales.

280. ¿Qué es el juramento *supletorio*? Al leer el artículo 1,366, se podía creer que la calificación de *supletorio* que los autores dan al juramento deferido por el juez por la demanda ó por la excepción, es inexacto. En efecto, la ley dice que este juramento es deferido *para que de él dependa la decisión de la causa*, así como el art. 1,357 dice que el juramento *decisorio* es aquel que una parte defiere á la otra para que *de él dependa la sentencia de la causa*. Ambas definiciones son idénticas; ¿es esto decir que la doctrina se equivoca calificando de *supletorio* el juramento deferido por el juez por la demanda ó por la excepción? No, es la definición del Código la que es mala, pues confunde dos juramentos esencialmente diferentes. El juramento no es *decisorio* sino cuando una parte lo defiere á la otra. Es *decisorio*, primero por que decide esto la contestación, sin que el juez alegue otro motivo; para decir mejor, son las mismas partes las que terminan el litigio por transacción. El juramento es *decisorio* porque termina el litigio, no así del juramento *supletorio*; el juez no funda únicamente su decisión en este juramento,

1 Traducimos á Colmet de Santerre quien ha previsto las diversas hipótesis (t. V, pág. 655, núms. 341 bis V. 341 bis X).

no lo puede deferir sino cuando la demanda ó la excepción no están enteramente faltas de pruebas y que no están enteramente justificadas, lo que equivale á decir que hay un principio de prueba y que lo que falta á ésta se completa por el juramento; el juramento deferido por el juez es, pues, un *suplemento de prueba* y por eso es que se le llama juramento *supletorio*. También es *supletorio* en cuanto á su efecto, en este sentido que es una prueba subsidiaria, que como todas las pruebas sirve para decidir el proceso, pero no lo termina; el juramento *supletorio* no es, pues, una transacción.

281. ¿Cuáles son los motivos por los que la ley permite al juez deferir el juramento á una de las partes? Pothier dice que el uso de este juramento se establece por las leyes romanas, y no da otra razón sino que el juez lo defiere "para asegurar su religión." La prueba ministrada por el demandado no está completa, le quedan dudas al juez, teme juzgar mal apoyándose en pruebas que dejan alguna incertidumbre; es para calmar estos escrúpulos por lo que defiere el juramento. Pothier agrega: "No aconsejaría, sin embargo, á los jueces usar á menudo de esta preocupación que solo sirve para dar ocasión á multitud de perjuros. Cuando un hombre es honrado, no necesita ser retenido por la religión del juramento para pedir lo que no se le debe ó para negar lo que él debe; y aquel que no es hombre honrado ningún temor tiene en perjudicarse. En más de cuarenta años que tengo de ejercer mi profesión, agrega Pothier, he visto infinidad de veces deferido el juramento y solo una ó dos veces pude ver que una parte haya sido retenida por la religión del juramento en persistir en lo que había sostenido." (1)

Los autores modernos y sobre todo Toullier abundan en críticas. Es seguro que la facultad acordada á los jueces

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 924.

cuando el juramento está deferido al pretendido acreedor. (1)

§ III.—DEL JURAMENTO DEFERIDO DE OFICIO.

279. El juez puede deferir el juramento á una de las partes para hacer depender de él la decisión de la causa ó solo para determinar el motivo de la condenación (art. 1,356). Se llama el primer juramento *supletorio*, y el segundo juramento *in litem*.

ARTICULO 1.º —Del juramento *supletorio*.

Núm. 1. *Nociones generales.*

280. ¿Qué es el juramento *supletorio*? Al leer el artículo 1,366, se podía creer que la calificación de *supletorio* que los autores dan al juramento deferido por el juez por la demanda ó por la excepción, es inexacto. En efecto, la ley dice que este juramento es deferido *para que de él dependa la decisión de la causa*, así como el art. 1,357 dice que el juramento *decisorio* es aquel que una parte defiere á la otra para que *de él dependa la sentencia de la causa*. Ambas definiciones son idénticas; ¿es esto decir que la doctrina se equivoca calificando de *supletorio* el juramento deferido por el juez por la demanda ó por la excepción? No, es la definición del Código la que es mala, pues confunde dos juramentos esencialmente diferentes. El juramento no es *decisorio* sino cuando una parte lo defiere á la otra. Es *decisorio*, primero por que decide esto la contestación, sin que el juez alegue otro motivo; para decir mejor, son las mismas partes las que terminan el litigio por transacción. El juramento es *decisorio* porque termina el litigio, no así del juramento *supletorio*; el juez no funda únicamente su decisión en este juramento,

1 Traducimos á Colmet de Santerre quien ha previsto las diversas hipótesis (t. V, pág. 655, núms. 341 bis V. 341 bis X).

no lo puede deferir sino cuando la demanda ó la excepción no están enteramente faltas de pruebas y que no están enteramente justificadas, lo que equivale á decir que hay un principio de prueba y que lo que falta á ésta se completa por el juramento; el juramento deferido por el juez es, pues, un *suplemento de prueba* y por eso es que se le llama juramento *supletorio*. También es *supletorio* en cuanto á su efecto, en este sentido que es una prueba subsidiaria, que como todas las pruebas sirve para decidir el proceso, pero no lo termina; el juramento *supletorio* no es, pues, una transacción.

281. ¿Cuáles son los motivos por los que la ley permite al juez deferir el juramento á una de las partes? Pothier dice que el uso de este juramento se establece por las leyes romanas, y no da otra razón sino que el juez lo defiere "para asegurar su religión." La prueba ministrada por el demandado no está completa, le quedan dudas al juez, teme juzgar mal apoyándose en pruebas que dejan alguna incertidumbre; es para calmar estos escrúpulos por lo que defiere el juramento. Pothier agrega: "No aconsejaría, sin embargo, á los jueces usar á menudo de esta preocupación que solo sirve para dar ocasión á multitud de perjuros. Cuando un hombre es honrado, no necesita ser retenido por la religión del juramento para pedir lo que no se le debe ó para negar lo que él debe; y aquel que no es hombre honrado ningún temor tiene en perjudicarse. En más de cuarenta años que tengo de ejercer mi profesión, agrega Pothier, he visto infinidad de veces deferido el juramento y solo una ó dos veces pude ver que una parte haya sido retenida por la religión del juramento en persistir en lo que habla sostenido." (1)

Los autores modernos y sobre todo Toullier abundan en críticas. Es seguro que la facultad acordada á los jueces

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 924.

para deferir el juramento de oficio está en oposición con la esencia misma del juramento. Esto es un llamamiento á la conciencia, y este llamamiento es siempre muy arriesgado, como Pothier lo testifica. ¿Pertenece al juez exponer á este riesgo á una de las partes sin su consentimiento, á pesar suyo? A la parte interesada toca sacrificar su interés si lo cree necesario ó conveniente; el juez no tiene ese derecho. Se dice en vano que éste defiere el juramento para asegurar su religión. Esta es una singular manera de tranquilizar su conciencia, haciéndolo á expensas de los litigantes. Los escrúpulos del juez están fuera de lugar. ¿En qué circunstancias defiere el juramento? Cuando la demanda ó la excepción no están justificadas, dice el art. 1,357. Los principios de derecho bastan para sanjar la dificultad; si la demanda ó la excepción no están suficientemente establecidas, el juez las desecha; al desecharlas obedece á la ley; y aquel que obedece á la ley no debe tener escrúpulos; cumplió con su deber; luego su conciencia debe estar tranquila. (1)

282. De esto sigue que el derecho acordado á los jueces de deferir el juramento á una de las partes en la demanda ó en la excepción es un poder exorbitante, contrario á los verdaderos principios. El derecho del juez está exclusivamente fundado en la ley, y esta ley es una verdadera excepción; luego es de estricta interpretación; debe restringirse el poder del juez en los límites del texto. (2)

Núm. 1. De las condiciones requeridas para que el juez pueda deferir el juramento.

283. El art. 1,367 determina esas condiciones, y lo hace en los términos más restrictivos. *El juez no puede deferir de oficio el juramento, ya en la demanda, ya en la excepción que se oponga, sino bajo las dos condiciones siguientes: Es me-*

1 Toullier, t. V, 2, pág. 315, núms. 398 y 399.

2 Aubry y Rau, t. VI, 2, pág. 474, nota 7, pfo. 767 (3ª edición).

ner, 1.º que la demanda ó la excepción no estén plenamente justificadas." La demanda ó la excepción están plenamente justificadas cuando la pena legal es completa; en este caso, no puede tratarse de un suplemento de prueba; aunque el juez estuviese convencido que las pruebas legales fuesen falsas, debería condenar al demandado si la demanda estuviese completamente justificada; y si la excepción está plenamente justificada, debe absolver al demandado por la demanda. 2.º "Es menester que la demanda ó la excepción no estén totalmente provistas de prueba." La fórmula está tomada en Pothier; llama estas causas dudosas. La demanda ó la excepción no es evidentemente justa por causa de un principio de prueba que se tiene. (1) En la duda, el juez debe abstenerse de admitir las conclusiones del demandante ó el demandado. La ley deroga á esta regla del sentido común permitiéndole buscar un suplemento de prueba en la delación del juramento.

284. Esas dos condiciones, siendo exigidas por la ley para que el juez pueda deferir el juramento, resulta que debe constar su existencia en la sentencia. La Corte de Casación de Francia lo resolvió así, y también la Corte de Casación de Bélgica, casando sentencias que habían deferido el juramento sin hacer constar que la demanda ó la excepción no estaban plenamente justificadas ni totalmente desprovistas de prueba. (2) Cuando la ley solo da al juez un derecho bajo ciertas condiciones, el juez viola la ley no haciendo constar que dichas condiciones existen.

Pothier ha resuelto esta cuestión en sentido contrario. Supone que la prueba hecha por el demandante ó el demandado es completa y que, sin embargo, el juez, para mejor asegurar su religión, le defiere el juramento: ¿Habría lugar á

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 922. Véase un ejemplo en una sentencia de casación de 8 de Abril de 1874 (Daloz, 1875, I, 231).

2 Casación (de Francia), 13 de Diciembre de 1841 (Daloz, en la palabra *Efectos de comercio*, núm. 467). Casación (de Bélgica), 7 de Marzo de 1850 (*Pasicrisia*, 1850, I, 256).

apelación contra esta sentencia? Nó, dice Pothier, pues el juez no perjudicó á la parte exigiendo el juramento, puesto que á ésta nada le cuesta afirmar lo que sabe ser verdad; mientras que la negativa que hiciera de afirmar el hecho atenuaría ó destruiría la prueba que de él había ministrado. ¿Debe seguirse aún esta opinión bajo el imperio del Código? La negativa es segura, y la jurisprudencia que acabamos de hacer constar decide la cuestión implícitamente. En el antiguo derecho no había ley, se podía, pues, raciocinar como lo hace Pothier; hoy no se puede ya en presencia de una ley que subordina estrictamente á la existencia de dos condiciones el ejercicio del derecho que confiere al juez; si el juez se coloca fuera de la ley, que la sin poder; luego comete un exceso de poder, lo que da lugar á apelación y aun á casación si el juez ha decidido en derecho. (1)

La aplicación del principio ha dado lugar á una dificultad en ocasión de la pretendida venta de una mula coja. Aquellos que alegaban la venta, no ministraban ninguna prueba de ello; desde luego, el demandado nada tenía que probar; sin embargo, el juez de paz le deferió el juramento. Recurso de casación de la parte adversa por violación del artículo 1,367. La Corte pronunció una sentencia de denegada. Los demandantes, dijo, no tienen para qué quejarse de que el demandado haya prestado juramento; esto fué para ellos una garantía que no les era estrictamente debida, y no pueden atacar una decisión que les es favorable. La parte á la que fué deferido hubiera tenido el derecho de rehusarse, puesto que el demandado nada tiene que probar; á su respecto, la ley fué violada, pero no lo fué á la parte adversa. (2)

285. ¿Cuándo puede decirse que la demanda ó la excepción no está totalmente desprovista de pruebas? Decir que la demanda ó la excepción no están totalmente desprovistas

1 Toullier, t. V, 2, pág. 319, núm. 403.

2 Denegada, 8 de Mayo de 1855 (Daloz, 1855, 1,245).

de pruebas, es decir que hay un principio de prueba insuficiente para decidir el proceso. La dificultad está en precisar en qué debe consistir el principio de prueba. Se dice ordinariamente que se necesita un principio de prueba por escrito. Esto es demasiado absoluto. Cuando la ley habla de *prueba*, entiende por esta palabra una *prueba legal*. Así, debe haber un principio de prueba legal; es decir, de prueba admitida por la ley; y una prueba varía según la naturaleza del hecho litigioso. Cuando el hecho tiene un valor pecuniario superior á 150 francos, la ley exige una prueba literal (art. 1,341), mientras que más bajo que esta suma, la prueba testimonial es admitida. Supongamos que la prueba testimonial sea admisible, el juez podrá oír á los testigos; si el testimonio le parece insuficiente, podrá completar la prueba deferiendo el juramento á una de las partes. No es necesario, en este caso, de un principio de prueba por escrito, puesto que la ley se conforma con la prueba por testigos. Simples presunciones pudieran aún bastar para autorizar al juez á deferir el juramento, puesto que las presunciones son admisibles cuando la prueba testimonial lo es también. Por la misma razón, el juez puede deferir el juramento en los casos en que, por excepción, la prueba testimonial es recibida, cualquiera sea el valor pecuniario del testigo; un principio de prueba por escrito no sería necesario por razón de poderse hacer la prueba legal por medio de testigos; luego el principio de prueba puede también resultar de testimonios. ¿Cuándo se necesita un principio de prueba por escrito? Cuando la prueba debe hacerse por escrito; no bastaría en este caso con testimonios ó con presunciones, puesto que estas pruebas no son admitidas; y cuando no son admitidas para dar pruebas completas, no lo son tampoco como principio de prueba.

Tal es la opinión de todos los autores, (1) y también es

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 473, pfo. 767. Marcadé, t. V, pág. 245,

consagrada por la jurisprudencia á pesar de algunas incertidumbres; la Corte de Casación de Francia ha decidido que el art. 1,367, al autorizar el juramento de oficio bajo la doble condición que la demanda no será plenamente justificada ni totalmente desprovista de prueba, entendió hablar de las pruebas *legalmente admisibles*; es decir, de una prueba escrita ó de un principio de prueba por escrito si el debate versa sobre un valor excedente de 150 francos. (1) La Corte de Casación de Bélgica ha pronunciado acerca de esta cuestión las sentencias que no concuerdan mucho en la primera; falló conforme con la jurisprudencia francesa que cuando el objeto de la demanda exceda el valor de 150 francos, el juez no puede deferir el juramento supletorio sino en el caso en que haya un principio de prueba por escrito, del hecho contestado, ó de las confesiones ó declaraciones de las partes que hacen el hecho verosímil. (2) Volvamos á tratar este último punto. En una segunda sentencia, la Corte dice: "Visto que la sentencia atacada, después de las *instrucciones* y alegatos que tuvieron lugar, *enuncia los hechos y circunstancias* que han resultado de ella y que el Tribunal tomó en consideración para declarar que si la demanda no era plenamente establecida podía ser justificada por los *hechos y circunstancias de la causa*, de donde resultaban *presunciones graves*. Visto que esta decisión puramente de hecho, siendo soberana, comprueba la existencia de las condiciones exigidas por el art. 1,367 para que el juez haya podido deferir el juramento supletorio." (3) ¿Quiere esto decir que el juez del hecho tiene un poder discrecional para

núm. 2 del art. 1,367 (Larombière, t. V, pág. 518, núm. 3 (Ed. B., tomo III, pág. 355). Colmet de Santerre, t. V, pág. 657, núm. 343 bis.

1 Denegada, 24 de Julio de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 467). Compárese Denegada, Sala Civil, 10 de Mayo de 1842 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,303, 4^a). Rennes, 26 de Enero de 1813 (Dalloz en la palabra *Verificación de escrituras*, núm. 176).

2 Casación, 23 de Noviembre de 1849 (*Pasicrisia*, 1850, 1, 256).

3 Denegada, 12 de Diciembre de 1861 (*Pasicrisia*, 1862, 1, 76).

decidir si hay un principio de prueba, y que pueda tomar este principio en las *circunstancias de la causa*; es decir, en simples presunciones? Si así se entendiera la sentencia, estaría en contradicción con la primera decisión de la Corte y con los verdaderos principios. Creemos que los términos de la sentencia son demasiado absolutos y que van más allá de la mente de la Corte; ésta no pretendió pronunciar una sentencia de principios, sino un fallo de especie. Y se trataba en el proceso de un negocio comercial en el que la prueba testimonial es indefiniblemente admisible, y, por consiguiente, no podía tratarse de un principio de prueba por escrito.

Hay una cuestión de hecho en todo principio de prueba; al juez toca apreciar si la demanda ó la excepción están suficientemente justificadas para que el juez pueda deferir el juramento. En esta apreciación el juez está necesariamente influenciado por la opinión que tiene acerca del juramento supletorio. La Corte de Gante dice que el juez debe usar de esta facultad con mucha circunspección, lo que es justo, pero la Corte no llevará la cosa demasiado lejos al agregar que el juez no debe admitir al demandante al juramento sino cuando la prueba que ha hecho de su demanda es casi concluyente por sí? (1) Basta poner esta fórmula en relación con la del Código para convencerse que la Corte ha ido más allá de la ley; el art. 1,367 se limita á exigir que la demanda no esté totalmente desprovista de pruebas, y la Corte quiere que ésta esté casi enteramente justificada. Debemos respetar la ley, aunque esté contraria á los verdaderos principios; ella admite el juramento supletorio, bajo condiciones fáciles, y no pertenece al intérprete cambiar esas condiciones tan fáciles por condiciones tan difíciles que casi nunca habría lugar á deferir el juramento de oficio.

286. La ley prescribe formalidades para las actas que constan de consecuencias bilaterales ó de ciertas convencio-

1 Gante, 14 de Agosto de 1834 (*Pasicrisia*, 1834, 2, 227).

nes unilaterales (arts. 1,325 y 1,326); cuando todas las formalidades han sido observadas, el acto no hace ya una prueba completa, pues resulta de ella un principio de prueba por escrito que permite admitir la prueba testimonial y, por consiguiente, deferir el juramento. La Corte de Casación lo resolvió así y no hay mucha duda; el art. 1,367 no deferir al principio de prueba que exige; el juez goza de una cierta latitud de apreciación del escrito alegado á ese título; todo lo que puede exigirse es que resulte de un escrito cuando la obligación debe ser probada por una prueba literal. (1)

287. En el caso en que la prueba testimonial es admisible, los jueces pueden no hallar suficiente la prueba resultante de la instrucción; tendrán entonces que examinar si los testimonios, aunque insuficientes para justificar enteramente la demanda ó la excepción, ministran un principio de prueba en el sentido del art. 1,367; en este caso, su poder de apreciación es absoluto, pueden, pues, deferir el juramento si la demanda ó la excepción no les parece totalmente desprovista de pruebas; no es necesario que este principio de prueba resulte de un escrito, puesto, que la prueba completa puede hacerse por testigos, el principio de prueba puede también resultar por testimonios. La Corte de Casación lo ha resuelto así. (2)

288. La prueba testimonial es recibida por excepción en los casos en que hay un principio de prueba por escrito; es menester, en este caso, que este principio de prueba reúna los caracteres exigidos por el art. 1,347. Es de jurisprudencia que pueda resultar de un interrogatorio de posiciones; luego el juez podrá también deferir el juramento supletorio. Así lo decidió la Corte de Casación. Esta hace constar

1 Denegada, 1^o de Julio de 1828 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,320). Compárese Bruselas, 28 de Julio de 1830 (*Pasicrisia*, 1830, pág. 205).

2 Denegada, 8 de Septiembre de 1897 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 2,495).

desde luego que las partes han sido oídas personalmente en cuatro audiencias sucesivas; que en esas comparecencias los demandados se habían entorpecido y contradicho, afirmando en una audiencia que tenían un libro que justificaba sus pretensiones y rehusando en otra audiencia producir este registro; el primer juez podía inferir de la negativa de los demandados junto con sus tergiversaciones, que había un principio de prueba en favor del demandante; este principio de prueba resultaba de un escrito, puesto que las declaraciones de las partes fueron hechas en justicia ante un Tribunal reunido, recogidas por ese Tribunal entero, en el momento en que fueron producidas, y consignadas inmediatamente en la decisión pronunciada por el Tribunal. Según la jurisprudencia, las declaraciones así recibidas en audiencia y que constan en la sentencia, equivalen á un interrogatorio de posiciones; lo que es decisivo. Esto ni siquiera está en duda por lo que se refiere á la delación del juramento, pues lo repetimos, la ley no define los caracteres que debe tener el principio de prueba en el caso del art. 1,367; los jueces tienen, pues, una latitud más amplia para la delación del juramento que para la admisión de la prueba testimonial. (1)

289. La prueba testimonial es indefinidamente admitida en los casos en que el demandante ha estado en la imposibilidad de procurarse una prueba literal. Luego en los mismos casos, el juez podrá deferir el juramento si los testimonios ó las pretensiones llenan las condiciones exigidas por el art. 1,367. El fraude y el dolo son uno de los casos en los que no fué posible al acreedor procurarse una prueba literal; si la maniobras dolosas son insuficientes para ministrar una prueba completa, el juez podrá completarla defini-

1 Denegada, 24 de Julio de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 467). Compárese Denegada, 5 de Julio de 1868, 31 de Mayo de 1825 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,322) y 11 de Junio de 1873 (Dalloz, 1873, 1, 478).

riendo el juramento supletorio. (1) Importa, sin embargo, notar que no basta que el acreedor haya estado en la imposibilidad de tener un escrito de la obligación litigiosa para que por esto solo el juramento pueda serle deferido; el juramento supletorio nunca es más de un suplemento de prueba; es, pues, necesario, en el caso, que haya testimonios ó presunciones que den alguna probabilidad á la demanda ó á la excepción para que el juez pueda deferir el juramento de oficio. Hemos dicho que el juez debe hacer constar las dos condiciones prescriptas por el art. 1,367; debe, pues, declarar que hay un principio de prueba resultando, ya sea de testimonios si hubo instrucción, ya de presunciones ó de los hechos y las circunstancias de la causa. (2)

La jurisprudencia llevó demasiado lejos el principio establecido por el art. 1,348, admitiendo que hay imposibilidad de procurarse una prueba literal cuando el uso ó las conveniencias no permiten redactar un escrito. Hemos combatido esta doctrina relajada, y se debe, sobre todo, apartarla cuando se trata de deferir el juramento supletorio, pues la delación de este juramento es ya por sí misma exorbitante del derecho común; no debe agregársele una nueva derogación á los principios generales del derecho. Ha sido resuelto, en el sentido de nuestra opinión, que no hay lugar á deferir á un médico el juramento supletorio acerca de una pretendida promesa que le hubiera hecho el enfermo de aumentar el monto de sus honorarios. La Corte de Lieja había deferido el juramento porque el uso y las conveniencias no permitían exigir una prueba escrita de semejante promesa. Su fallo fué casado: esto era, dice la Corte de Casación, crear una excepción nueva, extendiendo la que la ley establece. (3)

1 Denegada, 11 de Junio de 1873 (Dalloz, 1873, 1, 478).

2 Compárense las sentencias citadas en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núms. 5,314, 5,316.

3 Casación, 8 de Diciembre de 1853 (*Pasicrisia*, 1854, 1, 100).

290. Hay un caso en el que la ley autoriza al juez á deferir el juramento supletorio; el art. 1,329 dice que: «los libros de los comerciantes no hacen prueba contra las personas no comerciantes, por las entregas notadas en ellos, excepto lo que será dicho con relación al juramento.» Es de tradición que, en este caso, el juez puede deferir el juramento. Decimos que lo puede pero no lo debe; la Corte de Casación lo sentenció así en una sentencia reciente, y esto no es dudoso. Pothier lo había hecho ya notar; es necesario, dice, que las entregas marcadas en el libro sean probables. (1)

291. ¿Además de las dos condiciones prescriptas por el art. 1,367, deben aplicarse al juramento supletorio los principios que rigen el juramento decisorio? Se lee en una sentencia de la Corte de Casación de Bélgica, que el legislador habiendo tratado de esos dos juramentos en dos párrafos separados, en los que prescribe reglas especiales á cada uno, no puede sostenerse que se deba necesariamente aplicar al uno lo que solo fué ordenado para el otro. (2) La Corte no dice que no se deban aplicar al juramento supletorio los principios que rigen el juramento decisorio. Aunque ambos juramentos difieran grandemente, tienen, sin embargo, un carácter común, es que uno y otro son un llamamiento á la conciencia acerca de la existencia de un hecho litigioso. De esto proceden consecuencias que son comunes á ambos juramentos.

Así, el juramento supletorio como el juramento decisorio, no pueden ser deferidos en una cuestión de derecho (núm. 250); el mismo texto del art. 1,367 lo prueba: el juez defiere el juramento cuando el hecho litigioso no está enteramente justificado y que no está totalmente desprovis-

1 Denegada, 22 de Julio de 1872 (Dalloz, 1873, 1, 110). Compárense las sentencias citadas en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,321, y Pothier, *De las obligaciones*, núms. 753 y 755).

2 Denegada, 2 de Abril de 1840 (*Pasicrisia*, 1840, 1, 344).

to de pruebas; esto supone un debate en una cuestión de hecho. (1)

¿Puede el juramento ser deferido por el juez en un hecho que no es personal á la persona á la que es deferido? En nuestro parecer, se debe aplicar el art. 1,359 al juramento supletorio; la condición resulta de la misma naturaleza del juramento. Es un llamamiento á la conciencia, y no podemos afirmar en conciencia sino los hechos que nos son personales. (2) La jurisprudencia y la doctrina son contrarias; porque decidan que el juez pueda deferir el juramento á una parte acerca de un hecho que le es completamente extraño, pero se admite que el juramento de oficio puede ser deferido cuando la parte declara tener conocimiento del hecho, bien que no le sea personal. (3) Esto sería una especie de juramento de *credulidad*, no es el juramento propiamente dicho. La cuestión está, pues, en saber si el juez puede deferir de oficio un juramento de que no se hace mención en la sección del juramento. Nos parece que presentar la cuestión, es resolverla. Es verdad que los autores admiten que el juez puede deferir á los herederos un juramento de credulidad, (4) pero, al decirlo así, olvidan que el principio, siendo excepcional por naturaleza, no puede ser extendido á casos que la ley no prevee.

Los hechos acerca de los que el juramento supletorio es deferido ¿deben ser decisivos? Se pudiera creer así, al leer

1 Bruselas, 30 de Junio de 1858 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 230).

2 Lieja, 11 de Febrero de 1860 (*Pasicrisia*, 1860, 2, 345). Toullier, t. V, 2, pág. 329, núm. 420.

3 Aubry y Rau, t. VI, pág. 474, y nota 11, pfo. 767. Larombière, t. V, pág. 521, núm. 8 (Ed. B., t. III, pág. 356). Véase la jurisprudencia en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, número 5,303, 1^o-4^o. Hay que agregar una sentencia de denegada de la Corte de Casación de Bélgica de 2 de Abril de 1840 (*Pasicrisia*, 1840, 1, 344).

4 Toullier, t. V, 2, pág. 329, núm. 421. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. VI, pág. 474, nota 12, y Marcadé, t. V, pág. 245, núm. 2 del artículo 1,363).

el art. 1,366, pero hemos dicho ya que esta disposición está mal redactada (núm. 289). El juramento deferido de oficio no es decisorio, es un principio de prueba; puede, pues, por su naturaleza misma, ser deferido acerca de un hecho accesorio, ó una circunstancia secundaria de un hecho principal. Esto está admitido por todos. (1)

292. Además de las condiciones establecidas por el artículo 1,367, Pothier establece una tercera: Es preciso, dice, que el juez tenga conocimiento de la causa para apreciar si debe deferir el juramento y á qué parte debe deferirlo. La dificultad consiste en saber á qué parte el juez deferirá el juramento. El Código dice: á una de las partes, pero no dice cuál (arts. 1,357 y 1,367); por esto mismo da pleno poder al juez; como el juramento es un llamamiento á la conciencia, el juez se decidirá según la confianza que tenga en la probidad de alguna de las partes. (2)

Los antiguos jurisconsultos han trazado reglas á este respecto; pero ¿cómo sistemar y litimar un poder que, por su naturaleza, se ejerce por consideraciones enteramente individuales? Es inútil discutir estas teorías pues de nada sirven. (3)

¿El juramento supletorio se puede deferir á un tercero? Se ha juzgado que no puede hacerse al hijo del que es parte, (4) ni á su mujer; (5) es preciso generalizar la decisión y dar como principio general que el juramento supletorio, lo mismo que el decisorio, no puede ser deferido á una persona que no fuera parte en la causa. No comprendemos cómo la Corte de Casación juzgó lo contrario; hay dos textos en que se dice formalmente que el juez puede deferir el ju-

1 Denegada, 10 de Mayo de 1842 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,303, 4^o). Aubry y Rau, t. V, pág. 475, y nota 13.

2 Duranton, t. XIII, núm. 616. Denegada, 29 prairial, año XIII (Dalloz, *ibid.*, núm. 5,294, 1^o).

3 Compárese Toullier, t. V, 2, pág. 325, núms. 412-414.

4 Bruselas, 4 de Abril de 1822 (*Pasicrisia*, 1822, pág. 99).

5 Chambéry, 14 de Julio de 1866 (Dalloz, 1866, 2, 207).

ramento á una de las partes (arts. 1,358 y 1,366); y en esta materia, el juez no tiene otro poder que el que la ley le confiere; lo que decide la cuestión. En la especie, el marido intervino para autorizar á su mujer; la Corte obró erradamente deduciendo que era causa con este título; es de principio que el que autoriza no hace parte en el contrato por el hecho de su autorización, ni forma parte en el proceso. (1)

Núm. 2. Efecto de la delación.

293. La delación del juramento supletorio no tiene el efecto que el art. 1,361 concede á la delación del juramento decisorio: al que le ha sido deferido puede rehusarlo, sin que deba por esto sucumbir en su demanda ó en su excepción. Hay una diferencia esencial entre los dos juramentos; el juramento decisorio es una transacción, el supletorio es una medida de instrucción que debe dar al juez un complemento de prueba. Cuando, pues, la parte á la cual el juramento supletorio ha sido deferido, rehusa prestarlo, todo lo que resulta será que el juez no tendrá el suplemento de prueba que deseaba; la instrucción del proceso quedará en el estado en que estaba antes de la delación del juramento. El rehusamiento de la parte no atestigua necesariamente contra ella; no puede venir de una conciencia timorata. Pero este rehusamiento puede también arrastrar la pérdida de la causa, si no hay prueba suficiente para adyugar las conclusiones del demandante y del defensor. (2)

294. La parte á la cual el juramento decisorio se deferió puede conferirlo; mientras que en los términos del artículo 1,368, el juramento deferido de oficio por el juez á una

1 Denegado, Sala Civil, 10 de Mayo de 1842 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,303, 4^o). En sentido contrario, Aubry y Rau, tomo VI, pág. 474, nota 7, pfo. 767 (3^a edición).

2 Larombière, t. V, pág. 532, núm. 23 (Ed. B., t. III, pág. 361).

de las partes no puede ser referido por ella á la otra. Para justificar esta diferencia, dice Pothier, es suficiente prestar atención á palabra *referir*: no puedo *referir* el juramento á aquel que lo ha deferido; y no es la parte adversa la que me ha deferido el juramento supletorio; no puedo, pues, referirselo. (1) El argumento es poco digno de Pothier, que le gusta fundar sus decisiones, menos en la lógica que en la equidad y la justicia. Hay una razón muy sencilla por la que el juramento de oficio no puede ser referido, es que el juez solo tiene el derecho de decidir cuál es la parte que por su probidad merece que se le haga un llamamiento á su conciencia.

295. La parte á la que el juez ha deferido el juramento llega á morir sin haber prestado el juramento, pero también sin haberlo rehusado. ¿Cuál será la consecuencia? Se admira uno de ver la jurisprudencia dividida en una cuestión tan simple. Es cierto que no se puede inducir que la parte rehusase, esto sería un rehusamiento presumido, y no hay presunción sin texto. (2) ¿Podrá decirse que el juramento está como si se hubiese prestado como lo han juzgado algunas cortes? (3) Esto sería una presunción, puesto que en realidad, no ha habido juramento prestado; y no hay presunción para la prestación tanto como para el rehusamiento, pues la delación será considerada como no procedente. (4)

296. ¿Se halla el juez ligado por la delación del juramento? Esta es una medida de instrucción; luego la sentencia que ha deferido el juramento es interlocutoria; es de principio que el juez no está ligado por un interlocutorio. Esto también está fundado en razón. ¿Por qué el juez ocu-

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 928.

2 Rennes, 10 de Enero de 1826 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,304).

3 Douai, 26 de Mayo de 1814, y Aix, 13 de Agosto de 1829 (Daloz, *ibid.*, núm. 5,307).

4 Caen, *ibid.*, 20 de Enero de 1846 (Daloz, *ibid.*, núm. 5,307).

re al juramento? Porque la prueba rendida por las partes es insuficiente. Si la parte administra una prueba nueva, produciendo una acta que fuese perdida, la prueba estando completa, sería un absurdo pedir aún un suplemento de prueba. La doctrina (1) y la jurisprudencia están en este sentido.

297. Del principio que el juramento supletorio no es más que una medida de instrucción, se sigue que la contestación no se ha decidido definitivamente por la prestación del juramento, á diferencia del juramento decisorio que implica transacción. La apelación destruye la primera sentencia y, por consecuencia, el juramento deferido es prestado; la Corte podrá decir que no ha lugar á deferir el juramento, ó que éste debe ser deferido á la otra parte. (2)

El que apela está admitido á probar que el juramento ha sido falsamente prestado. Hé aquí todavía una diferencia esencial entre el juramento supletorio y el decisorio; resulta del principio que gobierna esta materia; es que el juramento decisorio es una transacción por la cual la parte reconoce de antemano como verdadero lo que la otra afirmara; mientras que el juramento supletorio no es más que un complemento de prueba, y toda prueba puede ser combatida por la prueba contraria. El que ha sido condenado en primera instancia sobre el juramento prestado puede, pues, producir en apelación un documento nuevo que pruebe la falsedad del juramento; puede quejarse de perjurio y portarse parte civil. (3)

298. El principio que permite probar la falsedad del juramento supletorio debe ser entendido con restricciones.

1 Durantou t. XIII, pág. 639, núm. 613. Larombière, t. V, página 528, núm. 19 (Ed. B., t. III, pág. 359).

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 475, nota 17. Larombière, t. V, página 531, núms. 21 y 22 (Ed. B., t. III, pág. 360).

3 Colmet de Santerre, t. V, pág. 658, núm. 345 bis. Aubry y Rau, t. VI, pág. 475, nota 18, pfo. 767. Denegada, Sala Criminal, 20 de Enero de 1843 (Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,897, 2°).

Desde luego, si la sentencia pronunciada sobre la prestación del juramento ha pasado á fuerza de cosa juzgada, es preciso aplicar la ley que rige á la autoridad que llevan las sentencias. No se puede volver sobre la cosa juzgada aunque se probara que la sentencia ha sido llevada por error. La ley no admite sino la requisición civil por causa de dolo. Aun es dudoso que el falso juramento constituya un dolo en el sentido del art. 480, 1.º del Código de Procedimientos; no discutimos la cuestión porque sale del cuadro de nuestro trabajo. (1)

De la misma manera, la parte condenada no es admitida á atacar el juramento cuando ha consentido en la sentencia que le ha deferido. ¿Cuándo hay aquiescencia? Se admite que hay consentimiento cuando la parte ha asistido á la prestación del juramento sin hacer protestas ni reservas; mientras que ella no consiente por el solo hecho que se abstiene de asistir á la prestación del juramento, aunque ella hubiera sido notificada de asistencia. La jurisprudencia, así como la doctrina, están divididas sobre estas cuestiones; las abandonamos en los procedimientos. (2)

ARTICULO 2.—Del juramento *in litem*.

Núm. 1. Noción general.

299. Pothier explica mejor que el art. 1,369 cuándo hay lugar á un juramento sobre el valor de la cosa. Se supone que el demandante ha justificado que está bien fundado en su demanda en restitución de ciertas cosas; no hay incerti-

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 476, notas 21 y 22, pfo. 767 (3ª edic.) Compárese Marcadé, t. V, pág. 246, núm. 3 del artículo 1,368.

2 Véase la jurisprudencia en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Obligaciones*, núms. 5,287, 5,290. Hay que agregar Lieja, 12 de Julio de 1865 (*Pauçrisia*, 1865, 2, 241). Compárese Larombière, tomo V, pág. 528, núm. 20 (Ed. B., t. III, pág. 359). Aubry y Rau, t. VI, pág. 476, pfo. 767 (3ª edición).

re al juramento? Porque la prueba rendida por las partes es insuficiente. Si la parte administra una prueba nueva, produciendo una acta que fuese perdida, la prueba estando completa, sería un absurdo pedir aún un suplemento de prueba. La doctrina (1) y la jurisprudencia están en este sentido.

297. Del principio que el juramento supletorio no es más que una medida de instrucción, se sigue que la contestación no se ha decidido definitivamente por la prestación del juramento, á diferencia del juramento decisorio que implica transacción. La apelación destruye la primera sentencia y, por consecuencia, el juramento deferido es prestado; la Corte podrá decir que no ha lugar á deferir el juramento, ó que éste debe ser deferido á la otra parte. (2)

El que apela está admitido á probar que el juramento ha sido falsamente prestado. Hé aquí todavía una diferencia esencial entre el juramento supletorio y el decisorio; resulta del principio que gobierna esta materia; es que el juramento decisorio es una transacción por la cual la parte reconoce de antemano como verdadero lo que la otra afirmara; mientras que el juramento supletorio no es más que un complemento de prueba, y toda prueba puede ser combatida por la prueba contraria. El que ha sido condenado en primera instancia sobre el juramento prestado puede, pues, producir en apelación un documento nuevo que pruebe la falsedad del juramento; puede quejarse de perjurio y portarse parte civil. (3)

298. El principio que permite probar la falsedad del juramento supletorio debe ser entendido con restricciones.

1 Durantou t. XIII, pág. 639, núm. 613. Larombière, t. V, página 528, núm. 19 (Ed. B., t. III, pág. 359).

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 475, nota 17. Larombière, t. V, página 531, núms. 21 y 22 (Ed. B., t. III, pág. 360).

3 Colmet de Santerre, t. V, pág. 658, núm. 345 bis. Aubry y Rau, t. VI, pág. 475, nota 18, pfo. 767. Denegada, Sala Criminal, 20 de Enero de 1843 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 4,897, 2°).

Desde luego, si la sentencia pronunciada sobre la prestación del juramento ha pasado á fuerza de cosa juzgada, es preciso aplicar la ley que rige á la autoridad que llevan las sentencias. No se puede volver sobre la cosa juzgada aunque se probara que la sentencia ha sido llevada por error. La ley no admite sino la requisición civil por causa de dolo. Aun es dudoso que el falso juramento constituya un dolo en el sentido del art. 480, 1.º del Código de Procedimientos; no discutimos la cuestión porque sale del cuadro de nuestro trabajo. (1)

De la misma manera, la parte condenada no es admitida á atacar el juramento cuando ha consentido en la sentencia que le ha deferido. ¿Cuándo hay aquiescencia? Se admite que hay consentimiento cuando la parte ha asistido á la prestación del juramento sin hacer protestas ni reservas; mientras que ella no consiente por el solo hecho que se abstiene de asistir á la prestación del juramento, aunque ella hubiera sido notificada de asistencia. La jurisprudencia, así como la doctrina, están divididas sobre estas cuestiones; las abandonamos en los procedimientos. (2)

ARTICULO 2.—Del juramento *in litem*.

Núm. 1. Noción general.

299. Pothier explica mejor que el art. 1,369 cuándo hay lugar á un juramento sobre el valor de la cosa. Se supone que el demandante ha justificado que está bien fundado en su demanda en restitución de ciertas cosas; no hay incerti-

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 476, notas 21 y 22, pfo. 767 (3ª edic.) Compárese Marcadé, t. V, pág. 246, núm. 3 del artículo 1,368.

2 Véase la jurisprudencia en el *Repertorio* de Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núms. 5,287, 5,290. Hay que agregar Lieja, 12 de Julio de 1865 (*Pauçrisia*, 1865, 2, 241). Compárese Larombière, tomo V, pág. 528, núm. 20 (Ed. B., t. III, pág. 359). Aubry y Rau, t. VI, pág. 476, pfo. 767 (3ª edición).

dumbre sino sobre la suma á la cual el defensor debe ser condenado, á falta de restituir las cosas cuyo valor no es conocido sino del demandante á quien pertenecen. En este caso, el juez, para arreglar el monto de la condena que debe pronunciar, se basa en la estimación que el demandante hará del verdadero valor de las cosas de que reclama la restitución; esta declaración se hace bajo la fe del juramento. Por ejemplo: un viajero da su equipaje en depósito á un posadero; el equipaje ha sido robado; el depósito se probó. Como el viajero que pide la restitución solo tiene conocimiento de lo que había en el equipaje, el juez, para determinar la suma á la que el posadero debe ser condenado, no puede hacer otra cosa que deferir el juramento al viajero sobre el valor de las cosas contenidas en el susodicho equipaje. (1) Toullier, que critica vivamente el juramento supletorio, confiesa que el juramento de litis presenta menos peligro; es además, una necesidad. Para que haya lugar al juramento de litis, es preciso que sea plenamente probado que la demanda está bien fundada; no queda por probar sino el valor de la cosa perdida. Puesto que está probado que el defensor debe restituir la cosa que hace el objeto de la demanda, debe ser condenado á restituirlo; pero siendo la restitución imposible por su falta, es preciso que el juez determine su valor, y no hay otro medio de probar el valor sino con la declaración del demandante; es preciso, pues, llegar á la vía peligrosa, es verdad, pero necesaria del juramento. (2)

300. Hay cierta analogía entre el juramento de litis y el juramento supletorio. El fundamento de uno y otro es la falta de pruebas suficientes. Pero la diferencia entre los dos puntos es grande. En el juramento supletorio, son la demanda ó la excepción las que hacen el objeto del juramento; en el juramento de litis, el pedimento está probado, y es so-

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 930.

2 Toullier, t. V, 2, pág. 338, núm. 436.

lamente el valor de la cosa pedida el que es incierto. El juramento supletorio no puede ser deferido sino cuando hay un principio de prueba; cuando el juez defiere el juramento de litis, no hay ninguna prueba del valor de la cosa pedida, es la imposibilidad de procurarse una que justifique la declaración del juramento.

De esto se sigue que no hay lugar á deferir el juramento de litis cuando existen en el proceso pruebas concernientes al valor de la cosa; si estas pruebas son insuficientes, el juez puede completarlas defiriendo el juramento supletorio. El caso se presentó ante la Corte de Bruselas. Se trataba de determinar la cifra exacta de valores hereditarios; el difunto había tenido cuidado de redactar él mismo un balance de su fortuna al que le había referido expresamente su testamento; sin embargo, la Corte deferió á los demandantes el juramento de litis; la sentencia fué casada como habiendo prematuramente deferido el juramento *in litem*, antes de que se hubiesen discutido las pruebas que existían en el proceso. (1)

Núm. 2. Condiciones.

301. El art. 1,309 dice: "El juramento sobre el valor de la cosa perdida no puede ser deferido por el juez al demandante sino cuando es imposible hacer constar de otra manera este valor." Al decir que el juramento se deferió sobre el valor de la cosa pedida, el Código supone que el pedimento mismo está plenamente justificado, puesto que no puede haber cuestión en establecer el valor de la cosa pedida sino cuando es cierto que el defensor la ha recibido y que debe restituirla. Pothier lo dice (núm. 299), y el Código debiera decirlo. La prueba previa de la existencia de la deuda se hace según el derecho común.

1 Bruselas, Sala de Casación, 29 de Diciembre de 1821 (*Pasicrisis*, 1821, pág. 532).

¿Cuándo hay imposibilidad de probar el valor de la cosa perdida, de otra manera que por el juramento *in litem*? Pothier nos lo ha dicho ya: Cuando el demandante solo conoce el valor de las cosas de que reclama la restitución. En el ejemplo dado por Pothier, es preciso decir más: El viajero que deposita su equipaje en una posada solo él sabe cuáles son los objetos que se encontraban en su baliya y, por consecuencia, solo él sabe sus valores. La imposibilidad de cualquiera otra prueba que no sea el juramento, es una cuestión de hecho que el juez decide; debe hacerla constar en la sentencia, puesto que es la condición sin la cual el juramento no puede ser deferido. Se juzgó que la imposibilidad está suficientemente probada cuando la sentencia dice que es difícil, por no decir imposible, determinar la cantidad de la suma debida por otro camino que no sea la delación del juramento de oficio: (1) Es una manera de decir para afirmar que una cosa es realmente imposible.

La Corte de Bruselas ha decidido que el juramento de litis no debe ser ordenado por el juez sino con la mayor circunspección, cuando hay imposibilidad absoluta de comprobar de otra manera el valor del objeto reclamado. ¿No es esto agregar á la ley? No habría imposibilidad absoluta, dice la Corte, si se pudiera fijar aproximativamente el valor de la cosa por la fama pública. (2) Creemos que la consecuencia es tan inexacta como el principio. La fama pública no es una prueba legal, en el sentido que la ley no la admite sino como excepción en el caso en que hay una falta grave que reprochar á la parte contra la cual se hace la prueba del mobiliario no inventariado (arts. 1,416 y 1,445). El juez no puede recurrir á esta prueba sino cuando la ley se lo permite; y el artículo 1,369 no habla de la fama pública, supone que no

1 Denegada, 8 de Diciembre de 1832 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,303, 2°).

2 Bruselas, 22 de Diciembre de 1828 (*Pasicrisia*, 1828, pág. 383).

existe alguna prueba legal del valor de la cosa; el juez no puede, pues, recurrir á la prueba por la fama pública.

Se ha juzgado que el juramento de litis puede ser deferido en caso de robo de una suma de dinero, desde que es imposible á la parte lesada probar de otra manera el monto de la suma. (1) De la misma manera, la Corte de Bruselas ha deferido el juramento de litis al viajero que había depositado un baul en el bufete de una mensajería; fué perdido por la negligencia de la administración; la sentencia arroja que, según los hechos y circunstancias de la causa, es muy verosímil que el baul contenía efectos de la naturaleza de los designados en la demanda, y que es imposible comprobar el valor de estos efectos de otra manera que por la prestación del juramento ofrecido por el demandante. (2)

302. Cuando el juez defiere el juramento de litis, debe determinar la suma hasta concurrencia de la que el demandante será creído sobre su juramento (art. 1,369). Esta disposición está tomada de la antigua jurisprudencia. El juez, dice Pothier, debe hacer relación para fijar esta suma, á la calidad de la persona del demandante más ó menos verdadera que aparezca en esas alegaciones: la calidad de la causa debe también entrar en consideración. (3) Todo esto es excesivamente vago, y el juez se puede encontrar muy perplejo para determinar el monto de la suma hasta concurrencia de la cual el demandante será creído sobre su juramento. Se pregunta si puede, para ilustrarse, ocurrir á la prueba por fama pública.

Los autores lo admiten. Hay un motivo de duda; el juez, en nuestra opinión, no podría decidir la contestación por la prueba de la fama pública (núm. 301); y ¿no la decide al fijar la suma hasta concurrencia de la cual el demandante será creído por su juramento? De hecho, sí, puesto que regu-

1 Bruselas, 20 de Febrero de 1829 (*Pasicrisia*, 1829, pág. 70).

2 Bruselas, 2 de Mayo de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, pág. 115).

3 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 931.

larmente el juramento será prestado de esta manera; pero en derecho, nó, puesto que el proceso será decidido por la prestación del juramento y no por orden del juez. Este hubiera podido, sin ninguna información, fijar una cifra arbitraria; con mayor razón lo puede hacer después del esclarecimiento, no importa de qué manera. (1)

303. ¿A quién puede deferirse el juramento? El artículo 1,369 lo dice: al demandante, y la razón es muy sencilla, es que él solo conoce el valor de la cosa. Puede suceder que el demandante muera durante la instancia; se ha preguntado si el juramento podía ser deferido á sus herederos. La Corte de Bruselas opina por la afirmativa. Reconoce que no se puede exigir á un heredero la prestación del juramento sobre un hecho que no le es personal. Pero en este caso, el heredero mismo ofrece jurar sobre el hecho de su autor, afirmando que tenía en ello conocimiento; sería preciso, ó rechazar la demanda, ó deferir el juramento á los herederos, ó fijar la suma sin recurrir al juramento. Se explica que el juez prefería recurrir al juramento, desde que la obligación está justificada y que no queda por establecer sino el monto de la condena. (2)

Núm. 3. Efecto de la delación.

304. El juramento de litis es un simple medio de instrucción, pues la sentencia que le defiere no es interlocutoria. De lo que se deduce que es preciso aplicar al juramento de litis lo que hemos dicho del juramento supletorio (números 296 y 297). No es cuestión de referirlo. El juez no está ligado por su orden, puede retractar su sentencia si descubre nuevas pruebas; en este caso, no hay imposibilidades

1 Toullier, t. V, 2. pág. 341, núm. 440. Aubry y Rau, t. VI, página 477, nota 2, pfo. 768. Larombière, t. V, pág. 541, núm. 10 (Ed. B., t. III, pág. 364).

2 Bruselas, 20 de Febrero de 1829 (*Pasicrisia*, 1829, pág. 70).

desde que no ha lugar al juramento de litis. El juez, no solo no está ligado por la prestación del juramento, al menos en el sentido que la parte condenada pueda interponer apelación; y la Corte es libre de reducir la suma, defiriendo un nuevo juramento, ó de decidir el proceso sin declaración de juramento. (1)

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 478, pfo. 768. Larombière, t. V, página 541, núm. 11 (Ed. B., t. III, pág. 364).



TITULO V.

(TITULO IV DEL CODIGO CIVIL)

DE LOS COMPROMISOS FORMADOS SIN CONVENIO.

305. ¿Qué es lo que la ley entiende por compromiso? Esta palabra es sinónima de *obligaciones*, pero el Código la aplica especialmente á las obligaciones que no nacen de un concurso del consentimiento de dos partes, mientras que la obligación nace de un contrato; de ahí viene que, en el rubro del título III, la ley confunde las obligaciones convencionales con los contratos. Y hay todavía esto de particular en los compromisos de que habla el título IV, que algunos se refieran á las servidumbres legales; y en esta materia, no puede haber obligaciones; es decir, derecho de crédito. La expresión de *compromiso*, es, pues, más lata, más extensa que la de las *obligaciones*. (1) Es en este sentido, que el artículo 1,370 dice: "Ciertos compromisos se forman sin intervención alguna de convenio, ni de la parte del que se obliga, ni del de la obligación." Pothier se expresa en su mayor exactitud diciendo: Sin que intervenga alguna convención entre las dos personas." La redacción del Código es defectuosa; supone que un convenio puede intervenir por parte de

1 Lerouhière. t. V, pag. 544, núm. 1 (Ed. B. t. III. pag. 365).

una sola persona, lo que es imposible, puesto que el convenio consiste esencialmente en el concurso de voluntades de dos personas. (1)

306. El Código admite dos especies de compromisos que se forman sin convenio: "Unos resultan de la autoridad sola de la ley, los otros nacen de un hecho personal al que se encuentra obligado." "Los primeros, continúa el art. 1,370, son los formados *involuntariamente*;" es decir, sin una manifestación de voluntad. Tales son los formados entre propietarios colindantes, lo que el Código llama servidumbres legales (arts. 640-685). Así, la ley obliga al propietario de una pared, á ceder la medianería al vecino que la necesita. Esta obligación existe en virtud de la ley, sin ninguna manifestación de voluntad; es involuntaria en este sentido, y aún forzada, puesto que el propietario no puede rehusarse en ceder la medianería de su pared.

La ley coloca aún entre los compromisos que resultan de la autoridad sola de la ley, á aquellos de los tutores y de los demás administradores que no pueden rehusar la función que le es deferida. Tal es el padre administrador legal de los bienes de sus hijos menores: son en virtud de la ley, sin su consentimiento y á pesar de él. Tal es aún el tutor; la ley le defiende la tutela y no puede, en principio, rehusarla ó rechazarla, le es únicamente permitido proponer excusas.

No tenemos que decir nada de los compromisos que resultan de la ley, pues que hemos tratado esta materia al explicar el primero y segundo libro del Código Civil.

307. "Los compromisos que nacen de un hecho personal á aquel que se encuentra obligado, resultan ó de cuasicontratos, ó delitos ó cuasidelitos." Pothier se expresa con mayor exactitud diciendo: que el hecho de una persona puede

1 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 113. Marcadé, t. V, pag. 249, núm. 1.

obligarla con respecto á otra, ú obligar á otra persona con respecto á la primera. Esto sucede en la gestión de negocios. Se puede reprochar otra cosa á la definición y clasificación del Código. ¿Es verdad que el compromiso del amo de quien se gestiona el negocio nace de un hecho personal? Regularmente él ignora la gestión, no pone ningún hecho, y, sin embargo, está obligado: ¿por qué lo está? Vanamente se buscaría otra causa que no sea la ley; esta es la que, por motivos de equidad y utilidad, impone al amo ciertas obligaciones. No es rigurosamente exacto decir que el gerente de negocios está obligado por su hecho: un hecho, por sí solo, no obliga sino cuando es perjudicial, y aunque no sea el hecho de daño el que engendre la obligación, es la lesión de un derecho. Luego no se puede decir que los compromisos nazcan de un hecho personal, nacen de la ley cuando se trata de un cuasicontrato, y de un derecho lesado cuando se trata de un delito ó de un cuasidelito.

CAPITULO I.

DE LOS CUASICONTRATOS.

308. El art. 1,371 define los cuasicontratos en estos términos: "Es de los hechos puramente voluntarios del hombre de donde resultan compromisos cualquiera, ya con un tercero, ya recíprocamente entre dos partes." La ley dice: de los hechos puramente voluntarios, para marcar que en los cuasicontratos la voluntad del hombre representa un papel; mientras que según la clasificación del Código, hay compromisos que se forman ó contraen involuntariamente, en virtud de la sola autoridad de la ley. Todos los autores observan que la ley debería haber añadido los hechos *licitos* para distinguir los delitos y cuasidelitos, que son también hechos voluntarios pero ilícitos.

El hecho que constituye los cuasicontratos produce obligaciones, sea á cargo de una persona, sea al de dos partes que allí figuren: los cuasicontratos, de la misma manera que los contratos, pueden ser unilaterales ó bilaterales, pero para los cuasicontratos, esta división no tiene ninguna importancia. ¿Por qué la ley hace nacer obligaciones de un hecho? Ya hemos indicado el motivo general: es ó la utilidad de las partes interesadas, lo que es también un interés general, ó una consideración de equidad. Si no ha habido concurso de voluntades, es porque la cosa era imposible; pero

obligarla con respecto á otra, ú obligar á otra persona con respecto á la primera. Esto sucede en la gestión de negocios. Se puede reprochar otra cosa á la definición y clasificación del Código. ¿Es verdad que el compromiso del amo de quien se gestiona el negocio nace de un hecho personal? Regularmente él ignora la gestión, no pone ningún hecho, y, sin embargo, está obligado: ¿por qué lo está? Vanamente se buscaría otra causa que no sea la ley; esta es la que, por motivos de equidad y utilidad, impone al amo ciertas obligaciones. No es rigurosamente exacto decir que el gerente de negocios está obligado por su hecho: un hecho, por sí solo, no obliga sino cuando es perjudicial, y aunque no sea el hecho de daño el que engendre la obligación, es la lesión de un derecho. Luego no se puede decir que los compromisos nazcan de un hecho personal, nacen de la ley cuando se trata de un cuasicontrato, y de un derecho lesado cuando se trata de un delito ó de un cuasidelito.

CAPITULO I.

DE LOS CUASICONTRATOS.

308. El art. 1,371 define los cuasicontratos en estos términos: "Es de los hechos puramente voluntarios del hombre de donde resultan compromisos cualquiera, ya con un tercero, ya recíprocamente entre dos partes." La ley dice: de los hechos puramente voluntarios, para marcar que en los cuasicontratos la voluntad del hombre representa un papel; mientras que según la clasificación del Código, hay compromisos que se forman ó contraen involuntariamente, en virtud de la sola autoridad de la ley. Todos los autores observan que la ley debería haber añadido los hechos *licitos* para distinguir los delitos y cuasidelitos, que son también hechos voluntarios pero ilícitos.

El hecho que constituye los cuasicontratos produce obligaciones, sea á cargo de una persona, sea al de dos partes que allí figuren: los cuasicontratos, de la misma manera que los contratos, pueden ser unilaterales ó bilaterales, pero para los cuasicontratos, esta división no tiene ninguna importancia. ¿Por qué la ley hace nacer obligaciones de un hecho? Ya hemos indicado el motivo general: es ó la utilidad de las partes interesadas, lo que es también un interés general, ó una consideración de equidad. Si no ha habido concurso de voluntades, es porque la cosa era imposible; pero

la utilidad y la equidad son tales, que las partes están como si consintieran. Hé aquí por qué la ley da el nombre de *cuasicontratos* al hecho voluntario de donde nace un compromiso; el consentimiento está supuesto, presumido. Hay, pues, una grande analogía entre los contratos y los cuasicontratos.

¿Llega esta analogía hasta aplicar á los cuasicontratos los principios que rigen á los contratos? La cuestión se presenta para la capacidad de las partes interesadas. Es seguro que aquel que está obligado sin ninguna manifestación de voluntad, por su parte no debe ser capaz de consentir, puesto que no consiente. Así, el amo cuyo negocio es gestionado, es una mujer casada, un menor ó un incapacitado; su incapacidad no impide que estén obligados, porque lo son sin su consentimiento, en virtud de la ley. ¿Sucede lo mismo con los que en un cuasicontrato, consienten en este sentido que manifiestan una voluntad? En principio, en donde hay principio de voluntad, debe haber capacidad para manifestarlo. La cuestión se presenta para el gerente de negocios; está controvertida; volveremos á tratarla. (1)

Hay además una diferencia en los contratos y cuasicontratos, en lo que se refiere á la prueba. El art. 1,348 coloca los cuasicontratos entre los hechos de los que es imposible al acreedor procurarse una prueba literal, y para los que, por consiguiente, la ley admite indefinidamente la prueba testimonial. Hemos explicado esta excepción al tratar de la prueba.

309. El Código, en el capítulo *De los Cuasicontratos*, solo menciona á dos: La gestión de negocios y la repetición de lo indebido. Se pregunta si son éstos los únicos cuasicontratos que existan en nuestro derecho francés. Toullier dice que existen muchos otros, pero no los nombra. Marca-dé cita la tutela aceptada por el tutor que tuviera derecho

1 Colmet de Sauterre, t. V, pág. 660, núm. 347 bis II y III.

para rehusarla ó excusarse. Esto no está en armonía con la clasificación del Código: La tutela es un cargo legal, aunque los á quien está deferida tienen el derecho de rehusarla ó de proponer una excusa. Se cita también la comunidad que existe entre varias personas, sin que haya sociedad entre los comuneros; volveremos sobre esta materia en el título *De la Sociedad*. En cuanto á la aceptación de una sucesión, hemos dicho en el título que es el sitio de la materia, que no hay cuasicontratos en el hecho de aceptar una herencia. (1)

En nuestro concepto, no puede haber cuasicontrato sin ley, puesto que el principio de las obligaciones que resulta de él, se encuentra en la ley. Un hecho por sí solo, no puede engendrar obligación sin la autoridad del legislador. En vano se invoca la equidad: Esta es extraña al derecho, en el sentido de que por sí sola no crea ni derecho ni obligación. Tal es también la opinión de Tarrible, en el discurso que pronunció en nombre del Tribunado, acerca de nuestro título; dice que solo hay dos cuasicontratos: La gestión de negocios y el pago de lo indebido. (2) Hemos agregado que el relator del Tribunado dice lo contrario. Por lo demás, ni uno ni otro motivan la opinión que emiten.

SECCION I.—De la gestión de negocios.

§ I.—DEFINICION Y CARACTERES.

Núm. 1. Gestión de negocios y mandato.

310. Según el art. 1,372, hay gestión de negocios cuando voluntariamente se gestiona un negocio ajeno. Y el artículo 1,984 define el mandato: El acta por la que una persona da á otra el poder de hacer alguna cosa por el mandan-

1 Toullier, t. V, 2, pág. 84, núm. 112. Marcadé, t. V, pág. 261, número 2 del art. 1,371.

2 Tarrible, *Discursos*, núm. 8 (Loaré, t. VI, pág. 2849).

te y en su nombre, la ley agrega que el mandato solo se forma por la aceptación del mandatario. El cuasicontrato de gestión de negocios y el contrato de mandato, tienen el mismo objeto, es un negocio que se hace por una persona para otra; esta analogía tiene una consecuencia muy importante, es que "el gerente se somete á todas las obligaciones que resultarían de un mandato expreso que le hubiera dado el propietario" (art. 1,372). Sin embargo, hay diferencias considerables entre la gestión de negocios y el mandato; vamos á exponerlas porque importa conocerlas para tener una idea exacta de la naturaleza y los caracteres de la gestión de negocios.

311. La diferencia esencial resulta de la esencia misma de los dos hechos jurídicos que comparamos. El mandato es un contrato, mientras que la gestión de negocios es un cuasicontrato. Para que haya contrato, es preciso que haya concurso de consentimiento por ambas partes contratantes; el art. 1,384 aplica este principio elemental al mandato: Es el mandante quien da el poder al mandatario, y éste lo acepta. El gerente no recibe poder del amo; el art. 1,372 supone en verdad, que puede haber cuasicontrato de gestión de negocios cuando el propietario conoce la cuestión; pero este conocimiento no es un conocimiento, como lo vamos á decir. Es de la esencia de un cuasicontrato que el compromiso se forme sin convención; es decir, sin concurso de consentimiento; el art. 1,370 es terminante, y esto elemental.

El texto del art. 1,372 parece á primera vista decir lo contrario. Dice: "Cuando voluntariamente se gestiona el negocio ajeno, ya porque el propietario conozca la gestión, ya porque la ignore." Si el propietario conoce la gestión ¿no debe inducirse que la consiente tácitamente? Hay, pues, concurso de consentimiento, y por lo tanto, hay contrato. Esto es el mandato tácito. El Código parece confundir el contrato tácito con la gestión de negocios. Excelentes juris-

consultos han sacado de ello la consecuencia que el artículo 1,372 abole el mandato tácito; es decir, que el hecho jurídico que en derecho romano era un contrato de mandato, es hoy un cuasicontrato de gestión de negocios. (1) Esto es inadmisibile porque sería heregía jurídica; es imposible que el mandato tácito que se perfecciona por el concurso del consentimiento de las partes contratantes, sea un cuasicontrato que, según el art. 1,370, se forma *sin convención*; y el legislador no podría declarar sin absurdo, que un contrato es un cuasicontrato. Se cita el art. 1,985 que confirmaría esta extraña teoría. Este artículo dice que el mandato puede ser dado por escrito ó verbalmente; no dice que pueda ser dado tácitamente. Se pretende que el segundo inciso dice lo contrario: "La aceptación puede ser solo tácita;" de donde se induce que el consentimiento del mandante no puede ser tácito; cuando, pues, consiente tácitamente, no hay mandato, hay gestión de negocios. El argumento está sacado del silencio de la ley, y se sabe que el argumento llamado *á contrario*, no tiene ningún valor cuando está en oposición con los principios; y la consecuencia que se saca del art. 1,985 está en contradicción con las nociones más elementales y las más fundamentales del derecho. No se puede, fundándose en el silencio de la ley, hacer decir al legislador que un contrato es un cuasicontrato.

¿Cuál es, pues, el sentido de estas expresiones del artículo 1,372: "Ya que el propietario conozca la gestión ó que la ignore?" La sección de la legislación del Tribunado fué la que propuso esa adición sin motivarla. El único, entre los oradores que expusieron los motivos del título 4.º que se ocupa de esta disposición, Tarrible, da la explicación siguiente: "El primer compromiso que contrae aquel que se inmiscua voluntariamente en una gestión es el

1 Toullier, t. V, 1, pág. 21, núms. 25 y 26. Proudhon, *Del usufructo*, t. III, pág. 305, núm. 1,327.

de continuarla hasta que el propietario está en estado de atenderla por sí. Todos los actos necesarios para la consumación del negocio son otras tantas obligaciones impuestas al gerente, tanto como lo hubiesen sido por un mandato expreso y anterior. *Estas obligaciones son independientes del conocimiento ó la ignorancia del propietario.* El gerente debe administrar; debe concluir lo que ha comenzado. (1) Esta explicación no justifica la adición hecha por el Tribunalado, pero prueba á lo menos que no pasó por la mente de los autores del Código transformar el *mandato tácito en gestión de negocios*, confundiendo un contrato común con un cuasicontrato.

Decimos que la explicación es insuficiente; deja subsistir una dificultad que resulta de la desgraciada adición hecha por el Tribunalado. El mandato tácito subsiste, y por otra parte, el Código califica de cuasicontrato á la gestión de negocios de la que tiene conocimiento el propietario. ¿Cómo distinguir si hay mandato tácito ó cuasicontrato de negocios cuando el propietario sabe que se gestiona su negocio? Si lo sabe y si deja hacer, ¿no consiente, y si consiente no tiene contrato tácito? Los autores dan diversas explicaciones del art. 1,372; hé aquí la que nos parece más conforme al texto ó á los principios. Cuando desde antes de la gestión el amo sabe que una persona va á gestionar su negocio, su silencio equivale á un consentimiento y, por consiguiente, hay concurso de consentimiento en el momento en que la gestión comienza; luego hay contrato. Esto es el mandato tácito. Pero el amo puede ignorar el hecho de gestión en el momento que ésta comienza; entonces no hay concurso de consentimiento. Esto es el cuasicontrato de gestión de negocios. Si después el amo sabe que se gira su negocio, este conocimiento no impedirá que haya cuasicontrato, pues para determinar la naturaleza de un hecho jurídico, debe consi-

1 Tarríbie, *Discursos*, núm. 10 (Loché, t. VI, pág. 285).

derarse el momento en que se forma, y en aquel momento no había consentimiento; luego tampoco había contrato. El texto del art. 1,372 no tiene otro sentido, supone que el propietario conoce la gestión; ¿y puede conocerla antes que exista? Y si existió antes que la conozca, el cuasicontrato se formó y el hecho continúa siendo un cuasicontrato. (1)

¿Se dirá que esta explicación prueba demasiado, puesto que resulta que siempre habrá cuasicontrato, y que el mandato tácito solo será una abstracción? Nó, el mandato tácito, al contrario, es el más frecuente de los contratos; existe en toda familia; el marido da mandato tácito á su mujer para contraer todas las obligaciones que conciernen á la economía de la casa. Este mandato se acepta tácitamente por el solo hecho del matrimonio y, por consiguiente, antes de cualquiera gestión. Volveremos á tratar este punto en el título *Del Contrato de Matrimonio*. Puede haber otros casos de mandato tácito. (2)

312. Siendo el mandato un contrato, las partes deben ser capaces para contraer. Esto es evidente en cuanto al mandante. En cuanto al mandatario, el art. 1,990 dice que las mujeres y los menores pueden ser escogidos para mandatarios, pero agrega que el mandante no tiene acción contra el mandatario incapaz, sino conforme á las reglas que rigen á las obligaciones contraídas por las mujeres casadas y los menores. Hemos dicho ya que en la gestión de negocios, el amo no debe ser capaz porque no consiente, no manifiesta voluntad. ¿Qué debe decirse de los gerentes? ¿Una mujer casada puede, sin el consentimiento de su marido, contraer

1 Troplong, *Mandato*, núms. 72 y 131. Compárese Larombière, tomo V, pág. 464, núm. 12 (Ed. B., t. III, pág. 373); Mourlon, t. II, pág. 876, núm. 1,667; Marcadé, t. V, pág. 266, núm. 2 del artículo 1,272. Compárese Denégada, Corte de Casación de Bélgica, 19 de Enero de 1855 (*Pasicrisia*, 1855, 1, 97).

2 Véase un ejemplo en la sentencia de denegada de 6 de Noviembre de 1865 (Daloz, 1866, I, 252).

las obligaciones que nacen del cuasicontrato de gestión de negocios? Idéntica cuestión para el menor no autorizado por su tutor. Hay controversia. No tituveamos en decidir que los incapaces no pueden ser gerentes de negocios. El gerente obra, manifiesta su voluntad, consiente, casi no puede gestionar sin contraer con terceros; en todos los casos se obliga hacia el amo, puesto que contrae todas las obligaciones que nacen del mandato. ¿Y acaso se concibe que contraiga aquel que es incapaz para contraer? Para autorizar á las mujeres casadas y á los menores á girar los negocios ajenos, se necesitaría una disposición terminante de la ley que derogue su incapacidad; esta excepción no existe; luego se permanece dentro de la regla. La autoridad de la tradición viene en apoyo de nuestra opinión. Pothier enseña que la mujer casada está obligada hacia aquel que gestionó sus negocios y que ella no está obligada hacia aquel de quien giró los negocios. Toullier ve en esto una contradicción inexplicable. (1) La distinción es, sin embargo, muy jurídica, como acabamos de demostrarlo. Es muy natural que aquel que está obligado sin consentir no deba ser capaz para estar obligado; después de todo, es en su interés que la ley lo declare obligado; si no lo fuera, nadie intervendría para cuidar de sus intereses; mientras que es tan contrario á los intereses de un incapaz como á los principios, que haya una obligación á cargo de aquel que no tiene capacidad para obligarse. En vano se objeta que la mujer está obligada por sus delitos y sus cuasidelitos, así como el menor. Sin duda, ¿pero es un delito ó un cuasidelito el gestionar los negocios ajenos? La ley los llama un cuasicontrato; son, pues, las reglas del contrato las que deben aplicarse, en tanto que puedan recibir su aplicación. (2) No hay que de-

1 Pothier, *De la potencia marital*, núm. 50. Aubry y Rau, t. IV, página 722, nota 1 (4ª edición). Colmet de Santerre, t. V, pág. 661, número 347 bis III. Duvergier, según Toullier, t. VI, 1, pág. 33.

2 Toullier, t. VI, 1, pág. 30, núm. 39. Duranton, t. XIII, pág. 678,

cir que los incapaces que por su descuido ó su imprudencia causasen un daño al amo del que giran los negocios, estarían obligados á repararlo; y es tan evidente, ya que lo dice la ley, que no pueden hacerse restituir contra sus compromisos sino reembolsando al amo lo que les hubiera aprovechado.

313. La prueba del mandato se hace según el derecho común (art. 1,985); luego cuando es dado, no puede probarse por testigos sino en el caso en que la prueba testimonial es admisible. No sucede lo mismo con la gestión de negocios; se le puede establecer por testigos indefinidamente cuando el demandante ha estado en la imposibilidad de una prueba literal (art. 1,348). (1)

La Corte de Casación ha hecho la aplicación de estos principios, pero su decisión nos deja alguna duda. Un notario, informado que uno de sus clientes tiene fondos disponibles, se interpone espontáneamente para colocar estos fondos; le indica á los solicitantes, le da la seguridad de que son solventes, y el préstamo hipotecario se hace por su intermedio. La Corte de Douai sacó de estos hechos la consecuencia que el notario se había constituido por sí *mandatario* del prestamista, sin ocurrir á una prueba escrita, porque el notario *había voluntariamente gestionado el negocio del prestamista*. En consecuencia, había sido declarado que el notario era responsable por imprudencia y descuido. En casación intervino una sentencia de denegada. (2) ¿Había, en el caso, gestión de negocios? Nó, puesto que había concurso de consentimiento; luego contrato de mandato; ni siquiera podrá decirse que el mandato fuese tácito, pues había oferta de aceptación, aunque no hubo escrito. Luego no había im-

uúm. 663. Larombière, t. V, pág. 596, núm. 9 (Ed. B., t. III, página 381).

1 Denegada, Corte de Casación de Bélgica, 24 de Julio de 1862 (*Pasicrisia*, 1862, 1, 394).

2 Denegada, Sala Civil, 19 de Marzo de 1845 (Dallez, 1845, 1, 186).

sibilidad de procurarse una prueba literal y, por consiguiente, no había lugar á aplicar el art. 1,348.

314. El art. 1,992 reglamenta la responsabilidad del mandatario en estos términos: "Responde no solo por el dolo, pero también por las faltas que comete en su gestión. Sin embargo, la responsabilidad relativa á las faltas es menos rigurosamente aplicada á aquel cuyo mandato es gratuito, que á aquel que recibe salario." En cuanto al gerente de negocios, el art. 1,374 dice: "Está obligado de dar á la gestión todo el cuidado de un buen padre de familia. Sin embargo, las circunstancias que lo condujeron á hacerse cargo del negocio pueden autorizar al juez para moderar los daños y perjuicios que resultasen de las faltas ó del descuido del gerente." De esto se sigue que hay una diferencia entre la responsabilidad del gerente y la del mandatario; la ley es más severa para con el primero que para con el segundo. Hemos explicado esta diferencia en el título *De las Obligaciones*.

315. "Cuando el mandatario ha sido constituido por varias personas para un negocio común, cada una está obligada solidariamente hácia él por todos los efectos del mandato" (art. 2,002). ¿Puede haber varios amos cuyo gerente gire el negocio común: son ellos obligados solidariamente? La negativa es segura; no hay solidaridad legal sin ley, y los casos en los que la ley la establece son de rigurosa interpretación. Esto es decisivo. (1)

316. "El mandante debe reembolsar al mandatario los adelantos y gastos que éste ha hecho para la ejecución del mandato, aunque el negocio no hubiese tenido buen éxito (art. 1,999). Según los términos del art. 1,375, el amo cuyo negocio ha sido bien administrado, debe indemnizar completamente al gerente. De esto resulta una diferencia importante entre el mandato y la gestión de negocios. El mandatario no tiene por qué inquirir si el negocio de que se le

1 Troplong, *Mandato*, núm. 93.

encarga es útil ó no, esto toca al mandante; y desde que el mandatario ejecuta el mandato, hay acción contra el mandante. No pasa lo mismo con el gerente: no recibe ningún poder; á pesar de esto, la ley le da acción, es que el interés del amo lo exige; es, pues, de la esencia de la gestión de negocios que ésta se haga en provecho del dueño; en este sentido debe serle útil si no hay gestión de negocios. ¿Cuándo le es útil? Cuando el gerente hace lo que el amo hubiera hecho como buen padre de familia; no puede hacer todo lo que hiciera el amo; éste es propietario, la ley le da este nombre (art. 1,372); el propietario tiene poder absoluto para hacer todo lo que quiere, aun gastos inútiles. El gerente no tiene este derecho; solo puede intervenir para defender los intereses del amo; luego obra útilmente; esto es de la esencia de la gestión.

317. "El rédito de los adelantos hechos por el mandatario le son debidos por el mandante á fechar del día en que éstos estén comprobados" (art. 2,000). ¿Es aplicable esta disposición al gerente? No, á nuestro parecer; la cuestión está contróvertida, volvamos á tratarla.

318. Si el demandante llega á morir, el mandatario está obligado á concluir la obra comenzada, si hay peligro en la demora (art. 1,991). La ley es más rigurosa para el gerente. "Está obligado á continuar su gestión aunque el amo llegue á morir antes que el negocio esté consumado y has'a que el heredero haya podido tomar su dirección" (artículo 1,373). Volveremos á ocuparnos de este punto.

319. Tales son las diferencias entre el mandato y la gestión de negocios. Hay que tener cuidado de no confundir estos dos hechos jurídicos, aunque fuese confundiendo los términos que los caracterizan, como se hace algunas veces en las sentencias, calificando al gerente de mandatario ó viceversa (núm. 313). Hay casos en que el mandato se convierte en gestión de negocios y otros en que ésta se transforma

en mandato. El mandatario se extralimita de su mandato haciendo otra cosa que no es lo que allí lo lleva: esta gestión no es un contrato de mandato, es un cuasicontrato de gestión de negocios; esta es la resolución de las leyes romanas adoptada por Pothier, y no es dudosa. (1) Por contra, si obró sin mandato y que el amo ratifique, esta ratificación equivale á un mandato. Este principio procede también del derecho romano, y la jurisprudencia lo ha consagrado.

Un notario y un escribano de diligencias hicieron el uno para el otro durante un gran número de años, actas de sus respectivos ministerios, á ocasión de las cuales adelantos recíprocos tuvieron lugar. Cuando la muerte del escribano, el notario pretendió ser acreedor por una suma de ocho mil francos; calculaba en su cuenta los intereses desde el día en que éstos fueron comprobados; esta es la ley del mandato. Los herederos del escribano sostuvieron que no había mandato sino simple gestión de negocios. Su pretensión, admitida en primera instancia, fué desechada en apelación, y de casación intervino una sentencia de denegada. En el caso, había habido gestión de negocios; cuando decimos respecto á los adelantos hechos por el notario, pero la gestión habiendo continuado durante varios años, había sido apoyada y ratificada por el escribano; debía, pues, aplicarse al artículo 2,001. (2)

Un agrimensor de una inspección de montes, anuncia al inspector del Distrito que acaba de descubrir en los archivos de la inspección, un antiguo título del que resulta que tres municipalidades que se decían ser propietarias de un lote de bosque midiendo 1,700 hectáreas, no tenían más que derecho de uso; que el Estado era propietario por cuatro sextas partes y unos particulares por las otros dos; el conservador encargó al agrimensor el hacer las diligencias pa-

1 Pothier, *Del cuasicontrato negotiorum gestorum*, núm. 177. Aubry y Rau, t. IV, pág. 722, nota 2 (4ª edición).

2 Denegada, 7 de Noviembre de 1864 (Dalloz, 1865, 1, 165).

ra que el derecho del Estado en dicho bosque fuese reconocido; el agrimensor recibió mandato expreso de dos particulares. Los herederos de un emigrado intervinieron en la instancia y fueron declarados propietarios de tres sextas partes. Después de la sentencia, el agrimensor presentó una cuenta que llegaba á cerca de 9,000 francos; los herederos del emigrado rehusaron el pago. Sobre esta negativa, el agrimensor promovió solidariamente contra el Estado en virtud del art. 2,002. Quedaba por saber si había mandato ó gestión de negocios. Quedó resuelto que el agrimensor había gestionado el negociado del Estado, pero que su gestión, habiendo sido aprobada por la administración del Distrito en nombre del Estado, había lugar á aplicar el principio que la ratificación equivale al mandato, lo que hacía aplicable el art. 2,002. (1)

Núm. 2. Condiciones requeridas para que haya gestión de negocios.

320. El art. 1,372 dice: "Cuando voluntariamente se gira el negocio ajeno." ¿Qué quiere decir aquí la palabra voluntariamente? Esta expresión se encuentra en otros artículos del Código, en los que significa que una persona hace alguna cosa con conocimiento de causa y con cierta intención (arts. 1,235 y 1,338). En el art. 1,372 la palabra voluntariamente no tiene este sentido; combinando el art. 1,372 con los 1,371 y 1,370 se ve que el legislador califica los cuasicontratos de hechos voluntarios por oposición á los compromisos que se forman involuntariamente, por solo la autoridad de la ley. La persona interviene en los cuasicontratos, como lo dice el art. 1,370, por una manifestación de voluntad; lo que prueba, á nuestro parecer, que debe ser capaz para consentir (núms. 308 y 312). Los trabajos preparatorios vie-

1 Denegada, 11 de Febrero de 1834 (Dalloz, en la palabra Mandato, núm. 157, 3ª)

nen en apoyo de esta interpretación, en la que es inútil insistir puesto que los textos bastan para dar á conocer el sentido de la ley. (1)

También puede decirse del mandatario que gira voluntariamente el negocio ajeno; pero en el mandato, existe más que una manifestación de voluntad unilateral, hay consentimiento; es decir, concurso de voluntad, y por consiguiente, contrato; y donde hay contrato no puede ya tratarse de un cuasicontrato. (2)

321. Es menester para la gestión de negocios, que el gerente gire voluntariamente los negocios ajenos. De esto se sigue que la manifestación de voluntad, que es la esencia del cuasicontrato, debe tener por objeto los intereses de aquel en nombre de quien se obra; el gerente no obra en nombre personal, es representante de un tercero. Si obra personalmente no hay gestión de negocios, aunque el negocio interesase á un tercero. El caso se ha presentado ante la Corte de Casación. Una persona abre una subscripción para la construcción de una escuela ó de un asilo, cuya dirección debía ser confiada á unas monjas. El consejo municipal que primitivamente había aprobado el proyecto, modificó su deliberación por causa de la condición que se debía imponer á la Municipalidad, en cuanto á la dirección. La construcción se llevó á cabo; la escuela se abrió bajo la dirección de las monjas. Entonces el Municipio pretendió ser propietario de la escuela y del asilo, por motivo que los subscriptores habían entendido que sus donativos sirviesen para fundar un establecimiento Municipal. Esta pretensión admitida por el Tribunal de Versailles, fué desechada por las cortes de apelación y casación. Los subscriptores, dice la sentencia de denegada, no están en causa; libres son para reclamar si sus intenciones no han sido seguidas. En la cau-

1 Toullier establece este punto con la mayor evidencia (t. VI, 1, pág. 23, núm. 28).

2 Bruselas, 10 de Mayo de 1869 (*Pasicrisia*, 1870, 2, 365).

sa, solo se trata de saber quién era propietario. Para que lo fuera el Municipio, sería necesario que aquel que recogió las subscripciones hubiese obrado como su mandatario ó como su gerente de negocios. Y no puede ser cuestión de mandato cuando el Municipio rehusó su concurso. Por igual razón no hay gestión de negocios; no puede decirse que aquel que compró el terreno y construyó, haya girado voluntariamente el negocio del Municipio, puesto que obró personalmente y contra las intenciones manifiestas del Municipio, lo que excluye la idea que haya obrado como su representante. Luego se estaba fuera del texto del art. 1,372 y de los principios que rigen la gestión de negocios. (1)

322. El art. 1,372 quiere que se gire el negocio ajeno. ¿Es esto decir que no hay gestión de negocios cuando se obra tanto en interés propio como por interés de un tercero? Hé aquí el caso en el que la cuestión se ha presentado. Venta de 25,000 bushels de trigo de América, el 24 de Agosto de 1870, á cargo de entregar en los ocho días. El vendedor exige varias veces que el comprador cumpla con sus compromisos. Este llega al Havre el 14 de Septiembre, paga un abono de su deuda y abandona la población sin tomar ninguna medida de no dejar instrucciones para la conservación de la mercancía por él comprada. El vendedor quedaba, pues, tenedor del trigo, expuesto á una doble probabilidad de pérdida: la invasión extranjera, y la fermentación. Tomó la resolución de vender el trigo. De esto resultó la cuestión de saber si había obrado como gerente de negocios del comprador; éste lo negó y pidió la resolución del contrato. Fué sentenciado que había gestión de negocios. La Corte de Casación asienta, en principio, que las obligaciones que resultan del cuasicontrato de gestión de negocios, nacen del hecho mismo de la gestión y de la ley,

1 Denegada, Sala Civil, 5 de Julio de 1870 (*Dalloz*, 1870, I, 42).

y no de la intención de las partes; que importa poco que aquel que hace el acto de gestión haya pretendido obrar á la vez por interés personal y por interés de un tercero, si en realidad éste estaba interesado al acto de gestión y aprovechado de él. Y en el caso, el comprador estaba interesado en la venta del trigo que amenazaba perecer para él, y el vendedor había obrado con la mayor buena fe y obtenido el resultado más satisfactorio que fuera permitido esperar. (1)

323. La Corte de Casación dijo que el cuasicontrato de gestión de negocios resulta del hecho de la gestión y de la ley y no de la intención de las partes. ¿No es esto demasiado absoluto, é ir más allá del texto de la ley? El art. 1,370 dice que el cuasicontrato se forma sin convención, pero agrega que los compromisos que resultan de él nacen de un hecho personal, y este hecho es un hecho voluntario. La voluntad desempeña, pues, un papel en la gestión de negocios; y la voluntad es la intención de aquel que gira. Es, pues, necesario que exista la intención de gestionar el negocio ajeno, si no no se concebiría la gestión de negocios. Sin duda, el gerente puede también estar interesado en la gestión, como en el caso sentenciado por la Corte de Casación; esto no impide que haya intención de girar en interés de un tercero. Lo más frecuente, la cuestión no se presenta en estos términos. Es raro que aquel que gira tenga un interés personal en la gestión. Cuando se dice que el gerente debe haber tenido la intención de gestionar el negocio ajeno, se entiende que debe haber tenido la voluntad de hacer un negocio; es decir, un acto á título oneroso, de donde resulta una obligación para el dueño, y un derecho para el gerente.

Un punto es seguro, es que si el gerente tuvo la intención de hacer una liberalidad, no es ya gerente, es donante. La gestión de negocios es esencialmente un acto á título onero-

1 Denegada, 18 de Junio de 1872 (Daloz, 1872, 1, 471).

so; la misma palabra lo dice y la autoriza entre este cuasicontrato, y el contrato de mandato lo prueba. Nunca se dijo de aquel que hace una liberalidad que hizo un negocio. La gestión de negocios equivale al mandato, en lo que concierne á las obligaciones del gerente (art. 1,374); y el mandato no es una donación. Una cosa es, pues, la gestión de negocios, y otra la liberalidad que se hiciera bajo forma de gestión. Compró y pago el precio en nombre de un tercero; si hago el pago con intención de hacer una liberalidad, habrá donación bajo la forma de una gestión de negocios; no tendré ninguna acción contra el tercero para el que pagué. (1)

No hay ninguna duda en cuanto al principio, pero puede presentarse una dificultad en la aplicación, acerca del punto de saber si hay gestión á título oneroso, ó si hubo liberalidad. Un antiguo adagio dice que nadie se presume dador. Ha sido resuelto en consecuencia, que la persona que se encarga voluntariamente de la manutención de un niño natural no reconocido, puede pedir el reembolso de sus adelantos al padre que reconozca al niño. (2) Se pudiera objetar que aquel que se encarga de un hijo natural lo hace con espíritu de beneficencia y por ende de liberalidad. Sin duda, pero hay espíritu de beneficencia en toda gestión de negocios, puesto que el gerente hace gratuitamente el negocio de un tercero; esto no impide que pueda reclamar el reembolso de sus anticipos. En el caso, estos anticipos eran hechos en pago de una deuda del padre; y el padre era desconocido en el momento en que se hacían: ¿puede decirse que se pueda gratificar á un desconocido? Esto sería una donación sin causa. Por la misma razón, ha sido sentenciado que una nodriza tiene acción contra los ascendientes por el precio de la alimentación de un niño cuando los padres que

1 Denegada, 6 de Mayo de 1853, de la Corte de Casación de Bélgica (Pancrúta, 1853, 1, 337).

2 Metz, 8 de Enero de 1833 (Daloz, en la palabra *Paternidad*, número 687).

se lo confiaron han desaparecido sin liquidar su deuda; esta es una deuda por alimentos que incumbe á los ascendientes, y la nodriza no tuvo seguramente la intención de gratificarlos. (1)

324. La intención desempeña un papel esencial en la gestión de negocios. Si aquel que gira no tiene la voluntad de hacer el negocio de un tercero, en su nombre, y por interés suyo, no hay cuasicontrato de gestión de negocios. Yo giro el negocio de un tercero creyendo que es mío: ¿Hay gestión de negocios? Según los principios establecidos por la Corte de Casación (núm. 322), había que responder negativamente, puesto que se conforma con el hecho de la gestión, sin tener en cuenta la intención del gerente. Tal es también la opinión de Marcadé, que, según su costumbre, califica de error la contraria opinión de Zachariae. (2) Nos parece que quien se equivoca es él. ¿Puede concederse una acción de gestión de negocios á aquel que no entendió girar el negocio de un tercero y que quizá no lo hubiera hecho si hubiese sabido que él no era interesado? Es seguro que el elemento de voluntad falta, y no puedo adquirir un derecho sin voluntad. Se objeta la equidad. Dirémos más adelante que la equidad recibe satisfacción; aquel que prestó un servicio á un tercero, tendrá acción contra él hasta concurrencia del producto que el tercero sacó de la gestión; es lo que, en lenguaje de escuela, se llama acción *in rem verso*; es menos favorable que la acción de gestión de negocios, y esto se comprende. ¿Puedo decir á un tercero que me debe indemnizar plenamente por mis anticipos, porque le presté un servicio? Me contestaría: No habeis entendido prestármelo, puesto

1 Lyon, 25 de Agosto de 1831 (Daloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 732, 1°).

2 Marcadé, t. V, pág. 268, núm. 3 del artículo 1,375. Duranton da al gerente la acción *utile* de gestión de negocios (t. XIII, pág. 667, núm. 648). Estas distinciones son extrañas á nuestro derecho moderno.

que creisteis hacer vuestro propio negocio; luego no os encontráis en el caso previsto por la ley; si ésta da acción al gerente, es con el fin de que se encuentre un amigo que quiera girar el negocio de un ausente; vos no sois este amigo; luego no sois gerente.

325. Pothier va más allá; dice que según la sutileza del derecho, se necesita, para formar el cuasicontrato de gestión de negocios, y para dar acción en repetición por los gastos y anticipos, que el gerente haya tenido la intención de girar el negocio de una persona determinada. De esto resultaría que si gestioné el negocio de Pedro creyendo gestionar el de Juan, no habría gestión de negocios; á aquel que pretendí obligar no lo está evidentemente, y á aquel de quien hice el negocio sin sospecharlo puede oponerme lo que acabamos de decir, que no puedo tener acción contra él por razón de un servicio que no entendí prestarle. Toullier critica acremente la opinión de Pothier; dice que es contraria á la razón y á los principios del Código Civil. ¿Contraria á la razón! El cuasicontrato es un hecho jurídico análogo al contrato: ¿Se concibe un contrato formado con Pedro, cuando quise contratar con Juan? No se concibe, sobre todo cuando el contrato se hace para prestar un servicio, por lo tanto, con un espíritu de beneficencia. En cuanto á los principios del Código Civil ¿es verdad que no se preocupa de ninguna manera de la intención del gerente? El art. 1,370 contesta la objeción. La equidad que se invoca está generalmente fuera de causa, puesto que se da al gerente la acción *de in rem verso*. (1) No insistiremos siendo la cuestión del dominio de la teoría.

§ II.—OBLIGACIONES DEL GERENTE.

326. El art. 1,372 dice que el gerente se somete á todas las obligaciones que resultarían de un mandato expreso que

1 Pothier, *Del cuasicontrato negotiorum gestorum*, núm. 185. En

se lo confiaron han desaparecido sin liquidar su deuda; esta es una deuda por alimentos que incumbe á los ascendientes, y la nodriza no tuvo seguramente la intención de gratificarlos. (1)

324. La intención desempeña un papel esencial en la gestión de negocios. Si aquel que gira no tiene la voluntad de hacer el negocio de un tercero, en su nombre, y por interés suyo, no hay cuasicontrato de gestión de negocios. Yo giro el negocio de un tercero creyendo que es mío: ¿Hay gestión de negocios? Según los principios establecidos por la Corte de Casación (núm. 322), había que responder negativamente, puesto que se conforma con el hecho de la gestión, sin tener en cuenta la intención del gerente. Tal es también la opinión de Marcadé, que, según su costumbre, califica de error la contraria opinión de Zachariae. (2) Nos parece que quien se equivoca es él. ¿Puede concederse una acción de gestión de negocios á aquel que no entendió girar el negocio de un tercero y que quizá no lo hubiera hecho si hubiese sabido que él no era interesado? Es seguro que el elemento de voluntad falta, y no puedo adquirir un derecho sin voluntad. Se objeta la equidad. Dirémos más adelante que la equidad recibe satisfacción; aquel que prestó un servicio á un tercero, tendrá acción contra él hasta concurrencia del producto que el tercero sacó de la gestión; es lo que, en lenguaje de escuela, se llama acción *in rem verso*; es menos favorable que la acción de gestión de negocios, y esto se comprende. ¿Puedo decir á un tercero que me debe indemnizar plenamente por mis anticipos, porque le presté un servicio? Me contestaría: No habeis entendido prestármelo, puesto

1 Lyon, 25 de Agosto de 1831 (Daloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 732, 1°).

2 Marcadé, t. V, pág. 268, núm. 3 del artículo 1,375. Duranton da al gerente la acción *utile* de gestión de negocios (t. XIII, pág. 667, núm. 648). Estas distinciones son extrañas á nuestro derecho moderno.

que creisteis hacer vuestro propio negocio; luego no os encontráis en el caso previsto por la ley; si ésta da acción al gerente, es con el fin de que se encuentre un amigo que quiera girar el negocio de un ausente; vos no sois este amigo; luego no sois gerente.

325. Pothier va más allá; dice que según la sutileza del derecho, se necesita, para formar el cuasicontrato de gestión de negocios, y para dar acción en repetición por los gastos y anticipos, que el gerente haya tenido la intención de girar el negocio de una persona determinada. De esto resultaría que si gestioné el negocio de Pedro creyendo gestionar el de Juan, no habría gestión de negocios; á aquel que pretendí obligar no lo está evidentemente, y á aquel de quien hice el negocio sin sospecharlo puede oponerme lo que acabamos de decir, que no puedo tener acción contra él por razón de un servicio que no entendí prestarle. Toullier critica acrememente la opinión de Pothier; dice que es contraria á la razón y á los principios del Código Civil. ¿Contraria á la razón! El cuasicontrato es un hecho jurídico análogo al contrato: ¿Se concibe un contrato formado con Pedro, cuando quise contratar con Juan? No se concibe, sobre todo cuando el contrato se hace para prestar un servicio, por lo tanto, con un espíritu de beneficencia. En cuanto á los principios del Código Civil ¿es verdad que no se preocupa de ninguna manera de la intención del gerente? El art. 1,370 contesta la objeción. La equidad que se invoca está generalmente fuera de causa, puesto que se da al gerente la acción *de in rem verso*. (1) No insistiremos siendo la cuestión del dominio de la teoría.

§ II.—OBLIGACIONES DEL GERENTE.

326. El art. 1,372 dice que el gerente se somete á todas las obligaciones que resultarían de un mandato expreso que

1 Pothier, *Del cuasicontrato negotiorum gestorum*, núm. 185. En

le hubiera sido dado por el propietario. De esto resulta que las obligaciones del gerente son las del mandatario, tales como el Código las expone en el título *Del Mandato*, al que trasladamos al lector. Observamos solamente una consecuencia que es tan evidente que no se concibe que haya sido negada. Según los términos del art. 1,996, "el mandatario debe el rédito de las sumas que ha empleado en su provecho desde la fecha de este empleo, y las de que es detentor desde el día en que se le piden cuentas." Esta obligación es común al gerente en virtud del art. 1,372; se necesitaría una excepción expresa para que el art. 1,996 no fuese aplicable al gerente de negocios. Tal es también la opinión general. (1) Larombière enseña lo contrario, sin siquiera motivar su opinión, (2) y hubiera sido difícil motivarla, puesto que está en oposición con el texto terminante de la ley.

327. El gerente no tiene mandato; no hay, pues, nada fijo en cuanto á la duración de la gestión. Según el art. 1,372, contrae el compromiso tácito de continuar la gestión que ha comenzado y de concluirla hasta que el propietario esté en estado de atenderla por sí. La ley se expresa mal al decir de un modo absoluto que el gerente debe concluir la gestión; está únicamente obligado á girar hasta que el propietario pueda vigilar sus negocios por sí mismo. Tal es el espíritu de la ley; es porque el dueño no puede gestionar sus negocios por lo que la ley ha sancionado la gestión de negocios obligando al dueño sin que consienta en ello; desde que el propietario puede volver á tomar la dirección de sus intereses, la gestión de negocios no tiene razón de ser, y por consiguiente, el gerente no está ya obligado á continuarla. Al decir que el gerente debe concluir la gestión, el legislador

sentido contrario, Toullier, t. VI, 1, pág. 91, núms. 22 y 23 y todos los autores.

1 Duranton, t. XIII, pág. 684, núm. 667. Toullier, t. VI, página 35, núms. 44 y 45.

2 Larombière, t. V, pág. 604, núm. 19 (Ed. B., t. III, pág. 388).

quizo poner los intereses del dueño al abrigo de la inconstancia del gerente; los hombres están prontos á ofrecer sus servicios, pero se cansan también prontamente; esta es la observación de Treilhard, el orador del Gobierno: la ley no quiere semejantes servicios, aquel que los ofrece, se obliga y debe cumplir su compromiso. (1)

El art. 1,372 agrega que el que gira el negocio ajeno debe encargarse igualmente de todas sus dependencias. Aquel que gira un negocio no debe girarlos todos; aquí vuelve otra vez el elemento intencional que se quiere apartar de la gestión de negocios. ¿Cuál es la extensión de las obligaciones del gerente? La solución de la dificultad no puede buscarse más que en la voluntad del gerente. El negocio que gira es determinado, solo á éste debe sus cuidados, pero comprende todas las dependencias del negocio; esto resulta también de la intención del gerente. Si gestiono una sucesión acaecida á un amigo ausente, debo ocuparme de todos los pormenores que conciernen á la sucesión. (2)

328. "Todo mandatario, dice, el art. 1,993, está obligado á dar cuenta de su gestión." Esta obligación incumbe también al gerente; es verdad que no lo dice la ley, pero el principio que establece en el art. 1,372, basta para decidirlo así. Ésta es, por lo demás, la más natural de las obligaciones; todo administrador, aun el que gira en virtud de la ley y á pesar suyo, debe dar cuenta; con mayor razón aquel que toma la iniciativa de la gestión por su propia voluntad. Esto ha sido, sin embargo, contestado, y el debate llegó hasta la Corte de Casación. Un heredero toma la sucesión y la gira; ¿debe dar cuenta de su gestión? Contestaremos con otra pregunta: ¿se necesita una sentencia de la Corte Suprema para decidir lo que la ley no resuelve? (3)

1 Treilhard, Exposición de motivos, núm. 6 (Loché, t. VI, página 275).

2 Toullier, t. VI, 2, pág. 26, núm. 32.

3 Danegada, Sala Civil, 10 de Abril de 1854 (Daloz, 1854, 1, 183).

§ III.—OBLIGACIONES DEL DUEÑO.

329. El art. 1,375 dice: "el dueño cuyo negocio ha sido bien administrado, debe llenar los compromisos que el gerente contrajo en su nombre, indemnizarlo por todos los compromisos personales que tomó, y reembolsarlo por todos los gastos útiles ó necesarios que ha hecho." ¿Cuál es el momento que debe considerarse para decidir si el negocio ha sido bien administrado? Hemos de antemano contestado á la cuestión (núm. 316); debe considerarse la época en que comenzó la gestión. Si, en aquel momento, el gerente hace lo que hubiera hecho el dueño obrando como buen padre de familia, tiene derecho á ser indemnizado. Poco importa el resultado de la gestión. La ley no dice que el dueño está obligado por cuanto ha enriquecido, dice que está obligado á indemnizar al gerente si éste administró bien. Este principio procede de la naturaleza misma de la gestión de negocios. El gerente toma la iniciativa para administrar los negocios del dueño, cuando éste no lo puede hacer por sí. Para que una persona emprenda esta gestión, es necesario que tenga la seguridad de ser indemnizada por el solo hecho de hacer lo que un buen padre de familia debe hacer, sin que se tome en consideración el resultado de la gestión. Si el gerente no tuviera derecho á una indemnización sino hasta concurrencia del fruto que el dueño hubiera sacado de su administración, frecuentemente perdería en el negocio, y con semejante previsión no se atrevería á emprender la gestión. Había, pues, que darle acción, por el solo hecho de girar bien. (1) Por otra parte, puede decirse que enriquece al dueño por esto solo de hacer lo que hiciera el dueño al estar presente, pues éste hubiera hecho el gasto que hizo el gerente; economizó, pues, este gasto, y en este sentido ha enriquecido. (2) El principio está admitido por todos los autores.

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 666, núm. 354 bis I.

2 Daranton, t. XIII, pág. 686, núm. 671.

330. Cuando el gerente administra bien los negocios del dueño, la gestión de negocios se asimila al mandato. Hay, sin embargo, una diferencia importante que hemos señalado como muy controvertida. El art. 2,001, dispone que el interés de los anticipos hechos por el mandatario, le es debido por el mandante, desde el día en que constan estos anticipos. ¿Se aplica esta disposición al gerente de negocios? Según el rigor de los principios, debe contestarse negativamente. El art. 2,001 consagra una excepción á la regla establecida por el art. 1,153, en los términos del cual los intereses sólo se deben desde el día de la demanda, excepto los casos en que la ley los hace correr de derecho pleno. Y toda excepción es de estricta interpretación; no se puede, pues, extender la disposición del art. 2,001 aun por motivo de analogía. Cualquiera que sea, pues, la analogía entre la gestión de negocios y el mandato, no se puede aplicar al gerente una disposición excepcional que solo establece la ley á favor del mandatario. Se invoca en vano la equidad que es el fundamento de las obligaciones que resultan de la gestión de negocios; la equidad no permite crear excepciones; por lo demás, como dice la Corte de Lyon, pudiera también invocarse la equidad en favor del dueño; es menester que el servicio que el gerente hace al dueño, no resulte en perjuicio de éste, lo que sucedería si el gerente esperase muchos años sin reclamar el reembolso de sus anticipos; la acumulación de réditos sería, en este caso, muy perjudicial al dueño. Hay en la gestión de negocios una suerte de beneficios que no permite que se haga de ella un pretexto de lucro, ó cuando menos un medio para colocar fondos á rédito. (1)

1 Los autores y la jurisprudencia están divididos. Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. IV, pág. 724, nota 12, y las sentencias en el Repertorio de Dalloz, en la palabra *Préstamo con interés*, número 109. Debe agregarse Lyon, 29 de Enero de 1870 (Dalloz, 1870, 2, 92), y en sentido contrario una sentencia no motivada de Lieja, 21 de Mayo de 1851 (*Pasicrisia*, 1851, 2, 367).

331. Por la misma razón debe admitirse que la gestión de negocios es esencialmente gratuita. El mandatario no tiene derecho á un salario sino cuando le ha sido prometido (art. 1,999); no puede haber promesa de salario en la gestión de negocios, puesto que no hay concurso de consentimiento; sería, pues, menester una disposición de la ley para que el gerente pudiera reclamar una indemnización por su trabajo, y el Código no se la concede; el silencio de la ley nos parece decisivo, porque su espíritu se opone igualmente á que el amigo que presta un servicio, solicite el pago cuando lo hizo por amistad. Sin embargo, fué sentenciado "que debe necesariamente admitirse que bajo la expresión de *gastos útiles*, el art. 1,375 comprende una indemnización por razón de los deberes personales del gerente." (1) ¿Pero cómo podrá calificarse de *gastos* lo que el gerente no ha gastado, pero que reclama á título de salario? El fallo de la Corte de Gante está aislado y dudamos que haya jurisprudencia.

332. El art. 1,375 dice que el dueño debe indemnizar al gerente por todos los compromisos personales que ha contraído, y que debe cumplir los compromisos que el gerente contrajo en su nombre. Debe considerarse el efecto de estos compromisos, desde luego entre el dueño y el gerente, y después con relación á los terceros. En cuanto á las relaciones del dueño con el gerente, el principio es que el gerente debe ser completamente indemnizado. Si el gerente ha contraído en nombre del dueño, éste debe cumplir con los compromisos. Si el gerente contrajo en su nombre personal y si ha pagado la deuda, esto es un anticipo, lo que hace que el dueño debe reembolsarle; si no ha pagado, el dueño debe indemnizarle por ese punto, dice el art. 1,375. Pothier nos explica lo que por esto entiende la ley: el dueño debe procurar al gerente el descargo de las obligaciones que contrajo

1 Gante, 10 de Julio de 1857 (*Pasicrisia*, 1858, 2, 7).

en su nombre personal; á este efecto, debe entregarle el recibo del acreedor, hácia quien se obligó el gerente, ó un escrito por el que el acreedor acepta al dueño como deudor en lugar del gerente, descargando, en consecuencia, á este último. (1) ¿Cuál es el derecho de los terceros con los que ha contraído el gerente? La cuestión está en saber contra quién tendrán acción. El art. 1,375 indica una distinción: debe verse si el gerente contrajo en su nombre personal ó en el del dueño. Cuando ha contraído personalmente sin decir que obra como gerente, el tercero solo tiene acción directa contra él. Esto es de derecho común; el acreedor solo puede obrar contra el deudor con quien ha tratado; si el deudor tiene una acción por su obligación contra un tercero, el acreedor tiene el derecho de ejercitarlo en virtud del artículo 1,166, pero debe, en este caso, partir el beneficio de la acción con los demás acreedores del deudor común. En esta primera hipótesis, el tercero no tiene acción personal contra el dueño, siempre en virtud del derecho común, porque no ha tratado con el dueño. (2)

Si el gerente contrae con el tercero en nombre del dueño, el acreedor no tiene acción contra el gerente, porque éste no pretendió obligarse, puesto que no habló en su nombre, y solo representó al dueño; el tercero no ha contraído con el gerente, lo ha hecho con el dueño; no puede, pues, tener acción sino contra éste. Esta acción que concedemos á los terceros contra el dueño, no está sin dificultad. El dueño no figuró en el contrato, no se ha comprometido; ¿cómo podrá obligarse hácia un tercero sin haber consentido? No está obligado por su consentimiento sino en virtud de la ley; el art. 1,375 es terminante: "El dueño *debe cumplir los compromisos* que el gerente ha contraído en su nombre;" es de-

1 Pothier, *Del cuasicontrato negotiorum gestorum*, núm. 228.

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 727, y nota 21. Mourlon, t. II, página 875, núm. 1,666. Compárese Colmet de Santerre, t. V, pág. 667, núm. 354 bis V, que da una acción directa á los terceros.

cir, en nombre del dueño. Pero éste no está obligado sino cuando el negocio ha sido bien administrado. Al tercero toca ver si quiere tratar bajo esta condición con el gerente; arriesga el no tener acción contra el dueño, si el negocio fué mal administrado; es decir, si no había cuasicontrato de gestión de negocio; hará, pues, sabiamente en estipular que el gerente se compromete, tanto en su nombre personal, como en el de su dueño. (1)

§ IV. — DE LA ACCION DE IN REM VERSO.

333. Para que haya gestión de negocio, es preciso que el gerente haya administrado como lo hubiese hecho el mismo propietario, obrando como buen padre de familia. Si se inmiscua en los negocios ajenos sin necesidad, sin utilidad evidente, si hace lo que no hubiera hecho el dueño, no hay cuasicontrato de gestión de negocios; el art. 1,375 no le da acción contra el dueño del que giró imprudentemente los negocios. ¿Es esto decir que no tenga ninguna acción contra él? Si le concede una acción hasta concurrencia de la cual el dueño se ha enriquecido en el momento de la demanda, esto es lo que se llama la acción *in rem verso*. (2)

334. Lo mismo sucede en los casos en que falta una de las condiciones requeridas para que la gestión, aun útil, forme un cuasicontrato. Hago el negocio de un tercero creyendo girar el mío; ¿hay gestión de negocios? La cuestión está controvertida: hemos enseñado la negativa (núm. 324). Los que admiten que hay gestión de negocios, conceden al gerente la acción que nace de este cuasicontrato. (3) En la

1 Colmet de Santerre, t. V, pag. 667, núm. 354 bis III. Mourlon, t. II, pag. 875. Compárese Larombière quien dice en términos absolutos que los terceros no tienen acción directa contra el dueño (tomo V, pag. 595, núm. 5, Ed. B., t. III, pag. 385).

2 Mourlon, *Repeticiones*, t. II, pag. 876, núm. 1,668.

3 Toullier, t. VI, l. 1, pag. 25, núm. 28. Larombière, t. V, pag. 572, núm. 18 (Ed. B., t. III, pag. 376). Bruselas, 5 de Abril de 1854 (*Pasicrisia*, 1855, 2, 61).

opinión contraria, no se puede dar la cuestión de gestión de negocios á aquel que no es gerente en el sentido legal de la palabra; sin embargo, si la gestión es útil se concede al que procuró esta utilidad al dueño, una acción hasta concurrencia de lo que éste ha aprovechado; es decir, la acción *in rem verso*. (1)

335. Aquel que obra en interés personal no es gerente de negocios; el espíritu de la ley no deja ninguna duda acerca de este punto. ¿Cómo pudiera tener una acción que la ley da por razón del servicio prestado, cuando no hubo tal servicio? Puede resultar, no obstante este hecho, una utilidad para la persona en los negocios de la cual uno se ha inmiscuido por interés personal, y este es también el caso de conceder la acción de *in rem verso*, hasta concurrencia del provecho que de esta gestión interesada haya sacado el dueño. (2) Esto supone que el tercero se ha inmiscuido en los negocios del propietario, bien que lo haya hecho por interés personal. Si no hay ninguna inmisión en los negocios del dueño, si aquel que obró lo hizo exclusivamente por su propio interés, ni siquiera hay ya acción de *in rem verso*. La jurisprudencia está en este sentido. El propietario de un molino obtuvo en nombre propio la autorización de abrir á sus costas, un canal que sirva para alimentarlo, el cual canal había sido tapado por orden de la administración. Pide á los propietarios de los molinos inferiores el reembolso de una parte de sus gastos en la medida de lo que aprovechan. La Corte de Casación, sobre el informe de Lasagni, decidió que no había lugar á la acción de *in rem verso*, porque constaba de hecho que el demandante había obrado exclusivamente por interés propio y para impedir la paralización de su fábrica; no había mucha duda en el caso, puesto que de tiem-

1 Aubry y Rau, t. IV, pag. 725, nota 27. Colmet de Santerre, tomo V, pag. 664, núm. 349 bis V.

2 Duranton, t. XIII, pag. 667, núm. 649. Aubry y Rau, t. IV, página 725.

po inmemorial, el propietario de dicho molino había soportado solo los gastos de entretenimiento sin que los fabricantes inferiores hubiesen jamás contribuido. (1)

Así mismo, si los rivereros de un río, construyesen un dique en sus propios fundos para garantizarlos contra la invasión de las aguas, no tendrían acción contra los demás rivereros para hacerlos contribuir á los gastos exigidos por los trabajos, aunque hubiese resultado una utilidad para ellos. (2) No puede haber acción contra una persona sin inmisión en sus negocios. (3)

336. Giro el negocio de una persona á pesar suyo. ¿Tengo acción contra ella? ¿cuál es esta acción? La cuestión está controvertida y hay alguna duda. Nos parece seguro que no hay gestión de negocios. Los cuasicontratos se forman sin convención, sin concurso de voluntad; en donde hay una manifestación de la voluntad cualquiera, ya no puede haber cuasicontrato; hay contrato si las voluntades concuerdan, y si una de las partes rehúsa consentir, no hay contrato; tampoco hay cuasicontrato, pues éste está fundado en la suposición que hay consentimiento presumido de la parte interesada; y ¿cómo podría presumir el legislador que el dueño consiente á que se giren sus negocios cuando se opone á ello?

Peró si el gerente no tiene la acción de la gestión de negocios, ¿tiene siquiera la acción de *in rem verso*? La solución depende del punto de saber cuál es el fundamento de esta acción y cuáles las condiciones bajo las que está concebida. Vamos desde luego á examinar la cuestión general, y después volveremos sobre la cuestión especial que acabamos de presentar.

1 Denegada, 30 de Abril de 1828 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,402).

2 Grenoble, 12 de Agosto de 1836, y Denegada, 6 de Noviembre de 1838 (Daloz, núm. 5,403).

3 Aubry y Rau, t. IV, pág. 725, y nota 15. Mourlon, t. II, página 868, núm. 1,670.

337. Los autores admiten la acción *de in rem verso*, sin discusión. Hay, sin embargo, un motivo de duda. En nuestra opinión, el cuasicontrato de gestión de negocios está fundado en la ley, en este sentido que el legislador es quien hacen hacer la obligación cuando no hay convención, cuando no hay consentimiento de las partes interesadas. Hay, sin duda, un motivo de equidad que justifica las obligaciones que el legislador impone al dueño; pero por sí misma, la equidad no genera obligaciones, es preciso que la ley sancione, y lo hace para la gestión de negocios; pero fuera de las condiciones requeridas para la gestión de negocios, la ley no da ninguna acción á aquel que se inmiscua en los negocios ajenos. ¿Es esto decir que deba desecharse la acción *de in rem verso*? No, ésta es conagrada por la tradición, lo que es ya un potente argumento en una materia tradicional. Pero esto no basta, hay que probar que los autores del Código han entendido mantener la tradición. El Código la consagra en el art. 1,684. Se pueden también invocar las disposiciones concernientes á la gestión de negocios. A decir verdad, la acción de gestión de negocios, y la acción *de in rem verso* proceden de la misma causa, de una inmisión en los negocios ajenos; resulta de esta inmisión una ventaja para aquel de quien se gira el negocio; la equidad obliga que se tenga en cuenta el provecho que se le ha procurado. ¿Pero cuál será la extensión de su obligación? Acerca de este punto, las dos acciones se dividen; la una, de la gestión de negocios, equivale á la acción de mandato; la otra, *de in rem verso* está limitada al provecho que saca el dueño de la gestión en el momento de la demanda. Hay siempre un dueño y un gerente; luego hay gestión de negocios; solo que es una gestión que no equivale á un mandato. Esto no impide que haya analogía entre ambos hechos jurídicos; hay más que analogía, hay identidad en cuanto á la causa; esto debe bastar para que el dueño esté obligado á indem-

nizar al gerente hasta concurrencia de lo que se enriqueció. En este sentido, la equidad, que es el fundamento de los cuasicontratos, es también el fundamento de la acción *de in rem verso*; ella se opone á que el dueño que aprovecha de una gestión retenga este provecho sin tomar en cuenta aquel que se lo proporcionó: esto sería enriquecerse sin causa y sin derecho á expensas de aquel que proporcionó la utilidad mediante su gestión: esto sería contrario á la equidad natural, y también á la equidad legal, pues la ley consagra esta regla en la materia de los cuasicontratos.

338. Volvamos ahora á nuestra cuestión. Giro el negocio de una persona á pesar mío: ¿Tengo acción *de in rem verso*? Ya hemos encontrado la dificultad al examinar la cuestión de saber si aquel que paga la deuda de un tercero á pesar suyo tiene acción contra el deudor. (1) Las opiniones están divididas acerca de la aplicación como acerca del principio. (2) En nuestro concepto, la oposición del dueño destruye el fundamento de la acción *de in rem verso*, considerándola como una acción análoga á la de la gestión de negocios; la cuestión está por esto mismo decidida. No hay gestión de negocios cuando el gerente se inmiscua en los negocios de una persona; á pesar suyo, no puede, pues, haber una acción *de in rem verso*, puesto que esto supone una gestión; hay contradicción en decir que hago el negocio de una persona á pesar suyo, que le procuro un provecho á su pesar. Hay todavía una contradicción mayor en dar una acción contra una persona por razón de una utilidad que le he procurado, cuando no quiso que le procurase otra ventaja. El derecho y la equidad están aquí de acuerdo para rehu-

1 Véase el tomo XVII de mis *Principios*, pág. 535, núm. 486 y página 540, núm. 489.

2 Véase, en sentido diverso, Toullier, t. VI, l. 1, pág. 42, núm. 55. Aubry y Rau, t. IV, pág. 726, y nota 19. Marcadé, t. V, pág. 268, núm. 4 del artículo 1.377. Mourlon, t. II, pág. 877, núm. 1.669. Colmet de Santerre, t. V, pág. 663, núm. 349 bis IV.

zar toda acción á aquel que se ha obstinado en inmiscuirse en un negocio contra la voluntad de su dueño.

La jurisprudencia confunde generalmente la acción *de in rem verso* con la acción de gestión de negocios; esto no es jurídico en un sentido, puesto que ambas acciones difieren, pero la confusión se explica en el sentido que las dos acciones proceden de la misma causa y que no difieren sino en cuanto á la extensión de las obligaciones del dueño. Ha sido juzgado que cuando un empresario de transportes acarrea una mercancía al domicilio del destinatario á pesar de la oposición de éste, no tiene derecho al reembolso de sus anticipos. En realidad, no se trataba, en el caso, del cuasicontrato de gestión de negocios; el empresario no podía tener más que la acción *de in rem verso*. Esta expresión no figura en la sentencia, y aparece que se halla indicado el principio en los debates. Todo lo que el empresario podía pedir, era que se tuviera en cuenta el provecho que había resultado para los destinatarios; y constaba que el transporte se había efectuado contra el interés de los destinatarios, lo que excluía toda acción contra ellos. (1)

339. Un caso singular se ha presentado ante la Corte de Gante. El presidente municipal de una Villa reclamó en justicia los anticipos que había hecho para pagar los gastos ocasionados por las medidas que la comisión médica había prescripto para la invasión inesperada del cólera. El municipio opuso una negativa fundada en que los gastos habían sido hechos sin la autorización del consejo municipal. Esta defensa fué desechada por el Tribunal de Primera Instancia. La demanda, dice la sentencia, es una verdadera acción *de in rem verso*, porque el demandante reclama la restitución de los gastos que hizo en interés del municipio y de los cuales éste ha aprovechado. Se trata, pues, de saber si los munici-

1 Denegada, 27 de Julio de 1852 (Daloz, 1852, 2, 226).

pios están sometidos, como los particulares, á las disposiciones generales de la ley civil en lo que se refiere á los compromisos que se forman sin convención. Dejemos á un lado la dificultad administrativa. El presidente municipal había obrado fuera de las disposiciones de la ley municipal, esto es evidente; pero el municipio reconocía que se había encontrado en circunstancias extraordinarias, obligado á obrar inmediatamente, puesta que el menor retardo podía traer consecuencias funestas. La Corte de Apelación confirmó la decisión adoptando los motivos del primer juez, sobre conclusiones contrarias del Ministerio Público. (1) La requisitoria es notable, y bien merecía que la Corte le contestase. En nuestro concepto, la cuestión á decidir era esta: ¿Los municipios pueden ser obligados por un cuasicontrato como los particulares? La afirmativa no es dudosa. Los municipios, siendo capaces para contraer, pueden, por esto mismo, estar obligados por un cuasicontrato, pues la ley es la fuente de todas estas obligaciones. Supongamos que en una de esas grandes calamidades que llegan á afligir á las poblaciones, la autoridad municipal quede inerte; un particular hace lo que el consejo descuida de hacer. ¿No habrá en esto una gestión de negocios por la que el municipio queda obligado? Es verdad que regularmente el municipio solo se obliga por un voto del consejo, pero este principio recibe excepción en materia de cuasicontrato. La capacidad del dueño no es la requerida para la validez de una gestión de negocios; una mujer casada está obligada sin autorización marital, un menor lo está sin la intervención de su tutor; luego el municipio debe estarlo sin la deliberación de su consejo. ¿Lo que puede hacer un particular lo puede hacer como tal el presidente municipal? Esto nos parece incontestable. Quedaba por saber si había gestión de negocios, ó cuando menos un hecho

1 Gante, 20 de Noviembre de 1861 (*Pasicrisia*, 1862, 2, 13) y la requisitoria de M. Dumont, págs. 14 y siguientes.

provechoso para el municipio y dando lugar á la acción de *in rem verso*, como lo había decidido el primer juez. Si hemos bien presentado la cuestión, la respuesta no es dudosa. Lo que había dificultado los debates era la calidad de presidente municipal del gerente; había que dejarla á un lado. El presidente, como tal, había obrado ilegalmente, y un acto ilegal no puede dar lugar á una acción, ni de gestión de negocios ni de *in rem verso*. Pero el presidente tiene el derecho que tiene todo habitante para obrar en el interés del municipio. Y constaba que había prestado servicios, y que había hecho lo que la autoridad hubiera hecho si se hubiera procedido regularmente, puesto que había ejecutado las medidas prescriptas por la comisión médica. Esto era decisivo, en nuestro parecer.

340. Queda por ver cuáles son los efectos de la acción de *in rem verso*. El principio es que el dueño no está obligado en virtud de dicha acción, sino hasta concurrencia de lo que se enriqueció. Este es el fundamento de la acción, este es también su efecto. Resulta que la acción de *in rem verso* difiere de la acción de gestión de negocios en dos puntos. El gerente de negocios no tiene acción más que si prueba haber hecho lo que el dueño hubiese hecho; la gestión debe ser útil en su principio. No sucede lo mismo con aquel que forma la acción de *in rem verso*. Poco importa lo que el dueño hubiese hecho; sacó un provecho de la gestión, debe tenerlo en cuenta. ¿Cómo se estimará el provecho? No es el gasto lo que el demandante puede pedir; no tiene derecho sino al provecho que haya resultado. Y es además necesario que dicho provecho subsista en el momento de la demanda; el dueño no está, pues, obligado sino hasta concurrencia de lo que le enriqueció en este momento. (1)

SECCION II.—De la repetición de lo indebido.

341. Aquel que ha pagado por error lo que no debía,
1 Moulon, *Repeticiones*, t. II, pág. 877, núm. 1,668.

pios están sometidos, como los particulares, á las disposiciones generales de la ley civil en lo que se refiere á los compromisos que se forman sin convención. Dejemos á un lado la dificultad administrativa. El presidente municipal había obrado fuera de las disposiciones de la ley municipal, esto es evidente; pero el municipio reconocía que se había encontrado en circunstancias extraordinarias, obligado á obrar inmediatamente, puesta que el menor retardo podía traer consecuencias funestas. La Corte de Apelación confirmó la decisión adoptando los motivos del primer juez, sobre conclusiones contrarias del Ministerio Público. (1) La requisitoria es notable, y bien merecía que la Corte le contestase. En nuestro concepto, la cuestión á decidir era esta: ¿Los municipios pueden ser obligados por un cuasicontrato como los particulares? La afirmativa no es dudosa. Los municipios, siendo capaces para contraer, pueden, por esto mismo, estar obligados por un cuasicontrato, pues la ley es la fuente de todas estas obligaciones. Supongamos que en una de esas grandes calamidades que llegan á affligir á las poblaciones, la autoridad municipal quede inerte; un particular hace lo que el consejo descuida de hacer. ¿No habrá en esto una gestión de negocios por la que el municipio queda obligado? Es verdad que regularmente el municipio solo se obliga por un voto del consejo, pero este principio recibe excepción en materia de cuasicontrato. La capacidad del dueño no es la requerida para la validez de una gestión de negocios; una mujer casada está obligada sin autorización marital, un menor lo está sin la intervención de su tutor; luego el municipio debe estarlo sin la deliberación de su consejo. ¿Lo que puede hacer un particular lo puede hacer como tal el presidente municipal? Esto nos parece incontestable. Quedaba por saber si había gestión de negocios, ó cuando menos un hecho

1 Gante, 20 de Noviembre de 1861 (*Pasicrisia*, 1862, 2, 13) y la requisitoria de M. Dumont, págs. 14 y siguientes.

provechoso para el municipio y dando lugar á la acción de *in rem verso*, como lo había decidido el primer juez. Si hemos bien presentado la cuestión, la respuesta no es dudosa. Lo que había dificultado los debates era la calidad de presidente municipal del gerente; había que dejarla á un lado. El presidente, como tal, había obrado ilegalmente, y un acto ilegal no puede dar lugar á una acción, ni de gestión de negocios ni de *in rem verso*. Pero el presidente tiene el derecho que tiene todo habitante para obrar en el interés del municipio. Y constaba que había prestado servicios, y que había hecho lo que la autoridad hubiera hecho si se hubiera procedido regularmente, puesto que había ejecutado las medidas prescriptas por la comisión médica. Esto era decisivo, en nuestro parecer.

340. Queda por ver cuáles son los efectos de la acción de *in rem verso*. El principio es que el dueño no está obligado en virtud de dicha acción, sino hasta concurrencia de lo que se enriqueció. Este es el fundamento de la acción, este es también su efecto. Resulta que la acción de *in rem verso* difiere de la acción de gestión de negocios en dos puntos. El gerente de negocios no tiene acción más que si prueba haber hecho lo que el dueño hubiese hecho; la gestión debe ser útil en su principio. No sucede lo mismo con aquel que forma la acción de *in rem verso*. Poco importa lo que el dueño hubiese hecho; sacó un provecho de la gestión, debe tenerlo en cuenta. ¿Cómo se estimará el provecho? No es el gasto lo que el demandante puede pedir; no tiene derecho sino al provecho que haya resultado. Y es además necesario que dicho provecho subsista en el momento de la demanda; el dueño no está, pues, obligado sino hasta concurrencia de lo que le enriqueció en este momento. (1)

SECCION II.—De la repetición de lo indebido.

341. Aquel que ha pagado por error lo que no debía,
1 Moulon, *Repeticiones*, t. II, pág. 877, núm. 1,668.

pios están sometidos, como los particulares, á las disposiciones generales de la ley civil en lo que se refiere á los compromisos que se forman sin convención. Dejemos á un lado la dificultad administrativa. El presidente municipal había obrado fuera de las disposiciones de la ley municipal, esto es evidente; pero el municipio reconocía que se había encontrado en circunstancias extraordinarias, obligado á obrar inmediatamente, puesta que el menor retardo podía traer consecuencias funestas. La Corte de Apelación confirmó la decisión adoptando los motivos del primer juez, sobre conclusiones contrarias del Ministerio Público. (1) La requisitoria es notable, y bien merecía que la Corte le contestase. En nuestro concepto, la cuestión á decidir era esta: ¿Los municipios pueden ser obligados por un cuasicontrato como los particulares? La afirmativa no es dudosa. Los municipios, siendo capaces para contraer, pueden, por esto mismo, estar obligados por un cuasicontrato, pues la ley es la fuente de todas estas obligaciones. Supongamos que en una de esas grandes calamidades que llegan á affligir á las poblaciones, la autoridad municipal quede inerte; un particular hace lo que el consejo descuida de hacer. ¿No habrá en esto una gestión de negocios por la que el municipio queda obligado? Es verdad que regularmente el municipio solo se obliga por un voto del consejo, pero este principio recibe excepción en materia de cuasicontrato. La capacidad del dueño no es la requerida para la validez de una gestión de negocios; una mujer casada está obligada sin autorización marital, un menor lo está sin la intervención de su tutor; luego el municipio debe estarlo sin la deliberación de su consejo. ¿Lo que puede hacer un particular lo puede hacer como tal el presidente municipal? Esto nos parece incontestable. Quedaba por saber si había gestión de negocios, ó cuando menos un hecho

1 Gante, 20 de Noviembre de 1861 (*Pasicrisia*, 1862, 2, 13) y la requisitoria de M. Dumont, págs. 14 y siguientes.

provechoso para el municipio y dando lugar á la acción de *in rem verso*, como lo había decidido el primer juez. Si hemos bien presentado la cuestión, la respuesta no es dudosa. Lo que había dificultado los debates era la calidad de presidente municipal del gerente; había que dejarla á un lado. El presidente, como tal, había obrado ilegalmente, y un acto ilegal no puede dar lugar á una acción, ni de gestión de negocios ni de *in rem verso*. Pero el presidente tiene el derecho que tiene todo habitante para obrar en el interés del municipio. Y constaba que había prestado servicios, y que había hecho lo que la autoridad hubiera hecho si se hubiera procedido regularmente, puesto que había ejecutado las medidas prescriptas por la comisión médica. Esto era decisivo, en nuestro parecer.

340. Queda por ver cuáles son los efectos de la acción de *in rem verso*. El principio es que el dueño no está obligado en virtud de dicha acción, sino hasta concurrencia de lo que se enriqueció. Este es el fundamento de la acción, este es también su efecto. Resulta que la acción de *in rem verso* difiere de la acción de gestión de negocios en dos puntos. El gerente de negocios no tiene acción más que si prueba haber hecho lo que el dueño hubiese hecho; la gestión debe ser útil en su principio. No sucede lo mismo con aquel que forma la acción de *in rem verso*. Poco importa lo que el dueño hubiese hecho; sacó un provecho de la gestión, debe tenerlo en cuenta. ¿Cómo se estimará el provecho? No es el gasto lo que el demandante puede pedir; no tiene derecho sino al provecho que haya resultado. Y es además necesario que dicho provecho subsista en el momento de la demanda; el dueño no está, pues, obligado sino hasta concurrencia de lo que le enriqueció en este momento. (1)

SECCION II.—De la repetición de lo indebido.

341. Aquel que ha pagado por error lo que no debía,
1 Moulon, *Repeticiones*, t. II, pág. 877, núm. 1,668.

puede repetir por lo que ha pagado (arts. 1,235, 1,376 y 1,377). Resulta, pues, del pago indebido una obligación á cargo de aquel á quien se pagó indebidamente. «Aquel que recibe por error ó *conscientemente* lo que no se le debe, se obliga á restituirlo á aquél que pagó indebidamente.» La ley dice *por error ó conscientemente*. No hay para qué distinguir si aquel que recibe es de buena ó de mala fe; está obligado á restituir lo que recibió por el solo hecho de haber recibido lo que no se le debía. ¿Por qué está obligado á ello? Porque la equidad se opone á que enriquezca sin causa á expensas de aquel que hizo el pago indebido; y se enriquecería sin derecho á sus expensas, si pudiera retener lo que le fué pagado sin que sea acreedor; la equidad le obliga, pues, á restituir. La extensión de esta obligación varía según que es de buena ó de mala fe, pero la obligación en sí es independiente de la circunstancia de mala fe; es la equidad sola la que engendra la obligación; para mejor decir, es la ley quien la crea, sancionando lo que puede la equidad. (1)

342. Para que haya lugar á la repetición de lo indebido, dos condiciones son requeridas: es necesario, primero, que una cosa haya sido pagada sin que se deba (arts. 1,235 y 1,376); y se necesita también que aquel que ha pagado lo que no debía lo haya hecho por error.

§ I. — 2. CUANDO HAY PAGO INDEBIDO?

343. Hay pago indebido en tres casos: 1.º Cuando una cosa ha sido pagada sin que haya habido deuda. 2.º Cuando hay una deuda pero que fué pagada por otro que no la debía. 3.º Cuando la cosa juzgada era debida á otro que aquel que la recibió.

Núm. 1. Cuando no hay deuda.

344. «Todo pago supone una deuda: lo que fué pagado
1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 668, núm. 355 bis.

sin ser debido, está sujeto á repetición» (art. 1,235). No hay deuda cuando no hay ninguna causa que engendre una obligación, ni un contrato, ni un cuasicontrato, ni un delito, ni un cuasidelito, ni ley. No basta que haya una causa aparente de una obligación para que haya deuda, es preciso que el hecho jurídico de donde resulta la deuda reúna las condiciones requeridas para su existencia. Hemos dicho en otro lugar cuáles son las condiciones que la doctrina exige para la existencia de las convenciones; cuando falta una de esas condiciones, no hay obligación. Así, no hay contrato sin consentimiento: aquel que ha pagado lo que estaba estipulado en una convención que suscribió cuando no tenía uso de razón, ha pagado una deuda que no existía; luego puede repetir.

Este principio recibe una restricción para las deudas naturales: «La repetición no es admitida con relación á las obligaciones naturales que han sido voluntariamente pagadas.» Traducimos á lo que fué dicho acerca de este punto en el título *De las Obligaciones*.

345. Hay deudas que existen, pero que no reúnen las condiciones requeridas para su validez, son las obligaciones nulas ó nulificables. Aquel que paga lo que debe en virtud de una obligación nula, paga lo que no debe; puede, pues, repetir. Es verdad que el acreedor tiene una acción, pero el deudor puede rechazarla por una excepción perentoria. En este sentido no debe, lo mismo que si fuese la deuda inexistente. Hay, sin embargo, una diferencia; se puede confirmar una deuda nula, y la confirmación resulta de la ejecución voluntaria del contrato, bajo las condiciones determinadas por la ley; en este caso, no se puede tratar de la repetición de lo indebido. Las obligaciones inexistentes no pueden ser confirmadas; dan siempre lugar á la repetición.

Lo que decimos de las deudas nulas se aplica á las obligaciones rescindibles. Pothier distingue entre esas dos es-

pecies de deudas, (1) en derecho moderno, ya no hay diferencia entre la acción por nulidad y la acción en rescisión. Traducimos á lo que fué dicho en el título *De las Obligaciones*.

346. No deben confundirse las obligaciones resolubles ó revocables, con las obligaciones nulificables. La condición resolutoria expresa opera de pleno derecho y algunas veces la ley opera de pleno derecho la revocación de una convencción (art. 960); en estos casos, la deuda es como si nunca hubiera existido, por consiguiente, debe decirse que es inexistente; si se le paga, hay pago indebido, lo mismo que si el deudor no se hubiese nunca obligado. Si la resolución ó la revocación debe ser demandada en justicia, la acción en repetición de lo indebido se confunde con la acción que tiende á resolver ó revocar el contrato. Lo seguro es que pago lo que debo, si pago en virtud de una obligación de la que tengo derecho de demandar la resolución ó la revocación.

347. En cuanto á las deudas contraídas bajo condición suspensiva, no existen mientras que la condición está en suspenso, en este sentido á lo menos que el deudor no debe pagar; si, pues, se paga, lo hace por lo que no debe y, por consiguiente, puede repetir. Pothier agrega, lo que es evidente, que si la condición llega á cumplirse antes que la repetición se ejercite, el deudor no puede repetir, pues la condición retrotrayendo, el deudor ha pagado realmente lo que debía. (2)

El plazo no suspende la obligación, de lo que resulta que lo que ha sido pagado antes del vencimiento del plazo, no puede ser repetido (art. 1, 186). Hemos examinado en el título *De las Obligaciones*, la cuestión de saber si se puede re-

1 Pothier, *De la acción condictio indebiti* (siguiendo el tratado del *Préstamo*) núms. 143-144.

2 Pothier, *De la acción condictio indebiti*, núm. 150.

petir el descuento de lo que se ha pagado por error antes del vencimiento del plazo.

Las obligaciones alternativas dan también lugar á la acción en repetición. No hay que decir que si el deudor paga las dos cosas comprendidas en la obligación, puede repetir una de las cosas que ha pagado, y á su gusto si le pertenece escoger. Pothier supone dos deudores solidarios de una deuda alternativa, cada uno paga una de las dos cosas; aquel que paga en último lugar, paga lo que no debía; la deuda estando extinguida, puede, pues, repetir. Creemos inútil entrar en las dificultades de esta materia, la vida real las ignora. (1)

348. Se paga también lo que no se debe cuando se paga más de lo debido; hay lugar, en este caso, á la repetición del excedente. Pago más de lo que debía cuando descuidó de hacer alguna deducción ó retención, que tenía derecho de hacer. Si vendo una sucesión y entrego los objetos hereditarios sin retener lo que me debía el difunto, puedo repetir lo que me es debido, pues he pagado más de lo que debía. Esta es la contestación del jurisconsulto romano, aprobada por Pothier. Otro caso se ha presentado ante la Corte de Bruselas. Un padre paga una suma de 11,000 francos, por los gastos del contrato de matrimonio de su hijo; promueve en repetición por 2,000 francos que ha pagado de más. El notario le opondrá una negativa, fundada en que el padre no era deudor. ¡Singular defensa! El demandado olvidaba que la obligación puede ser pagada por un tercero que no está interesado en ella (art. 1, 236); y, aquel que tiene el derecho de pagar, tiene también el de repetir cuando ha pagado más de lo que el deudor debía. (2)

349. Pagar lo que dejó de ser debido, es también pagar una cosa indebida. Si he pagado una suma que mi codeu-

1 Pothier, *De la acción condictio indebiti*, núm. 149.

2 Bruselas, 10 de Agosto de 1859 (*Pasicrinia*, 1859, 2, 325).

dor solidario había ya pagado, he pagado una deuda extinguida y, por consiguiente, puedo repetir. Pothier agrega una restricción para los modos de extinción que dejan subsistir una obligación natural: tales son la prescripción y la cosa juzgada. Debe entenderse esta reserva en el sentido que el deudor puede renunciar al beneficio de prescripción, ó de la sentencia que lo libera. Si, pues, el pago implica una renuncia no habrá lugar á repetición. Pothier va más allá; supone que, cuando el pago, el deudor no tenía conocimiento de la sentencia que le daba la excepción de cosa juzgada; y decide, sin embargo, que el deudor no puede repetir porque ha pagado una obligación natural. Esta decisión no puede ser admitida en nuestro moderno derecho; es imposible que el deudor renuncie una excepción de que ignora la existencia. (1)

Núm. 2. Cuando la deuda es debida por otra persona.

350. Este es el caso previsto por el art. 1,377: "Cuando una persona, que por error se creía deudora ha pagado una deuda, tiene derecho de repetición contra el acreedor." Aquel que paga una deuda cuando no es deudor, paga lo que no debía, tanto como si la deuda no existiera; á su respecto, la deuda no existe realmente, puesto que le es extraña, y las obligaciones no tienen efecto sino entre las partes contratantes. Se da como ejemplo el caso en el que uno de los herederos paga una deuda solidaria por entero, creyendo que así es su obligación; la deuda se divide aunque solidaria; el heredero solo es deudor de su parte; lo que paga además, es la deuda de un tercero, paga, pues, lo que no debía, y, por consiguiente, puede repetir. (2)

El art. 1,377 prevee un caso en que el derecho á la rep-

1 Pothier, *De la acción condictio indebiti*, núm. 145.

2 Toullier, t. VI, 1, pág. 65, núm. 85. Larombière, t. V, pág. 617, núm. 13 (Ed. B., t. III, pág. 393).

tición cesa: aquel que ha pagado ya no puede repetir cuando el acreedor ha suprimido su título á consecuencia del pago, á reserva del recurso de aquel que ha pagado contra el verdadero deudor. Nos limitaremos aquí á hacer constar la excepción: volveremos sobre este punto al tratar del efecto del pago indebido.

El principio establecido por el art. 1,377 da lugar á serias dificultades; las examinaremos más adelante.

Núm. 3. Cuando la deuda es debida á otra persona.

351. El Código no prevee este caso, pero está virtualmente comprendido en el art. 1,376. Aquel que no es acreedor, y á quien el deudor paga, recibe seguramente lo que no se le debe; es, pues, obligado á restituir á aquel que le pagó indebidamente. Por su parte, el deudor pagó lo que no debe, pues aunque sea deudor, no lo es con relación á aquel á quien paga: hace, pues, un pago indebido y, por consiguiente, puede repetir, se hizo el pago por error. (1)

§ II.—DEL EFECTO DEL PAGO INDEBIDO.

Núm. 1. Principio.

352. El art. 1,235 dice que "lo que ha sido pagado sin ser debido está sujeto á repetición." Esto es demasiado absoluto. No basta que se haya pagado lo que no se debe para que se tenga derecho á repetir, es necesario que se haya pagado por error. La ley lo dice en el caso previsto por el art. 1,377; es decir, cuando la deuda pagada existía, pero que aquel que la pago no era deudor de ella; la ley le da el derecho de repetir lo que ha pagado indebidamente, pero bajo la condición que se haya creído deudor por un error.

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 727, nota 1, pfo. 442

¿Sucede lo mismo cuando no existe la deuda? La cuestión está controvertida en derecho francés; en el derecho antiguo se resolvía que el error era una condición esencial para la repetición de lo indebido. Esta es la doctrina romana, y Pothier la enseña como un principio incontestable. Para que haya lugar á la acción de repetición de lo indebido, dice Pothier, es menester que lo pagado no sea debido y que el pago haya sido hecho por error. Si, cuando el pago que hice de una cosa, ya sabía que no lo debía, no tengo ninguna repetición. ¿Por qué? Pothier responde que aquel que paga sabiendo que no debe, tiene la intención de hacer una liberalidad; esta liberalidad es válida, puesto que la donación de cosas muebles se perfecciona por la tradición y a donación siendo esencialmente irrevocable, el donante no puede repetir lo que ha pagado. (1)

¿Los autores del Código han mantenido la doctrina tradicional? Tarrible, el orador del Tribunado, contesta á nuestra cuestión. Comienza por decir que "la repetición de la cosa no debida tiene lugar cuando á alguien ha pagado por error á una persona lo que no le debía; el error es, pues, la causa del pago indebido. Esto es decir enérgicamente que el error es el fundamento del cuasicontrato que obliga á la restitución á aquel que recibe un pago que no se le debe. El orador del Tribunado prevee en seguida los dos casos en los que el Código admite la repetición; el de una persona que recibe lo que no se le debe (art. 1,376) y el en que recibe lo que realmente se le debe pero por una persona que no es su deudor. Después Tarrible agrega. "El error de parte de aquel que paga puede solo autorizar la repetición de la cosa; debe haber creído falsamente ó que la cosa era debida al pretendido acreedor que no tenía ningún derecho á ella, ó que se la debía personalmente; mientras que, en verdad, era debida por otra persona." Así, el error es una condición

1 Pothier, *De la acción condictio indebiti*, núms. 142 y 160.

de la repetición en todos los casos; ¿qué sucederá si aquel que paga lo que no es debido lo hace concientemente? "Es como si hubiera querido dar lo que muy bien sabía que no era debido en el primer caso (artículo 1,376), y en el segundo (artículo 1,377) haber querido pagar una deuda legítima en descargo del verdadero deudor, y toda vía de repetición le sería justamente vedada." (1)

Se opone el texto del art. 1,376: bien dice que aquel que por error ó concientemente, recibe lo que no se le debe, se obliga á restituir á aquel que le pagó indebidamente, pero no exige que este último lo haya pagado por error. (2) ¿No es esto hacer decir á la ley otra cosa de lo que quiere decir? Para interpretar una disposición hay que ver, ante todo, cuál es el objeto de ella. Y, basta leer el art. 1,376 para convencerse que entendió reglamentar las obligaciones de aquel que ha recibido un pago indebido; no es, pues, en esta disposición en donde deban buscarse las condiciones del cuasicontrato que se forma entre el que paga y el que recibe lo que no se le debe. El único artículo que se ocupa de la repetición, es el art. 1,377 y exige el error para que el que se creía deudor pueda repetir. Es verdad que el art. 1,377 solo prevee uno de los casos en que hay lugar á repetición, pero la condición del error que él prescribe debe ser extendida á todos los demás casos. La tradición debe interpretar el Código, porque no es dudoso que el legislador haya entendido consagrar la tradición. Por otra parte, no es esta la única lacuna que la ley contenga en esta materia; no prevee el caso en que la cosa es pagada á quien no es debida (número 356). ¿Se concluirá de esto que, en el caso, no hay lugar á repetición? (3)

353. Nos queda una dificultad y es seria. Yo pago sin

1 Tarrible, *Discursos*, núms. 13 y 15 (Loaré, t. VI, págs. 285 y 286)

2 Marcadé, t. V, pág. 270, núm. 1 del artículo 1,377

3 Marcadé, t. V, pág. 270, núm. 1 del artículo 1,377.

que haya deuda y sabiendo que no la hay. En la opinión que acabamos le enseñar, no hay error; luego no hay repetición. Se pregunta ¿á qué título el que recibe indebidamente lo que recibe, lo conservará? No es esto enriquecerse sin causa y sin derecho á expensas del que pagó? No, pues el que ha pagado lo ha hecho voluntariamente; quiso, pues, que la otra parte aprovechase del pago; desde luego, el motivo de equidad en que se funda el cuasicontrato de lo indevido, no existe ya. Aquel que ha recibido la cosa tiene justa causa para guardarla, es la voluntad del que la entregó. Se pregunta ¿á qué título? Pothier dice, conforme al derecho romano, es á título de liberalidad, y el orador del Tribunado reproduce esta explicación. Tal es también el parecer de los autores modernos que exigen el error como condición de la repetición de lo indevido. Nada es más natural como esta interpretación de la voluntad de aquel que paga concientemente lo que no debe: ¿cuál pudiera ser su voluntad, si no gratificar á aquel á quien hizo el pago sabiendo que nada le debe? (1)

Queda por saber si la liberalidad hecha bajo la forma de pago indevido es válida. Se distingue. Si es una cosa mueble la que es pagada indebidamente por aquel que sabe no ser deudor, la liberalidad es válida, pues el donativo manual no exige ninguna forma, ninguna condición, otra que la entrega de la cosa, y el pago ha operado la tradición; luego la donación es perfecta. Esto explica por qué no hay lugar á la repetición. Pero, lo que sucede raramente, si un inmueble fuese indebidamente pagado, la liberalidad no sería válida, pues los inmuebles no se dan por tradición, se necesita una acta auténtica, puesto que la donación es un contrato solemne. En este caso, no hay pago, puesto que no hay deuda, ni donación por falta de solemnidad; no hay, pues, transmisión de propiedad, por consiguiente, el que pa-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 728 y nota 3, pfo. 442.

gó el inmueble queda propietario de él y podrá reivindicarlo. (1)

Contra esta solución se hace una objeción muy especiosa. El pretendido donativo manual no es más válido que la donación del inmueble pagado indebidamente. En efecto, toda donación es un contrato, el donativo manual tanto como la donación hecha por acta; se necesita, pues, el concurso de voluntad de las dos partes. Admitimos que aquel que paga concientemente lo que no debe quiera hacer una liberalidad, esto no bastaría; se necesitaría además que aquel que la recibe la aceptase á título de liberalidad; y esto no es así, puesto que la recibió á título de pago; luego no hay donativo manual. (2) Contestamos que la objeción es teórica y que en la realidad de las cosas, la dificultad no se presentará. Pago una cosa mueble sabiendo que no la debo; es más que probable que aquel que la recibe sabe también que no le es debida. Mas tarde, promuevo en repetición. El demandado dirá, al pagarme lo que sabíais no deberme, habéis entendido hacerme una liberalidad; por mi parte, acepto el donativo que me hicisteis; he recibido la cosa con este título; hay, pues, liberalidad bajo forma de pago indevido.

Esta contestación será lo más de las veces parentoria. Aquel que recibió la cosa indebidamente declarando que entendió recibirla á título de donativo, y aquel que la pagó no pudiendo tener otra intención, el donativo manual se ha formado, y por consiguiente, no puede ya tratarse de promover en repetición. Sin embargo, queda aún una dificultad. Supongamos que aquel á quien la cosa ha sido pagada haya declarado recibirla á título de pago; en este caso, el donativo manual no se ha formado; se pregunta si aquel que pagó la cosa podrá repetirla. En nuestro concepto, nó. No hay cuasicontrato de lo indevido, puesto que el pago no ha

1 Larombière, t. V, pág. 631, núms. 26 y 27 (Ed. B., t. III, página 393). Compárese Mourlon, t. II, pág. 879, núms. 1,673-1,675.

2 Colmet de Sauterre, t. V, págs. 669-672, núms. 337 bis I-V.

sido hecho por error. No hay lugar á reivindicación, pues no se reivindica una cosa mueble; la reivindicación ni siquiera sería admitida si aquel que recibió la cosa indebida sabía que no se la debían; no se podría inducir de esto que sea poseedor de mala fe, y que con este título no puede invocar la máxima. En cuanto á muebles, la posesión equivale al título. En efecto, poseo la cosa por la voluntad del propietario; ¿puede decirse que la poseo de mala fe? En definitiva, aquel que pagó no puede repetir ni reivindicar.

El mismo caso puede presentarse si aquel que paga no tuviera la intención de hacer una liberalidad. Se le supone esta intención, pero su propia declaración ó las circunstancias de la causa, pueden probar que no tenía la intención de gratificar al tercero á quien hizo el pago indebido. ¿Puede repetir en este caso? En nuestro concepto, nó, puesto que ha pagado sabiendo que no debía. ¿Puede reivindicar? Nó, si es una cosa mueble. ¿Se dirá que este resultado lastima á la equidad? Contestaremos que aquel que guarda la cosa indebidamente pagada, no se enriquece sin derecho á expensas del que se la entregó, puesto que la tiene por su voluntad. (1) Y, aquel que pagó no puede quejarse: si se invoca contra él su propio hecho; en efecto, aquel que paga sin querer pagar ni dar, se burla de la justicia, por consiguiente, ésta tiene razón en desechar su demanda.

354. En nuestra opinión, el error es una condición esencial para que haya lugar á la repetición de lo indebido. Se pregunta si debe distinguirse entre el error de derecho y el error de hecho. La cuestión de saber si el error de derecho da lugar á la repetición de lo indebido, era muy controvertida en la antigua jurisprudencia; lo está todavía entre los intérpretes del derecho romano. En derecho francés no es ya dudosa. Los autores del Código colocan el error del derecho en la misma línea que el error de hecho, doc-

1 Casación, 4 de Julio de 1870 (Daloz, 1870, 1, 363).

trina muy racional, como lo hemos dicho en el título *De las Obligaciones*, al que trasladamos. Cuando la ley quiere distinguir entre el error de derecho y el error de hecho, lo hace (arts. 1,356 y 2,052); el art. 1,377 no distingue lo que es decisivo. La doctrina y la jurisprudencia están en este sentido. (1)

355. Hay aún otra condición requerida para que aquel que paga indebidamente pueda ejercer la repetición: se necesita que el pago haya sido hecho á una persona capaz. Esta es la aplicación del principio que acabamos de establecer para los cuasicontratos en general (núm. 308). El incapaz que recibe un pago indebido no se puede obligar, por consiguiente, el cuasicontrato no puede formarse. ¿Es esto decir que aquel que pagó lo que no debía no tenga ninguna acción contra el incapaz? Si los incapaces no pueden obligarse por contratos ni cuasicontratos, nada impide que se obliguen por delitos ó cuasidelitos (art. 1,310); si, pues, el hecho de recibir lo que no les era debido constituye un delito ó un cuasidelito, están obligados por él. Aunque no hubiese ni delito ni cuasidelito, estarían aún obligados, en tanto que se han enriquecido; la ley aplica este principio á los incapaces que reciben el pago de lo que no les es debido (art. 1,312); esta máxima de equidad debe recibir su aplicación al caso del pago indebido. (2)

Núm. 2. Aplicación. Artículo 1,377.

I. La regla.

356. La aplicación del principio que acabamos de establecer al caso previsto por el art. 1,377, da lugar á gran-

1 Véanse las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. IV, página 729, nota 5. Deben agregarse dos sentencias de Bruselas, 12 de Noviembre de 1822 (*Pasicrisia*, 1822, pág. 273), y 27 de Diciembre de 1828 (*Pasicrisia*, 1828, pág. 392).

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 780 y nota 8, pfo. 442 (4ª edición).

des dificultades. La ley asienta desde luego la regla; luego le da una excepción. Comenzaremos por la regla. Esta supone que una deuda existe, pero aquel que la paga no es su verdadero deudor; si es por error que se crea deudor, puede repetir. De esto se sigue que no hay lugar á la repetición sino bajo las condiciones siguientes. Es necesario, primero, que aquel que paga haga el pago como deudor; es decir, en su nombre propio; en segundo lugar, es preciso que no sea deudor; en fin, es necesario que crea ser deudor. Estas condiciones resultan del texto de la ley y de los principios que rigen la repetición de lo indebido. Vamos á ver las consecuencias que resultan.

357. Si aquel que hace el pago lo hace por cuenta del verdadero deudor, no hay pago indebido; luego no hay repetición por lo que fué pagado. No hay pago indebido, pues el art. 1,377 exige que aquel que paga haya pagado como deudor; si, pues, no paga por cuenta del deudor, no se está ya en el texto de la ley ni en su espíritu. Este es el pago de una deuda por un tercero; hay recurso contra el deudor. Esta acción, sea ó no eficaz, poco importa; aunque no llegara á hacerse reembolsar sus anticipos, no podría promover en repetición de lo indebido contra el acreedor, pues no hay pago indebido; el acreedor recibió lo que se le debía y el tercero quiso pagar la deuda del deudor. (1)

358. La solución sería la misma si el tercero que paga por cuenta del deudor se hiciera subrogar por el acreedor á quien paga, ó si fuera subrogado legalmente en sus derechos. En efecto, la posición de las partes es la misma que haya ó no subrogación. Supongamos que aquel que siendo el mismo acreedor paga á otro acreedor que le es preferido por razón de sus privilegios ó hipotecas: ¿hace un pago indebido? Nó, el acreedor recibe lo que le es debido y el tercero entiende pagarle lo que se le debe por cuenta del deu-

1 Toullier. t. VI, l. 1, pág. 62, núm. 83, y todos los autores.

dor común; el tercero hace este pago en su propio interés, para impedir al acreedor que desinteresa y al que está subrogado, de embargar al deudor. No hay aquí ninguna de las condiciones del pago indebido. Si, pues, la subrogación, en nombre de la que el tercero ha pagado, se hacía ineficaz por evicción que sufriera el deudor común, lo que haría caer las hipotecas y los privilegios, el tercero subrogado ¿tendría una acción en repetición de lo indebido contra el acreedor que lo subrogó? Nó, pues no hay pago indebido, hay un pago hecho por un tercero á quien era realmente acreedor y por cuenta del deudor; este tercero sucede á los derechos del acreedor á quien pagó; si sus derechos son ineficaces porque el deudor está vencido por el inmueble hipotecado, no resulta que el tercero subrogado ha hecho un pago indebido. La deuda existía, era debida al acreedor á quien fué pagada, y aquel que la pagó entendió pagarla, no porque se creyera deudor, sino porque quería pagar la deuda de un tercero. (1)

359. La segunda condición requerida por el art. 1,377 para que haya lugar á la repetición es que aquel que paga no sea deudor de la deuda. Si existe una deuda, y que el deudor la pague á quien debía ser pagada ó á su delegado, no hay ninguna de las condiciones requeridas para la repetición de lo indebido.

Compro un inmueble, el acta dice que pagaré el precio á los acreedores del vendedor; pago. Después un acreedor anterior me persigue hipotecariamente; lo pago para evitar el embargo. ¿Tendré un recurso contra los acreedores á quienes he pagado ya? Nó, pues su crédito era seguro y me obligué á pagárselo; pagué, pues, lo que debía; desde luego no puede tratarse de repetición por lo que he pagado. Bajo el

1 Aubry y Rau. t. IV, pág. 734 y nota 23. Compárese Paris, 5 de Julio de 1854 (Daloz, 1856, 2, 771).

imperio del Código Civil, la cuestión ha sido resuelta en este sentido, en un caso en que una mujer casada ejercía acción hipotecaria contra el comprador; la hipoteca legal existía independientemente de la inscripción, el comprador podía muy bien no conocerla y pagar en la ignorancia en que se hallaba. (1) Este era uno de los grandes inconvenientes que resultaban de la hipoteca oculta y que ya no puede presentarse bajo el imperio de nuestra ley hipotecaria, puesto que la publicidad es una condición general requerida para toda hipoteca. Con mayor razón no ha lugar á la repetición cuando la hipoteca, en virtud de la que el adquirente está perseguido, está inscrita, pues entonces el adquirente sufre las consecuencias de su imprudencia; la Corte de Casación dice muy bien que siendo deudor y habiendo pagado á un verdadero acreedor, no puede repetir contra los acreedores legítimos que solo recibieron lo que se les debía; solo puede ejercer su recurso contra el deudor. (2)

También ha sido sentenciado, bajo el imperio del Código Civil, que el adjudicatario sobre remate obligado que paga su precio á los acreedores inscriptos, según la orden determinada en justicia, y que debe después, por promociones de un acreedor teniendo hipoteca legal, pagar el monto del crédito hipotecario, no puede repetir el excedente del precio contra los acreedores colocados útilmente; era deudor como adjudicatario, y los acreedores solo recibieron lo que se les debía. No hay, pues, pago indebido. En el caso, el adquirente invocaba un error de derecho, la jurisprudencia que cuando la adjudicación, admitía que el remate obligatorio purgaba de pleno derecho la hipoteca legal. Pero este error no es el que, según el art. 1,377, autoriza á la repetición; á pesar del error en que le indujera la jurisprudencia, el ad-

1 Agen, 14 de Marzo de 1866 (Daloz, 1867, 2, 129). Aubry y Rau, t. IV, pág. 734, y nota 25.

2 Denegada, 28 de Abril de 1840 (Daloz, en la palabra *Obligaciones*, núm. 5,538).

quirente no por eso dejaba de ser deudor. Su error le había impedido pagar, pero esto nada tiene de común con la repetición de lo indebido. (1)

360. ¿Qué debe decidirse si el adjudicatario paga su precio á los acreedores colocados y después la adjudicación está resuelta por consecuencia de la acción en resolución de un vendedor no pagado? Acerca de este punto hay controversia. En nuestro concepto, el comprador debe repetir, por razón de haber pagado sin ser deudor y creyendo por error que lo era. En efecto, la acción en resolución destruye la venta como si jamás hubiera existido; por consiguiente, todas las enajenaciones consentidas por los compradores sucesivos caen; luego el último adjudicatario está como si nunca hubiera sido deudor; pagó, pues, lo que no debía, y lo pagó porque ignoraba los derechos del vendedor primitivo. (2) Se objeta que la resolución no impide al adjudicatario de haber sido deudor, y se agrega que tiene que reprocharse de no haber pagado al vendedor. (3) Contestaremos que si fué deudor del precio, fué á título de comprador; si la resolución destruye la venta, destruye también la deuda. En cuanto al reproche de no haber pagado al vendedor, era muy mal fundado bajo el imperio del Código Civil, puesto que el comprador no tenía ningún medio para conocer la existencia del derecho de resolución. No pasa así bajo el imperio de nuestra ley hipotecaria: los terceros tienen conocimiento de la acción resolutoria, porque está subordinada á la conservación del privilegio, y además el adquirente puede borrar el derecho de resolución por la purga (ley hipot., arts. 28 y 114). Puede, pues, decirse hoy que si el adquirente paga á

1 Casación, 12 de Noviembre de 1850 (Daloz, 1850, 1, 305).

2 Larombière, t. V, pág. 653, núm. 17 del artículo 1,377 (Ed. B., t. III, pág. 407). Denegada, 8 de Febrero de 1848 (Daloz, 1848, 1, 214).

3 Aubry y Rau, t. IV, pág. 734, nota 26. Paris, 12 de Febrero de 1844 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 1,356, 7°).

acreedores hipotecarios cuando están primados por el vendedor, paga concientemente; lo que excluye la repetición.

361. La tercera condición exigida por el art. 1,377 es que la persona que ha pagado se crea deudora por error. Se pregunta si hay error cuando el delegado paga en manos del delegatario y que se ha comprometido hácia el delegatario en la falsa creencia de que era deudor del delegante. ¿Es este error un error en el sentido del art. 1,377? La cuestión está controvertida y hay alguna duda. Nos parece que el delegado puede invocar el art. 1,377, pues solo paga en virtud de un compromiso que ha contraído, en la falsa creencia de ser deudor del delegante; quería extinguir una deuda pagando al delegatario, y sucede que no era deudor; luego, en este caso, el error recae bien en la existencia de la deuda y, por consiguiente, sobre el pago que es su consecuencia. (1) Se objeta que el compromiso contraído por el delegado hácia el delegatario es independiente de este error; y se concluye de esto que siendo deudor en virtud de tal compromiso, el delegado no puede decir que ha pagado lo que no debía. (2) La objeción es seria, pero nos parece que no se toma en cuenta el motivo de equidad que es el fundamento de la repetición de lo indebido. Sin duda, el delegado se comprometió, pero lo hizo por error; no quiso pagar la deuda de un tercero, entendió pagar su propia deuda, y ésta no existía. Esto nos parece decisivo.

II. La excepción.

362. El art. 1,377, 2.º inciso, dice: "No obstante este derecho (de repetición) cesa en el caso en que el acreedor ha suprimido su título como consecuencia del pago, á reserva

1 Larombière, t. V, pág. 642, núms. 5 y 6 (Ed. B., t. III, pág. 403).

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 735 y nota 27, -y las autoridades que citan. Debe agregarse Casación, 24 de Enero de 1872 (Daloz, 1873, 1, 75).

del recurso del que pagó contra el verdadero deudor." Se entiende por título el acta en que consta el crédito; es éste el sentido que la ley da á la palabra *título* al tratar de la prueba, y aquí se trata de una cuestión de prueba. El acreedor recibe su pago; el título se le hace inútil, y lo suprime; es decir, lo destruye; por esto se encontrará en la imposibilidad de justificar su crédito, si debiendo restituir lo que recibió inmediatamente quiere promover contra su deudor. Como es por razón del pago que le ha hecho aquel que demanda la repetición de lo indebido, el legislador decidió que el derecho de la repetición cesaba. Se trata de saber por culpa de quién fué destruido el título. Puede decirse que aquel que recibió el pago indebido tiene la culpa, tanto como el que hizo el pago, pero la culpa es mayor de parte de aquel que pagó, pues el acreedor recibió lo que se le debía; es, pues, aquel que pagó el que debe soportar las consecuencias de su falta; la ley le niega el derecho de promover en repetición, á reserva de su recurso contra el verdadero deudor. Diremos más adelante cuál es este recurso.

363. ¿Qué entiende la ley por *suprimir el título*? Acabamos de decir lo que significan literalmente estas palabras. (1) La doctrina admite que también hay suposición de título en el sentido del art. 1,377: Cuando el acreedor ha dejado prescribir su crédito. Se dice que es también á consecuencia del pago que el acreedor recibió, como estima inútil interrumpir la prescripción de un crédito que está extinguido. La culpa es también de quien ha hecho el pago indebidamente; si el crédito ha perecido ¿no será justo que la consecuencia de la falta recaiga en el que ha pagado lo que no debía? (2) La Corte de Casación se ha pronunciado por la opinión contraria y creemos que ha sentenciado bien. (3) Que no

1 Compárese Riom, 28 de Junio de 1855 (Daloz, 1855, 2, 136).

2 Duranton, t. XIII, pág. 707, núm. 685. Aubry y Rau, t. IV, pág. 733, y nota 21, pfo. 442.

3 Denegada, 4 de Agosto de 1859 (Daloz, 1859, 4, 362).

sea aplicable el texto del art. 1,377 fuera del caso de destrucción del título, esto es evidente; queda por saber si el intérprete puede extender esta disposición; y ella es, bajo todo aspecto, de estricta interpretación. En primer lugar, está fundada en una presunción de culpa, y las presunciones no se extienden por vía de analogía. Después pronuncia un decaimiento; aquel que ha pagado pierde el derecho que tenía de promover en repetición; y los decaimientos son de derecho estricto. Además, el decaimiento sería agravarlo; al decir que cesa el derecho de repetición, la ley abre á aquel que ha hecho el pago indebido un recurso contra el verdadero deudor; y si el crédito ha prescrito, este recurso se hace imposible. Se agrava, pues, el decaimiento y se quita todo derecho á aquel que ha pagado; esto es establecer una pena, y no hay pena sin ley.

Se enseña también que el derecho de repetición cesa cuando el acreedor ha renunciado á los privilegios, hipotecas ó capciones que garantizaban el pago del crédito, ó que descuidó de conservarlos renovando la inscripción hipotecaria. Hay una sentencia de la Corte de Casación que supone que la radiación de la inscripción equivale á una suspensión de título; (1) pero la Corte no decide la cuestión. En nuestro concepto, debe decidirse negativamente por los motivos que acabamos de exponer en lo que se refiere á la prescripción.

364. La ley concede un recurso á aquel que ha pagado indebidamente contra el verdadero deudor. ¿Cuál es este recurso? Creemos que es una sencilla acción *de in rem verso*. El tercero no ha pagado por cuenta del deudor ni en su nombre; no hay, pues, mandato ni gestión de negocios; es verdad que el tercero, creyendo hacer su negocio, hizo el del deudor; pero en la opinión que hemos enseñado esto es una acción *de in rem verso*, y no un caso de gestión de ne-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 733. Denegada, 8 de Febrero de 1848 (Dalloz, 1848, 1, 214).

gocios (núm. 334). Los autores admiten que el tercero está subrogado á los derechos del acreedor. ¿Cuál sería esta subrogación y en qué se fundaría? Unos dicen que hay subrogación en virtud de la ley; (1) ¿Habría, pues, una subrogación legal sin texto! pues el art. 1,377 no habla de subrogación, ni siquiera dice cuál es la acción que el tercero puede intentar contra el deudor. Otros invocan los principios generales; dicen que el tercero que ha pagado la deuda, no pudiendo repetir, resulta que está obligado á la deuda bajo forma de no repetición. (2) Citamos textualmente para enseñar hasta qué punto llega el desvarío de la doctrina cuando abandona el terreno salido del texto para lanzarse en el campo de las hipotecas.

§ III.—DE LA ACCION EN REPETICION.

Núm. 1. ¿Quién tiene derecho de promover y qué debe probar la demanda?

365. La acción en repetición de lo indebido pertenece á aquel que ha pagado indebidamente; el texto y el buen sentido lo dicen (arts. 1,376 y 1,377). La Corte de Casación ha sentenciado que en el caso en que el pago indebido ha sido hecho á aquel que no es acreedor, el verdadero acreedor puede repetir lo que ha sido indebidamente pagado. Hé aquí el caso: La administración del ferrocarril habiendo avisado á los comerciantes que debían recoger en la estación las mercancías á ellos consignadas, aun las entregables á domicilio, los interesados encargaron á unos empresarios de conducción la entrega de todos los bultos que les faeran consignados, y avisaron á la compañía para que entregase los tales bultos á dichos empresarios. La compañía hizo la entrega de los bultos á dichos empresarios; pero en la per-

1 Mourlon, t. II, pág. 883, núm. 1,680, y *Tratado de las subrogaciones*, pág. 478.

2 Larombière, t. V, pág. 648, núm. 11 (Ed. B., t. III, pág. 405).

sea aplicable el texto del art. 1,377 fuera del caso de destrucción del título, esto es evidente; queda por saber si el intérprete puede extender esta disposición; y ella es, bajo todo aspecto, de estricta interpretación. En primer lugar, está fundada en una presunción de culpa, y las presunciones no se extienden por vía de analogía. Después pronuncia un decaimiento; aquel que ha pagado pierde el derecho que tenía de promover en repetición; y los decaimientos son de derecho estricto. Además, el decaimiento sería agravarlo; al decir que cesa el derecho de repetición, la ley abre á aquel que ha hecho el pago indebido un recurso contra el verdadero deudor; y si el crédito ha prescrito, este recurso se hace imposible. Se agrava, pues, el decaimiento y se quita todo derecho á aquel que ha pagado; esto es establecer una pena, y no hay pena sin ley.

Se enseña también que el derecho de repetición cesa cuando el acreedor ha renunciado á los privilegios, hipotecas ó capciones que garantizaban el pago del crédito, ó que descuidó de conservarlos renovando la inscripción hipotecaria. Hay una sentencia de la Corte de Casación que supone que la radiación de la inscripción equivale á una suspensión de título; (1) pero la Corte no decide la cuestión. En nuestro concepto, debe decidirse negativamente por los motivos que acabamos de exponer en lo que se refiere á la prescripción.

364. La ley concede un recurso á aquel que ha pagado indebidamente contra el verdadero deudor. ¿Cuál es este recurso? Creemos que es una sencilla acción *de in rem verso*. El tercero no ha pagado por cuenta del deudor ni en su nombre; no hay, pues, mandato ni gestión de negocios; es verdad que el tercero, creyendo hacer su negocio, hizo el del deudor; pero en la opinión que hemos enseñado esto es una acción *de in rem verso*, y no un caso de gestión de ne-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 733. Denegada, 8 de Febrero de 1848 (Dalloz, 1848, 1, 214).

gocios (núm. 334). Los autores admiten que el tercero está subrogado á los derechos del acreedor. ¿Cuál sería esta subrogación y en qué se fundaría? Unos dicen que hay subrogación en virtud de la ley; (1) ¿Habría, pues, una subrogación legal sin texto! pues el art. 1,377 no habla de subrogación, ni siquiera dice cuál es la acción que el tercero puede intentar contra el deudor. Otros invocan los principios generales; dicen que el tercero que ha pagado la deuda, no pudiendo repetir, resulta que está obligado á la deuda bajo forma de no repetición. (2) Citamos textualmente para enseñar hasta qué punto llega el desvarío de la doctrina cuando abandona el terreno salido del texto para lanzarse en el campo de las hipotecas.

§ III.—DE LA ACCION EN REPETICION.

Núm. 1. ¿Quién tiene derecho de promover y qué debe probar la demanda?

365. La acción en repetición de lo indebido pertenece á aquel que ha pagado indebidamente; el texto y el buen sentido lo dicen (arts. 1,376 y 1,377). La Corte de Casación ha sentenciado que en el caso en que el pago indebido ha sido hecho á aquel que no es acreedor, el verdadero acreedor puede repetir lo que ha sido indebidamente pagado. Hé aquí el caso: La administración del ferrocarril habiendo avisado á los comerciantes que debían recoger en la estación las mercancías á ellos consignadas, aun las entregables á domicilio, los interesados encargaron á unos empresarios de conducción la entrega de todos los bultos que les faeran consignados, y avisaron á la compañía para que entregase los tales bultos á dichos empresarios. La compañía hizo la entrega de los bultos á dichos empresarios; pero en la per-

1 Mourlon, t. II, pág. 883, núm. 1,680, y *Tratado de las subrogaciones*, pág. 478.

2 Larombière, t. V, pág. 648, núm. 11 (Ed. B., t. III, pág. 405).

cepción de los precios de transporte pagados directamente por los destinatarios, no hizo la reducción de los gastos relativos á las carretas. Los negociantes pagan, pues, á la compañía gastos de acarreo que no le debían. ¿Quién tenía derecho de promover en repetición? Los destinatarios, no hay que decirlo, pero ellos no promovieron; la acción fué intentada por los empresarios de transporte, acreedores de los gastos de acarreo ¿era de recibir su acción? Fué admitida, y en el recurso, la Corte de Casación pronunció una denegada, fundada en que la acción en repetición de lo indevido no está exclusivamente ligada á la persona de aquel que paga indebidamente. (1) Nó, seguramente. Los destinatarios teniendo acción en repetición, sus acreedores, los empresarios de transporte, podían ejercitarla en su nombre en virtud del art. 1,166. Pero no es como parece entenderlo la Corte; no cita el art. 1,166 sino el 1,121; parece, pues, admitir que el acreedor verdadero tiene acción en repetición en su nombre, y es efectivamente en este sentido como el Procurador general había formado sus conclusiones. Así entendida la decisión nos parece muy dudosa. ¿En virtud de qué derecho promovería el acreedor? El cuasicontrato que nace del pago indevido se forma entre el que paga indebidamente y el que recibe lo que no se le debe; el acreedor verdadero está fuera del cuasicontrato. ¿En virtud de qué derecho promovería, pues? El Procurador general no da ningún argumento jurídico en apoyo de sus conclusiones; se limita á decir que si los destinatarios, por razón de la insignificancia de la suma pagada no promovían en restitución, la compañía guardaría lo que percibió indebidamente. Y ¿qué importa? Así sucede en todos los casos en que el que tiene derecho de promover no lo hace. ¿Es que su inacción da derecho á terceros que no son partes en el cuasicontrato?

1 Denegada, 6 de Noviembre de 1871 (Daloz, 1871, 1, 348, y la requisitoria del Abogado general Reverchon).

366. ¿Qué debe probar el demandante en repetición? Debe probar, según el derecho común, los hechos que hacen el fundamento de su demanda. ¿Y en qué se funda la acción en repetición? Ella supone, primero, que un pago ha sido hecho: Lo que ha sido pagado sin ser debido está sujeto á repetición (art. 1,235). Es, pues, necesario, que aquel que promueve en repetición, pruebe que ha pagado. ¿Cómo se hará esta prueba? Según el derecho común; luego por escrito si la cosa juzgada pasa de 150 francos (art. 1,341). ¿Se dirá que el art. 1,348 hace excepción á la regla del art. 1,341 para las obligaciones que nacen de los cuasicontratos? Hemos contestado de antemano á la objeción: la excepción solo se aplica al caso en que ha sido imposible al demandante procurarse una prueba literal; y es muy fácil á aquel que ha pagado procurarse una prueba literal de su pago; esto es, pedir un recibo, y la más sencilla prudencia le hace un deber de pedirlo. No está, pues, en el caso de la excepción, por consiguiente, que la bajo el imperio de la regla.

367. El demandante en repetición debe probar, en segundo lugar, que ha pagado lo que no debía. ¿Cómo lo probará? Hay que distinguir los tres casos en los que hay lugar á repetición. En el caso previsto por el art. 1,377, la deuda existe, pero el pago está hecho por aquel que no era deudor; es, pues, necesario que el demandante pruebe que no era deudor, lo que equivale á hacer la prueba de la deuda, pues probándola, prueba que era deudor. ¿Será admitido á esta prueba por testigos? La afirmativa no nos parece dudosa. Aquel que paga es un tercero en cuanto á la obligación contraída por el verdadero deudor; y desde que el tercero invoca un contrato, debe ser admitido á probarlo por testigos, pues le ha sido imposible procurarse una prueba literal de un contrato en el que fué extraño; se encuentra uno en el caso de la excepción prevista por el art. 1,348.

¿Sucederá lo mismo si el deudor paga lo que debe, pero á otra persona que el verdadero acreedor? Nó, pues siendo deudor, fué parte en el contrato, pudo y debió, pues, procurarse una prueba literal; es, por consiguiente, según el derecho común como deberá probar cuál es el verdadero acreedor; luego por escrito si el monto del crédito pasa de 150 franco.

Queda la tercera hipótesis. No hay deuda. ¿Cómo probará el demandante que no existía deuda? Hay varias hipótesis en las que la deuda no existe; la naturaleza de la prueba depende de la naturaleza del hecho que se trata de probar. Si la deuda indebidamente pagada era extinguida, deberá probar el modo de extinción; y la prueba de la extinción de las obligaciones está sometida á los mismos principios que la de su existencia: Se aplica, pues, el derecho común. Lo mismo sucede en el caso en que la deuda es inexistente ó nula; en este caso, hay que probar cuál es la condición que falta para la existencia ó la validez de la obligación. En todos los casos en que el hecho es de naturaleza á ser probado según las reglas generales acerca de la prueba, la cuestión no es dudosa. Pero la prueba se hace muy difícil cuando el demandante pretende que nunca hubo deuda ninguna por él contraída. Si el recibo marca que tal deuda ha sido pagada, ó si las partes están de acuerdo en este punto, la prueba está limitada á la existencia de la deuda que ha sido pagada. Esta prueba podrá hacerse por testigos, y esto será todavía muy difícil; es seguro que no se puede exigir una prueba literal de la existencia de una deuda; se hace acta por el contrato, pero no se hace por el hecho negativo que no intervino en la convención. El demandante será admitido á la prueba testimonial, y si no llega á hacerla, su acción en repetición no será admitida. Culpa suya es, después de todo, el haber pagado una deuda que no existía. Todo pago supone una deuda; si aquel que pretende

haber pagado sin que hubiese deuda, no llega á probarlo, se debe creer que el pago fué hecho en virtud de una deuda. (1)

Queda una última hipótesis, la más difícil en lo que se refiere á la prueba. El recibo no dice que la deuda ha sido pagada, y las partes no están acordés en este punto. Al demandante toca dar la prueba; debe, pues, probar que entendió pagar tal deuda y que ésta no existía. Esta prueba puede ser de tal manera difícil, que parece imposible. Nó, porque consiste en probar un hecho enteramente negativo. ¿El demandante debe probar que no es deudor, en virtud de ninguna causa posible de obligación? No probó que ha pagado, y todo pago supone una deuda determinada; debe, pues, probar cuál es la deuda que entendió pagar. Decimos que debe probarlo. Se ha sostenido que bastaba decir: "es para pagar tal deuda por lo que entregué la suma ó la cosa de que reclamo la restitución; esta deuda no existía; luego tengo derecho á repetición." (2) Esto no es serio. No se afirma en justicia, se aprueba; no basta, pues, decir que se entendió pagar tal deuda, hay que probar esta alegación, y si no se prueba, la demanda en repetición será desechada.

Hay un caso en que, por excepción, el demandante no debe probar la existencia de la deuda; vamos á tratarlo al ocuparnos de la tercera prueba que le incumbe.

368. El demandante en repetición debe también probar que ha hecho el pago por error, pues sin error no hay repetición; toca, pues, á aquel que repite probar el error. Hay, sin embargo, controversia acerca de este punto. Se enseña que, una vez hecha la prueba de que el demandante ha pagado lo que no debía, la presunción es que lo hizo por error; se dice, en efecto, que aquel que paga lo que no deb, tira su dinero, á menos que tenga la intención de hacer una liberalidad; y nadie ha presumido dar; luego debe suponer-

1 Compárese Colmet de Santerre, t. V, pág. 672, núm. 357 bis 8º.
2 Mourlon, *Repeticiones*, t. II, pág. 882, núm. 1,677.

se que aquel que hizo un pago indebido lo hizo por error. De esto se saca la consecuencia que toca al demandado probar que el pago le fué hecho en un espíritu de liberalidad, ó por otra causa justa. Se admite una excepción á esta presunción que se invoca en favor del demandante. El error ya no se presume, y el demandante debe ministrar su prueba cuando la excepción perentoria que prueba el pago indebido deja subsistir una obligación natural, ó un deber de conciencia: tal es la prescripción. En fin, se agrega también una restricción á esta teoría, distinguiendo entre el error de derecho y el error de hecho; unos dicen que la ignorancia del derecho nunca se presume; toca á aquel que alega el error, el probarlo; otros dicen que el juez tiene un poder discrecional, que podrá mostrarse más severo cuando se trata de un error de derecho, y más fácil si se trata de un error de hecho. (1)

En nuestro concepto, esta doctrina es puramente arbitraria. No tiene fundamento ni en el texto ni en el espíritu de la ley. Se dice que el error se presume, y que toda persona es presumida á conocer el derecho. Hemos más de una vez desechado esta última presunción. En cuanto á la presunción de error, no puede ser asunto de una presunción legal, puesto que no hay ley que la establezca. En el caso en que el juez puede decidir la contestación por presunciones ordinarias, dichas del hombre, podrá sin duda juzgar, fundándose en las circunstancias de la causa, cuando hay error; pero siempre tocará al demandante dar la prueba del error, en este sentido, que él es quien debe establecer las presunciones graves, precisas y concordantes de las que resulte que hizo el pago por error. El motivo que se da para dispensar al demandante de dar la prueba se vuelve contra él. Sin duda que nadie es presumido de tirar su dinero; pero qué debe

1 Larombière, t. V, pág. 634, núms. 30-32 (E. B., t. III, páginas 390 y siguientes). Aubry y Rau, t. IV, pág. 730, y notas 10 y 11, pfo. 442.

concluir de esto? Hay que decir con Toullier que esto es una razón más para imponer la prueba del error al que, contra toda probabilidad, sostiene que ha pagado por error lo que no debía. (1)

369. Mantendremos, pues, la regla escrita en la ley, en virtud de la cual el demandante debe probar el fundamento de su demanda. Sin embargo, en derecho romano, esta regla sufría una excepción en lo que se refiere á la existencia de la deuda y del error. Se supone que el demandado comienza por negar de mala fe haber recibido la cosa que el demandante repite; si el demandante prueba en este caso que el demandado la recibió, ya nada queda que probar, ni la existencia de la deuda ni el error. Los autores modernos están unánimes en admitir esta excepción, y puede justificarse, aunque esté de principio que no hay excepción sin ley; la excepción resulta, en este caso, de la denegación hecha por el demandado y de la prueba contraria ministrada por el demandante. Reclamo contra Pedro una suma de 1,000 francos que pretendo haberle pagado indebidamente. Pedro niega haber recibido dicha suma. Pruebo que se la entregué. Por esto mismo pruebo que he pagado lo que no debía y que lo pagué por error. En efecto, negando haber recibido los 1,000 francos que realmente recibió, Pedro reconoce implícitamente que no había deuda, pues si la hubiera habido, no hubiera negado haber recibido su pago. Queda, pues, probado por su confesión que recibió los 1,000 francos indebidamente. Queda también probado que los recibió sin causa; es decir, á consecuencia de un error de parte mía, pues si hubiese pagado concientemente los 1,000 francos sin deberlos, hubiera hecho una liberalidad á Pedro; y Pedro, aceptando los 1,000 francos, hubiera habido un donativo manual, y Pedro no hubiera negado haberlos recibido si esto hubiera sido á título de donativo. Por lo tanto,

1 Toullier, t. VI, l. 1, pág. 51, núm. 64.

su negativa y la prueba contraria que he hecho, establecen que Pedro recibió los 1,000 francos sin que hubiese deuda ni liberalidad; luego nada tengo que probar, y Pedro debe restituir los 1,000 francos, á no ser que él pruebe, después de haber negado, haber recibido los 1,000 francos y que tenía una justa causa para recibirlos. Esto es decir que la prueba recae en él. (1)

Núm. 2. Obligaciones de aquel que recibió la cosa indebidamente.

Núm. 1. Principio.

370. Según los términos del art. 1,356, aquel que recibe *por error ó concientemente* lo que no le es debido, se obliga á restituirlo á aquel de quien indebidamente lo recibió. La obligación de restitución es, pues, la misma, ya sea que el demandado haya recibido *por error*; es decir, de buena fe, ó *concientemente*; es decir, de mala fe. En efecto, la buena fe de aquel que recibe lo que no se le debe, no es un título que permita retener lo que se recibió indebidamente; al contrario, le impone el deber de restituirlo desde que conoce que el pago fué indebido. Pero si la obligación de restituir es lo mismo para aquel que recibió de buena fe y para aquel que recibió de mala fe, no sucede lo mismo con la extensión de esta obligación; resulta de los arts. 1,378 y 1,380 que la ley se muestra más severa para el demandado de mala fe que para el demandado de buena fe; nada más justo. ¿Por qué aquel que la recibió de buena fe está obligado sin su consentimiento en virtud del cuasicontrato de lo indebido, ó para mejor decir, en virtud de la ley? Porque la equidad no permite que se enriquezca sin derecho, á expensas del que

1 Toullier, t. VI, 1, pág. 54, núms. 69 y 70 y todos los autores. Véase Aubry y Rau, t. IV, pág. 731, y nota 12. Debe agregarse Mourlon, t. II, pág. 882, núm. 1,678.

le pagó indebidamente. Tal es el principio de su obligación, y este principio limita también su extensión; está obligado por cuanto se enriqueció. Diferentemente pasa con aquel que recibió indebidamente lo que no se le debía; es culpable de dolo y debe reparar el perjuicio que ha causado por su mala fe; poco importa que se haya enriquecido ó no, la moral y el derecho exigen que soporte todas las consecuencias del dolo, aunque no hubiera sacado ningún provecho. (1)

371. Cuando se dice que la extensión de la obligación de restitución varía según que el demandado es de buena ó de mala fe, debe entenderse por demandado aquel que recibió el pago indebidamente. Si la repetición está ejercitada por los herederos, no se toma en cuenta su buena fe. Al aceptar la herencia, suceden á las obligaciones del difunto; si éste fué de mala fe, está obligado por los perjuicios que ha causado por su dolo, y esta obligación pasa á sus herederos. Esto es de derecho común. (2)

II. Aplicación.

1. Pago indebido de una suma de dinero ó de una cosa fungible.

372. El art. 1,378, dice: "Si hubo mala fe de parte de aquel que recibió, está obligado á restituir, tanto el capital, como los intereses desde el día del pago." Se concluye de esto que aquel que recibió una suma de buena fe solo debe restituir el capital, y que no está obligado á restituir los intereses. (3) Si la cuestión pudiera decidirse según los principios, debiera decirse que á pesar de la buena fe, aquel que

1 Toullier, t. VI, 1, pág. 73, núm. 94, y pág. 82, núm. 103.
 2 Casación, 17 de Mayo de 1865 (Daloz, 1865, 1, 273). Denegada, 10 de Junio de 1857 (Daloz, 1858, 1, 117). Aubry y Rau, t. IV, pág. 737, nota 33 (4ª edición).
 3 Aubry y Rau, t. IV, pág. 735. Mourlon, t. II, pág. 884, número 1,681. Colmet de Santerre, t. V, pág. 674, núm. 359 bis I. Larombière, t. V, pág. 654, núm. 10 (Ed. B., t. III, pág. 411).

recibió los intereses debe restituirlos; en efecto, se enriquece tanto con el capital, como con los intereses y está obligado por cuanto se ha enriquecido. Sin embargo, la intención del legislador parece haber sido la de no someter á la restitución de los intereses á aquel que recibió la cosa de buena fe. El relator del Tribunado dice que el demandado de buena fe solo estará obligado á restituir los intereses desde el día de la demanda. (1) No da motivo en apoyo de esta resolución; puede solo inducirse de sus palabras que la ley aplica al pago indebido el principio general del art. 1,153, en virtud del cual los intereses solo se deben á partir del día de la demanda. La razón es mala; si los intereses no corren en las obligaciones convencionales sino á partir de la demanda, es que tocaba al acreedor haberlo estipulado; no puede decirse otro tanto de los cuasicontratos. En esta materia el principio de equidad es el que domina: aquel que recibe una suma que no le es debida y que percibe sus réditos, se enriquece; luego debe restituirlos. Se invoca el artículo 549: si el poseedor de buena fe gana los frutos. ¿Por qué aquel que de buena fe recibe un capital, no ganará los intereses? Contestaríamos que no hay ninguna analogía entre el poseedor de buena fe y el demandado á la acción en repetición; el primero goza en virtud de un título de que ignora los vicios; el segundo, no tiene ningún título por el solo hecho que recibe lo que no le es debido; está obligado á restituir por cuanto se ha enriquecido, y se ha enriquecido por los intereses. Buscamos en vano el motivo jurídico que le permita enriquecerse á expensas de aquel que hizo el pago indebidamente.

373. Se llega hasta sostener que si los intereses de una renta han sido pagados indebidamente, aquel que los recibió no está obligado á restituirlos; se dice que, en efecto, los réditos son el producto del capital, y el poseedor de buena

1 Tarrillo. *Discursos*, núm. 16 (locré t. VI, pág. 236).

fe gana los intereses. (1) La Corte de Casación se pronunció por la opinión contraria, y nosotros no titubeamos en ponernos á su lado. Sin duda, son intereses, pero se trata de saber, en nuestro caso, lo que debe restituir el demandado; debe restituir lo que ha recibido indebidamente; luego los intereses que le han sido pagados; los intereses constituyen aquí un capital, puesto que son la cosa misma que ha recibido. Es un error decir que aquel que recibe dichos réditos es un poseedor de buena fe; no posee el crédito con relación de quien ha pagado los réditos, pues no es su acreedor. Queda, pues, un pago recibido sin derecho y que, por consiguiente, debe ser restituido. (2)

374. Si las cosas fungibles han sido pagadas indebidamente, aquel que las recibió debe restituir cosas de igual cantidad y cualidad. ¿Si es de mala fe, debe los intereses del valor estimativo de estas cosas á partir del día del pago? La afirmativa no nos parece dudosa; (3) aquel que es de mala fe debe indemnizar al demandante en repetición por el perjuicio que le causó; y no es indemnizar el restituir una suma que solo representa el capital y no su producto. Se objeta que las cosas fungibles nunca producen réditos de pleno derecho. (4) Hemos contestado de antemano á esta objeción: se trata de un goce que se ha tenido indebidamente y que impone al que gozó de mala fe la obligación de indemnizar completamente al propietario á quien privó de dicho goce por su dolo.

2. Pago indebido de cosas determinadas.

375. La cosa debe ser restituida con sus accesorios, sin

1 Massé y Vergé según Zachariae, t. II, pfo 295, nota 4. Demolombe, t. IX, núm. 624.

2 Denegada, 4 de Agosto de 1859 (Dalloz, 1859, I, 362). Aubry y Rau, t. IV, pág. 735, y nota 28 (4ª edición).

3 Aubry y Rau, t. IV, pág. 735, pfo. 442 (4ª edición).

4 Larombière, t. V, pág. 665, núm. 12 (Ed. B., t. III, pág. 411).

distinguir si aquel que la recibió era de buena ó de mala fe (art. 1,379). ¿Qué debe decidirse de los frutos? Pothier contesta, conforme al derecho romano, que los frutos deben ser restituidos aún por aquel que los hubiera recibido de buena fe; y da de ello una razón decisiva, esto es, que los aprovechó; y está obligado por cuanto se ha enriquecido. (1) El art. 1,378 pone los frutos en la misma línea que los intereses; debe, pues, decirse de los frutos lo que hemos dicho de los intereses (núm. 372). Se hace un singular raciocinio para justificar la disposición del Código. Los artículos 549 y 550, dice Larombière, asientan un principio general, absoluto: todo poseedor de buena fe gana los frutos. Para que hubiera excepción en el caso de pago indebido, se necesitaría que ésta estuviera escrita en la ley; y el art. 1,378 confirma más bien este principio, puesto que no somete á la restitución sino al poseedor de mala fe. (2) Solo falta una cosa á esta argumentación, y es probar que aquel que recibe de buena fe un inmueble que no le es debido, sea un poseedor de buena fe, en el sentido del art. 549: ¿Puede aplicársele la definición que el art. 550 da del poseedor de buena fe? ¿Es que aquel que recibe indebidamente una cosa la posee "en virtud de un título translativo de dominio del que ignora los vicios?" ¿Cuál es ese título translativo? Asimilar á un poseedor de buena fe á aquel que recibe un pago indebido, es confundir dos órdenes de ideas completamente distintas; en el caso del art. 549, el demandante *reivindica*, no hay ninguna liga de obligación entre él y el poseedor; en el caso del art. 1,376, el demandante *repite* en virtud de un cuasicontrato que existe entre él y el demandado. Lejos de haber identidad entre ambas hipótesis, ni siquiera hay analogía.

376. ¿Quién soporta la pérdida ó el deterioro? El artícu-

1 Pothier, *De la acción condictio indebiti*, núm. 172.

2 Larombière, t. V, pág. 963, núm. 9 (Ed. B., t. III, pág. 410).

lo 1,379 contesta á la cuestión en estos términos: "Si la cosa indebidamente recibida es un inmueble ó un mueble corporal, aquel que la recibió se obliga á restituirla tal cual si existe, ó su valor si ha perecido, ó sea deteriorada *por culpa suya*; es aún garante por la pérdida y caso fortuito, si la ha recibido de mala fe." Parece resultar de esto que si la cosa perece ó se deteriora por *culpa* de quien la recibió, responde por ello, sin distinguir si la recibió de buena ó mala fe.

Los autores están unánimes en desechar esta interpretación; la ley, así entendida, estaría en oposición con la tradición y con los principios. Aunque, dice Pothier, la cosa se hubiera despreciado ó deteriorado por el poco cuidado que de ella hubiera tenido el poseedor, el demandante en repetición no podría quejarse de ello, pues el poseedor ha descuidado la cosa como suya. Pothier dice aún que la cosa le pertenecía; hacemos algunas reservas acerca de este punto. (1) Basta que, por el hecho de aquel que pagó, el poseedor se haya creído propietario para que no pueda hacérsele responsable por no haber conservado la cosa como buen padre de familia; no crea ser deudor, no puede, pues, estar obligado como lo está un deudor. ¿Pero cómo conciliar el texto con los principios? El art. 1,378 dice que si la cosa perece por *culpa* de quien la recibió, éste debe su valor; y, en tanto que es de buena fe, la *culpa* no se concibe, puesto que se creía propietario. ¿Cuándo tendrá la culpa? Pothier contesta: desde el momento que tendrá conocimiento que la cosa no le es debida, pues desde este momento, la buena fe le obliga á conservar la cosa, con el fin de poder llenar su obligación de devolverla á quien se la entregó; por tanto, está obligado por los deterioros ó pérdidas que sobrevendrían á la cosa por falta de haberla conservado como buen padre de familia. Esta explicación tomada de Po-

1 Pothier, *De la acción condictio indebiti*, núms. 170 y 171.

thier, es la generalmente admitida, concilia el texto con los principios. (1)

Si aquel que recibió indebidamente es de mala fe, está en falta desde el momento en que recibió cuando no conserva como un buen padre de familia, pues desde entonces sabía que debía devolverla, lo que lo obliga á conservarla. El art. 1,378 dice que es aún gerente de la pérdida por caso fortuito. Así, está obligado de derecho pleno en virtud de la ley; se le debe, pues, aplicar la disposición del art. 1,302, concerniente á los efectos de la demora; el deudor, aunque esté en demora, está liberado de la pérdida por caso fortuito en el caso en que la cosa hubiera igualmente perecido en casa del acreedor que la hubiera entregado. Durantou va más allá; asimila á aquel que recibió la cosa de mala fe con un ladrón, quien es responsable aunque la cosa perezca en casa del propietario. Esto es sobrepasar el rigor de la ley; no dice que el hecho de recibir una cosa de mala fe sea un robo; luego no se puede aplicar al poseedor de mala fe lo que la ley dice del ladrón. Semejante rigor sería contrario á los principios; el poseedor está obligado por el perjuicio que es la consecuencia de su dolo, puesto que se supone que la cosa ha perecido aunque no hubiese sido pagada. En fin, tal era la opinión de Pothier; lo que es decisivo. (2)

377. La ley prevee también el caso de la venta: "Si aquel que recibió de buena fe vendió la cosa, solo debe restituir el precio de la venta" (art. 1,384). ¿Cuál es su obligación si vendió siendo de mala fe? La ley no lo dice, pero los principios no dejan ninguna duda. Aquel que vende, sabiendo

1 Toullier, t. VI, pág. 74, núms. 95-96, y pág. 80, núms. 101 y 102. Aubry y Rau, t. IV, pág. 736, nota 30 y los autores que citan. Mourlon, t. II, pág. 884, núms. 1,682-1,684. Colmet de Sauterre, t. V, página 275, núm. 360 bis II.

2 Pothier, *De la acción condictio indebiti*, núm. 176. Colmet de Sauterre, t. V, pág. 675, núm. 340 bis I. En sentido contrario, Durantou, t. XIII, pág. 715, núm. 693.

que debe restituir la cosa, no puede, al venderla, descargarse de su obligación de devolver á quien se la pagó, y como ya no puede cumplir su compromiso porque ya no tiene la cosa, está obligado á todos los daños y perjuicios para con aquel á quien debía devolverla. Esta es la decisión de Pothier; procede de los principios que rigen esta materia. De esto resulta que el vendedor de buena fe se libera al restituir el precio que recibió, aunque hubiera vendido á vil precio; mientras que aquel que fué de mala fe debe restituir el valor. (1) Si la venta ha sido parcial, se aplica el mismo principio. La restitución de lo que no fué vendido se hará sin distinción entre el poseedor de buena ó de mala fe, cuando á la parte vendida, aquel que es de buena fe restituirá el precio que recibió, porque este es el valor de lo que se enriqueció; aquel que es de mala fe está obligado á todos los daños y perjuicios resultando de su dolo. (1)

378. La venta de la cosa por aquel que la recibió indebidamente presenta otra dificultad en la que las opiniones están muy divididas. ¿Aquel que pagó la cosa tiene acción contra el tercero adquirente, y ¿cuál es esta acción? Creemos que no tiene acción en repetición, pero que puede reivindicar cuando se trata de una cosa mueble. No tiene la acción en repetición, porque esta acción nace de un cuasicontrato; no puede pertenecer, pues, sino á aquel que ha pagado contra aquel que recibió. En efecto, el cuasicontrato es asimilado al contrato cuando se trata de la liga de obligación que de él resulta; y la acción que nace de una obligación no puede ser formulada sino contra aquel que ha contraído, y el tercer adquirente es extraño al cuasicontrato; luego no puede haber acción contra él por razón del cuasicontrato. Es, pues, impropriamente como se dice que aquel que ha pa-

1 Pothier, *De la acción condictio indebiti*, núm. 177. Colmet de Sauterre, t. V, pág. 676, núm. 361 bis I.

2 Orléans, 11 de Enero de 1849 (Daloz, 1849, 2, 172).

gado tiene la acción en repetición contra los terceros. (1)
 ¿Tiene acción en reivindicación. La decisión depende del punto de saber si el pago indebido transfiere la propiedad de la cosa á aquel que la recibe. Si se ha vuelto propietario, transfirió la propiedad al adquirente y, por lo tanto, no puede tratarse de reivindicar. Pero si aquel recibió la cosa indebidamente no se ha hecho propietario de ella, no pudo transferir al comprador derechos que no tenía; en realidad, vendió la cosa ajena; el propietario puede, pues, reivindicarla. Queda por saber si el pago indebido es translativo de propiedad. Pothier lo admite, conforme al derecho romano; aquel que paga quiere transferir la propiedad, dice; aquel que la recibe quiere adquirirla; juntándose la tradición con la intención, la propiedad se halla transferida. Pothier concluye de esto que aquel que ha pagado indebidamente no tiene ninguna acción contra el tercer detentor; no tiene la reivindicación, puesto que ha dejado de ser propietario; no tiene la repetición, puesto que el tercero no está obligado para con él. Esta doctrina está desechada por la mayor parte de los autores, y con razón. Los principios del derecho romano no son ya los nuestros. Supongamos que el pago se haga en virtud de una pretendida venta; la propiedad, en derecho francés, se transfiere por el solo efecto del contrato, independientemente de toda tradición. En el caso, ¿transfiere la venta la propiedad? No, puesto que no hay venta. Si la propiedad no está transmitida por la venta, ¿lo está por el pago? No, pues el pago no es translativo de propiedad cuando se hace en virtud de una venta. Luego no hay translación de dominio en virtud de la venta, ni en virtud del pago. Si la cosa está pagada sin que haya deuda alguna, ni siquiera aparente, no hay ningún título que pueda transferir la propiedad. Se dirá en vano que aquel que pa-

1 Compárese Mourlon, t. II, pág. 885, núm. 1,686. Marcadé, tomo V, pág. 276, núm. 3 del artículo 1,380.

ga quiere transmitir la propiedad y que aquel que recibe la quiere adquirir; contestaremos que el pago puede efectivamente transferir la propiedad cuando es un verdadero pago, pero, en el caso, no hay pago puesto que no hay deuda. Solo pudiera haber translación de dominio si hubiera donación bajo forma de pago; pero la donación de los inmuebles necesita una acta, y nuestra cuestión, como lo vamos á decir, solo se presenta para el pago de un inmueble. ¿Se objetará que la jurisprudencia admite la validez de las donaciones hechas bajo forma de un contrato oneroso? Hemos combatido esa jurisprudencia, y aunque se admitiera, no recibiría aplicación al caso, pues para que pueda haber donación disfrazada, se necesita cuando menos un contrato aparente; y en el caso del pago indebido, no lo hay. (1)

Si aquel que recibió indebidamente la cosa no se ha vuelto propietario, nuestra opinión está decidida; no pudo transferir al adquirente un derecho que no tenía (art. 2,125). Aquel que hizo el pago indebido ha quedado propietario; luego puede reivindicar. ¿Se objetará la buena fe, ya del vendedor, ya del comprador? La objeción no es seria; la hemos contestado al tratar de la enajenación hecha por un heredero aparente. Es inútil renovar el debate.

Aquel que ha pagado indebidamente tiene, pues, la acción en reivindicación contra los terceros, pero solo la tiene bajo las condiciones determinadas por la ley. Y en derecho francés, la reivindicación de las cosas muebles no es admitida; este es el sentido de la regla que en cuanto á muebles la posesión vale por título. Dirémos, en el título *De la Prescripción*, cuáles son las excepciones. De esto sigue que el demandante en repetición no puede, en regla general, promover contra los terceros, porque casi siempre son cosas muebles las que se pagan indebidamente. (2)

1 Duranton, t. XIII, págs. 698 y siguientes, núm. 683. Aubry y Rau, t. IV, pág. 737, nota 37, y los autoridades que citan.

2 Denegada, 7 de Marzo de 1855 (Daloz, 1855, 1, 104).

379. La doctrina que acabamos de exponer no es dudosa bajo el punto de vista de los principios, pero encuentra una objeción muy seria en el art. 1,380, si se entiende tal como el orador del Tribunado lo ha interpretado: "Si aquel que recibió de buena fe ha vendido la cosa, solo debe restituir el precio de la venta." Hé aquí la razón que da de esta disposición el relator del Tribunado: "Esta buena fe lo hace justamente considerar como legítimo propietario de la cosa, de donde la consecuencia que tenía derecho de disponer de ella del modo que juzgase más conveniente á sus intereses. (1) Si esta explicación prueba alguna cosa, es que no debe darse demasiada importancia á los trabajos preparatorios. El error del relator es palpable: la buena fe de aquel que recibe indebidamente la cosa, ¿puede hacerlo propietario? La cuestión no tiene sentido común. La propiedad no se transfiere por la buena fe del comprador, se transfiere por un título translativo de dominio, ¿y en dónde está el título del que recibe la cosa indebidamente? Tarrible, el orador del Tribunado, es de una singular inconsecuencia. Comienza por decir que la propiedad no puede ser transferida sin una causa legítima y sin una acta no equívoca del verdadero propietario; es decir, que el pago indebido no transfiere la propiedad. Después dice que si aquel que ha recibido de mala fe, enajena la cosa, esta venta no quitará al verdadero dueño el derecho de reivindicar; lo que supone que el propietario no puede reivindicar si el vendedor era de buena fe. (2)

Hay que abandonar esas malas explicaciones para atenerse al texto y á los principios. El art. 1,380 reglamenta únicamente las relaciones entre el que paga y el que recibe indebidamente. No se trata ahí del derecho de reivindicación; luego no se puede oponer el art. 1,380 á aquel que, habiendo pagado lo que no debe, reivindicar. Pero esto no resuel-

1 Bertran de Grenille, Informe, núm. 7 (Loché, t. VI, pág. 289).

2 Tarrible, *Discursos*, núm. 16 (Loché, t. VI, pág. 286).

ve la dificultad. La reivindicación reacciona en contra del del vendedor, puesto que el comprador vencido tiene acción contra aquel que ha vendido; esta acción de garantía obliga al vendedor á indemnizar completamente al adquirente; resultará de esto que aquel que recibió el pago indebido y que vende, estará obligado á más que la restitución del precio de la venta. Si es de mala fe, esto es muy lógico; está obligado á todos los daños y perjuicios. Pero si es de buena fe, no está obligado sino por cuanto se ha enriquecido; y solo se enriquece del precio que ha recibido. ¿Puede obligársele á más por razón de la acción en garantía? Solo hay un medio de conciliar los principios con el art. 1,380; es decir, que el propietario reivindicante deberá tener en cuenta aquel que recibió la cosa indebidamente, pero de buena fe, por lo que éste paga al comprador además del precio. Esta decisión está conforme con la equidad: Aquel que recibe de buena fe está sin falta; aquel que paga, antes de hacerlo debía asegurarse si debía; es, pues, más justo que soporte la pérdida, que aquel á quien indujo en error por el pago. (1)

Núm. 3. Obligaciones del demandante en repetición.

380. El art. 1,381 dice: "Aquel á quien la cosa está restituida debe tener en cuenta aún al poseedor de mala fe, todos los gastos necesarios y útiles que han sido hechos para la conservación de la cosa." Se ha criticado, y no sin razón, la redacción de este artículo; distingue y confunde á la vez los gastos *necesarios* y los gastos *útiles*; los distingue, puesto que los menciona como gastos distintos, y los confunde, puesto que aplica á los gastos útiles lo que dice de

Y Duranton, t. XIII, pág. 704 núm. 683. Aubry y Rau, t. IV, página 738, nota 38. En sentido contrario, Laomière, t. V, pág. 673, núm. 9 (Ed. t. III, pág. 414).

los gastos necesarios, al decir que unos y otros han sido hechos para la *conservación* de la cosa; y, es de principio elemental que los gastos necesarios son aquellos que se hacen para conservar la cosa, mientras que los gastos *útiles* se hacen para *mejorarla*. La redacción está además incompleta, pues la ley no dice cuál es la extensión de las obligaciones que impone al demandante en repetición, y no dice nada de los gastos superfluos. (1) De lo que resultan dificultades y controversias.

381. Un primer punto nos parece seguro. Los gastos necesarios deben ser reembolsados íntegramente, sin tener cuenta del aumento de valor que resulta de ellos. Aquel que hace estos gastos enriquece al propietario por todo lo que anticipa, pues el propietario hubiera debido pagar lo que paga el poseedor; es, pues, justo que reembolse el gasto por entero; si solo restituye e hasta concurrencia de mejora, se enriquecería á expensas del que hizo el gasto. Y la equidad, que obliga al que recibió la cosa á restituirla, porque no le es permitido enriquecer á expensas de los demás, obliga también al propietario á reembolsar los anticipos de los que aprovecha, porque se enriquecería también sin causa. No debe distinguirse si el poseedor es de buena ó mala fe, pues el propietario no puede enriquecerse á expensas de un poseedor de mala fe, como no puede hacerlo en perjuicio de un poseedor de buena fe.

382. Los gastos útiles deben igualmente ser reembolsados por el demandante en repetición, y, al decir: *aun al poseedor de mala fe*, la ley marca claramente que coloca al poseedor de mala fe en la misma línea que al poseedor de buena fe; ¿será el gasto íntegro el que deberá ser reembolsado? No, esto resulta de la naturaleza misma del gasto útil; no es útil sino en los límites del provecho que de él resulta; luego debe ser restituído hasta concurrencia de la mejora.

1 Marcadé, t. V, pág. 278, núm. 1 del artículo 1.380.

¿Debe distinguirse entre el poseedor de buena fe y el de mala fe? Se ha propuesto esta distinción, pero el texto la rechaza, así como la tradición. Pothier dice formalmente, que el demandante en repetición debe reembolsar los gastos hasta concurrencia de lo que la cosa ha mejorado. Esto no está completamente conforme con la equidad: Se dirá en vano que el excedente del gasto en la mejora está perdido para el poseedor; contestaremos que éste se ha expuesto á la pérdida, creyendo que era propietario y que gozaba de estas mejoras; de seguro que no las hubiera hecho si hubiera previsto que tendría que devolver la cosa; pierde, pues, cuando la equidad solicita que se le indemnice. Pero la ley, explicada por la tradición, no permite hacer esas distinciones. (1)

383. Esto decide la cuestión en lo que se refiere á los gastos superfluos. Estos no son gastos *útiles*; luego el texto no permite que se tengan en cuenta. La equidad, en nuestro concepto, exigiría que el poseedor de buena fe fuese completamente indemnizado, pues si ha hecho gastos de lujo, es porque se creyó propietario, y se creyó tal por culpa de aquel que hizo el pago indebido: las consecuencias de la falta debieran, pues, recaer en aquel.

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 737, nota 34. Monclon, t. II, página 887, núm. 1.689. Marcadé, t. V, pág. 278, núm. 2 del artículo 1.380. Colmet de Santerre, pág. 678, núm. 362 *bis*. En sentido contrario, Durantón, t. XIII, pag. 716, núm. 695.

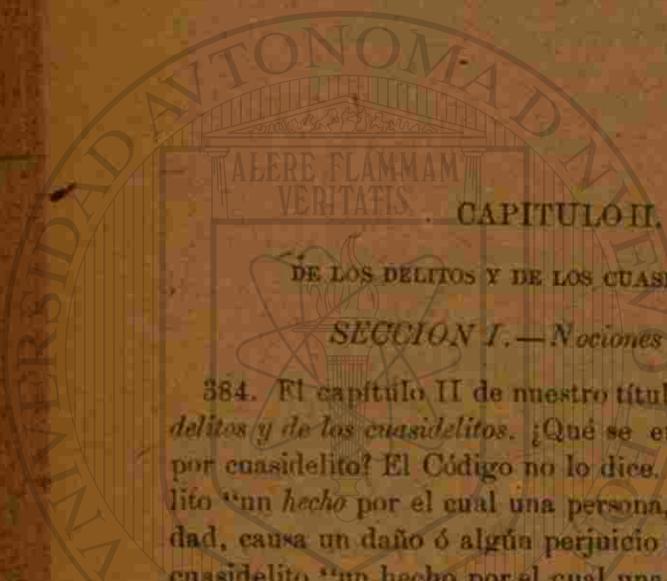
El art. 1,383 agrega: "Cada uno es responsable del daño que ha causado por su *hecho*, pero también por su *descuido* ó su *imprudencia*." Se ha dicho que esta disposición es inútil, puesto que repite lo que había ya dicho el artículo 1,382. (1) Esto no es exacto; el art. 1,382 pone el principio que un hecho perjudicial no da lugar á reparación sino cuando hay *culpa*, pero no determina los caracteres de esta culpa. Hay gradaciones en las faltas: toda falta, por leve que sea, obliga á su autor á repararla. Se puede decir que el artículo 1,382 lo supone así, puesto que se sirve de la palabra *falta* sin limitarla. Pero bueno es precisar el sentido del término *culpa* en materia de hechos perjudiciales; tal es el objeto del art. 1,383; consagra la doctrina tradicional asentando el principio que la menor culpa basta para que haya cuasidélito. En cuanto al delito, se exige más que la culpa propiamente dicha, puesto que no hay delito sin dolo; es decir, sin intención dolosa ó intención de perjudicar. La ley no lo dice, pero no necesita decirlo.

El art. 1,383 contiene otro descuido de redacción. Opone la palabra *hecho* á las palabras *negligencia* ó *imprudencia*; lo que parece decir que por la palabra *hecho*, la ley entiende una culpa más grave que la imprudencia ó el descuido, mientras que esta palabra no implica ninguna clase de culpa. Una cosa es segura, es que en la mente de la ley un simple *hecho* no basta para que haya delito ó cuasidélito; el art. 1,382 es terminante; exige que el daño haya sido causado por una culpa. Sin culpa, no hay, pues, delito ni cuasidélito. (2)

385. No debe confundirse el delito civil con el delito criminal. El delito criminal consiste en la infracción de una ley penal; lo que lo caracteriza, es que una pena es aplicada al culpable por interés social. En el delito civil, el interés de la sociedad no está en causa; la parte lesada promue-

1. Marcadé, t. V. pág. 283, núm. 5 del artículo 1-383.

2. Bruselas 21 de Enero de 1820 (*Pasicrisia*, 1820, pág. 21).



DE LOS DELITOS Y DE LOS CUASIDELITOS. (1)

SECCION I. — Nociones generales.

384. El capítulo II de nuestro título está titulado *De los delitos y de los cuasidelitos*. ¿Qué se entiende por delito y por cuasidélito? El Código no lo dice. Pothier define el delito "un hecho por el cual una persona, por dolo ó malignidad, causa un daño ó algún perjuicio á otra;" y define el cuasidélito "un hecho por el cual una persona, sin malignidad, pero por imprudencia que no es excusable, causa un perjuicio á otra." (2) Así, el delito y el cuasidélito tienen esto de común, que resulta de ellos un daño ó un perjuicio; son hechos perjudiciales, lo que los distingue es que el delito supone la intención de perjudicar, mientras el cuasidélito solo supone una simple falta. La consecuencia de los delitos y de los cuasidelitos es la misma; está establecida por el art. 1,382: "Todo *hecho* del hombre que causa un daño á otro, obliga á aquel por *culpa* del que ha sucedido, á repararlo." La ley toma la palabra culpa en su más lata acepción; comprende todas las causas de imputaciones, desde el dolo hasta la más leve imprudencia; luego los delitos tanto como los cuasidelitos.

1. Sourdat, *Tratado general de la responsabilidad*, 2 vol. in 8°, 3ª edición. París, 1872.

2. Pothier, *Obligaciones*, núm. 116.

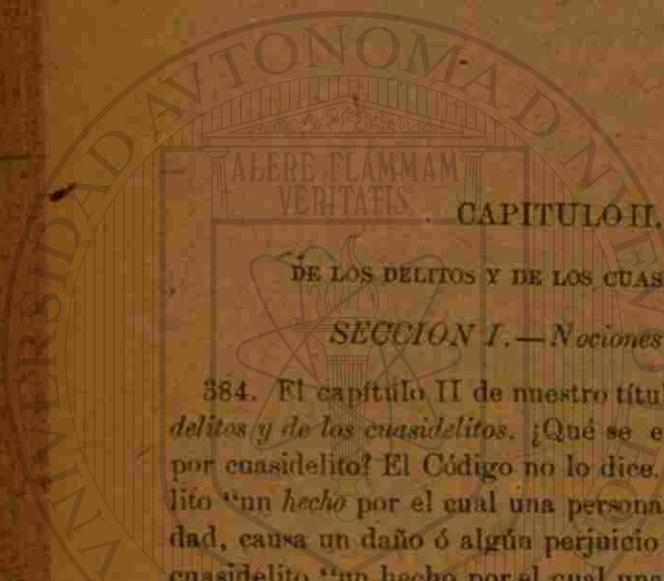
El art. 1,383 agrega: "Cada uno es responsable del daño que ha causado por su *hecho*, pero también por su *descuido* ó su *imprudencia*." Se ha dicho que esta disposición es inútil, puesto que repite lo que había ya dicho el artículo 1,382. (1) Esto no es exacto; el art. 1,382 pone el principio que un hecho perjudicial no da lugar á reparación sino cuando hay *culpa*, pero no determina los caracteres de esta culpa. Hay gradaciones en las faltas: toda falta, por leve que sea, obliga á su autor á repararla. Se puede decir que el artículo 1,382 lo supone así, puesto que se sirve de la palabra *falta* sin limitarla. Pero bueno es precisar el sentido del término *culpa* en materia de hechos perjudiciales; tal es el objeto del art. 1,383; consagra la doctrina tradicional asentando el principio que la menor culpa basta para que haya cuasidélito. En cuanto al delito, se exige más que la culpa propiamente dicha, puesto que no hay delito sin dolo; es decir, sin intención dolosa ó intención de perjudicar. La ley no lo dice, pero no necesita decirlo.

El art. 1,383 contiene otro descuido de redacción. Opone la palabra *hecho* á las palabras *negligencia* ó *imprudencia*; lo que parece decir que por la palabra *hecho*, la ley entiende una culpa más grave que la imprudencia ó el descuido, mientras que esta palabra no implica ninguna clase de culpa. Una cosa es segura, es que en la mente de la ley un simple *hecho* no basta para que haya delito ó cuasidélito; el art. 1,382 es terminante; exige que el daño haya sido causado por una culpa. Sin culpa, no hay, pues, delito ni cuasidélito. (2)

385. No debe confundirse el delito civil con el delito criminal. El delito criminal consiste en la infracción de una ley penal; lo que lo caracteriza, es que una pena es aplicada al culpable por interés social. En el delito civil, el interés de la sociedad no está en causa; la parte lesada promue-

1. Marcadé, t. V. pág. 283, núm. 5 del artículo 1-383.

2. Bruselas 21 de Enero de 1820 (*Pasicrisia*, 1820, pág. 21).



DE LOS DELITOS Y DE LOS CUASIDELITOS. (1)

SECCION I. — Nociones generales.

384. El capítulo II de nuestro título está titulado *De los delitos y de los cuasidelitos*. ¿Qué se entiende por delito y por cuasidélito? El Código no lo dice. Pothier define el delito "un hecho por el cual una persona, por dolo ó malignidad, causa un daño ó algún perjuicio á otra;" y define el cuasidélito "un hecho por el cual una persona, sin malignidad, pero por imprudencia que no es excusable, causa un perjuicio á otra." (2) Así, el delito y el cuasidélito tienen esto de común, que resulta de ellos un daño ó un perjuicio; son hechos perjudiciales, lo que los distingue es que el delito supone la intención de perjudicar, mientras el cuasidélito solo supone una simple falta. La consecuencia de los delitos y de los cuasidelitos es la misma; está establecida por el art. 1,382: "Todo *hecho* del hombre que causa un daño á otro, obliga á aquel por *culpa* del que ha sucedido, á repararlo." La ley toma la palabra culpa en su más lata acepción; comprende todas las causas de imputaciones, desde el dolo hasta la más leve imprudencia; luego los delitos tanto como los cuasidelitos.

1. Sourdat, *Tratado general de la responsabilidad*, 2 vol. in 8°, 3ª edición. París, 1872.

2. Pothier, *Obligaciones*, núm. 116.

ve en reparación del daño que el delito le causó; es un interés privado, no hay culpable propiamente dicho, hay un deudor y un acreedor.

El delito criminal puede ser á la vez un delito civil, cuando resulta de él un daño y que éste ha sido causado con intención de dañar. Si no hubo tal intención, pero que haya perjuicio, resultará del delito criminal un cuasidelito; es decir, la obligación de reparar el daño. Puede suceder que el delito criminal no produzca ni delito civil, ni cuasidelito; tal sería una tentativa de crimen que no causase ningún daño. Por contra, un hecho puede ser un cuasidelito y un delito civil, aunque la ley solo vea en él un cuasicontrato, pues es un hecho doloso, pero no es un delito criminal. Así mismo, los herederos que distraen ó retienen efectos de una sucesión cometen un delito civil; pero no es esto un delito criminal (arts. 792 y 801).

386. Los delitos criminales y los delitos civiles no se rigen por los mismos principios. Según los términos del artículo 1,310, los menores, incapaces de contratar, están, sin embargo, obligados por sus delitos ó cuasidelitos; la ley no fija la edad en que pueden obligarse por un delito civil: esto es una cuestión de hecho. No sucede así con los delitos criminales; tienen un carácter de gravedad que no tienen los sencillos hechos perjudiciales; de esto resulta que, antes de cierta edad, los menores no son capaces de cometer un delito criminal. El reo de menos de diez y seis años es absuelto si está decidido que obró sin discernimiento, y si obró con discernimiento, la pena es reducida (Código Penal belga, artículos 72-77). Puede, pues, suceder que un menor de menos de diez y seis años de edad, sea absuelto por haber obrado sin discernimiento, lo que no impide que se le persiga civilmente, como autor de un hecho perjudicial. (1)

La promoción, cuando se trata de un delito puramente ci-

1 Denegada, 22 de Julio de 1868 (Daloz, 1871, 5, 63, núm. 6).

vil, se hace ante los tribunales civiles á pedimento de la parte lesada; mientras que los delitos criminales son juzgados por los tribunales criminales, y la promoción se hace en nombre de la sociedad por el Ministerio Público. No necesita decirse que las consecuencias de la infracción criminal son más graves que las del delito civil: toda infracción es castigada por una pena criminal; el delito civil arrastra solo la obligación de reparar el daño que de él resulta. El delito criminal somete también al culpable á una reparación civil; de donde dos acciones, una pública y la otra civil. La acción civil, naciendo de un delito criminal, tiene grandes analogías con la acción de daños y perjuicios que nace de un daño: tiene el mismo objeto, la reparación del perjuicio, pero como éste resulta de una infracción, la acción civil puede, como accesoria de la acción pública, ser llevada ante los tribunales criminales; mientras que la acción por daños y perjuicios debe ser llevada ante los tribunales civiles. El legislador se muestra más severo cuando se trata de las consecuencias civiles de una infracción, que cuando se trata de un simple hecho perjudicial. Según los términos del art. 50 de nuestro Código Penal, todos los individuos condenados por una infracción están obligados solidariamente á las restituciones y á los daños y perjuicios; el Código no pronuncia la solidaridad para los delitos y los cuasidelitos. La ley que ha suprimido el arresto en materia civil, lo mantiene en asunto criminal para la ejecución de las condenas á restitución y daños y perjuicios y pago de gastos; en cuanto á los hechos perjudiciales calificados de delitos civiles, el arresto es facultativo, el juez puede pronunciarlo cuando se trate de un hecho ilícito cometido de mala fe (ley de 27 de Julio de 1871, arts. 1.º y 2.º).

Hay, además, en lo que concierne á la prescripción, una diferencia entre la acción no siendo de una infracción y la que nace de un hecho perjudicial. Volveremos á tratar este punto.

Hacemos á un lado todo lo que concierne á la acción civil propiamente dicha; esta materia pertenece al derecho criminal.

387. El art. 1,334 dice: «Se es responsable no solo por el daño que se causa por su propio hecho, sino también por aquel que es causado por el hecho de las personas de que debe responder, ó de las cosas que se tiene bajo su cuidado.» Esta responsabilidad no debe ser confundida con el delito civil, pues no supone la intención de dañar; la ley presume que las personas civilmente responsables están en falta cuando un daño es causado por una persona de que responden, ó por una cosa que está bajo su cuidado. Se puede, pues, decir, sirviéndose de la terminología del Código, que esto es un cuasidelito. Sin embargo, la ley no le da esta calificación, y vale más no servirse de ella, puesto que la responsabilidad del hecho ajeno está regido por principios especiales.

SECCION II.—*Condiciones requeridas para que haya delito ó cuasidelito.*

§ I.—UN HECHO PERJUDICIAL.

Núm. 1. *Un hecho.*

388. El art. 1,332 dice: «todo hecho del hombre.» Se necesita, pues, un hecho, y este hecho debe ser perjudicial pues la ley agrega: «que causa un daño á otro.» La palabra hecho comprende no solo las acciones, pero también las omisiones y las reticencias. Acerca de este punto todos están de acuerdo; la generalidad de los términos de que se sirve la ley, no deja ninguna duda. ¿Es esto decir que hay hecho perjudicial por el solo hecho de que aquel que hubiera podido impedirlo no lo hizo? Toullier dice que es como si lo hubiera hecho él mismo, porque es una especie de complicidad el no impedir un acto nocivo cuando se puede impe-

dirlo. Esta doctrina es contraria á los principios; debe restringirse como lo hace Domat, al caso en que aquel que no impidió el hecho perjudicial tenía *algún deber* de haberlo impedido. Debe, pues, suponerse que la ley impone el deber de impedir el daño para que el hecho de omisión se vuelva una culpa que obligue á reparar el daño. Tales son los casos en que la ley hace á una persona responsable por el daño sufrido por otra, por no haber cumplido con el deber de vigilancia que la ley le impone. Es menester que este deber sea una obligación legal; la inobservación de un deber de caridad, de humanidad, no constituye un delito civil. Al hablar de una especie de complicidad, Toullier entiende una complicidad moral; esto es confundir el dominio de la moral con el dominio del derecho. Si pudiendo apagar un incendio naciente, no lo hago, soy moralmente culpable, pero no cometo ni delito ni cuasidelito, porque no estoy legalmente obligado de apagar el incendio. (1)

389. ¿Constituye la reticencia un delito? Sí, cuando aquel que guarda silencio acerca de un hecho estaba obligado á declararlo; nó, si no estaba obligado á ello. El caso se ha presentado en circunstancias muy odiosas. Al reconocer un hijo natural, los padres le hacen una donación. Era una hija adulterina; se casa y después de la muerte de su padre, se presenta á la sucesión; su madre, heredera, le opone su calidad de hija adulterina, y hace reducir la liberalidad á una prestación de alimentos. El marido de la hija así repudiada y deshonrada por su madre, reclama daños y perjuicios, fundandose en que fué engañado por los padres de su mujer acerca del estado civil de esta. Fué sentenciado por la Corte de Caen, que no había lugar á daños y perjuicios,

1 Proudhon, *Del usufructo*, t. III, pág. 461, núms. 1,498 y 1,490. Marcadé, t. V, pág. 282, núm. 2 del artículo 1,282. En sentido contrario, Toullier, t. VI, 1, pág. 91, núm. 117.

Hacemos á un lado todo lo que concierne á la acción civil propiamente dicha; esta materia pertenece al derecho criminal.

387. El art. 1,334 dice: «Se es responsable no solo por el daño que se causa por su propio hecho, sino también por aquel que es causado por el hecho de las personas de que debe responder, ó de las cosas que se tiene bajo su cuidado.» Esta responsabilidad no debe ser confundida con el delito civil, pues no supone la intención de dañar; la ley presume que las personas civilmente responsables están en falta cuando un daño es causado por una persona de que responden, ó por una cosa que está bajo su cuidado. Se puede, pues, decir, sirviéndose de la terminología del Código, que esto es un cuasidelito. Sin embargo, la ley no le da esta calificación, y vale más no servirse de ella, puesto que la responsabilidad del hecho ajeno está regido por principios especiales.

SECCION II.—*Condiciones requeridas para que haya delito ó cuasidelito.*

§ I.—UN HECHO PERJUDICIAL.

Núm. 1. *Un hecho.*

388. El art. 1,332 dice: «todo hecho del hombre.» Se necesita, pues, un hecho, y este hecho debe ser perjudicial pues la ley agrega: «que causa un daño á otro.» La palabra hecho comprende no solo las acciones, pero también las omisiones y las reticencias. Acerca de este punto todos están de acuerdo; la generalidad de los términos de que se sirve la ley, no deja ninguna duda. ¿Es esto decir que hay hecho perjudicial por el solo hecho de que aquel que hubiera podido impedirlo no lo hizo? Toullier dice que es como si lo hubiera hecho él mismo, porque es una especie de complicidad el no impedir un acto nocivo cuando se puede impe-

dirlo. Esta doctrina es contraria á los principios; debe restringirse como lo hace Domat, al caso en que aquel que no impidió el hecho perjudicial tenía *algún deber* de haberlo impedido. Debe, pues, suponerse que la ley impone el deber de impedir el daño para que el hecho de omisión se vuelva una culpa que obligue á reparar el daño. Tales son los casos en que la ley hace á una persona responsable por el daño sufrido por otra, por no haber cumplido con el deber de vigilancia que la ley le impone. Es menester que este deber sea una obligación legal; la inobservación de un deber de caridad, de humanidad, no constituye un delito civil. Al hablar de una especie de complicidad, Toullier entiende una complicidad moral; esto es confundir el dominio de la moral con el dominio del derecho. Si pudiendo apagar un incendio naciente, no lo hago, soy moralmente culpable, pero no cometo ni delito ni cuasidelito, porque no estoy legalmente obligado de apagar el incendio. (1)

389. ¿Constituye la reticencia un delito? Sí, cuando aquel que guarda silencio acerca de un hecho estaba obligado á declararlo; nó, si no estaba obligado á ello. El caso se ha presentado en circunstancias muy odiosas. Al reconocer un hijo natural, los padres le hacen una donación. Era una hija adulterina; se casa y después de la muerte de su padre, se presenta á la sucesión; su madre, heredera, le opone su calidad de hija adulterina, y hace reducir la liberalidad á una prestación de alimentos. El marido de la hija así repudiada y deshonrada por su madre, reclama daños y perjuicios, fundandose en que fué engañado por los padres de su mujer acerca del estado civil de esta. Fué sentenciado por la Corte de Caen, que no había lugar á daños y perjuicios,

1 Proudhon, *Del usufructo*, t. III, pág. 461, núms. 1,498 y 1,490. Marcadé, t. V, pág. 282, núm. 2 del artículo 1,282. En sentido contrario, Toullier, t. VI, 1, pág. 91, núm. 117.

Hacemos á un lado todo lo que concierne á la acción civil propiamente dicha; esta materia pertenece al derecho criminal.

387. El art. 1,334 dice: «Se es responsable no solo por el daño que se causa por su propio hecho, sino también por aquel que es causado por el hecho de las personas de que debe responder, ó de las cosas que se tiene bajo su cuidado.» Esta responsabilidad no debe ser confundida con el delito civil, pues no supone la intención de dañar; la ley presume que las personas civilmente responsables están en falta cuando un daño es causado por una persona de que responden, ó por una cosa que está bajo su cuidado. Se puede, pues, decir, sirviéndose de la terminología del Código, que esto es un cuasidelito. Sin embargo, la ley no le da esta calificación, y vale más no servirse de ella, puesto que la responsabilidad del hecho ajeno está regido por principios especiales.

SECCION II.—*Condiciones requeridas para que haya delito ó cuasidelito.*

§ I.—UN HECHO PERJUDICIAL.

Núm. 1. *Un hecho.*

388. El art. 1,332 dice: «todo hecho del hombre.» Se necesita, pues, un hecho, y este hecho debe ser perjudicial pues la ley agrega: «que causa un daño á otro.» La palabra hecho comprende no solo las acciones, pero también las omisiones y las reticencias. Acerca de este punto todos están de acuerdo; la generalidad de los términos de que se sirve la ley, no deja ninguna duda. ¿Es esto decir que hay hecho perjudicial por el solo hecho de que aquel que hubiera podido impedirlo no lo hizo? Toullier dice que es como si lo hubiera hecho él mismo, porque es una especie de complicidad el no impedir un acto nocivo cuando se puede impe-

dirlo. Esta doctrina es contraria á los principios; debe restringirse como lo hace Domat, al caso en que aquel que no impidió el hecho perjudicial tenía *algún deber* de haberlo impedido. Debe, pues, suponerse que la ley impone el deber de impedir el daño para que el hecho de omisión se vuelva una culpa que obligue á reparar el daño. Tales son los casos en que la ley hace á una persona responsable por el daño sufrido por otra, por no haber cumplido con el deber de vigilancia que la ley le impone. Es menester que este deber sea una obligación legal; la inobservación de un deber de caridad, de humanidad, no constituye un delito civil. Al hablar de una especie de complicidad, Toullier entiende una complicidad moral; esto es confundir el dominio de la moral con el dominio del derecho. Si pudiendo apagar un incendio naciente, no lo hago, soy moralmente culpable, pero no cometo ni delito ni cuasidelito, porque no estoy legalmente obligado de apagar el incendio. (1)

389. ¿Constituye la reticencia un delito? Sí, cuando aquel que guarda silencio acerca de un hecho estaba obligado á declararlo; nó, si no estaba obligado á ello. El caso se ha presentado en circunstancias muy odiosas. Al reconocer un hijo natural, los padres le hacen una donación. Era una hija adulterina; se casa y después de la muerte de su padre, se presenta á la sucesión; su madre, heredera, le opone su calidad de hija adulterina, y hace reducir la liberalidad á una prestación de alimentos. El marido de la hija así repudiada y deshonrada por su madre, reclama daños y perjuicios, fundandose en que fué engañado por los padres de su mujer acerca del estado civil de esta. Fué sentenciado por la Corte de Caen, que no había lugar á daños y perjuicios,

1 Proudhon, *Del usufructo*, t. III, pág. 461, núms. 1,498 y 1,490. Marcadé, t. V, pág. 282, núm. 2 del artículo 1,282. En sentido contrario, Toullier, t. VI, 1, pág. 91, núm. 117.

porque el demandante no justificaba que se le hubiera engañado por medio de maniobras fraudulentas y que tenía que reprocharse el no haber tomado informes suficientes. En el recurso, la Corte de Casación se apoyó en esta última circunstancia para pronunciar una sentencia de denegada. "Cuando hay culpa, dice la Corte, tanto de parte de aquel que causó el perjuicio como de parte del que lo sufrió, la cuestión de responsabilidad se abandona al poder discrecional del Tribunal." Esto implica que, en la opinión de la Corte, la reticencia constituye un delito civil; mientras que la sentencia atacada parece admitir el delito solo en el caso de maniobras fraudulentas, lo que nos parece más conforme á los principios; el hecho único de reticencia es un hecho de omisión; hay indelicadeza en no declarar la calidad de un hijo adulterino, pero no hay obligación legal de hacerlo, lo que decide la cuestión. (1)

390. El ferrocarril de Gante á Amberes atraviesa praderas destinadas á la cría de ganado; numerosos animales pastan y quedan en ellas de día y de noche sin guardas. Una vaca vino un día á hecharse en los rieles y ocasionó un descarrilamiento; de esto, un accidente y una acción por daños y perjuicios contra la compañía y contra el propietario de la vaca. La Corte de Gante decidió que este último no era responsable, porque no había ninguna culpa que reprocharle; condenó á la compañía á daños y perjuicios, porque el accidente era imputable á su descuido, por no haber establecido una cerca que hubiera impedido el accidente. Esta decisión confirma el principio admitido por la doctrina. Vanamente la compañía objetaría que ninguna ley la obligaba á cercar la vía. La Corte responde que al crear un establecimiento peligroso, se obligaba á tomar todas las medidas de prudencia que solas pueden impedir los accidentes; había, pues, obligación por la naturaleza misma del ferrocarril,

1 Denegada, 12 de Diciembre de 1854 (Daloz, 1855, 1, 53).

ril, de vigilar á la seguridad pública que comprometía la nueva vía. Esto es decisivo. (1)

Núm. 2. Un hecho perjudicial.

391. El hecho debe ser perjudicial para que constituya un delito ó un cuasidelito. Esto es de la esencia del delito así como del cuasidelito; el art. 1,382 lo dice: "Todo hecho que causa un perjuicio á otro." Puede suceder que el hecho implique una culpa, pero para que esto dé lugar á una acción contra el autor del hecho, es menester que resulte un daño, pues la acción es de daños y perjuicios; ¿y cómo la hubiera, si no fuera por el daño causado? Este principio recibe una aplicación frecuente á los funcionarios y oficiales ministeriales que no cumplen ó cumplen mal las obligaciones que les impone la ley; son responsables en virtud del artículo 1,382; pero para que esta responsabilidad dé lugar á una acción de daños y perjuicios, es necesario que haya daño causado, y sucede con frecuencia que no haya daño, aunque haya culpa.

Un abogado recibe mandato de juzgar; descuida de hacerlo, esto es una culpa grave. Su cliente es vencido por la acción de los acreedores inscritos. Sin embargo, ha sido resuelto que no incurría en ninguna responsabilidad, porque constaba que la purga no hubiera impedido el embargo y la venta; ésta estaba entachada de fraude y había tenido lugar á vil precio, de manera que seguramente había puja y, por consiguiente, una expropiación. (2) A los tribunales toca examinar si de hecho hubo daño causado ó si no lo hubo; pero no basta que comprueben la culpa, es necesario también que establezcan que la culpa ha causado un perjuicio. (3)

1 Gante, 26 de Enero de 1860 (*Pasicrisia*, 1860, 2, 73).

2 Lyon, 13 de Agosto de 1845 (Daloz, 1846, 1, 223). Compárese Casación, 25 de Abril de 1855 (Daloz, 1855, 1, 156).

3 Denegada, 21 de Marzo de 1855, y Casación, 6 de Febrero de 1855 (Daloz, 1855, 1, 133).

Un testamento era nulo porque el notario había omitido mencionar el lugar en que había pasado. Pero aquel mismo testamento era también nulo por razón de la incapacidad de la testadora que, casada bajo el uso de Lieja, no podía testar sin el consentimiento de su marido. Cuestión de saber si el notario era responsable. La Corte de Bruselas la decidió negativamente. Aunque el testamento hubiera sido válido en la forma, se debería, sin embargo, nulificarlo; luego el daño causado por la nulidad no era un efecto necesario del hecho del notario, lo que era decisivo. (1) La Corte de Casación sentenció, en principio, que el acto irregular, aunque constituyendo en sí un hecho perjudicial, no hace al notario responsable si, de hecho, no resulta ningún daño. (2) Por grave que sea la culpa del oficial público bajo el punto de vista legal, no hay delito ni cuasidelito cuando esta falta no causó perjuicio alguno á aquel que se quejó de ella. (3)

Un escribano de diligencias notifica una acta de apelación que es nula. La Corte reconoce en principio que era responsable. Pero, de hecho, decidió que la sentencia deferida era inatacable; el escribano no había, pues, causado otro daño á los apelantes sino exponerlos á los gastos frustratorios de una acta de apelación nula y necesitar un recurso de garantía contra él. Fué sentenciado que la responsabilidad del escribano había sido restringida á los límites del perjuicio real que su descuido había causado. (4)

392. Los mismos principios se aplican á la usurpación de nombre, hecho ilícito que por sí constituye un delito ó un cuasidelito, en este sentido, que aquel que usurpa el nombre, hace lo que no tiene derecho de hacer, pero no ha lugar á

1 Bruselas, 30 de Junio de 1818 (*Pasierina*, 1818, pág. 131).

2 Denegada, 8 de Mayo de 1854 (*Dalloz*, 1854, 1, 146).

3 Denegada, 13 de Junio de 1864 y el informe de Hardouin (*Dalloz*, 1864, 1, 46).

4 Chambéry, 1º de Mayo de 1868 (*Dalloz*, 1868, 2, 111). Véase el núm. 515.

una acción á daños y perjuicios sino cuando resulta un daño. Un farma-éutico vende su fondo; el comprador toma no solo la calidad de sucesor, pero hace uso del título y de las medallas conferidas á su autor. Había en esto un hecho ilícito, pero fué sentenciado que no era perjudicial, puesto que el farmacéutico vendedor no recibía por ello ningún perjuicio. (1) Así mismo fué sentenciado que la usurpación de una marca de fábrica no autoriza al juez á conceder daños y perjuicios si consta de hecho que no causó ningún perjuicio al propietario de la marca. (2)

393. Resulta del mismo principio que una infracción penal no puede constituir un delito civil. Un individuo es condenado, por violencias leves, á 5 francos de multa; la parte lesada intenta después una acción civil ante el juez de paz y reclama 500 francos por daños y perjuicios. En apelación, fué sentenciado que el demandante, no habiendo probado ningún daño apreciable resultando de la infracción, la pena de la multa debía bastar para su susceptibilidad. Recurso de casación, fundado en que el Tribunal había negado la acción civil á la parte lesada. La Corte decidió que no era negar la acción declarar la no fundada por falta de un perjuicio apreciable.

En otra especie, el juez criminal había rehusado señalar daños y perjuicios al demandante porque éste no justificaba un daño material. La Corte de Casación desechó el recurso por este motivo. Hay que cuidarse de concluir de esto que el juez no pueda conceder daños y perjuicios por un perjuicio moral. Pero, en el caso, no podía tratarse de un daño moral; decir que no había perjuicio material, era decir que no había daño; luego el Tribunal no podía acordar la reparación civil. (3)

1 Denegada, Sala Civil, 13 de Abril de 1856 (*Dalloz*, 1856, 1, 342).

2 Casación 24 de Diciembre de 1855 (*Dalloz*, 1855, 1, 66).

3 Casación, Sala Criminal, 15 de Noviembre de 1861 (*Dalloz*, 1861, 1, 46).

394. ¿Deberá hacerse excepción á estos principios en el caso en que la administración del ferrocarril se retarda en entregar la mercancía que le fué confiada? Esta es una cuestión de daños y perjuicios convencionales, más bien que un cuasidelito. Pero el principio es el mismo: no hay daño y perjuicios sin daño. Se pretendía que había una cláusula penal sabentulida. Confesamos no comprender que esto sea una cláusula penal tácita, pues es de la esencia de toda pena el ser determinada. No hay, pues, ni cláusula penal ni cuasidelito.

395. ¿El daño moral dará lugar á una reparación? La afirmación está admitida por la doctrina y por la jurisprudencia. Se funda en el texto y en el espíritu de la ley; el art. 1,382 habla de *un daño* en términos absolutos que no permiten distinción; todo daño deba ser reparado; el daño moral tanto como el material. Es lo que Pothier expresaba agregando la palabra *todo*, que se relaciona al daño moral (núm. 384). El espíritu de la ley no deja ninguna duda: quiere resguardar todos los derechos del hombre, todos sus bienes; y, nuestro honor, nuestra consideración son quizá nuestros más preciosos bienes. Son aún más, constituyen la esencia de nuestro sér. Se ha tomado una objeción en la misma importancia de los derechos que se trata de garantizar: ¿Qué reparación se dará al honor herido? ¿Se estima el honor con dinero? No por cierto; pero toda condenación, aunque fuere pecuniaria, implica una reparación moral del hecho perjudicial. Es verdad que es imposible valuar en dinero el daño moral; el monto de los daños y perjuicios será, pues, siempre arbitrario: ¿Serán mil francos ó diez mil? ¿Y por qué diez mil y no nueve? No se sabe; pero no importa. De que el juez no pueda conceder una reparación exacta, no puede concluirse que no deba conceder una reparación. Lo arbitrario está aquí, en la naturaleza de las cosas, y puede resultar en bien porque permite al juez pronunciar penas di-

viles sin ningún límite; luego proporcionándolas á la gravedad del daño moral. La ley autoriza además el arresto; esto es una sanción necesaria y algunas veces la única posible cuando el deudor está sin fortuna y que pertenezca á esa raza de seres malhechores que viven de la calumnia y del *chantage*. (1)

396. La jurisprudencia hizo numerosas aplicaciones del principio; relataremos las más notables. Unos colaterales contestan la legitimidad de un hijo; la acción no tenía otro fundamento que la maldad de aquellos que la formaban, y que por ella herían la moralidad de los padres, así como la consideración de la joven. Esto era una vergonzosa especulación. La Corte pronunció daños y perjuicios contra los culpables. (2) Se ve por este ejemplo que las condenas pecuniarias no solo son una necesidad, sino también son muy justas: un pensamiento de lucro es á menudo el móvil de la maldad; imponiendo á los culpables daños y perjuicios, se les inflige la pena que merecen y se les castiga por donde han delinquido.

Hay una acción que de ordinario no tiene otro móvil sino el interés herido, es la oposición al matrimonio formado por los colaterales; la ley permite condenarlos á daños y perjuicios cuando su oposición es desechada y que solo fué inspirada por las malas pasiones (art. 179).

397. Hemos hablado en otro lugar de las promesas de matrimonio; son nulas. Pero, cuando hay seducción, y por consiguiente, daño causado, el hecho se hace un delito ó un cuasidelito; como tal, cae bajo la aplicación del art. 1,382. Los tribunales pueden atender en esta materia, el daño moral. Traducimos á lo que fué dicho en el libro primero (t. II, núm. 308).

¹ Gante, 4 de Julio de 1853, y la requisitoria de abogado general Douny (*Pasierista*, 1853, 2, 293). Bruselas, 26 de Abril de 1843 (*Pasierista*, 1843, 2, 129).

² Pothier, 1^o de Diciembre de 1809 (Dalloz, 1871, 2, 17).

398. Un padre herido en su honor y su consideración por una imputación difamatoria dirigida contra su hija mayor, ¿puede pedir la reparación de este delito quejándose y constituyendo parte civil, tanto en su nombre personal como en el de su hija? Hay un motivo de duda. La hija, siendo mayor ¿no tendrá sola el derecho de quejarse y demandar reparación? La Corte de Montpellier acogió la acción por el motivo "que no puede seriamente desconocer que la estimación y la consideración que se liga á la conducta honrada é irreprochable de los padres y de los hijos sean un patrimonio común á la familia, de la que la conservación está especialmente confiada por la moral y la ley á la vigilancia y solicitud paterna." (1) No responde el considerando á nuestro escrúpulo; no insistiremos en él porque el sentimiento moral sobrepasará siempre, en esta materia, á la sutileza del derecho.

399. Es de jurisprudencia que la acción civil nacida de un delito de prensa, puede ser llevada ante los tribunales civiles. Esto es sobre todo en esta materia que los daños y perjuicios son una necesidad, cualquiera que sea lo arbitrario de la decisión. Hay una prensa que vive de insultos, de mentiras y de calumnias. Esto es un ataque profundo á la moralidad pública; es tanto más grave cuanto que aquellos que tienen siempre el insulto en la pluma pretenden ser los representantes de la moral ó de la religión. El juez debe resguardar la moralidad pública destrozada y arruinada por ataques insensatos que no tienen otro objeto que la inquina ciega de los pretendidos defensores de la Iglesia, tienen á los que se atreven á pensar libremente y que se rehúsan á doblegarse á la dominación de los frailes.

Sin duda, es difícil valuar el daño moral que resulta de los delitos de prensa; la Corte de Bruselas dice que la apreciación está abandonada al arbitrio de los tribunales: el juez

1 Montpellier, 12 de Noviembre de 1855 (Daloz, 1856, 2, 141).

tendrá en cuenta la posición pecuniaria de las partes, el carácter de las imputaciones, la publicidad que habrán tenido, y los motivos que han hecho obrar á los autores. (1)

400. Se abusa de la justicia como se abusa de la prensa y de las cosas más sagradas. El autor de un crimen, por sus culpables maniobras y sus maquinaciones odiosas, llega á perseguir á un inocente. El acusado fué absuelto. Nueva promoción tuvo lugar contra aquel que había intentado esconder su culpabilidad haciendo recaer las sospechas de un tercero. ¿Puede éste constituirse parte civil y reclamar daños y perjuicios? Se le objetó que no era parte lesada, que el crimen le era extraño. La Corte de assises no acogió esta defensa, y en el recurso intervino una sentencia de denegada. El primer acusado, dijo la Corte, podía seguramente formar una demanda de daños y perjuicios contra aquel que por su dolo lo había expuesto á las angustias y á la vergüenza de un procedimiento criminal; y como el hecho dañoso se ligaba directamente con el crimen, la Corte podía declararse competente para conocer. (2) Nos parece que hubiera sido más regular intentar una acción de daños y perjuicios ante los tribunales civiles; el daño no había sido causado por el crimen; luego no había lugar á una acción civil, era simplemente un hecho perjudicial cometido á ocasión de un crimen.

Fué sentenciado, por aplicación del mismo principio, que las partes que de mala fe habían dirigido una inscripción de falsedad contra un testamento auténtico, eran responsables hácia el notario redactor, la inscripción por falsedad, siendo de naturaleza á causarle perjuicios cuando menos morales. (3)

1 Bruselas 6 de Enero de 1847 (*Patricinia*, 1849, 2, 263).

2 Denegada, Sala Criminal 7 de Julio de 1847 (Daloz, 1847, 4, 8).

3 Burdeos, 27 de Noviembre 1873 (Daloz, 1874, 5, 432).

§ II.—UN HECHO ILÍCITO.

401. El hecho debe ser ilícito, por esto es que se llama *delito ó cuasidelito*. Se entiende por hecho ilícito todo lo que no se tiene el derecho de hacer. Los hechos lícitos no dan lugar á una acción de daños y perjuicios; aquel que hace lo que tiene el derecho de hacer, no causa daño, en este sentido, que no está obligado á repararlo. Tal es el principio. Queda por saber cuándo un hecho es ilícito y cuándo es lícito.

Núm. 1. ¿Cuándo es ilícito el hecho?

402. Que los hechos castigados por una ley penal sean hechos ilícitos, esto no necesita decirse; toda infracción es, pues, un delito civil, siempre que de él resulte un daño (números 384-385). Hay un hecho que realmente constituye un delito criminal, pero que la ley no considera como tal: es el hecho de los herederos ó de la viuda que retienen ó distraen las cosas de una sucesión ó de una comunidad; el Código dispone que los culpables queden decaídos de la facultad de renunciar á la sucesión y que no pueden pretender ninguna parte en los objetos divertidos ó escondidos (artículos 792 y 1,460). Hemos explicado esta disposición en el título *De las Sucesiones* (t. IX, núms. 334 y siguientes), y volveremos á tratarla en el título *Del Contrato de Matrimonio*. El art. 792 no dice que los herederos estén obligados á daños y perjuicios, pero no necesitaba decirlo, es seguro que la detención y la mal versión, sean delitos civiles que caen bajo la aplicación del art. 1,382. La Corte de Casación ha aplicado este principio á un hecho particularmente odioso: Dos hermanos habían expoliado á su hermana por la sucesión paterna, mal versando en su perjuicio créditos hereditarios. No sabemos por qué la Corte califica este hecho de *cuasidelito*; si hay un delito bien caracterizado, es la mala

versión; la sentencia dice muy bien "la detención ó la mala versión implican la idea de dolo y fraude y, por consiguiente, la de que los hechos que los constituyen han sido cometidos concientemente y de mala fe." Luego son delitos. (1)

403. Hay hechos más odiosos porque son más graves, esto es la violación sistemática de la ley, la rebeldía contra el legislador; es decir, contra la soberanía nacional. La Corte de Casación asienta en principio que la negativa ilegal de ejecutar un simple reglamento administrativo, constituye un delito, en el sentido del art. 1,382, (2) y la cosa es evidente. No es necesario decir que el primer deber de los ciudadanos es obedecer á la ley, y que la desobediencia á la ley destruye la base del orden social. ¡Sin embargo, la gente de iglesia, obispos, canónigos, han dado en Bélgica este funesto ejemplo, predicando y practicando la rebeldía contra la ley! Importa hacer constar los hechos para la instrucción de las generaciones futuras.

La ley del 19 de Diciembre de 1864, confía la administración de las fundaciones de becas de gracia, así como su colocación á comisiones provinciales. Esta ley fué provocada por los escandalosos abusos de que se hicieron culpables los antiguos administradores que eran gentes de iglesia. Un decreto real (de 7 de Mayo de 1865, art. 36), promulgado en ejecución de la ley, ordenó á los administradores, entregar á las secretarías de las comisiones, todos los títulos y documentos de que eran depositarios y que concernían á las funciones que habían desempeñado. La gente de iglesia se negó á obedecer á la ley. Citarémos la contestación de uno de ellos, que da idea de la rebeldía clerical. «Siendo legítimos administradores de la fundación, esto bastaba para que creyeran no poder tomar parte directa ó indirecta á la ejecución de la ley de 19 de Diciembre de 1864, que conside-

1 Denegada, 14 de Diciembre de 1859. (Daloz, 1860, 1, 291.)

2 Denegada, 24 de Febrero de 1845 (Daloz, 1845, 1, 193.)

raban como atentatoria al derecho de propiedad y á los principios de la más sagrada justicia.» Fué necesario que la Corte de Bruselas recordase á los legistas de iglesia que «todo ciudadano debe obedecer á la ley, que á nadie pertenece abstraerse á su acción y contestar su fuerza obligatoria bajo el punto de vista de las opiniones personales que pueden serle contrarias.» Esta resistencia á la ley, dice la Corte, no tiene otra causa que una oposición sistemática que nada justifica. La consecuencia es que aquellos que rehusan ejecutar la ley y la violan, deben personalmente responder de su desobediencia, la sentencia los condenó á daños y perjuicios de 400 francos, sin perjuicio de las multas venideras. (1)

Vamos á oír á un obispo y un canónigo; tiene alto el verbo, como conviene á los sucesores de los apóstoles. ¿Qué contestan á la acción que una comisión provincial estuvo obligada á promover contra ellos? La califican de «medida puramente agresiva y vejatoria.» La Corte de Bruselas nos dirá quién era culpable de agresión y de vejaciones. Un decreto real había entregado á la comisión provincial del Hainaut, la gestión de los bienes de una fundación administrada por el obispo de Tournai y un canónigo. La comisión les notificó el decreto, y el colegio de los burgomaestros hizo una nueva ratificación al administrador de la beca de gracia; la tercera cita les previno que iban á ser perseguidos judicialmente. En fin, fué intentada la promoción. Esto se llama en el lenguaje de los legistas de iglesia, una medida de agresión, como quien dice, un acto de bandolerismo, y recordar á un obispo y á un canónigo que deben ejecutar la ley, es una medida vejatoria.

¿Cómo calificar la conducta de los defensores? Estaban en demora por espiración del plazo que la ley fijaba para el cumplimiento de sus obligaciones; puesto en demora por una

1 Bruselas, 7 de Agosto de 1865 (*Pasicrisia*, 1866, 2, 308).

acción judicial desde el 30 de Noviembre de 1865, hasta el 7 de Julio de 1866, guardaron un silencio absoluto, «faltando á la vez á un deber y á las conveniencias las más sencillas.» Estos son los términos de la sentencia. Y ésta nos dice todo lo que significaba este silencio: los obispos no se atreven todavía á decir frente á la justicia hasta dónde llegan las pretensiones de la Iglesia; pero la doctrina ultramontana no es insecretaria para nadie; la hemos expuesto en otro lugar. (1) La Iglesia está fuera de la ley y más arriba que la ley; obedece cuando le place. Hé aquí, en substancia, el derecho católico. La Corte de Bruselas se conforma con decir que la conducta del obispo y del canónigo, poco conciliable con sus deberes y su posición, acusan en ellos la resolución premeditada de resistir á la ley, resolución que el obispo había claramente manifestado en una memoria impresa. Parece que las gentes de iglesia tienen un derecho suyo, como tienen una moral y una conciencia especial. El canónigo era contador, pretendía que sus existencias en numérico fueran de 4 francos 5 céntimos: que vengan á cobrarlos á mi casa, dijo. La Corte se tomó la molestia de contestarle que no es un simple deudor frente á su acreedor, que es un contador, depositario de fondos públicos, obligado á dar cuenta y obligado á liberarse en manos de su sucesor.

«No es para enseñar el derecho á la gente de iglesia por lo que contestamos la decisión de la Corte. Se han encargado ellos mismos de probar que la violenta oposición que han hecho los obispos á la ley, solo era una arma de guerra; su objeto es la dominación; han vuelto á conquistar la mayoría, sus elegidos están en la Sala; sin duda su primer acto ha sido abatir la ley que viola la propiedad. De ninguna manera, éstos ejecutan la ley contra la que se habían rebelado. Casi es esto una escena de comedia, pero una comedia que mucho cuesta al país. Se predica la rebeldía contra

1 Véase mi *Estudio acerca de la Iglesia y el Estado en Bélgica*.

la ley, se destruye el respeto que se le debe y ¿qué sucede con la sociedad cuando ha perdido el culto del derecho, y que no le queda otra religión que la de los milagros y de las peregrinaciones? La caída del régimen de Napoleón responde á nuestra cuestión.

Una palabra aún acerca de los daños y perjuicios. La Corte de Bruselas, después de haber demostrado que la resistencia obstinada de los obispos y del canónigo, era el efecto de un sistema de oposición concertada á la ley; los condenó á entregar en el mes los documentos de que eran depositarios, bajo pena de multa de 5 francos por cada día de retardo. (1) Nos parece que los daños y perjuicios no estaban muy en relación con la gravedad del hecho; pero la sentencia quedará como un testimonio y como una mancha de las pretensiones ultramontanas.

404. Toda lesión de un derecho es un delito en el sentido del art. 1,382. (2) El principio es seguro, pero la aplicación tiene sus dificultades. Se necesita, ante todo, que haya un derecho, y los derechos, como las obligaciones, no nacen sino de la ley ó de las convenciones; es, pues, necesario que un derecho legal ó convencional esté lesado; entonces hay delito ó cuasidelito, pues el objeto del art. 1,382 es precisamente resguardar los derechos de los hombres en la sociedad civil, acordándoles una acción de daños y perjuicios contra los que los lesan.

Pero hay que cuidarse de creer que la lesión consiste en el daño que resulta de un hecho; el daño solo es uno de los elementos del hecho perjudicial; por sí solo no basta, es menester que un derecho esté lesado. La dificultad se ha presentado en el caso siguiente: Una sociedad industrial prohibió á sus operarios provisionarse en casa de tal comerciante; éste intentó una acción por daños y perjuicios contra el direc-

1 Bruselas, 29 de Enero de 1868 (*Pasicrisia*, 1868, 2, 113).

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 746, y nota 4.

tor. Su demanda fué desechada; en efecto, el director no atacaba un derecho legal ó convencional del demandante; por otro lado, tenía el derecho para imponer tal condición que juzgaba conveniente á sus operarios, á reserva que éstos no la aceptasen; de manera que el derecho de nadie resultaba lesado. El demandante pretendía que la sociedad había hecho esta prohibición para vengarse de él, porque había impedido el establecimiento de nuevos hornos de *cokes*. La Corte de Lieja insiste en este punto y dice que la intención de vengarse no está probada. (1) Creemos que aunque este hecho fuese probado, la prohibición no hubiera constituido un delito ni un cuasidelito; vengarse es un hecho que condena la moral, pero en derecho, esto no es el móvil del autor del hecho perjudicial, lo que decide si hay ó no delito; es menester que el hecho sea ilícito, es decir, que exista un derecho lesado; después de esto, se puede discutir si la lesión ha sido hecha por maldad ó no.

405. Desde que existe un derecho, toda traba llevada al ejercicio de este derecho, debe ser considerada como un delito, cuando ha habido intención de maldad, y como un cuasidelito cuando no hubo intención de dañar. El padre de un hijo natural da su poder para reconocerlo; después revoca este poder bajo la influencia de denuncias mentirosas de su hermano. Fué resuelto que éste estaba obligado á reparar el daño que había causado al hijo natural, impidiendo su reconocimiento. (2) Esta es la aplicación del principio que acabamos de establecer. El daño causado era incontestable. ¿Había lesión? El hijo natural tiene seguramente el derecho al reconocimiento; la ley le da acción contra su madre; si no se la da contra su padre, esto no impide que el hijo tenga un derecho; si este derecho está lesado, hay hecho ilícito; luego, delito ó cuasidelito. Se objetaría en vano que pone

1 Lieja, 14 de Enero de 1856 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 110).

2 Bourges, 8 de Junio de 1860 (*Dalloz*, 1861, 2, 9).

trabas al reconocimiento del hijo que ejerce también un derecho y aun cumple un deber de familia, suponiendo que esté de buena fe y que aquel que usa de un derecho no perjudique malamente á una persona. Esto no es exacto; diremos más adelante que no está permitido usar de un derecho, lesando el derecho de un tercero.

406. El derecho de testar es un atributo de la propiedad. Aquel que pone trabas á este derecho impidiendo á una persona tomar sus últimas disposiciones que tenía intención de tomar, lesa un derecho, en perjuicio de aquel á quien hubiera aprovechado la liberalidad; éste tiene, pues, el derecho de reclamar daños y perjuicios. Así mismo, aquel que destruye un testamento por dolo ó por imprudencia comete un delito ó un cuasidelito. Traducimos á lo que fué dicho en el título *De los Testamentos*.

El derecho de los herederos *ab intestato* es aun más sagrado que el de los herederos testamentarios, puesto que lo tienen de Dios, como dicen nuestras antiguas costumbres. Si, pues, los parientes lejanos se apoderan de una herencia en perjuicio de los parientes cercanos, les impiden el ejercicio de un derecho, y por consiguiente, están obligados á los daños y perjuicios que resulten de su delito. Ha sido sentenciado que la reparación consiste en la restitución de los valores hereditarios en naturaleza y á defecto de ellos, en daños y perjuicios equivalentes. (1) Esto no es exacto: la obligación de restituir es una consecuencia de la acción de petición de herencia. Además de la restitución, puede haber lugar á daños y perjuicios si hubo delito ó cuasidelito. Además, como lo decidió la Corte de Nimes, si hay un hecho perjudicial en el sentido del art. 1,382, las condenas pueden ser pronunciadas solidariamente, según la jurisprudencia aceptada.

407. La propiedad es un derecho. Según los términos
1 Nimes, 7 de Marzo de 1853 (Daloz, 1854, 2, 250).

del art. 544, el propietario tiene el derecho de gozar y disponer del modo más absoluto. ¿La lesión de este derecho constituye un delito? La afirmativa no es dudosa, pero la dificultad está en saber cuándo hay lesión del derecho de propiedad. No basta que haya daño causado á un propietario por su colindante; aquel que causó el daño puede responder que ha usado de un derecho, y que no es responsable del daño que resulte del ejercicio de un derecho. Para que haya delito ó cuasidelito, es necesario, además del daño, que el derecho de propiedad haya sido lesado, y se entiende aquí por derecho de propiedad todo derecho acordado por la ley ó establecido por una convención. Hemos establecido el principio en otro lugar; (1) vamos á aplicarlo á trabajos públicos ejecutados por el Estado, la provincia ó el municipio ó por un concesionario; los principios son los mismos cualquiera que sea el que ejecute los trabajos, pues éstos se hacen siempre por interés público, y es el conflicto del interés general con los derechos de los individuos el que levanta serias dificultades.

Núm. 2. *¿Hay delito ó cuasidelito cuando el autor de un hecho dañoso ha usado de un derecho?*

408. Hay un antiguo adagio que parece decir que aquel que causa un daño usando de un derecho no está obligado á repararlo. Si se toma esta máxima en un sentido absoluto, resulta falsa. Hemos dicho en otro lugar que el propietario que usa de un derecho y causa un daño, debe repararlo si ha lesado el derecho de un tercero. El Estado que ejecuta trabajos de utilidad pública, ejerce un derecho y cumple con un deber; sin embargo, como lo diremos más adelante, debe reparar el daño que causa cuando, usando de su de-

1 Véase el tomo VI de mis *Principios*, pág. 211 y siguientes, números 136-155.

recho, lesa el derecho ajeno. ¿Qué significa, pues, el adagio y cuándo recibe su aplicación? Supone que el hecho dañoso no ha lesado el derecho de aquel que resiente el daño. ¿Aquel que lo causó debe repararlo? No, si causó el daño en uso de su derecho. Sí, si no tenía el derecho de hacer lo que hizo; hay un delito ó un cuasidelito en este caso por el solo hecho de haberse causado un daño sin derecho. El adagio que aquel que usa de su derecho no perjudica á nadie quiere, pues, decir que el solo hecho de un daño causado no arrastra la obligación de repararlo; hay que ver si el autor del hecho perjudicial usó de un derecho sin lesar el derecho ajeno; en este caso, no hay delito ni cuasidelito; luego no puede haber obligación de reparar el daño.

409. El principio tal como acabamos de formularlo, está admitido por todos, solo que se enuncia de ordinario en términos demasiado absolutos. Aquel que usa de su derecho no comete ninguna falta, se dice; si resulta de ello algún daño ajeno, esto es una desgracia que el autor del hecho no está obligado á reparar, y que aun está como si no lo hubiera causado. He aquí lo que dice Toullier, y se encuentra la misma explicación en todos los autores. (1) Nada es más exacto, siempre que se subentienda que aquel que causó un daño usando de su derecho no lese ningún derecho. Los ejemplos que se citan de costumbre no tienen otro sentido.

Al hacer un pozo en mi fundo, seco los veneros que alimentaban el pozo de mi vecino. Esto es un perjuicio que mi vecino recibe por mi hecho. ¿Estoy obligado á repararlo? No, dice Toullier, porque solo usé de mi derecho, sin cometer ninguna falta. Estas últimas palabras implican la restricción con la que debe entenderse el principio. No cometo ninguna falta porque leso el derecho de mi vecino; no tenía derecho á las aguas de estos veneros, éstos perte-

1 Toullier, t. VI, t. pág. 92, núm. 119.

necen al dueño del fundo en que brotan, el propietario inferior no tiene derecho á ellas sino en virtud de una convencción; si no hay ningún derecho convencional y si no tiene derechos adquiridos por prescripción, puedo, como dueño del venero, usar de ella y aun absorberla. Estoy sin culpa al hacerlo así, porque solo hago lo que tenía el derecho de hacer, sin atacar el derecho de mi vecino.

Lo mismo sucede si al labrar la tierra corto las raíces de los árboles del jardín vecino que esta operación hace secar. La ley dice, en efecto, que si las raíces de un árbol se extienden en la heredad del vecino, éste tiene el derecho de cortarlas (art. 672); si usando de este derecho, el árbol perece, ¿leso el derecho del propietario? No, porque éste viola la ley, por el hecho de que su árbol extiende sus raíces en el fundo del vecino; y no puede prevalecerse de la violación de la ley para reclamar daños y perjuicios.

410. Domat, al asentar el principio de que buscamos la verdadera significación, le da esta restricción que aquel que hace lo que tiene el derecho de hacer, está obligado á daños y perjuicios que de ello resultan, si solo ha obrado para perjudicar á los demás sin ninguna utilidad para él; en este caso, dice, esto sería una malicia que no debe sufrir la equidad. Hemos reproducido esta restricción en el título *De la Propiedad* (t. VI, núm. 140). Se deduce esta consecuencia; formulada en el Código prusiano, que aquel que entre varias maneras de ejercer su derecho, escogió la que pudo ser perjudicial, debe una indemnización por el daño causado. (1) Unos fabricantes embarcaron unos productos consignados á una casa rival, pretendiendo que eran imitación de los suyos; luego se quejaron de contrahacimiento ante los tribunales correccionales. Los reos fueron absueltos por motivo que los productos incriminados eran enteramente distintos de los de los quejantes. De esto, una acción por daños

1 Sourdat, *De la responsabilidad*, t. I, pág. 443, núm. 439.

y perjuicios contra éstos; la demanda fué acogida porque los demandantes, después de haber embargado los productos pretendidos contrahechos, habiáanse quejado ante los tribunales correccionales con un objeto de maldad y acción. Recurso de casación. Se dijo en apoyo del recurso que los demandantes tenían derecho de llevar su acción ante el Tribunal Correccional; condenándolos á daños y perjuicios, la Corte había, pues, violado la máxima *Nemo dominum facit qui suo jure utitur*. La Corte de Casación pronunció una sentencia de denegada, por razón que el juez del hecho había decidido que las promociones eran malquerientes y vejatorias. (1)

411. Se sigue de esto que debe distinguirse entre el uso y el abuso de un derecho. Abusar de un derecho no es usar de él. Bien se dice que el propietario tiene el derecho de usar y abusar, esto es verdad, en tanto que el abuso no perjudica sino al propietario, pero si abusó de su derecho con objeto de dañar, es responsable del daño que causa, pues la ley concede derechos á los hombres porque les son necesarios para su vida física, intelectual y moral, y no les concede derechos para satisfacer sus malas pasiones. Luego el abuso del derecho no es ya un derecho.

La defensa propia es el más natural de los derechos, y la ley la consagra disponiendo que la defensa propia excluye todo crimen y delito. ¿Debe concluirse con la Corte de Casación que la defensa propia excluye igualmente toda culpa y que, por consiguiente, aquel que la hizo necesaria por su apresión no puede reclamar daños y perjuicios? (2) La decisión es demasiado absoluta. De que no hay delito criminal, no puede concluirse que en ningún caso no haya daño causado y cuasidelito. El juez puede, pues, decidir según las circunstancias de la causa, que aquel que se defen-

1 Denegada, 2 de Diciembre de 1861 (Dalloz, 1862, 1, 171).

2 Casación, Sección Criminal, 1.º de Agosto de 1835 (Dalloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 101, 1.º) Compárese Rennes, 25 de Abril de 1836 (*ibid.*, núm. 102, 2.º).

dió contra una agresión injusta, es sin embargo, responsable como autor de un hecho perjudicial. Así sucede con aquel que da la muerte en duelo, aunque esté resuelto por el jurado que el hecho tuvo lugar en la necesidad actual de legítima defensa, el Tribunal Civil puede conceder daños y perjuicios á los herederos del que fué matado, aunque hubiese sido el agresor. Solo que el juez tendrá en cuenta la agresión y todas las circunstancias de la causa, para proporcionar los daños y perjuicios á la gravedad de la culpa. Así, la Corte de Lieja decidió que por razón de las faltas del agresor que fué matado en duelo, no había lugar á condenar á aquel que le había matado, sino á costas por todos daños y perjuicios. (1)

412. Promover en justicia, ya sea demandando, ya sea defendiéndose, es sin duda un derecho sagrado. El ejercicio de este derecho puede causar un daño: ¿el demandante ó el demandado están obligados á repararlo? No puede aplicarse á los procesos lo que hemos dicho de la lesión de un derecho. Aquel que intenta una acción en justicia y que sucumbe no lesa el derecho del demandado, aunque éste obtenga en la causa, pues este derecho era dudoso; luego no hay derecho lesado. Lo mismo pasa con el demandado que sucumbe. Pero no basta que ningún derecho esté lesado para que el autor del hecho perjudicial esté al abrigo de una acción por daños y perjuicios, es necesario además que haya usado de su derecho de buena fe sin ninguna mala intención. Luego el litigante podrá ser condenado á daños y perjuicios si abusa de su derecho. Una ordenanza de Francisco I de 1539, mandaba que en toda materia se adjudicasen daños y perjuicios proporcionales á la temeridad de la acción de aquel que sucumbía. Nuestras leyes ya no contienen disposiciones contra

1 Lieja, 5 de Mayo de 1838 (*Pasicrisia*, 1838, 2, 115). Compárese Corte de assises, del Aveyron, 13 de Noviembre de 1835 (Dalloz, en la palabra *Instrucción criminal*, núm. 227, 1.º).

los temerarios litigantes; éstos quedan, pues, bajo el imperio del derecho común; es decir, que se les aplica el art. 1,382.

La jurisprudencia parece limitar la responsabilidad del litigante temerario al caso en que éste es de mala fe. Se lee en una sentencia de la Corte de Casación que si, según los términos del art. 1,382, todo hecho del hombre que causa un daño ajeno, obliga á aquel por cuya culpa ha sucedido, á repararlo; el art. 130 del Código de Procedimientos somete en general á las costas á la parte que sucumbe en una contestación judicial. ¿Quiere esto decir que el art. 130 derogue al art. 1,382? Esto sería mal argumentar. El art. 130 no se ocupa de los daños y perjuicios, y solo es mediante un argumento á contrario como se podría deducir que la ley limita los daños y perjuicios á las costas del proceso; pero esta argumentación haría decir á la ley otra cosa de lo que dice: decir que la parte que sucumba debe soportar las costas, no es decir que no pueda ser condenada á daños y perjuicios. La Corte de Casación misma ha resuelto que no obstante el art. 130, la parte que sucumbe puede, sin ninguna duda, ser sentenciada á daños y perjuicios hácia aquel que gana el proceso, si promovió por espíritu de chicanería ó con una mira vejatoria, pero que la buena ó mala fe de los litigantes queda sometida á la apreciación soberana de los jueces de la causa. (1) ¿En virtud de qué texto ó de qué principio la Corte de Casación limita la responsabilidad del litigante temerario á aquel que litiga de mala fe? No es el art. 130 el que lo dice; aunque la parte que sucumbe hubiera sido de buena fe, no por eso debiera menos pagar los gastos, lo que prueba que la distinción es falsa. ¿Será en el art. 1,382 donde se funda la Corte de Casación? No, pues esta disposición no habla ni de la buena ni de la mala fe, solo exige la culpa;

1 Denegada, 13 de Julio de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 240). En el mismo sentido Bastia, 24 de Abril de 1840 (Dalloz, en la palabra Responsabilidad, núm. 213).

cuando ésta es un dolo, hay delito; cuando es una negligencia ó una imprudencia, hay cuasidélito. La regla general es, pues, que la responsabilidad puede existir sin que haya mala fe. En definitiva, la Corte de Casación establece un principio que no está escrito en la ley.

¿Es siquiera un principio? Hemos dicho que la jurisprudencia parece exigir la mala fe para que el litigante sea responsable. A decir verdad, no tiene principio seguro. Una sentencia más reciente de la Corte de Casación, se conforma con una simple imprudencia cuando se trata de la ejecución de una sentencia ejecutoria por provisión no obstante la apelación. La parte que obtuvo una sentencia que ejecuta de buena fe es más favorable que el litigante de temerario; tiene derecho incontestable para perseguir la ejecución de la sentencia; esta sentencia tiene provisoriamente autoridad de cosa juzgada y, sin embargo, la Corte decide que la parte solo usa de este derecho á sus riesgos y á su cargo, en caso de infirmación, de reparar el perjuicio que la ejecución provisoria ha podido causar. Sería contrario á la equidad, dice la Corte, que el apelante cuya resistencia está en definitiva fundada, debiera soportar el perjuicio de una ejecución que su adversario tuvo la imprudencia de promover, antes de haber adquirido su derecho; importa poco que la ejecución no haya sido declarada de mala fe y con intención de dañar, basta que haya arrastrado un perjuicio para que su autor esté obligado á repararlo según los términos de los principios generales del derecho, que hacen á cada cual responsable de sus hechos y ven una culpa imputable en una sencilla imprudencia. (1)

Tal es, en nuestro concepto, el verdadero principio: esto es el derecho común, y éste debe recibir su aplicación en todos los casos, á no ser que la ley lo derogue. Una sentencia reciente de la Corte de Casación aplicó este principio con-

1 Denegada, 24 de Abril de 1864 (Dalloz, 1864, 1, 303).

mucho rigor. Se trataba de un embargo precautorio; la Corte de Tolosa había condenado al demandante á daños y perjuicios por el único motivo de que el embargo practicado por él había sido declarado mal fundado, sin que constara que hubiera mala fe, ni siquiera que hubiera cometido una falta. Recurso de casación por falsa aplicación del art. 1,382, y del art. 131 del Código de Procedimientos. La Corte pronunció una sentencia de denegada, por motivo de que el embargante no era acreedor en el momento en que practicó el embargo. Esto basta para que haya culpa; indebidamente practicado, el embargo impidió al acreedor de percibir los fondos que le eran debidos, y así le perjudicó. (1)

413. Hay una numerosa jurisprudencia acerca de la cuestión que acabamos de discutir. Las cortes de Bélgica exigen, para que haya lugar á condenar por daños y perjuicios al litigante temerario, que haya litigado de mala fe, con espíritu de vejación ó con intención de perjudicar; cuando hay buena fe, no aplica el art. 1,382. (2) Esto es decidir que el hecho perjudicial debe constituir un delito para dar lugar á daños y perjuicios en materia de procesos temerarios, y que el cuasidelito no obliga al litigante á reparar el daño que ha causado por su ligereza y su imprudencia. Buscamos en vano el motivo de esta excepción; por el solo hecho de ser una excepción, no pertenece á los tribunales el hacerla, pues esto es hacer la ley; en realidad, los tribunales hacen la ley cuando exigen la mala fe para que haya hecho perjudicial, y en nuestro concepto, hacen mal. En todos estos debates se oye repetir la máxima que aquel que litiga usa de su derecho y que aquel que ejercita un derecho no daña

1 Denegada, 17 de Marzo de 1873 (Dalloz, 1874, 1, 33).

2 Bruselas, 25 de Octubre de 1843 (Pasicrisia, 1844, 2, 228); 26 de Enero de 1863 (Pasicrisia, 1863, 2, 209); 19 de Febrero de 1869 (Pasicrisia, 1869, 2, 231). Gante, 13 de Agosto de 1844 (Pasicrisia, 1844, 2, 248). Lieja, 12 de Marzo de 1859 (Pasicrisia, 1860, 2, 239); 22 de Mayo de 1869 (Pasicrisia, 1871, 2, 90); 26 de Junio de 1872 (Pasicrisia, 1872, 2, 316).

á nadie. Esto es olvidar que el litigante temerario tiene un adversario; hay dos derechos en conflicto; el derecho del litigante temerario, no es, pues, un derecho absoluto, lo debe ejercer de manera á no abusar de él en perjuicio de la parte adversa; no se tiene derecho á perturbar el descanso y causar un perjuicio litigante temerariamente; si lo hace uno, no se usa ya de un derecho, se abusa de él, y el abuso de un derecho cae bajo la aplicación del art. 1,382, aunque aquél que abuse sea de buena fe. Todo hecho del hombre, según los términos del art. 1,382, que causa un daño ajeno, obliga á aquel por cuya culpa ha sucedido á repararlo; esta disposición, dice la Corte, es general y puede, según las circunstancias, hallar su aplicación al perjuicio causado por una acción temerariamente promovida. (1)

La jurisprudencia francesa es bastante indecisa, lo que se comprende por la influencia inevitable del hecho en la cuestión de responsabilidad. Hay un punto acerca del cual las sentencias están unánimes. Cuando una parte provoca contestaciones con objeto vejatorio sin tener en ellas un interés legítimo, solo para atormentar á su adversario, hay delito, y todo delito da lugar á reparación. (2) Con mayor razón hay lugar á aplicar el art. 1,382 cuando una parte es culpable de dolo y fraude. (3) Tal sería el caso de una venta hecha en fraude de los acreedores. (4) Un proceso más odioso todavía es aquel que promueven los herederos cuando heridos en sus intereses, atacan las últimas voluntades del difunto, alegando una captación imaginaria; el Tribunal que ordena la supresión en los escritos notificados, de los hechos difamatorios y calumnias hechas por los demandantes pue-

1 Bruselas, 2 de Agosto de 1837 (Pasicrisia, 1837, 2, 202).

2 Denegada, 3 de Mayo de 1836, 4 de Enero de 1837, 13 de Julio de 1841, 17 de Junio de 1841 (Dalloz, en la palabra Responsabilidad, num. 112, 4°, 5°, 6°, 7° y 8°).

3 Metz, 26 de Julio de 1866 (Dalloz, 1866, 2, 229).

4 Metz, 18 de Noviembre de 1868 (Dalloz, 1869, 2, 229).

de y debe condenar á aquellos á daños y perjuicios; en semejantes circunstancias, dice muy bien la Corte, lejos de valuar los daños y perjuicios con indulgencia, el deber del juez es apreciarlos rigurosamente. (1)

No debe inducirse de esto que los tribunales no conceden daños y perjuicios sino cuando hay fraude ó dolo, ó cuando menos mala fe. Estos deciden según las circunstancias. Una convención consta en acta privada; una de las partes pretende que la otra ha violado y promueve en justicia, lo que obliga al registro del acta; el promovente sucumbe. La Corte lo condena á soportar los gastos de registro, sin hacer constar su espíritu de vejación ni mala fe alguna; había culpa ó cuasidelito en el sentido lato del art. 1,382, decisión tan justa como equitativa y que prueba que no se haría bien en exigir la mala fe como condición del hecho perjudiciable en materia de proceso. (2) Una acción posesoria ha sido declarada no fundada, después de largos procedimientos y una sentencia de casación. En el recurso, el Tribunal de Alby condenó al demandante á daños y perjuicios. Nuevo recurso de casación fundado en que la sentencia atacada no hacía constar que hubiera habido mala fe, ni siquiera culpa. La Corte pronunció una sentencia de denegada, bastante conforme con nuestra opinión. "Sí, dice la sentencia, la nueva legislación no reprodujo las disposiciones del antiguo derecho que castigaba con pena pecuniaria á los litigantes temerarios; es, sin embargo, seguro en jurisprudencia que aquel que intenta una acción *injusta, mal fundada ó sin interés* para él, puede ser condenado á daños y perjuicios en virtud de los arts. 1,382-1383, si esta acción ha causado al demandado un perjuicio del que pertenece al juez del hecho comprobar la realidad y apreciar su importancia." (3) Es

1 Gante, 3 de Agosto de 1865 (*Pasicrisia*, 1865, 2, 383).

2 Paris, 11 de Julio de 1867 (Dalloz, 1867, 2, 176).

3 Denegada, 18 de Mayo de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 334).

igualmente seguro que una acción puede ser *injusta, mal fundada y sin interés*, aunque el demandado sea de buena fe; luego una simple imprudencia ó un cuasidelito, basta. Esta es la verdadera doctrina.

414. La jurisprudencia es más rigurosa para el litigante que ocurre á vías de ejecución, aunque promueva en los límites de su derecho. Aquel que ejecuta una sentencia por defecto ejerce ciertamente un derecho; sin embargo, la Corte ha decidido que la puesta en ejecución de la sentencia por defecto atacable por oposición constituye una facultad cuyo uso tiene lugar á riesgo de la parte á quien la ley permite usar de ella. Esta parte puede promover entonces en virtud de un título cuya validez está subordinada á la condición que no será formada oposición ó que la oposición formada se desechará. De esto concluye la Corte que la parte es responsable del daño que causa por sus actos de ejecución, sin exigir que lo haga con mala fe. Este es el principio del art. 1,382. (1)

Igual jurisprudencia en materia de embargos. Cuando el embargo es doloso, (2) frustratorio, (3) exagerado, (4) la culpa es evidente y así mismo, cuando el embargante promueve por espíritu de vejación. (5) Pero la Corte de Casación no exige que el embargo constituya un delito; basta que éste se reconozca como mal fundado; (6) lo que es muy compatible con la buena fe. La buena ó mala fe no debe ser tomada en consideración sino para decidir si hubo delito ó cuasidelito: puede resultar de esto una diferencia en la cu-

1 Denegada, 3 de Febrero de 1863 (Dalloz, 1863, 1, 163).

2 Denegada, 12 de Febrero de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 275).

3 Denegada, Sala Civil, 16 de Febrero de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 128).

4 Aix, 24 de Agosto de 1870 (Dalloz, 1871, 2, 226).

5 Denegada, 28 de Agosto de 1831 (Dalloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 112, 3°).

6 Burdeos, 11 de Abril de 1834 (Dalloz, en la palabra *Costas*, número 128).

tidad de los daños y perjuicios, pero la buena fe no impide que haya hecho perjuiciable en el sentido del art. 1,382; es siempre al principio general al que debe uno atenerse. (1)

415. El uso del derecho de propiedad da lugar á frecuentes contestaciones. Hemos establecido en otro lugar el límite en que para el derecho de propiedad, no lesa el derecho ajeno; no es responsable del daño que causa, pero no puede usar de su derecho de manera que perjudique el derecho de los demás propietarios; el derecho del uno limita necesariamente el derecho del otro. (2) La jurisprudencia no formula el principio con esta precisión; pero en nuestra materia, más que en cualquiera otra, la precisión es necesaria, pues todo depende del hecho que puede ser perjudiciable sin constituir, sin embargo, un cuasidelito. Un propietario constituye un depósito destinado á recibir aguas fangosas, las que después de mezcladas con aguas de riego, salían por un caño á lo largo de una propiedad vecina. A menudo un olor nauseabundo salía del deponte y se esparcía en las inmediaciones, y penetraba hasta el interior de las habitaciones vecinas. La Corte de Casación que conocía del recurso contra la sentencia de la Corte de Aix, la que había aplicado el art. 1,382, asienta en principio que "cualquiera que sean los derechos de propiedad, no pueden autorizar al propietario á hacer de ellos un uso nocivo á la propiedad de los demás." Esto es demasiado absoluto: No es exacto decir que todo hecho por el que un propietario que usa de su derecho, perjudica á su vecino, comprometa su responsabilidad; es menester además que haya lesión del derecho de aquel á quien es causado el daño. Este era el caso, en la especie, y la Corte de Casación lo prueba muy bien: "Aquel que establece en su terreno sin las necesarias precauciones para evitar los inconvenientes,

1 Denegada. 18 de Julio de 1811 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 112, 2^o).

2 Véase el t. VI de mis *Principios*, págs. 211-244, núms. 136-155.

materias esparciendo mal olor, propaga en la propiedad ajena exhalaciones y miasmas que en ciertos casos solo pueden afectar el olfato, en ciertos pueden perjudicar las cosechas ó la salud." Y, todo hombre tiene derecho al buen aire puro, condición de la vida, también tiene derecho al buen aire para las plantaciones; luego es atacar un derecho, el esparcir malos olores nocivos. En vano el recurso invocaba el derecho del propietario, el interés de la agricultura; el derecho de propiedad debe conciliarse con el igual derecho del propietario vecino, y el derecho es más fuerte que el interés de la agricultura. Hay, además, medios de conciliar el interés general con el derecho de los vecinos, esto es tomar las necesarias precauciones para que el uso del derecho del uno no perjudique al derecho de los demás. (1)

Una sentencia de la Corte de Bruselas aplica el principio á la infiltración de aguas nocivas y la formula con precisión. Aguas procedentes de la fabricación de jabón penetraron en el pozo de un propietario vecino y volvieron el agua impropia para los usos ordinarios de la vida. Acción por daños y perjuicios. El demandado contestó que solo había usado de su derecho de propiedad. Si, dijo la Corte, pero el ejercicio del derecho de uno, nunca puede impedir el derecho de los demás. El demandado objetaba también que el pozo de su vecino estaba ahondado en un mal terreno y mal construido, y que lo habían abierto posteriormente al establecimiento de la jabonería. Poco importa, dijo la Corte; el propietario está en su derecho en hacer un pozo en su terreno; á aquel que esparce aguas insalubres en la vecindad, toca garantizar á sus vecinos. (2) Esto nos parece demasiado absoluto. Si el propietario de la jabonería debe tener en cuenta el derecho de sus vecinos, el propietario del pozo

1 Denegada. Sala Civil, 8 de Junio de 1857 (Daloz, 1857, 1, 293).

2 Bruselas, 5 de Julio de 1854 (*Pasicrisia*, 1855, 2, 83). Compárese Bruselas, 10 de Mayo de 1851 (*Pasicrisia*, 1855, 2, 46).

está también obligado. Se deben conciliar los varios derechos y no sacrificar el uno al otro.

416. La Corte de Bruselas ha consagrado esta restricción en el caso siguiente. Un propietario construye primero en un terreno, pero construya mal sin tener en cuenta la naturaleza del suelo. Los vicios de la construcción se hacen notar en el momento en que nuevas construcciones se levantan en el vecindario. ¿Quién debe soportar las consecuencias de la construcción viciosa? El propietario cuya casa está enardecida pretende que la nueva casa es la causa del daño, que toca al constructor tomar las precauciones necesarias para no perjudicar á sus vecinos. La Corte no admitió esta pretensión: dijo muy bien, que aquel que construye mal por su hecho, no puede imponer á sus vecinos una especie de servidumbre, ó para decir mejor, de obligación que consistiría en poner á su cargo los trabajos y gastos hechos, necesarios por las construcciones viciosas hechas por él. No se puede precisamente reprochar una falta al propietario que construyó mal; usó de su derecho, pero hace mal uso de este derecho, y á él toca naturalmente sufrir las consecuencias. (1) Ni siquiera puede decirse que el propietario sufra un perjuicio por las nuevas construcciones, pues éstas solo son la acusación para poner en relieve los vicios de sus propias construcciones. El vicio es quien es la verdadera causa del daño; y este vicio es el hecho del propietario; lo que es decisivo.

417. El Código hace mal en decir que el propietario debe gozar y disponer de su casa de la *manera más absoluta*; el art. 545 agrega una restricción que destruye el pretendido principio del derecho absoluto. No hay derechos absolutos. La vida común impone sacrificios recíprocos. De esto las obligaciones resultando de la vecindad; hemos ex-

1 Bruselas, 4 de Junio de 1856 y 15 de Noviembre de 1862 (*Parisista*, 1856, 2, 378, y 1863, 2, 356, dos sentencias.)

puesto en otro lugar el principio y la aplicación que se hace de ellas á la industria (t. VII, núms. 144-153); volveremos á tratarlas más adelante.

Núm 3. El principio del art. 1,382, ¿se aplica al Estado?

I. Del poder legislativo.

418. Se asienta de ordinario como principio que el Estado no es responsable como poder público. "Los hechos cumplidos por el Estado, ya sea que se refieran á disposiciones legislativas, ó á medidas de gobierno y de administración tomadas en interés general de orden y seguridad pública, no da nunca, en favor de los individuos que se pretenden perjudicados por ellos, motivo á una acción por indemnización ó reparación civil." (1) Esto es demasiado absoluto. Por la palabra *Estado* se entiende ordinariamente el gobierno; es decir, el poder ejecutivo. La palabra se toma también en un sentido más general, como el conjunto de los poderes que proceden de la nación. Según nuestra constitución, la nación es la soberana, pero no ejerce directamente la soberanía; la nación es soberana en este sentido que todos los poderes proceden de ella; estos poderes son el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial. Cuando, pues, se pregunta si el Estado es responsable, debe verse si los diversos poderes lo son.

La soberanía es por la naturaleza irresponsable; la nación no es seguramente responsable aunque los poderes procedan de ella. ¿Sucede lo mismo con los poderes mediante los que ejerce su soberanía? El poder legislativo es responsable. Obediencia es debida á la ley, aunque perjudicase derechos individuales. La responsabilidad se traduce en una acción judicial; y no se concibe que los tribunales conozcan de una acción por daños y perjuicios contra el legislador,

1 Larombière, t. V, pág. 691, núm. 10 (Ed. B., t. III, pág. 422).

está también obligado. Se deben conciliar los varios derechos y no sacrificar el uno al otro.

416. La Corte de Bruselas ha consagrado esta restricción en el caso siguiente. Un propietario construye primero en un terreno, pero construya mal sin tener en cuenta la naturaleza del suelo. Los vicios de la construcción se hacen notar en el momento en que nuevas construcciones se levantan en el vecindario. ¿Quién debe soportar las consecuencias de la construcción viciosa? El propietario cuya casa está enardecida pretende que la nueva casa es la causa del daño, que toca al constructor tomar las precauciones necesarias para no perjudicar á sus vecinos. La Corte no admitió esta pretensión: dijo muy bien, que aquel que construye mal por su hecho, no puede imponer á sus vecinos una especie de servidumbre, ó para decir mejor, de obligación que consistiría en poner á su cargo los trabajos y gastos hechos, necesarios por las construcciones viciosas hechas por él. No se puede precisamente reprochar una falta al propietario que construyó mal; usó de su derecho, pero hace mal uso de este derecho, y á él toca naturalmente sufrir las consecuencias. (1) Ni siquiera puede decirse que el propietario sufra un perjuicio por las nuevas construcciones, pues éstas solo son la acusación para poner en relieve los vicios de sus propias construcciones. El vicio es quien es la verdadera causa del daño; y este vicio es el hecho del propietario; lo que es decisivo.

417. El Código hace mal en decir que el propietario debe gozar y disponer de su casa de la *manera más absoluta*; el art. 545 agrega una restricción que destruye el pretendido principio del derecho absoluto. No hay derechos absolutos. La vida común impone sacrificios recíprocos. De esto las obligaciones resultando de la vecindad; hemos ex-

1 Bruselas, 4 de Junio de 1856 y 15 de Noviembre de 1862 (*Parisista*, 1856, 2, 378, y 1863, 2, 356, dos sentencias.)

puesto en otro lugar el principio y la aplicación que se hace de ellas á la industria (t. VII, núms. 144-153); volveremos á tratarlas más adelante.

Núm 3. *El principio del art. 1,382, ¿se aplica al Estado?*

I. *Del poder legislativo.*

418. Se asienta de ordinario como principio que el Estado no es responsable como poder público. "Los hechos cumplidos por el Estado, ya sea que se refieran á disposiciones legislativas, ó á medidas de gobierno y de administración tomadas en interés general de orden y seguridad pública, no da nunca, en favor de los individuos que se pretenden perjudicados por ellos, motivo á una acción por indemnización ó reparación civil." (1) Esto es demasiado absoluto. Por la palabra *Estado* se entiende ordinariamente el gobierno; es decir, el poder ejecutivo. La palabra se toma también en un sentido más general, como el conjunto de los poderes que proceden de la nación. Según nuestra constitución, la nación es la soberana, pero no ejerce directamente la soberanía; la nación es soberana en este sentido que todos los poderes proceden de ella; estos poderes son el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial. Cuando, pues, se pregunta si el Estado es responsable, debe verse si los diversos poderes lo son.

La soberanía es por la naturaleza irresponsable; la nación no es seguramente responsable aunque los poderes procedan de ella. ¿Sucede lo mismo con los poderes mediante los que ejerce su soberanía? El poder legislativo es responsable. Obediencia es debida á la ley, aunque perjudicase derechos individuales. La responsabilidad se traduce en una acción judicial; y no se concibe que los tribunales conozcan de una acción por daños y perjuicios contra el legislador,

1 Larombière, t. V, pág. 691, núm. 10 (Ed. B., t. III, pág. 422).

está también obligado. Se deben conciliar los varios derechos y no sacrificar el uno al otro.

416. La Corte de Bruselas ha consagrado esta restricción en el caso siguiente. Un propietario construye primero en un terreno, pero construya mal sin tener en cuenta la naturaleza del suelo. Los vicios de la construcción se hacen notar en el momento en que nuevas construcciones se levantan en el vecindario. ¿Quién debe soportar las consecuencias de la construcción viciosa? El propietario cuya casa está enardecida pretende que la nueva casa es la causa del daño, que toca al constructor tomar las precauciones necesarias para no perjudicar á sus vecinos. La Corte no admitió esta pretensión: dijo muy bien, que aquel que construye mal por su hecho, no puede imponer á sus vecinos una especie de servidumbre, ó para decir mejor, de obligación que consistiría en poner á su cargo los trabajos y gastos hechos, necesarios por las construcciones viciosas hechas por él. No se puede precisamente reprochar una falta al propietario que construyó mal; usó de su derecho, pero hace mal uso de este derecho, y á él toca naturalmente sufrir las consecuencias. (1) Ni siquiera puede decirse que el propietario sufra un perjuicio por las nuevas construcciones, pues éstas solo son la acusación para poner en relieve los vicios de sus propias construcciones. El vicio es quien es la verdadera causa del daño; y este vicio es el hecho del propietario; lo que es decisivo.

417. El Código hace mal en decir que el propietario debe gozar y disponer de su casa de la *manera más absoluta*; el art. 545 agrega una restricción que destruye el pretendido principio del derecho absoluto. No hay derechos absolutos. La vida común impone sacrificios recíprocos. De esto las obligaciones resultando de la vecindad; hemos ex-

1 Bruselas, 4 de Junio de 1856 y 15 de Noviembre de 1862 (*Parisista*, 1856, 2, 378, y 1863, 2, 356, dos sentencias.)

puesto en otro lugar el principio y la aplicación que se hace de ellas á la industria (t. VII, núms. 144-153); volveremos á tratarlas más adelante.

Núm 3. El principio del art. 1,382, ¿se aplica al Estado?

I. Del poder legislativo.

418. Se asienta de ordinario como principio que el Estado no es responsable como poder público. "Los hechos cumplidos por el Estado, ya sea que se refieran á disposiciones legislativas, ó á medidas de gobierno y de administración tomadas en interés general de orden y seguridad pública, no da nunca, en favor de los individuos que se pretenden perjudicados por ellos, motivo á una acción por indemnización ó reparación civil." (1) Esto es demasiado absoluto. Por la palabra *Estado* se entiende ordinariamente el gobierno; es decir, el poder ejecutivo. La palabra se toma también en un sentido más general, como el conjunto de los poderes que proceden de la nación. Según nuestra constitución, la nación es la soberana, pero no ejerce directamente la soberanía; la nación es soberana en este sentido que todos los poderes proceden de ella; estos poderes son el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial. Cuando, pues, se pregunta si el Estado es responsable, debe verse si los diversos poderes lo son.

La soberanía es por la naturaleza irresponsable; la nación no es seguramente responsable aunque los poderes procedan de ella. ¿Sucede lo mismo con los poderes mediante los que ejerce su soberanía? El poder legislativo es responsable. Obediencia es debida á la ley, aunque perjudicase derechos individuales. La responsabilidad se traduce en una acción judicial; y no se concibe que los tribunales conozcan de una acción por daños y perjuicios contra el legislador,

1 Larombière, t. V, pág. 691, núm. 10 (Ed. B., t. III, pág. 422).

pues éstos están sometidos á la ley, tanto como los ciudadanos; y la obligación de ejecutar la ley excluye toda responsabilidad de parte de quien la hizo. Si sucediera que el legislador violase derechos individuales, la parte perjudicada no tendría ningún recurso. Cuando el art. 1,382 sienta la regla general de la responsabilidad, declara *responsable al hombre*; es decir, al individuo; y el legislador nunca obra como individuo sino como poder; sus actos no caen, pues, bajo la aplicación de la ley civil. Sin duda, pudiera suceder que una ley perjudicase no sólo intereses sino aun derechos; tal sería una ley que quitase un derecho adquirido. Sería entonces un deber del legislador indemnizar á aquellos á quienes causa perjuicio despojándoles de un bien que está en su dominio. Citáremos la ley francesa de primero de Mayo de 1822 que, prohibiendo la destilación de los granos en París, concedió una indemnización á los destiladores. Pero si la ley no hubiese reservado esta indemnización, los destiladores hubieran estado sin acción. Hubiera sido un ataque á la propiedad, y como nuestra constitución consagra su inviolabilidad, la ley hubiera sido anticonstitucional. ¿Hay algún recurso contra una ley anticonstitucional? En nuestro orden político, nó; los tribunales tienen el derecho y el deber de aplicar los decretos reales solo cuando están conformes á las leyes (Const., art. 107), no tienen el derecho de examinar si una ley es constitucional. Cualquiera ley, aunque contraria á la constitución, es obligatoria para los tribunales; (1) lo que excluye la acción en reparación civil por parte de los perjudicados.

II. Del poder ejecutivo.

I. Principio

419 Cuando se habla del Estado en materia de responsabilidad Véase el tomo I de mis *Principios*, pág. 63, núm. 31.

sabilidad, se entiende el Gobierno; es decir, el poder ejecutivo. Hay una gran diferencia entre este poder y el legislativo; en principio, es responsable. Nuestra constitución consagra este principio declarando á la vez que el rey es irresponsable. La razón de esta diferencia entre ambos poderes se comprende. El poder legislativo es el verdadero órgano de la soberanía, y la soberanía es irresponsable: el individuo no puede quejarse de que su derecho está atacado por la ley, pues frente á la ley no hay derecho; la ley es obligatoria aunque viole un derecho garantido por la constitución. El poder ejecutivo, en cuanto toma parte en el legislativo es también irresponsable; y toma parte cuando propone las leyes y las sanciona; también toma parte decretando disposiciones para la ejecución de las leyes. Pero ya se ve aquí el papel subordinado que desempeña el poder ejecutivo; está sometido á la ley, no puede, por consiguiente, decretar en contra suya; semejante acto no obligará á los ciudadanos ni á los tribunales; por contra, los decretos conformes á la ley tienen la misma fuerza que ella; al decretarlos el poder ejecutivo no incurre en ninguna responsabilidad, aunque hubiese lesión de un derecho, pues esta lesión, seria por el hecho de la ley, es con la que el decreto se identifica.

Para que el Estado considerado como gobierno, sea responsable, es menester que se trate de un acto otro que un decreto real tomado en ejecución de la ley; tales son los numerosos actos de administración que el Estado hace como gobierno, por ejemplo, en materias de trabajos públicos. ¿Y es responsable el Estado cuando administrando lesiona un derecho? En nuestro concepto, debe asentarse en principio que sí es responsable. Todo derecho atacado da lugar á una reparación á menos que la parte lesionada se encuentre frente á un poder irresponsable, y el gobierno es responsable como tal; lo que es decisivo.

pues éstos están sometidos á la ley, tanto como los ciudadanos; y la obligación de ejecutar la ley excluye toda responsabilidad de parte de quien la hizo. Si sucediera que el legislador violase derechos individuales, la parte perjudicada no tendría ningún recurso. Cuando el art. 1,382 sienta la regla general de la responsabilidad, declara *responsable al hombre*; es decir, al individuo; y el legislador nunca obra como individuo sino como poder; sus actos no caen, pues, bajo la aplicación de la ley civil. Sin duda, pudiera suceder que una ley perjudicase no sólo intereses sino aun derechos; tal sería una ley que quitase un derecho adquirido. Sería entonces un deber del legislador indemnizar á aquellos á quienes causa perjuicio despojándoles de un bien que está en su dominio. Citáremos la ley francesa de primero de Mayo de 1822 que, prohibiendo la destilación de los granos en París, concedió una indemnización á los destiladores. Pero si la ley no hubiese reservado esta indemnización, los destiladores hubieran estado sin acción. Hubiera sido un ataque á la propiedad, y como nuestra constitución consagra su inviolabilidad, la ley hubiera sido anticonstitucional. ¿Hay algún recurso contra una ley anticonstitucional? En nuestro orden político, nó; los tribunales tienen el derecho y el deber de aplicar los decretos reales solo cuando están conformes á las leyes (Const., art. 107), no tienen el derecho de examinar si una ley es constitucional. Cualquiera ley, aunque contraria á la constitución, es obligatoria para los tribunales; (1) lo que excluye la acción en reparación civil por parte de los perjudicados.

II. Del poder ejecutivo.

I. Principio

419 Cuando se habla del Estado en materia de responsabilidad Véase el tomo I de mis *Principios*, pág. 63, núm. 31.

sabilidad, se entiende el Gobierno; es decir, el poder ejecutivo. Hay una gran diferencia entre este poder y el legislativo; en principio, es responsable. Nuestra constitución consagra este principio declarando á la vez que el rey es irresponsable. La razón de esta diferencia entre ambos poderes se comprende. El poder legislativo es el verdadero órgano de la soberanía, y la soberanía es irresponsable: el individuo no puede quejarse de que su derecho está atacado por la ley, pues frente á la ley no hay derecho; la ley es obligatoria aunque viole un derecho garantido por la constitución. El poder ejecutivo, en cuanto toma parte en el legislativo es también irresponsable; y toma parte cuando propone las leyes y las sanciona; también toma parte decretando disposiciones para la ejecución de las leyes. Pero ya se ve aquí el papel subordinado que desempeña el poder ejecutivo; está sometido á la ley, no puede, por consiguiente, decretar en contra suya; semejante acto no obligará á los ciudadanos ni á los tribunales; por contra, los decretos conformes á la ley tienen la misma fuerza que ella; al decretarlos el poder ejecutivo no incurre en ninguna responsabilidad, aunque hubiese lesión de un derecho, pues esta lesión, seria por el hecho de la ley, es con la que el decreto se identifica.

Para que el Estado considerado como gobierno, sea responsable, es menester que se trate de un acto otro que un decreto real tomado en ejecución de la ley; tales son los numerosos actos de administración que el Estado hace como gobierno, por ejemplo, en materias de trabajos públicos. ¿Y es responsable el Estado cuando administrando lesiona un derecho? En nuestro concepto, debe asentarse en principio que sí es responsable. Todo derecho atacado da lugar á una reparación á menos que la parte lesionada se encuentre frente á un poder irresponsable, y el gobierno es responsable como tal; lo que es decisivo.

pues éstos están sometidos á la ley, tanto como los ciudadanos; y la obligación de ejecutar la ley excluye toda responsabilidad de parte de quien la hizo. Si sucediera que el legislador violase derechos individuales, la parte perjudicada no tendría ningún recurso. Cuando el art. 1,382 sienta la regla general de la responsabilidad, declara *responsable al hombre*; es decir, al individuo; y el legislador nunca obra como individuo sino como poder; sus actos no caen, pues, bajo la aplicación de la ley civil. Sin duda, pudiera suceder que una ley perjudicase no sólo intereses sino aun derechos; tal sería una ley que quitase un derecho adquirido. Sería entonces un deber del legislador indemnizar á aquellos á quienes causa perjuicio despojándoles de un bien que está en su dominio. Citáremos la ley francesa de primero de Mayo de 1822 que, prohibiendo la destilación de los granos en París, concedió una indemnización á los destiladores. Pero si la ley no hubiese reservado esta indemnización, los destiladores hubieran estado sin acción. Hubiera sido un ataque á la propiedad, y como nuestra constitución consagra su inviolabilidad, la ley hubiera sido anticonstitucional. ¿Hay algún recurso contra una ley anticonstitucional? En nuestro orden político, nó; los tribunales tienen el derecho y el deber de aplicar los decretos reales solo cuando están conformes á las leyes (Const., art. 107), no tienen el derecho de examinar si una ley es constitucional. Cualquiera ley, aunque contraria á la constitución, es obligatoria para los tribunales; (1) lo que excluye la acción en reparación civil por parte de los perjudicados.

II. Del poder ejecutivo.

I. Principio

419 Cuando se habla del Estado en materia de responsabilidad Véase el tomo I de mis *Principios*, pág. 63, núm. 31.

sabilidad, se entiende el Gobierno; es decir, el poder ejecutivo. Hay una gran diferencia entre este poder y el legislativo; en principio, es responsable. Nuestra constitución consagra este principio declarando á la vez que el rey es irresponsable. La razón de esta diferencia entre ambos poderes se comprende. El poder legislativo es el verdadero órgano de la soberanía, y la soberanía es irresponsable: el individuo no puede quejarse de que su derecho está atacado por la ley, pues frente á la ley no hay derecho; la ley es obligatoria aunque viole un derecho garantido por la constitución. El poder ejecutivo, en cuanto toma parte en el legislativo es también irresponsable; y toma parte cuando propone las leyes y las sanciona; también toma parte decretando disposiciones para la ejecución de las leyes. Pero ya se ve aquí el papel subordinado que desempeña el poder ejecutivo; está sometido á la ley, no puede, por consiguiente, decretar en contra suya; semejante acto no obligará á los ciudadanos ni á los tribunales; por contra, los decretos conformes á la ley tienen la misma fuerza que ella; al decretarlos el poder ejecutivo no incurre en ninguna responsabilidad, aunque hubiese lesión de un derecho, pues esta lesión, seria por el hecho de la ley, es con la que el decreto se identifica.

Para que el Estado considerado como gobierno, sea responsable, es menester que se trate de un acto otro que un decreto real tomado en ejecución de la ley; tales son los numerosos actos de administración que el Estado hace como gobierno, por ejemplo, en materias de trabajos públicos. ¿Y es responsable el Estado cuando administrando lesiona un derecho? En nuestro concepto, debe asentarse en principio que sí es responsable. Todo derecho atacado da lugar á una reparación á menos que la parte lesionada se encuentre frente á un poder irresponsable, y el gobierno es responsable como tal; lo que es decisivo.

420. Las objeciones no faltan y son importantes; se dice que el Gobierno obra como poder político que hace lo que tiene derecho de hacer, que, por consiguiente, no puede cometer un delito; es decir, un hecho ilícito. Hemos de antemano contestado á esta objeción. Esto es hacer una falsa aplicación del adagio que aquel que usa de su derecho no perjudica á nadie; debe agregarse esta restricción: siempre que usando de su derecho, no se perjudique el derecho ajeno. El propietario tiene también un poder absoluto en gozar y disponer, y de éste es del que se dijo que usando de su derecho no está obligado á reparar el daño que cause. Pues bien, acabamos de decir que el propietario es responsable desde que perjudica el derecho de los demás. Lo mismo debe suceder con el Estado.

421. Se dice que hay una diferencia esencial entre el Estado y los individuos. El Estado obra como poder político, gestiona los intereses generales de la sociedad; su acción quedaría cada instante estorbada y hecha imposible si bajo pretexto de derechos lesionados se le declarase responsable por los actos legítimos que hace. La objeción implica que el Estado, como tal, debe ser irresponsable para que pueda cumplir su misión; esto no es exacto. Sin duda el Estado tiene misión para gestionar los intereses generales, pero debe hacerlo en los límites de su poder, y la ley en nombre de la que obra, no le da de seguro el poder de atacar los derechos particulares. Es, pues, menester que el Estado gestione los intereses sociales, de manera á no perjudicar á los derechos de los individuos; y si los ha perjudicado, deberá reparar el daño causado.

La objeción á la que contestamos implica también otro error. Esta supone que el interés general de que el Estado es el órgano, debe siempre sobrepasar el perjuicio sufrido por un particular, por un acto del Gobierno. Esto es verdad siempre que el particular no esté perjudicado más que

en su *interés*, pero no es verdad si la lesión ataca su *derecho*. Mientras que solo hay intereses en causa, éstos deben ser subordinados al interés general: solo hay sociedad á ese precio. No pasa lo mismo cuando el individuo tiene un *derecho*; el interés social debe ceder ante el derecho individual, pues no hay interés mayor ni más sagrado que el respeto al derecho. En vano se invocaría la famosa máxima que la salud pública es la ley suprema. Esta es una máxima falsa y funesta si se entiende en el sentido que el interés general deba sobrepasar los derechos particulares, pues la sociedad no tiene otra misión que garantizar los derechos de los hombres.

Que no se diga que en esta doctrina la acción del Estado sería imposible. El Código Civil nos dice como se allana el conflicto entre el interés general y el derecho del individuo. Se supone que el Estado construye una vía de comunicación; no lo puede hacer sino disponiendo de terrenos particulares. ¿Puede disponer de la propiedad por causa de utilidad pública? Hé aquí el conflicto entre el interés general que solicita la expropiación del derecho del propietario. ¿Cómo conciliar la ley y el interés general con el derecho del individuo? El art. 546 reproducido por la constitución belga (art. 11), responde á la cuestión, "nadie puede ser obligado á ceder su propiedad, si no es por causa de utilidad pública y mediante una justa y previa indemnización." Lo mismo debe pasar en el caso en que el derecho del individuo está en oposición con el interés general; el Estado debe reparación por los derechos perjudicados. Esto es decir que el art. 1,382 le es aplicable. Nada más justo. Si hay un sacrificio que hacer por interés general, todos deben contribuir en él; es decir, que el Estado, órgano de la sociedad, debe soportar el perjuicio; sería injusto que el sacrificio estuviese á cargo del individuo cuyo derecho estuviese perjudicado.

422. El principio de la responsabilidad del Estado, le-

vanta aún otra dificultad cuando se dice que el Estado es responsable; esto significa que la parte lesionada tiene acción contra él y que el Estado está condenado á los daños y perjuicios. El Estado es una persona civil; es decir, un ser ficticio. ¿Es que un ser ficticio puede cometer un delito ó un cuasidelito? No, evidentemente. En realidad, no es la persona civil la que causa el daño, sino tal ó cual agente del Estado. No nos ocuparemos de la responsabilidad en que incurrerán los ministros. Según los términos del art. 90 de nuestra constitución, la responsabilidad de los ministros es penal y civil. Una ley debe determinar el modo de proceder contra ellos, sobre promoción de las partes lesionadas. Esta materia pertenece al derecho público. Supondremos que el hecho perjudicial que provoca la acción de daños y perjuicios es un acto de administración legal, en este sentido, que el Gobierno tenía el derecho de hacerlo. Pero á la vez que obrando legalmente en el límite de sus atribuciones, un agente del Estado puede causar un daño lesionando un derecho. ¿Será responsable el Estado por este daño? Aquí se presenta una dificultad. ¿Es responsable el Estado á título de autor, por los delitos ó cuasidelitos cometidos por sus agentes? Volveremos á ocuparnos de este punto al explicar el art. 1,384. En nuestro concepto, el Estado es responsable cuando es autor, de manera que, el principio general de la responsabilidad recibe siempre su aplicación al Estado considerado como gobierno.

423. Queda por probar que esta doctrina es la de la ley. No podemos tomar apoyo en los arts. 1,389 y siguientes, porque se niega que estas disposiciones sean aplicables al Estado; se dice que ellas hablan de los hechos del hombre; es decir, del individuo; luego de las relaciones de interés privado, y que por esto mismo no pueden recibir aplicación al Estado, á lo menos cuando éste obra como poder político. El art. 545 parece consagrar el principio que el Estado

no puede lesionar los derechos del individuo, aun por causa de utilidad pública, sin estar obligado á reparar el daño que ha causado. Por contra, el art. 544, á la vez que declara que la propiedad es un derecho absoluto, admite que puede ser limitada por las leyes ó por los reglamentos, y no dice que estas limitaciones impliquen la obligación de indemnizar á los propietarios á los que las impone el legislador; esto implica que el derecho de propiedad está subordinado al interés general, lo que es la vejación de nuestro principio. Hay en efecto, servidumbres llamadas legales que alteran profundamente el derecho de propiedad y que no dan derecho á ninguna indemnización, cualquiera que sea el perjuicio que resulte para el propietario, gravado por ellas. Hé aquí la prueba, se dice: que el individuo no puede oponer su derecho al Estado.

En nuestro concepto, la legislación acerca de las servidumbres legales es una excepción al derecho común, y la excepción no destruye la regla, pero la confirma. Conste desde luego que estas servidumbres son supuestas por la ley ó en virtud de ella, lo que nos coloca fuera de la hipótesis, en la que el Estado es responsable; éste, gravando las propiedades con servidumbres en interés general, obra como poder legislativo; luego como irresponsable; desde entonces el individuo está realmente sin derecho. Hay más que decir: las leyes que imponen esos cargos á los propietarios sin indemnizarlos, derogan al principio establecido por el art. 545 del Código Civil y consagrado por nuestra constitución en su art. 11. Si el propietario tiene derecho á una indemnización, cuando se le priva de su propiedad por causa de utilidad pública, hay igual razón para indemnizarlo cuando se fraccione su propiedad, y es desmembrarla gravarla con servidumbres. El Estado que toma la cuarta parte de mi fundo para construir un camino, debe pagarme una justa y previa indemnización, y ninguna me debe si construye una

fortaleza y por ello disminuye mi fundo por igual valor. En uno y otro caso, mi derecho está perjudicado por interés general; luego en principio, el Estado debería darme una reparación. Hemos dado en otra parte las razones que se tienen para justificar las servidumbres legales; (1) éstas no explican, en nuestro concepto, la diferencia que resulta entre la expropiación parcial y la total en lo que se refiere al derecho del propietario á una indemnización. En donde hay sacrificio de un derecho impuesto á particulares por interés general, debería haber indemnización, y si no, hay desigualdad. Unos sufren un perjuicio, y la generalidad de los ciudadanos lo aprovechan sin deber indemnizar á los que están perjudicados. Esta desigualdad es una injusticia.

Nuestra conclusión es que deben dejarse á un lado las servidumbres legales, por ser una legislación excepcional que coloca al individuo frente á un poder irresponsable. Nada tiene esto de común con el principio de responsabilidad que supone al Estado obrando como poder ejecutivo (núm. 419).

424. Se ha sostenido ante la Corte de Casación de Bélgica que las servidumbres militares resultando de la construcción de una fortaleza, daban á los propietarios por estos cargos una acción de daños y perjuicios contra el Estado. Esto fué confundir el dominio del legislador con el del juez. Hay una ley especial acerca de las servidumbres militares. Esta ley no considera á las servidumbres como una expropiación; luego el art. 545 está fuera de causa, así como el art. 11 de la constitución que garantiza la inviolabilidad de la propiedad. En la teoría de la ley, las servidumbres legales son una modificación de la propiedad que el estado social impone á los propietarios; éstos no pueden, pues, invocar el art. 1,382 y sostener que el establecimiento de una servidumbre legal, perjudica su derecho; éste no es absoluto, la ley lo limita, y es este derecho así limitado lo que constitua-

1 Véase el t. VII de mis *Principios*, págs. 629-631 núms. 474-476

ye la propiedad en el estado social. La construcción de una fortaleza no perjudica, pues, los derechos de los propietarios que van á ser sometidos al cargo de las servidumbres militares. Desde luego el art. 1,382 debe igualmente ser apartado. En definitiva, los propietarios gravados de servidumbres no tienen ninguna acción. Solo pueden invocar consideraciones de justicia y de equidad, pues esas consideraciones se dirigen al legislador quien solo puede atenderlas. Es verdad que el Estado es quien construye la fortaleza, pero no es él como Gobierno quien impone las servidumbres militares: éstas existen en virtud de la ley, y la ley es obra de un poder irresponsable; el propietario gravado de servidumbres, está sin derecho frente á la ley. La Corte de Casación lo sentenció en este sentido. (1)

425. La ley de 8 de Julio de 1791 que rige á las plazas fuertes, confirma en ciertos puntos la opinión que enseñamos. Esta impone al Estado la obligación de indemnizar á los propietarios por los perjuicios que les causan las medidas de defensa que toman, aunque fuese en tiempo de guerra, y mientras la plaza no está en estado de sitio. Citarémos los textos más adelante. Es una disposición notable y decisiva. El Estado obra seguramente como poder político, cuando ordena inundaciones ó demoliciones para la defensa de una plaza fuerte; el derecho del Estado es á la vez un deber, pues se trata de poner en salvo la misma existencia de la Nación. Y sin embargo, desde que lesiona el derecho individual, el Estado debe reparar el daño que causa. El derecho del individuo, aunque en el caso aparezca mínimo si se le compara con el derecho del Estado, es, en realidad, tan considerable como éste, es el interés el que difiere, pero no es el interés lo que da la medida de un derecho. Ya lo hemos dicho, y no se podría repetir demasiado en esta materia; el Estado

1 Denegada, 17 de Junio de 1845. y la requisitoria del procurador general M. Leclercq (*Pasicrisia*, 1845, 1, 392).

no tiene otra razón de ser sino el respeto al derecho; por consiguiente, el mayor interés de la sociedad es mantener los derechos individuales. ¿De qué serviría la defensa nacional si los derechos de los ciudadanos pudieran ser impunemente perjudicados por esta defensa? El derecho es el objeto, la defensa es el medio; y es el medio el que debe ser subordinado al objeto y no el objeto al medio. Con este título, la reparación de toda lesión de un derecho, es un principio esencial del orden social.

Esto es lo que constituye la importancia del principio consagrado por la ley de 1791. En verdad, el derecho á la indemnización cesa cuando la plaza fuerte está puesta en estado de sitio. Esto no es una violación del principio que sostenemos. Cuando una fortaleza está en estado de sitio, hay guerra, y los hechos de guerra, como lo diremos más adelante, no dan lugar á indemnización alguna; para poner á toda luz el principio de la ley de 1791, citaremos las aplicaciones que de él han sido hechas por las cortes de Bélgica.

En el mes de Octubre de 1830, el general Ghassé, comandante de la ciudad de Ambers, en nombre del rey de los Países Bajos, notificó á la autoridad municipal que la fortaleza estaba declarada en estado de sitio. El 24 del mismo mes ordenó inundaciones que causaron un gran perjuicio á los aldeanos; de esto una acción por daños y perjuicios contra el Estado. La demanda fué rechazada por la Corte de Bruselas. El estado de guerra era flagrante, y no es debida ninguna indemnización por los daños causados por los hechos de guerra. (1)

No sucede así cuando los trabajos de defensa están ejecutados antes de la declaración del estado de sitio de una plaza. En Abril de 1815 se puso la plaza de Mons en estado de defensa contra la inminente invasión del ejército francés. Como consecuencia fueron inundadas unas propie-

1 Bruselas, 14 de Junio de 1848 (*Pasicrisia*, 1849, 2, 73).

dades. Los propietarios reclamaron daños y perjuicios que el Tribunal de Primera Instancia les concedió; la decisión fué confirmada en apelación. Todo ataque al derecho de propiedad, dice la Corte, da lugar á una acción en reparación contra el autor del hecho perjudicial. El Estado queda sometido á esta acción tanto como los particulares. Solo hay excepción cuando se trata de acontecimientos extraordinarios y fortuitos, tales como los que resultan del sitio de una población y, en general por los males de la guerra cuando ésta es flagrante. Pero las medidas que la prudencia ordena por la sola previsión de la guerra, por muy inminente que pueda ser no son casos de fuerza mayor; y desde que no se está en la excepción, se está en la regla, y por consiguiente, hay lugar á la indemnización. Tales eran los trabajos ejecutados en Mons. (1)

La ley de 1791, siendo la aplicación de un principio general, hay que aplicarla por analogía á todos los hechos perjudiciales, resultando de medidas tomadas en tiempo de guerra, cuando estas medidas no constituyen hechos de guerra propiamente dichos. Después de la revolución de 1830, el Gobierno hizo perforar un dique, á título de medida de defensa. Esto no era un hecho de guerra, tampoco lo era previsto por la ley de 1791, puesto que no se trataba de la defensa de una plaza; pero poco importa. Esta ley no es una derogación al derecho común; al contrario, consagra este derecho; luego el principio que ella establece debe recibir su aplicación en todos los casos. (2)

426. El principio de responsabilidad del Estado, tal como lo formulamos, no es admitido por nadie, á lo menos en teoría.

1 Bruselas, 7 de Marzo de 1832 (*Pasicrisia*, 1832, pág. 69). Compárese Bruselas, 1^o de Mayo de 1844 (*Pasicrisia*, 1844, 2, 157), y Denegada, 12 de Mayo de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 1, 58).

2 Bruselas, 14 de Agosto de 1835 (*Pasicrisia*, 1835, 2, 315). Gante, 25 de Enero de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 2, 31).

Debe, pues, insistirse en él. Ordinariamente se distingue. Cuando el Estado obra como persona civil á título de propietario, hay acuerdo en declararlo responsable según el derecho común. Pero se pretende que no es responsable cuando obra como poder político. En nuestro concepto, la distinción es falsa; el Estado siempre obra como poder político, aun cuando es persona civil ó propietario. Cuando se dice que el Estado es una persona civil, esto quiere decir que puede ejercer los derechos que pertenecen á los particulares, pero eso no impide que haya una diferencia radical entre el Estado propietario y el individuo propietario. El Estado es un poder en su esencia; es decir, el órgano del poder soberano, y no se concibe que se despoje de una cualidad que le es esencial. Si el Estado es propietario, no es al mismo título que los particulares; para éstos todo interés es privado; para el Estado todo interés es general. Nunca se puede hacer abstracción de la misión política del Estado, porque fuera de esta misión no existe. Si, pues, se reconoce que el Estado es responsable á título de persona civil ó propietario, se reconoce por esto mismo que es responsable como poder público. La responsabilidad es, en definitiva, una regla universal aplicable al Estado tanto como á los particulares. Esto está también fundado en razón. Para ver si hay lugar á la responsabilidad solo debe considerarse una cosa. ¿Hay un derecho perjudicado? Toda lesión de un derecho da lugar á responsabilidad; poco importa quien haya lesionado el derecho, siempre que no sea un poder irresponsable. Y el Estado, como poder ejecutivo ó gobierno, es responsable. Esto decide la cuestión.

427. El disentiimiento que existe entre nosotros y la opinión general, es más bien de teoría que de práctica. En la aplicación, ambas opiniones se encuentran lo más á menudo, solo que la nuestra tiene la ventaja de ser más lógica y más consecuente. Para decidir si hay lugar á aplicar el art. 1,382

no preguntamos quién causó el daño, quién lesionó el derecho; preguntamos: ¿Hay derecho lesionado y daño causado? Desde que hay lesión de un derecho y daño, damos una acción por daños y perjuicios á la parte lesionada, tanto contra el Estado, como los particulares. No la concedemos cuando no hay derecho lesionado aun cuando hubiera daño, y siempre sin considerar si la parte lesionada está frente al Estado ó frente de un individuo. En la opinión general, al contrario, se da ó se rehusa una reparación sin principio seguro, para mejor decir, se aparta uno á cada instante del principio que se asienta. Para justificar nuestro principio y combatir el que se nos opone, nos vemos obligados á entrar en pormenores de jurisprudencia: No hay cuestión más embrollada porque la jurisprudencia no tiene principio. Las dificultades se simplifican si se admite el principio de la responsabilidad en todos los casos en que hay lesión de un derecho: Todo se reduce á saber si hay un derecho lesionado.

2. Jurisprudencia.

428. Se enseña y se sentencia que el Estado es responsable cuando obra como propietario y que no lesiona un derecho, mientras que no lo es cuando obra como poder público, aunque haya daño. En nuestra opinión, el Estado es siempre un poder público: es responsable ó no lo es, según que hay ó no un derecho lesionado. Vamos á citar casos en los que se dice que el Estado obra como propietario.

El Estado vende un molino que había sido cedido al hospicio de Pontoise en el año de 1198. Como vendedor, debía al adjudicatario la garantía del ejercicio útil del derecho de propiedad. Hé aquí un derecho convencional que el Estado no podía lesionar. Después de 1830, la administración hizo reparaciones al puente de Pontoise y ejecutó trabajos que tuvieron por resultado disminuir considerablemente la fuerza motriz de las aguas de que aprovechaba el mo-

lino vendido. La Corte de París juzgó que había lesión de un derecho y condenó al Estado á reparar el perjuicio por aplicación del art. 1,382. (1) En nuestra opinión, esto no es dudoso, puesto que había lesión de un derecho. ¿Pero cómo justificar la sentencia si se admite que el Estado no es responsable como poder público? ¿Se dirá que el Estado era propietario del puente, y como tal, sometido al derecho común? No, el Estado no obró como un propietario que repara la cosa; la misma Corte de París lo hace constar, puesto que dice que la administración no se había limitado á las reparaciones necesarias; había hecho innovaciones por interés general; luego el Estado había obrado como poder público, y sin embargo, fué declarado responsable.

Hé aquí un caso en que fué sentenciado que el Estado no era responsable. El Estado había ejecutado trabajos de endique en las riberas del bajo Sena; por aplicación de la ley de 16 de Noviembre de 1807, los ribereños tuvieron que pagar una indemnización igual á la mitad de las ventajas que resultaban para sus praderas con la construcción de los diques. Unos propietarios se quejaron de que los diques eran mal atendidos y reclamaron daños y perjuicios por este punto al Estado. Fué sentenciado que no había lugar á la responsabilidad. El Estado no estaba comprometido ni en virtud de una ley ni en virtud de una convención, á cuidar de los diques en interés de los ribereños. Estos se prevalecían en vano de la indemnización que habían pagado; esta indemnización era una contribución de parte de los propietarios, para los gastos del primer establecimiento de los diques; en cuanto á su entretenimiento, debía proveerse á ello por un reglamento de administración pública, conforme á la ley de 1807. (2) ¿Había el Estado obrado como propietario

1 Paris, 1^o de Agosto de 1835 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 99, 6^o).

2 Decreto del consejo de Estado de 4 de Mayo de 1870 (Daloz, 1872, 3, 4).

en el caso? La cuestión no tiene sentido. Es verdad que los ríos navegables son del dominio del Estado, pero este dominio no es una propiedad privada, y el Estado no la gestiona como tal, obra en interés general; luego como poder público. Si fué declarado no responsable, fué porque no había lesionado ningún derecho.

El consejo de Estado declara al Estado responsable cuando lesiona un derecho, aunque obre como poder público. El establecimiento de un polígono para el ejercicio de tiro no es seguramente el acto de un propietario, es un acto que el Estado hace por razón de una necesidad social; luego obra como poder público y por interés general; sin embargo, él es responsable desde que lesiona un derecho. Unas balas lanzadas por las baterías del polígono alcanzaron unas casas vecinas; el Estado está obligado á reparar los perjuicios causados; está también obligado á tomar medidas con el fin de evitar la repetición de semejantes accidentes. Si esas medidas son insuficientes, si las habitaciones vecinas continúan expuestas al alcance de los proyectiles durante el ejercicio de tiro, el Estado no solo debe reparación por los daños materiales que cause, sino que debe pagar una indemnización por razón de la depreciación de la propiedad. (1)

El consejo de Estado ha resuelto lo mismo cuando unas balas procedentes del campo de tiro de una estación militar, penetran en una propiedad vecina: acordó al propietario una indemnización, primero por los desperfectos materiales que resultaron, y después por razón de la depreciación de su heredad. (2)

429. Si aprobamos las decisiones, no podremos siempre aprobar los motivos porque se deciden. Un decreto de 26 de Octubre de 1854, dice que hasta nueva orden la fabricación

1 Decreto de 21 de Junio de 1859 (Daloz, 1860, 3, 11) y de 27 de Febrero de 1862 (Daloz, 1862, 3, 28).

2 Decreto de 9 de Agosto de 1865 (Daloz, 1866, 3, 27).

de alcoholes, de cereales y cualquiera otra clase de sustancias harinosas que sirvieran de alimento, es interdicta. Los destiladores se presentaron ante el ministro de comercio para obtener una indemnización en razón de las pérdidas de los daños que han sufrido por esta interdicción. Habiendo decidido el ministro que no había lugar á la indemnización, las partes lesadas pidieron se anulara esta decisión. Sostuvieron primero que el decreto los expropiaba de su industria y que toda expropiación da lugar á una indemnización, invocando además el art. 1,382. Su acción ha sido denegada. El consejo de Estado resolvió que la abolición de una industria no caía bajo la aplicación de la ley que rige la expropiación por causa de utilidad pública. Esto es una medida general, mientras que la expropiación es un acto individual. La expropiación opera una transmisión de propiedad, es una venta forzada; en tanto que la interdicción de destilar no transfiere ningún derecho al Estado, es una medida tomada en interés de la alimentación pública. En cuanto al art. 1,382, el consejo de Estado la aleja como si ni recibiera alguna aplicación á las medidas del Gobierno tomadas en un interés general y de seguridad pública. El decreto de 1854, al prohibir la destilación de cereales, no reservó á los que ejercían esta industria algún derecho, una indemnización, y no resulta de ninguna disposición de ley que una indemnización pueda ser acordada en razón de interdicción de esta naturaleza. (1)

Lo que el consejo de Estado dice de la expropiación es muy justo. No sucede lo mismo con el motivo por el que apartan el art. 1,382. Poco importa que el Estado obre en un interés general; no puede sacrificar los derechos de los individuos á la seguridad pública. Si, pues, los destiladores hubiesen tenido un derecho, el consejo de Estado hubiera debido acordarles una reparación; esto es lo que efectivamente

1 Decreto de 26 de Febrero de 1857 (Dalloz, 1857, 3, 81).

se hace el consejo de Estado, como acabamos de decirlo (núm. 428), y como lo diremos aún. Pero en el caso, los destiladores no tenían derecho, no tenían más que un interés; lo que el consejo explicó muy bien al probar que no había expropiación.

430. No hay más que un caso en el que el Gobierno no es responsable porque obra como poder, es cuando promulga decretos generales. En este caso, participa de la irresponsabilidad del poder legislativo. Un decreto de 24 de Febrero de 1858 abrogó la orden real del 18 de Octubre de 1829 que limitaba el número de carniceros en la ciudad de Paris y restablecía la libertad del comercio en carnicerías. Los carniceros, en número de 450, reclamaron una indemnización, que les rehusó el ministro de comercio, y la decisión fué confirmada por el consejo de Estado. Ellos sostenían que la ordenanza de 1829 había acordado un privilegio á los carniceros que se mantenían en su ejercicio, puesto que tenían el derecho exclusivo de vender las carnes necesarias para la alimentación de Paris; que este derecho había sido el objeto de numerosas transacciones y los concesionarios actuales no podían ser despojados sin una indemnización. El comisario del Gobierno contestó al punto principal de los reclamantes. En 1829, el Gobierno intentó una experiencia en interés de la alimentación de Paris sin darle al nuevo sistema un carácter de perpetuidad que hubiera sido contrario al interés general. Es de principio que las medidas reglamentarias sean revocables á voluntad, por mejor decir están siempre subordinadas al interés público. El Gobierno pudo, pues, en 1858, revocar una medida que juzgó contraria al interés de la alimentación de Paris. Estas disposiciones no dan lugar á la indemnización. La soberanía no es responsable. Y al Gobierno se le supone que obra en los límites de sus atribuciones, pues obra como órgano de la Nación, lo que excluye toda responsabilidad. Resulta, en ver-

dad, un perjuicio, pero no había derecho lesado ni delito civil. (1)

431. El verdadero motivo de decidir, es siempre la lesión de un derecho: un derecho está lesado, el Estado es responsable, mientras que no lo es cuando no hay derecho lesado. En apoyo del principio que acabamos de formular, citaremos una sentencia de la Corte de Paris. Un decreto del prefecto del Sena dirigió el lugar situado en la extremidad del barrio de San Jacobo, para servir á las ejecuciones de los condenados á muerte, que hasta esa fecha se hacían en la plaza del Ayuntamiento. El propietario de una casa vecina de la nueva plaza, formuló contra el prefecto del Sena, representante de la ciudad de Paris, una acción por daños y perjuicios por el daño que se le ocasionaba. Se contestó por la ciudad de Paris, que admitido el perjuicio no debía ninguna reparación, pues que no hacía sino usar de su derecho. La Corte de Paris denegó la demanda, pero no se limitó á decir que la ciudad solo usaba de su derecho, la sentencia decía que la ciudad hizo un uso *lícito* de su derecho, y que no había atentado materialmente contra los vecinos de la plaza pública; la Corte añadió que todo propietario ribereño de la vía pública, gozaba de las ventajas que le procuraban su vecindad, estando sometidos á los *cargos* que resultaban del uso legal que hizo la administración. (2) Luego la ciudad usaba de su derecho y no lesaba el de los propietarios; éstos, lejos de tener un derecho, estaban sometidos á un cargo. Esto es decisivo, es la aplicación de nuestro principio.

431 bis. La aplicación de estos principios tiene sus dificultades. En nuestro concepto, la Corte de Bruselas las ha desconocido en el caso siguiente. En el mes de Agosto de

1 Decreto de 30 de Junio de 1859 (Dalloz, 1860, 3, 10).

2 Paris, 14 de Enero de 1834 (Dalloz, en la palabra *Competencia administrativa*, núm: 167).

1850, las aguas del Sena desbordaron sobre el canal lateral de Charleroi con tal violencia, que comprometían á los diques y amenazaban con un gran peligro todo el valle, principalmente á la ciudad de Hal. Para evitar esta desgracia, la administración municipal, de acuerdo con el ingeniero encargado del servicio del canal, mandó hacer sangrías en la ribera derecha del canal; por consecuencia, las aguas fueron arrojadas en el valle, en donde invadieron una fábrica y causaron grandes perjuicios. El fabricante promovió por daños y perjuicios á la ciudad de Hal y al Estado belga. Su pedimento fué denegado. La Corte comenzó por probar los hechos, la inundación á consecuencia del crecimiento excesivo de las aguas, la fábrica ya invadida cuando las sangrías fueron practicadas. Era difícil negar que, por consecuencia de estas sangrías, las aguas no fueron con mayor violencia lanzadas á la fábrica. Luego había un hecho de perjuicio, quedando por saber si constituía, no dirémos un delito, pero sí un cuasidelito. Es cierto, dice la sentencia, que la administración no practicó las sangrías con el objeto de perjudicar al demandante. Esto es evidente, y la Corte no debía ni decirlo, puesto que no se podría deducir que el hecho perjudiciable no dé lugar á reparación sino cuando haya voluntad de dañar, lo que sería una confesión del delito y del cuasidelito. La administración había obrado evitando la ruptura de los diques, la que habría ocasionado desastres incalculables, en los que el demandante hubiese sido la primera víctima. En derecho, continúa la Corte, se trata de apreciar si las medidas no han sido por parte de la autoridad pública, sino el ejercicio de un poder legítimo; nó, esto no es sino una fase de la cuestión. Sin duda, si las medidas habían sido tomadas sin derecho, hubiera habido un hecho ilícito y, por lo tanto, delito civil. Pero un hecho perjudiciable puede ser muy bien lícito, y, sin embargo, constituir un

cuasidelito cuando lesiona un derecho. Lo hemos dicho (número 408) y esto no es contestado cuando el daño es causado por un propietario que usa de su derecho. La verdadera dificultad es la siguiente: ¿Se pueden aplicar al Estado cuando obra por vía de policía, los principios que rigen á los derechos individuales? No basta, pues, contestar como lo hace la Corte de Bruselas, que la ciudad y el Estado habían tenido el derecho de tomar las medidas que tuvieron por efecto para aumentar la inundación de la fábrica. La Corte se limita á decir que los arts. 1,382 y 1,383 están sin aplicación, por solo que los trabajos ejecutados estaban autorizados y aun mandados por la ley; faltaba aún probar que los trabajos no lesaban al fabricante. La sentencia guardó silencio en este punto. Esto es lo que nos parece contrario á los principios. Suponiendo que los trabajos hubiesen atentado á la propiedad del fabricante, no había lugar para aplicar el principio de responsabilidad establecido por los artículos 1,382 y 1,383. (1) No vemos ninguna razón para exceptuar al Estado de la ley general de la responsabilidad; lo que, en el caso, hizo para salvar la ciudad de Hal de un inminente desastre, no tenía derecho de hacerlo en perjuicio de un tercero. Guardián y protector de todos los derechos, el Estado no puede sacrificar á unos para salvar á otros. Si se objeta que sin estas medidas el fabricante hubiese sido la primera víctima del desastre, contestaremos que este hecho, suponiendo que fuese comprobado, no podría influir sino sobre la cantidad de daños y perjuicios; es extraño al principio.

3. Aplicación del principio á los trabajos públicos.

432. Es sobre todo en materia de trabajos públicos que hay numerosos conflictos entre los derechos ó los intereses individuales, y el derecho ó el deber del Estado. Que el Es-

1 Bruselas, 3 de Abril de 1857 (*Pasicrisia*, 1857, 2, 386).

tado obra como poder y en un interés social cuando ejecuta trabajos públicos, esto no se podía contestar. ¿Se debe deducir de esto que el Estado no es responsable? Nó, si se admite nuestro principio. El Estado no es responsable cuando no lesiona sino intereses privados, y lo es cuando lesiona un derecho.

433. La jurisprudencia de Bélgica está en este sentido. Al construir un camino de hierro, el Estado hizo una casa inaccesible é inhabitable, por consecuencia, de exaltamiento de la vía férrea. El propietario pidió daños y perjuicios. Se le opuso que el Estado no había hecho otra cosa que usar de su derecho; por mejor decir, se había cumplido con una obligación que su misión le imponía; que no se le había reprochado, además, á la administración, alguna falta, alguna negligencia; la Corte de Bruselas contestó que la inviolabilidad de la propiedad es un derecho garantizado por la constitución; que si el Estado lo ataca estaba obligado á indemnizar la propiedad lesionada. Si el interés general exige que el propietario sea expropiado, le debe una justa y anticipada indemnización; si el propietario se halla privado por el Estado de una parte de sus derechos, le debe aún una indemnización. ¿Qué importa que el Estado ejerza un derecho obrando en interés de todos? No puede, en nombre del interés general, lesionar un derecho individual. ¿Qué importa aún que la administración no sea culpable de alguna imprudencia? El Estado se encuentra en falta, en el sentido del art. 1,382, desde que un daño causa lesión á un derecho. (1)

434. La cuestión ha sido desde entonces fuertemente discutida por la Corte de Bruselas, y ha recibido la misma solución. Una compañía inglesa fué encargada por la ciudad

1 Bruselas, 5 de Noviembre de 1844 (*Pasicrisia*, 1845, 2, 35), y 3 de Agosto de 1874 (*Pasicrisia*, 1875, 2, 172: "La responsabilidad del Estado está comprometida por el solo hecho de violar el derecho de otro").

cuasidelito cuando lesiona un derecho. Lo hemos dicho (número 408) y esto no es contestado cuando el daño es causado por un propietario que usa de su derecho. La verdadera dificultad es la siguiente: ¿Se pueden aplicar al Estado cuando obra por vía de policía, los principios que rigen á los derechos individuales? No basta, pues, contestar como lo hace la Corte de Bruselas, que la ciudad y el Estado habían tenido el derecho de tomar las medidas que tuvieron por efecto para aumentar la inundación de la fábrica. La Corte se limita á decir que los arts. 1,382 y 1,383 están sin aplicación, por solo que los trabajos ejecutados estaban autorizados y aun mandados por la ley; faltaba aún probar que los trabajos no lesaban al fabricante. La sentencia guardó silencio en este punto. Esto es lo que nos parece contrario á los principios. Suponiendo que los trabajos hubiesen atentado á la propiedad del fabricante, no había lugar para aplicar el principio de responsabilidad establecido por los artículos 1,382 y 1,383. (1) No vemos ninguna razón para exceptuar al Estado de la ley general de la responsabilidad; lo que, en el caso, hizo para salvar la ciudad de Hal de un inminente desastre, no tenía derecho de hacerlo en perjuicio de un tercero. Guardián y protector de todos los derechos, el Estado no puede sacrificar á unos para salvar á otros. Si se objeta que sin estas medidas el fabricante hubiese sido la primera víctima del desastre, contestaremos que este hecho, suponiendo que fuese comprobado, no podría influir sino sobre la cantidad de daños y perjuicios; es extraño al principio.

3. Aplicación del principio á los trabajos públicos.

432. Es sobre todo en materia de trabajos públicos que hay numerosos conflictos entre los derechos ó los intereses individuales, y el derecho ó el deber del Estado. Que el Es-

1 Bruselas, 3 de Abril de 1857 (*Pasicrisia*, 1857, 2, 386).

tado obra como poder y en un interés social cuando ejecuta trabajos públicos, esto no se podía contestar. ¿Se debe deducir de esto que el Estado no es responsable? Nó, si se admite nuestro principio. El Estado no es responsable cuando no lesiona sino intereses privados, y lo es cuando lesiona un derecho.

433. La jurisprudencia de Bélgica está en este sentido. Al construir un camino de hierro, el Estado hizo una casa inaccesible é inhabitable, por consecuencia, de exaltamiento de la vía férrea. El propietario pidió daños y perjuicios. Se le opuso que el Estado no había hecho otra cosa que usar de su derecho; por mejor decir, se había cumplido con una obligación que su misión le imponía; que no se le había reprochado, además, á la administración, alguna falta, alguna negligencia; la Corte de Bruselas contestó que la inviolabilidad de la propiedad es un derecho garantizado por la constitución; que si el Estado lo ataca estaba obligado á indemnizar la propiedad lesionada. Si el interés general exige que el propietario sea expropiado, le debe una justa y anticipada indemnización; si el propietario se halla privado por el Estado de una parte de sus derechos, le debe aún una indemnización. ¿Qué importa que el Estado ejerza un derecho obrando en interés de todos? No puede, en nombre del interés general, lesionar un derecho individual. ¿Qué importa aún que la administración no sea culpable de alguna imprudencia? El Estado se encuentra en falta, en el sentido del art. 1,382, desde que un daño causa lesión á un derecho. (1)

434. La cuestión ha sido desde entonces fuertemente discutida por la Corte de Bruselas, y ha recibido la misma solución. Una compañía inglesa fué encargada por la ciudad

1 Bruselas, 5 de Noviembre de 1844 (*Pasicrisia*, 1845, 2, 35), y 3 de Agosto de 1874 (*Pasicrisia*, 1875, 2, 172: "La responsabilidad del Estado está comprometida por el solo hecho de violar el derecho de otro").

de Bruselas, de la ejecución de trabajos referentes al saneamiento del Sena. La compañía asumía la responsabilidad de los daños que pudiera ocasionar. Se hicieron excavaciones á una profundidad considerable para la construcción de un canal colector. Como consecuencias, las casas construidas á lo largo de la vía pública, amenazaban ruina; la autoridad local ordenó su evacuación. De ahí una acción por daños y perjuicios. ¿Había derecho lesionado? La afirmativa no puede ser discutible. En efecto, el demandante había hecho construir las casas de que se trataba, después de haber obtenido la autorización necesaria, y no se alegaba que la construcción fuera contraria á las leyes del arte. De esto sigue la conclusión que el derecho de la compañía se hallaba limitada por el derecho del propietario ribereño. La municipalidad como el Estado, no puede lesionar el derecho de propiedad; cuando, pues, ésta autorizó la construcción del canal colector, bajo el suelo de la calle que debía atravesar, contraía la obligación de respetar los derechos de los ribereños, ó la de indemnizarlos en el caso en que los trabajos los lesionase. Aun cuando la compañía hubiese empleado los mejores procedimientos para practicar las excavaciones y para construir el canal, no por eso hubiera podido menos incurrir en la responsabilidad que incumbe á quien perjudica el derecho ajeno. Cometía un cuasidelito en el sentido del art. 1,382, por el solo hecho que al excavar el suelo á una profundidad extraordinaria, ocasionaba la destrucción parcial ó total de las casas ribereñas. La compañía objetaba que los trabajos, siendo emprendidos por el municipio en interés de todos, no estaba obligada á reparar los perjuicios que causaba á alguno de sus habitantes. Hemos contestado indirectamente á la objeción: es una doctrina tan falsa como funesta la que permite lesionar los derechos de los individuos por el interés general. La Corte de Bruselas da otra respuesta. Si los trabajos aprovechan á todos, es

justo que el cargo que resulta de ellos esté también soportado por todos; esta es una respuesta en nombre de la equidad; sería, en efecto, soberanamente ínico, que los propietarios ribereños soportasen solos un cargo que aprovecha á todo el municipio. La compañía objetaba además que ninguno había que imputarle. Esta es la objeción que siempre vuelve en los debates; la hemos ya contestado. La Corte de Bruselas dice que la responsabilidad existe desde que queda probado que los trabajos han sido la causa inmediata y directa del daño causado; debe agregarse, para completar el pensamiento de la Corte y del derecho lesionado. (1)

435. La Corte de Lieja se pronunció en el mismo sentido. El ferrocarril que atraviesa el valle de la Vesdra ha sido construido por el municipio de Angleur sobre un taluz, en el que se han hecho de trecho en trecho acueductos para el desagüe del Ourthe, sujeto á desbordamientos frecuentes. En el mes de Marzo de 1845, los acueductos fueron insuficientes; para mejor decir, protegieron el taluz, y por consiguiente, la vía férrea, pero las aguas viniendo con fuerza por los acueductos, deslavarón lo fundos ribereños. De ahí una acción por daños y perjuicios. ¿Había derecho lesionado? La cuestión se reducía á saber si la inundación era ocasionada por el ferrocarril; los expertos fueron unánimes en atribuir el daño al taluz, que impedía que las aguas desbordadas se extendieran por el valle y les daba un impulso mayor hácia los arcos de la vía férrea. Esto era decisivo en lo que concierne al derecho de propiedad. El Estado decía en vano que solo dependía su propiedad contra la acción de las aguas y que, por consiguiente, quedaba en los límites de su derecho. Nó, se extralimitaba aumentando el perjuicio de la inundación en perjuicio de los ribereños; los trabajos eran, pues, á la vez, defensivos y ofensivos y en tanto que

1 Bruselas, 18 de Mayo de 1868 (*Pasicrisia*, 1868, 2, 272), y Bruselas, 8 de Abril de 1870 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 317).

comprometían los derechos de los ribereños, obligaban al Estado á la responsabilidad. La Corte de Lieja condenó al Estado. Pero la sentencia fué demasiado lejos; puso al Estado fuera del derecho común, mientras que no es responsable sino en virtud del derecho común. Se objetaba al propietario inundado, que el Estado solo se había defendido contra la irrupción de las aguas. La Corte de Lieja contesta que el Estado no se halla en iguales condiciones que un particular que obra por interés propio y que paga con su dinero; el Estado al contrario, debe igual protección á todos porque los trabajos que ejecuta están pagados por todos; es, pues, justo, dice la sentencia, que aquellos que contribuyen al gasto sean indemnizados por las pérdidas que les causen los trabajos. Este motivo sobrepasa al pensamiento de la Corte; la de Casación dice que es un error; en efecto, resultaría que el Estado siempre fuera responsable desde que causase un daño, aunque no lesionase un derecho. La Corte de Casación tiene cuidado de limitar la responsabilidad del Estado, diciendo que dirigió por medio de los acueductos, las del Ourthe hácia una propiedad inferior; hé aquí la lesión del derecho, cayend (1) bajo la aplicación del artículo 1,382.

436. Algunas veces es difícil saber si hay un derecho lesionado. La propiedad da el derecho absoluto de gozar y disponer de la cosa, pero el ejercicio de este derecho está sometido á ley y reglamentos (art. 544). Si el propietario no observa la ley, ¿podrá decir aún que tiene un derecho que invocar al art. 1,382 que lo protege? La cuestión se ha presentado ante la Corte de Casación de Bruselas, quien la decidió negativamente, y con razón, según nuestra manera de ver. Un propietario construye sin solicitar se le marque el alineamiento. La ciudad ejecuta después trabajos de pavimento que tiene por resultado el que la cosa quede entera

1 Denegada, 4 de Julio de 1850 (*Pasicrisia*, 1851, 1, 499).

da. De ahí una acción de daños y perjuicios. El daño era evidente; se alegaba también en favor del propietario que la contravención á los reglamentos acerca de lincas, no habiendo sido perseguido, había prescripción. Sin embargo, la Corte juzgó que la demanda de los daños y perjuicios no era admitida; asienta, en principio, que nunca es permitido prevalecerse de un delito para inducir la adquisición de un derecho. La Corte confiesa que esto parece ser riguroso; pero sería injusto también hacer á un municipio responsable de las construcciones que fuesen hechas ilegalmente. (1)

En un caso análogo, la Corte de Lieja tuvo más indulgencia para el propietario, pero también más severidad para el municipio. Un propietario construye, según el nivel actual de la vía pública, ignorando que hubiera existido antiguamente otro nivel; la ciudad restableció el nivel antiguo; el propietario sufre un daño á consecuencia de la baja del suelo. ¿Había derecho lesionado? Se pudiera decir que no; el propietario estaba en contravención, pero era de buena fe y había construido ignorando el antiguo nivel; no podía, pues, prever que el nivel actual fuese cambiado. No se dice si había obtenido la autorización para construir, ni tampoco si había en esa fecha un reglamento para construcciones. La cuestión era, pues, de hecho más bien que de derecho, y las circunstancias del hecho estaban en favor del propietario. En derecho, la Corte invoca el principio según el cual se debe indemnizar á todo propietario que sufre un perjuicio á consecuencia de trabajos ejecutados en las calles y caminos públicos. (2) El principio es incontestable, pero está subordinado en la aplicación á la existencia de un derecho lesionado.

437. La construcción de un canal privó al propietario de un molino de la comunicación que tenía con el pueblo del

1 Bruselas, 6 de Agosto de 1847 (*Pasicrisia*, 1847, 2, 189).

2 Lieja, 31 de Enero de 1835 (*Pasicrisia*, 1835, 2, 42).

que quedaba separado por la nueva vía navegable; cuando menos, la comunicación se le hizo más difícil y su clientela sufrió por ello. El daño era seguro, ¿pero había derecho lesionado? Hay que distinguir si el propietario del molino tenía un derecho de paso convencional ó legal del que lo haya privado el establecimiento del canal; en esta hipótesis, es evidente que había lesión de derecho y, por consiguiente, lugar á aplicar el art. 1,382. En el caso, el propietario alegaba solamente la existencia de una vereda vecinal sin pretender tener algún derecho de paso; esto decidía la cuestión. (1) Había interés lesionado, pero no derecho lesionado. Los trabajos públicos lesionan casi siempre intereses particulares, aunque sean de utilidad pública; es imposible admitir que el Estado deba indemnizar á todos aquellos que sufrieron un perjuicio; debe atenerse estrictamente al principio que no hay hecho perjudicial cuando no hay derecho lesionado.

Queda una duda. ¿Los ribereños de un camino tienen derecho adquirido á las ventajas que presenta la vía de comunicación? Una vía férrea llega á atravesar un camino que servía como vía de explotación. Resulta de esto un inconveniente para los ribereños. ¿Es esta una lesión de derecho? No, pues el uso del camino no es un derecho adquirido, en el sentido de que el Estado no puede modificar las vías de comunicación sin estar obligado á indemnizar á los ribereños. Hay que ver si el daño lesiona un derecho. ¿Y qué derecho da la vía á los ribereños? En primer lugar, el de construir á lo largo de la vía con salida en ella; las construcciones dan un derecho al propietario porque es el ejercicio del derecho de propiedad; pero la facilidad que tienen los propietarios vecinos para explotar sus fundos no es un derecho adquirido; esta ventaja se liga á un derecho de cosas establecido en interés general y que puede ser modificado por este mismo

1 Bruselas, 29 de Noviembre de 1845 (*Pasicrisia*, 1845, 2, 29).

interés. ¿No podía el estado abrir una nueva vía que atravesase á otra? Si este nuevo camino es una vía férrea, resultarán algunas trabas para la circulación; esto es un interés privado que está lesionado y que debe ceder al interés general. (1)

438. Una cuestión análoga se ha presentado en un caso difícil, en el que la Corte de Bruselas se encontró en desacuerdo con la Corte de Casación. El concesionario de un ferrocarril se queja que su vía está atravesada por un ferrocarril del Estado, lo que lo obliga á parar en el cruce, lo que le causa un perjuicio. ¿Hay derecho lesionado? En apariencia, hay un derecho convencional, puesto que una convención intervino entre el Estado y el concesionario; esta convención creó una propiedad de naturaleza particular que es muy difícil caracterizar, pero que al fin confiere un derecho; y como el Estado mismo fué quien la concedió, ¿puede después alterar este derecho ó disminuirlo? La Corte de Bruselas tomó el asunto bajo este punto de vista y sentenció que el Estado, construyendo un ferrocarril que disminuye las ventajas de la concesión, está obligado á pagar los daños y perjuicios que resultan. Si se admite que el Estado está ligado por la concesión, debe decirse que está obligado á una reparación, no en virtud del art. 1,382 sino en virtud de la convención que ha violado. La Corte niega que haya lesión de derecho; dice que la construcción del ferrocarril se hace en virtud de una ley, que el decreto real que fija el trazo tiene fuerza legal. Si, pues, la vía del Estado corta otra vía concedida, es en virtud de una ley. Tal es el punto de partida de los debates. Bastaba para decidir la cuestión: la ley, aunque lesione un derecho, no da lugar á una reparación (artículo 418). La Corte de Casación no alega este motivo, se empeña en probar que no había derecho lesionado. ¿Pue-

1 Bruselas, 31 de Octubre de 1871 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 20).

de el concesionario quejarse de que el trazo viole la ley del contrato intervenido entre el Estado y él? Nó; haciendo una concesión, el Gobierno no entiende abdicar de su derecho; para decir mejor, la obligación que él tiene de extender y perfeccionar las vías de comunicación existentes; la concesión acordada en interés general, está siempre subordinada al interés general. Acerca de este primer punto no hay ninguna duda, es decisivo. En efecto, si el Estado tiene el derecho de construir un ferrocarril que atraviese una vía concedida, el concesionario se encuentra por esto mismo sometido á las obligaciones que incumben á todo propietario cuya propiedad está atravesada por una vía férrea. El decreto real de 16 de Enero de 1836 dice (art. 1.º): "El paso por los caminos reales, provinciales ó particulares no puede efectuarse por los coches ó firos de cualquiera otra naturaleza, sino después de haber pasado los convoyes remolcados por máquinas de vapor." Esta disposición ¿obliga á los concesionarios de una vía férrea? La afirmativa no es dudosa, puesto que se trata de un reglamento de orden público. ¿Se dirá que el Estado que ha concedido á que pongan una vía férrea no puede atacar los derechos que confirió él mismo al concesionario, y que está obligado á pagarle daños y perjuicios? Aquí está el error de la Corte de Bruselas. Suponémos que la concesión dé al concesionario el derecho de propiedad; ¿es esto decir que el Estado lo dispensa de observar los reglamentos de orden público á los que cualquier propietario queda sometido? La propiedad no es nunca un poder absoluto, está sujeta á las limitaciones que resultan del estado social; con más razón debe suceder lo mismo con una concesión que no da al concesionario sino una propiedad imperfecta; el paso de un convoy es una traba para los propietarios ribereños, sin que puedan, por esto, reclamar una indemnización, excepto en caso de expropiación; los concesionarios son á este respecto, sometidos al derecho común. En definitiva, hay intere-

ses lesionados, pero no hay derechos perjudicados; luego no hay hecho perjudiciable en el sentido del art. 1,382. (1)

4. Aplicación del principio á los municipios.

439. Lo que hemos dicho del Estado, se aplica á las provincias y á los municipios. Los principios son idénticos. Aunque obren como poder cuando ejecutan trabajos, los tribunales los declaran responsables cuando perjudican un derecho ageno. Citarémos desde luego una sentencia que concierne al Estado. Este levanta el nivel de un camino real para armonizarlo con un camino férreo. Resultó de estos trabajos que una cosa construida en el camino real con autorización de la administración de puentes y calzadas, se encontró bajo del nivel de la calzada, por consiguiente, las aguas pluviales la inundaron. De ahí una demanda por daños y perjuicios contra el Estado. La acción fué admitida por el primer juez. Recurso de casación. El Gobierno sostuvo que tenía derecho y obligación de prescribir los trabajos que había ejecutado, que, por consiguiente, no estaba obligado á pagar daños y perjuicios. La Corte pronunció una sentencia de denegada sobre informe de M. De Cuyper. Asienta en principio que el Estado está sometido al derecho común en lo que concierne al uso que él hace de las propiedades públicas. El principio es incontestable: pero ¿es como propietario que obra el Estado? La Corte agrega que el establecimiento de caminos no impone al Estado obligaciones particulares hácia los propietarios ribereños. Es seguro que el Estado, cuando construye un camino, obra como poder público. ¿Cuáles son las obligaciones que le incumben como tal? "Si la administración, dice la sentencia, no puede ser obligada á hacer gozar á los ribereños de todas las ventajas resultando para ellos del establecimiento de un ca-

1 Dos sentencias de casación de 15 de Marzo de 1855 (*Pasicrisia*, 1855, 1, 126).

de el concesionario quejarse de que el trazo viole la ley del contrato intervenido entre el Estado y él? Nó; haciendo una concesión, el Gobierno no entiende abdicar de su derecho; para decir mejor, la obligación que él tiene de extender y perfeccionar las vías de comunicación existentes; la concesión acordada en interés general, está siempre subordinada al interés general. Acerca de este primer punto no hay ninguna duda, es decisivo. En efecto, si el Estado tiene el derecho de construir un ferrocarril que atraviese una vía concedida, el concesionario se encuentra por esto mismo sometido á las obligaciones que incumben á todo propietario cuya propiedad está atravesada por una vía férrea. El decreto real de 16 de Enero de 1836 dice (art. 1.º): "El paso por los caminos reales, provinciales ó particulares no puede efectuarse por los coches ó firos de cualquiera otra naturaleza, sino después de haber pasado los convoyes remolcados por máquinas de vapor." Esta disposición ¿obliga á los concesionarios de una vía férrea? La afirmativa no es dudosa, puesto que se trata de un reglamento de orden público. ¿Se dirá que el Estado que ha concedido á que pongan una vía férrea no puede atacar los derechos que confirió él mismo al concesionario, y que está obligado á pagarle daños y perjuicios? Aquí está el error de la Corte de Bruselas. Suponémos que la concesión dé al concesionario el derecho de propiedad; ¿es esto decir que el Estado lo dispensa de observar los reglamentos de orden público á los que cualquier propietario queda sometido? La propiedad no es nunca un poder absoluto, está sujeta á las limitaciones que resultan del estado social; con más razón debe suceder lo mismo con una concesión que no da al concesionario sino una propiedad imperfecta; el paso de un convoy es una traba para los propietarios ribereños, sin que puedan, por esto, reclamar una indemnización, excepto en caso de expropiación; los concesionarios son á este respecto, sometidos al derecho común. En definitiva, hay intere-

ses lesionados, pero no hay derechos perjudicados; luego no hay hecho perjudiciable en el sentido del art. 1,382. (1)

4. Aplicación del principio á los municipios.

439. Lo que hemos dicho del Estado, se aplica á las provincias y á los municipios. Los principios son idénticos. Aunque obren como poder cuando ejecutan trabajos, los tribunales los declaran responsables cuando perjudican un derecho ageno. Citarémos desde luego una sentencia que concierne al Estado. Este levanta el nivel de un camino real para armonizarlo con un camino férreo. Resultó de estos trabajos que una cosa construida en el camino real con autorización de la administración de puentes y calzadas, se encontró bajo del nivel de la calzada, por consiguiente, las aguas pluviales la inundaron. De ahí una demanda por daños y perjuicios contra el Estado. La acción fué admitida por el primer juez. Recurso de casación. El Gobierno sostuvo que tenía derecho y obligación de prescribir los trabajos que había ejecutado, que, por consiguiente, no estaba obligado á pagar daños y perjuicios. La Corte pronunció una sentencia de denegada sobre informe de M. De Cuyper. Asienta en principio que el Estado está sometido al derecho común en lo que concierne al uso que él hace de las propiedades públicas. El principio es incontestable: pero ¿es como propietario que obra el Estado? La Corte agrega que el establecimiento de caminos no impone al Estado obligaciones particulares hácia los propietarios ribereños. Es seguro que el Estado, cuando construye un camino, obra como poder público. ¿Cuáles son las obligaciones que le incumben como tal? "Si la administración, dice la sentencia, no puede ser obligada á hacer gozar á los ribereños de todas las ventajas resultando para ellos del establecimiento de un ca-

1 Dos sentencias de casación de 15 de Marzo de 1855 (*Pasicrisia*, 1855, 1, 126).

mino público, es cuando menos incontestable que no puede, sin indemnizarles por los daños que sufren, quitarles el uso del camino ó trabar este uso en cuanto es necesario para la explotación de sus propiedades." (1) Esto implica que hay daños de que responde el Estado y que hay otros por los que no responde. En el caso, no podía haber mucha duda. El Estado no puede hacer imposible un modo de explotación legalmente establecido sobre la fe de la existencia de un camino conforme con su destino. ¿Pero cuáles son los daños por los que el Estado no responde? Encontraremos la dificultad más adelante. En nuestro concepto, solo hay una solución; no se trata de las obligaciones del Gobierno que construye un camino, se trata de los derechos de los propietarios. Desde que el Estado perjudica un derecho, es responsable. La cuestión consiste siempre en saber si hay un derecho perjudicado.

El Estado ejecuta trabajos en la madre de un río dependiente del dominio público; á consecuencia de dichos trabajos, las aguas se precipitan sobre las construcciones, derriban las paredes y una gran parte de las casas habitadas. En la acción por daños y perjuicios se sostuvo que el Estado había obrado en interés general. Esto no impide, dice la Corte de Lieja, que el Estado esté sometido á las reglas de responsabilidad como los particulares, y que deba reparar el daño causado por su culpa á las propiedades privadas. Todo hecho del hombre, dice la sentencia, que causa á los demás un daño, obliga á aquel que lo cometió á repararlo. Este principio es aplicable al Estado como á los particulares. Este es el verdadero principio. En el caso, la decisión no era dudosa, pues constaba de hecho que había culpa por parte de los agentes del gobierno. (2)

La misma Corte ha casado una sentencia que parece con-

1 Denegada, 9 de Enero de 1845 (*Pasicrisia*, 1845, 1, 197).

2 Lieja, 13 de Junio de 1846 (*Pasicrisia*, 1847, 2, 155).

traría á este principio; ésta distingue entre el daño directo y el indirecto. ¿Qué importa si consta que el daño resultó de los trabajos? A decir verdad, la sentencia es una decisión de especie, pues está dicho que no es verosímil que las ruinas de las construcciones hayan sucedido por los trabajos. (1)

La misma cuestión se ha presentado ante la Corte de Bruselas, en un negocio en que hubo de determinarse hasta dónde llegaba la responsabilidad del municipio que ejecuta trabajos de caminos. Se alegaba también la convención tácita que se forma entre el que construye y el municipio que autoriza; la Corte tiene razón de apartar estas consideraciones que son extrañas al debate. Es seguro, dice, que el municipio tiene un derecho inalienable para modificar la vía pública, según las exigencias del interés público. Pero es también seguro que el municipio no puede atentar contra la propiedad ni contra los derechos esenciales que de ella resultan. La sentencia agrega: á la propiedad *material* y á los *derechos directos*. Esto implica una restricción que nosotros no admitimos: la propiedad, siendo un derecho, no entendemos que se le califique de *material*; en cuanto á los derechos, sean ó no directos, desde que son inherentes á la propiedad, el municipio no puede atacarlos sin responsabilidad. La Corte coloca entre los derechos directos y esenciales el acceso, las salidas y las calles; no comprende en ello las ventajas accesorias ó secundarias que el propietario puede sacar, ya de la circulación más ó menos grande, ya de la vecindad de ciertos establecimientos públicos que atraen á la clientela. Acerca de este último punto, la Corte tiene razón; la vecindad no es un derecho, pero el libre tránsito de las calles es un derecho, puesto que éste es un objeto, y el derecho de los ribereños es el de gozar de este libre tránsito. Si el municipio estorba el tránsito, lesiona ó perjudica un derecho y

1 Lieja, 13 de Julio de 1844 (*Pasicrisia*, 1846, 2, 49).

es responsable. Si se trata de un simple goce, no hay lesión; pero si el estorbo llega hasta perjudicar á los ribereños, ya no se trata de un gozo sino que hay un derecho perjudicado. (1)

En resumen, la jurisprudencia admite nuestro principio por lo que toca á los trabajos de caminos. Solo hay dificultad acerca del punto de saber si hay un derecho perjudicado. La distinción de derechos directos é indirectos no nos parece ser jurídica.

440. Un municipio abre un nuevo camino; los trabajos se ejecutan por medio de empresa; ésta descuida alumbrar y cercar una excavación; como resultado, una persona que pasa durante la noche cae y se rompe una pierna. De ahí una acción de daños y perjuicios contra el municipio. La Corte de Casación falló que había lugar á aplicar los arts. 1,382 y 1,383, habiendo sucedido el accidente por culpa de la ciudad que había descuido alumbrar la excavación que hacia para el establecimiento de un camino, y de colocar en ella una barrera. Se lee en las sentencias de la Corte de Apelación, que fué confirmada por una sentencia de denegada, que la ciudad estaba obligada, como cualquier propietario al ejecutar trabajos que interesan la seguridad pública, de tomar las precauciones necesarias para evitar accidentes. ¿Era como propietario como obraba la ciudad en este caso? No por cierto; la apertura de una nueva comunicación es un trabajo de utilidad pública; el municipio lo ejecuta como poder público, en interés público, y no como propietario. Es, pues, á título de poder público como ha sido declarado responsable. (2) Si las cortes de Francia sirven para demostrar que solo se trata de intereses privados, es que, según la legislación francesa, los tribunales no son competentes para conocer de los derechos políticos, mientras que en Bélgica la jurisdicción administrativa está poco menos de abolida.

1 Bruselas, 13 de Julio de 1874 (*Pasicrisia*, 1874, 1, 233).

2 Denegada 17 de Febrero de 1868 (*Dalloz*, 1868, 1, 273).

441. Un propietario acciona la ciudad Mons por pago de daños y perjuicios, por no haber tomado medidas que debiera haber tomado para facilitar el curso de las aguas del Trouille, crecido por lluvias de verano y acarreado mucha arena. La ciudad contestó que solo había ejecutado las maniobras prescriptas por una ordenanza de policía, que, por consiguiente, había hecho lo que tenía el derecho y la obligación de hacer. Esta justificación no fué admitida por la Corte de Bruselas. Esta asienta en principio que la ley no exceptúa á las autoridades públicas de la obligación de reparar el daño causado por culpas de negligencia ó imprudencia que cometan, procediendo de la ejecución de medidas que se ven obligadas á tomar en interés general, provincial ó municipal. (1) Luego el Estado es responsable, aunque obre como poder público, desde que comete una falta; y la comete no solo cuando obra por imprudencia ó descuido, sino también cuando perjudica un derecho.

442. Los municipios son también responsables cuando causan un daño por el descuido que tienen en cumplir las obligaciones que les incumben, aunque se trate de medidas de policía. Un arroyo corre por medio de un camino vecinal; el municipio es propietario de ambas riberas; la autoridad local, descuidando de limpiar el arroyo, el limo y las imundicias se acumularon á tal punto que causaron un daño á las propiedades ribereñas. ¿Era responsable el municipio? La Corte de Riom resolvió que no lo era, porque no había contravenido ninguna ley, no siendo el camino en el que corría el arroyo uno de esos caminos vecinales que el municipio está obligado á mantener en buen estado de viabilidad. Esto era rodear la dificultad. No se trataba del mantenimiento obligatorio de un camino vecinal, se trataba de un

1 Bruselas, 31 de Julio de 1844 (*Pasicrisia*, 1844, 2, 287). Compárese decreto del consejo de Estado de 25 de Abril de 1855 (*Dalloz*, 1855, 5, 451, num. 16).

hecho perjudiciable, de la acumulación de limos é inundaciones en un camino municipal; y aunque ese camino no hubiese sido municipal, el municipio siempre estaba obligado á tomar medidas de limpieza y salubridad. La Corte de Casación agrega que todo propietario de un terreno en medio del cual corre un arroyo está obligado á tomar, en la extensión de su propiedad, las precauciones para evitar la destrucción de las propiedades vecinas por el asolve del riachuelo, y que á falta de tomar esas precauciones, es responsable de los daños causados por su descuido. Esto es verdad; y cuando el municipio es propietario, queda sometido al derecho común. Lo seguro es que un municipio no es un propietario ordinario, y que, en el caso, se trataba de medidas de policía más bien que de los cuidados que un propietario debe tener con su cosa. Omitimos las demás objeciones á las que la Corte de Casación responde de una manera perentoria. (1)

5. De las concesiones de trabajos públicos.

443. Los concesionarios de trabajos públicos son representantes del Estado, aunque tengan una especie de propiedad muy difícil de caracterizar. En lo que toca á los hechos perjudiciables, no hay ninguna duda. Las compañías concesionarias están sometidas al derecho común. En nuestra opinión, esto es evidente, puesto que admitimos que el Estado es responsable aun cuando obra como poder público. De esto sigue que las compañías no pueden excusarse alegando el silencio de la acta de concesión en cuanto á las obligaciones que les son impuestas; la obligación que resulta de un hecho perjudiciable, no tiene necesidad de estar escrita en una acta, lo está en la ley y ella incumbe á todos aquellos que perjudican un derecho. Ha sido sentenciado por

1 Casación, 30 de Noviembre de 1858 (Daloz, 1859, 1, 20).

aplicación de este principio, que la compañía concesionaria de un canal es responsable por el accidente causado á consecuencia de su descuido en no poner una barrera en el lugar en que el canal atraviesa un camino empedrado. El cuaderno de cargos no le obligaba á ello, pero el art. 1,382 lo hace responsable de las consecuencias de su descuido. (1)

El consejo de Estado distingue el daño directo y el indirecto; no declara á la administración ó á los concesionarios responsables sino por el daño directo. Nos parece que la distinción es arbitraria; ella es, en todo caso, de tal manera vaga que sería difícil y algunas veces imposible aclarar si el daño es directo ó indirecto. Unas aguas estancadas se acumulan en las excavaciones hechas para la extracción de las tierras necesarias para un taluz. Las excavaciones nocivas que emiten, ocasionan enfermedades. ¿Es esto un daño directo ó indirecto? El consejo de Estado condenó á la compañía á pagar los daños y perjuicios porque descuidó de ejecutar los trabajos necesarios para el curso de las aguas, lo que había causado la estagnación, y por consiguiente, las calenturas. (2)

III Del poder judicial.

444. Cuando se habla de la responsabilidad del Estado, se entiende por esto el Gobierno, agente del poder ejecutivo. Acabamos de decir bajo qué condición él es responsable. Hay otros dos poderes; el poder legislativo es irresponsable en este sentido, que la ley no da lugar á una acción por daños y perjuicios contra el Estado. Lo mismo pasa con el poder judicial; los magistrados son responsables en ciertos casos; los tribunales y las cortes pueden ser acusados, pero la acción no se dirige contra el Estado, está formada contra los magistrados inculcados. La responsabilidad del juez conuen-

1 Gante, 8 de Marzo de 1866 (*Pasicrisia*, 1867, 2, 17).

2 Decreto de 29 de Marzo de 1855 (Daloz, 1855, 3, 81).

hecho perjudiciable, de la acumulación de limos é inundaciones en un camino municipal; y aunque ese camino no hubiese sido municipal, el municipio siempre estaba obligado á tomar medidas de limpieza y salubridad. La Corte de Casación agrega que todo propietario de un terreno en medio del cual corre un arroyo está obligado á tomar, en la extensión de su propiedad, las precauciones para evitar la destrucción de las propiedades vecinas por el asolve del riachuelo, y que á falta de tomar esas precauciones, es responsable de los daños causados por su descuido. Esto es verdad; y cuando el municipio es propietario, queda sometido al derecho común. Lo seguro es que un municipio no es un propietario ordinario, y que, en el caso, se trataba de medidas de policía más bien que de los cuidados que un propietario debe tener con su cosa. Omitimos las demás objeciones á las que la Corte de Casación responde de una manera perentoria. (1)

5. De las concesiones de trabajos públicos.

443. Los concesionarios de trabajos públicos son representantes del Estado, aunque tengan una especie de propiedad muy difícil de caracterizar. En lo que toca á los hechos perjudiciables, no hay ninguna duda. Las compañías concesionarias están sometidas al derecho común. En nuestra opinión, esto es evidente, puesto que admitimos que el Estado es responsable aun cuando obra como poder público. De esto sigue que las compañías no pueden excusarse alegando el silencio de la acta de concesión en cuanto á las obligaciones que les son impuestas; la obligación que resulta de un hecho perjudiciable, no tiene necesidad de estar escrita en una acta, lo está en la ley y ella incumbe á todos aquellos que perjudican un derecho. Ha sido sentenciado por

1 Casación, 30 de Noviembre de 1858 (Daloz, 1859, 1, 20).

aplicación de este principio, que la compañía concesionaria de un canal es responsable por el accidente causado á consecuencia de su descuido en no poner una barrera en el lugar en que el canal atraviesa un camino empedrado. El cuaderno de cargos no le obligaba á ello, pero el art. 1,382 lo hace responsable de las consecuencias de su descuido. (1)

El consejo de Estado distingue el daño directo y el indirecto; no declara á la administración ó á los concesionarios responsables sino por el daño directo. Nos parece que la distinción es arbitraria; ella es, en todo caso, de tal manera vaga que sería difícil y algunas veces imposible aclarar si el daño es directo ó indirecto. Unas aguas estancadas se acumulan en las excavaciones hechas para la extracción de las tierras necesarias para un taluz. Las excavaciones nocivas que emiten, ocasionan enfermedades. ¿Es esto un daño directo ó indirecto? El consejo de Estado condenó á la compañía á pagar los daños y perjuicios porque descuidó de ejecutar los trabajos necesarios para el curso de las aguas, lo que había causado la estagnación, y por consiguiente, las calenturas. (2)

III Del poder judicial.

444. Cuando se habla de la responsabilidad del Estado, se entiende por esto el Gobierno, agente del poder ejecutivo. Acabamos de decir bajo qué condición él es responsable. Hay otros dos poderes; el poder legislativo es irresponsable en este sentido, que la ley no da lugar á una acción por daños y perjuicios contra el Estado. Lo mismo pasa con el poder judicial; los magistrados son responsables en ciertos casos; los tribunales y las cortes pueden ser acusados, pero la acción no se dirige contra el Estado, está formada contra los magistrados inculcados. La responsabilidad del juez conuen-

1 Gante, 8 de Marzo de 1866 (*Pasicrisia*, 1867, 2, 17).

2 Decreto de 29 de Marzo de 1855 (Daloz, 1855, 3, 81).

zó por ser absoluta; en la edad media se le podía obligar á pelear en campo cerrado para sostener su sentencia. Cuando la apelación tomó el lugar de esta justicia bárbara, los jueces estaban aún obligados á sostener su decisión ante el Tribunal Superior y esto á sus costas, dice Bouteiller. En cuanto á las partes, el apelante se limitaba á *intimarlo*; es decir, á denunciarles la apelación; de donde viene el nombre de *intimado* que se da al defensor de una causa en apelación. El aplazamiento del magistrado no consideraba la misión de los tribunales; éstos hacen justicia en nombre de la nación y con este título no pueden ser responsables de sus decisiones; pueden equivocarse, puesto que son hombres; la ley organiza á este efecto una instancia superior quien revisa las sentencias pronunciadas en primera instancia; sin embargo, los magistrados, á diferencia de los legisladores, están mezclados en debates en que se agitan las pasiones más violentas y pueden dejarse arrastrar por la simpatía ó el odio; en este caso, no merecen ya el nombre de órganos de la justicia. La ley permite acusarlos. (1) Según los términos del art. 505 del Código de Procedimientos, los jueces pueden ser acusados en los casos siguientes: 1.º si hay dolo, fraude ó convención que se pretende haber sido cometidos ya en el curso de la instrucción, ya en las sentencias; 2.º si la causa de la acusación está expresamente pronunciada por la ley; 3.º si la ley declara que los jueces son responsables por los daños y perjuicios; 4.º si hay denegada de justicia.

No entraremos en los pormenores de esta materia que pertenece á los procedimientos; (2) este principio solo entra en el cuadro de nuestro trabajo. ¿Qué es la acusación? Es la acción por responsabilidad que la ley permite intentar en ciertos casos contra los magistrados. De esto sigue que no hay otra acción por daños y perjuicios contra el juez sino

1 Toullier, t. VI, 1, pág. 153, núms. 184-189.

2 Véase Toullier, t. VI, 1, pág. 157, núms. 190-229.

la acusación. (1) El art. 1,382 no es, pues, aplicable á los magistrados; éstos están sometidos á una responsabilidad especial, mucho menos severa que la que pesa en los hombres en general, así como en los funcionarios públicos, como lo vamos á decir. La más ligera falta, la más leve imprudencia, bastan para comprometer la responsabilidad de aquel que, por su hecho, causa un daño á los demás; mientras que el magistrado no es responsable de su falta, solo responde por su dolo. Y como esta responsabilidad es excepcional, hay que tomar también la palabra *dolo* en su más estrecha acepción. Esta es la resolución de la Corte de Casación; ésta concluye diciendo que en derecho el dolo es una falta moral, que procede sobre todo de la intención que no se debe en esta materia asimilar á la culpa, cualquiera que sea su grado; que es necesario el designio de dañar. En último análisis, dice la Corte, salvo los casos determinados por la ley, el juez puede ser acusado solo cuando ha sentenciado por favor, por odio ó por corrupción. (2)

¿Cuál es la razón de esta indulgencia que parece excesiva cuando se le compara con la severidad de la responsabilidad establecida por el art. 1,382? La ley cubre con una presunción de verdad los errores escapados á los jueces, porque el respeto á la justicia y á las sentencias es una de las bases del orden social. Esto es una ficción; pero la ficción es una necesidad, y debe aprovechar en cierta medida á los magistrados. ¿Cuál es la parte condenada que no maldice á su juez? Si la falta más leve bastase para pedirle cuenta de su sentencia, la pasión multiplicaría hasta lo infinito las acciones por daños y perjuicios contra los magistrados. ¿Qué sucedería entonces con el prestigio de la justicia, diariamente atacada y envilecida?

1 Denegada, 13 de Marzo de 1850 (Daloz, 1850, 1, 320).

2 Denegada, 6 de Julio de 1858 (Daloz, 1858, 1, 279). Compárese Denegada, Sala Civil, 18 de Julio de 1832 (Daloz, 1832, 1, 281); Besançon, 3 de Marzo de 1860 (Daloz, 1860, 2, 69).

§ III.—UN HECHO IMPUTABLE.

Núm. 1. Cuando el hecho deja de ser imputable por razón de una falta de libertad.

445. Los hechos perjudiciales previstos por los artículos 1,382 y 1,383 son delitos ó cuasidelitos. Para que haya delito, es menester que el autor del hecho cause un daño á otro por dolo ó malignidad; estas son las expresiones de Pothier. Para que haya cuasidelito es necesario que el daño haya sido causado por una imprudencia inexcusable. De esto resulta, dice Pothier, que solo las personas que gozan de su razón son capaces de un delito ó cuasidelito; es decir, de un hecho perjudicial en el sentido de los arts. 1,382 y 1,383; las personas que no tienen aún el uso de razón, los niños, ó los que la han perdido, los insensatos, no pueden cometer delitos ni cuasidelitos, pues no son capaces de malignidad ni de imprudencias. Pothier concluye que si un niño ó un loco, causa un daño á alguien, no está obligado á repararlo, salvo la acción contra los que la ley declara responsables del hecho ageno. Tratarémos de esta responsabilidad más adelante.

El art. 1,382 está, pues, concebido en términos demasiado absolutos cuando dice: "Cualquier hecho del hombre;" y el art. 1,383 se expresa también de un modo demasiado absoluto diciendo que *cada uno* es responsable del daño causado por su hecho. Si la ley se enuncia así, es para oponer á las obligaciones contractuales, las que nacen de un delito ó cuasidelito; los incapaces pueden obligarse por un delito ó un cuasidelito, mientras que no pueden contratar. Un incapacitado no puede contratar durante un intervalo lúcido, ni un menor antes de su mayor edad, aunque de hecho goce de la plenitud de su razón, ni una mujer casada, aunque antes de casarse era plenamente capaz. La ley dice terminantemente que el menor no está obligado á restituir contra

los compromisos resultando de su delito ó cuasidelito (artículo 1,310). Esto es verdad, por identidad de razones, con la mujer casada. Pothier parece decir que los incapaces son siempre responsables, pero se refiere á las personas que se declaraban incapaces en el antiguo derecho por causa de prodigalidad; según el Código Civil, se les da un consejo de familia; su incapacidad no es absoluta, solo existe para los actos que la ley les prohíbe hacer sin la asistencia de su consejo; los pródigos se obligan, pues, por sus delitos ó cuasidelitos, pues la ley se cuidó de no declararlos incapaces de obligarse por un hecho perjudicial. Lo mismo sucede con las personas débiles de espíritu, á las que se nombra un consejo, pues la debilidad de espíritu, tal como la entiende la ley, no llega hasta privar á los que la padecen de la conciencia del mal que hacen. Esto es evidente cuando obran con intención de dañar. También lo es cuando causan un daño por su imprudencia; solo que debe decirse lo que Pothier de los menores, que se excusará más fácilmente la imprudencia en ellos. Aunque no hubiese incapacidad, la enajenación mental bastaría si estuviese comprobada para descargar de toda responsabilidad al autor del hecho perjudicial. El principio no es dudoso, salvo la dificultad de la prueba. Puede también suceder que la locura no haga cesar la responsabilidad. La Corte de Rouen declaró responsable á un capitán de navío y, por consiguiente, al empresario, á título de comitente, por haber herido á un marinero, aunque el culpable pretendió que lo había hecho en un acto de locura; la Corte contestó que esta clase de enajenación momentánea había tenido por causa el abuso de licores alcohólicos; es decir, una falta de aquel que había causado el daño, por consiguiente, el estado de locura podía con justo título ser imputado al capitán, lo que determinó la condena del empresario. (1)

1 Rouen, 17 de Marzo de 1874 (Daloz, 1874, 2, 290).

§ III.—UN HECHO IMPUTABLE.

Núm. 1. Cuando el hecho deja de ser imputable por razón de una falta de libertad.

445. Los hechos perjudiciales previstos por los artículos 1,382 y 1,383 son delitos ó cuasidelitos. Para que haya delito, es menester que el autor del hecho cause un daño á otro por dolo ó malignidad; estas son las expresiones de Pothier. Para que haya cuasidelito es necesario que el daño haya sido causado por una imprudencia inexcusable. De esto resulta, dice Pothier, que solo las personas que gozan de su razón son capaces de un delito ó cuasidelito; es decir, de un hecho perjudicial en el sentido de los arts. 1,382 y 1,383; las personas que no tienen aún el uso de razón, los niños, ó los que la han perdido, los insensatos, no pueden cometer delitos ni cuasidelitos, pues no son capaces de malignidad ni de imprudencias. Pothier concluye que si un niño ó un loco, causa un daño á alguien, no está obligado á repararlo, salvo la acción contra los que la ley declara responsables del hecho ageno. Tratarémos de esta responsabilidad más adelante.

El art. 1,382 está, pues, concebido en términos demasiado absolutos cuando dice: "Cualquier hecho del hombre;" y el art. 1,383 se expresa también de un modo demasiado absoluto diciendo que *cada uno* es responsable del daño causado por su hecho. Si la ley se enuncia así, es para oponer á las obligaciones contractuales, las que nacen de un delito ó cuasidelito; los incapaces pueden obligarse por un delito ó un cuasidelito, mientras que no pueden contratar. Un incapacitado no puede contratar durante un intervalo lúcido, ni un menor antes de su mayor edad, aunque de hecho goce de la plenitud de su razón, ni una mujer casada, aunque antes de casarse era plenamente capaz. La ley dice terminantemente que el menor no está obligado á restituir contra

los compromisos resultando de su delito ó cuasidelito (artículo 1,310). Esto es verdad, por identidad de razones, con la mujer casada. Pothier parece decir que los incapaces son siempre responsables, pero se refiere á las personas que se declaraban incapaces en el antiguo derecho por causa de prodigalidad; según el Código Civil, se les da un consejo de familia; su incapacidad no es absoluta, solo existe para los actos que la ley les prohíbe hacer sin la asistencia de su consejo; los pródigos se obligan, pues, por sus delitos ó cuasidelitos, pues la ley se cuidó de no declararlos incapaces de obligarse por un hecho perjudicial. Lo mismo sucede con las personas débiles de espíritu, á las que se nombra un consejo, pues la debilidad de espíritu, tal como la entiende la ley, no llega hasta privar á los que la padecen de la conciencia del mal que hacen. Esto es evidente cuando obran con intención de dañar. También lo es cuando causan un daño por su imprudencia; solo que debe decirse lo que Pothier de los menores, que se excusará más fácilmente la imprudencia en ellos. Aunque no hubiese incapacidad, la enajenación mental bastaría si estuviese comprobada para descargar de toda responsabilidad al autor del hecho perjudicial. El principio no es dudoso, salvo la dificultad de la prueba. Puede también suceder que la locura no haga cesar la responsabilidad. La Corte de Rouen declaró responsable á un capitán de navío y, por consiguiente, al empresario, á título de comitente, por haber herido á un marinero, aunque el culpable pretendió que lo había hecho en un acto de locura; la Corte contestó que esta clase de enajenación momentánea había tenido por causa el abuso de licores alcohólicos; es decir, una falta de aquel que había causado el daño, por consiguiente, el estado de locura podía con justo título ser imputado al capitán, lo que determinó la condena del empresario. (1)

1 Rouen, 17 de Marzo de 1874 (Dalloz, 1874, 2, 290).

El niño no es capaz de delito ni de cuasidelito, mientras que el menor sí lo es. ¿En qué edad el niño es ya capaz de obligarse por un hecho perjudicial? Pothier contesta á la cuestión. No puede definirse con precisión la edad en la que los hombres tienen uso de razón y son, por consiguiente, capaces de malignidad ó de falta. Esto debe estimarse por las circunstancias: el juez decidirá si hay imputabilidad y, por consiguiente, delito ó cuasidelito. (1)

446. Ha sido sentencia lo, por aplicación de este principio, que el menor, aun impúber, está obligado á reparar el daño que cause por un cuasidelito, si tenía la inteligencia bastante desarrollada para entender la falta que cometió: en el caso, el menor solo tenía once años. (2) La jurisprudencia se ha pronunciado en el mismo sentido para con los enajenados. Esto es un punto de hecho á menudo muy difícil de resolver, cuando la demencia no es absoluta. En derecho, no hay ninguna duda; la Corte de Casación dice muy bien que el art. 1,382 decide implícitamente la cuestión. En efecto, la ley exige la culpa para que haya hecho perjudicial, lo que supone un hecho dependiente de la voluntad; y un insensato no lo tiene; no puede, pues, ser responsable aun civilmente por los actos cumplidos durante su estado de demencia. (3) Hay, sin embargo, una sentencia en sentido contrario. La Corte de Montpellier pretende que, en la aplicación del principio de la responsabilidad civil, la ley no se ocupa ni de la voluntad ni de la intención; la Corte agrega que si la *inexperiencia* de un insensato es excusable al punto de vista de la represión penal, cuando produce

1 Pothier, *Obligaciones*, núms. 118-120. Aubry y Rau, t. IV, página 747, y notas 6-8, pfo. 441, y pág. 754, pfo. 446.

2 Burdeos, 31 de Marzo de 1855 (Dalloz, 1854, 5, 656, núm. 17).

3 Denegada, 14 de Mayo de 1866 (Dalloz, 1866, 1, 296). Comparese Bruselas, 3 de Julio de 1830 (*Pasicrisia*, 1830, pág. 173). Lieja, 10 de Enero de 1835 (*Pasicrisia*, 1835, 2, 12). Caen, 2 de Diciembre de 1853 (Dalloz, 1855, 2, 117). Lyon, 22 de Febrero de 1871 (Dalloz, 1872, 2, 133).

un hecho perjudicial, obliga á su autor á repararlo. (1) La Corte de Casación ha contestado de antemano al argumento de derecho, si puede darse este nombre á la violación de la ley; ¿qué va á tratarse de *inexperiencia* cuando no hay voluntad ni inteligencia! En el caso juzgado por la Corte de Montpellier, la causa de los demandantes, herederos de la víctima, era muy favorable; y la Corte comprueba de hecho que el autor del delito gozaba, en el momento del acto, de suficiente razón para apreciar las consecuencias y la moralidad de su acción. Esto era decisivo, y era inútil dar una mala razón de derecho en apoyo de una decisión que se justificaba por el estado intelectual del enajenado.

Núm. 2. ¿Cesa la imputabilidad cuando el hecho es cometido por orden de la autoridad?

447. La afirmativa está consagrada por la jurisprudencia. Si está resuelto que se debe obediencia á la orden de la autoridad, no puede ya tratarse de reclamar daños y perjuicios contra quien ejecutó la orden, puesto que ya no hay libre voluntad de parte suya, y sin libertad no hay imputabilidad. (2) Queda por saber si la autoridad es responsable de las consecuencias de la orden que dió. Volveremos sobre este punto más adelante.

La administración de un ferrocarril arrienda un terreno á un empresario de transporte para servir de estación á los *omnibus*. Interviene un decreto del prefecto que ordena admitir á todas las empresas de transporte en el recinto de la estación de desembarque. ¿Es responsable la compañía por la no ejecución de su compromiso? Nó, dice la Corte de Casación, porque á su respecto, el acto de poder público es un caso fortuito de fuerza mayor. ¿Es responsable el prefecto ó el Estado en nombre de quien obraba? Nó, dice la Corte,

1 Montpellier, 31 de Mayo de 1866 (Dalloz, 1867, 2, 3).

2 Bruselas, 4 de Julio de 1846 (*Pasicrisia*, 1847, 2, 44).

porque el decreto era una acta de policía y de seguridad pública. Solo quedaba al demandante proveerse administrativamente para obtener que el decreto fuera derogado si había lugar. (1)

Unos operarios ejecutan trabajos por orden de la autoridad municipal, en un terreno que el poseedor pretende ser en propiedad. Acción por daños y perjuicios contra los trabajadores. El Tribunal decide que éstos no son responsables, puesto que han obrado por orden de la autoridad local, á reserva que la parte perjudicada dirija su acción contra el municipio. Recurso de casación por violación del art. 1,382. La Corte decidió que el Tribunal había hecho una justa aplicación de los verdaderos principios de derecho. (2) Si el municipio obraba por orden de autoridad superior, dejaba de ser responsable; ¿Serían responsables la provincia y el Estado? Esto depende de la naturaleza del acto y de la calidad con la que el Estado haya obrado. (3) Volveremos á esta cuestión al tratar de la responsabilidad del Estado.

448. ¿Es responsable por el daño que causa el funcionario que obedece á una orden de sus superiores? Si la orden procede de la autoridad que tenía el derecho de mandar, no hay imputabilidad puesto que la voluntad está constreñida. La jurisprudencia está en este sentido. Ha sido sentenciado que el inspector de caminos que concurre á un hecho perjudicial no incurre en responsabilidad si obró por orden del alcalde. (4) Así mismo, cuando el Ministro de la Guerra responde por sus subordinados que por su orden han infringido los reglamentos de la aduana, no hay acción contra los autores; para mejor decir, contra los instrumentos del hecho

1 Casación, 3 de Marzo de 1847 (Dalloz, 1848, 1, 73).

2 Lieja, Sala de Casación, 9 de Octubre de 1828 (*Pasicrisia*, 1828, pág. 293).

3 Gaute, 3 de Marzo de 1854 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 239).

4 Bourges, 20 de Agosto de 1828 (Dalloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 279).

perjudicial; la responsabilidad incumbe al ministro y al Estado de quien es el órgano. (1) ¿Qué debe resolverse si la orden es ilegal? ¿El funcionario debe obedecer una orden contraria á la ley, y si obedece estará obligado á pagar los daños y perjuicios? Esta es tésis de derecho público que no pretendemos discutir. Hé aquí un caso singular que se ha presentado. Un miembro del cuerpo legislativo fué aprisionado. La Sala ordena su puesta en libertad. Uno de los cuestores notifica al director de la cárcel de Clichy, la orden de poner en libertad al diputado, declarando que en caso de negarse, requeriría la fuerza armada para tumbar las puertas. El alcaide obedeció. De ahí una acción por daños y perjuicios; se sostuvo que la puesta en libertad era ilegal, pudiendo los representantes ser arrastrados. El Tribunal del Sena sentenció que el director de la cárcel no era responsable, porque solo había cedido á la amenaza del empleo de la fuerza pública, lo que constituía un caso de fuerza mayor. (2)

449. El mandatario que comete un acto perjudicial, ¿puede invocar como excusa la orden que recibió del mandante? No hay que decir que si se trata aquí de un delito criminal ó de un delito civil, el mandatario es responsable personalmente. La cuestión solo puede ser agitada seriamente para los cuasidelitos. Fué resuelta contra el mandstario por la Corte de Casación. (3) El mandatario en la posición de un funcionario que debe obedecer á la superior autoridad, hay imprudencia por su parte en ejecutar una orden que constituye casi un cuasidelito y, por consiguiente, debe ser responsable.

1 Casación, 11 de Agosto de 1848 (Dalloz, 1848, 1, 186).

2 Sentencia del Tribunal del Sena de 15 de Enero de 1850 (Dalloz, 1850, 3, 76).

3 Denegada, 19 de Enero de 1833 (Dalloz, en la palabra *Acción posesoria*, núm. 584).

*Núm. 3. De la fuerza mayor.**1. Principio general.*

450. La ley prevee la fuerza mayor en las obligaciones convencionales. Según los términos del art. 1,148: "No ha lugar á ningún daño y perjuicio cuando á consecuencia de fuerza mayor ó de un caso fortuito, el deudor fué impedido para dar ó hacer aquello á que estaba obligado, ó hecho lo que era prohibido." ¿Pasa lo mismo en las obligaciones que nacen de un delito ó de un cuasidelito? La afirmativa no es dudosa; para que haya delito ó cuasidelito, es menester que haya culpa, y la fuerza mayor excluye toda fuerza de culpa. Si, pues, el daño resulta de un caso fortuito, la parte perjudicada no tiene acción á daños y perjuicios porque nadie es responsable del daño. ¿Es caso fortuito un crimen cuando está cometido en wagón contra un viajero por un tercero que no es empleado de la compañía ó del Estado? Si no hay ninguna culpa que imputar á la compañía, no es responsable. En el caso, se sostenía que la disposición defectuosa de los coches había facilitado el atentado. La Corte de París resolvió que los wagones satisfacían á todas las condiciones prescritas por la autoridad administrativa en interés de seguridad pública; por consiguiente, se desechó la acción por daños y perjuicios intentada por la víctima contra la compañía. (1)

451. El principio es seguro; si se presentan dificultades en la aplicación, es porque se alega siempre alguna culpa á cargo de aquel que se pretende ser el autor del daño. Ésta es una cuestión de hecho. Los acontecimientos de la naturaleza son seguramente hechos de fuerza mayor, tal es una tempestad; sin embargo, el debate ha sido llevado ante la Corte de Casación y había alguna duda. Durante las carre-

1 París, 16 de Diciembre de 1873 (Dalloz, 1874, 1, 126).

ras de caballos, una tribuna se derrumbó y arrastró en su caída á los espectadores que se encontraban en ella. Las personas heridas intentaron una acción por daños y perjuicios contra la empresa de las carreras. La demanda admitida en primera instancia, fué desechada en apelación. La sentencia comprueba que el accidente debía atribuirse á la invasión de la tribuna por un gran número de espectadores que se refugiaron en ella para guarecerse del huracán. Es verdad que la tempestad solo era la ocasión del accidente, pero la invasión de la multitud tumultuosa, irresistible, era igualmente un caso de fuerza mayor; en todo caso, no pudo la comisión de carreras impedirlo, puesto que no era policía. Se le reprochaba el no haber hecho visitar el tablado por el arquitecto de la ciudad; la Corte contesta muy bien que este reproche no tendría efecto jurídico sino cuando el tablado hubiese faltado de solidez; y estaba comprobado por las promociones correccionales dirigidas por el carpintero y el sobrestante de los trabajos, que no había ningún vicio de construcción en el estrado. Esto decidió la cuestión. En el recurso intervino una sentencia de denegada. (1)

452. La inundación es un caso fortuito; pero cuando procede de un desbordamiento de un río, los ribereños pueden evitarlo haciendo trabajos de defensa. De ahí una complicación de intereses y un conflicto de principios que dan lugar fácilmente á procesos. La Garonne está sujeta á desbordamientos frecuentes, bienhechores en el invierno, cuando las aguas depositan en el suelo lamas fertilizadoras, perjudiciales en el estío, cuando destruyen las cosechas ó las perjudican. Para evitar éstos inconvenientes, los ribereños establecen un dique paralelo al río que se opone á la invasión de las aguas y practican sangrías por medio de las cuales las dejan pasar cuando las necesitan. Uno de los ribereños abre su sangría, y por consiguiente, el fundo de su vecino

1 Denegada, 22 de Enero de 1872 (Dalloz, 1872, 1, 302).

se inunda. ¿Es responsable por el daño causado? No, solo había usado de su derecho, sin perjudicar el de su vecino. En vano éste opuso que si sufría un daño no era por caso fortuito, sino por el hecho del ribereño al abrir su compuerta; el inundado no tenía ningún derecho legal ni convencional á que dichas compuertas permaneciesen cerradas, pues los ribereños que ejecutan los trabajos en interés personal, no están obligados á preservar además la heredad de su vecino; á éste toca cuidarse. (1)

Un caso análogo se ha presentado ante la Corte de Bruselas. Habiendo sido inundada una fábrica por las aguas del Sena, el fabricante demandó por daños y perjuicios á la ciudad de Bruselas, quien, según él, había ocasionado la inundación por las medidas que había tomado en interés de los habitantes. La demanda fué desechada. En primer lugar, porque la autoridad municipal, tomando disposiciones para defender á los habitantes contra un peligro de inundación, había obrado en los límites de sus derechos y cumplido con un deber. ¿Había atacado el derecho del fabricante? Uno de los ribereños tiene derecho contra la acción de las aguas sin estar obligado á defender á los demás. Además, la fábrica estaba mal construida, sin ninguna previsión del peligro de inundación que es un hecho habitual en el valle del Sena. Si, pues, había culpa, era por parte de la persona perjudicada; había caso fortuito, pero el daño era imputable á la parte perjudicada. (2)

453. La ley francesa acerca de correos, de 4 de Junio de 1859, dice en el art. 3: "La administración de correos es responsable hasta concurrencia de 2,000 francos, excepto los casos de pérdida por fuerza mayor, por los valores contenidos en las cartas certificadas." Esta disposición aplica el principio general, referente al caso fortuito. Se ha pre-

1 Burdeos, 12 de Abril de 1866 (Daloz, 1866, 2, 179).

2 Bruselas, 17 de Julio de 1873 (Pasieris, 1873, 2, 373).

tendido que la palabra *fuerza mayor* significaba en el art. 3 un robo á mano armada. La Corte de Casación ha resuelto que esto era restringir sin razón, una disposición general y de derecho común; la expresión *fuerza mayor* tiene un sentido tradicional, se entiende de todos los acontecimientos que no se han podido preveer y á los que no se pudo resistir. Por aplicación del principio, la Corte decidió que la administración de correos no es responsable por la pérdida de valores contenidos en las cartas, cuando la carta pereció por naufragio del barco en que fué entregada. (1) En el caso, se trataba de la responsabilidad convencional, más bien que de un cuasidélito; dirémos más adelante que la responsabilidad, en el caso del art. 1,382, es más rigurosa, pero por muy rigurosa que sea, cesa en cuanto hay fuerza mayor.

454. El incendio no es siempre un caso fortuito; sería más exacto decir que, excepto el fuego comunicado por relámpagos, casi siempre hay una culpa. A los tribunales toca apreciar los hechos. Un capitán deja su barco en el momento en que se le cargaba; durante su ausencia, se declara un incendio; se pretende que es responsable porque cometió la falta de abandonar á su navío, cuando la ley ordena que esté en él, al entrar y salir del puesto, bajo pena de ser responsable por todos los acontecimientos que sobrevengan (Código de Comercio, arts. 227 y 228). Sin embargo, fué sentenciado que el capitán no era responsable; desde luego, el cargamento aun no concluiría, el barco no estaba, pues, de partida. En segunda, la ausencia del capitán tenía una causa legítima. En definitiva, había fuerza mayor en lo que concierne al capitán. (2)

Quando el caso fortuito procede de una falta, se hace im-

1 Denegada, Sala Civil, 26 de Diciembre de 1866 (Daloz, 1867, 1, 28).

2 Rouen, 13 de Junio de 1848 (Daloz, 1848, 4, 407).

putable: esto es de derecho común. Una tempestad, en general, un accidente de que nadie responde; pero si aquellos que ejecutan los trabajos dejan los terrenos sin defensa contra la acción de las aguas, los deslaves que resulten les son imputables, se entiende que cuando los que ejecutan los trabajos deben cuidar que éstos no perjudiquen á los vecinos. Tales son los empresarios de trabajos públicos. (1) Pero los deslaves de terrenos pueden no ser imputables á los en cuyo fundo se producen. Un jardín formaba la cima de una roca en que existían varias grietas. Un derrumbe tuvo lugar sobre el fundo inferior; el propietario reclamó daños y perjuicios. Estaba comprobado que el propietario del jardín hubiera podido impedir el daño construyendo una pared de sostén: ¿Era responsable por no haberlo hecho? Nó, seguramente; al propietario inferior tocaba tomar esta medida que necesitaba la situación de su fundo y la naturaleza de la roca. En cuanto al propietario superior, no tenía ninguna obligación en cuanto á este punto, ni en virtud de la ley ni en virtud de una convención; no había, pues, ninguna culpa que imputarle. (2)

II. De los hechos de guerra.

455. ¿Dan los hechos de guerra derecho á indemnización contra el Estado? Debe distinguirse. El daño que causa el enemigo es un caso de fuerza mayor que hiere á las víctimas sin que tengan, por esto, ningún recurso que ejercer. No es por el hecho del Estado por lo que fué perjudicada la parte; luego la primera condición requerida para que haya lugar á daños y perjuicios falta; el autor directo del daño, el enemigo, no responde por el daño que causa; esto es el ejercicio de lo que se llama derecho de guerra. Sin duda puede haber, hay casi siempre un culpable, aquel que sin

1 Denegada, 17 de Noviembre de 1868 (Dalloz, 1869, 1, 102).

2 Poitiers, 6 de Mayo de 1856 (Dalloz, 1856, 2, 182).

suficiente razón provoca estas terribles luchas; pero esta responsabilidad es una responsabilidad política, y de ordinario se cubre con la complicidad de la nación y de sus representantes. Los arts. 1,382 y 1,383 suponen un conflicto de interés y derechos privados; (1) la responsabilidad política del Estado y de los que lo gobiernan es extraña al Código Civil; la abandonamos al derecho público.

456. Para que pueda tratarse de responsabilidad por asunto de hechos de guerra, se necesita que los hechos perjudiciales sean la obra del gobierno contra el que la parte perjudicada reclama la reparación del daño que un acto de guerra, mandado por la autoridad, le ha causado. Aquí son necesarias nuevas distinciones. Es en el caso de invasión como los hechos de guerra producen daños. Los hechos de guerra propiamente dichos, batallas, sitios, y las pérdidas que de ellos resultan para las personas y para las cosas, no dan lugar á una acción de daños y perjuicios contra el Estado. ¿Por qué un daño causado por el hecho del Estado no obliga á éste á repararlo? Acabamos de decir que los artículos 1,382 y 1,383 no son aplicables á los hechos políticos; y la guerra es esencialmente un acto político. Ninguna de las condiciones requeridas para que haya delito ó cuasidelito se encuentran en el daño causado por las luchas sangrientas de los pueblos. ¿Quién es el autor del daño? No es aquel que lo causa: los ejércitos obedecen pasivamente á las órdenes que reciben. No es el general que da las órdenes: está investido del terrible poder de mandar á los hombres á la muerte y de destruir las cosas, cuando esta destrucción es una necesidad de la guerra. El verdadero culpable es aquel que provocó la guerra, si el empleo á la fuerza no se justifica suficientemente. Pero estos debates pertenecen á la política, y la historia es quien los resuelve; el agresor no es

1 Compárese Bruselas, 24 de Diciembre de 1842 (Pasicrisia, 1843, 2, 187).

siempre el que abre las hostilidades, puede suceder que el enemigo se adelante. Si los jueces conociesen de estas cuestiones, no tendrían ningún medio de descubrir la verdad; y si les fuese imposible conocer el verdadero autor del hecho perjudicial, ¿contra quién pronunciarían los daños y perjuicios?

Pero si no hay acción civil por razón del daño que resulta de los desastres de la guerra, ¿no será justo que una guerra sostenida por la nación sea también soportada por ella en todas sus consecuencias? ¿Por qué las desgracias de la guerra habrían de herir exclusivamente á aquellos que son inocentes? ¿No exige la justicia que una indemnización les sea concedida por el tesoro del Estado, á reserva de compensarse con unas contribuciones extraordinarias? Las indemnizaciones que el vencido se ve obligado á pagar al vencedor, en virtud del tratado de paz, son soportadas por la nación; ¿por qué no indemnizaría también á las desgraciadas víctimas de las hostilidades? Después de la funesta guerra provocada por la Francia contra la Alemania, una proposición fué hecha en este sentido en la asamblea legislativa; era formulada como sigue: "Las contribuciones de guerra, las requisiciones ya en dinero, ya en efectos, las multas, los perjuicios materiales directos que la guerra y la invasión han hecho sufrir á los habitantes, á los municipios y á los departamentos de una parte del territorio francés, serán soportadas por toda la nación." Esto era proclamar la responsabilidad del Estado por los hechos de guerra. El Presidente de la República, M. Thiers, combatió esta doctrina. El Estado, dijo, no indemniza nunca por las suertes de la guerra; hé aquí por qué nunca se sirve uno de la palabra *deuda*, aunque el Estado intervenga para reparar los males que la guerra ha causado; éste alivia la miseria, teniendo en cuenta los padecimientos y también los recursos del país y las necesidades del crédito. Un nuevo proyecto fué presentado y adoptado

como medida de equidad. El Estado no es un deudor: representando á la nación, viene en auxilio de los que sufren pérdidas; el art. 3 de la ley de 6 de Septiembre de 1871, dice: "Cuando la extensión de las pérdidas habrá sido comprobada, una ley fijará la suma que el estado del tesoro público permita consagrar á su indemnización y determinará el reparto." (1)

457. La ley francesa de 1871 consagró la doctrina de Grotius: (2) "El derecho de la guerra, dijo, se ejerce de pueblo á pueblo, y no entre los ciudadanos de un mismo Estado. Estos son asociados, y es equitativo que soporten en común los daños que sufren por la causa de todos." A este título de equidad es como el Estado interviene; no puede, pues, haber acción judicial contra el Estado por los daños sufridos por los hechos de guerra. Se entiende por hechos de guerra á las batallas, los sitios y asaltos de poblaciones. Una construcción queda destruida por la artillería, una carga de caballería destroza un campo y las cosechas de que está cubierto, una pared es demolida, un foso es construido para abrigar á los combatientes; hé aquí ejemplos de hechos de guerra. Es raro que la justicia tenga que ocuparse de ellos; el principio de que la guerra no da lugar á indemnización siendo universalmente admitido. Hé aquí un caso que se ha presentado ante el consejo de Estado, después de la última guerra. Unos sacos de lana habían sido requisicionados por la autoridad militar el día de la batalla de San Quintín; de ahí una acción por indemnización en razón de la pérdida ó de las averías á los sacos ministrados por la requisición. La demanda fué desechada por el motivo de que los sacos habían sido empleados en la construc-

1 Véase la ley y la discusión en el *Repertorio de Dalloz*, 1871, 4, 154.

2 Grotius, *De jure belli*, libro III, cap. XX, folio 8.

ción de una trinchera en uno de los arrabales de la ciudad; esta medida de defensa, habiendo sido dictada por la autoridad militar en vista de las necesidades inmediatas de la lucha, constituía un hecho de guerra que no daba lugar á una indemnización por vía contenciosa, á reserva que la parte perjudicada se proveyera con objeto de tener parte en las sumas destinadas á título de equidad para la reparación de los daños causados por la guerra. (1)

458. Las cortes de Bélgica han aplicado el mismo principio á los hechos de la revolución. En las jornadas de Septiembre de 1830, el hotel de Galles situado en la vecindad del Parque, fué militarmente ocupado por los voluntarios belgas. Una acción por daños y perjuicios fué intentada por este punto contra el Estado. Admitida en primera instancia, fué desechada por la Corte de Bruselas. La sentencia asienta en principio que los desastres de la guerra ocasionados por la lucha y el combate, deben ser considerados como acontecimientos de fuerza mayor que no producen ninguna acción sin que deba distinguirse si el daño fué causado por el enemigo ó por los ejércitos nacionales. La Corte reconoce que los daños causados por la guerra debieran recaer bajo el punto de vista de la equidad, en la comunidad entera; pero una necesidad imperiosa debe hacer apartar la acción en justicia, es que los recursos del Estado no bastarían para estos gastos. Se objetaba, en el caso, la ley de 1791. Volveremos á ocuparnos de este punto. (2)

Numerosos saqueos señalaron y, digámoslo, mancharon la revolución de 1830. Los municipios, declarados responsables en virtud de la ley de 10 vendimiario, año IV, apelaron al Estado en garantía. Sostuvieron, y no sin razón, que los saqueos eran hechos de insurrección, luego de revolución; que, por consiguiente, si había responsabilidad debía

1 Decreto de 8 de Agosto de 1873 (Daloz, 1874, 3, 20).

2 Bruselas, 14 de Agosto de 1835 (*Pasicrisia*, 1835, 2, 320).

recaer en la nación entera. La Corte de Bruselas rechazó estas pretensiones, pero con singulares razones. (1) Suponiendo, dice, que los arts. 1,382 y 1,383 sean aplicables á los hechos de una nación que obra en masa, está universalmente admitido que aquel que usa de su derecho sin excederse, no está obligado á reparar el daño que causa por el ejercicio de dicho derecho. Pues bien, la nación belga solo usó de su derecho al hacer la revolución de 1830. Sin duda, es difícil para los tribunales el negar la legitimidad de la revolución, cuando Bélgica solo existe en virtud de dicha revolución. Pero el derecho de revolución ¿implica el derecho de saqueo? La Corte contesta con proposiciones contradictorias. La revolución, dice, no puede cumplirse sin levantamientos, y la nación que tiene el derecho de insurreccionarse, no puede ser responsable de las consecuencias del tumulto. Tal es el verdadero principio: ¿pero se aplica al saqueo? La Corte lo condena como obra de algunos malvados; y el hecho de maldad, la destrucción intencionada de los que pertenecían al gobierno caído, siendo un delito criminal, arrastraba por esto mismo una responsabilidad. Una ley especial hace responsables á los municipios, sin dar recurso contra el Estado. ¿Cómo pudiera ser el gobierno responsable, en el caso, cuando no existiera otro Estado legal sino el gobierno de los Países Bajos, contra el cual se hacía la revolución? En dos palabras: si los saqueos eran un hecho de revolución y de guerra, el Estado no respondía por ellos; si eran hechos, entrando en la ley de 10 vendimiario, año IV, los municipios solos eran responsables.

459. Hay en el curso de la guerra otros hechos perjudiciales que aquellos que resultan del empleo de la fuerza: son las medidas ordenadas por la autoridad militar en vista de las operaciones estratégicas. Estos hechos difieren de la fuerza mayor en el sentido que son premeditados; son una obra

1 Bruselas, 23 de Abril de 1835 (*Pasicrisia*, 1835, 2, 167).

de prevención y prudencia. ¿Dan lugar á daños perjuicios? La cuestión fué frecuentemente discutida en Francia, después de la funesta guerra que, además del desastre nacional, ocasionó tantas desgracias individuales. Se decide la cuestión mediante una distinción. Cuando el hecho perjudicial está en relación directa con las operaciones estratégicas, no puede haber duda, es un hecho de guerra propiamente dicho, que no arrastra ninguna responsabilidad civil. Esta doctrina fué consagrada por un decreto del consejo de Estado que se ha invocado á menudo cuando los últimos acontecimientos y en los procesos á los que dieron lugar. (1)

Después de la batalla de Vittoria (Junio de 1831), el mariscal Soult, entendiéndolo que no podía defender mucho tiempo la frontera contra Wellington, dió orden de preparar, tras sus líneas, unas fortificaciones de campaña destinadas á cubrir su retirada y crear obstáculos al enemigo. Estos trabajos se efectuaron en una basta extensión de territorio; los ingenieros utilizaron todos los cursos de agua, todos los accidentes naturales; el ejército inglés necesitó cerca de seis meses de combates para forzar todas las posiciones. Estos trabajos ordenados y ejecutados mucho tiempo antes de la lucha de que debían ser teatro, y de los que varios no pudieron utilizarse ¿constituían hechos de guerra? El consejo de Estado se pronunció por la afirmativa, por un decreto de 26 de Mayo de 1823. En efecto, se trataba de trabajos de defensa que tenían por objeto oponerse á la invasión del territorio francés; fueron ejecutados durante el tiempo que el ejército maniobraba en presencia del enemigo; constituían, pues, un hecho de guerra, y como tales, no podían dar lugar á una indemnización.

El consejo de Estado ha quedado fiel á esta jurisprudencia.

1 Tomamos los pormenores que siguen de una excelente requisitoria de Laferrière, comisario del Gobierno cerca del consejo de Estado (Daloz 1874, 3, 9).

nia. Considera como hechos de guerra todas las disposiciones estratégicas, cuando son dictadas durante el período de acción militar en el teatro de la acción, y que tienen con ella una liga directa é inmediata. Un cuerpo de tropas ocupaba un dominio situado cerca de Versailles; éste cuerpo pertenecía á la reserva que operaba contra la comuna en Paris; el hecho era, pues, un hecho de guerra civil. Fueron causados deterioros por la permanencia de las tropas; el propietario dirigió al ministro de la guerra una demanda por indemnización que fué desechada por el consejo de Estado. El campamento era una necesidad de las operaciones militares, dirigidas contra Paris; luego un hecho de guerra. (1)

Unos propietarios reclamaron una indemnización por la pérdida de sus cosechas incendiadas, por orden del Gobernador de Paris. Estos actos de destrucción tuvieron lugar desde el 13 hasta el 16 de Septiembre de 1870, á la proximidad y aun á la vista del enemigo, y con el objeto de quitarle estos recursos; era, pues, una disposición mandada por la necesidad de la lucha; por lo tanto, debía de considerarse como un desastre de la guerra; de donde la consecuencia que la pérdida no daba margen á una acción por daños y perjuicios. (2)

En los primeros días de Septiembre de 1870, los ingenieros militares hicieron demoler, en vista de la defensa de Paris, una casa y un vasto establecimiento industrial, situados en la zona de las servidumbres militares. El propietario reclamó una indemnización de 500,000 francos; su reclamación fué desechada por el consejo de Estado. La demolición había tenido lugar al principio de Septiembre, en los días que pasaron entre el desastre de Sedan y el sitio de la Capital. Por razón de la seguridad y de la inminencia del sitio, la destrucción de las casas, ordenada por la autoridad mi-

1 Sentencia de 9 de Mayo de 1873 (Daloz, 1874, 3, 4).

2 Sentencia del consejo de Estado, 6 de Junio de 1873 (Daloz, 1874, 3, 11).

litar, debía considerarse como actos que se imponen como necesidad actual de la lucha; luego como hecho de guerra que no da derecho á reparación civil. (1)

Creemos que esta jurisprudencia está conforme con los verdaderos principios. Todo acto hecho durante el período de lucha, en vista de la lucha que conduce directamente á la lucha y de que el combate es el resultado, es un hecho de guerra. Este período de acción que aun no es combate, es seguramente la guerra; luego debe considerarse como hecho de guerra todo lo que hace la autoridad militar durante el preludio del combate: Marchas, maniobras, campamentos, trabajos, disposiciones de previsión, etc. La doctrina, que solo ve el hecho de guerra en el acto del combate, decide y separa lo que es indivisible é inseparable. Admite el hecho de guerra allí donde se establece la batería de sitio, allí en donde alcanzan la bala de cañón, allí en donde pasa la columna de asalto; no lo admite allí en donde acampan los hombres listos para formar columnas de asalto, allí en donde están las tropas de reserva, de artillería, de parque que permiten mantener el fuego como si lo uno fuera posible sin lo otro. (2)

460. No deben confundirse con los actos hechos durante la acción, aquellos que son puramente preparatorios. Nunca se han considerado como hechos de guerra el proveimiento; el reclutamiento, el armamento; todo esto no es la acción; luego no es la guerra, y por lo tanto, no hay hecho de guerra. Debe decirse otro tanto de las disposiciones tomadas en vista de la defensa de una plaza que no está atacada, que quizá no lo será. El caso se ha presentado durante la última guerra. Fueron ejecutados trabajos de defensa en Lyon, plaza fuerte que no ha sufrido ataque, no ha sido

1 Sentencia del consejo de Estado, 23 de Mayo de 1873 (Daloz, 1874, 3, 12).

2 Laferrière, conclusiones precitadas (Daloz, 1874, 3, 10).

sitiada; se suponía que la ciudad podría ser amenazada; lo seguro es, que no lo fué. Lo mismo pasó con los trabajos ejecutados en el departamento de la Mancha, que el enemigo no abordó; éstos no eran trabajos exigidos por la necesidad de la lucha; luego no había hecho de guerra; eran trabajos de previsión lejana, que no se ligaban directamente con su acción militar. Se ha resuelto la misma cosa por los trabajos hechos en Belfort, casi dos meses antes del sitio de la plaza, en una época en que el sitio efectivo de la fortaleza era aún dudoso. (1)

Un mismo hecho puede, pues, ser ya un hecho de guerra, ya un hecho perjudiciable. Unos inmuebles fueron destruidos en la zona defensiva de Paris, antes del desastre de Sedan; esto no era un hecho de guerra, porque los trabajos no se imponían por la necesidad inmediata de la lucha. Desde la batalla de Sedan, al contrario, estas demoliciones constituían un hecho de guerra, porque desde entonces las destrucciones ordenadas por la autoridad militar eran una necesidad inmediata de la lucha. Con mayor razón las destrucciones operadas después de que el ejército sitiador hubo comenzado el ataque de las inmediaciones de Paris, tenían el carácter de hechos de guerra, aunque no hubiese aún un sitio propiamente dicho. (2)

Se objetará que las distinciones que se hacen entre las destrucciones operadas durante la acción y las que se hacen como disposiciones de defensas, son muy sutiles. ¿No es la guerra la que necesita las unas y las otras? ¿Se habían hecho trabajos de defensa en el departamento de la Mancha sin invasión? No, seguramente. Sin embargo, hay una diferencia que justifica la doctrina admitida por el consejo de Estado. En prin-

1 Sentencias del Tribunal de conflictos de 11 de Enero, de 1º de Febrero y de 15 de Marzo de 1873 (Daloz, 1873, 3, págs. 1, 24 y 25).

2 Sentencia del consejo de Estado de 1º de Mayo, y de 13 de Febrero de 1874 (Daloz, 1874, 3, 45 y 46). Compárese Sentencia de 14 de Noviembre de 1873 (Daloz, 1874, 3, 46).

cipio, el Estado es responsable del daño que causa, aunque obre en interés público; desde que ataca un derecho; y es seguramente perjudicar el derecho de propiedad, el destruir unas construcciones. ¿Cuándo cesa esta obligación? Cuando hay fuerza mayor. Este es el verdadero punto de la dificultad. No puede decirse que haya fuerza mayor cuando la autoridad militar tenía disposiciones de defensa en vista de un peligro futuro que puede no realizarse: la fuerza mayor no existe, como lo dice el consejo de Estado, sino en el caso en que la destrucción ó el hecho perjudicial se impone como una necesidad de la lucha.

Cuando el hecho perjudicial no constituye un hecho de guerra, da lugar á una indemnización. El derecho de los propietarios está consagrado por la ley de 8 de Julio de 1791, que dice (art. 36): "Cuando una plaza está en estado de guerra, las inundaciones que sirvan á la defensa no podrán ser extendidas ó secadas sin una orden expresa del rey; lo mismo sucederá con las demoliciones de construcciones ó cercas que se hiciera necesario destruir para la defensa de dichas plazas; y en general, esta disposición será seguida para todas las operaciones que pudieran perjudicar á las propiedades particulares" (art. 37). "En el caso de urgente necesidad que no permitiera esperar las ordenes del rey, el comandante de las tropas reúne el consejo de guerra con el fin de deliberar acerca del estado de la plaza y de la defensa de sus inmediaciones, y para autorizar la pronta ejecución de las disposiciones necesarias á la defensa." El art. 38 dice que en los casos previstos por los arts. 36 y 37, los particulares, cuyas propiedades hubieran sido dañadas, serán indemnizados á costas del tesoro público. Para entender el espíritu de esta disposición, hay que conocer el sentido legal de la expresión *en estado de guerra*. La ley de 1791 dice que el estado de guerra está determinado por un decreto del cuerpo legislativo. El estado de guerra existe, pues, para

todas las partes del territorio desde que la guerra está declarada, aunque no haya ningunas hostilidades, y por consiguiente, ningún hecho de guerra. Y es precisamente porque no hay hechos de guerra que las disposiciones tomadas por la autoridad militar dan lugar á una indemnización; se está bajo el imperio del derecho común. No sucede así cuando una plaza de guerra está *en estado de sitio*. En este caso, hay hostilidades abiertas, y todos los actos de la autoridad militar, en vista de la defensa son hechos de guerra; la ley no concede indemnización por estos hechos, porque hay fuerza mayor (arts. 8 y 11).

461. La guerra toma algunas veces las apariencias de la justicia, apariencias mentirosas, pues la justicia es el reino del derecho, mientras que la guerra es el de la fuerza bruta. ¿Es que todo se hace legítimo bajo el imperio de esta ciega fatalidad? No por cierto; la fuerza es legítima solo cuando es necesaria; se vuelve un pillaje cuando sale de los límites de la necesidad. Ha sucedido en la última guerra un hecho horrible; lo mencionamos porque resonó ante los tribunales. En un villorrio francés ocupado por la landwehr prusiana, un oficial alemán fué matado por los francos tiradores. Los oficiales prusianos pretendieron que los habitantes eran culpables ó cómplices, á pesar de las protestas del alcalde y del cura. Cuarenta retenes fueron encerrados en la Iglesia. Habiéndose negado el alcalde á designar dos de ellos para ser fusilados á título de represalias, un consejo de Guerra decidió que tres de los retenes serían pasados por las armas. Un oficial anunció esta decisión á los prisioneros dándoles veinte minutos para señalar las víctimas. Hubo una apariencia, ó mejor, un simulacro de votación, por la que dos ancianos y un joven fueron fusilados. Una de las víctimas dejaba una viuda; ésta reclamó daños y perjuicios contra los verdugos; éstos fueron condenados. No les pertenecía, aun-

que fuera por una votación regular, enviar á unos inocentes á la muerte. En vano alegaban la decisión del enemigo. Si éste se creyera con derecho para dar muerte á hombres inocentes, á él tocaba haberlos designado, no podía alegar este espantoso derecho, y mucho menos todavía hacer de él una obligación. Luego no había fuerza mayor, por lo tanto, los que tomaron parte en la horrible votación, eran responsables por su hecho. (1)

§ IV.—CULPA AQUILIANA.

Núm. 1. Principio.

462. El art. 1,382 exige una culpa para que el hecho perjudiciable dé lugar á una reparación civil. Cuando hay delito, se necesita más de una simple culpa, se necesita la intención de dañar. Según los términos del art. 1,383, la negligencia ó la imprudencia bastan para que haya un cuasidelito. La voluntad de dañar que caracteriza al delito, no presenta ninguna dificultad; es aun raro que se prevalezca uno del dolo, porque el demandante no tiene interés en ello; tiene derecho á daños y perjuicios desde que hubo imprudencia ó descuido, y la simple culpa es más fácil de probar que el dolo. Es seguramente el motivo por el que los tribunales califican ordinariamente el hecho perjudicial de *cuasidelito*, aunque haya intención de perjudicar. La doctrina debe ser más rigurosa. Se trata de saber lo que entiende la ley por *culpa* ó por *imprudencia* y *descuido*. La moral, así como el derecho, siempre han distinguido varios grados de culpa. Hemos expuesto las dificultades á que da lugar la diversidad de culpas en materia de obligaciones convencionales (t. XVI, núms. 213 y siguientes). El principio difiere en materia de cuasidelito. En los contratos, el deudor nunca es-

1 Sentencia del Tribunal de Reroi, 16 de Enero de 1873 (Dalloz, 1873, 3, 46) confirmada por la sentencia de la Corte de Nancy, 7 de Marzo de 1874 (Dalloz, 1874, 2, 184).

tá obligado por la falta ligera, mientras que el autor de un hecho perjudicial, está siempre obligado por esta falta; hemos dicho en otro lugar cuál es la razón de esta diferencia, nos queda justificarla por los textos.

La cuestión es fácil. Hé aquí la tradición: Domat enseña, conforme al derecho romano, que "todas las pérdidas, todos los daños que puedan ser causados por hechos á alguna persona, ya sea imprudencia, ligereza, ignorancia de lo que debe saber ú otras faltas semejantes, por pequeñas que pudieran ser, deben ser recompensadas por aquel cuya imprudencia ú otra falta haya dado lugar." (1) Los oradores del Gobierno y del Tribunalado, reproducen esta doctrina y la justifican. ¿No es usar de un excesivo rigor, al hacer responsable al hombre, de la más pequeña imprudencia ó negligencia? ¿No es hacerle responsable de la debilidad de su naturaleza? Los oradores contestan que no solo es preciso considerar las faltas del que causa el daño, sino también el derecho de aquel que lo recibe y cualesquiera que sea la falta del autor del hecho perjudicial. "Si se valaúcean el interés del infortunado que lo sufre con el del culpable ó imprudente que lo causa, se levanta un grito de la justicia que pide que el daño deba ser reparado por su autor." (2) No basta decir que el autor de un hecho perjudicial es culpable de una falta, por ligera que fuese; la parte lesionada tiene más que un interés, tiene un derecho; y se podría comparar la situación del que tiene un derecho y la del que lo ha lesionado. La justicia contesta que el que ha lesionado un derecho por una falta cualquiera, debe reparar el daño que ha causado. Esta es la opinión general de los autores, (3) y la jurisprudencia está en el mismo sentido. (4)

1 Domat, *De las leyes civiles*, libro II, título VIII, sección IV.

2 Treillhard, *Exposición de motivos*, núm. 9 (Loché, t. VI, página 280). Tarrille, *Discursos*, núm. 19 (Loché, t. VI, pág. 287).

3 Toullier, t. VI, 1 pág. 148, núm. 179, y todos los autores.

4 Bruselas, 29 de Noviembre de 1827 (*Pasicrítica*, 1827, pág. 320).

463. La responsabilidad que resulta de un cuasidelito, siendo más severa que la que los deudores están obligados en virtud de un contrato, es necesario no confundir las dos hipótesis como á menudo lo hacen en la práctica. De ordinario citan los arts. 1,382 y 1,383 cuando se trata de las obligaciones convencionales. Esto no es exacto. La responsabilidad del deudor en los contratos, está reglamentada por el art. 1,137; habla de los cuidados de un buen padre de familia, de lo que llaman una ligera falta *in abstracto*; no habla de las faltas, la más ligera. No se puede, pues, prevalecerse del art. 1,383 para aplicarlo á un mandatario, á un depositario y deducir que son responsables, por solo el hecho de haber cometido una imprudencia ó una negligencia, por ligeras ó pequeñas que hayan sido; esto sería confundir los convenios con los cuasidelitos, é imponer á un deudor una responsabilidad más severa que la que la ley le impone.

Tampoco se puede deducir de esto que no pueda haber allí un delito en materia de obligaciones convencionales; el depositario y el mandatario pueden hacerse culpables de un abuso de confianza; éste es un delito criminal del que nace un delito civil. La parte perjudicada tendrá, en este caso, dos acciones que no deben confundirse; la acción civil por razón del abuso de confianza y la acción por daños y perjuicios que le pertenece, ya en virtud del art. 1,137, ya en la del 1,382. Todas tienden al mismo objeto, en lo que se refiere á la reparación del daño causado; en cuanto á los daños y perjuicios que resultan del hecho perjudicial, no debe distinguirse entre la ejecución de la obligación convencional y el delito civil; la responsabilidad civil es la misma, puesto que se supone que hay dolo. Sin embargo, hay una diferencia en cuanto á la duración de la prescripción; volveremos á ocuparnos de ella. (1)

464. ¿Cuándo hay culpa en el sentido del art. 1,382? Es-
1 Larombière, t. V, pág. 690, núm. 9 (Ed. B., t. III, pág. 421).

to es esencialmente una cuestión de hecho que los jueces resuelven según las circunstancias de la causa; gozan, en este respecto, de un poder soberano; su apreciación escapa á la censura de la Corte de Casación; desde que deciden que hay culpa, aquel que la tuvo debe ser condenado á los daños y perjuicios que también toca á los tribunales determinar. (1)

Hemos dicho que el juez debe comprobar la culpa; en efecto, toda condena debe ser motivada, y la condena á daños y perjuicios se funda en la culpa. No basta que el juez establezca el hecho material que ha causado el daño, es necesario que añada que dicho daño ha sido causado por la falta del autor del hecho. La sentencia del jurado absolvió al acusado y lo condenó, á pesar de eso, á daños y perjuicios dando como único motivo que el acusado fué el autor de la muerte de la víctima. Esta decisión fué casada. Faltaba, además, dice la Corte de Casación, que la sentencia reconociese y declarase que la muerte había sido causada por la culpa del acusado. (2)

La doctrina enumera los elementos que constituyen el cuasidelito. ¿Debe el juez entrar en estos pormenores para fundar la condena? No; basta que el Tribunal declare que el hecho constituye una falta perjudicial. (3) Tampoco es necesario que la falta sea probada por motivos expresos y formales; la Corte de Casación juzgó que la ley está satisfecha cuando la falta resulta implícitamente de las declaraciones de la sentencia. Una explosión de gas se produce en un establecimiento industrial y lesiona al contra maestro; éste reclama los daños y perjuicios contra el fabricante y su director. La sentencia que los condenó entra en minuciosos pormenores para establecer los hechos, pero no dice formal-

1 Denegada, 9 de Agosto de 1837 (Dalloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 135, 3°).
2 Casación 12 de Diciembre de 1873 (Dalloz, 1874, 1, 230). Compare Casación, 16 de Diciembre de 1845 (Dalloz, 1846, 1, 41).
3 Denegada, 20 de Enero de 1874 (Dalloz, 1874, 1, 223).

mente que fuesen imputables á la culpa de los demandados. La Corte de Casación denegó, sin embargo, el recurso, porque la sentencia atacada probaba implícitamente que había habido por parte de los demandados una falta ó una negligencia comprometiendo su responsabilidad. En efecto, tuvo cuidado de recordar que éstos tenían el deber de asegurar protección á su representante, lo que implica contra ellos el reproche de haber descuidado el cumplimiento de su deber. La sentencia declaró aún que se acordaba á los condenados un recurso contra el director de la fábrica de gas, porque éste había cometido una falta preexistente y predominante de la que resultaba que el perjuicio ocasionado al contra maestro había sido bajo cierto modo ocasionado por la culpa de sus patrones. (1)

465. Toullier dice que las disposiciones de los artículos 1,382 y 1,383, son de tal manera generales y extensas, que es casi imposible y felizmente inútil enumerar todos los casos en que se deban aplicar. Sin duda, sería inútil enumerar todas las decisiones judiciales que han sido verdaderas sobre los cuasidelitos; pero importa dar á conocer las que tocan á una cuestión de principio. Diariamente se instruyen procesos sobre la aplicación de los arts. 1,382 y 1,383; en lugar de disminuir el número va en aumento; las relaciones sin cesar más extensas que hacen nacer el comercio y la industria, son una fuente de riquezas, pero también de crueles accidentes. De ahí el gran número de hechos perjudiciales; es bueno arrostrar estos precedentes que pueden servir para decidir las nuevas contestaciones.

La regla es general y absoluta: desde que hay un hecho perjudiciable y una falta que lo ha causado, los arts. 1,382 y 1,383 deben recibir su aplicación. Toda persona, dice la Corte de Casación, está sometida á esta regla y todo hecho se necesitaría una excepción formal en la ley para que un

1 Denegada, Sala Civil, 13 de Enero de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 13).

cuasidelito no diese lugar á una reparación civil. (1) Como ejemplo de la variedad infinita de los hechos perjudiciales, citaremos el caso siguiente que se llevó ante la Corte de Casación. Un sobrino vivía con su tía, y conocía el desorden de sus facultades intelectuales; ya su interdicción había sido promovida cuando él contribuyó á que vendieran dos inscripciones de renta sobre el Estado, cuyo precio fué inmediatamente disipado y perdido: montaba á 6,696 francos. Después de la muerte de la persona interdicta, su heredero promovió contra el sobrino como responsable de la pérdida de las rentas. La Corte de Amiens lo declaró responsable; cometió una falta al poner á la disposición de su tía, en el estado en que se hallaba, un capital que estaba bien colocado, del que ella no tenía necesidad y del que fué después expoliado por los terceros. Recurso de casación. El demandado sostuvo que había procurado un capital á su tía, pero que su mal uso no le podía ser imputado puesto que él era extraño, concluyendo que la sentencia de la Corte de Amiens le había hecho responsable de un acontecimiento casual é imprevisto. La Corte de Casación contestó que la causa directa de la pérdida del capital consistía en el hecho de haber puesto, sin razón alguna, una suma considerable á la disposición de una persona cuyas facultades intelectuales estaban desequilibradas; este hecho constituía una falta; ésta había causado un perjuicio á la tía, y, por consiguiente, á sus herederos. Luego había hecho perjudicial en el sentido del art. 1,382. (2)

Núm. 2. Aplicaciones.

1. Imprudencia.

466. El principio es que la falta más ligera basta para comprometer la responsabilidad del que causa un perjuicio

1 Denegada, 21 de Julio de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 419).

2 Denegada, 26 de Noviembre de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 57).

mente que fuesen imputables á la culpa de los demandados. La Corte de Casación denegó, sin embargo, el recurso, porque la sentencia atacada probaba implícitamente que había habido por parte de los demandados una falta ó una negligencia comprometiendo su responsabilidad. En efecto, tuvo cuidado de recordar que éstos tenían el deber de asegurar protección á su representante, lo que implica contra ellos el reproche de haber descuidado el cumplimiento de su deber. La sentencia declaró aún que se acordaba á los condenados un recurso contra el director de la fábrica de gas, porque éste había cometido una falta preexistente y predominante de la que resultaba que el perjuicio ocasionado al contra maestro había sido bajo cierto modo ocasionado por la culpa de sus patrones. (1)

465. Toullier dice que las disposiciones de los artículos 1,382 y 1,383, son de tal manera generales y extensas, que es casi imposible y felizmente inútil enumerar todos los casos en que se deban aplicar. Sin duda, sería inútil enumerar todas las decisiones judiciales que han sido vertidas sobre los cuasidelitos; pero importa dar á conocer las que tocan á una cuestión de principio. Diariamente se instruyen procesos sobre la aplicación de los arts. 1,382 y 1,383; en lugar de disminuir el número va en aumento; las relaciones sin cesar más extensas que hacen nacer el comercio y la industria, son una fuente de riquezas, pero también de crueles accidentes. De ahí el gran número de hechos perjudiciales; es bueno arrostrar estos precedentes que pueden servir para decidir las nuevas contestaciones.

La regla es general y absoluta: desde que hay un hecho perjudiciable y una falta que lo ha causado, los arts. 1,382 y 1,383 deben recibir su aplicación. Toda persona, dice la Corte de Casación, está sometida á esta regla y todo hecho se necesitaría una excepción formal en la ley para que un

1 Denegada, Sala Civil, 13 de Enero de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 13).

cuasidelito no diese lugar á una reparación civil. (1) Como ejemplo de la variedad infinita de los hechos perjudiciales, citaremos el caso siguiente que se llevó ante la Corte de Casación. Un sobrino vivía con su tía, y conocía el desorden de sus facultades intelectuales; ya su interdicción había sido promovida cuando él contribuyó á que vendieran dos inscripciones de renta sobre el Estado, cuyo precio fué inmediatamente disipado y perdido: montaba á 6,696 francos. Después de la muerte de la persona interdicta, su heredero promovió contra el sobrino como responsable de la pérdida de las rentas. La Corte de Amiens lo declaró responsable; cometió una falta al poner á la disposición de su tía, en el estado en que se hallaba, un capital que estaba bien colocado, del que ella no tenía necesidad y del que fué después expoliado por los terceros. Recurso de casación. El demandado sostuvo que había procurado un capital á su tía, pero que su mal uso no le podía ser imputado puesto que él era extraño, concluyendo que la sentencia de la Corte de Amiens le había hecho responsable de un acontecimiento casual é imprevisto. La Corte de Casación contestó que la causa directa de la pérdida del capital consistía en el hecho de haber puesto, sin razón alguna, una suma considerable á la disposición de una persona cuyas facultades intelectuales estaban desequilibradas; este hecho constituía una falta; ésta había causado un perjuicio á la tía, y, por consiguiente, á sus herederos. Luego había hecho perjudicial en el sentido del art. 1,382. (2)

Núm. 2. Aplicaciones.

1. Imprudencia.

466. El principio es que la falta más ligera basta para comprometer la responsabilidad del que causa un perjuicio

1 Denegada, 21 de Julio de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 419).

2 Denegada, 26 de Noviembre de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 57).

por su hecho, pues la menor imprudencia constituye un hecho perjudicial en el sentido de los arts. 1,382 y 1,383. Un tonelero fué llamado á los talleres de un negociante para componer los toneles rotos. Al salir del taller, una gran paca de lana cayó de los pisos superiores, por descuido del dependiente y del mozo del negociante; el golpe fué mortal: dos horas después, el tonelero espiraba. Su viuda y sus hijos reclamaron daños y perjuicios. La Corte de Lieja les señaló una suma de 2,000 francos. La sentencia es notable: dice que para estar al abrigo de cualquier reprocho de imprudencia, hubieran debido tomar todas las precauciones posibles para tener al tonelero al abrigo del accidente que pudiera resultar, y que desgraciadamente resultó de la caída de la paca, y el demandado no había probado suficientemente que todas las precauciones hubiesen sido tomadas. Sin embargo, la Corte reconoció que el accidente fué el resultado de una imprudencia ligera, y que se acercaba mucho al caso fortuito; en consecuencia, decidió que había lugar de arbitrar los daños y perjuicios á una suma módica: en lugar de 30,000 francos pedidos, señaló 2,000. (1)

467. Por aplicación del mismo principio, se juzgó que había imprudencia dando lugar á responsabilidad en el hecho de llevar un fusil cargado en tal dirección, que pudiese al dispararse, por un accidente imprevisto, herir á un compañero de caza. (2) En vano han objetado, en un negocio análogo, que la caza era una diversión peligrosa por naturaleza, que todo cazador estaba expuesto á sus accidentes, que no podían, por lo mismo, comprometer la responsabilidad de nadie. La Corte de Amiens contesta que el accidente deja de ser un caso fortuito desde que es el resultado de una imprudencia; que todo cazador debe tomar las precauciones necer-

1 Lieja, 20 de Febrero de 1810 (Dalloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 190).

2 Burdeos, 14 de Febrero de 1831 (Dalloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 188, 1°).

sarias para no herir á los con quienes caza, y que es responsable por falta de haber tomado estas precauciones. (1)

468. Los accidentes causados por los jinetes ó por coches, son muy frecuentes. Debe aplicarse el principio que la menor imprudencia basta para que haya hecho perjudicial. Tres personas se encuentran en un coche descubierto tirado por dos caballos; un jinete, paseándose en la misma dirección acompañado por cuatro suboficiales de cazadores, propuso á éstos hechar un galope con el fin de pasar el coche que se había adelantado. Los caballos del coche, espantados por el ruido de los jinetes. Llegando á galope tendido tras ellos y pasando rápidamente á su izquierda, se desbucaron; una de las riendas que era nueva y buena se rompió bajo el esfuerzo hecho para contenerlos, el coche volcó y las personas que estaban en él, lanzadas al suelo, recibieron muchas contusiones. Por confesión del demandado, el accidente era debido á la rapidez de los jinetes en su carrera pasando, según dicho de un testigo, como un huracán. Esta carrera desordenada que nada justificaba, tenía por objeto un simple gusto; había además un sentimiento de vanidad, dijo el juez del hecho; lo que constituía una imprudencia tanto menos disculpable cuanto que la policía había frecuentemente hecho notar al demandado el peligro á que exponía á los transeúntes la rapidez de su caballo. En el recurso de casación se sostuvo para el jinete culpable que el hecho de pasar galopando sobre un camino junto á un coche que acaba el mismo de adelantarse, no constituye una imprudencia; que esto es el ejercicio regular de un derecho que aunque hubiera causado algún daño á un tercero no puede dar lugar á ninguna acción de responsabilidad. La Corte de Casación contesta que pertenece á los tribunales

1 Amiens, 4 de Febrero de 1826 (Dalloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 933).

buscar y apreciar si el ejercicio de un derecho ha sido regular y si fué prudente. Y en el caso, el Tribunal Correccional había declarado que había habido un hecho directo y personal de imprudencia de parte del inculpado, así como un perjuicio ocasionado, lo que justificaba la aplicación de los arts. 1,382 y 1,383. (1)

Hay igualmente imprudencia y culpa cuando dos coches luchan en velocidad; uno de ellos tumba un transeunte y lo lástima: ¿son responsables los dos? La afirmativa ha sido sentenciada, y no es dudosa; el primer juez había declarado no responsable al cochero que no había sido el autor directo del hecho perjudicial. Esta decisión fué reformada en apelación, y con justicia. En efecto, es esta lucha de velocidad la que provoca la marcha precipitada de los coches y ocasiona un accidente; si uno de los cocheros más bien que el otro tumba un transeunte, esto es un hecho puramente accidental, y no es en este hecho en el que se encuentra el principio de la responsabilidad, es en la lucha establecida por ambos cocheros de los que uno quería pasar al otro; luego eran igualmente culpables por la misma imprudencia, y por consiguiente, eran ambos responsables. (2)

469. Un solo y mismo hecho puede constituir una culpa para con una persona, y no serlo con relación á otra. Un deudor envía á su acreedor un billete de banco en una carta sin certificarla ni recomendarla; el billete fué robado. ¿Hay imprudencia por parte del expeditor? La afirmativa no era muy dudosa, pues á él tocaba asegurarse de la realidad del pago; y no es pagar, el enviar un billete de banco cuando este billete no llega á manos del destinatario. La Corte lo

1 Denegada, Sala Criminal, 7 de Noviembre de 1873 (Daloz, 1874, 1, 95).

2 Burdeos, 12 de Agosto de 1859 (Daloz, 1859, 2, 216). Compárese Rouen, 24 de Febrero de 1821 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 188, 5°: sentencia del Tribunal de Lyon, 29 de Enero de 1870 (Daloz, 1871, 3, 23).

sentenció así, comprobando que el acreedor no había autorizado al deudor para usar de esta vía, y que el deudor no había certificado la carta, lo que hubiera impedido la violación. (1)

Un mandatario asalariado envía una letra de cambio en una carta confiada al correo, sin recomendación. Además, la carta conteniendo una letra de 9,000 francos, había sido depositada en un buzón suplementario, cuya puerta se abría del lado de la calle, y que tenía por esto misma poca seguridad. En fin, el expeditor había descuidado de enviar antes del vencimiento un nuevo aviso que hubiera permitido al destinatario formar oposición para con el aceptante, en el caso de no recepción de la letra. Había imprudencia y, por lo tanto, responsabilidad. (2)

Lo contrario fué decidido en un caso en que la expedición de un bono á cargo del Banco de Francia, había sido hecha á pedimento del destinatario, por vía de correo, sin que hubiera ninguna imprudencia del expeditor. La Corte de Casación sentenció que el único hecho de no haber recomendado la carta, conteniendo un bono del Banco, no es una imprudencia, este bono no pudiendo ser cobrado sino por el destinatario, y el uso general de los comerciantes siendo no recomendar sino las cartas conteniendo valores al portador. Este último punto nos parece decisivo; el uso tiene una gran autoridad en asunto de comercio; aquel que se conforma con él no puede ser imputado de imprudencia. (3)

470. Aunque baste la más leve imprudencia para constituir el cuasidelito, puede suceder que no haya hecho perjudicial cuando el juez decide que no hay ninguna imprudencia que reprochar á aquel que se pretende ser el autor del daño. Un operario fué encargado de hacer rebajes conside-

1 Lyon, 16 de Marzo de 1854 (Daloz, 1855, 2, 141).

2 Aix, 25 de Noviembre de 1869 (Daloz, 1871, 2, 26).

3 Denegada, 1° de Julio de 1857 (Daloz, 1857, 1, 433). Compárese Burdeos, 28 de Mayo de 1856 (Daloz, 1856, 2, 219).

rables por medios de minas. La dureza del suelo no permitía usar como de ordinario, barrenos de cobre; los empresarios dieron, pues, al operario unos barrenos de fierro, instrumentos muy peligrosos, puesto que el choque contra la piedra basta para producir una chispa y traer una explosión instantánea. Pero el operario conocía el peligro y las precauciones que debía tomar para evitar el peligro. A pesar de las precauciones empleadas, la mina hizo explosión y ocasionó al operario una incapacidad de trabajo para el resto de sus días. Acción por daños y perjuicios, admitida por el primer juez y desechada por la Corte. Por muy rigurosa que esta decisión sea, nos parece muy jurídica. No había imprudencia en emplear los instrumentos de fierro, puesto que la naturaleza del suelo así lo exigía; si á pesar de las precauciones empleadas por el obrero, saltó la mina, este hecho no podía ser imputado á los empresarios como una culpa; era un caso fortituo que hería á la desgraciada víctima. (1)

Los tribunales se apoyan algunas veces al hecho material del daño, y consideran como cuasidelito todo hecho perjudicial. Esto es violar el art. 1,382 que exige terminantemente que haya culpa. Una diligencia que debe pasar un río en una balsa es sumergida. ¿Es responsable el cochero? Hay que ver si hay una culpa cualquiera que reprocharle. Constaba que la sumersión procedía de la ruptura de las cuerdas de la balsa; el conductor estaba, pues, fuera de causa, puesto que no había ni siquiera derecho para revisar las cuerdas. (2)

II. Negligencia.

471. El art. 1,383 considera la simple negligencia como una falta que arrastra la obligación de reparar el daño por

1 Bourges, 15 de Julio de 1840 (Dalloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 94).

2 Casación, 17 de Marzo de 1806 (Dalloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 92, 3°).

ella causado. Esto supone que el que se hace culpable de negligencia, está obligado á alguna diligencia. Cuando una persona es negligente en la gestión de sus intereses, en el ejercicio de sus derechos, ¿sará responsable del daño que cause por su descuido? Sí, cuando perjudique un derecho, pues todo hombre debe cuidar en sus actos, el no perjudicar el derecho de tercero. Somos libres de ser negligentes con perjuicio nuestro, pero desde que nuestra negligencia perjudica á otra persona de que lesiona el derecho, estamos obligados á reparar el daño que le causamos.

En 1629, fueron concedidos á un municipio unos derechos de uso de un bosque. Los colindantes usurparon poco á poco el suelo del monte, y el propietario, representado hoy por el Estado, no impidió dichas usurpaciones. Resultó de esto que el monte, teniendo menos extensión que antes de la concesión, los derechos del municipio fueron disminuidos. ¿Tenía en este punto una acción por daños y perjuicios contra el Estado, por el descuido que tuvo el propietario en conservar su derecho? La afirmativa fué sentenciada y es segura. El Estado, en calidad de propietario, está sometido al derecho común; si causa un daño por su negligencia, debe repararlo. Se objetaba, en el caso, que tocaba al municipio reprimir la usurpación, y no al propietario del bosque. La Corte de Nancy contesta que la concesión de 1629 formaba un contrato sinalagmático que imponía al propietario la obligación de mantener los concesionarios en sus derechos; que éstos no tenían acción petitoria ni posesoria, que por lo tanto, no había ninguna negligencia que reprocharles.

Se hacía otra objeción. El municipio, se decía, se queja que las usurpaciones han menguado sus derechos y que él es el culpable, porque son los habitantes del municipio los que usurparon el derecho del Estado, y que no puede prevalecerse de un delito para inducir un derecho. La Corte de Ca-

sación contesta, y en contestación es perentoria, que no es el municipio, como tal, quien usurpó y que no es él quien aprovechó las usurpaciones; al contrario, perdía en ello, puesto que su derecho de uso se encontraba menguado. Esto es verdad, pero siempre queda una singularidad; los habitantes del municipio que habían usurpado el suelo del monte, conservaban el terreno usurpado y aprovechaban á la vez de la indemnización á lo que fué condenado el Estado por motivo de las usurpaciones. En derecho, esto se explica fácilmente. Los usurpadores eran individuos, y no tenia, como tales, nada de común con el municipio; y si aprovechaban de los daños y perjuicios, no era ya como individuos, sino como habitantes del municipio. (1)

472. Hay negligencia cuando no se toman las medidas que manda la más sencilla prudencia para preveer los accidentes. El conductor de una diligencia omite de dar garrote á su coche en una bajada; está obligado á daños y perjuicios hácia una persona matada á consecuencia de la rapidez imprimida al coche. Se objetaban los reglamentos de administración pública que prescriben á los conductores de diligencias el andar con rapidez cuando llevan correo. La Corte de Casación responde que los conductores deben conciliar la rapidez que exige el interés público, con la continua vigilancia que ordena la seguridad de las personas; de seguro que los reglamentos no mandan que los conductores anden con una rapidez que comprometa la vida de los viajeros. (2)

En un negocio análogo, el debate versaba acerca del punto de saber si el conductor era responsable ó lo era el cochero; la cuestión es muy importante, pues el conductor es el agente de la administración y compromete, por consi-

1 Denegada, Sala Civil, 30 de Diciembre de 1844 (Dalloz, 1845, 1, 73).

2 Casación, Sala Criminal, 3 de Junio de 1843 (Dalloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 661).

guiente, la responsabilidad del Estado; mientras que el cochero es el representante del dueño de las postas. Se trataba, pues, de decidir si el Estado era responsable por el accidente causado por la marcha demasiado rápida del coche; la Corte de Agen se pronunció por la afirmativa, y su sentencia fué confirmada por la Corte de Casación. El accidente había sucedido en una avenida llena de gente, sin que el conductor hubiese tocado su trompetilla, sin que el cochero hubiera dado la alarma; el coche había continuado en medio de la gente la carrera rápida que prescriben los reglamentos, cuando al moderar su marcha, el accidente se hubiera evitado. Tal era la falta del conductor. La administración de correos opuso sus reglamentos que el conductor solo había ejecutado: el cochero, dijo, no es el empleado del correo; éste no tiene órdenes que darle, y los reglamentos imponen al conductor tocar la trompetilla solo para anunciar la llegada del coche en las postas y para advertir á los demás coches que le cedan el paso. El recurso fué admitido por la Sala de Requisiciones, y la Sala Civil solo pronunció la sentencia de denegala, después de deliberación en la Sala del Consejo. La dificultad se resumía á esto: el conductor que ejecuta los reglamentos, así como el cochero, ¿dejan por esto de ser responsables? Hay una ejecución más ó menos prudente é inteligente de los reglamentos y de las órdenes administrativas. La Corte de Agen había apreciado á este respecto la conducta del conductor y del cochero; tenía derecho para ello, y concluyó que el accidente había ocurrido por la negligencia, la imprudencia y la falta de previsión y de precaución de la administración de correos ó de sus agentes y empleados, en la ejecución de sus reglamentos ó de sus órdenes. Esta decisión era soberana. (1)

1 Agen, 24 de Abril de 1843 (Dalloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 660, 2º), y Denegada, Sala Civil, 1º de Abril de 1845 (Dalloz, 1845, 1, 261). Compárese Denegada, 30 de Enero de 1844 (Dal-

La cuestión presentaba aún otra dificultad. Es seguro que la mayor parte de los accidentes son debidos á la severidad de los reglamentos administrativos; se pregunta si la administración; es decir, el Estado, incurre en responsabilidad en este punto. Volveremos á ocuparnos de este asunto.

473. Si la estricta observación de los reglamentos no es una excusa para el autor de un hecho perjudicial, con más razón el concesionario de un trabajo de utilidad pública será responsable por no haber tomado las precauciones ordenadas por la prudencia, aunque la concesión ó el cuaderno de los cargos no le hagan una obligación de ello. Una persona queriendo atravesar en la noche un puente construido sobre el Loire, por vía de concesión, cayó desde la calzada sobre la pl. ya después de haber franqueado la cabeza del puente, y se rompió un pierna; la compañía concesionaria no había hecho colocar faroles en la obra, y ningún borde estaba colocado á lo largo de la calzada. Demanda por daños y perjuicios; la compañía contestó que se había atendido estrictamente á las cláusulas y condiciones del cuaderno de cargos bajo las que la concesión había tenido lugar; que las precauciones que le reprochaban haber descuidado, no le habían sido ordenadas; que, por tanto, ninguna responsabilidad podía pesar sobre ella. Era fácil contestar á esta defensa.

Las compañías concesionarias quedan bajo el imperio del derecho común, y éste obliga á todo el mundo á tener el suficiente cuidado para no causar á otro un daño por su negligencia. ¿Qué importaba, pues, el silencio del cuaderno de cargos? La convención intervenida entre el Estado y los concesionarios no deroga á una responsabilidad general que es de orden público. Había negligencia de parte de la com-

pañía, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 660, 2^o), y 22 de Noviembre de 1848 [Dalloz, 1848, 1, 252].

pañía en no tomar las precauciones que hubieran impedido el accidente; luego era responsable. (1)

474. Cada día suceden accidentes en las fábricas; la industria es como una batalla en la que sucumben los débiles y los imprudentes. Volveremos á ocuparnos de la imprudencia que puede reprocharse á las víctimas y diremos en qué casos hace cesar ó atenúa la responsabilidad que pesa sobre el autor del hecho perjudicial. Por ahora debemos ver cuándo los jefes de industrias responden por los accidentes que matan á los obreros ó los mutilan. Están sometidos á la responsabilidad general de los arts. 1,382 y 1,383. No es esto dudoso: la Corte de Lyon ha formulado el principio en los términos más generales. "Es del deber de los jefes de establecimientos industriales preveer completamente la seguridad de los operarios que emplean, y son responsables de éstos por todos los accidentes y daños que puedan sobrevenir, ya de vicios de construcción ó de la falta de mantención de las máquinas y aparatos, ya de la negligencia ó de la torpeza de los dependientes de los diversos servicios del establecimiento. No pueden declinar su responsabilidad sino en casos de fuerza mayor." (2) Esta fórmula comprende además de la disposición de los arts. 1,382 y 1,383, la del art. 1,384, que dice: "Se es responsable no solamente del daño que se causa por hecho propio, sino también por aquel que es causado por el hecho de las personas de que se debe responder, ó de las cosas que se tiene á su cuidado." Y los fabricantes y todos los patrones, responden á título de comitentes por el daño causado por sus empleados en las funciones que desempeñan; responden igualmente por el daño causado por las máquinas y aparatos colocados bajo su cui-

1 Lyon, 16 de Noviembre de 1841 [Dalloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 196, 2^o].

2 Lyon, 13 de Diciembre de 1854 [Dalloz, 1855, 2, 86].

daño. Tratarémos especialmente de la responsabilidad definida por el art. 1,384; fué necesario mencionarlo aquí porque en realidad los diversos casos de responsabilidad se confunden: casi siempre hay un empleado en causa, así como una máquina y el resultado es la responsabilidad del jefe del establecimiento.

475. El principio es general y se aplica á todas las industrias. En el caso conocido por la Corte de Lyon (núm. 474), una lancha de vapor había hecho explosión; varios de los marineros fueron heridos y uno de ellos perdió la vida. La viuda de éste y sus cuatro hijos accionaron al propietario del barco por pago de daños y perjuicios. Resultado del informe de los expertos y de los alegatos, que la ruptura del caldero parecía haber tenido lugar, ya sea por falta de agua, luego negligencia del empleado; ya sea por demasiado calor, lo que implicaba igualmente culpa del obrero utilizado en este servicio; ya sea también por un vicio de construcción, caso previsto por el art. 1,384; por otra parte, no se probaba ningún acontecimiento de fuerza mayor al que se pudiera atribuir la explosión del caldero. Había, pues, una culpa, y cualquiera que fuese, el dueño del navío debía responder por ella, porque todas las causas posibles implicaban su responsabilidad. (1)

Una compañía concesionaria de una mina hacía bajar á brazo cubas de carbón de considerable peso, sobre un plano fuertemente inclinado. Las barras de hierro destinadas á trabar las ruedas, único medio puesto á la disposición de los operarios, no tenían suficiente longitud; el mismo día del accidente que dió lugar al proceso, los obreros lo habían hecho notar al director de la mina sin que éste lo tuviera en cuenta. Había, pues, culpa por la negligencia del empleado de la compañía; la simple precaución de una cadena y una

1 Lyon, 13 de Diciembre de 1854 (Daloz, 1855, 2, 86). Denegada, 29 de Marzo de 1854 (Daloz, 1854, 1, 235).

polea, colocadas hácia atrás de los wagoes hubiera desaparecido toda posibilidad de peligro. La compañía lo reconoció así ella misma, empleando desde el día siguiente del accidente, una cadena y una polea para descender las cajas. Fué con justicia que la Corte de Lyon reformando la decisión de los primeros jueces condenó á la compañía á pagar los daños y perjuicios. (1)

Hay una numerosa jurisprudencia acerca de estos tristes accidentes que regularmente cuestan la vida á los operarios ó los ponen en la imposibilidad de trabajar. La Corte de Lyon ha sentenciado que había responsabilidad cuando una administración de ferrocarril, al dar á un obrero el trabajo que se le encarga un instrumento nuevo cuyo manejo es peligroso, no le ministra las instrucciones suficientes acerca del modo de emplearlo. El accidente sobrevenido á consecuencia de la inexperiencia del obrero, es, en semejante caso, imputable á la negligencia del patrón. (2)

476. El principio recibe su aplicación á los trabajos agrícolas, como á los establecimientos industriales; la agricultura se ha convertido en una industria, al emplear máquinas de vapor en la trilla del trigo. Desgraciadamente los accidentes se multiplican á medida que la industria progresa. Una joven obrera está empleada en recoger la paja que sale de la máquina, trabajo apropiado á sus fuerzas y á su sexo. El mecánico ó maquinista, sube á la obrera sobre la apartadora de las yerbas; tan pronto como llega á la plataforma, cuando es víctima de un accidente que le causa la amputación de la mano derecha. La Corte de Bourges dice muy bien, que admitiendo que una mujer pudiese ser empleada sin inconveniente y sin peligro en este servicio, la prudencia más vulgar mandaría, ya sea detener la marcha de la máquina, antes de que subiera la obrera á su puesto,

1 Lyon, 20 de Junio de 1873 (Daloz, 1873, 2, 189).

2 *Monitor judicial de Lyon*, 12 de Agosto de 1873.

ya cuidar de sus movimientos hasta que hubiese sido instalada, sobre todo, cuando por su actitud la joven manifestaba inexperiencia y temor.

En vano el maquinista alegó que le había hecho recomendaciones, dado consejos más ó menos precisos, que siempre mal comprendidos eran insuficientes; había habido negligencia, y, pues, culpa y responsabilidad á cargo del dependiente y de su comitente. (1)

477. La obligación de los patronos de cuidar de la seguridad de sus operarios, es más rigurosa cuando los obreros son niños. Hemos visto niños sacados de la escuela á la edad de ocho años y saliendo de la fábrica mutilados poco tiempo después. El legislador es quien es culpable en los países, en los que como en Bélgica, por un vano pretexto de libertad, se niega obstinadamente en reglamentar el trabajo de los niños en las fábricas. Lo seguro es que si los patronos emplean niños, deben tener cuenta de la ligereza propia de su edad, y redoblar de prudencia para con ellos.

Un niño de catorce años fué empleado por una compañía de minas, al apartado de las piedras del carbón destinado á ser pulverizado; se le prohibió levantar las piedras cerca de la pulverizadora; cayó á la máquina, le lastimó un pie, ¿había responsabilidad? El niño había desobedecido la prohibición hecha por la compañía; pero esto fué para conformarse á las órdenes de los operarios, bajo la dirección de los cuales estaba colocado por su edad y por el conjunto del servicio. Había imprudencia en confiar un servicio peligroso á un niño, y había culpa directa de los operarios, lo que comprometía la responsabilidad de la compañía á título de comitente; ésta fué sentenciada á reparar el daño que resultó del accidente. (2)

Los patronos que emplean niños tienen el cuidado de ha-

1 Bourges, 23 de Enero de 1867 (Dalloz, 1867, 2, 197).

2 Lyon, 9 de Diciembre de 1854 (Dalloz, 1855, 5, 391, núm. 23).

cerles recomendaciones y prohibiciones que, si fuesen estrictamente observadas, evitarían los accidentes. ¿Será una excusa para ellos cuando un accidente suceda á consecuencia de la inejecución de sus órdenes? La Corte de Dijon dice muy bien que no basta, cuando se trata de niños, el hacerles prohibiciones, que se deben también tomar las medidas necesarias para que la prohibición sea cumplida. Un niño fué herido, no en el lugar donde estaba colocado, sino en un punto más próximo á la máquina de vapor, confiada también al cuidado de otro niño; hay culpa, dice la Corte, por cuanto á que el patrón no ejerció una vigilancia tan rigurosa como lo exigía el peligro á que estaban expuestos, el joven obrero y la presencia de otros niños. No hay que pedir á un niño una prudencia que no se armoniza con su edad; aquel que se atiene á los cuidados de un niño, es también culpable de imprudencia y es mayor su culpa. (1)

478. Pasamos ahora á una responsabilidad que tiene por objeto la reparación de un perjuicio pecuniario, pero que toca á consideraciones morales del orden más elevado. Cada día se hacen recomendaciones ó se dan enseñanzas, y muy á menudo con una culpable ligereza, ó con reticencias igualmente punibles. Aquel que da falsa enseñanza ó aquel que hace una recomendación contraria á la verdad, ¿es responsable del perjuicio que resulta de ello? La afirmativa es segura; todo hecho perjudicial está bajo la aplicación del artículo 1,382. Pido noticias de un doméstico en casa de su antiguo amo, se me contesta que es fiel, y sucede que se ha hecho culpable de infidelidad. Sobre la fe de las noticias, lo tomo á mi servicio y me roba, ¿no es esto un hecho perjudicial? No se es escrupuloso en dar noticias inexactas; á la justicia toca enseñar á los hombres á ser concienzudos; la jurisprudencia está en este sentido, pero algunas veces demasiado indulgente, sin duda porque los jueces se sienten

1 Lyon, 26 de Abril de 1871 (Dalloz, 1871, 2, 41).

ellos mismos culpables de igual falta á la que están llamados á sentenciar. ¡Aun está muy bajo nuestro nivel moral!

Un individuo condenado á cinco años de cárcel por robo, y á otros cinco de vigilancia, fué espontáneamente recomendado á un negociante, como mereciendo entera confianza; debido á esta recomendación, el negociante le dió un empleo de confianza en una casa de Amberes; antes de emplearlo definitivamente comunicó su intención á la persona que se lo había recomendado; se renovaron las primeras atestaciones. El protegido cometió un robo por valor de 3,000 francos en perjuicio de su patrón. De ahí una acción por daños y perjuicios que la Corte de Paris acogió. La Corte dijo que la condena por robo no es una razón para ya no emplear, y por consiguiente, recomendar á aquel que se ha redimido; pero el que recomienda á semejante individuo, debe cuando menos ponerlo en conocimiento del corresponsal, de quien solicita lo emplee. La reticencia de este hecho constituye una imprudencia perjudicial por la que se debe reparación. (1)

479. Un propietario presta á un industrial la suma de 40,000 francos; el empresario quiebra siete años más tarde. Este préstamo había sido hecho á instancias del hermano del empresario, el que tenía todas las confianzas del prestamista de quien era consejero. El mismo nombre y la situación del industrial eran desconocidos del prestamista, mientras que el hermano del solicitante sabía que éste no conseguía crédito con ningún banquero; el empréstito retardó su caída, pero no pudo impedirla. Fué, pues, por la recomendación del hermano como fué consentido el préstamo, y por consiguiente, la recomendación era la causa de la pérdida sufrida por el prestamista. Había cuasidelito y responsabilidad. (2)

1 Paris, 16 de Julio de 1869, y Burdeos, 19 de Julio de 1869 (Daloz, 1870, 2, 150).

2 Bruselas, 30 de Mayo de 1865 (Pasicrisia, 1865, 2, 361).

Una casa francesa acepta como representante en Bélgica, á un individuo del que un negociante belga había encomiado la moralidad y la solvencia; y dice la Corte de Bruselas, en la época en que fueron dadas estas noticias, la solvencia y la moralidad de este individuo eran una ficción. La casa sufrió pérdidas, y promovió por daños y perjuicios, que la Corte le concedió. En la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, se dice que el negociante belga había dado noticias que sabía eran falsas; lo que no dejaba ninguna duda acerca del hecho de responsabilidad. (1) Las noticias dadas bajo forma de referencia, son muy frecuentes en materia de comercio; nada importa la forma si el hecho es perjudicial en el sentido del art. 1,382; da lugar á una acción por daños y perjuicios. Un negociante, declarado en quiebra en Alger, llega á Marsella y se establece; no teniendo ningunos recursos para tratar negocios al contado, hizo compras de mercancías á plazo. Para obtener el crédito, necesitaba referencias; fué uno de sus antiguos acreedores quien se encargó de este cuidado; el quebrado dirigía las personas con quien trataba á su antiguo acreedor quien daba referencias favorables. Sucedió una nueva quiebra; de ahí una acción por daños y perjuicios. Estas referencias, dice el Tribunal de Comercio de Marsella, eran resultado de una complacencia demasiado ligera y quien sabe si interesada por parte de una casa acreedora por importante suma. Se debía abstener de dar referencias ó debía haber dado las verdaderas; induciendo por estas inexactitudes á que negociantes hicieran crédito á un hombre insolvente, aquel que cometió esta imprudencia se hizo culpable de un cuasidelito del que debe soportar las consecuencias. (2)

1 Bruselas 26 de Abril de 1864 (Pasicrisia, 1865, 1, 185). Compárese Bruselas, 12 de Agosto de 1869 (Pasicrisia, 1870, 2, 134). Riom, 24 de Junio de 1859 (Daloz, 1860, 2, 18).

2 Sentencias del Tribunal de Comercio de Marsella, de 29 de Octubre y de 15 de Diciembre de 1869 (Daloz, 1870, 3, 21).

480. En los litigios que acaba nos de relatar, las referencias y recomendaciones habían sido dadas de mala fe, en el sentido que aquel que las ministraba, conocía su inexactitud. ¿Es esto decir que esto sea una condición requerida para que haya responsabilidad en este punto? La Corte de Gante lo dice: Es menester una culpa para que haya un hecho perjudiciable en el sentido del art. 1,382; y en el caso, la sentencia dice que esta falta no puede existir sino por tanto que las referencias ó noticias son erróneas y conscientemente erróneas. Lo más á menudo así sucederá de hecho, pero en derecho no se puede exigir una condición que la ley ignora. El cuasidelito existe desde que hay la más leve culpa, la menor imprudencia basta; tal es la tradición, tal la doctrina, y tal es también la jurisprudencia. Para que así no fuese, en el caso de noticias inexactas, sería menester una excepción escrita en la ley, y es inútil agregar que la ley no hace ninguna excepción á la regla general y absoluta del art. 1,382; el art. 1,383, que no cita la Corte, condena su sistema, puesto que se contenta con negligencia y con imprudencia. Por lo demás, en el caso, era inútil alegar un argumento jurídico erróneo; el hecho no caía bajo la aplicación de la ley. La referencia, decía de un negociante: "Parcs marchar bien y merecer un crédito moderado." La Corte tiene razón en decir que semejante referencia no es una recomendación, es más bien un consejo de prudencia, pues el corresponsal no afirma nada y nada aconseja. (1)

481. Se estableció en Bruselas una asociación comercial, con el nombre de *Mutua confidentia*. Cada mes publica un boletín ó circular que remite á un gran número de comerciantes, y en el que se encuentran los nombres de los comerciantes que no pagan sus deudas. Esta es una preciosa moral ejercitada con los malos deudores; por temor de ser denunciados en el comercio, se deciden á pagar lo que qui-

1 Gante, 24 de Julio de 1873 (*Pasicrisia*, 1873, 2, 348).

zá no hubiesen hecho sin la publicidad de que se les amenaza. La sociedad pretende haber hecho pagar por este medio, muchos créditos que se consideraban como perdidos. Pero tiene la medalla su reverso: si hay malos deudores, hay también acreedores de mala fe; si denuncian y hacen figurar como deudores, en estas circulares que tienen una gran publicidad á personas que no son realmente deudoras, les causan un daño y están, por consiguiente, obligados á repararlo. La *Mutua confidentia* es cómplice de este hecho perjudiciable, y por lo tanto, también responde de él; existen dos sentencias de la Corte de Bruselas en este sentido, y esto no es dudoso. (1)

III. Impericia.

482. El art. 1,383 nada dice de la impericia ó de la ignorancia, pero la tradición sufre este silencio. Las leyes romanas ponen en el número de los daños causados por culpa de aquellos que suceden por ignorancia, ó de los casos que se deben saber: se cita como ejemplo al carretero que colocó mal sus piedras en su carreta. Si la caída de las piedras causa algún perjuicio, el carretero responde por él. (2) Los autores modernos citan los casos en que los artesanos están obligados á reparar el daño que causan por no saber lo que es de su profesión; en realidad, no se trata, en este caso, de cuasidelito, se trata de la ejecución de una obligación convencional. Esta confusión existe también en la jurisprudencia y, por lo que toca á los daños y perjuicios resultando de la culpa, la distinción es indiferente. Un piatero aplica mal el estaño en una fuente de cobre; de ahí enfermedades y síntomas de envenenamiento. Este es responsable hácia el dueño del caso en virtud del contrato que

1 Bruselas, 16 de Febrero de 1871 (*Pasicrisia*, 1874, 2, 98 y 101).

2 Toullier, t. VI, 1, pág. 124 núm. 153 y todos los autores.

lo obliga á hacer con los cuidados de un buen operario, el trabajo de que está encargado. (1) Esto supone que el artesano no se apegó á las reglas de su arte. Un arquitecto emplea zinc para la construcción de canales destinadas á recoger las aguas. Es bien sabido que este metal es impropio para este uso; sin embargo, la Corte de Tolosa sentenció, y bien sentenciado, que el arquitecto no era responsable; en el momento en que se pusieron los tubos, la opinión general era que el zinc era el metal propio para semejantes trabajos, y un artesano no es culpable de impericia cuando hace lo que los mejores obreros. (2) Por contra, el arquitecto es responsable por los accidentes sucedidos á los obreros empleados en la construcción de que está encargado cuando él les ha ministrado los materiales cuya mala calidad ha ocasionado el daño. (1)

483. Los oficiales públicos que por la naturaleza de sus funciones, deben tener cierto conocimiento de derecho, son responsables por el solo hecho de ignorarlo. Un escribano de diligencias de un juzgado de paz hace constar convenciones en actas redactados por él y guar la dichas actas en depósito para asegurar su conservación. Hasta ahí estaba en su derecho, porque todo el personal puede hacer lo mismo. Pero hizo más, puso estas actas en el número de la minuta de la secretaría del juzgado. Este hecho es ilícito y es en v. no que el escribano pretendiera excusarse por su buena fe. La Corte de Casación contesta que la ignorancia de un oficial público, cuando se relaciona con las reglas y deberes de su profesión es una falta pesada que la buena fe no puede excusar y que compromete su responsabilidad con relación á ter-

1 Paris, 30 de Diciembre de 1836 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 193, 1^o).

2 Tolosa, 19 de Febrero de 1836 (Daloz, en la pabra *Desistimiento*, núm. 156).

3 Denegada. Sala Criminal, 21 de Noviembre de 1856 (Daloz, 1856, 1, 471).

ceros si esta falta les ha causado un daño. En el caso, la Sala de los notarios había formado una acción por daños y perjuicios contra el secretario; pero la Corte de Apelación, habiendo comprobado de hecho que los notarios quejantes no habían sufrido ningún perjuicio por culpa del secretario, el hecho aunque ilícito no constituirá un cuasidélito. No puede haber lugar á reparación cuando no hay daño causado. (1)

484. Los notarios y los escribanos tampoco pueden invocar su buena fe para excusarse de un daño que han causado por error de derecho. Son culpables cuando ignoran el derecho como el artesano que no conoce las reglas de su arte.

¿Cómo podría ser su falta una excusa? Aunque se trate de un punto controvertido, deben de escoger la opinión que los pone al abrigo de toda responsabilidad, y la que podla dar lugar á una acción por daños y perjuicios. Esta es la observación de la Corte de Bourges, y es perfectamente fundada; hubiera imprudencia en adoptar una opinión, por muy probable que parezca, desde que deja una duda, mientras que siguiendo otra opinión, el oficial público se pone á cubierto de toda acción, y la imprudencia basta para comprobar la responsabilidad. (2) Hay decisiones más indulgentes. (3) No entraremos en este debate, puesto que á decir verdad, es extraño á la materia de los cuasidélitos; si el escribano y el notario son responsables, esto es en virtud de un contrato y no en virtud de un delito ó de un cuasidélito. Volveremos sobre esta cuestión de principio más adelante. ®

1 Denegada, Sala Civil, 14 de Marzo de 1866 (Daloz, 1866, 1, 213).

2 Bourges, 22 de Febrero de 1855 (Daloz, 1855, 2, 150). Compárese Poitiers, 30 de Junio de 1847 (Daloz, 1847, 2, 190).

3 Burdeos, 14 de Junio de 1859 (Daloz, 1859, 2, 201). Agen, 18 de Febrero de 1873 (Daloz, 1874, 2, 79).

Núm. 3. ¿Cuándo deja la falta de ser un cuasidelito?

485. Hay un antiguo adagio que dice que aquel que sufre un daño por culpa propia, se considera como no perjudicado; es decir, que aunque perjudicado, no tiene acción por daños y perjuicios; los autores dan el ejemplo siguiente: Tiro alguna cosa por la ventana de mi casa, en un terreno adyacente que me pertenece, y la tino por casualidad á un extraño que se halla en él. Proudhon dice que no soy culpable de ninguna falta, porque tenía el derecho de echar en mi propio terreno lo que se me antoja, mientras que aquel que fué herido, no teniendo derecho de pasar en mi fundo, es culpable de haberse introducido en él, lo que lo imposibilita para quejarse; debe imputarse así mismo el daño que ha sufrido. (1) La explicación restringe el principio que ésta fórmula de una manera demasiado absoluta. Que un extraño tenga ó no derecho de pasar por mi fundo, yo en ningún caso tengo derecho para herirlo; debe, pues, verse si hubo imprudencia por mi parte; solo que en la apreciación de mi culpa, el juez tendrá en cuenta la circunstancia de haber sido arrojado algo sobre un terreno perteneciente al autor del hecho perjudicial. La culpa del que sufre el daño no ha hecho, pues, cesar necesariamente la culpa de aquel que lo causa por su hecho; es un elemento del debate que el juez tomará en consideración, para apreciar si hubo culpa y cuál es su gravedad.

486. El adagio es aplicable cuando no se puede reprochar ninguna culpa á aquel que por su hecho causó un daño. Unos empresarios de trabajos públicos hacen saltar una roca prendiendo minas; un decreto de la autoridad competente prescribía que la encendida de los barrenos no podía tener lugar sino desde las once de la mañana hasta las dos

1 Proudhon, *Del usufructo*, t. III, pág. 459, núm. 1,487. Aubry y Rau, t. IV, pág. 755, nota 4, pfo. 446.

de la tarde; el alcalde estaba encargado de tomar las medidas de policía para impedir el paso á estas horas. Este decreto había sido publicado, y además, un agente de la policía estaba colocado en el lugar para impedir el paso. No obstante, un habitante de la ciudad pasó y fué herido; fué sentenciado que el obrero y el empresario de los trabajos no eran responsables, porque debían creer que se cumpliría con el decreto; no se les reprochaba ninguna negligencia, ninguna imprudencia; desde luego, el hecho, aunque perjudicial, no constituía un cuasidelito. (1)

El principio se aplica á los accidentes que suceden en las fábricas. Cuando toda la imprudencia está del lado del obrero y que ninguna puede ser reprochada al patrón, el juez debe pronunciarse contra la desgraciada víctima por muy dura que parezca esta resolución. El juez decide en derecho, y en derecho no hay ninguna duda. La misma equidad no puede reclamar cuando se trata de un obrero con función de jefe de cuadrilla ó de contraamaestre; como tal, mejor que nadie conoce el peligro y se le debe suponer la inteligencia necesaria para guarecerse de él. (2) La Corte de París llevó más allá el rigor, sin pasar los límites del derecho, rehusando los daños y perjuicios á un obrero mecánico que fué herido empleando para componer un laminador un buril que su patrón le había mandado; el instrumento era enteramente insuficiente para la operación; se rompió y una rebaba hirió el ojo del obrero imprudente. Fué imprudente, porque siendo hábil operario, debió rehusar el instrumento que el patrón le enviaba sin imponérselo. (3)

487. El adagio no recibe ya aplicación cuando hay culpa

1 Lyon, 16 de Febrero de 1826 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 192, 2°). Véase otra aplicación del mismo principio en una sentencia de Denegada de 11 de Mayo de 1853 (Daloz, 1853, 1, 263).

2 Sentencia del Tribunal del Sena, 1° de Enero de 1873 (Daloz, 1873, 3, 48).

3 Paris, 19 de Enero de 1867 (Daloz, 1867, 5, 370, núm. 8).

que reprochar á aquel por cuyo hecho un daño ha sucedido, aunque la parte perjudicada fuese también culpada de imprudencia. No debe perderse de vista el principio fundamental de esta materia, y es que la culpa más leve es causa de responsabilidad; de esto sigue que la imprudencia de la víctima del hecho perjudicial, no quita la culpa del autor, á menos que esté probado que esta imprudencia fué la única causa del daño sufrido. Si no es la única, hay otra de que carga el autor, y por leve que sea, lo hace responsable. Estos son los términos de la sentencia de la Corte de Lieja, y creemos que este es el verdadero principio. Aquel que por su hecho causa el daño, pudo haber tomado precauciones para impedirlo; si no lo hizo, tiene la culpa, y por lo tanto, está sometido á una acción de daño y perjuicios. (1)

La jurisprudencia está en este sentido. Un viajero insiste para colocarse en un coche demasiado cargado ya; el coche se volca por exceso de carga: ¿Tendrá el viajero una acción? La afirmativa fué sentenciada con razón. Debe verse si á pesar de la imprudencia del viajero, es culpable el conductor, y esto no puede ser negado. No es al viajero, siempre dispuesto á partir, á quien incumbe preveer y evitar el peligro que resulta de una sobrecarga; esto es el deber del conductor; no cumple con su deber recibiendo al viajero; luego es culpable por haber accedido á su deseo. En el caso, la culpa no podía ser negada, puesto que constituía una desobediencia á los reglamentos por parte del conductor, y toda infracción es un delito civil. (2) Se cita una sentencia de la Corte de Riom como siendo contraria á esta doctrina. En realidad, está conforme con ella, puesto que condena al conductor á los daños y perjuicios; pero en la estimación de estos daños y perjuicios, considera la culpa del viajero, lo que es la aplicación de un principio general.

1 Lieja, 3 de Enero de 1862 (*Pasicrisia*, 1863, 2, 143).

2 Lyon, 16 de Julio de 1862 (*Dalloz*, 1863, 5, 329). Larombière, t. V, pág. 709, núm. 30 (Ed. B, t. III, pág. 431).

como lo diremos más adelante. Nada es más justo; si la imprudencia del viajero no le quita la culpa al conductor, cuando menos la disminuye, y la reparación debe ser proporcional á la falta. (1)

488. Este principio es de una gran importancia cuando se trata de apreciar la responsabilidad de los jefes de industria. Casi siempre hay que reprochar una imprudencia al operario que sufrió el daño, pero esto no basta para liberrar al patrón de toda responsabilidad; si él mismo cometió alguna falta, como lo dice muy bien la Corte de Lyon, tiene culpa cuando no toma las más minuciosas precauciones para proteger á sus obreros y á sus empleados; debe preservarlos hasta de su propia imprudencia. Esta decisión parecerá de un rigor excesivo para el amo; ella es, sin embargo, tan jurídica como humana; los operarios incultos é imprevisores porque son incultos, se familiarizan con los peligros de su profesión á tal punto, que descuidan tomar las precauciones que ordena la más sencilla prudencia; ¿No toca al patrón más inteligente y más imprevisor cuidar por la seguridad de sus vidas? A menudo los jefes se conforman con dar órdenes ó prohibiciones sin cuidar de su ejecución; esto no es cumplir con su deber; lo esencial es que las órdenes sean ejecutadas y que las prohibiciones se cumplan. El empresario de un terraplen intima á sus operarios la orden de retirarse cuando hay inminencia de un derrumbe; es responsable en caso de accidente si no cuidó de la ejecución de esta orden protegiendo á sus operarios contra su propia imprudencia. (2)

Es sobre todo cuando se trata de jóvenes operarios cuando la responsabilidad del patrón debe ser más severa. No puede exigir de ellos prudencia porque sería pedir lo imposi-

1 Riom, 11 de Marzo de 1851 (*Dalloz*, 1853, 2, 76). Compárese *Delegada*, 29 de Julio de 1874 (*Dalloz*, 1875, 1, 320).

2 Véanse las decisiones de la Corte y del Tribunal de Lyon, citadas en el *Repertorio* de *Dalloz*, 1871, 2, 42, nota 2.

ble; al emplearlos se compromete á ser prudente por ellos, y si no toma todas las precauciones posibles, se hace él mismo culpable de imprudencia. La Corte de Paris sentenció que había culpa de parte del patrón de una imprenta en haber omitido cubrir con una reja ó con otro medio preservativo, los engranes de una máquina cerca de la cual estaba un niño para recibir las hojas de papel. Poco importa que esta precaución no esté prescrita en ningún reglamento, lo está por el cuidado que el patrón debe tener para con sus jóvenes operarios. (1)

489. La cuestión de responsabilidad presenta además otra dificultad: ¿Cuándo hay culpa de parte de aquel que sufre un daño? ¿Se debe aplicar á la parte perjudicada el principio que se aplica al autor de un perjuicio? Este está obligado por la culpa más leve: La seguridad de los hombres exige el rigor. Entre la víctima y el culpable, la justicia se pronuncia por la víctima, por ligera que sea la culpa del autor del cuasidelito. No se puede apreciar con la misma severidad la imprudencia ó la negligencia cometida por aquel que es lesionado; él es extraño al hecho que causó el daño, no le tocaba tomar las precauciones necesarias para que no fuese causado ningún perjuicio. Hay, pues, que atenerse á la regla general en materia de culpa; si ha hecho lo que hubieran hecho la mayor parte de los hombres, no se puede decir que tenga culpa.

Si la pretendida imprudencia que se imputa á la parte lesionada, es el ejercicio de un derecho, toda culpa desaparece. Un espejo de gran precio fué roto en la vidriera de un almacén por una carreta. El dueño de la carreta, demandado por daños y perjuicios, pretende que no debe reparar sino una parte del daño, porque el propietario del almacén había cometido una imprudencia poniendo en su vidriera un espejo de lujo, en lugar de un vidrio común. El Tribu-

1 Dalloz, 1871, 2, 42, nota.

nal no acogió esta defensa; el propietario usa de su derecho y aquel que así hace no tiene culpa. (1)

El impresor es responsable por las faltas de impresión: Es un hecho de negligencia que entra bajo la aplicación de los términos generales del art. 1,383. Se pregunta si esta falta está cubierta por el *puede imprimirse* que firma el autor. La jurisprudencia se ha pronunciado con la negativa, y con razón. El autor revisa la prueba, sobre todo, bajo el punto de vista de la forma literaria del estilo; hace las correcciones que conciernen al fondo; al corrector de la imprenta toca corregir las faltas de impresión propiamente dichas. Así es costumbre como lo hace constar una sentencia del Tribunal de Comercio de Paris, hacer una última corrección, llamada segunda lectura, después que el autor entregó el *puede imprimirse*, y esta lectura tiene precisamente por objeto corregir las faltas tipográficas, de gramática, de ortografía y de puntuación que hubieran escapado á la revisión del autor. Sin embargo, si el autor hubiera descuidado de corregir faltas groseras que saltan á la vista, también habría negligencia por su parte, y por consiguiente, el juez podrá considerar los daños y perjuicios á cargo del corrector, condenándolo solo á soportar una parte de los gastos que necesitan los cartones. (2)

Quando la parte lesionada infringió un reglamento y que es á consecuencia de esa infracción como sufrió un perjuicio, no puede, en general, quejarse; es ageno el caso de decir con el adagio, que está como si no estuviera perjudicada.

1 Sentencia del Tribunal de Amberes de 1° de Abril de 1865 (Dalloz, 1865, 3, 62). En el mismo sentido una sentencia del Tribunal de Paz de Bourbon-l'Archambault, 8 de Enero de 1867. En sentido contrario, Tribunal de Paz de Béziers, 22 de Julio de 1866 (Dalloz, 1868, 3, 74) y la nota del sentencista.

2 Tribunal del Sena, 23 de Agosto de 1828 (Dalloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 133). Tribunal de Comercio de Paris, 16 de Agosto de 1860 (Dalloz, 1861, 3, 72).

Sin embargo, hay que cuidarse de proposiciones absolutas en esta materia. Las cuestiones de culpa son esencialmente de hecho, y siempre pertenece al juez apreciar las circunstancias de la causa. Un operario empleado del ferrocarril fué herido. La compañía sostuvo que éste había infringido un reglamento que prescribe á todos los operarios alejarse cuando se acercan los trenes; esta defensa no fué admitida en el caso. El obrero había sido alcanzado en el momento que trataba de quitar con su pala unas piedras que se hallaban en los rieles, y que él suponía hacer descarrilar el tren de pasajeros. Si había infringido los reglamentos, era bajo la influencia de un sentimiento generoso, y la compañía hacía mal de imputarle como falta lo que era un acto de generosidad, ó cuando menos de gran celo. (1)

490. Los accidentes de coches dan á menudo un conflicto por culpa. Hay alguna imprudencia que reprochar á la víctima, pero esto no impide que el cochero tenga la culpa. Una señorita, al atravesar rápidamente una plaza en París para evitar los coches, se cayó al momento de alcanzar la banqueta; un coche que pasaba en este lugar le rompió ambas piernas. La víctima demandó daños y perjuicios á la vez que reconocía que en cierta medida hubo imprudencia por su parte; sin embargo, la Corte de París condenó al cochero y á su amo comprobando su culpa; el caballo iba á un paso tal, que hubiera sido fácil pararlo á tiempo para que el coche no alcanzase el cuerpo de la persona caída. (2) ¿Bastará que los cocheros griten para que un transeunte, advertido y herido porque no tuvo en cuenta el aviso, tenga acción? La Corte de París lo sentenció así, (3) pero hay que cuidarse de traducir en regla general sentencias que siempre son pronunciadas en vista de la circunstancia de la cau-

1 Lyon, 5 de Abril de 1856 (Daloz, 1857, 2, 86).

2 París, 6 de Julio de 1867 (Daloz, 1871, 5, 334, núm. 5).

3 París, 16 de Febrero de 1867 (Daloz, 1867, 5, 371).

sa. El transeunte tiene culpa, enhorabuena; pero el cochero ¿no tendrá ninguna falta? Admitiríamos la no responsabilidad solo en el caso en que la imprudencia de la víctima hubiera sido la única causa del accidente. Jamás debe olvidarse que el rigor de la ley en materia de cuasidelitos tiene por objeto resguardar la vida de los individuos.

491. La consecuencia más natural de la culpa es no franquiar toda responsabilidad al autor del hecho perjudicial, sino de disminuirla en el sentido que los daños y perjuicios á que se le condena deben ser proporcionados á la extensión de la culpa, y ésta es disminuida cuando el daño es imputable en parte á la culpa de aquel que lo sufrió. Tal es la jurisprudencia. Un operario sube sobre una máquina para engrasarla; la máquina mal montada de por sí, hiere al operario. A su pedido por daños y perjuicios, la compañía opuso que el obrero tenía la culpa, visto que no tenía que montar en la máquina para haberla engrasado. El tribunal del Sena, tomando en cuenta estas circunstancias, concluyó que había lugar á moderar los daños y perjuicios; en apelación, la Corte los aumentó por motivo de que la culpa de la compañía era proporcionalmente mayor que la que se podía imputar al operario. (1)

492. Puede suceder que las culpas recíprocas de ambas partes sean de tal naturaleza que excluyan toda causa de responsabilidad. Cuando el demandante es culpable para con el demandado por la misma falta que reprocha á éste, no hay lugar á concederle daños y perjuicios, porque la indemnización que obtendría con este título, debería devolverla después de la condenación pronunciada en provecho de la parte adversa; de manera que los daños y perjuicios de que

1 París, 16 de Noviembre de 1871 (Daloz, 1871, 2, 208). Compárese Nimes, 20 de Febrero de 1872 (Daloz, 1872, 5, 337, núm. 10). Denegada, 29 de Julio de 1874 (Daloz, 1875, 1, 320). Compárese Bruselas, 3 de Marzo de 1814 (*Pasicrisia*, 1814, pág. 25), y 18 de Diciembre de 1834 (*Pasicrisia*, 1834, 2, 280).

es acreedor se compensan con aquellos de que es deudor. Un farmacéutico de Vichy reclama daños y perjuicios contra otro farmacéutico de la misma localidad por el punto de imputaciones que serían de naturaleza á perjudicar la fama de las aguas minerales preparadas en su oficina. Pero el mismo había dirigido imputaciones análogas contra el farmacéutico demandado. La Corte de Riom decidió que uno y otro habían faltado á las reglas de delicadeza y buena fe que deben mediar entre comerciantes; concluyó que se habían hecho recíprocamente no admisibles por sus demandas por daños y perjuicios. (1) La decisión es justa ¿pero será bien motivada? Un delito aunque idéntico cometido por el demandante no impide la condenación del demandado culpable del mismo delito; debe suceder lo mismo con los delitos civiles en principio. Pero la condenación sería frustratoria cuando ambos créditos se compensan, lo que se debe suponer, pues si los daños y perjuicios fueren desiguales, deberían ser pronunciados contra ambas partes.

La Corte de Casación aplicó este principio á la acción por daños y perjuicios intentada por una parte contra el notario que había recibido una acta anulada por causa de fraude; y las imputaciones mentirosas eran el hecho de la parte; el notario había tenido la culpa de prestarse al fraude, pero lo había hecho por interés y según los deseos de su cliente; esto, dice la Corte, no era de admitirse á pedir por su propia torpeza. (2) Hemos ya encontrado varias veces este adagio que el Código ignora y también la moral; de que el cliente sea un malvado, esto no excusa al notario por haberse hecho cómplice de su maldad: Tiene deberes profesionales que no tiene el cliente; el notario no tiene seguramente acción contra la parte; luego él es el mayor culpable

1 Riom, 23 de Noviembre de 1852 (Daloz, 1853, 2, 137). Compárese Denegada, Sala Civil, 20 de Noviembre de 1867 (Daloz, 1867, 1, 448).

2 Denegada, Sala Civil, 26 de Marzo de 1855 (Daloz, 1855, 1, 326).

y debe ser condenado, á reserva de moderar los daños y perjuicios por razón de la culpa de su cliente. Con mayor razón lo decidiríamos así si el notario hubiera cometido una falsedad aunque el cliente fuese cómplice; más grave es la falta, más deben los Tribunales mostrarse severos para reprimirla; hay que enseñar á los oficiales públicos que su deber es rehusar su ministerio para una obra de mentira y de fraude. (1)

SECCION III.—Aplicaciones.

§ I.—PROPIEDAD, COMERCIO É INDUSTRIA.

493. El principio de la responsabilidad se aplica á todas las relaciones civiles. Desde que hay un hecho perjudicial, una culpa y daño causado, los arts. 1,382 y 1,383 deben recibir su aplicación. Pero los diversos órdenes de hechos, hacen nacer diferentes dificultades. No puede uno limitarse á establecer principios, es menester aplicarlos. Hemos ya encontrado una de las grandes dificultades de la materia, al tratar de la propiedad; se trata de saber si el propietario puede usar de su derecho sin ser responsable por el daño que causa: ¿Será responsable por el solo hecho de lesionar un interés, ó porque lesiona un derecho? El ejercicio del comercio y de la industria presenta otra dificultad. Resulta casi necesariamente inconveniente para los vecinos de una ciudad; en este conflicto de derechos y de intereses, ¿cuál es el límite de derecho y dónde comienza la obligación? La vida común impone deberes recíprocos á los hombres. ¿Hasta dónde llegan las obligaciones de vecindad? Traducimos á lo que fué dicho en el título *De la Propiedad* (t. VI, núms. 136-155).

494. La industria y el comercio, al hacerse una fuente

1 En sentido contrario, Denegada, 26 de Julio de 1856 (Daloz, 1856, 1, 323).

es acreedor se compensan con aquellos de que es deudor. Un farmacéutico de Vichy reclama daños y perjuicios contra otro farmacéutico de la misma localidad por el punto de imputaciones que serían de naturaleza á perjudicar la fama de las aguas minerales preparadas en su oficina. Pero el mismo había dirigido imputaciones análogas contra el farmacéutico demandado. La Corte de Riom decidió que uno y otro habían faltado á las reglas de delicadeza y buena fe que deben mediar entre comerciantes; concluyó que se habían hecho recíprocamente no admisibles por sus demandas por daños y perjuicios. (1) La decisión es justa ¿pero será bien motivada? Un delito aunque idéntico cometido por el demandante no impide la condenación del demandado culpable del mismo delito; debe suceder lo mismo con los delitos civiles en principio. Pero la condenación sería frustratoria cuando ambos créditos se compensan, lo que se debe suponer, pues si los daños y perjuicios fueren desiguales, deberían ser pronunciados contra ambas partes.

La Corte de Casación aplicó este principio á la acción por daños y perjuicios intentada por una parte contra el notario que había recibido una acta anulada por causa de fraude; y las imputaciones mentirosas eran el hecho de la parte; el notario había tenido la culpa de prestarse al fraude, pero lo había hecho por interés y según los deseos de su cliente; esto, dice la Corte, no era de admitirse á pedir por su propia torpeza. (2) Hemos ya encontrado varias veces este adagio que el Código ignora y también la moral; de que el cliente sea un malvado, esto no excusa al notario por haberse hecho cómplice de su maldad: Tiene deberes profesionales que no tiene el cliente; el notario no tiene seguramente acción contra la parte; luego él es el mayor culpable

1 Riom, 23 de Noviembre de 1852 (Daloz, 1853, 2, 137). Compárese Denegada, Sala Civil, 20 de Noviembre de 1867 (Daloz, 1867, 1, 448).

2 Denegada, Sala Civil, 26 de Marzo de 1855 (Daloz, 1855, 1, 326).

y debe ser condenado, á reserva de moderar los daños y perjuicios por razón de la culpa de su cliente. Con mayor razón lo decidiríamos así si el notario hubiera cometido una falsedad aunque el cliente fuese cómplice; más grave es la falta, más deben los Tribunales mostrarse severos para reprimirla; hay que enseñar á los oficiales públicos que su deber es rehusar su ministerio para una obra de mentira y de fraude. (1)

SECCION III.—Aplicaciones.

§ I.—PROPIEDAD, COMERCIO É INDUSTRIA.

493. El principio de la responsabilidad se aplica á todas las relaciones civiles. Desde que hay un hecho perjudicial, una culpa y daño causado, los arts. 1,382 y 1,383 deben recibir su aplicación. Pero los diversos órdenes de hechos, hacen nacer diferentes dificultades. No puede uno limitarse á establecer principios, es menester aplicarlos. Hemos ya encontrado una de las grandes dificultades de la materia, al tratar de la propiedad; se trata de saber si el propietario puede usar de su derecho sin ser responsable por el daño que causa: ¿Será responsable por el solo hecho de lesionar un interés, ó porque lesiona un derecho? El ejercicio del comercio y de la industria presenta otra dificultad. Resulta casi necesariamente inconveniente para los vecinos de una ciudad; en este conflicto de derechos y de intereses, ¿cuál es el límite de derecho y dónde comienza la obligación? La vida común impone deberes recíprocos á los hombres. ¿Hasta dónde llegan las obligaciones de vecindad? Traducimos á lo que fué dicho en el título *De la Propiedad* (t. VI, núms. 136-155).

494. La industria y el comercio, al hacerse una fuente

1 En sentido contrario, Denegada, 26 de Julio de 1856 (Daloz, 1856, 1, 323).

es acreedor se compensan con aquellos de que es deudor. Un farmacéutico de Vichy reclama daños y perjuicios contra otro farmacéutico de la misma localidad por el punto de imputaciones que serían de naturaleza á perjudicar la fama de las aguas minerales preparadas en su oficina. Pero el mismo había dirigido imputaciones análogas contra el farmacéutico demandado. La Corte de Riom decidió que uno y otro habían faltado á las reglas de delicadeza y buena fe que deben mediar entre comerciantes; concluyó que se habían hecho recíprocamente no admisibles por sus demandas por daños y perjuicios. (1) La decisión es justa ¿pero será bien motivada? Un delito aunque idéntico cometido por el demandante no impide la condenación del demandado culpable del mismo delito; debe suceder lo mismo con los delitos civiles en principio. Pero la condenación sería frustratoria cuando ambos créditos se compensan, lo que se debe suponer, pues si los daños y perjuicios fueren desiguales, deberían ser pronunciados contra ambas partes.

La Corte de Casación aplicó este principio á la acción por daños y perjuicios intentada por una parte contra el notario que había recibido una acta anulada por causa de fraude; y las imputaciones mentirosas eran el hecho de la parte; el notario había tenido la culpa de prestarse al fraude, pero lo había hecho por interés y según los deseos de su cliente; esto, dice la Corte, no era de admitirse á pedir por su propia torpeza. (2) Hemos ya encontrado varias veces este adagio que el Código ignora y también la moral; de que el cliente sea un malvado, esto no excusa al notario por haberse hecho cómplice de su maldad: Tiene deberes profesionales que no tiene el cliente; el notario no tiene seguramente acción contra la parte; luego él es el mayor culpable

1 Riom, 23 de Noviembre de 1852 (Daloz, 1853, 2, 137). Compárese Denegada, Sala Civil, 20 de Noviembre de 1867 (Daloz, 1867, 1, 448).

2 Denegada, Sala Civil, 26 de Marzo de 1855 (Daloz, 1855, 1, 326).

y debe ser condenado, á reserva de moderar los daños y perjuicios por razón de la culpa de su cliente. Con mayor razón lo decidiríamos así si el notario hubiera cometido una falsedad aunque el cliente fuese cómplice; más grave es la falta, más deben los Tribunales mostrarse severos para reprimirla; hay que enseñar á los oficiales públicos que su deber es rehusar su ministerio para una obra de mentira y de fraude. (1)

SECCION III.—Aplicaciones.

§ I.—PROPIEDAD, COMERCIO É INDUSTRIA.

493. El principio de la responsabilidad se aplica á todas las relaciones civiles. Desde que hay un hecho perjudicial, una culpa y daño causado, los arts. 1,382 y 1,383 deben recibir su aplicación. Pero los diversos órdenes de hechos, hacen nacer diferentes dificultades. No puede uno limitarse á establecer principios, es menester aplicarlos. Hemos ya encontrado una de las grandes dificultades de la materia, al tratar de la propiedad; se trata de saber si el propietario puede usar de su derecho sin ser responsable por el daño que causa: ¿Será responsable por el solo hecho de lesionar un interés, ó porque lesiona un derecho? El ejercicio del comercio y de la industria presenta otra dificultad. Resulta casi necesariamente inconveniente para los vecinos de una ciudad; en este conflicto de derechos y de intereses, ¿cuál es el límite de derecho y dónde comienza la obligación? La vida común impone deberes recíprocos á los hombres. ¿Hasta dónde llegan las obligaciones de vecindad? Traducamos á lo que fué dicho en el título *De la Propiedad* (t. VI, núms. 136-155).

494. La industria y el comercio, al hacerse una fuente

1 En sentido contrario, Denegada, 26 de Julio de 1856 (Daloz, 1856, 1, 323).

de riqueza, se han hecho una causa de ardientes rivalidades. Esta competencia es un derecho, pero la libertad tiene sus límites como la propiedad. ¿Dónde acaba el derecho; dónde el hecho perjudicial? Se aplican á la competencia los principios que rigen á los delitos y á los cuasidelitos. Esta constituye un derecho, y aquel que usa de él, no debe reparar el daño que causa, á menos que lesione otro derecho. La competencia es un derecho, pero este derecho implica que es el uso puro y simple de la libertad que pertenece á toda persona para ejercitar tal comercio ó tal industria; se puede abusar de la libertad, y el abuso de un derecho no es ya un derecho. La competencia no es ya un derecho sino el abuso de él, cuando es desleal, y lo es cuando el comerciante ó el industrial usurpan cualquier derecho que pertenece á otro comerciante ó á otro industrial. Toda lesión de un derecho es un delito ó un cuasidelito, y da lugar á una acción por daños y perjuicios; luego también la competencia desleal. Queda por determinar cuándo hay derecho lesionado. La cuestión presenta dificultades particulares por razón de la insuficiencia de la legislación. Esta materia no es de nuestro resorte; trasladamos al lector al excelente tratado de nuestro colega M. Waelbroeck. (1) Bastará para nuestra tesis extraer de este trabajo algunas aplicaciones referentes á los hechos perjudiciables.

495. Hay industriales cuyos productos gozan de fama, lo que los hace preferir por los consumidores. En este caso, el producto toma el nombre del fabricante; este nombre es un valor creado por la inteligencia y la honradez; es, pues, un derecho, y usurpar este nombre, es lesionar un derecho, y, por consiguiente, es cometer un delito ó un cuasidelito.

El agua de Colonia de Juan María Farina, tiene una fama europea. Un fabricante, que tiene el mismo apellido y

1 *Curso de derecho industrial*, 2 vol. in 8° (Gante, 1863, y París, 1867).

los mismos nombres con otros cuatro, suprimió los últimos, de manera que, las envolturas de sus frascos, sus tarjetas y sus facturas, llevaban el nombre conocido del público. Esto es una usurpación de nombre que los tribunales han castigado. La sentencia del Tribunal de Comercio de París asienta en principio que «cuando un comerciante quiere ejercer en una población una industria ya explotada por una persona teniendo igual apellido, debe combinar el apellido con los nombres, de manera que, su razón social, sea distinta de la que fué adoptada anteriormente por la casa ya fundada.» En el caso, se objetaba que el segundo Farina había agregado una enunciación que lo distinguía del Farina antiguo, á saber: *frente al Mercado de Colonia*. El Tribunal contesta que esta enunciación es insuficiente para impedir la confusión, que el nombre es en lo que se fija el consumidor y lo que á menudo lo determina á comprar. El Tribunal agrega que el demandado tenia seis nombres y además, era asociado; era, pues, fácil para la nueva sociedad el adoptar una razón social, otra que la de Juan María Farina. Si no lo hizo, si adoptó de preferencia ciertos nombres que caracterizan á la antigua casa, es evidente que tuvo por abjeto inducir al público á error y hacerse de la clientela de la casa de Juan María Farina. Por esta usurpación de nombre, la nueva casa causaba un perjuicio á la antigua y engañaba la fe pública. Esto era un delito civil. El Tribunal ordenó que Farina hiciera una modificación á su razón social, de manera que no hubiera confusión posible con la antigua casa que llevaba el mismo nombre, bajo pena de daños y perjuicios. (1)

496. La usurpación de las marcas de fábricas constituye igualmente un delito civil. Se llaman marcas de fábrica los signos puestos en los productos para indicar su procedencia;

1 Denegada, 2 de Enero de 1844 (Daloz, en la palabra *Industria*, núm. 343, 3°).

tienen por objeto proteger al fabricante contra la competencia desleal. Las marcas de fábrica son propiedad del fabricante; todo ataque que se haga á este derecho es una estafa perjudiciable, en el sentido de los arts. 1,382 y 1,383 (decreto del 22 germinal, año XI, art. 16). Un decreto de 20 de Febrero de 1810, reglamenta el ejercicio de la acción civil que nace de la contrahecura de las marcas. El fabricante debe adoptar una marca bastante distinta de las otras marcas con las que pudiera ser confundida y tomada por otra. Los consejos de *prudentes* son los que conocen de la suficiencia ó insuficiencia de la diferencia entre las marcas ya adoptadas y las nuevas. Las contestaciones acerca de la usurpación de marcas de fábricas, se llevan ante los tribunales de comercio (arts. 5 y 6).

497. Los nombres de tiendas ó las muestras no pueden ser objeto de usurpación propiamente dicha, porque no constituyen, como las marcas de fábrica, una propiedad especial. Pero esta clase de usurpaciones caen bajo la aplicación del art. 1,382. En vano aquel que tenía por muestra una figura ó un nombre determinado, diría que solo usa de su derecho; se le contestaría que el abuso no es ya un derecho, y que adoptando la denominación de una casa rival, tiene por objeto enriquecerse á su perjuicio. Este es el caso de decir con Toullier que entre varios modos de ejercer su derecho, no está permitido escoger el que puede perjudicar á un tercero y con intención de perjudicarlo. Sigue de esto que el comerciante tiene una acción por daños y perjuicios contra aquel que, tomando la misma muestra que la suya, provoca entre ambos establecimientos una confusión de naturaleza á perjudicar á su clientela. (1)

Existe en Bruselas, desde más de treinta años, una casa de comercio con la muestra: *Al Pequeño San Thomas*. En Paris, una casa que vende en gran parte los mismos arti-

1 Waelbroeck, *Derecho industrial*, t. II, pág. 64, núm. 287 y 288.

culos, está establecida desde el principio del siglo. ¿Hay usurpación de la muestra del comerciante francés, por parte del comerciante belga? Si la muestra fuera una propiedad reconocida en Bélgica en virtud de un tratado, la usurpación sería evidente. Pero la imitación de una muestra es solo un hecho de comercio, y la competencia no se concibe mucho sino entre casas establecidas en una misma población ó en un mismo país; si la casa de Paris hubiera establecido una sucursal en Bruselas, tendría una acción contra el comerciante belga que hubiera tomado su muestra. Lo hizo así, pero fué mucho tiempo después del establecimiento de la casa belga. ¿Podía tomar la seña de: *Al Pequeño San Thomas*, cuando existía ya una casa con esta muestra? El Tribunal de Comercio de Bruselas se pronunció por la negativa, con razón; la casa de Paris estaba libre para fundar una sucursal en Bélgica; pero respetando completamente el derecho de la casa belga. En lugar de hacer esto, puso en su muestra en grandes letras: *Al Pequeño San Thomas* y en caracteres pequeños: "de Paris." Esto no bastaba para evitar la usurpación. El Tribunal acordó daños y perjuicios por los anuncios de mal género insertos en los periódicos, y ordenó que la muestra dijera en grandes letras: *Sucursal de la casa establecida, calle Bac, en Paris*. (1)

498. La muestra es la marca exterior de un establecimiento; puede haber otras. ¿Una nueva casa puede formarse junto á una antigua, para hacerle competencia? La afirmativa es segura; por perjudicial que sea dicha rivalidad, mientras es leal, no constituye un hecho perjudiciable en el sentido del art. 1,382. Pero si el nuevo establecimiento, vecino del otro, imita á éste por su aspecto exterior, para darle una fisonomía exactamente igual, con objeto de quitarle

1 Sentencia del Tribunal de Comercio de Bruselas, 15 de Diciembre de 1873 (*Pasicrisia*, 1873, 2, 71).

su clientela mediante la confusión inevitable que resulta, hay abuso de la libertad, usurpación desleal, y por consiguiente, delito civil. El Tribunal de Comercio de París dice muy bien: "Si la libertad comercial es un principio sagrado al que es necesario no atacar, esta libertad no implica el empleo de medios que no se podrían confesar, y que no son del uso de los comerciantes, guiados por la lealtad y la buena fe, sin las que la consideración comercial sería perdida si la jurisdicción consular, que es una de sus emanaciones, no reprimiera severamente estos abusos." El Tribunal condenó al comerciante culpable á pagar daños y perjuicios, y ordenó que el exterior de la casa fuese cambiado de manera que no se pudiera confundir con la casa vecina. (1)

499. Los premios concedidos en una exposición se han hecho un nuevo objeto de competencia desleal. Estos premios no son puramente honoríficos, sino que se vuelven para el comerciante ó el industrial una recomendación que los señala á la confianza de los compradores. Es justo mantenerles esta ventaja, porque es la remuneración del trabajo inteligente y un principio de emulación y de progreso que se haría ilusorio si los rivales, á los que no fué concedido, pudieran vanagloriarse de ellos ante el público y presentarlos como si los hubieran obtenido. Estos son los términos de una sentencia de la Corte de Burdeos. La Corte de Lyon dice, en un negocio análogo, que los comerciantes tienen los unos para con los otros deberes de lealtad y de buena fe que debieran ser los únicos elementos de su prosperidad. Se hacía una objeción: se trataba de una medalla concedida en el extranjero por la comisión de la exposición universal de Londres. ¿Estas recompensas tienen un valor legal en Francia? La Corte de Burdeos, responde que han recibido la sanción del Gobierno francés puesto que, comisionados por el delegado, han he-

1 París, 29 de Diciembre de 1852 (Daloz, 1853, 2, 163).

cho parte de la comisión, y que además han sido, en una solemnidad presidida por el jefe del Estado, discernidas como distinciones obtenidas por la industria francesa, dándole un carácter nacional. Una medalla había sido concedida á un fabricante de chocolate de Burdeos; un fabricante de productos similares de la misma ciudad combinó sus etiquetas y viñetas en las que anunciaba al público, de manera á dejarle suponer, contrariamente á la verdad, que él había obtenido una misma recompensa. Con esto había atacado el derecho del comerciante condecorado, usurpando, con el fin de llamar á los consumidores, una recomendación que no le pertenecía y que pertenecía al demandante, á quien había hecho por este medio una competencia perjudicial. La Corte, reformando la sentencia del primer juez, pronunció daños y perjuicios: "Visto que importa reprimir supercherías que tienden á abusar del público y perjudican al comercio leal." (1)

500. Los comerciantes tienen el derecho de alabar sus productos, y si han obtenido la aprobación de un cuerpo científico, tal como la Academia de Medicina, pueden publicar los informes que les son favorables. Pero no les es permitido criticar públicamente los productos rivales, señalándolos como inferiores á los que venden. Ha sido resuelto que esto es sobrepasar los límites de una competencia conveniente y lícita. (2) A menudo estas críticas se hacen con la intención de atraer á los consumidores ó impedir que compren los productos señalados como inferiores, y de surtirse en casa de aquel que pretende vender mercancías de un valor superior; pero aunque no hubiera intención de perjudicar, habría un hecho perjudicial: esto es lo que ha decidido la Corte de Aix. (3) Lo hemos ya hecho notar: la

1 Burdeos, 20 de Diciembre de 1853; Lyon, 4 de Mayo de 1854 (Daloz, 1866, 2, 132, 133).

2 París, 27 de Julio de 1850 (Daloz, 1851, 2, 168).

3 Aix, 12 de Marzo de 1870 (Daloz, 1871, 2, 134).

intención de dañar, exigida para que haya delito, no es precisa para que haya cuasidelito. La Corte de Bruselas se mostró más indulgente; ella exige para que haya competencia desleal, que haya intención dolosa. (1) En nuestro concepto, esto es confundir el delito con el cuasidelito. La Corte objeta la libertad de industria y de comercio. Contestaremos que la propiedad es el más absoluto de los derechos; sin embargo, es de doctrina y de jurisprudencia que el abuso de este derecho es un delito ó un cuasidelito. Lo mismo pasa con la libertad de comercio; el abuso de cualquier derecho es un hecho perjudiciable, y cuando, además, hay intención dolosa, el hecho se vuelve un delito.

§ II.—RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS Y OFICIALES MINISTERIALES.

501. ¿Están los funcionarios sometidos á la responsabilidad general establecida por los arts. 1,382 y 1,383? La afirmativa se funda en el texto de la ley y en su espíritu. El art. 1,382, dice: "Todo hecho del hombre;" y el art. 1,383, dice: "Cada uno es responsable del daño que causa." Así, el principio está formulado en los términos más generales; por esto mismo se aplica á los funcionarios que causan un daño á los particulares en el ejercicio de sus funciones. Hay un motivo más para hacer responsable á los funcionarios: Es que aceptando una función, contraen la obligación de llenarla con inteligencia y probidad; por esto es que la ley castiga más severamente á los funcionarios que á los particulares por un mismo delito tal como el de estafa. La responsabilidad formando una regla general, todo funcionario, en la más lata acepción de la palabra, está sujeto á ella; se necesitaría una excepción terminante para que un funcionario no fuera responsable. Solo conocemos una excepción establecida por la constitución en favor de los miembros del

1 Bruselas, 23 de Noviembre de 1864 (*Pasicrisia*, 1865, 2, 284).

cuerpo legislativo: "Ningún miembro de una ú otra sala puede ser perseguido á ocasión de las opiniones y votos emitidos por él en el ejercicio de sus funciones" (art. 44). La independencia de que deben gozar los representantes de la Nación explica esta excepción que confirma la regla.

La legislación francesa contiene una restricción al principio de la responsabilidad. Según la constitución del año VIII, "los agentes del gobierno no pueden ser perseguidos por hechos relativos á sus funciones sino en virtud de una decisión del consejo de Estado." Esta es una garantía contra las promociones irreflexivas; pero lo que es una garantía para los funcionarios se vuelve una traba para los ciudadanos. Toullier critica esta disposición con extrema energía. Es una medida tiránica, dice, imaginada por el más hábil y el más absoluto de los déspotas; hace casi ilusoria la responsabilidad de los funcionarios. (1) La constitución belga la abolió: "Ninguna autorización previa es necesaria para ejercer promociones contra los funcionarios públicos por hechos de su administración" (art. 24). Un decreto del 29 de Septiembre de 1870 suprimió también el previo administrativo en Francia.

502. ¿Está la responsabilidad de los funcionarios sometida al derecho común en cuanto á su extensión? Se trata de saber si los funcionarios están obligados por la más leve culpa, por la menor imprudencia y por el menor descuido. La afirmativa nos parece segura. Hay un solo y mismo texto para la responsabilidad de cualquiera hombre; si los funcionarios son responsables, es en virtud de los artículos, 1,382 y 1,383; luego el derecho común les está en todo aplicable. La Corte de Casación, explicando el principio de los artículos 1,382 y 1,383, parece limitarlo á las culpas graves. Se trataba en el caso del síndico de una quiebra; la Corte decidió que la responsabilidad establecida por estas disposiciones

1 Toullier, t. VI, 1, pág. 151, núm. 182.

intención de dañar, exigida para que haya delito, no es precisa para que haya cuasidelito. La Corte de Bruselas se mostró más indulgente; ella exige para que haya competencia desleal, que haya intención dolosa. (1) En nuestro concepto, esto es confundir el delito con el cuasidelito. La Corte objeta la libertad de industria y de comercio. Contestaremos que la propiedad es el más absoluto de los derechos; sin embargo, es de doctrina y de jurisprudencia que el abuso de este derecho es un delito ó un cuasidelito. Lo mismo pasa con la libertad de comercio; el abuso de cualquier derecho es un hecho perjudiciable, y cuando, además, hay intención dolosa, el hecho se vuelve un delito.

§ II.—RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS Y OFICIALES MINISTERIALES.

501. ¿Están los funcionarios sometidos á la responsabilidad general establecida por los arts. 1,382 y 1,383? La afirmativa se funda en el texto de la ley y en su espíritu. El art. 1,382, dice: "Todo hecho del hombre;" y el art. 1,383, dice: "Cada uno es responsable del daño que causa." Así, el principio está formulado en los términos más generales; por esto mismo se aplica á los funcionarios que causan un daño á los particulares en el ejercicio de sus funciones. Hay un motivo más para hacer responsable á los funcionarios: Es que aceptando una función, contraen la obligación de llenarla con inteligencia y probidad; por esto es que la ley castiga más severamente á los funcionarios que á los particulares por un mismo delito tal como el de estafa. La responsabilidad formando una regla general, todo funcionario, en la más lata acepción de la palabra, está sujeto á ella; se necesitaría una excepción terminante para que un funcionario no fuera responsable. Solo conocemos una excepción establecida por la constitución en favor de los miembros del

1 Bruselas, 23 de Noviembre de 1864 (*Pasicrisia*, 1865, 2, 284).

cuerpo legislativo: "Ningún miembro de una ú otra sala puede ser perseguido á ocasión de las opiniones y votos emitidos por él en el ejercicio de sus funciones" (art. 44). La independencia de que deben gozar los representantes de la Nación explica esta excepción que confirma la regla.

La legislación francesa contiene una restricción al principio de la responsabilidad. Según la constitución del año VIII, "los agentes del gobierno no pueden ser perseguidos por hechos relativos á sus funciones sino en virtud de una decisión del consejo de Estado." Esta es una garantía contra las promociones irreflexivas; pero lo que es una garantía para los funcionarios se vuelve una traba para los ciudadanos. Toullier critica esta disposición con extrema energía. Es una medida tiránica, dice, imaginada por el más hábil y el más absoluto de los déspotas; hace casi ilusoria la responsabilidad de los funcionarios. (1) La constitución belga la abolió: "Ninguna autorización previa es necesaria para ejercer promociones contra los funcionarios públicos por hechos de su administración" (art. 24). Un decreto del 29 de Septiembre de 1870 suprimió también el previo administrativo en Francia.

502. ¿Está la responsabilidad de los funcionarios sometida al derecho común en cuanto á su extensión? Se trata de saber si los funcionarios están obligados por la más leve culpa, por la menor imprudencia y por el menor descuido. La afirmativa nos parece segura. Hay un solo y mismo texto para la responsabilidad de cualquiera hombre; si los funcionarios son responsables, es en virtud de los artículos, 1,382 y 1,383; luego el derecho común les está en todo aplicable. La Corte de Casación, explicando el principio de los artículos 1,382 y 1,383, parece limitarlo á las culpas graves. Se trataba en el caso del síndico de una quiebra; la Corte decidió que la responsabilidad establecida por estas disposiciones

1 Toullier, t. VI, 1, pág. 151, núm. 182.

era aplicable á los sándicos; formula la regla en los términos siguientes: "Un funcionario, un mandatario cualquiera, como todo agente al que la ley departe una misión, contrae el deber de llenarla con exactitud, con atención, imparcialidad y con verdad, de manera á no atacar ó perjudicar inconsiderada ó arbitrariamente á los demás. Importa poco que el daño causado sea efecto de la *malicia* ó de la *impericia*, porque el primer cuidado de cualquiera hombre que acepta unas funciones, es aprender y saber las obligaciones que le están impuestas. En el ejercicio de un deber, cualquiera *culpa* ó *error grave*, se vuelve un *cuasidélito* y se asimila al *dolo* para dar lugar á daños y perjuicios hácia aquel en perjuicio del que se cometió el *error* ó la *culpa*." (1) ¿Debe concluirse de esto que en la mente de la Corte de Casación los funcionarios solo están obligados por sus culpas graves? El lenguaje de la sentencia no es bastante preciso para que pueda sacarse una consecuencia que estaría en oposición con el texto de la ley. La Corte dice que *toda culpa grave*, en el cumplimiento de un deber, se vuelve un *cuasidélito* y se asimila al *dolo*. Creemos que la opinión de la Corte es más bien la siguiente: que toda falta de cumplimiento de un deber, por *impericia* ó por *culpa*, se hace en el funcionario una falta grave, la que en principio se asimila al *dolo*. Pero es imposible que la Corte pretenda decir que los funcionarios solo sean responsables por las faltas graves; esto sería crear para éstos una responsabilidad especial, que no sería ni la de las obligaciones convencionales ni la de los cuasidELITOS, la menor de todas las responsabilidades; mientras que la responsabilidad de los funcionarios debe ser más severa en materia civil, como lo está en materia penal. Se debe, pues, atenderse á los arts. 1,382 y 1,383, y aplicarlos á los funcionarios con toda su severidad.

1 Denegada, 14 de Diciembre de 1825 [Daloz, en la palabra *Quiebra*, núm. 437, 1°].

La alta Corte de los Países Bajos ha hecho una plicación notable del principio de la responsabilidad, y lo aplicó sin ninguna restricción. Un oficial de policía judicial había levantado acta por golpes y heridas que dió lugar á una instrucción y á un encarcelamiento preventivo de ocho días; después, la Sala del Consejo decidió que el reo no tuvo ningún participio en el delito. Queja por daños y perjuicios contra el redactor del acta. Fué admitida, y en el recurso, intervino una sentencia de denegada. La alta Corte comprueba de hecho que la denuncia *irreflexiva* consignada en el acta, ya sea que haya tenido por causa un error en la persona, ó ya noticias erróneas, constituye cuando menos una *jurisprudencia muy grave*. Se objetaba que el oficial de policía judicial había obrado en los límites de su derecho; la Corte responde que la acta puede ser lícita y, sin embargo, perjudicial, si el autor del hecho obró con *imprudencia*: no era el ejercicio de un derecho, era un abuso de él. (1)

La jurisprudencia ofrece pocos monumentos en lo que concierne á los funcionarios propiamente dichos. Una sentencia de la Corte de Bourges condenó á un alcalde por *imprudencia*. Había violado el derecho de propiedad mandando arrancar una cerca por su propia autoridad; esto fué sin duda por ignorancia de las más sencillas nociones de derecho. (2)

503. Las leyes contienen algunas veces disposiciones especiales relativas á ciertos funcionarios. Así, el Código Civil y la ley hipotecaria belga declaran á los conservadores de las hipotecas responsables por el perjuicio que resulta de la omisión de una transcripción ó de una inscripción requerida en sus oficinas, y por la falta de mención en sus certificados, de una transcripción ó de una inscripción existentes.

1 Denegada, 18 de Febrero de 1853 (*Belgica judicial*, 1858, página 1,441).

2 Bourges, 20 de Agosto de 1828 [Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 279].

Volveremos á hablar acerca de esta responsabilidad en los títulos *De las Hipotecas*.

El Código Civil declara también responsables á los depositarios de los registros del estado civil, acerca de las alteraciones que sobrevinieran, á reserva de su recurso si ha lugar, contra los autores de dichas alteraciones (art. 15). El art. 52, agrega: "Toda alteración, toda falsedad de estas actas en una hoja suelta y de otra manera que en los registros destinados á las actas, dan lugar á daños y perjuicios." El Código nada dice de la nulidad de las actas, porque es de principio que éstos se nulan por inobservación de las formas prescriptas por la ley. Sin embargo, estas irregularidades obligan á las partes interesadas á hacer rectificar las actas que tienen que producir; de esto resultan gastos imputables á la negligencia ó la impericia de los oficiales del estado civil; ¿estarán obligados á reparar este daño? Sí, y sin ninguna duda. El art. 52 no es una excepción á la regla de la responsabilidad; solo la aplica, y la regla recibe su aplicación en todos los casos en que, por la culpa del oficial del estado civil, hay un daño causado.

504. El Código de Procedimientos contiene una disposición general acerca de la responsabilidad de los oficiales ministeriales: "Los procedimientos y las actas nulas y frustratorias y las actas que habían dado lugar á una condenación á multa, serán á cargo de los oficiales ministeriales que las habrán hecho, los que según la exigencia de los casos, serán además responsables por los daños y perjuicios á la parte" (art. 1,031).

¿Esta disposición se aplica á los secretarios? Nó, pues los secretarios no son oficiales ministeriales. Sin embargo, el principio de la responsabilidad establecida por el art. 1,031, recibe su aplicación á los secretarios. Es de jurisprudencia que si un procedimiento es nulo por culpa del secretario, queda obligado á los gastos, porque fueron ocasionados por

culpa suya; es decir, los gastos del nuevo procedimiento. (1)

Los secretarios son también responsables hácia las partes, según el derecho común. Ha sido resuelto que el secretario que dejó salir de la secretaría sin recibo, los títulos producidos en una orden por un acreedor, es responsable hácia este último por la totalidad del perjuicio resultando para él de la pérdida de estos títulos. La Corte funda su decisión en la negligencia del secretario: esto es la aplicación pura y simple del art. 1,383. (2)

505. Los escribanos son responsables en virtud del artículo 1,031 del Código de Procedimientos; lo son también en virtud del derecho común. Según los términos del artículo 1,031, están obligados á los daños y perjuicios, según la exigencia de los casos. ¿Implican estos términos una restricción á la responsabilidad de los escribanos? Nó, la ley solo los aplica al principio general de derecho que hace responsable á cualquier mandatario. De ordinario, se citan á los escribanos, como para los notarios, los arts. 1,382 y 1,383. Esto no es exacto. El escribano obra en virtud de un mandato que le da el cliente; es, pues, responsable como deudor; es decir, que está obligado por la más leve culpa *in abstracto*, ó en otros términos, debe cumplir su mandato con los cuidados de un buen padre de familia, sin estar obligado por la más leve culpa, como lo estaría si se le aplicaba el principio del art. 1,383. La jurisprudencia no hace esta distinción; las cortes aplican simultáneamente la responsabilidad que nace del mandato y la que nace del cuasidelito. Hay casos en que esto es indiferente: tal sería la falta come-

1 Denegada, Sala Criminal, 27 de Marzo de 1845; Casación, 13 de Marzo de 1845; Denegada 18 de Junio de 1844 (Daloz, 1845, 4, 457 y 458). Casación, Sala Criminal, 28 de Noviembre de 1846 (Daloz, 1846, 4, 446).

2 Riom, 21 de Febrero de 1857 (Daloz, 1857, 2, 147). Compárese Montpellier, 6 de Febrero de 1872 (Daloz, 1872, 2, 91).

tida por un escribano ignorante del derecho; estaría obligado en virtud del art. 1,137 tanto como en virtud del artículo 1,383. Un procedimiento de reparto y licitación es anulado por culpa del escribano que no hizo intervenir al subrogado tutor, cuando existía una oposición de intereses entre el menor y el tutor. ¿Era responsable el escribano? En vano fué contestado esto, sosteniendo que tocaba á la parte imputarse el no haber escogido á una persona más instruida. ¡Singular defensa, que busca una justificación donde se halla la falta! La Corte de Aix opone desde luego el principio de justicia proclamado por el art. 1,382: este principio, dice la sentencia, se aplica particularmente al oficial público, quien, por razón del carácter de que está investido, de la confianza que le da su posición, del privilegio que le confiere, está sometido á una responsabilidad moral y legal. El escribano objetaba que se trataba de un error de derecho, y no de un vicio de procedimientos. Esto equivale á decir que los escribanos pueden ignorar impunemente los más elementales principios del derecho. La Corte responde que esta ignorancia constituye, al contrario, una falta grave, que el escribano está obligado como oficial ministerial y como mandatario asalariado, en virtud del art. 1,992. (1) Precisamente porque la falta era más grave, importaba poco que se aplicase al escribano la responsabilidad convencional del mandatario, ó la responsabilidad legal del cuasidelito.

Pero cuando la falta cometida por el escribano es muy leve, entonces importa mucho saber si se debe aplicar la responsabilidad convencional ó la responsabilidad del cuasidelito. Si es como mandatario como está obligado, no se le puede declarar responsable, cuando puso en la ejecución de su mandato los cuidados y la diligencia de un oficial capaz y celoso; mientras que si responde por la falta llamada aqui-

1 Aix, 8 de Febrero de 1838 (Dalloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 456).

liana, estará casi siempre obligado, excepto el caso en que hubiese caso fortuito. Un procedimiento es anulado por el hecho de un escribano; éste se excusa diciendo que había incertidumbre en la doctrina y en la jurisprudencia acerca de la existencia de la nulidad. Sea, contesta la Corte; aunque hubiese duda, era de prudencia por parte del escribano, no preferir al cumplimiento de un acto regular y siempre justificable, el riesgo de una omisión comprometedora. (1) Decisión muy jurídica bajo el punto de vista del art. 1,383, pero contraria á los principios si se coloca uno bajo el punto de vista del art. 1,992 que solo aplica la regla del art. 1,137. Esto es lo que resolvió muy bien la Corte de Tolosa. El escribano, dice, es un mandatario; como tal, responde por las faltas que comete en su gestión; debe, pues, verse si hay culpa. Y, en el caso, el escribano había hecho cuanto se podía esperar de un escribano hábil y experimentado, tanto como íntegro y celoso; el error que se le reprochaba es uno de aquellos que son inseparables de la naturaleza humana, no es una falta: debe agregarse, en el sentido del art. 1,137, aunque lo sea en el sentido del art. 1,383. (2)

¿Cuándo hay culpa convencional? ¿Cuándo hay culpa aquiliana? En teoría, la diferencia es fácil de establecer, pero es muy difícil aplicarla. La jurisprudencia es de poco valor en esta materia, no solo porque son cuestiones de hecho y que las circunstancias varían de un caso á otro, sino también porque los tribunales no distinguen la culpa del art. 1,137 y la de los arts. 1,382 y 1,383. Tan pronto la califican de culpa por negligencia (pág. 585, nota 2), como de ligereza ó mantención, (3) como de inercia; (4) sería completamente inútil discutir esas decisiones.

1 Bourges, 22 de Febrero de 1855 (Dalloz, 1855, 2, 150).

2 Tolosa, 10 de Junio de 1825 (Dalloz, en la palabra *Escribano*, número 222).

3 Riom, 21 de Febrero de 1857 (Dalloz, 1857, 2, 147).

4 Bourges, 16 de Mayo de 1870 (Dalloz, 1871, 2, 98).

506. Hay una dificultad que se presenta muy á menudo y que se liga al derecho. El escribano es mandatario, pero su mandato es especial, solo representa á su cliente para las actas del proceso; el mandato *ad litem* no se extiende á las actas extrajudiciales. Pero el cliente puede dar al escribano un mandato general para promover en todo lo que concierne á los derechos que hacen el objeto del proceso. ¿Cuándo es general el mandato y cuándo está limitado á las actas del litigio? Esto depende de la intención de las partes contratantes; esto es, pues, una cuestión de hecho. (1) Cuando está comprobado que el escribano está encargado de representar á su cliente, aun en actas extrajudiciales, sus poderes extendiéndose, su responsabilidad también se extiende. De ahí los debates frecuentes acerca del punto de saber cuál es la naturaleza del mandato dado al escribano. Nos limitaremos á citar un ejemplo. El cliente da al escribano mandato para cobrar un crédito del cual le entrega los títulos. Este mandato comprende el poder para hacer todos los actos conservatorios de dicho crédito. Se sigue de esto que si el escribano no renueva la inscripción durante el tiempo que es tenedor de los títulos, es responsable por la pérdida del crédito. (2)

La responsabilidad ligada al mandato extrajudicial, ¿difiere de la responsabilidad que resulta del mandato *ad litem*? Reina acerca de este punto, como en todo lo que se refiere á las culpas, una gran incertidumbre en la jurisprudencia. No conocemos ninguna sentencia que sienta claramente la cuestión; por lo que existe una confusión inevitable. La Corte de Limoges parece decir que el mandato extrajudicial somete al escribano á una más estrecha responsabilidad. (3) Nos parece que debiera más bien decidirse lo con-

1 Denegada, 24 de Enero de 1849 (Daloz, 1841, 1, 18).

2 Metz, 14 de Diciembre de 1852 (Daloz, 1854, 2, 113). Compárese Denegada, 6 de Agosto de 1855 (Daloz, 1855, 1, 418).

3 Limoges, 11 de Julio de 1839 (Daloz, en la palabra *Escribano*, núm. 224).

trario. El mandato *ad litem* es dado á un oficial ministerial en esta cualidad; y, en nuestra opinión, la responsabilidad de los funcionarios y oficiales ministeriales es más estricta, en este sentido, que debe apreciarse más severamente. En verdad, siempre se trata de un mandato, y por lo tanto, de responsabilidad convencional; pero cuando el mandatario está obligado á la diligencia en virtud de la naturaleza de sus funciones, se le debe tratar más severamente que cuando se obliga fuera de los límites de su ministerio. Puesto que las partes tienen que valerse de un oficial ministerial, deben encontrar una plena y entera garantía en su ministerio; no sucede así con el mandato extrajudicial, que pueden confiar á quienes gustan.

Otra Corte dice que el mandato extrajudicial está regido por solo los principios del derecho común, (1) lo que es evidente; ¿pero cuáles son estos principios? La Corte de Agen contesta que el mandatario solo es responsable por la culpa grave; de donde concluye que el escribano no es responsable á título de mandatario ordinario cuando hace lo que estaba autorizado en creer que tenía el derecho de hacer. (2) Este pretendido principio está en abierta oposición con el texto de la ley: el mandatario asalariado está obligado por la más leve culpa; y no por la *culpa lata*; trasladamos á lo que fué dicho acerca de la teoría de las culpas, en el título *De las Obligaciones*.

La responsabilidad de los ministros ejecutores se rige por los mismos principios que la de los escribanos de diligencias. El art. 71 del Código de Procedimientos dice; si una orden es declarada nula por el hecho del ejecutor, podrá ser condenado éste á gastos de la ejecución y del procedimiento anulado, sin perjuicio de los daños y perjuicios de

1 Rennes, 7 de Febrero de 1870 (Daloz, 1872, 2, 197). Chambéry,

7 de Febrero de 1869 (Daloz, 1871, 2, 123).

2 Agen, 18 de Febrero de 1873 (Daloz, 1874, 2, 79).

la parte, según las circunstancias. Hemos transcripto más atrás (núm. 504) la disposición análoga (art. 1,031) que declara á todos los oficiales ministeriales responsables por los daños y perjuicios de la parte, en caso de anulación de un procedimiento, según las exigencias de los casos. Los ejecutores están comprendidos en las expresiones generales de este artículo; además, los términos de los arts. 70 y 1,031 son idénticos; la responsabilidad de los ejecutores y de los escribanos, es, pues, la misma.

Sin embargo, la jurisprudencia parece establecer una diferencia entre ellos, en lo que se refiere á la naturaleza de la culpa, por la que están obligados. Fué sentenciado que resulta del art. 71 «que la ley ha dejado á los magistrados el poder apreciar la conducta del ejecutor, su buena ó mala fe, y la dificultad más ó menos grande que el texto de la ley aplicado, pudiera presentar en su ejecución, y se atreve á su prudencia y justificación, en cuanto á la conducta que deba observarse para con él en lo que toca á los daños y perjuicios.» Aplicando este principio al caso, la Corte de Poitiers decidió que el ministro ejecutor inculpaado cumplía habitualmente sus deberes con celo, exactitud y buena fe, y que nada en la causa actual, dejaba sospechar que hubiera salido de la línea de su ordinaria conducta; que si había cometido una nulidad, esto era por *error involuntario*, más bien que por *impericia grave*. (1) Según este considerando, los ministros ejecutores no estarían obligados sino por falta grave, por razón de nulidad de sus actos, y la responsabilidad no estaría comprometida sino cuando causan voluntariamente un daño. Así entendida, la sentencia de la Corte de Poitiers está en oposición con los principios y los textos. La responsabilidad de los ejecutores, como la de los escribanos, resulta de una convención intervenida entre

1 Poitiers, 28 (6 24) de Agosto de 1834 (Dalloz, en la palabra *Ejecución*, núm. 260, 2°).

ellos y la parte que los emplea. Están, pues, obligados por su *falta ligera in abstracto*. Si se les aplica el principio de los arts. 1,382 y 1,383, responderán por la más leve culpa suya. ¿Se dirá que el art. 71 del Código de Procedimientos deroga los del Código Civil? Si los derogara en lo que toca á los ejecutores, también los derogaría en lo que se refiere á los escribanos, puesto que los textos son idénticos; y la jurisprudencia, cualquiera que sea su incertidumbre, no ha deducido esta consecuencia del art. 1,031; luego no se le debe deducir del art. 71. Los términos: *Según las circunstancias, ó según las exigencias de los casos*, no conciernen al grado de la culpa por la que están obligados los oficiales ministeriales; dan al juez un poder de apreciación que es además de derecho común. ¿Por qué los autores del Código Civil no han querido consagrar las distinciones que se hacían en la jurisprudencia antigua, entre los diversos grados de la culpa? Porque estas distinciones teóricas son de poca utilidad para el juez, el que decide siempre en materia de daños y perjuicios, por las circunstancias de la causa. (1) El legislador se limitó, pues, á sentar un principio general (art. 1,137) para las obligaciones convencionales, y una regla más severa para los delitos y los cuasidelitos (arts. 1,382 y 1,383). En la aplicación, el juez tiene necesariamente una gran latitud y un poder discrecional, puesto que le pertenece decidir si hay culpa y cuál es su gravedad. Los artículos 71 y 1,031 del Código de Procedimientos no dicen otra cosa.

507. La misma cuestión se presenta para la responsabilidad de los notarios públicos. (2) Está muy controvertida.

1 Transladamos á lo que fué dicho de la teoría de las culpas, tomo XVI de mis *Principios*, págs. 313-316 núms. 214-216.

2 Esta responsabilidad es tan frecuente que se han escrito tratados en la materia.

Eloy, *De la responsabilidad de los notarios*, 2 vol. in 8°, 1863.

Clerc, Dalloz y Vergé, *Formulario del notariado*, t. II°, *De la responsabilidad de los notarios*.

Hay una primera dificultad en la que la doctrina y la jurisprudencia están mudas: ¿son responsables los notarios en virtud de un compromiso contractual, ó en virtud de un cuasidélito? Se admite generalmente, y sin discutir la cuestión ni siquiera presentarla, que la responsabilidad de los notarios, como tales, resulta de los arts. 1,382 y 1,383. Hemos enseñado la contraria opinión, para los escribanos de diligencias y los ministros ejecutores; y en nuestro concepto, la responsabilidad de los notarios está también fundada en la no ejecución de la convención que interviene entre el oficial público y su cliente. No puede negarse que exista una convención entre el notario que redacta una acta y la parte; hay concurso de consentimientos, proposición hecha por la parte, aceptación del notario; luego un contrato. Por este contrato, el notario se obliga á redactar una acta con los cuidados y la inteligencia que un funcionario público debe tener en el cumplimiento de sus deberes, deberes por los que recibe unos honorarios; es mandatario asalariado. Quizá fuera más exacto decir que esto es una obligación de hacer diferente del mandato, tanto como una prestación de servicios. Pero poco importa en lo que se refiere á nuestra cuestión. Desde que hay una convención entre el notario y su cliente, la responsabilidad de los arts. 1,382 y 1,383 es inaplicable. Esto resulta del mismo texto de la ley. Según los términos del art. 1,370, los cuasidelitos son compromisos que se forman *sin que intervenga ninguna convención*. Es, en parte cuando menos, en esta falta de convención que se funda la responsabilidad más rigurosa que la ley establece para los cuasidelitos: el autor del hecho perjudicial responde por la más leve culpa, porque no ha dependido de la parte lesionada el abrigar sus intereses mediante estipulaciones que ni siquiera se conciben cuando se trata de un hecho perjudicial; la parte lesionada se vuelve acreedora á pesar suyo; como el autor del hecho perjudicial se vuelve deudor, quie-

ra que no. El texto ni el espíritu de la ley reciben aplicación á la responsabilidad del notario. La parte es la que escoge al notario; puede, de acuerdo con él, estipular la más severa responsabilidad. Las partes se encuentran en las ordinarias condiciones de todas las que contratan; luego deben ser regidas por el derecho común, á no ser que se derogue á él por una ley especial. En esta opinión, el notario estaría obligado por la más *leve culpa in abstracto*, en virtud del artículo 1,137, suponiendo que ninguna ley especial no derogue á la regla que el Código establece para las obligaciones convencionales; no estaría sometido por la más leve culpa que imponen los arts. 1,382 y 1,383 á los autores de los hechos perjudiciales, á no ser que se haya sometido á ello mediante una convención.

508. Nuestra opinión está aislada; debemos examinar la cuestión bajo el punto de vista de la doctrina generalmente seguida por los autores y por la jurisprudencia. Se admite que la responsabilidad del notario, en calidad de funcionario público, cae bajo la aplicación de los artículos 1,382 y 1,383; pero hay diversidad de pareceres respecto á la extensión de esta responsabilidad. El sitio de la dificultad se halla en el art. 68 de la ley de 25 ventoso, año XI, el que dice así: «Toda acta hecha en contravención de los arts. 6, 8, 9, 10, 14, 20, 52, 64, 65, 66 y 67, es nula si no está firmada por todas las partes; y cuando está firmada por todas ellas, solo valdrá como escritura privada, á reserva, en ambos casos, *si ha lugar* de los daños y perjuicios contra el notario.» Suponiendo que la responsabilidad del notario resulte de un delito ó de un cuasidélito, ¿debe concluirse del artículo 68 que esta disposición deroga á la regla general establecida por los arts. 1,382 y 1,383, en este sentido, que la responsabilidad de los notarios no está regida por el Código Civil y está sometida á la disposición especial del art. 68 de

la l- y de ventoso? La Corte de Casación de Bélgica se ha pronunciado en este sentido. Se funda en las palabras *si ha lugar*, que, según ella, implican una responsabilidad, otra que la de los arts. 1,382 y 1,383. Según el Código Civil, el autor de cualquier hecho perjudicial, es responsable todas las veces que este hecho es el resultado, ya sea de una culpa, ya de una negligencia ó de la imprudencia de su autor; mientras que la ley de ventoso no declara responsable al notario por cualquiera falta, imprudencia ó descuido por ligera y excusable que pueda ser; el notario no debe los daños y perjuicios sino *cuando ha lugar*; es decir, que su responsabilidad depende de la gravedad de su culpa; toca, pues, á los tribunales apreciar el grado de gravedad de la falta imputada al notario y declararlo, en consecuencia, responsable ó no. (1)

Creemos que la Corte de Casación interpretó mal el artículo 68. Nada dice de la culpa ni del grado de la culpa; solo dice que el notario podrá ser condenado á daños y perjuicios *si ha lugar*, lo que quiere decir, si hay lugar á pronunciar daños y perjuicios. ¿Cuándo ha lugar á daños y perjuicios? El art. 68 no contesta á esta cuestión y no debía contestarla. ¿Cuál es el objeto de esta disposición? ¿Será el de determinar á qué culpa está el notario obligado? Nó, la ley decide en qué casos el acta notariada es nula, y es solo por vía de consecuencias como la ley agrega que podía el notario ser condenado á daños y perjuicios. Al decir *si ha lugar*, la ley se refiere al derecho común en cuanto á las condiciones requeridas para que el notario pueda ser obligado á una reparación civil. El legislador debió agregar estas palabras, porque si hubiera simplemente dicho: *á reserva de los daños y perjuicios* contra el notario, se hubiera podido creer que el notario era responsable por el solo hecho de la anulación de la acta. Semejante responsabilidad hu-

1. Casación, 20 de Mayo de 1853 (*Pasicrisia*, 1853, 1, 299).

biera sido contraria á los principios; y es para mantener los principios generales como la ley agregó: *si ha lugar*. Según estos principios, se necesitan dos condiciones: perjuicio y culpa. ¿Qué culpa? Esto es lo que la ley de ventoso no tenía que resolver; la traslada al derecho común.

La interpretación que la Corte de Casación de Bélgica da al art. 68, es también inadmisibile por otra razón. Resulta de ella que no se sabe de qué falta es responsable el notario. Los tribunales quedarían, pues, investidos del poder más arbitrario; unos condenarían al oficial público por la menor culpa sin admitir excusas, y otros solo lo condenarían por dolo ó falta grave. Este arbitrio ilimitado no está en el espíritu de nuestra legislación moderna que tiende al contrario á encadenar al juez por reglas invariables. ¿Por qué el legislador hubiera consagrado en la ley de ventoso, un arbitrio que rechaza en todas partes? Se buscaría en vano la razón. Lo que prueba que el art. 68 no entiende de derogar al derecho común por las palabras *si ha lugar*, es que se hallan equivalentes expresiones en el Código de Procedimientos para determinar la responsabilidad de los escribanos y de los ejecutores; y, de seguro que el legislador no pensó en los arts. 71 y 1,031, en derogar al Código Civil (números 505-507).

Las cortes de apelación de Bélgica siguen el mismo principio; para decir mejor, no tienen principio, pues el pretendido principio consagrado por la Corte de Casación, es la ausencia de toda regla. En una primera sentencia, anterior á la de la Corte de Casación, la de Bruselas ha resuelto, invocando el art. 68, que los notarios no están obligados á daños y perjuicios sino por causa de *extrema ignorancia ó gran negligencia*: (1) Esta es una responsabilidad que ya no conocen nuestras leyes, y esto no es ni la culpa del art. 1,137 ni la del art. 1,332, es una falta que el juez crea y aplica á

1 Bruselas, 30 de Mayo de 1822 (*Pasicrisia*, 1822, pág. 165).

su fantasía. En otra sentencia, la Corte se manifiesta un poco más severa, declara á los notarios responsables de su ignorancia sin agregar que deba ser extrema; pero el resultado es el mismo, pues la Corte pone en principio que los notarios solo responden por *culpa grave ó dolo*. (1) Se pierde el tiempo en buscar un principio en donde reina la arbitrariedad más absoluta; la Corte de Bruselas nos lo dice: «La ley del 25 ventoso, año XI, al consagrar la responsabilidad de los notarios, llevó en ella una justa templanza dejando á la sabia y equitativa apreciación de los tribunales el determinar los casos en que habrá lugar á pronunciarla.» (2) Así, los notarios serán responsables ó no, según el antojo de los tribunales. La Corte de Lieja tiene otro sistema; ésta invoca simultáneamente el art. 68 de la ley de ventoso y el artículo 1,382; (3) este es el principio de la Corte de Casación de Francia; lo vamos á exponer.

509. La jurisprudencia de la Corte de Casación de Francia ha sido por largo tiempo titubeante. Una sentencia de denegada, sin pronunciarse acerca del sentido del art. 68, decide que los notarios no solo son responsables en los casos de dolo y de fraude, sino que también lo son cuando la nulidad de una acta es pronunciada por omisión de una formalidad substancial. Esta omisión puede ser el resultado de una culpa más ó menos grave: los tribunales, dice la Corte, tienen un poder discrecional para resolver si los daños y perjuicios deben ser admitidos ó negados. (4) Esta culpa corresponde casi á la del art. 1,137, no es la del art. 1,382; sin embargo, es en este artículo en el que la Corte de Casación busca el principio de la responsabilidad de los notarios.

Una sentencia de la Sala Civil presenta la cuestión en

1 Bruselas, 28 de Junio de 1851 (*Pasicrisia*, 1855, 2, 77).

2 Bruselas, 6 de Julio de 1858 (*Pasicrisia*, 1858, 2, 272). Compárese Bruselas, 20 de Noviembre de 1872 (*Pasicrisia*, 1873, 2, 5).

3 Lieja, 25 de Mayo de 1855 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 231).

4 Denegada, 14 de Mayo de 1822 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 307, 1°).

otros términos; el art. 68 de la ley de ventoso es anterior al Código Civil. ¿El art. 1,382 derogó dicha ley? La Corte decide que los arts. 1,382 y 1,383 no han abrogado derecho especial con relación á la notaría, y no obligan á los jueces á declarar responsables á los notarios, en todos los casos de nulidad de sus actas. Esto supone que el art. 68 establece una responsabilidad especial. ¿Cuál es este derecho especial? No lo dice la Corte de Casación; la sentencia atacada había resuelto que los notarios solo son responsables por las culpas graves. Tal es el parecer de la Sala Civil; tiene cuidado de decir que no aprueba los considerandos de la Corte de Lyon; todo lo que resulta del art. 68, es que los notarios no están necesariamente obligados á los daños y perjuicios resultando de la nulidad de sus actas. (1) Los notarios responden por sus faltas; queda por saber si esta falta es la del derecho común, y cuál es este derecho común.

En las posteriores sentencias, la Corte se refiere á la vez al art. 68 de la ley de ventoso y al art. 1,383 del Código Civil; las sentencias atacadas decidían, la una que había *culpa grave*, y la otra que había *negligencia*. (2) Además, la Corte no explica en qué grado de culpa obliga á los notarios; pero como invoca el art. 1,383, debe concluirse que en su mente, los notarios están sometidos al derecho común y que este derecho es el de los arts. 1,382 y 1,383. Esto es lo que dicen terminantemente las últimas sentencias de la Corte. Una de estas sentencias explica la palabra *si ha lugar* del art. 68, en el sentido que la ley traslada al derecho común, según el cual debe haber *perjuicio* para que la parte pueda reclamar daños y perjuicios; lo que es de evidencia. (3)

1 Denegada, Sala Civil, 27 de Noviembre de 1837 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 304).

2 Denegada, 15 de Enero de 1835 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 431, 3°), Denegada, 7 de Julio de 1847 (Daloz, 1847, 1, 268).

3 Denegada, Sala Civil, después de deliberación en la Sala del Consejo, 28 de Febrero de 1872 (Daloz, 1873, 1, 485).

Hay que agregar que el art. 68 translada el derecho común en lo que se refiere á la culpa. Según la Corte de Casación, el derecho común aplicable á los notarios, es, pues, la responsabilidad que procede de un delito ó un cuasidelito.

Hé aquí el caso notable de una de estas sentencias. Un testamento había sido declarado nulo por razón del parentesco de uno de los testigos con el legatario; no fué el notario quien había escogido al testigo, le había sido presentado por el testador; su culpa consistía en haberlo aceptado sin haberse previamente informado de su capacidad ó idoneidad. En derecho, la Sala de Requisiciones resuelve que, según el art. 68 de la ley de ventoso, los notarios pueden, en caso de nulidad de sus actas, ser condenados á daños y perjuicios, y que el art. 1,383 declara á cada uno responsable por el daño que causa por su negligencia ó su imprudencia. La Corte agrega que pertenece á los jueces del fondo apreciar si hubo culpa por negligencia ó por imprudencia. (1)

¿Es realmente verdad que el derecho común, en lo que se refiere á la responsabilidad de los notarios, sea el de los artículos 1,382 y 1,383? Ya hemos contestado á esta pregunta (núm. 506). El sistema de la Corte de Casación conduce á una severidad que parecerá excesiva; los notarios pueden ser arruinados por la menor negligencia, por la menor imprudencia; no pueden invocar ninguna excusa, salvo la del caso fortuito; y no puede tratarse mucho de fuerza mayor en materia de nulidad de actas. Es verdad que la Corte agrega que los jueces del hecho apreciarán si hubo negligencia ó imprudencia; pero si el juez permanece fiel á la teoría de los cuasidelitos, deberá pronunciar daños y perjuicios por la culpa más leve. Es bien seguro que no lo hará así. Tendrá, pues, que colocarse más allá de la ley para corregir sus defectos. Esta consideración bastaría para hacer des-

1 Denegada, 5 de Febrero de 1872 (Daloz, 1872, 1, 225). Compare Denegada, 17 de Julio de 1872 (Daloz, 1873, 1, 87).

echar la doctrina de la Corte de Casación. Nuestra opinión conduce al mismo resultado de hecho, pero esto es por una vía más jurídica. Nosotros no decimos al juez: Los notarios no responden por su más leve culpa; no son culpables de un cuasidelito, responden por la inejecución de las obligaciones que contraen hácia sus clientes; la falta por la que está obligado todo deudor, la falta que los legistas conocen con el nombre de *culpa leve in abstracto*. Hé aquí el verdadero derecho común, cuando se trata de obligaciones convencionales.

510. La ley de ventoso solo habla de la responsabilidad que tienen los notarios por razón de la nulidad de sus actas. ¿No serán sometidos á otra responsabilidad en calidad de oficiales públicos? ¿Se limita su misión á ser redactores pasivos de la voluntad de las partes? Nó; no sucede así, ni de hecho ni de derecho. Hay actas para cuya existencia la ley exige la intervención de un notario, tal como la constitución de hipoteca. La razón es que las partes, aunque fueran letradas, ignoran las más sencillas nociones de derecho y son extrañas á la práctica de los negocios. Es, pues, necesario que los oficiales públicos vigilen por sus intereses, es en ellos que fian las partes; la convención que interviene entre ellos y sus clientes comprende no solo la redacción del acta, sino también las medidas de precaución que á ella se ligan. Nada diremos por ahora de las consecuencias perjudiciales que pueden resultar para los clientes de las actas que hacen los notarios; éstos no son responsables de ellas sino á título de mandatarios, como lo diremos más adelante. Pero la misma acta que el notario se encargó de redactar, la hipoteca, exige informaciones y garantías sin las que el prestamista arriesga perder su capital. ¿Quién comprueba la existencia de estas garantías si no el notario? El inmueble en el que la hipoteca va á ser acordada está ya gravado de inscripciones; no toca al notario el pedir el certificado de inscripcio-

nes al conservador de las hipotecas, pero debe aconsejar á la parte el hacerlo. Si estas inscripciones han sido tomadas en virtud de actas pasadas por él, bastará confrontar estas actas para ilustrar al cliente, y si no lo hace, es responsable. La Corte de Casación resolvió que, en este caso, ha causado un perjuicio por culpa suya y que debe repararlo. (1)

Una viuda presta una suma de 250,000 francos á dos personas sobre hipotecas. Sucede que el inmueble hipotecado no era ya de la propiedad personal de los solicitantes, quienes lo habían puesto en sociedad; el notario descuidó de dar á conocer esta circunstancia á la señora de que era el consejero ordinario. La Corte de Apelación decidió que al obrar así, el notario había cometido una falta muy grave; y en el recurso, la Corte de Casación resolvió, en principio, que la ley de 25 ventoso, año XI, declarando á los notarios responsables por la nulidad de sus actas, no los libertó de la responsabilidad procedente del derecho común, y particularmente de los arts. 1,382 y 1,383, cuando por una falta grave comprometen los intereses de sus clientes. (2) Si es el art. 1,383 el que es aplicable, el notario responderá por su más leve culpa. En nuestra opinión, es siempre la responsabilidad convencional lo que forma el derecho común para el notario; debe, pues, apartarse el art. 1,383 para atenerse al art. 1,137.

511. Los notarios son á menudo instrumentos de transacciones fraudulentas; no deben hacerse cómplices de ellas: su deber como oficiales públicos es descubrir las maniobras que amenazan á sus clientes, y en caso de necesidad, deben abstenerse: tienen por misión asegurar la autenticidad de sus

1 Denegada, 3 de Agosto de 1858 (Daloz, 1858, 1, 374). Compárese Casación, 27 de Mayo de 1857 (Daloz, 1857, 1, 296).
2 Denegada, 16 de Agosto de 1865 (Daloz, 1866, 1, 11). Compárense las decisiones análogas en materia de donaciones: Lyon, 8 de Febrero de 1867 (Daloz, 1867, 2, 154); Denegada, 19 de Junio de 1872 (Daloz, 1872, 1, 346).

actas, y no ayudar al fraude. Si lo hacen, faltan al primero de sus deberes, la honradez; y los tribunales hacen bien en recordárselos. La Corte de Lyon ha condenado á un notario á 50,000 francos por daños y perjuicios por haber recibido un poder para hipotecar y enajenar dado por una señora de edad, débil de espíritu; cuando el oficial público tenía conocimiento de las maniobras practicadas por unos terceros de mala reputación, para obtener dicho poder. En el recurso, el notario pretendió que la ley de ventoso lo obligaba á prestar su ministerio. La Corte de Casación se limitó á contestar que esto no era serio. (1)

No solo es cuando las partes son incapaces, analfabéticas, cuando el notario debe ilustrarlas y cuando es responsable por no haberlo hecho: (2) «Los notarios, dice la Corte de Nancy, no son los redactores pasivos de las actas auténticas, son también consejeros de las partes, ejercen á su respecto una verdadera magistratura, encargada de protegerlos, ilustrarlos acerca de las consecuencias de sus convenciones y tomar todas las precauciones que se deben para asegurar su validez.» (3) Transcribiremos también el considerando de una sentencia de la Corte de Aix que confirma enteramente nuestra doctrina: «Los notarios no solo tienen la misión de dar autenticidad á las actas que están llamados á redactar; la ley de ventoso, en su espíritu y en sus motivos, les confiere un papel más levantado: son los consejeros naturales de las partes, deben ilustrarlas completamente acerca de las consecuencias de sus compromisos; deben ser imparciales y no inclinarse hácia uno, ni hácia otro, y jamás determinar por la preocupación egoísta de su interés personal; tienen el riguroso deber de abstenerse de cláusulas am-

1 Denegada, 4 de Mayo de 1868 (Daloz, 1871, 1, 146).

2 Paris, 4 de Diciembre de 1855 (Daloz, 1856, 2, 74).

3 Nancy 23 de Abril de 1864 (Daloz, 1865, 2, 219). Compárese Lieja, 25 de Febrero de 1874 (Pascrisia, 1874, 2, 261).

biguas que se harían un lazo tendido á la buena fe de las partes, y aun negar su ministerio á la que quisiera sorprender la religión de la otra. (1) No es necesario decir que estos principios están sancionados por una condena á daños y perjuicios, si no las palabras serían vanas.

Sin embargo, la jurisprudencia está indecisa; hay sentencias que resuelven que el notario no es responsable como consejero. (2) En el título *Del Mandato* diremos cuál es la responsabilidad ligada á los consejos que se dan. Estos principios son extraños á la cuestión que discutimos; se trata de saber si el notario da consejos de buena fe (3) ó si las partes necesitan de sus consejos; (4) debe ilustrar á todas las partes que se presenten contra él; con más razón debe responder por los consejos donde toma la iniciativa, ordinariamente en su propio interés. Fué sentenciado en este sentido, que el notario que inclina á su cliente á colocar un dinero sin mucha seguridad, por razón de insuficientes garantías hipotecarias de las que tiene conocimiento, es responsable del perjuicio que sufre el prestamista. La Corte de Casación pronuncia la palabra *dolo*, y esta severidad era merecida en el caso. El notario pretendía no ser responsable como oficial público, no pronunciando esta responsabilidad la ley de ventoso, ni como mandatario ó gerente, visto que no había mandato ni gestión de negocios. La Corte no responde á esta defensa y ni siquiera cita un artículo de la ley. (5) Es probable que la Corte funde la responsabilidad del notario á título de consejero, en los arts. 1,382 y 1,383; este es el sistema general de la jurisprudencia, aun cuando hay mandato extranotarial.

1 Aix, 28 de Abril de 1870 (Daloz, 1872, 2, 79).

2 Véanse las sentencias en el *Repertorio* de Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núms. 357 y 358.

3 Gaen, 2 de Febrero de 1857 (Daloz, 1857, 2, 151).

4 Denegada, 6 de Julio de 1870 (Daloz, 1871, 1, 145).

5 Denegada, 29 de Diciembre de 1847 (Daloz, 1848, 1, 55). Compárese Nîmes, 16 de Agosto de 1870 (Daloz, 1872, 5, 331, núm. 25).

512. La convención que interviene entre el notario y su cliente solo concierne al acta que el oficial público debe recibir; es extraña á las consecuencias de esta acta; si se la quiere llamar mandato, es un mandato limitado, análogo á aquel que recibe el escribano. De esto resulta que el notario no está obligado como tal, á vigilar el cumplimiento de las condiciones necesarias á la conservación de los derechos de las partes. (1)

El notario redacta una acta de venta; no está obligado á hacer la transcripción del acta. Esto es negocio del comprador. Así mismo, el notario que recibe una acta de hipoteca, no está obligado á hacer la inscripción hipotecaria. Esto es asunto del acreedor. Si, pues, la parte interesada descuida de cumplir con estas formalidades, no tendrá acción contra el notario, por razón del perjuicio que le resulte; pero si está lesionada es por culpa suya y no por culpa del notario; éste no puede ser responsable por no haber hecho lo que no tenía calidad para hacer.

Pero sucede frecuentemente que el notario reciba mandato especial para asegurar la acción del acta. No hay que decir que en este caso es responsable como todo mandatario. Así, el notario encargado de hacer la inscripción de una hipoteca es responsable si la inscripción es anulada por razón de una irregularidad que se halle en el documento que entregó al conservador de las hipotecas. (2) También es responsable si hizo la inscripción tardíamente; es decir, en una época en que no podía ser hecha con validez. (3) Si el notario está encargado de conservar los derechos del comprador ó del donatario, estará obligado á los daños y perjuicios si no opera la transcripción. (4) Las estipulaciones de que

1 Denegada, 19 de Marzo de 1856 (Daloz, 1857, 1, 156). Bruse., las, 7 de Abril de 1857 (*Pasicrisia*, 1857, 2, 353).

2 Nîmes, 5 de Febrero y 27 de Junio de 1849 (Daloz, 1850, 1, 266 y 267).

3 Denegada, 14 de Febrero de 1855 (Daloz, 1855, 1, 170).

4 Rouen, 24 de Noviembre de 1852 (Daloz, 1854, 2, 75).

el notario recibirá el precio de las ventas que se hacen mediante su ministerio son muy usuales; responderá por la ejecución de este mandato tal cual le fué dado. (1)

El notario que recibe un mandato tiene una doble responsabilidad: Es responsable como oficial público y como mandatario. Esta última responsabilidad puede ser más extensa que la primera y más peligrosa; de ahí frecuentes debates acerca de la cuestión de saber si el notario recibió mandato. Lo que complica la dificultad, es que el mandato puede ser tácito, y lo es á menudo entre el notario y su cliente. ¿Cómo se prueba el mandato expreso ó tácito? Según el derecho común, nada hay que decir, puesto que la ley lo deroga. Las cuestiones de prueba son siempre difíciles. Hemos expuesto los principios generales en el título *De las Obligaciones*, y los aplicaremos al mandato al explicar el título que es el sitio de la materia.

513. Los tribunales admiten fácilmente el mandato dado al notario; las partes extrañas á la práctica de los negocios se atienen de costumbre á lo que hace el oficial público, y éste tiene interés, porque estos mandatos son para él la fuente de provechos más considerables que los emolumentos de funciones de notario. Pero cuando se trata de responsabilidad, el notario está interesado á contestar la existencia del mandato expreso ó tácito. Si no hay mandato, puede haber gestión de negocios. El principio es incontestable. El notario puede ser gerente de negocios como cualquiera persona. Pero hay condiciones requeridas para que haya cuasicontrato de gestión de negocios, y hay que confesarlo, los tribunales no lo atienden mucho cuando se trata de los notarios; desde que ven que el notario gestiona los intereses de su cliente, lo declaran responsable como gerente. Abundan las inexactitudes y los errores en esta materia; debemos se-

1 Metz, 24 de Junio de 1822 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 345, 4^o). Lyon, 1^o de Diciembre de 1853 (Daloz, 1855, 5, 392).

ñalarlos, porque los principios están en causa y el objeto de nuestro trabajo es establecer principios seguros.

Un notario recibe una acta de préstamo; el solicitante es insolvente. El oficial público fué declarado responsable por la insolvencia, sin que hubiese mandato: Se había hecho el agente del prestamista, dice la Corte de Casación, haciendo de las consecuencias de este préstamo su propio negocio. Esta definición de la gestión de negocios es ya muy extraña; los motivos para decidir lo son aun más. Desde luego, el notario había guardado silencio acerca de la situación hipotecaria y matrimonial del solicitante, aunque le fuese completamente conocida, porque había anteriormente rehusado, á ocasión de otro préstamo, garantizar la solvencia del mismo solicitante. En nuestro concepto, este notario había faltado á sus deberes de oficial público; pero no había, en este primer hecho, un elemento de gestión de negocios; al contrario, debe concluirse que el notario, habiendo rehusado una primera vez garantizar la solvencia del solicitante, no pretendía garantizarla en el nuevo préstamo; luego no entendió obligarse como gerente de negocios, y no puede haber cuasicontrato sin que aquel que gire tenga intención de obligarse. ¿Había siquiera gestionado? El prestamista, simple obrero, debe ser *presumido*, dice la Corte de Apelación, haber descansado en el notario. Harémos á un lado la cuestión de prueba, que fué tratada en otro lugar; por ahora se trata de saber si los hechos comprobados por la Corte implican una gestión de negocios. La Corte admite que el notario quizo gestionar y que el prestamista lo consintió; si así fuera, hubiera concurso de consentimiento y, por lo tanto, contrato y no cuasicontrato. En fin, la Corte se prevalece de que se había elegido como domicilio el estudio del notario para la ejecución del contrato. (1) Tampoco es esto un

1 Denegada, 22 de Abril de 1856 (Daloz, 1856, 2, 247). Compárese Denegada, 8 de Diciembre de 1874 (Daloz, 1874, 1, 312).

hecho de gestión, y si fuera aún, habría que decir que implica concurso de voluntades y que, por consiguiente, es un contrato. Creemos que en el fondo la Corte juzgó bien, pero en lugar de motivar su decisión en un cuasidélito, era más sencillo y más jurídico fundarla en la convención intervenida entre el cliente y el notario.

Ha sido resuelto que el notario es gerente de negocios cuando se ha entrometido por una de las partes en la negociación de un préstamo y que prometió no descuidar nada para la entera seguridad del prestamista. En consecuencia, la Corte lo declaró responsable porque había descuidado de comprobar si los bienes dados en garantía habían sido enajenados en virtud de un contrato registrado. (1) Es seguro que el notario era responsable, pero lo era en virtud de una convención expresa, puesto que había ofrecido, y esta promesa había sido aceptada; luego no había cuasicontrato. La Corte parece creer que el notario era agente de negocios, porque había tomado la iniciativa del negocio. ¿Pero qué importa de quién venga la oferta, desde que hay concurso de voluntades?

Fue estipulado en una acta de venta que los pagos se harían en el estudio del notario que recibió el acta, primero en manos de los acreedores inscriptos á los que la delegación era hecha por el vendedor, y después en manos del mismo vendedor. La Corte de París resolvió que el notario se encontraba á consecuencia de esta estipulación, *gerente de negocios* de los acreedores. Esto sería admisible si no hubiera ninguna relación entre el notario y los acreedores, pero consta en la sentencia que el notario se estaba en correspondencia con ellos; había, pues, concurso de voluntades y, por lo tanto, mandato. (2)

1 Donai, 28 de Enero de 1846 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 355, 5°)

2 París, 13 de Enero de 1865 (Daloz, 1865, 2, 142).

Algunas veces las cortes admiten á la vez, y como escogido, la existencia de un mandato ó una gestión de negocios; lo que parece implicar que, en su mente, escoger es indiferente. El error sería evidente; hemos establecido más atrás (núms. 311 y 318) las diferencias considerables que existen entre la gestión de negocios y el mandato. Importa, pues, precisar si hay contrato ó cuasicontrato. Se lee en una sentencia de la Corte de Poitiers: "Cuando en lugar de limitarse á dar la forma auténtica á la voluntad de las partes contratantes, el notario se hace preparar, concluir y ejecutar la convención, el *agente* ó el *mandatario* de una de las partes, en este caso, se somete á las obligaciones que proceden de la *gestión de negocios* ó del *mandato*, y se vuelve responsable por las faltas que pueda cometer." (1) Es imposible que haya á la vez mandato y gestión de negocios; es contradictorio. En el caso, había mandato; esto está demostrado por la requisitoria del procurador general; y es inútil insistir en ello.

Solo hay gestión de negocios cuando el notario hizo el negocio de su cliente sin que haya intervenido entre ellos ninguna convención expresa ni tácita. (2) En cuanto á las condiciones requeridas para que haya gestión de negocios, trasladamos á lo que fué dicho acerca de los cuasicontratos (núms. 320, 325).

514. ¿Cuál es el grado de culpa por el que está obligado el notario, como mandatario ó como gerente? Acerca de este punto la confusión es también muy grande en la jurisprudencia. Los principios son, sin embargo, incontestables. La ley determina la responsabilidad del mandatario, así como la del gerente; no hace excepción cuando se trata de los notarios; luego éstos están sometidos al derecho común, tal

1 Poitiers, 30 de Junio de 1847 (Daloz, 1847, 2, 190).

2 Denegada, 20 de Julio de 1851 (Daloz, en la palabra *Arresto*, núm. 227, 1°). Nancy, 10 de Junio de 1835 (Daloz, en la palabra *Mandato*, núm. 13, 3°).

como lo hemos expuesto en el título *De las Obligaciones*; es decir, que incurren en la responsabilidad que resulta del contrato (1) ó del cuasicontrato. No puede tratarse de la responsabilidad de los arts. 1,382 y 1,383, puesto que hay contrato y cuasicontrato entre las partes. Sin embargo, la Corte de Casación, para determinar la responsabilidad del notario como mandatario, cita á la vez el art. 1,992 y el art. 1,382, (2) lo que es contradictorio, pues que el artículo 1,992 establece el principio de la culpa leve, mientras que el art. 1,382, combinado con el 1,383, establece el principio de la culpa la más leve. Igual confusión en caso de gestión de negocios; la Corte, al declarar responsable al notario como gerente, invoca á la vez los artículos 1,374 y 1,382, (3) aunque consagren una responsabilidad diferente. Hay sentencias más exactas que aplican al notario la responsabilidad convencional. (4) Hemos dicho muchas veces que esto no es cuestión de palabras. La responsabilidad convencional es menos severa, y es lo que parece olvidarse en la práctica. En el foro, se citan regularmente los arts. 1,382 y 1,383 cuando se trata de una falta cometida en la ejecución de un contrato; esta costumbre es tan arraigada que los sentencistas, en los resúmenes que hacen, citan los artículos 1,382 y 1,383 cuando la sentencia solo habla de la responsabilidad resultando del mandato. (5) La exactitud es siempre de rigor; es, sobre todo, necesaria en materia de culpas, puesto que el grado de éstas difiere en los contratos y en los delitos y cuasidelitos. Resulta de la costumbre que tienen los prácticos de invocar siempre los arts. 1,382 y 1,383,

1 Debe verse si el notario es un mandatario asalariado. Denegada, 14 de Enero de 1856 (Daloz, 1856, 1, 456).
 2 Denegada, 25 de Noviembre de 1872 (Daloz, 1873, 1, 134).
 3 Denegada, Sala Civil, 19 de Marzo de 1845 (Daloz, 1845, 1, 187).
 4 Denegada, 23 de Noviembre de 1843 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 346, 1º) y 9 de Julio de 1872 (Daloz, 1873, 1, 296).
 5 Nos limitaremos á citar un ejemplo: Denegada, 14 de Febrero de 1855 (Daloz, 1855, 1, 170), y la nota del sentencista.

que los jueces estarán inclinados á tratar más severamente á los notarios mandatarios ó gerentes que lo hubieran sido si hubieran aplicado la responsabilidad convencional.

¿Es responsable el mandatario de un error de derecho? Ha sido resuelto que el notario responde por el error de derecho cuando es mandatario; decisión muy justa, puesto que se trata de un negocio jurídico y que el notario es hombre de ley. (1) Pero es ir demasiado lejos al hacer al notario responsable cuando se trata de un punto de derecho controvertido. Si la controversia es seria, el notario es excusable, mientras que no lo será si se le aplica la responsabilidad de la más leve culpa. (2)

515. En nuestra opinión, la responsabilidad de los funcionarios y oficiales ministeriales, está en todo sometida al derecho común. Para la falta de que acabamos de hablar, esto está más ó menos controvertido. El art. 1,382 exige una segunda condición para que haya hecho perjudiciable, es que el perjuicio causado lo sea por una falta. Y la misma condición está exigida en materia de obligaciones convencionales; no se concibe acción por perjuicios sin que haya un daño que reparar. La condición del perjuicio es, pues, esencial. Ha sido sentenciado que si un fallo condena á daños y perjuicios sin comprobar el daño, hay lugar á casación. (3)

El principio es incontestable, y la aplicación no presenta sino dificultades de hecho. (4) Nos limitaremos á citar como ejemplo un caso que se ha presentado varias veces. Un ejecutor notifica tardiamente un acto de apelación, en el que el acta es irregular; el apelante forma una acción por daños y perjuicios contra el oficial negligente. La culpa es segura,

1 Denegada, 19 de Junio de 1850 (Daloz, 1850, 1, 308).
 2 Comparese Poitiers, 30 de Junio de 1847 (Daloz, 1847, 2, 190).
 3 Casación 6 de Febrero de 1855 (Daloz, 1855, 1, 133).
 4 Véase la jurisprudencia en cuanto á los escribanos, en el *Repertorio* de Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núms. 462, 463, y 464, y en cuanto á los ejecutores, *ibid.*, núms. 478-481.

pero ¿hay perjuicio para el apelante por el solo hecho de ser privado de los beneficios del doble grado de jurisdicción? Nó, si es seguro que la Corte hubiera mantenido la sentencia de la primera instancia. Si, en el caso en que la Corte hubiese reformado la sentencia del primer juez. De esto resulta que la Corte de Apelación, ante la que la acción por responsabilidad está llevada, debe examinar la sentencia, y según resultado de este exámen, acordará ó negará los daños y perjuicios. (1) Aunque los rehusase, debe condenar al ejecutor á las costas de la acción dirigida contra él, pues estos gastos han sido ocasionados por culpa suya. (2)

§ III.—LAS PROFESIONES LIBERALES.

516. El principio de los arts. 1,382 y 1,383 se aplica á los que ejercen una profesión liberal tal como el arte de curar? Apenas si debe presentarse esta cuestión. “Estos artículos, dice la Corte de Casación, contienen una regla general, la de la imputabilidad de las culpas y de la necesidad de reparar el daño que se ha causado, no solo por su hecho propio sino también por negligencia y por imprudencia. Cualquiera persona, cualquiera que sea su situación ó profesión, está sometida á esta regla, que no comprende excepción otra que las nominativamente formuladas por la ley. (3) La Corte establece este principio á ocasión de la responsabilidad de los médicos. Que los médicos sean responsables, nunca ha sido seriamente contestado. (4) Pero es difícil precisar la causa de la responsabilidad. La Corte de Bruselas dice muy bien que sería tan injusto como irracional concluir de los arts. 1,382 y 1,383 que los médicos respon-

1 Nany, 27 de Diciembre de 1854 (Daloz, 1855, 2, 203). Montpellier, 13 de Enero de 1854 (Daloz, 1855, 2, 211). Angers, 25 de Enero de 1862 (Daloz, 1862, 2, 37).

2 Nimes, 10 de Febrero de 1859 (Daloz, 1859, 2, 139).

3 Denegada, 21 de Julio de 1862 (Daloz, 1862, 1, 149).

4 Aubry y Rau, t. VI, pág. 756, y nota 9 del pfo. 446.

den siempre por las medicinas por ellos empleadas ó prescriptas; y que por otra parte; sería tan absurdo como contrario á la ley sostener que no responden en ningún caso, por grave que sea y por grande que haya sido su imprudencia ó su impericia. ¿Cuándo, pues, es responsable el médico, y cuándo no lo es? El juez solo tiene una regla, la debe aplicar, es la de los arts. 1,382 y 1,383. En el caso juzgado por la Corte de Bruselas, el demandante habia sido admitido á probar que la pérdida del brazo de su hijo debía ser atribuida á la impericia y negligencia del médico. (1) Esto es decir que los médicos están sometidos al derecho común; son responsables cuando causan un perjuicio por su culpa. El perjuicio es desgraciadamente demasiado seguro en estos aflictivos debates; en cuanto á la culpa, el Tribunal la apreciará. Esto es una cuestión de hecho que se ensayaría vanamente en resolver en teoría. En el negocio resuelto por la Corte de Casación, el procurador general Dupin dijo con este propósito: “Es imposible establecer de una manera general, el límite de la responsabilidad de los médicos. Al juez toca apreciarla y determinarla en los diferentes casos, según los hechos y circunstancias que pueden variar hasta lo infinito, no perdiendo nunca de vista este principio fundamental que siempre debe servirle de guía: que para que un hombre sea responsable de su profesión, es preciso que haya una culpa en su acción, ya sea que le haya sido posible, con más vigilancia de sí mismo ó de sus actos, de evitarla, ya sea que el hecho que se le reproche, sea tal que no le fuera permitido la ignorancia de su profesión en este punto. A los tribunales toca hacer esta apreciación con discernimiento, dejando á la ciencia toda la latitud de que necesita, pero dando á la justicia y al derecho todo lo que le pertenece.” (2)

1 Bruselas, 12 de Enero de 1828 (Pasicrisia, 1828, pág. 14).

2 Requisitoria de Dupin según la sentencia de denegada de 18 de Junio de 1855 (Daloz, en la palabra Responsabilidad, núm. 129, 2º). Colmar, 10 de Julio de 1850 (Daloz, 1852, 2, 196). Sentencia del Tri-

pero ¿hay perjuicio para el apelante por el solo hecho de ser privado de los beneficios del doble grado de jurisdicción? Nó, si es seguro que la Corte hubiera mantenido la sentencia de la primera instancia. Si, en el caso en que la Corte hubiese reformado la sentencia del primer juez. De esto resulta que la Corte de Apelación, ante la que la acción por responsabilidad está llevada, debe examinar la sentencia, y según resultado de este exámen, acordará ó negará los daños y perjuicios. (1) Aunque los rehusase, debe condenar al ejecutor á las costas de la acción dirigida contra él, pues estos gastos han sido ocasionados por culpa suya. (2)

§ III.—LAS PROFESIONES LIBERALES.

516. El principio de los arts. 1,382 y 1,383 se aplica á los que ejercen una profesión liberal tal como el arte de curar? Apenas si debe presentarse esta cuestión. “Estos artículos, dice la Corte de Casación, contienen una regla general, la de la imputabilidad de las culpas y de la necesidad de reparar el daño que se ha causado, no solo por su hecho propio sino también por negligencia y por imprudencia. Cualquiera persona, cualquiera que sea su situación ó profesión, está sometida á esta regla, que no comprende excepción otra que las nominativamente formuladas por la ley. (3) La Corte establece este principio á ocasión de la responsabilidad de los médicos. Que los médicos sean responsables, nunca ha sido seriamente contestado. (4) Pero es difícil precisar la causa de la responsabilidad. La Corte de Bruselas dice muy bien que sería tan injusto como irracional concluir de los arts. 1,382 y 1,383 que los médicos respon-

1 Nancy, 27 de Diciembre de 1854 (Daloz, 1855, 2, 203). Montpellier, 13 de Enero de 1854 (Daloz, 1855, 2, 211). Angers, 25 de Enero de 1862 (Daloz, 1862, 2, 37).

2 Nimes, 10 de Febrero de 1859 (Daloz, 1859, 2, 139).

3 Denegada, 21 de Julio de 1862 (Daloz, 1862, 1, 149).

4 Aubry y Rau, t. VI, pág. 756, y nota 9 del pfo. 446.

den siempre por las medicinas por ellos empleadas ó prescritas; y que por otra parte; sería tan absurdo como contrario á la ley sostener que no responden en ningún caso, por grave que sea y por grande que haya sido su imprudencia ó su impericia. ¿Cuándo, pues, es responsable el médico, y cuándo no lo es? El juez solo tiene una regla, la debe aplicar, es la de los arts. 1,382 y 1,383. En el caso juzgado por la Corte de Bruselas, el demandante habia sido admitido á probar que la pérdida del brazo de su hijo debía ser atribuida á la impericia y negligencia del médico. (1) Esto es decir que los médicos están sometidos al derecho común; son responsables cuando causan un perjuicio por su culpa. El perjuicio es desgraciadamente demasiado seguro en estos aflictivos debates; en cuanto á la culpa, el Tribunal la apreciará. Esto es una cuestión de hecho que se ensayaría vanamente en resolver en teoría. En el negocio resuelto por la Corte de Casación, el procurador general Dupin dijo con este propósito: “Es imposible establecer de una manera general, el límite de la responsabilidad de los médicos. Al juez toca apreciarla y determinarla en los diferentes casos, según los hechos y circunstancias que pueden variar hasta lo infinito, no perdiendo nunca de vista este principio fundamental que siempre debe servirle de guía: que para que un hombre sea responsable de su profesión, es preciso que haya una culpa en su acción, ya sea que le haya sido posible, con más vigilancia de sí mismo ó de sus actos, de evitarla, ya sea que el hecho que se le reproche, sea tal que no le fuera permitido la ignorancia de su profesión en este punto. A los tribunales toca hacer esta apreciación con discernimiento, dejando á la ciencia toda la latitud de que necesita, pero dando á la justicia y al derecho todo lo que le pertenece.” (2)

1 Bruselas, 12 de Enero de 1828 (Pasicrisia, 1828, pág. 14).

2 Requisitoria de Dupin según la sentencia de denegada de 18 de Junio de 1855 (Daloz, en la palabra Responsabilidad, núm. 129, 2º). Colmar, 10 de Julio de 1850 (Daloz, 1852, 2, 196). Sentencia del Tri-

Solo tenemos que hacer una observación; ésta es acerca del punto de saber si la responsabilidad del médico está regida por los arts. 1,382 y 1,383, ó si se le debe aplicar la regla del art. 1,137, concerniente á la responsabilidad convencional. Lo que hemos dicho de los oficiales ministeriales, que prestan su ministerio en virtud de un contrato, prejuzga nuestra opinión. No se puede negar que intervenga una convención entre el enfermo y el médico; éste responde, pues, de la ejecución de sus obligaciones. Esta oposición, fundada en el texto y en el espíritu de la ley (núms. 505-507), está también en armonía con la equidad; sería muy peligroso declarar á los médicos responsables en virtud de los artículos 1,382 y 1,383, pues responderían por la menor imprudencia. Para evitar esta consecuencia, se ha ensayado en distinguir los hechos del hombre y los del médico, declarando al hombre por cualquiera culpa, mientras que el médico solo estaría obligado por las culpas graves. (1)

Es inútil discutir esta distinción, pues no tiene fundamento ni en el texto ni en los principios; la Corte fué quien la imaginó, olvidando que había principios legales acerca de la responsabilidad. Hay que escoger, ó la regla de la responsabilidad convencional que es la de la culpa leve, ó la responsabilidad del cuasidelito que es la de la más leve culpa; la responsabilidad admitida por la Corte de Metz, no es una ni otra; es decir, que está fuera de la ley.

517. Un médico extiende un certificado comprobando que una persona está atacada de enajenación mental; por este certificado la persona entra en un hospicio. Esta pretende que hubo maldad ó imprudencia de parte del médico, por consiguiente, hecho perjudiciable en el sentido de los artículos 1,382 y 1,383. La demanda por daños y perjuicios fué desechada por la razón decisiva que no había imprudencia

bunal de Gray del 29 de Julio de 1873 (Daloz, 1874, 5, 436).

1 Metz, 31 de Mayo de 1867 (Daloz, 1867, 2, 110).

y mucho menos maldad. (1) Se ha presentado otro caso en Gante; no fué llevado ante los tribunales, pero importa hacerlo notar, aunque no sea más que para citar la culpable ligereza con que algunos médicos extienden los certificados que les son pedidos. Un marido, queriendo salir de su mujer, hizo creer que estaba loca y pidió un certificado á un médico; éste extendió dicho documento sin haber visto á la enferma, sin haber inquirido de su estado mental, y por la sola declaración de su marido. La mujer fué recogida en una casa de salud. Afortunadamente un magistrado levantó un informe, y ordenó la inmediata puesta en libertad de la supuesta enferma; (2) el marido culpable tuvo que subscribir el compromiso de pagar una pensión alimenticia. Tenía un cómplice, el médico, que por falta de queja, escapó del castigo que merecía. De seguro que había delito civil en este caso.

518. Se acusa algunas veces á los médicos de hacer experimentos en sus enfermos en provecho de la ciencia, hay que suponerlo, pero á expensas del paciente. El hecho se ha presentado. Un estudiante interno de un hospicio, inoculó, con permiso del jefe de servicio, á una joven enferma el pus de accidentes de sífilis constitucional. La inoculación tuvo por consecuencia llamar accidentes sífilíticos. Por promociones del Ministerio Público, intervino una sentencia correccional contra el estudiante y el jefe de servicio por heridas voluntarias. (3) No hubo acción civil. Hé aquí la experiencia en el cuerpo del enfermo: esto es un delito. Sin duda, el médico puede emplear un nuevo medio de curación, pero se necesita para esto que el objeto esencial de la experiencia sea el alivio del enfermo; no le está permitido hacer

1 Bruselas, 2 de Diciembre de 1865 (*Pasicrius*, 1866, 3, 175).

2 Hemos citado ya este hecho en el tomo V de estos *Principios*, pág. 570; núm. 387.

3 Tribunal Correccional de Lyon, 15 de Diciembre de 1859 (Daloz, 1859, 3, 87).

experiencias científicas en la persona confiada á su cuidado. Esto es tan evidente que es inútil insistir. Notémos únicamente que, en el caso, hay responsabilidad en virtud de los arts. 1,382 y 1,383, y no en virtud del art. 1,137. La experimentación en el enfermo no es un hecho convencional, es un hecho delictuoso que se produce á ocasión de una convención. Resulta de esto que la responsabilidad, por experiencia ilegal, es mucho más severa de lo que es en general la responsabilidad del médico: lo que es muy justo.

519. ¿Son responsables los abogados de los consejos que dan? Ha sido resuelto que el abogado no responde de las consecuencias de sus consultas, excepto el caso de dolo ó de fraude. (1) Esta fórmula es demasiado absoluta, por consiguiente, inexacta. Repetimos que solo hay dos principios de responsabilidad: el del art. 1,137 que hace responsable á todo deudor convencional de la culpa ligera, y el de los artículos 1,382 y 1,383, según los cuales el autor de un daño está obligado por su culpa la más ligera. En cuanto á la responsabilidad procediendo del dolo, no forma un principio particular; el juez tiene en cuenta el dolo cuando se trata de apreciar la extensión de los daños y perjuicios (artículos 1,150 y 1,151). Hay, pues, que decir que el abogado queda bajo el imperio del derecho común.

520. Los ministros de los cultos tienen en Bélgica una extraña posición. No son funcionarios públicos, puesto que el Estado no interviene en sus nombramientos y en su instalación (Constitución belga, art. 16). Son individuos según se dijo en la discusión de la Constitución. (2) Sin embargo, estos individuos reciben un sueldo del tesoro público (Constitución belga, art. 117). El Estado les paga y no tiene ninguna acción contra ellos. Pero cuando menos, quedan bajo el imperio del derecho común. El Tribunal de Gante lo re-

1 Bruselas, 7 de Abril de 1857 (*Pasicrinia*, 1857, 2, 353).
2 Véase mi *Estudio acerca de la Iglesia y el Estado en Bélgica*.

solvió así. Un profesor laico estableció una escuela en un pueblo; este era su derecho. El cura denuncia en el púlpito á la nueva escuela con los más violentos términos, á la vez que los más injuriosos, diciendo que es una escuela contraria á la religión. Queda entendido que toda escuela, en la que no domina el cura, es una escuela irreligiosa. Dijo también que el profesor daba una instrucción contraria á la religión, y distribuía libros inmorales. ¿Cómo lo sabía el cura? La escuela solo serviría para la corrupción de las costumbres. ¡Odiosas imputaciones de su puro invento!

El Tribunal de Gante dice que pertenece á los ministros del culto, como á todo ciudadano, discutir el mérito de una escuela, de favorecer su éxito, ó trabajar en el éxito de una escuela rival. Se podría, sin embargo, preguntar si los ministros del culto reciben un sueldo del Estado para decir mal de las escuelas laicas, y para enaltecer la enseñanza dada por los frailes y las monjas. Se va más allá. Se pretende que los ministros del culto tienen el derecho y aun el deber de señalar á los fieles los establecimientos cuya enseñanza, es, en su convicción, inmoral ó irreligiosa; lo que equivale á decir que pueden impunemente calumniar á las escuelas laicas, puesto que pretenden tener el monopolio de la moral: los anales de los tribunales correccionales y de los jurados, comprueban cuál es el valor de estas pretensiones. El derecho de los ministros del culto, ¿llegará hasta señalar desde el púlpito las escuelas que no les gustan? En el caso, el Tribunal no contestó á la cuestión. Consta que el cura había calumniado una escuela que aun no existía y señalado á la desconfianza de sus feligreses á un profesor á quien no conocía. Estas eran acusaciones al aire que caían seguramente bajo la aplicación de los arts. 1,382 y 1,383. (1)

521. La cátedra llamada de verdad resuena algunas ve-

1 Sentencia del 13 de Agosto de 1869 (*Belgica judicial*, 1869, página 1,211). Compárese el núm. 403.

ces con acusaciones calumniosas. Una de estas calumnias procede desde aquel que, en su ceguedad, la Iglesia proclamó infalible. El Papa Pío IX califica al matrimonio civil de concubinato. (1) Esto es un insulto á la ley, que sometería al ministro del culto á la pena citada por el Código Penal, si se permitiera decirlo en el púlpito (art. 268). Ha sucedido que un cura acusó en un púlpito á unos esposos civilmente casados, de vivir en concubinato. Condenado por el Tribunal de Dinant, el culpable interpuso apelación. El Tribunal mantuvo la sentencia; transcribimos los motivos de la resolución: «Visto que las expresiones injuriosas y difamatorias que acompañan esta difamación, no permiten ninguna duda acerca de la malvada intención que inspiraba al apelante; que las palabras *vivir en concubinato* expresan el hecho de cohabitación entre personas no casadas; que imputando este hecho á esposos casados civilmente, bajo el imperio de nuestras leyes, que solo conocen el matrimonio civil, el apelante dirigió contra ellos una acusación falsa de naturaleza á suscitar contra ellos el desprecio de los conciudadanos, reuniendo, en una palabra, todos los caracteres de la calumnia. Visto que la calumnia es tanto más grave cuanto que el carácter sagrado de que el apelante está revestido, da mayor peso á sus palabras.» (2)

El Tribunal no admitió las circunstancias atenuantes alegadas por la defensa. Aunque no hubiese presentado los caracteres de la calumnia, siempre hubiera constituido un delito civil, en el sentido del art. 1,382. Así, lo que para católicos es un dogma, es un delito para la ley. Hasta ahí llega la oposición que el ultramontanismo crea entre el orden religioso y el orden civil. Ya no hay nada de común entre la gente de iglesia y el mundo laico, ni siquiera la noción

1 Véase mi *Estudio acerca de la Iglesia y el Estado en Bélgica*, y mi *Estudio sobre la reacción católica*.

2 Sentencia del 25 de Marzo de 1847 *Bélgica judicial*, 1847, página 453).

del derecho. Antaño los periódicos católicos celebraban una decisión pronunciada en el Canadá por el juez Routphier, y ponía á este magistrado en las nubes como al más profundo de los jarisconsultos. Hé aquí de que se trataba. El cura de una parroquia había dicho en el púlpito: «Hay en esta parroquia un hombre que tuvo la audacia de pedir al consejo municipal una licencia para vender licores embriagantes. Yo prohíbo que se le conceda, éste es un perezoso que vive á vuestras expensas y engorda con vuestro sudor. Tiene una casa de desorden que es un escándalo para la parroquia. *Hay que sacarlo de ella. No le deis valor, arruinadlo*, este es el mejor modo de deshacerse de él.» El juez hubiera podido alegar las circunstancias atenuantes; hizo mucho más: Decidió que estas palabras, haciendo parte de un sermón pronunciado en la Iglesia, el cura no era responsable sino ante sus superiores eclesiásticos. Esto era resucitar la inmunidad eclesiástica celebrada antaño como un derecho divino, defecho divino fundado en la ignorancia que arruina al hombre social en su base. La sentencia fué apelada y reformada. Fué esta obra de un obscuro tenebrión, la que la prensa ultramontana exaltó. Uno de los jueces de apelación, como es de uso en el Canadá, motivó públicamente su voto. «La sentencia, dijo, asienta en principio las opiniones ultramontanas las más exageradas y las más irracionales, pretensiones que harían retroceder á la sociedad y la sumergirían en el intolerable absolutismo de una edad que ha desaparecido y que no debe volver.» (1) Nó, esta edad de obscurantismo y de dominación clerical no volverá. Aquellos que se nutren con estas esperanzas insensatas, son unos verdaderos ciegos. Este es el caso de decir con el poeta: *Quos vult perdere Jupiter amentat.*

1 *Bélgica judicial*, 1875, págs. 417-420.

SECCION V.—*Consecuencias de los delitos y de los cuasidelitos.*

§ I.—DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS.

Núm. 1. Principio.

522. El art. 1,382 establece el principio: «Cualquiera hecho del hombre que cause perjuicio á otro, obliga á aquel á repararlo.» ¿Qué se entiende por daño y, por consiguiente, cuáles son los daños y perjuicios á que está obligado el autor del hecho perjudicial? El art. 1,149 contesta que los daños y perjuicios debidos al acreedor son, en general, la pérdida que ha sufrido y el provecho que se le quitó. Este principio recibe su aplicación en materia de hechos perjudiciales: La parte lesionada sufre una pérdida por el daño que se le hace, y los gastos que debe hacer para reparar dicho daño; también se le priva del beneficio que el daño le impidió realizar, por ejemplo en caso de herida. Esto supone un daño pecuniario; ésta puede ser también moral; da lugar á la acción ordinaria por daños y perjuicios (número 395); luego á una reparación pecuniaria. Se ha objetado que la reparación no está relacionada con la naturaleza del hecho perjudicial, ni con el perjuicio que de él resulta. Esto es verdad, pero la reparación pecuniaria es la única admitida por nuestra legislación. (1)

523. Las reglas que establece el Código acerca de los daños y perjuicios en materia de obligaciones convencionales, ¿son aplicables á la acción por responsabilidad que nace de un delito ó de un cuasidelito? No, en tanto que estas reglas están fundadas en la existencia de una convención. Así, según los términos del art. 1,153, los daños y perjuicios solo son debidos cuando el deudor está apremiado de llenar su

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 749, nota 8, pfo. 445. Larombière, tomo V, pág. 705, núm. 27 (Ed. B., t. III, pág. 429.)

obligación; (la razón está en que el apremio tiene precisamente por objeto hacer constar la existencia del daño resultando de inejecución de la obligación; desde luego, el apremio es inútil en materia de hechos perjudiciales, suponiendo que sea posible, pues lo más á menudo el daño está causado sin que la parte lesionada esté en medida de apremiar al autor del hecho; aunque la cosa fuese posible, no es necesario apremiar á nadie para impedirle que perjudique: siempre está uno apremiado de no perjudicar, dice muy bien la Corte de Casación. (1)

Los arts. 1,150 y 1,151 establecen una responsabilidad diferente, según que el deudor es de buena fe ó que es culpable de dolo. Hay acuerdo en enseñar que esta distinción es inaplicable en materia de hechos perjudiciales. El autor, aunque fuera de buena fe, debe reparar el daño causado, haya ó no podido ser previsto. Si en las obligaciones convencionales se distinguen los daños-íntereses que se pudieran prever cuando el contrato y los que no pudieron ser previstos, esto es por la naturaleza misma de los daños y perjuicios que resultan de una convención; se supone que las partes han convenido tácitamente que la responsabilidad no pasaria de los daños previstos; esto prueba que esta distinción no tendría razón de ser en caso de delito ó cuasidelito, que implican la ausencia del concurso de voluntades y, por consecuencia, de toda previsión. (2)

El art. 1,153 dice que los daños y perjuicios moratorios nunca consisten sino en los intereses legales cuando la obligación se limita al pago de cierta suma. Esta disposición no se aplica á los hechos perjudiciales, porque el motivo en

1 Casación, 30 de Noviembre de 1858 (Dalloz, 1859, 1, 30). Traducimos, en cuanto al principio y á las dificultades que presenta, al título *De las Obligaciones* (t. XVI de mis Principios, pág. 446, número 328).

2 Mourlon, t. II, pág. 891, núm. 1,698. Denegada de la Corte de Casación de Bélgica, 3 de Mayo de 1861 (*Pasicrisia*, 1861, 1, 397).

SECCION V.—*Consecuencias de los delitos y de los cuasidelitos.*

§ I.—DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS.

Núm. 1. Principio.

522. El art. 1,382 establece el principio: «Cualquiera hecho del hombre que cause perjuicio á otro, obliga á aquel á repararlo.» ¿Qué se entiende por daño y, por consiguiente, cuáles son los daños y perjuicios á que está obligado el autor del hecho perjudicial? El art. 1,149 contesta que los daños y perjuicios debidos al acreedor son, en general, la pérdida que ha sufrido y el provecho que se le quitó. Este principio recibe su aplicación en materia de hechos perjudiciales: La parte lesionada sufre una pérdida por el daño que se le hace, y los gastos que debe hacer para reparar dicho daño; también se le priva del beneficio que el daño le impidió realizar, por ejemplo en caso de herida. Esto supone un daño pecuniario; ésta puede ser también moral; da lugar á la acción ordinaria por daños y perjuicios (número 395); luego á una reparación pecuniaria. Se ha objetado que la reparación no está relacionada con la naturaleza del hecho perjudicial, ni con el perjuicio que de él resulta. Esto es verdad, pero la reparación pecuniaria es la única admitida por nuestra legislación. (1)

523. Las reglas que establece el Código acerca de los daños y perjuicios en materia de obligaciones convencionales, ¿son aplicables á la acción por responsabilidad que nace de un delito ó de un cuasidelito? No, en tanto que estas reglas están fundadas en la existencia de una convención. Así, según los términos del art. 1,153, los daños y perjuicios solo son debidos cuando el deudor está apremiado de llenar su

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 749, nota 8, pfo. 445. Larombière, tomo V, pág. 705, núm. 27 (Ed. B., t. III, pág. 429.)

obligación; (la razón está en que el apremio tiene precisamente por objeto hacer constar la existencia del daño resultando de inejecución de la obligación; desde luego, el apremio es inútil en materia de hechos perjudiciales, suponiendo que sea posible, pues lo más á menudo el daño está causado sin que la parte lesionada esté en medida de apremiar al autor del hecho; aunque la cosa fuese posible, no es necesario apremiar á nadie para impedirle que perjudique: siempre está uno apremiado de no perjudicar, dice muy bien la Corte de Casación. (1)

Los arts. 1,150 y 1,151 establecen una responsabilidad diferente, según que el deudor es de buena fe ó que es culpable de dolo. Hay acuerdo en enseñar que esta distinción es inaplicable en materia de hechos perjudiciales. El autor, aunque fuera de buena fe, debe reparar el daño causado, haya ó no podido ser previsto. Si en las obligaciones convencionales se distinguen los daños-íntereses que se pudieran prever cuando el contrato y los que no pudieron ser previstos, esto es por la naturaleza misma de los daños y perjuicios que resultan de una convención; se supone que las partes han convenido tácitamente que la responsabilidad no pasaria de los daños previstos; esto prueba que esta distinción no tendría razón de ser en caso de delito ó cuasidelito, que implican la ausencia del concurso de voluntades y, por consecuencia, de toda previsión. (2)

El art. 1,153 dice que los daños y perjuicios moratorios nunca consisten sino en los intereses legales cuando la obligación se limita al pago de cierta suma. Esta disposición no se aplica á los hechos perjudiciales, porque el motivo en

1 Casación, 30 de Noviembre de 1858 (Dalloz, 1859, 1, 30). Traducimos, en cuanto al principio y á las dificultades que presenta, al título *De las Obligaciones* (t. XVI de mis Principios, pág. 446, número 328).

2 Mourlon, t. II, pág. 891, núm. 1,698. Denegada de la Corte de Casación de Bélgica, 3 de Mayo de 1861 (*Pasicrisia*, 1861, 1, 397).

que se funda es extraño al delito y al cuasidelito. Es imposible estimar con cierta exactitud el daño que resulta para el acreedor del retardo que pone el deudor en pagar lo que le debe, mientras que el autor del hecho perjudiciable está obligado á reparar, se estima muy fácilmente. La jurisprudencia está en este sentido. (1)

Fué sentenciado que los daños y perjuicios por delito de fraude pueden exceder de los intereses legales de la suma debida por razón de este delito. En el caso, se trataba de mercancías cuya venta y entrega habían sido obtenidas con ayuda de maniobras fraudulentas; el autor fué condenado á daños y perjuicios mayores que el interés legal del precio. (2)

El art. 1,153 dispone también que los intereses no se deben sino desde el día de la demanda, excepto en los casos en que la ley los hace correr de pleno derecho. Esta disposición se justifica, en materia de obligaciones convencionales, por el motivo de haber dependido del acreedor estipular los intereses, y que si no lo hizo, debe pedirlos. No hay que decir que la parte lesionada por un delito ó un cuasidelito no puede estipular nada, puesto que no interviene el concurso de voluntades. La jurisprudencia está en este sentido. (3) Esta consecuencia del principio de los arts. 1,382 y 1,383, viene en apoyo de lo que hemos dicho de la responsabilidad de aquellos que están obligados en virtud de una convención, tales como los notarios y oficiales ministeriales. Desde que interviene una convención debe aplicarse el art. 1,153; si no se aplica á los delitos y cuasidelitos,

1 Paris, 8 de Marzo de 1837 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 61, 1°).

2 Denegada, Sala Criminal, 29 de Marzo de 1849 (Daloz, 1849, 1, 225). Hay una sentencia en sentido contrario de Bruselas, 2 de Junio de 1814 (*Panicrisia*, 1814, pág. 88).

3 Denegada, 9 de Julio de 1826 (Daloz, en la palabra *Manufacturas*, núm. 170, 1°), y 27 de Diciembre de 1853 (Daloz, 1854, 1, 143). Casación, 23 de Agosto de 1864 (Daloz, 1864, 1, 367).

es porque no hay convención, y ni siquiera se concibe que la pueda haber.

En fin, los jueces pueden pronunciar daños y perjuicios, y además, los intereses de la suma fijada con este título á partir del día de la citación introductiva de la instancia. Estos intereses no son intereses moratorios en el sentido del artículo 1,153, son intereses compensatorios; es decir, de los daños y perjuicios propiamente dichos en virtud del artículo 1,382. (1)

524. Cuando el hecho perjudicial resulta de una causa permanente, ¿los tribunales pueden ordenar disposiciones que tengan por objeto suprimir la causa del daño ó neutralizarla? La dificultad se presenta, sobre todo, para los establecimientos incómodos, insalubres ó peligrosos. La hemos examinado en otro lugar. (2) Otra es la cuestión de saber si el juez puede estatuir acerca de un daño que aun no se ha realizado, pero del que se teme la realización; volverémos á ocuparnos de este punto.

Núm. 2. *Extensión de los daños y perjuicios.*

525. La extensión del daño causado y de los daños y perjuicios que deben ser pronunciados por el juez, son esencialmente cuestiones de hecho en materia de delitos, como en materia de obligaciones: pertenece, pues, al juez del hecho apreciar soberánamente el monto de los daños y perjuicios. (3) Sin embargo, á los puntos de hecho se mezclan dificultades de derecho que vamos á exponer.

Hemos dicho que el daño moral puede dar lugar á una acción por daño y perjuicios. De esto sigue que el juez de-

1 Denegada, Sala Criminal, 1° de Mayo de 1857 (Daloz, 1857, 1, 270). Aix, 18 de Junio de 1870 (Daloz, 1871, 2, 246). Compárese el tomo XVI de mis *Principios*, pág. 448, núm. 330.

2 Véase el tomo VI de mis *Principios*, págs. 233, 239, núms. 150, 151. Denegada, Sala Civil, 8 de Junio de 1857 (Daloz, 1857, 1, 293).

3 Denegada, 16 de Agosto de 1860 (Daloz, 1860, 1, 493).

be también tener en cuenta el perjuicio moral en la valuación que hace de los daños y perjuicios causados por el delito ó el cuasidelito. (1) La explosión de un wagón cargado con pólvora dió muerte á un viajero. Acción por daños y perjuicios de la viuda y de los hijos de la víctima. La Corte de Aix decidió que para apreciar la extensión del perjuicio, se debía tener en cuenta, no solo la pérdida material ocasionada por la muerte de un padre, arrancado á su familia á la edad de cincuenta y siete años, sino también del perjuicio moral que resultaba con relación á la influencia benefactora del padre de familia de que se encontraban privados los demandantes, así como las ligas de afecto, rotas para siempre, y el dolor de perder un esposo y un padre en tan desgarradoras circunstancias. Pero la Corte se apresura en llevar una restricción á esta consideración, peligrosa á fuerza de ser vaga. "Sin embargo, dice, los daños y perjuicios no pueden ser llevados á una cifra fuera de proporción, con la pérdida real y apreciable en dinero que los demandantes han sufrido. Después de todo, no se puede pagar la vida de un padre ó de un esposo, y su muerte no debe hacerse el objeto de una especulación que enriquezca á su familia." (2)

526. ¿Los tribunales pueden fijar daños y perjuicios por un daño futuro? Hay que distinguir. El daño puede ser futuro, en este sentido, que se realizará en el porvenir como consecuencia al hecho perjudiciable; á decir verdad, el perjuicio es actual y continuará á manifestarse. Tal es la incapacidad de trabajar resultando de una herida. No es dudoso que el juez pueda conceder daños y perjuicios por este punto. (3) Pero si el daño es inseguro y eventual; la acción

1 Denegada, Sala Griminal, 18 de Marzo de 1853 (Daloz, 1853, 5, 167).

2 Aix, 6 de Mayo de 1872 (Daloz, 1873, 2, 57). Compárese Aix, 14 de Junio de 1870 y la nota del sentencista (Daloz, 1872, 2, 97).

3 La jurisprudencia está en este sentido. Nos limitamos á citar

de daños y perjuicios no es de admitirse. Esto resulta del texto de la ley; el artículo obliga al autor del hecho perjudiciable á reparar el daño que ha causado y no el daño que causará. (1)

¿Cómo apreciarán los tribunales ese daño futuro y cómo podrían fijar el monto de la reparación? Transladamos á lo que fué dicho en materia de obligaciones convencionales; el principio es el mismo y no es contestado.

Se sigue de ahí que un simple peligro no basta para autorizar una acción por daños y perjuicios. Semejante acción sería enteramente distinta de la que resulta de un hecho perjudiciable. Dirémos al tratar de la responsabilidad que el derecho romano lo admitía. El Código no la admite ya; lo que es decisivo. Hay, sin embargo, alguna hesitación en la aplicación del nuevo principio. El vecino de un establecimiento industrial pretende que la fábrica presenta, por la naturaleza de su construcción, su disposición interior y la especie de industria que se ejerce en ella, un peligro muy especial de incendio. Pide que el fabricante haga en su fábrica los trabajos necesarios para conjurar el peligro. La Corte de Douai decidió que el propietario había usado de su derecho al construir según los reglamentos, y que no lesionaba ningún derecho actual de su vecino; luego éste no tenía acción. (2) La Corte de Burdeos ha resuelto en sentido contrario, pero hay una pequeña diferencia en los hechos; la Corte reprocha una imprudencia al propietario, un vicio de construcción. (3) A pesar de esto, creemos que la decisión

algunas sentencias. Bruselas, 6 de Enero de 1820 (*Pasicrisia*, 1820, página 8); Decreto del consejo de Estado, 11 de Mayo de 1854 (Daloz, 1854, 3, 59); Aix, 9 de Junio de 1873 (Daloz, 1874, 2, 238). El mismo principio se aplica á los establecimientos industriales, Bruselas, 7 de Julio de 1873 (*Pasicrisia*, 1873, 2, 297).

1 Denegada, 7 de Junio de 1859 (Daloz, 1871, 1, 117). Bruselas, 7 de Julio de 1863 (*Pasicrisia*, 1863, 2, 380).

2 Douai, 16 de Agosto de 1856 (Daloz, 1857, 2, 71).

3 Burdeos, 18 de Mayo de 1849 (Daloz, 1850, 2, 86).

sobrepasa á la ley creando una acción que el Código ignora.

527. Es el daño causado el que debe ser reparado, según el art. 1,382; luego todo daño, en tanto que resulta de un hecho perjudiciable. El principio es seguro, pero la aplicación presenta una dificultad acerca de la que hay alguna duda. Una sentencia concede daños y perjuicios en reparación de un daño causado por cuasidélito. ¿Puede la parte lesionada reclamar una nueva indemnización fundándose en que el daño que recibió se agravó? Hay un motivo para dudar, y es la autoridad que está ligada á la cosa juzgada. ¿No es la misma la demanda: la reparación de un perjuicio? ¿no es la misma la causa: el hecho perjudiciable? y las partes siendo las mismas, no habrá lugar á rechazar la segunda demanda por la excepción de la cosa juzgada? Esto sería verdad si la agravación del daño hubiera sido prevista por el primer juez y si hubiera fijado daños y perjuicios en consecuencia. Acabamos de decir que el juez puede conceder daños y perjuicios por el daño que la parte lesionada recibirá en lo venidero, pero es bajo la condición que la causa del perjuicio exista cuando la sentencia, de manera que el Tribunal pueda valuar el daño que resultará. Si el perjuicio por el que una reparación es solicitada por la nueva acción no existía cuando la primera sentencia, si solo se ha presentado después, hay realmente un nuevo objeto; lo que excluye la cosa juzgada. Hé aquí un caso que se ha presentado y que pone el principio en evidencia. Una pensión de 300 francos fué concedida por razón de la pérdida de un ojo resultando de una herida hecha por imprudencia. Posteriormente la víctima perdió el otro ojo, y fué comprobado que fué á consecuencia del mismo hecho. La Corte de Aix sentenció muy bien que la parte lesionada tenía derecho á una nueva indemnización, y aumentó la pensión hasta 500 francos. Se oponía la cosa juzgada: La Corte contestó que cuando la primera sentencia, el perjuicio consistía únicamente en

la pérdida del ojo derecho; la pérdida del ojo izquierdo no fué tomada en consideración por el primer juez, ni podía haberlo puesto que esto hubiera sido conceder una reparación para un daño eventual é inseguro, lo que un juez no puede hacer. (1) Lo mismo pasaría si una transacción hubiera intervenido entre el autor del hecho perjudiciable y la parte lesionada. Las transacciones se concretan á su objeto, dice el art. 2,048. Aquel que transa acerca del daño resultando de una herida, no transa acerca del daño que resulta de su muerte si ésta sucede á consecuencia del mismo accidente. La Corte de Paris lo sentenció así motivando su decisión en el error común en que se hallaban ambas partes contratantes. Esto no nos parece exacto. El error implica que las partes hayan ignorado lo que hubieran podido conocer; y no podían preveer que la muerte resultaría de una herida que al principio parecía tan ligera que la parte lesionada había aceptado una indemnización de 150 francos. (2)

528. Los daños y perjuicios deben comprender no solo la reparación del perjuicio recibido por la parte lesionada, sino también el que sufre su familia cuando el hecho perjudiciable la alcanza. Esto resulta de los términos absolutos de la ley; ni siquiera habla de la persona lesionada, solo se preocupa del daño, y quiere que sea reparado por entero, como acabamos de decirlo; luego todos aquellos á los que el hecho ha causado un daño, están admitidos á promover. La jurisprudencia aplica cada día este principio á los accidentes del ferrocarril y á los accidentes aun más frecuentes que mutilan á los operarios de una fábrica ó de cualquiera establecimiento. Una joven obrera fué herida por la imprudencia de un maquinista; se le tuvo que amputar la mano; re-

1 Aix, 2 de Abril de 1870 (Dalloz, 1871, 2, 241).

2 Paris, 11 de Agosto de 1868 (Dalloz, 1868, 2, 186). Compárese Paris, 16 de Julio de 1870 (Dalloz, 1871, 2, 169).

cibió por esto daños y perjuicios. Interviene su madre pidiendo una reparación que el juez le concedió; en efecto, la madre sufría un perjuicio personal por el accidente sucedido á su hija á la que debió cuidar por mucho tiempo, lo que le impidió trabajar, y además se le quitaba para siempre el beneficio que resultaba para ella del trabajo de su hija. (1)

529. En las obligaciones convencionales el deudor solo está obligado, aunque sea de mala fe, por el daño que es la consecuencia directa é inmediata de la no ejecución de la convención (art. 1,151). Hemos dicho que los principios especiales de la convención no reciben su aplicación á los delitos y cuasidelitos (núm. 523). Cuando se trata de un hecho perjudiciable, la parte lesionada debe ser completamente indemnizada, y no lo sería si no tuviera derecho á una reparación por las consecuencias indirectas del delito ó del cuasidelito. Un embargo precautorio se practica en efectos públicos y en valores industriales. El embargo es anulado y el embargante condenado á daños y perjuicios: ¿Estos comprenderán la alza que las acciones ú obligaciones han sufrido durante el tiempo del embargo? La afirmativa es de jurisprudencia y nos parece dudosa; en efecto, el embargo impidió al acreedor el aprovecharse de la alza para vender; se le quitó, pues, una utilidad por culpa del embargante; lo que es decisivo. (2)

530. ¿Debe el juez tener en cuenta la gravedad de la culpa para fijar el monto de los daños y perjuicios? Hemos dicho que la distinción que se hace en las obligaciones convencionales, entre el deudor de buena fe y el deudor de mala fe, no puede ser invocada por el autor del hecho perjudiciable (núm. 523). No debe concluirse por esto que el juez no pueda ni deba tomar en consideración la extensión de la cul-

1 Bourges, 23 de Enero de 1867 (Daloz, 1867, 2, 197). Compárese Lyon, 26 de Abril de 1871 (Daloz, 1871, 2, 41).

2 Bruselas, 2 de Mayo de 1807 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 233).

pa para determinar el monto de los daños y perjuicios. La reparación á la que el autor del hecho perjudicial está condenado es una pena civil, y toda pena debe ser proporcionada á la gravedad de la culpa. La jurisprudencia está en este sentido. Ya hemos citado la sentencia de la Corte de Lieja que arbitró á una suma muy módica los daños y perjuicios debidos por razón de la muerte de una persona, porque la desgracia había sido la consecuencia de una imprudencia ligera que se parecía mucho á un caso fortuito. (1)

Este principio tiene gran importancia en lo que se refiere á la responsabilidad de los funcionarios y oficiales ministeriales. Espantan las consecuencias de esta responsabilidad, sobre todo si se aplica el art. 1,383; un momento de descuido puede arruinar al notario ó al escribano. La jurisprudencia aplica con razón la templanza de equidad que, por lo demás, los principios aprueban; los jueces tienen en cuenta todas las circunstancias del hecho y particularmente de la gravedad de la culpa. En un caso en que un legado ascendió á 20,000 francos, la Corte de Nimes fijó en 12,000 los daños y perjuicios debidos por los herederos de un notario. (2) La Corte de Tolosa encontró con justicia una circunstancia atenuante en el hecho de haber el notario infringido una ley nueva que apenas acababa de ser promulgada, y, por razón de todas las circunstancias de la causa, se limitó á condenar al notario á las costas. (3)

531. La parte lesionada puede por sí tener culpa. Hemos dicho más atrás cuál es la influencia de esta culpa en la existencia del delito y del cuasidelito. Suponiendo que haya un hecho perjudiciable, á pesar de la culpa de quien sufra el

1 Lieja, 10 de Febrero de 1810 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 190).

2 Nimes, 2^o de Agosto de 1863 (Daloz, 1865, 2, 14). Compárese Douai, 2 de Julio de 1851 (Daloz, 1853, 2, 126).

3 Tolosa, 29 de Abril de 1826 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 429, 3^o).

daño, queda por saber si la culpa del demandante debe ser tomada en consideración para determinar el monto de los daños y perjuicios. La afirmativa es segura; en efecto, si la culpa de la parte lesionada no destruye la culpa del que causó el daño, cuando menos la disminuye, es una causa de excusa; y así como la pena del criminal se disminuye cuando el acusado tiene una excusa que hacer valer, así también el autor del hecho perjudiciable debe ser tratado con menos severidad cuando tiene una excusa que proponer. La analogía es completa cuando el daño resulta de un delito y que hubo provocación; esto ha sido sentenciado así en un caso de duelo, (1) de golpes y heridas. (2)

Pero la analogía puede ser también invocada contra el autor del hecho perjudiciable, en el sentido que no puede prevalecerse de ella para sostener que no debe ninguna reparación. (3) Si hay una simple imprudencia por parte de la persona lesionada, se entra en otro orden de ideas, ya no es cuestión de provocación ni de excusas; pero como el daño ha sucedido en parte por culpa de la persona lesionada, es justo que soporte también parte de las consecuencias; hay, pues, lugar á determinar el monto de los daños y perjuicios á los que tiene derecho. Al juez toca apreciar la parte que cada una de las partes tiene en el accidente que ha causado el daño. (4)

532. Es imposible preveer todas las dificultades que se presentan en la evaluación y reglamento de los daños y perjuicios; varían de una causa á otra; solo diremos una palabra de la depreciación de la propiedad que resulta de la vecindad de un establecimiento industrial. ¿Qué momento de-

- 1 Lieja, 5 de Mayo de 1838 (*Pasicrisia*, 1838, 2, 115).
- 2 Bruselas, 18 de Diciembre de 1834 (*Pasicrisia*, 1834, 2, 280).
- 3 Bruselas, 3 de Enero de 1866 (*Pasicrisia*, 1866, 2, 186), y 3 de Marzo de 1814 (*Pasicrisia*, 1814, pág. 25).
- 4 Lieja, 17 de Diciembre de 1864 y 15 de Febrero de 1871 (*Pasicrisia*, 1867, 2, 371, y 1871, 2, 146).

be escogerse para valuar el perjuicio? Los vecinos hacían cambios, y, por consiguiente, hay nuevas causas para daños y perjuicios; el fabricante pide que se tome en consideración el estado de las propiedades en el momento en que estableció su fábrica. Esta pretensión es desechada por la Corte de Casación. De que una fábrica se establece en mi vecindad, no resulta que tenga la servidumbre de no construir; el decreto de 15 de Octubre de 1810 (art. 9) que se invoca, solo dice una cosa, y es que el propietario de una casa construida posteriormente á la autorización dada á una fábrica, no puede pedir el alejamiento de ésta, pero conserva el derecho de usar de su propiedad como lo pretenda, y si construye, si hace mejoras, tiene derecho á una indemnización en los casos y bajo las condiciones determinadas por la ley, cuando la vecindad de una fábrica lesiona su derecho. La Corte de Casación solo hace una excepción, en caso de dolo, la que siempre se acepta; no hay que decir que si los vecinos obran de mala fe y especulan con la vecindad de la fábrica, no puede hacerse con su dolo un título para reclamar los daños y perjuicios (núms. 403-410). (1) El juez también podrá tener cuenta de las circunstancias de la causa para disminuir el monto de los daños y perjuicios. Si el industrial no impone ninguna servidumbre á sus vecinos, es seguro, sin embargo, que altera su libertad de acción: deben soportar la incomodidad de la vecindad hasta cierto límite, y también deben no hacer trabajos de que saben no podrán sacar las ventajas que obtendrían en un barrio no industrial. (2) Se ve por esto cuán verdad es decir que los daños y perjuicios son una cuestión de hecho y de apreciación.

533. El arreglo de los daños y perjuicios depende enteramente del juez del hecho. Cuando el daño es consumado y

- 1 Denegala, 8 de Mayo de 1850 (*Dalloz*, 1854, 5, 655, núm. 11).
- 2 Dijon, 10 de Marzo de 1865 (*Dalloz*, 1865, 2, 144).

que puede salvarse en una suma fija, el Tribunal concede una suma fija; mientras que condena el autor del hecho perjudicial á una prestación anual cuando el daño no es perpetuo. (1) Así sucede cuando la causa del daño puede cesar, ó cuando aquel que sufre la lesión llega á morir; en este caso, los tribunales conceden una pensión ó una renta vitalicia.

Las dificultades no faltan en esta materia, ni las obligaciones. Una sentencia de la Corte de Paris condenaba al autor de una herida inferida por imprudencia á pagar á la persona lesionada, primero una suma de 6,000 francos por los gastos de su enfermedad, y después una renta vitalicia de 1,000 francos pagaderos durante seis años; la Corte agrega que al concluir los seis años, se haría justicia. Recurso de casación por exceso de poder y negativa de justicia, porque la Corte no habia estatuido definitivamente. La Sala de Requisiciones contesta que la Corte hubiera podido conceder una pensión para toda la vida del lesionado, que con más razón tuvo derecho de conceder una renta temporal, á reserva que pudiera la parte lesionada formar nueva acción si el daño se perpetuaba. (2)

Otras veces se reprocha al juez que concede daños y perjuicios para lo venidero, de sobrepasar su poder en el sentido que no le está permitido conceder una reparación del daño que aun no está causado. Ya hemos contestado á esta objeción. Cuando el daño es actual y permanente, en el sentido que continuará mientras que el estado de las cosas de donde resulte subsista, los tribunales pueden arreglar la indemnización bajo forma de anualidades pagaderas por el propietario del establecimiento; semejante arreglo no tiene por objeto un daño futuro, puesto que lo suponemos ya existente, no infringe tampoco el art. 5, puesto que el Tribu-

1 Lieja, 11 de Noviembre de 1863 (*Pasicrisia*, 1864, 2, 47).

2 Denegada, 28 de Noviembre de 1855 [*Dalloz*, 1856, 1, 56].

nal no decide por vía de disposición general; su resolución solo tiene por objeto un hecho perjudiciable; las partes quedan, además, libres si el estado de las cosas se modifica para pedir un aumento ó una reducción de la anualidad. (1)

Lo mismo sucedería si el Tribunal hubiera fijado los daños y perjuicios para cada día de retardo en la ejecución. Traducimos á lo que fué dicho en el título *De las Obligaciones*, acerca del modo de fijar los daños y perjuicios. Se aplica también á los daños y perjuicios que resultan de los delitos y cuasidelitos, con este efecto, que la condenación siendo fundada en el daño presumido, nada tiene de definitiva y que, por consiguiente, podrá ser aumentada ó reducida.

§ II.—DE LA ACCION POR DAÑOS Y PERJUICIOS.

Núm. 1. Quién tiene acción.

534. La ley da acción por el daño causado á todos aquellos que están lesionados por el hecho perjudiciable. Este principio resulta de la generalidad de los términos del art. 1,382, y está consagrada por la jurisprudencia. La Corte de Casación lo formuló en los siguientes términos en ocasión de la muerte instantánea de una persona, á consecuencia de un accidente de ferrocarril: "El hecho perjudicial abre una acción por daños y perjuicios en provecho de toda persona que sufrió un perjuicio directo resultando de este hecho." (2) Luego tienen acción la viuda, el marido, los padres y los hijos, (3) los hermanos y hermanas. (4)

Se han presentado algunas dificultades en la aplicación del principio. Se ha preguntado si la madre de un hijo natural no reconocido, puede promover cuando el hijo muere

1 Lieja, 25 de Mayo de 1867 (*Pasicrisia*, 1867, 2, 339).

2 Denegada, 21 de Julio de 1869 (*Dalloz*, 1872, 5, 386, núm. 1).

3 Angers, 9 de Agosto de 1872 (*Dalloz*, 1872, 5, 386, núm. 2).

4 Bourges, 16 de Diciembre de 1872 (*Dalloz*, 1873, 2, 197).

por un delito ó un cuasidelito. Si debieran aplicarse los principios rigurosos que rigen la filiación, debiera contestarse negativamente, puesto que no hay filiación natural sin reconocimiento. ¿Pero estos principios no serán extraños al principio? El hijo está fuera de causa, y la madre, aunque no siendo legalmente segura, lo era de hecho; el niño estaba inscripto bajo su nombre en el registro del estado civil, tenía posesión de estado; el autor del hecho perjudicial había tratado con ella, y atacó después la transacción. La Corte de Paris la mantuvo, considerando la cuestión como siendo de hecho más bien que de derecho. (1)

Las partes lesionadas deben, en principio, promover por sí; es de derecho común. Hé aquí, sin embargo, un caso singular en el que fueron concedidos daños y perjuicios á unas partes que no estaban en causa. Un periodista fué matado en duelo; su madre intenta una acción por daños y perjuicios contra el autor del homicidio. Su derecho no fué contestado. Reclamó también una indemnización por razón del concurso que recibía de su hijo para la manutención de dos hijos dementes que estaban á su cargo exclusivo, á consecuencia de la muerte de su hermano. La acción no estaba formulada directamente por los niños los que no estaban en causa; la Corte del jurado condenó al autor del hecho primero á una suma de 3,000 francos por el perjuicio causado á la madre y á los suyos, y además á servirle una renta vitalicia de 3,000 francos, reversible por dos terceras partes en la persona de sus dos hijos. Esta última disposición fué la que se atacó ante la Corte de Casación. ¿Podía la madre promover en nombre de sus hijos mayores y no incapacitados? No por cierto. De hecho había intentado la acción en su nombre personal y reclamaba daños y perjuicios por el daño que le causaba la muerte de su hijo. La madre se veía obligada á administrar alimentos á sus hijos dementes; esta

1 Paris, 16 de Noviembre de 1871 (Dalloz, 1872, 2, 62).

obligación se hacía más onerosa por la muerte de su hijo: No se podía negar que hubiese por ese punto derecho á una reparación. Pero la Corte de jurados había ido más haya, había ordenado la reversibilidad de la renta en la persona de los hijos que no estaban en causa. Para conciliar esta disposición de la sentencia atacada contra los principios, la Corte de Casación invoca el art. 1,119 que permite estipular para un tercero, á reserva de la aceptación de éste; y lo que se puede por convención, dice la Corte, se puede también por sentencia. (1) Esto nos parece muy dudoso. Solo había un medio regular para que los hijos aprovecharan la indemnización; éste era el de fijarla en una suma capital que los hijos hubiesen encontrado en la herencia de su madre.

535. ¿La acción de daños y perjuicios pasa á los herederos? ¿puede ser intentada por los acreedores de la parte lesionada? Cuando se trata de un delito civil ó de un cuasidelito, la afirmativa no sufre ninguna duda. Esta es una acción puramente pecuniaria que hace parte del patrimonio de aquel á quien pertenece; pasa, pues, con el patrimonio á los herederos que lo recogen. (2) Así mismo hace parte de la prenda que tienen los acreedores en el patrimonio del deudor. Cuando la acción por daños y perjuicios nace de un delito criminal, hay que hacer una distinción; trasladamos á lo que fué dicho acerca del art. 1,166. (3) Perteneciendo la cuestión al derecho penal, no podemos detenernos en ella.

536. ¿Ante qué jurisdicción debe ser intentada la acción por daños y perjuicios? Hay que distinguir. La acción que nace de un delito civil ó de un cuasidelito es una acción ordinaria; luego de la competencia de los tribunales civiles

1 Denegada, Sala Criminal, 7 de Noviembre de 1863 (Dalloz, 1864, 1, 99).

2 Angers, 12 de Julio de 1872 [Dalloz, 1872, 5, 386, núm. 3].

3 Véase el tomo XVI de mis Principios, pág. 545, núm. 419.

La acción civil que nace de un delito criminal se rige por principios especiales; esta materia pertenece al derecho penal. (1)

Núm. 2. *Contra quién puede ser intentada la acción?*

537. La ley declara responsables á todos aquellos que por su culpa, su negligencia ó su imprudencia causan un daño á otros (arts. 1,382 y 1,383). Es, pues, contra el autor del hecho perjudiciable que debe ser intentada la acción. ¿Puede ser intentada contra él cuando la parte perjudicada fué ya indemnizada por una compañía de seguros ó por una sociedad de socorros mútuos? La afirmativa ha sido sentenciada, y no nos parece dudosa. El artesano que es miembro de una sociedad de socorros mútuos tiene derecho á una indemnización por razón de su cuota mensual; ejerce este derecho á título de socio. Este derecho nada tiene de común con la acción que tiene contra el autor del hecho perjudiciable. Este no puede dispensarse de cumplir con la obligación que ha contraído por su hecho alegando que la sociedad de socorros mútuos ha reparado el daño; hay dos deudas: Una á cargo de la sociedad, y otra á cargo de aquel que causó el daño; de que uno de los deudores haya pagado su deuda, no es seguramente una razón para que el otro no pague la suya. (2)

538. Cuando hay varios autores de un hecho perjudiciable ¿debe la parte demandarlos á todos? La Corte de París lo había así sentenciado; su sentencia fué casada. Cada uno dice el art. 1,383, es responsable; luego cada uno puede ser demandado. Aquel que ha sido citado está libre para poner

1 Haug, *Principios de derecho penal belga*, t. II, pág. 509, números 1,275 y siguientes.

2 Donal, 24 de Noviembre de 1871 (Daloz, 1872, 1872, 2, 17). El autor de un hecho perjudicial tampoco puede prevalerse de los donativos resultando de una sociedad pública. Bruselas, 4 de Mayo de 1874 (Pasierina, 1874, 2, 294).

en causa á sus coautores, pero no puede oponer una denegada al demandante; porque éste no ha promovido contra todos, pues la ley no le obliga á ello, y el demandado no puede negar que es autor; esto basta para que deba contestar á la demanda. (1) Si el autor no pone á sus coautores en causa, será condenado solo, pero tendrá recurso contra ellos. Todos son deudores; luego entre sí la responsabilidad se divide (2) y cada uno es responsable en la medida de su culpa. (3)

539. Puede haber coautores aunque el hecho perjudiciable sea obra de una sola persona. Dos cocheros luchan en velocidad; uno de ellos alcanza á un transeunte y lo lastima. ¿Será responsable el otro? Ya hemos contestado á esta cuestión; la lucha de rapidez es la causa del hecho perjudiciable; luego ambos cocheros son responsables, y, por consiguiente, la acción puede ser intentada contra ambos. (4)

540. ¿La acción puede ser intentada contra los herederos ú otros sucesores universales del autor del hecho perjudiciable? Esto no es dudoso. Todas las obligaciones pasan, en principio, á los herederos; todo sucesor universal sucede á las deudas como sucede á los derechos del difunto. (5) No hay que decir que los sucesores á título particular no están comprometidos por las obligaciones de su autor. La Corte de París se ha equivocado en esto. En el caso, el daño había sido causado por la explotación de una mina. El derecho de explotarla fué vendido. ¿Podía el adquirente ser condenado á reparar el perjuicio que sus autores habían causado á la superficie por un abuso de derecho? Es apenas si puede presentarse la cuestión. La Corte de Casación dice muy bien que sucede con los compromisos formados sin convención lo que

1 Casación 23 de Agosto de 1869 (Daloz, 1869, 1, 464).

2 Rocroi, 16 de Enero de 1873 (Daloz, 1873, 3, 46).

3 Lyon, 21 de Mayo de 1855 (Daloz, 1856, 2, 35).

4 Burdeos, 12 de Agosto de 1859 (Daloz, 1859, 1, 216).

5 Sourdat, *De la Responsabilidad*, t. I, pág. 70, núm. 76.

concluye que los fabricantes están obligados *solidariamente*. (1) El lenguaje cuando menos es inexacto. No puede tratarse de cuestión de indivisibilidad ahí donde es divisible; si hubiera indivisibilidad, la obligación no sería solidaria. Lo que quiso decir la Corte es que era difícil, para no decir imposible, dividir la responsabilidad. Esto ni siquiera es verdad de hecho, puesto que la Corte de Casación dice que la proporción por la que los diversos propietarios contribuirán a la indemnización, será fijada por ellos mismos; (2) si los propietarios podían repartirla, también lo podía el juez, lo que arruina en su fundamento esta falsa teoría de la solidaridad ingertada en una suposición igualmente falsa de indivisibilidad. En otro caso, la Corte de Casación admitió la solidaridad, cuando se podía determinar la proporción en la que las diferentes fábricas contribuían a la aglomeración de los vapores. Hay, pues, que hacer a un lado la pretendida indivisibilidad; en nuestro concepto, ella es tan imaginaria como la solidaridad. Decimos que es imaginaria; en efecto, la Corte de Casación admite una indivisibilidad que la ley ignora y que existiría cuando la deuda no es susceptible de un reparto proporcional y de una prestación particular. (3) Esto sería cuando más una indivisibilidad de pago. La Corte olvida que la indivisibilidad no impide el recurso de uno de los deudores contra los demás; si este recurso es posible, no hay para qué dividir la acción indivisible; y en cuanto a la prestación, ¿qué cosa más divisible hay que una prestación de daños y perjuicios? En definitiva, la jurisprudencia solo aprueba una cosa, y es que hay casos en que los tribunales debieran tener el derecho de

1 Aix, 14 de Mayo de 1825, y Denegada, 14 de Julio de 1826 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 250, 1°).

2 Denegada, 3 de Mayo de 1827 (Daloz, en la palabra *Manufacturas*, núm. 177, 1°). Compárese Denegada, 20 de Julio de 1852 (Daloz, 1852, 1, 248).

3 Corte de Casación de Bélgica, 12 de Junio de 1845 (*Pasicrisia*, 1845, 1, 353).

pronunciar la solidaridad por los delitos civiles, pero solo el legislador puede darles este derecho.

Núm. 3. ¿En qué plazo puede ser intentada la acción?

544. Cuando se trata de un delito civil ó de un cuasidélito, la prescripción es de treinta años, según el derecho común, al que no se deroga para los hechos perjudiciables. (1) Si el hecho constituye un delito criminal, se siguen las reglas especiales que rigen a la acción civil. Esta materia no entra en el cuadro de nuestro trabajo.

545. La acción por daños y perjuicios puede también extinguirse por la renuncia. Lo mismo sucede con la acción civil que nace de una infracción penal. Con más razón pasa lo mismo con un simple hecho perjudiciable. La acción que nace de él es de interés privado, y cada cual es libre para renunciar a sus derechos. Se entiende que si varias personas tienen una acción en virtud de un delito ó de cuasidélito, la renuncia de una no tiene efecto con relación a las demás. (2)

Núm. 4. De la prueba.

546. Para que pueda haber una condena a daños y perjuicios por razón de un hecho perjudiciable, es menester que haya una demanda judicial y que el demandante pruebe el monto y el valor del daño que ha sufrido. Que se necesite una acción, esto es tan evidente que parece inútil decirlo. Sin embargo, ha sucedido que un jurado haya pronunciado daños y perjuicios sin que haya habido una parte civil. Se trataba de un robo doméstico. Se había encontrado en casa del ladrón una parte de cosas robadas, además de otros valores que no procedían del robo. La Corte ordenó

1 Corte de Casación de Bélgica, 12 de Junio de 1845 (*Pasicrisia*, 1845, 1, 353).

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 754, y nota 25, pfo. 445.

la restitución de todos los objetos depositados en la secretaría. Esto era sobrepasar la ley; ésta quiere que los objetos robados sean restituidos; en cuanto á los demás valores, no podían ser atribuidos á la parte lesionada sino á título de daños y perjuicios, y por consiguiente, en virtud de una acción, y en el caso no la había. La sentencia fué casada sin que la Corte pudiera pronunciar ningún recurso: A las partes interesadas tocaba promover. (1)

547. ¿Cuáles son las pruebas que el demandante debe dar? Debe probar el fundamento de su demanda; es decir, la existencia de un hecho perjudicial en el sentido de los artículos 1,382 y 1,383. Y según estos artículos, es preciso que haya delito ó cuasidelito, que el demandante haya sufrido un perjuicio por culpa del demandado. No basta establecer el hecho material del hecho causado, es menester probar que hay culpa, negligencia ó imprudencia. Esto es el derecho común; cuando la obligación resulta de un delito ó de un cuasidelito, el demandante debe probar que hay delito ó cuasidelito; debe, pues, probar que hay culpa. (2)

La Corte de Bruselas lo sentenció así, (3) y el principio no puede ser contestado. No obstante, la misma Corte ha pronunciado sentencias que parecen estar en contradicción con el principio; en realidad la antinomia no es más que aparente; proviene de la redacción enredada de las sentencias. Dos tiros de escopeta fueron dados en la noche á una persona en un cercado. ¿Cuál es la prueba que debe hacer el demandante por daños y perjuicios? El hecho no fué contestado; este hecho, dice la Corte, implica en sí hasta prueba contraria, la existencia de la culpa, puesto que sólo es por excepción y por casos muy raros como la ley la autoriza y la legitima. Tomando la sentencia al pie de la letra, de-

1 Casación, Sala Criminal, 6 de Junio de 1845 (Daloz, 1845, t. 287).

2 Proudhon, *Del usufructo*, t. III, pág. 501, núms. 1,536 y 1,537.

3 Bruselas, 21 de Enero de 1820 (*Pasicrisia*, 1820, pág. 21).

biera decirse que la Corte estableció una presunción de culpa que la ley ignora. Lo que explica la redacción es que el debate versaba acerca del punto de saber si el autor del hecho se encontraba en el caso de legítima defensa. La legítima defensa es una causa de justificación, aquel que la alega debe probarla. ¿Es esto decir que el demandante nada tenga que probar sino que dos tiros le fueron dados? En el caso, los tiros fueron dados en la noche y en un cercado; el demandante debía probar la culpa; la ministraba explicando su presencia en el cercado durante la noche. Esto bastaba para constituir al demandante en culpa, á reserva que probase que se encontraba en un caso de legítima defensa. (1)

La prueba de la culpa en esta materia es muy fácil de hacer, puesto que basta con la más leve culpa; hé aquí por qué ordinariamente la cuestión no da lugar á un debate. ¿A quién incumbe la prueba que no hay culpa ni aun la más leve? Naturalmente al demandado. El demandante satisface con la ley probando la existencia del hecho y la más leve culpa. Toca después al autor del hecho perjudicial probar que no hubo culpa por su parte, lo que no se puede hacer sino cuando hay caso fortuito ó una orden superior, como lo hemos dicho al tratar de los elementos que constituyen el hecho perjudiciable. (2)

548. Cuanto al modo de prueba está reglamentado por el art. 1,348, núm. 1; la prueba testimonial y, por consiguiente, las presunciones (art. 1,353) son admitidas para establecer la existencia del delito. Si una convención es invocada en el debate, ya no se encuentra uno en la excepción prevista por los arts. 1,348 y 1,353, se entra, por consiguiente, en la regla del art. 1,341: La prueba deberá hacerse por escrito. Hemos examinado, al tratar de la prueba, las difi-

1 Bruselas 14 de Agosto de 1848 (*Pasicrisia*, 1849, 2, 50).

2 Bruselas, 29 de Noviembre de 1827 (*Pasicrisia*, 1827, pág. 329).

cultades á las que da lugar la aplicación de este principio. Una sentencia de la Corte de Bruselas lo desconoció en nuestro concepto. El demandante prueba por testigos el hecho perjudiciable; el demandado alega un mandato dado por el autor mismo del demandante. ¿Deba admitirsele á la prueba testimonial? La Corte la recibió porque la prueba del hecho no puede ser dividida. (1) Contestaremos que toca al demandante dar la prueba del hecho perjudiciable, y que tiene el derecho de darla por testigos. Si el demandado sostiene que no tiene culpa, la prueba le incumbe; alega un mandato, debe probarlo; y el mandato solo se prueba por escrito.

¿Puede el juez buscar la prueba de un delito civil ó de un cuasidelito en un procedimiento criminal al que dió lugar el mismo hecho, considerado como infracción penal? Esto no es dudoso. El juez puede decidir por presunciones, y puede sacarlas en donde quiera, puesto que en esta materia la ley se atiene á su prudencia; es decir, que su poder es discrecional: Solo obedece á su conciencia, como lo dice la Corte de Casación. (2)

549. Las sentencias pronunciadas por daños y perjuicios resultando de un delito ó de un cuasidelito, ¿son ejecutorias por arresto? Si el delito civil es á la vez un delito criminal, y que la sentencia esté pronunciada por razón de la infracción penal, la vía de arresto es de derecho; las leyes que han abolido el arresto en materia civil en Bélgica y en Francia, lo han conservado en materia penal para ejecución de las condenas á restituciones, daños y perjuicios y gastos. La ley francesa la abolió de una manera absoluta en materia civil; de manera que las sentencias pronunciadas por un delito civil que á la vez no sea un delito criminal, no son ejecutorias por esta vía. Según la ley belga, el arresto puede

1 Bruselas, 29 de Junio de 1859 (*Pasicriia*, 1859, 2, 330).

2 Denegada, 10 de Agosto de 1859 (*Dalloz*, 1859, 1, 441), y 2 de Mayo de 1864 (*Dalloz*, 1864, 1, 266).

ser pronunciado en materia civil para las restituciones, daños y perjuicios y gastos cuando éstos son el resultado de un acto ilícito cometido con maldad ó con mala fe; luego para con un delito civil, pero no para un cuasidelito. (1) Hé aquí una diferencia notable entre el delito y el cuasidelito.

1 Ley francesa de 22 de Julio de 1807. Ley belga de 27 de Julio de 1871.

ANIL

UNIVERSIDAD DE NUEVO LEÓN

BIBLIOTECAS

descuido. Pero existe una diferencia, y es muy grande; es que la responsabilidad del hecho ageno está fundada en la responsabilidad de una culpa. El mismo texto del Código prueba que tal es la teoría legal de la responsabilidad. Después de haber dicho cuáles son las personas que son responsables por el hecho de aquellos de quienes deben responder, el art. 1,384 agrega que esta responsabilidad cesa cuando no pudieron impedir el hecho que da lugar á ella; luego hasta prueba contraria hay presunción que pudieran impedirlo. (1)

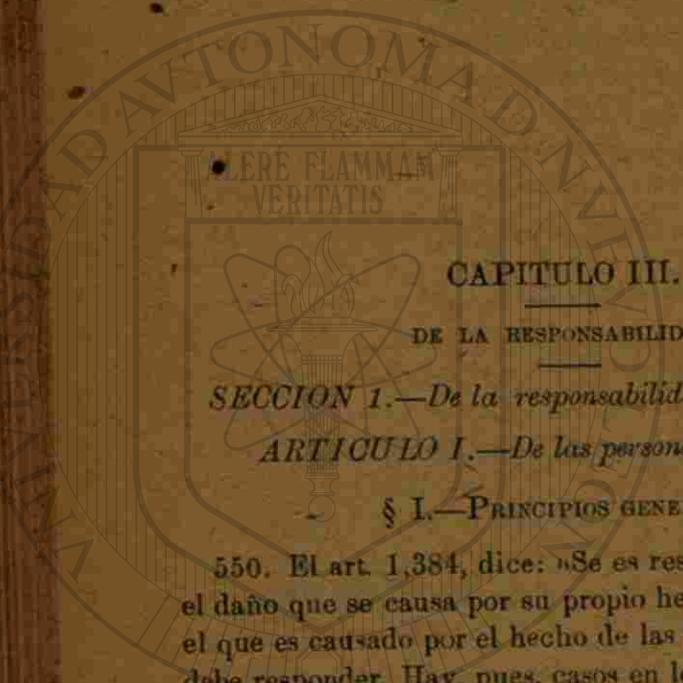
551. De esto resulta una regla de interpretación muy importante. Toda presunción es de estrecha interpretación. Es de principio que no hay presunción legal sin texto, y que las presunciones que la ley establece no pueden ser extendidas siquiera por vía de analogía. Así debe ser sobre todo para la presunción de culpa en la que descansa la responsabilidad por el hecho ageno. Admitir un caso de responsabilidad que no esté previsto por el texto de la ley, sería hacer á una persona responsable sin que tuviese culpa, sin que haya habido cuando menos una prueba de su culpabilidad; se comenzaría por presumir la culpa, para hacer después á la persona responsable de un daño que no ha causado; esto sería violar los principios del derecho, á la vez que los principios de la moral. (2)

La jurisprudencia, así como la doctrina, (3) admiten esta regla de interpretación; pero los intérpretes la olvidan algunas veces. No se la debe exagerar y concluir que nunca se responde por el hecho ageno sino en los casos previstos por el art. 1,384. Respondemos por el hecho ageno desde que

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 756, y nota 10, pfo. 446, y los autores que citan.

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 767, pfo. 447. Compárese Toullier (t. VI, l. pág. 216 núm. 258), quien dice que la responsabilidad del hecho ageno es contraria á la razón.

3 Casación, Sala Criminal, 24 de Mayo de 1855 (Dalloz, 1855, I, 426).



CAPITULO III.

DE LA RESPONSABILIDAD.

SECCION 1.—De la responsabilidad del hecho ageno.

ARTICULO 1.—De las personas responsables.

§ I.—PRINCIPIOS GENERALES.

550. El art. 1,384, dice: «Se es responsable no solo por el daño que se causa por su propio hecho, sino también por el que es causado por el hecho de las personas de quienes se debe responder. Hay, pues, casos en los que el hombre responde por el hecho ageno. A primera vista, esto parece contrario á toda justicia. Las culpas, siendo personales, cada cual debe responder por las que comete, y que son las únicas que pueden serle imputadas. Tal es, en efecto, la regla universal y sin excepción. El art. 1,384 no deroga á ella sino en apariencia; declara á ciertas personas responsables del hecho de aquellas de que debe responder; ¿pero por qué responden por ellas? Es porque siendo llamadas á dirigir sus actos, si cometen un daño, el legislador supone que el hecho perjudicial ha sucedido por falta de cuidado; luego por culpa suya. La responsabilidad del hecho ageno resulta, pues, de una culpa, lo mismo que el delito y el cuasidelito; puede decirse que es un cuasidelito, puesto que procede de un

descuido. Pero existe una diferencia, y es muy grande; es que la responsabilidad del hecho ageno está fundada en la responsabilidad de una culpa. El mismo texto del Código prueba que tal es la teoría legal de la responsabilidad. Después de haber dicho cuáles son las personas que son responsables por el hecho de aquellos de quienes deben responder, el art. 1,384 agrega que esta responsabilidad cesa cuando no pudieron impedir el hecho que da lugar á ella; luego hasta prueba contraria hay presunción que pudieran impedirlo. (1)

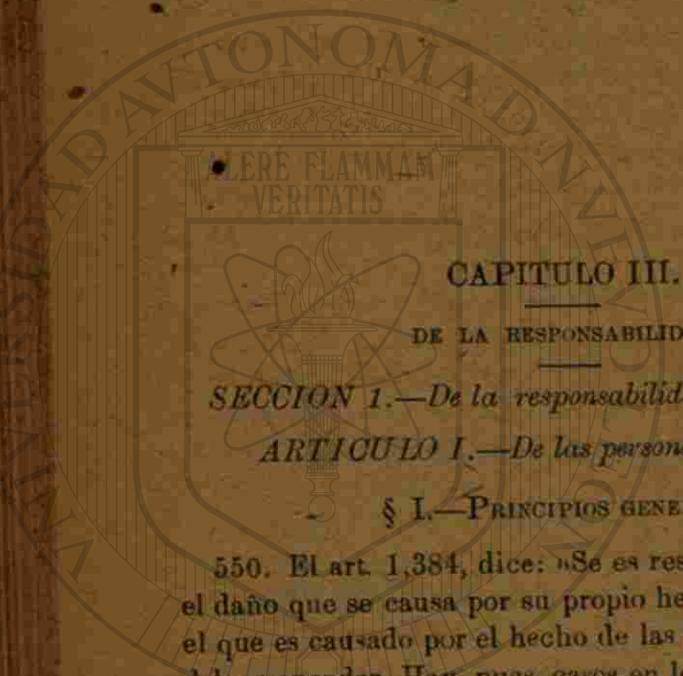
551. De esto resulta una regla de interpretación muy importante. Toda presunción es de estrecha interpretación. Es de principio que no hay presunción legal sin texto, y que las presunciones que la ley establece no pueden ser extendidas siquiera por vía de analogía. Así debe ser sobre todo para la presunción de culpa en la que descansa la responsabilidad por el hecho ageno. Admitir un caso de responsabilidad que no esté previsto por el texto de la ley, sería hacer á una persona responsable sin que tuviese culpa, sin que haya habido cuando menos una prueba de su culpabilidad; se comenzaría por presumir la culpa, para hacer después á la persona responsable de un daño que no ha causado; esto sería violar los principios del derecho, á la vez que los principios de la moral. (2)

La jurisprudencia, así como la doctrina, (3) admiten esta regla de interpretación; pero los intérpretes la olvidan algunas veces. No se la debe exagerar y concluir que nunca se responde por el hecho ageno sino en los casos previstos por el art. 1,384. Respondemos por el hecho ageno desde que

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 756, y nota 10, pfo. 446, y los autores que citan.

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 767, pfo. 447. Compárese Toullier (t. VI, l. pág. 216 núm. 258), quien dice que la responsabilidad del hecho ageno es contraria á la razón.

3 Casación, Sala Criminal, 24 de Mayo de 1855 (Dalloz, 1855, l. 426).



CAPITULO III.

DE LA RESPONSABILIDAD.

SECCION 1.—De la responsabilidad del hecho ageno.

ARTICULO 1.—De las personas responsables.

§ I.—PRINCIPIOS GENERALES.

550. El art. 1,384, dice: «Se es responsable no solo por el daño que se causa por su propio hecho, sino también por el que es causado por el hecho de las personas de quienes se debe responder. Hay, pues, casos en los que el hombre responde por el hecho ageno. A primera vista, esto parece contrario á toda justicia. Las culpas, siendo personales, cada cual debe responder por las que comete, y que son las únicas que pueden serle imputadas. Tal es, en efecto, la regla universal y sin excepción. El art. 1,384 no deroga á ella sino en apariencia; declara á ciertas personas responsables del hecho de aquellas de que debe responder; ¿pero por qué responden por ellas? Es porque siendo llamadas á dirigir sus actos, si cometen un daño, el legislador supone que el hecho perjudicial ha sucedido por falta de cuidado; luego por culpa suya. La responsabilidad del hecho ageno resulta, pues, de una culpa, lo mismo que el delito y el cuasidelito; puede decirse que es un cuasidelito, puesto que procede de un

descuido. Pero existe una diferencia, y es muy grande; es que la responsabilidad del hecho ageno está fundada en la responsabilidad de una culpa. El mismo texto del Código prueba que tal es la teoría legal de la responsabilidad. Después de haber dicho cuáles son las personas que son responsables por el hecho de aquellos de quienes deben responder, el art. 1,384 agrega que esta responsabilidad cesa cuando no pudieron impedir el hecho que da lugar á ella; luego hasta prueba contraria hay presunción que pudieran impedirlo. (1)

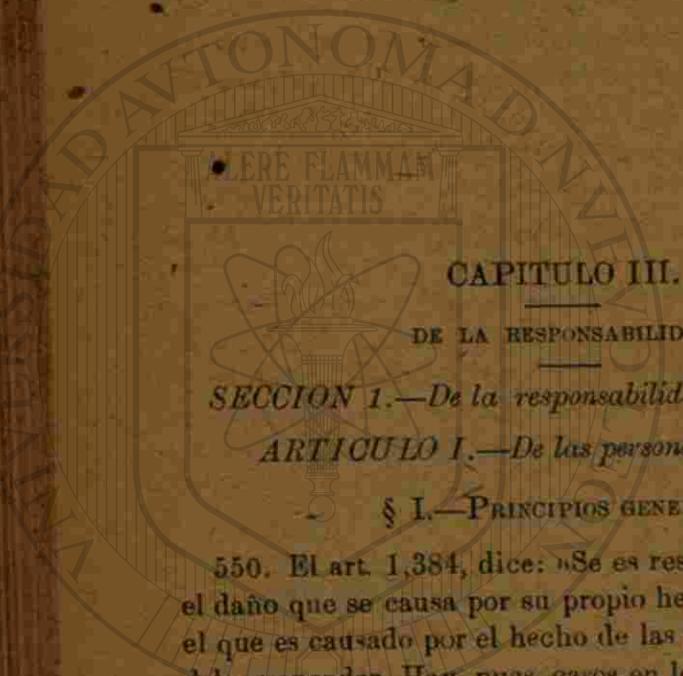
551. De esto resulta una regla de interpretación muy importante. Toda presunción es de estrecha interpretación. Es de principio que no hay presunción legal sin texto, y que las presunciones que la ley establece no pueden ser extendidas siquiera por vía de analogía. Así debe ser sobre todo para la presunción de culpa en la que descansa la responsabilidad por el hecho ageno. Admitir un caso de responsabilidad que no esté previsto por el texto de la ley, sería hacer á una persona responsable sin que tuviese culpa, sin que haya habido cuando menos una prueba de su culpabilidad; se comenzaría por presumir la culpa, para hacer después á la persona responsable de un daño que no ha causado; esto sería violar los principios del derecho, á la vez que los principios de la moral. (2)

La jurisprudencia, así como la doctrina, (3) admiten esta regla de interpretación; pero los intérpretes la olvidan algunas veces. No se la debe exagerar y concluir que nunca se responde por el hecho ageno sino en los casos previstos por el art. 1,384. Respondemos por el hecho ageno desde que

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 756, y nota 10, pfo. 446, y los autores que citan.

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 767, pfo. 447. Compárese Toullier (t. VI, l. pág. 216 núm. 258), quien dice que la responsabilidad del hecho ageno es contraria á la razón.

3 Casación, Sala Criminal, 24 de Mayo de 1855 (Dalloz, 1855, I, 426).



CAPITULO III.

DE LA RESPONSABILIDAD.

SECCION 1.—De la responsabilidad del hecho ageno.

ARTICULO 1.—De las personas responsables.

§ I.—PRINCIPIOS GENERALES.

550. El art. 1,384, dice: «Se es responsable no solo por el daño que se causa por su propio hecho, sino también por el que es causado por el hecho de las personas de quienes se debe responder. Hay, pues, casos en los que el hombre responde por el hecho ageno. A primera vista, esto parece contrario á toda justicia. Las culpas, siendo personales, cada cual debe responder por las que comete, y que son las únicas que pueden serle imputadas. Tal es, en efecto, la regla universal y sin excepción. El art. 1,384 no deroga á ella sino en apariencia; declara á ciertas personas responsables del hecho de aquellas de que debe responder; ¿pero por qué responden por ellas? Es porque siendo llamadas á dirigir sus actos, si cometen un daño, el legislador supone que el hecho perjudicial ha sucedido por falta de cuidado; luego por culpa suya. La responsabilidad del hecho ageno resulta, pues, de una culpa, lo mismo que el delito y el cuasidelito; puede decirse que es un cuasidelito, puesto que procede de un

descuido. Pero existe una diferencia, y es muy grande; es que la responsabilidad del hecho ageno está fundada en la responsabilidad de una culpa. El mismo texto del Código prueba que tal es la teoría legal de la responsabilidad. Después de haber dicho cuáles son las personas que son responsables por el hecho de aquellos de quienes deben responder, el art. 1,384 agrega que esta responsabilidad cesa cuando no pudieron impedir el hecho que da lugar á ella; luego hasta prueba contraria hay presunción que pudieran impedirlo. (1)

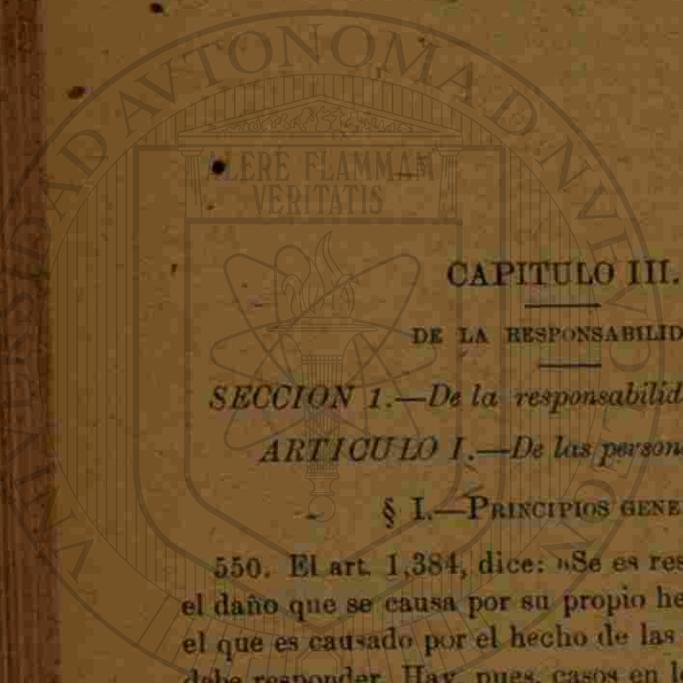
551. De esto resulta una regla de interpretación muy importante. Toda presunción es de estrecha interpretación. Es de principio que no hay presunción legal sin texto, y que las presunciones que la ley establece no pueden ser extendidas siquiera por vía de analogía. Así debe ser sobre todo para la presunción de culpa en la que descansa la responsabilidad por el hecho ageno. Admitir un caso de responsabilidad que no esté previsto por el texto de la ley, sería hacer á una persona responsable sin que tuviese culpa, sin que haya habido cuando menos una prueba de su culpabilidad; se comenzaría por presumir la culpa, para hacer después á la persona responsable de un daño que no ha causado; esto sería violar los principios del derecho, á la vez que los principios de la moral. (2)

La jurisprudencia, así como la doctrina, (3) admiten esta regla de interpretación; pero los intérpretes la olvidan algunas veces. No se la debe exagerar y concluir que nunca se responde por el hecho ageno sino en los casos previstos por el art. 1,384. Respondemos por el hecho ageno desde que

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 756, y nota 10, pfo. 446, y los autores que citan.

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 767, pfo. 447. Compárese Toullier (t. VI, l. pág. 216 núm. 258), quien dice que la responsabilidad del hecho ageno es contraria á la razón.

3 Casación, Sala Criminal, 24 de Mayo de 1855 (Dalloz, 1855, I, 426).



CAPITULO III.

DE LA RESPONSABILIDAD.

SECCION 1.—De la responsabilidad del hecho ageno.

ARTICULO 1.—De las personas responsables.

§ I.—PRINCIPIOS GENERALES.

550. El art. 1,384, dice: «Se es responsable no solo por el daño que se causa por su propio hecho, sino también por el que es causado por el hecho de las personas de quienes se debe responder. Hay, pues, casos en los que el hombre responde por el hecho ageno. A primera vista, esto parece contrario á toda justicia. Las culpas, siendo personales, cada cual debe responder por las que comete, y que son las únicas que pueden serle imputadas. Tal es, en efecto, la regla universal y sin excepción. El art. 1,384 no deroga á ella sino en apariencia; declara á ciertas personas responsables del hecho de aquellas de que debe responder; ¿pero por qué responden por ellas? Es porque siendo llamadas á dirigir sus actos, si cometen un daño, el legislador supone que el hecho perjudicial ha sucedido por falta de cuidado; luego por culpa suya. La responsabilidad del hecho ageno resulta, pues, de una culpa, lo mismo que el delito y el cuasidelito; puede decirse que es un cuasidelito, puesto que procede de un

este hecho nos es imputable; es decir, si ha sucedido por culpa nuestra. Esta es la aplicación del art. 1,382; deberá, pues, probarse que aquel que se pretende responsable por el hecho ageno ocasionó el hecho por su culpa; mientras que en el caso del art. 1,384, el demandante nada tiene que probar sino que el daño fué causado por una persona de que responde el demandado. En uno y en otro caso, hay un cuasidelito; pero en el primer caso, hay que probar la culpa de la persona contra quien se promueve como responsable, y en el segundo caso, la culpa es presumida.

552. Del principio que la responsabilidad del hecho ageno es un cuasidelito, resulta que las condiciones requeridas para que haya cuasidelito son también requeridas para la responsabilidad. Es necesario que haya perjuicio: la acción por responsabilidad es una acción por daños y perjuicios, y no se pueden pedir daños y perjuicios cuando no hay daño causado. Debe haber culpa de parte de la persona responsable; aquí hay una diferencia entre el cuasidelito del artículo 1,383 y el del art. 1,384; en el caso de responsabilidad previsto por la ley, la culpa está presumida. En fin, se necesita un hecho del que resulte el daño; este hecho puede por sí constituir un cuasidelito, pero no es necesario que lo haya de parte del autor del hecho para que haya obligación de reparar el daño á cargo de las personas que la ley declara responsables; la ley no lo exige, y no hay ningún motivo para exigirlo; las personas responsables no están obligadas á daños y perjuicios por razón de la culpa de aquel que causa el daño, están obligadas por razón de su propia culpa; hubieran podido impedir el hecho y son responsables por no haberlo hecho. Esta es la opinión general, (1) excepto el disentiimiento de Toullier (2) acerca del que es inútil insistir, porque el error es evidente.

1 Marcadé, t. V, pág. 287, núm. 6 del artículo 1,384 y todos los autores.

2 Toullier, t. VI, 1, pág. 218, núm. 260, y pág. 224, núm. 370.

§ II.—DE LOS PADRES.

Núm. 1. *Quién es responsable.*

553. "El padre y la madre después de muerto su marido son responsables del daño causado por sus hijos menores que viven con ellos." (art. 1,384). Treilhard, el orador del Gobierno, expone los motivos de interés general que justifican esta responsabilidad. «Es, dice, una garantía, y á menudo la única garantía de la reparación del daño.» El interés de la parte lesionada no es una razón suficiente para imponer la responsabilidad del daño á aquel que no es su autor. Treilhard agrega que el padre y la madre tienen que imputarse cuando menos debilidad y muchas veces negligencia. «Dichosos aún, dice, si su conciencia no les reprocha haber dado malos principios y malos ejemplos» (1) Estas consideraciones morales no justifican todavía la responsabilidad por el hecho ageno. Esta se funda en una presunción de culpa. ¿En qué consiste la culpa? El orador del Tribunado responde á nuestra cuestión: «El padre y la madre están investidos de suficiente autoridad para contener á sus subordinados en los límites del deber y del respeto para la propiedad agena. Si los hijos los franquean, estas licencias se atribuyen con razón al relajamiento de la disciplina doméstica que está en manos del padre y de la madre. Este relajamiento es una falta: forma una causa del daño indirecto, pero suficiente para hacer recaer en ellos el cargo de la reparación.» (2) En definitiva, el padre y la madre tienen culpa por no haber llenado el deber de educación y de vigilancia que les impone el poder paterno. Tal es el principio; vamos á ver sus consecuencias.

1 Treilhard, Exposición de motivos, núm. 11 (Loché, t. VI, página 276).

2 Tarrille, *Discursos*, núm. 21 (Loché, t. VI, pág. 287), y el informe de Bertrand de Greuille, núm. 11 (Loché, t. V, pág. 280).

554. ¿Quién es responsable? El art. 1,384 dice que es el padre, y después de su muerte, la madre. Esta es una consecuencia del principio que acabamos de establecer. La responsabilidad está fundada en la inobservación de los deberes que impone el poder paterno. Y, ¿quién ejerce ese poder? El padre lo ejerce solo durante el matrimonio (art. 373); él solo debe ser responsable. En cuanto á la madre, no ejerce regularmente el poder paterno sino después de la muerte de su marido; hé aquí por qué la ley solo la declara responsable cuando es viuda. ¿Qué debe decidirse si el padre está ausente en el sentido legal de la palabra? La madre tiene, en este caso, el ejercicio del poder paterno; luego ella es responsable (art. 141). Lo mismo pasa cuando el padre está atacado de enajenación mental; el padre está entonces en la imposibilidad de ejercer el poder paterno luego; la madre debe de ejercerlo, pues la autoridad le pertenece tanto como al padre (art. 372). (1) Traducimos en cuanto á los principios, á lo que fué dicho en los títulos *De la Ausencia* y *Del Poder Paterno*.

La responsabilidad siendo ligada al poder paterno, debe concluirse que la madre no es responsable cuando no ejerce este derecho. La mayor parte de los autores van más allá y declaran á la madre responsable cuando, de hecho, tiene la vigilancia, especialmente cuando el padre viaja. (2) Que la responsabilidad moral de la madre esté comprometida, no hay necesidad de decirlo; pero la ley no toma en cuenta esta consideración, puesto que decide que la madre no es responsable durante el matrimonio, aunque de hecho ella sea quien vigile á los niños más bien que el padre. Una falta moral no basta, pues, para hacer responsable á la madre.

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 756, y nota 1, pfo. 447. Mourlon, t. II, pág. 889, núm. 1,692. Durantou, t. XIII, pág. 734, número 716.
2 Toullier, t. VI, 1, pág. 232, núm. 281. Marcadé, t. V, pág. 286, núm. 2 del artículo 1,384. Larombière, t. V, pág. 789, núm. 3 (Ed. B., t. III, pág. 444).

es preciso una falta legal, y la madre no está legalmente en falta sino cuando tiene una autoridad legal. Lo que es decisivo. (1)

El art. 1,384 dice que la madre es responsable después de la muerte de su marido, porque ordinariamente el matrimonio no se disuelve sino por la muerte de uno de los esposos, y durante el matrimonio el padre es el único responsable. Pero el matrimonio puede también disolverse por el divorcio y la separación de cuerpo, asimilada al divorcio en lo que concierne al poder paterno. Hemos dicho en el título *Del Matrimonio*, á quién se confían á los hijos en caso de divorcio y de separación de cuerpo; á aquel que ejerce la vigilancia incumbe la responsabilidad. El padre puede, pues, no ser responsable aunque el matrimonio subsista, si está separado de cuerpo, y que los niños hayan sido confiados á la madre. (2)

Resulta del mismo principio que los padres y madres naturales son responsables tanto como los padres y madres legítimos, pues tienen el poder paterno. Aquel que lo ejerce es responsable. Traducimos en cuanto á las dificultades á lo que fué dicho en otro lugar acerca de los derechos y los deberes de los padres y madres naturales.

555. ¿Es responsable el tutor por el daño causado por su pupilo? Casi todos los autores enseñan la afirmativa. No titubeamos en decir que esto es un error. Se trata de saber si el tutor se presume legalmente con culpa cuando el pupilo comete un daño. Presentar la cuestión es resolverla. No hay presunción legal sin texto, y texto no lo hay. Evano se invocaría la analogía; contestaremos que la analogía no basta, aunque fuera completa (núm. 551), y está lejos de serlo. El tutor debe vigilar á su pupilo. Sin duda,

1 Aubry y Rau, t. VI, pág. 756, nota 1, pfo. 447.

2 Véanse los testimonios en Aubry y Rau, t. IV, pág. 758, nota 9.
P. de D. TOMO XX_82.

pero hay diferencia entre él y el padre; el padre es vigilante por naturaleza, el tutor por un deber legal. Si el padre tiene el cargo de poder paterno, tiene igualmente las ventajas que se unen á él, es usufrutuuario legal, es heredero. Su poder es también más extenso que el del tutor. Se concibe, pues, que la responsabilidad sea mayor. La tutela es ya una carga pesada; no hay que agravarla imponiendo al tutor una responsabilidad que la ley no le impone. Ordinariamente no es él quien dirigió al niño en su primera edad; sería una severidad exagerada que el tutor, mandatario obligado y gratuito fuese responsable de los excesos de un niño sobre el que jamás tuvo la autoridad que pertenece al padre. (1)

El tutor no se presume en falta, pero puede tener realmente la culpa. Si la parte lesionada llega á probar que el hecho perjudiciable debe ser imputado á la negligencia del tutor, éste será declarado responsable en virtud del artículo 1,382 como autor del hecho perjudiciable.

556. Se ha ensayado hacer responsables al tío y á la tía que tienen en su casa un sobrino ó una sobrina. La Corte de Casación se limita á decidir que la ley no impone esta responsabilidad, lo que en efecto es decisivo. (2) Se podía invocar el antiguo adagio que asimila al tío y la tía al padre y á la madre de que ocupan los lugares; la ley toma en cuenta algunas veces esta liga de parentesco, pero es preciso una ley, y en el caso no la hay.

Núm. 2. Condiciones de la responsabilidad.

1. Menor edad del niño.

557. Es necesario que los niños sean menores. La pre-

1 Colmet de Santerre, t. V, pág. 683, núm. 365 bis IV. En sentido contrario, todos los autores. Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. IV, pág. 758, y nota 11. Hay que agregar, Mourlon, t. II, página 889, núm. 1,693.

2 Casación, Sala Criminal, 24 de Mayo de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 426).

sunción legal de culpa solo existe cuando hay un lugar legal de vigilancia y autoridad legal para impedir el daño. De esto resulta que la responsabilidad no puede durar cuando ha cesado el poder paterno. Esto no se aplica sino á los daños causados por hijos menores. No debe distinguirse cuál es la edad de los niños, aunque el hecho no les fuese imputable. Dos niños juegan en un camino; se persiguen y una piedra lanzada por uno de ellos alcanza al otro en el ojo derecho. La madre fué condenada á 600 francos por daños y perjuicios. (1) Se alegaría en vano como excusa la edad del niño que causó el daño; la pretendida excusa constituye, en realidad, la culpa de los padres; precisamente porque niños entregados á sí mismos, sin vigilancia, pueden fácilmente causar un daño, por lo que deben vigilarlos. Los padres se presumen de culpa y responsables como tales. (2)

558. El art. 1,384, dice: los *hijos menores*. ¿Qué debe decidirse si los hijos están emancipados? Los menores emancipados permanecen menores; están, pues, comprendidos en el texto de la ley, que no distingue; y es el caso de decir que ahí donde no distingue la ley, el intérprete no debe distinguir. Esta opinión absoluta no es admitida por nadie. Se distingue entre la emancipación que se hace por el matrimonio y la emancipación dativa. El hijo menor que se casa, se hace jefe de familia, adquiere el poder marital y el poder paterno; esta situación se concilia difícilmente con la vigilancia á que queda sometido. En cuanto á la hija que se casa, cae bajo el poder marital; ya no es el padre sino el marido quien debe vigilarla. (3) Admitimos esta opinión, pero no por razón del cambio que el matrimonio trae á la condición de los esposos menores; hay una razón más decisiva, es que el motivo por el que la responsabilidad del padre es consagrada por la ley, cesa; es que la emancipación pone fin

1 Nimes, 13 de Marzo de 1855 (Dalloz, 1855, 2, 161).

2 Lyon, 30 de Marzo de 1854 (Dalloz, 1855, 2, 1).

3 Durantou, t. XIII, pág. 733, núm. 715.

al poder paterno; luego al deber legal de vigilancia y al derecho legal de vigilar; y cuando no hay derecho ni deber de vigilar, no puede haber presunción de culpa por falta de vigilancia.

Este motivo prejuzga nuestra opinión acerca de la segunda hipótesis. El menor es emancipado por su padre: ¿éste será todavía responsable? Todos los autores responden afirmativamente, con excepción de Toullier. (1) Creemos que Toullier tiene razón. Hay objeciones de las que una es seria pero que no puede ser presentada por los partidarios de la opinión general. ¿Es permitido distinguir, cuando la ley no distingue, si los menores están emancipados ó nó? Contestaremos que el intérprete debe distinguir cuando la distinción resulta del mismo principio que se trata de aplicar. El padre se presume con culpa. ¿Por qué? Porque está legalmente obligado á vigilar al hijo menor; luego no puede ser ya responsable cuando no tiene el deber legal de vigilancia.

El motivo para distinguir está en el art. 372, según los términos del que el hijo queda bajo la autoridad de sus padres solo hasta su emancipación: ¿podrá haber presunción de culpa á cargo del padre por no haber ejercido su autoridad cuando no la tiene ya? Se objeta que la autoridad moral sobrevive al poder legal. Mala razón; la autoridad moral puede también sobrevivir á la mayor edad: ¿se concluirá por esto que el padre es responsable del daño causado por sus hijos mayores? No es en la autoridad moral que se funda la presunción de culpa, es en el poder legal que solo da un derecho al padre, y sin derecho no se concibe obligación. Se insiste y se dice que el padre es culpable por haber conferido la emancipación á un hijo que ha probado por su conducta que no la merecía. La respuesta es fácil y perentoria:

1 Toullier, t. VI, 1, pág. 227, núm. 277. En sentido contrario, todos los autores. Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. IV, página 757, nota 4.

¿Presume la ley que el padre sea culpable cuando su hijo emancipado comete un cuasidelito? Esto sería una presunción injusta. La menor imprudencia constituye un cuasidelito: ¿el menor es indigno de la emancipación porque ha causado un daño con la más leve imprudencia?

559. ¿El padre y la madre son responsables del daño causado por el hijo mayor que habite con ellos y es demente? No se concibe que esta cuestión pueda ser seriamente presentada. ¿Podrá tratarse de una presunción legal de culpa cuando se está fuera de los términos de la presunción? El art. 1,384 limita la presunción á los hijos menores; luego ésta cesa con su mayor edad. Hay un vacío en la ley, ésta no prevee el caso del daño causado por una persona que se encuentra en estado de demencia; y por esto mismo que hay un vacío no hay presunción legal, pues no puede haberla sin ley. Pero si el padre y la madre no se presumen de culpa, pueden ser culpables de hecho; conservando en su casa un hijo demente se obligan á cuidarlo y á impedir su divagación; esta última obligación es legal. La parte lesionada debe, pues, ser admitida á probar que el daño fué causado por culpa del padre y de la madre.

La jurisprudencia está en este sentido aunque le falte firmeza en los motivos para decidir. Fué sentenciado que los padres son responsables; las sentencias no dicen que sea en virtud del art. 1,384, tienen cuidado de establecer que la madre del insensato autor del daño, era culpable; luego esta es una decisión basada en los arts. 1,382 y 1,383. (1) ¿Cuando hay culpa? Esto es una cuestión de hecho; ha sido sentenciado que el hecho solo no puede provocar la incapacidad del demente; no constituye una culpa de que sea responsable el padre. (2) Nó; pero á falta de incapacidad, se

1 Bruselas, 3 de Julio de 1830 (*Panicrisia*, 1830, pág. 173). Caen, 2 de Diciembre de 1853 (*Dalloz*, 1855, 2, 117).

2 Grenoble, 15 de Diciembre de 1859 (*Dalloz*, 1860, 2, 30).

puede solicitar la colocación de un hospicio; y si no se hace se debe vigilar al desgraciado que no tiene el uso de su razón; el daño que cause podrá, pues, ser imputado á aquel que por su negligencia es la causa del hecho perjudicial.

II. El niño debe habitar con sus padres.

560. El art. 1,384, dice: "Habitando con ellos." Según los términos del art. 374, el hijo no puede abandonar la casa paterna sin el permiso del padre. Si el hijo abandona la casa sin dicho permiso, ¿dejará de ser responsable el padre? No, esto será, al contrario, una circunstancia agravante de su responsabilidad, pues el padre falta á su deber no guardando á su hijo en la casa, ó no haciéndolo entrar en ella si éste la deja sin permiso. ¿Cuál, pues, es el sentido de la condición establecida por el art. 1,384? La ley supone que el hijo ha sido colocado por el padre, ya sea en el colegio, ya sea en algún taller; el hijo pasa entonces de una vigilancia á otra, puesto que según los términos del art. 1,384, el profesor y el artesano son responsables. Pero no lo son durante el tiempo que los discípulos ó aprendices deben ser por ellos vigilados. Si, fuera de este tiempo, el hijo comete un hecho perjudicial, ¿será responsable el padre? El relator del Tribunado parece decir que nó, puesto que el padre ya no tiene los medios de vigilar á su hijo. (1) Si tal es el sentido del informe, este es un error. El padre debe siempre vigilar ó hacer vigilar á su hijo menor; es, pues, siempre culpable, á menos que su responsabilidad esté reemplazada por la del profesor ó del artesano. (2)

Núm. 3. A qué se aplica la responsabilidad.

561. El art. 1,384 dice que el padre y la madre responden

- 1 Bertran de Grenille, *Informe*, núm. 11 (Loché, t. V, pág. 281)
2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 757, nota 2. Denegada, 29 de Diciembre de 1831 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 565).

por el *daño* causado por sus hijos menores; luego por todo hecho perjudicial aunque este hecho no constituya ni un delito ni un cuasidelito (núm. 552); con más razón se aplica la responsabilidad á las infracciones penales. (1) Poco importa que la infracción esté prevista por ley especial. Fué sentenciado que el padre es responsable por el daño que se cause cazando. (2) El hecho de establecer un coche público sin emplear los caballos de la posta es una infracción, según la ley de 15 ventoso, año XIII; la Corte de Casación decide que el padre era civilmente responsable por esta contravención cometida por su hijo menor. (3)

Núm. 4. ¿Cuándo cesa la responsabilidad?

562. El padre es responsable de hecho de su hijo menor, porque tiene el derecho y el deber de vigilar. Este derecho y este deber subsisten hasta la mayor edad ó la emancipación. Sin embargo, puede suceder que el hijo, durante su menor edad, pase bajo otra vigilancia. El poder paterno subsiste ¿deberá concluirse de esto que la responsabilidad del padre subsiste igualmente? No, desde que el padre está en la imposibilidad de vigilar á su hijo, sin que haya ninguna culpa que reprocharle, cesa su responsabilidad; esto es lo que dice el párrafo final del art. 1,384, acerca del que volveremos á hablar. Por ahora suponemos que el hijo está bajo una autoridad que tiene el derecho y el deber de vigilancia, y que, por consiguiente, tiene la responsabilidad del daño causado. Tales son, según el art. 1,384, los amos y comitentes, los artesanos y los profesores. Si el hijo menor causa un daño mientras está bajo la vigilancia de estas personas, éstas serán responsables y el padre no lo será. (4) Esto no tiene

- 1 Bourges, 16 de Diciembre de 1872 (Daloz, 1873, 2, 197).
2 Casación, Sección Criminal, 5 de Noviembre de 1829 (Daloz, en la palabra *Caza*, núm. 431).
3 Denegada, Sala Criminal, 20 de Diciembre de 1834 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 581, 1°).
4 Casación, 28 de Diciembre de 1855 (Daloz, 1856, 1, 208); Ca-

ninguna duda cuando el hijo está colocado bajo la autoridad permanente de un maestro ó de un jefe de escuela ó de un comitente; la vigilancia del padre se hace imposible en este caso, y su deber de vigilar pertenece al amo ó al patrón; éste es quien será responsable. Lo mismo sucederá si el niño está confiado temporalmente á un maestro, por ejemplo á un profesor; ha sido sentenciado que el padre no es responsable del daño causado en el colegio por su hijo durante el recreo. El padre no es responsable, porque el niño no está colocado bajo su vigilancia; desde luego, la presunción de culpa sobre lo que descansa la responsabilidad del padre no tiene razón de ser y es porque presume la culpa como la ley declara responsable á las personas á las que pertenece el deber y el derecho de vigilancia. (1) Puede suceder en este caso que nadie sea responsable del hecho del niño. El padre, porque ya no tiene vigilancia; el maestro ó el patrón, porque fué causado el daño aunque haya cumplido con su obligación de vigilarlo; la parte lesionada solo tendrá acción contra el autor del daño, suponiendo que el hecho constituya un delito ó un cuasidelito.

La jurisprudencia está en este sentido; pero relevando al padre de su responsabilidad, hace una restricción para el caso en que hubiera dado una mala educación á su hijo y no hubiera corregido sus inclinaciones viciosas; se considera entonces el daño como siendo imputable al padre, aunque no haya podido vigilar al niño en el momento en que pasó el hecho perjudicial (2) Admitimos la reserva, pero con una explicación. Cuando la vigilancia no está ejercida por el padre no puede ya tratarse de declararlo responsable en

sación, Sala Criminal, 30 de Agosto de 1866 (Daloz, 1867, 5, 378, núm. 40). Bruselas, 27 de Julio de 1866 (*Pascrisio*, 1866, 2, 388). Aubry y Rau, t. IV, pág. 757, nota 7.

1 Agen, 23 de Junio de 1869 (Daloz, 1870, 2, 223). Aix, 17 de Diciembre de 1870 (Daloz, 1872, 2, 131).

2 Aix, 11 de Junio de 1859 (Daloz, 1859, 2, 195), y la sentencia pronunciada de Agen, nota 1.

virtud del art. 1,384, como presunto culpable; si tiene culpa es como autor de un cuasidelito, por aplicación del principio general de los arts. 1,382 y 1,383. La parte lesionada deberá probar la culpa del padre; éste estará obligado á ella personalmente y no por vía de responsabilidad. El principio es diferente y las consecuencias también lo son, como lo diremos más adelante.

563. Puede suceder que la responsabilidad del padre cese sin que el niño pase bajo otra autoridad responsable de estos hechos. El niño puede darse de alta en la milicia antes de su mayor edad; según el Código Civil, lo puede aun sin permiso de su padre, después de los 18 años cumplidos (art. 374). Poco importa, aunque el niño se dé de alta con el consentimiento de su padre, ya no está bajo su vigilancia, está colocado bajo el mandato absoluto de sus jefes. El padre no es ya responsable y la autoridad militar tampoco. (1)

El principio ha dado lugar á una dificultad singular. Un hijo menor se dió de alta en un regimiento del que era coronel su padre; causó un daño por imprudencia. ¿Era responsable el padre en virtud del art. 1,384? La Corte de Colmar resolvió que el padre conservando en este caso su autoridad, debía ser responsable por el daño causado. Había en el caso un motivo de duda. El hijo no vivía con su padre; luego no se estaba en los términos del art. 1,384. No se podía reprochar una culpa al padre por este punto; esto era la consecuencia legal de su condición de soldado. Luego el padre cesaba legalmente de ser responsable, no podía hacerlo sino cuando hubiera habido una falta personal que reprocharle en virtud del art. 1,383. (2)

564. Según los términos del art. 1,384, último párrafo, la responsabilidad del padre y de la madre cesa cuando prue-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 758, nota 8.

2 Colmar, 30 de Abril de 1863 (Daloz, 1863, 2, 81).

ban que no han podido impedir el hecho que da lugar á la responsabilidad. Esta es una consecuencia del principio, en el que la responsabilidad está fundada. La ley establece una presunción de culpa contra el padre; es decir, que presume que el hecho perjudiciable ha sucedido por culpa suya, porque no ejerció la vigilancia que debiera ejercer en el hijo. Esta presunción puede ser combatida por la prueba contraria, pero la ley precisa lo que el padre debe probar. Es preciso que pruebe que no pudo impedir el hecho. La responsabilidad del art. 1,384, constituyendo un cuasidelito (número 520), basta la más ligera culpa para comprometer la responsabilidad del padre; si se tomaba este principio al pie de la letra, sería muy difícil para el padre probar que se encontró en la imposibilidad de impedir el hecho perjudiciable. Pero hay una pequeña diferencia entre el cuasidelito del art. 1,383 y el cuasidelito del art. 1,384. Aquel que responde de su propio hecho no puede quejarse si se le imputa la menor imprudencia porque puede y debe vigilar sus actos. No sucede así con aquel que responde por el hecho ajeno. Se necesitaría una vigilancia continua, de cada instante, para impedir el hecho del niño; esto es moralmente imposible. La ley no dice lo que debe entenderse por imposibilidad, deja por esto mismo un poder de apreciación al juez. (1)

Todos los autores observan que no basta que el hecho haya sucedido en ausencia del padre para que cese su responsabilidad. (2) Esto es evidente. El padre es culpable por el solo hecho de dejar á su hijo abandonado. Pero ya no será culpable si estuviera enfermo en el momento en que el hecho pasó. Esto prueba que la teoría es de poco valor en esta materia: Todo depende de la apreciación de los hechos que varían de una causa á la otra. Un padre se ausenta por negocios; durante su ausencia sus hijos, uno mayor y

1 Larombière, t. V, pág. 765, núm. 24 (Ed. B., t. III, pág. 545).
2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 759, nota 12, y las autoridades que citan.

otro menor, van á una diversión en un pueblo vecino y toman participio en un pleito. Fué sentenciado que el padre no era responsable. Creemos que la Corte falló bien, pero los motivos de la resolución son demasiado absolutos. No quisiéramos decir, como la sentencia, que ya no es responsable el padre cuando el hecho perjudiciable ha tenido lugar siendo que se hallaba en otro lugar á una gran distancia de sus hijos y que, por consiguiente, se encontraba en la imposibilidad de evitar el daño. (1) Esto no es verdad sino á la condición que la partida del padre no constituye ninguna culpa por su parte; es, pues, la ausencia de toda culpa la que debe de probar el padre y la que el juez debe comprobar. Desde que hay una culpa que imputar al padre, no puede tratarse de excusarlo. (2) Unos reclutas ébrios hieren á una persona por imprudencia, y la herida causa la muerte. La Corte de Bruselas resolvió muy bien que los padres eran responsables; éstos sabían que el día del sorteo es una ocasión para embriagarse, cosa que no favorece mucho á la moralidad de la clase obrera; el deber de los padres era, pues, acompañar á sus hijos; lejos de servirles de excusa, su ausencia es una circunstancia agravante. (3)

Ha sido además sentenciado que el padre era responsable, aunque en el momento del hecho estuviera atacado de una enfermedad mortal que le impidiera vigilar á su hijo. La Corte de jurados, al condenar al hijo, no admitió la excusa del padre por razón de que éste era culpable por no haber reprimido los desórdenes de su hijo; es á este relajamiento de la disciplina doméstica que la Corte atribuye el crimen del hijo; había, pues, culpa de parte del padre, lo que excluía la excusa resultando de la imposibilidad de vigilar á su hijo en el momento del crimen. (4)

1 Bruselas, 29 de Junio de 1826 (*Pasicrisia*, 1826, pág. 218).

2 Bruselas, 13 de Enero de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 188).

3 Bruselas, 1º de Marzo de 1862 (*Pasicrisia*, 1862, 2, 229).

4 Denogada, Sala Criminal, 29 de Marzo de 1827 (Daloz, en la

565. Si el reglamento de la disciplina doméstica es una falta que impide al padre para prevalecerse de la excusa que el art. 1,384 le ministra cuando no pudo impedir el hecho, ¿deberá concluirse que el padre es excusable por el solo hecho de no haber descuidado nada para corregir á su hijo? Esta es la excusa habitual que alegan los padres, y moralmente, puede que esté fundada. El niño nace con vicios que la educación debe combatir; ¿pero tendrá ésta fuerza bastante para hacerlo? Este es uno de los problemas más terribles de nuestro destino; tomemos á lo hombres cuales son, y diremos de la mayor parte de ellos lo que el poeta, es que no se cambia lo natural. Queda por saber si esta excusa moral puede ser invocada en virtud del art. 1,384. En principio, debe contestarse negativamente: Cuando el natural del niño es vicioso, esto es una razón de más para vigilarlo de cerca, y el deber y la responsabilidad del padre aumentan. Esto es severo, pero es legal: Desde que hubiera podido impedir el hecho por su vigilancia, el padre es responsable, aunque haya cumplido con el deber de educación que le incumbe. (1)

§ III.—DE LOS PROFESORES Y ARTESANOS.

566. «Los profesores y los artesanos son responsables por el daño causado por sus discípulos y aprendices durante el tiempo en que éstos están bajo su vigilancia.» El relator del Tribunal expone los motivos de esta responsabilidad como sigue: «Los profesores y los artesanos reemplazan entonces á los padres; la ley les delega una parte de autoridad suficiente para retener á los niños y obreros que están bajo su dirección en los límites de la circunspección y del deber; de-

palabra *Responsabilidad*, núm. 579, 3°. Burdeos, 1° de Abril de 1819; Bourges, 9 de Marzo de 1821 (Dalloz, *ibid.*, 1° y 2°).

1 Lieja, 19 de Marzo de 1870 (*Pasicrisia*, 1870, 2, 293). Compárese una sentencia más indulgente de la Corte de Gante, de 4 de Febrero de 1875 (*Pasicrisia*, 1875, 2, 207).

ben dar á estos niños y obreros buena instrucción y buen ejemplo; en fin, tienen la facultad de despedir á aquellos que les parecen perversos é incorregibles. (1)

Esta es una responsabilidad análoga á la del padre y de la madre: Pero difiere de ella bajo ciertos aspectos, es alguna vez más extensa, y alguna otra vez menos extensa. Los padres solo responden por el hecho de sus hijos menores, mientras que la ley no limita á la menor edad la responsabilidad de los profesores y artesanos; ordinariamente los discípulos y aprendices son menores, pero pueden no serlo. La razón de la responsabilidad impuesta á los profesores y artesanos existe en el caso en que los niños y aprendices son mayores tanto cuando son menores. El discípulo y el aprendiz están sometidos á la autoridad del maestro en toda edad, mientras que el hijo deja de estar bajo patria potestad á su mayoría. Por otra parte, la responsabilidad de los profesores y artesanos está limitada al tiempo durante el que tienen autoridad sobre sus discípulos y aprendices; este límite no se concibe para los padres, su autoridad existe siempre; luego la responsabilidad que procede de ella debe también existir siempre.

567. Por lo demás, la responsabilidad de los profesores y artesanos y la de los padres tiene un mismo carácter, es una presunción de culpa que solo puede aplicarse con aquellos para con quienes la ley la establece. Cualquiera profesor encargado de la instrucción de niños y de educarlos, cualquiera artesano encargado de la educación profesional de jóvenes obreros, es responsable. Se enseña que la responsabilidad no incumbe á los profesores sino cuando están encargados de una manera más ó menos permanente de la educación y vigilancia de sus jóvenes discípulos; de donde se concluye que aquellos que daban lecciones durante una ó varias horas al día,

1 Bertrand de Grenille, *Informe*, núm. 12 (Loché, t. VI, pág. 181).

no son responsables. (1) Esta distinción es contraria al texto de la ley y á su espíritu. La ley prevee el caso en que la vigilancia no es continua, y la consecuencia que ella saca es que la responsabilidad se limita al tiempo en que los niños están bajo la vigilancia de su maestro; es, pues, hacer una excepción á la ley el excluir la responsabilidad cuando la vigilancia *no es más ó menos permanente*. El legislador mucho se cuidó de consagrar una excepción tan vaga como esta, y no había ninguna razón para hacerlo; cuando el profesor no da sino una lección de una hora, debe vigilar á su discípulo durante ese tiempo, y por consiguiente, responder por sus hechos.

568. La responsabilidad establecida respecto á los profesores, ¿se aplica á los directores de establecimientos en que se cura á los dementes? Ha sido sentenciado que el artículo 1,384 es aplicable. La Corte de Agen no dice que los directores deban ser asimilados á los profesores y artesanos; más bien parece ponerlos en la misma línea que á los tutores. (2)

Ni una ni otra interpretación es admisible, en nuestro concepto. La responsabilidad del hecho ageno es de estrecha interpretación porque descansa sobre una presunción de culpa. ¿Dónde está el texto que establece esta presunción contra los directores de hospicios? Estos no pueden ser declarados responsables por el hecho de los dementes sino cuando han cometido una falta personal; es decir, en virtud del principio general del art. 1,383.

569. La responsabilidad de los profesores y artesanos cesa, como la del padre y madre, cuando están en la imposibilidad de impedir el hecho perjudiciable. Traducimos á lo que acabamos de decir acerca de esta imposibilidad (número 564).

1 Aubry y Rau, t. IV, pag. 762, y nota 27, pfo. 447.

2 Agen, 18 de Marzo de 1872 (Dalloz, 1872, 2, 153).

§ IV. — DE LOS AMOS Y COMITENTES.

ARTICULO 1.º — Principio.

Núm. 1. ¿Quién es responsable y de qué?

570. “Los amos y los comitentes son responsables por el daño causado por sus domésticos y empleados en las funciones en las que los tienen dedicados (art. 1,384). Esto es todavía la responsabilidad del hecho ageno. ¿Tiene también su fundamento en una presunción de culpa, de parte de los amos y comitentes? La responsabilidad, siendo un cuasidélito, debe haber una culpa cualquiera que imputar á los amos y comitentes, pero esta culpa no consiste en una falta de vigilancia; el orador del Gobierno dice que debe imputarseles el haber escogido mal á sus dependientes. Pothier dice la misma cosa. Hace notar que los amos son responsables del daño causado por el hecho de sus sirvientes, aunque no haya estado en su poder impedir el hecho: “Lo que fué establecido para hacer que los amos atiendan á ocupar solo buenos domésticos.” (1) Los autores del Código han consagrado esta doctrina. Se lee en el informe hecho al Tribunal: “Los amos y los comitentes no pueden, en ningún caso, argüir la imposibilidad en que pretenden haber estado para impedir el daño causado por sus domésticos ó empleados en las funciones para las que los han dedicado.” El relator explica después los motivos de esta diferencia que el Código establece entre la responsabilidad de los amos y comitentes y la de las demás personas declaradas responsables por la ley. “Esta disposición nada presenta que sea muy equitativo. ¿No es, en efecto, el servicio de que el amo aprovecha lo que produjo el daño que se le condena á reparar? ¿No tiene éste que reprocharse el haber puesto su confianza en

1 Treilhard, *Exposición de motivos*, núm. 11 (Loché, t. VI, página 276, nota 11). Pothier, *De las obligaciones*, núm. 121.

no son responsables. (1) Esta distinción es contraria al texto de la ley y á su espíritu. La ley prevee el caso en que la vigilancia no es continua, y la consecuencia que ella saca es que la responsabilidad se limita al tiempo en que los niños están bajo la vigilancia de su maestro; es, pues, hacer una excepción á la ley el excluir la responsabilidad cuando la vigilancia *no es más ó menos permanente*. El legislador mucho se cuidó de consagrar una excepción tan vaga como esta, y no había ninguna razón para hacerlo; cuando el profesor no da sino una lección de una hora, debe vigilar á su discípulo durante ese tiempo, y por consiguiente, responder por sus hechos.

568. La responsabilidad establecida respecto á los profesores, ¿se aplica á los directores de establecimientos en que se cura á los dementes? Ha sido sentenciado que el artículo 1,384 es aplicable. La Corte de Agen no dice que los directores deban ser asimilados á los profesores y artesanos; más bien parece ponerlos en la misma línea que á los tutores. (2)

Ni una ni otra interpretación es admisible, en nuestro concepto. La responsabilidad del hecho ageno es de estrecha interpretación porque descansa sobre una presunción de culpa. ¿Dónde está el texto que establece esta presunción contra los directores de hospicios? Estos no pueden ser declarados responsables por el hecho de los dementes sino cuando han cometido una falta personal; es decir, en virtud del principio general del art. 1,383.

569. La responsabilidad de los profesores y artesanos cesa, como la del padre y madre, cuando están en la imposibilidad de impedir el hecho perjudiciable. Traducimos á lo que acabamos de decir acerca de esta imposibilidad (número 564).

1 Aubry y Rau, t. IV, pag. 762, y nota 27, pfo. 447.

2 Agen, 18 de Marzo de 1872 (Dalloz, 1872, 2, 153).

§ IV. — DE LOS AMOS Y COMITENTES.

ARTICULO 1.º — Principio.

Núm. 1. ¿Quién es responsable y de qué?

570. “Los amos y los comitentes son responsables por el daño causado por sus domésticos y empleados en las funciones en las que los tienen dedicados (art. 1,384). Esto es todavía la responsabilidad del hecho ageno. ¿Tiene también su fundamento en una presunción de culpa, de parte de los amos y comitentes? La responsabilidad, siendo un cuasidélito, debe haber una culpa cualquiera que imputar á los amos y comitentes, pero esta culpa no consiste en una falta de vigilancia; el orador del Gobierno dice que debe imputarseles el haber escogido mal á sus dependientes. Pothier dice la misma cosa. Hace notar que los amos son responsables del daño causado por el hecho de sus sirvientes, aunque no haya estado en su poder impedir el hecho: “Lo que fué establecido para hacer que los amos atiendan á ocupar solo buenos domésticos.” (1) Los autores del Código han consagrado esta doctrina. Se lee en el informe hecho al Tribunal: “Los amos y los comitentes no pueden, en ningún caso, argüir la imposibilidad en que pretenden haber estado para impedir el daño causado por sus domésticos ó empleados en las funciones para las que los han dedicado.” El relator explica después los motivos de esta diferencia que el Código establece entre la responsabilidad de los amos y comitentes y la de las demás personas declaradas responsables por la ley. “Esta disposición nada presenta que sea muy equitativo. ¿No es, en efecto, el servicio de que el amo aprovecha lo que produjo el daño que se le condena á reparar? ¿No tiene éste que reprochársele el haber puesto su confianza en

1 Treilhard, *Exposición de motivos*, núm. 11 (Loché, t. VI, página 276, nota 11). Pothier, *De las obligaciones*, núm. 121.

hombres malvados, torpes ó imprudentes? ¿Y sería justo que unos terceros fuesen víctimas de esta confianza inconsiderada, que es la causa primera, la verdadera fuente del daño que sufren?" (1)

571. ¿A qué persona se aplica esta responsabilidad? La ley cita primero á los *amos* que responden del daño causado por sus domésticos en las funciones en que los emplean. Después habla de los *comitentes* que son responsables del daño causado por sus *empleados* en las funciones en que están destinados. A decir verdad, el primer caso es una aplicación del segundo que contiene la regla, pues el amo es también un comitente y el doméstico un empleado; pero en el uso no se confunde al doméstico con el empleado; el legislador ha seguido la costumbre. Esto no impide que ambos casos sean idénticos: la ley los pone en una misma línea. El principio, es, pues, el mismo. Una persona es empleada por otra en un servicio cualquiera; la ley se sirve del término general de *funciones* para originar este ministerio. Llenando estas funciones, causa un daño; este término es igualmente general; comprende todo hecho perjudicial, delito ó cuasidélito. El principio es, pues, que todo hecho perjudicial causado por un empleado en el ejercicio de sus funciones, da lugar á una acción por responsabilidad contra el comitente. No hay para qué distinguir la naturaleza de la convención que interviene entre el comitente y el empleado. Puede ser una prestación de servicios: así sucede entre amo y doméstico. Puede ser un mandato. Poco importa, la ley no distingue y no ha lugar á distinguir; aquel que confía cualquier servicio á una persona es responsable de los hechos perjudiciales de dicha persona. La culpa del empleado será ordinariamente extraña al comitente; poco importa; le es imputada en el sentido de que escogió mal á su sirviente. Tal es el principio, según el texto

1 Bertran de Grenille, *Informe*, núm. 11 (Loire, t. VI, pág. 280). Colmet de Santerre, t. V, pág. 684, núm. 365, *lib.* VII.

y el espíritu de la ley; vamos á ver si la doctrina y la jurisprudencia le han quedado fieles. El mismo principio está restringido por la jurisprudencia. Fué sentenciado por la Corte de Casación "que un obrero de una profesión conocida y públicamente empleado como tal, no puede ser considerado, en sus relaciones con aquel que lo emplea, como doméstico ni empleado, todas las veces que un hecho particular no establece ninguna relación más íntima." (1) La Corte exige una *relación íntima* entre el propietario y el obrero para que el uno sea *comitente* y el otro *empleado*. No sabemos en que se funda la Corte para limitar así los términos generales de la ley; debemos, pues, limitarnos á hacer constar la resolución.

Hay otras sentencias en el mismo sentido. La Corte de Burdeos dice que un obrero que no está ligado á la persona ó á la casa de aquel que le da trabajo; no es su doméstico. Esto es seguro. La Corte agrega que el obrero no es tampoco su empleado en el sentido de la ley, puesto que no lo representa; que nunca lo reemplaza, que obra en los límites de su profesión. (2) A este título no hubiera muchos empleados. ¿Dónde está el propietario que está en el caso de hacer por sí lo que manda hacer á su empleado? La ley no dice que el empleado sea un mandatario, dice que es empleado para ciertas funciones. Es, pues, alterar la ley el decir que el dependiente debe ser el representante del comitente. Solo hay una distinción que debe admitirse. El empresario es empleado del patrón que le encarga ciertos trabajos, y los obreros empleados por el empresario son sus dependientes. ¿Son también empleados del patrón? No, pues no es el amo quien trata con los operarios y les encar-

1 Denegada, 25 de Marzo de 1824 (Daloz, en la palabra *Prestación*, núm. 367).

2 Burdeos, 31 de Julio de 1826 (Daloz, en la palabra *Prestación*, núm. 415, 2°).

ga ciertas funciones, es el empresario; bien que éste sea empleado, no se puede llegar hasta calificar de dependientes del amo á los empleados de su empleado. El obrero solo es dependiente en virtud de un contrato; y no interviene ninguna convención entre los obreros del empresario y el propietario. Esto es decisivo. (1)

572. La responsabilidad del comitente es la responsabilidad del hecho de los empleados; luego de un hecho extraño al comitente. Esto resulta del texto de la ley; el art. 1,384 comienza por decir que se responde no solo del daño que se causa por hecho propio, sino también de aquel que es causado por el hecho de personas de quienes se debe responder; en seguida, el artículo aplica esta responsabilidad á los comitentes; no es, pues, por su hecho que responden cuando un daño es causado por un dependiente, es por el hecho de éste. El hecho perjudicial del dependiente es extraño al comitente, en este sentido, que éste no encargó á su dependiente cometer este hecho; aunque el daño sea causado en el ejercicio de las funciones á las que el comitente emplea al dependiente, no se puede decir que el comitente emplee al dependiente en cometer un delito ó un cuasidelito. Tal es también el espíritu de la ley; el comitente, dice Pothier, ha escogido mal; escogió á un dependiente negligente, imprudente ó malvado; responde de las consecuencias de esta mala elección, bien que estas consecuencias por sí le sean enteramente extrañas. (2)

Unos molineros destruyen un canal sirviendo á la irrigación de un terreno ageno, con objeto de proporcionarse agua para el molino que no tenía lo bastante en aquel momento. Acción de responsabilidad contra el dueño del molino. El primer juez lo descargó por motivo que el moline-

1 París, 15 de Abril de 1847 (Daloz, 1847, 4, 324, núm. 6).

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 759, y nota 14, y las autoridades que citan.

ro no había ordenado á sus domésticos el reventar el canal, y que había manifestado su desaprobación cuando tuvo conocimiento del hecho. Esto era violar el art. 1,384; la decisión fué casada. (1)

Unos agentes de una compañía de seguros se permitieron decir mal en perjuicio de una sociedad rival. En la acción por responsabilidad dirigida contra la compañía, ésta objetó que no había ordenado á sus agentes difamar; que sus instrucciones, al contrario, lo prohibían. Poco importa, dice la Corte de Orléans; el comitente es perseguido, no como autor del hecho, ni como cómplice, sino como responsable del hecho de sus agentes. (2) Cuando el comitente es coautor ó cómplice del daño por las órdenes ó instrucciones que ha dado á sus empleados, ó por la aprobación de lo que han hecho, es responsable por su propio hecho; y esta responsabilidad es más extensa que la del art. 1,384; se extiende á las multas, mientras que la responsabilidad del hecho ageno es puramente civil y solo comprende á los daños y perjuicios. (3)

573. En principio, todo comitente es responsable; veremos más adelante la dificultades que presenta la aplicación del principio. Puede suceder que la posición del comitente sea ilegal, esto es indiferente; desde que es comitente, es responsable; no puede substraerse á la responsabilidad que pesa sobre él, fundándose en la ilegalidad de su posición, esto sería invocar un delito como excusa de un cuasidelito. En Francia, los estudios de notarios se transmiten por con-

1 Casación, Sala Criminal, 3 de Diciembre de 1846 (Daloz, 1847, 4, 422). Compárese Denegada, 13 de Mayo de 1820 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 698, 1°).

2 Orléans, 21 de Diciembre de 1854 (Daloz, 1857, 2, 30), y Denegada, 5 de Noviembre de 1855 (Daloz, 1856, 1, 353).

3 Denegada, Sección Criminal, 21 de Julio de 1808 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 691). Compárese Ganto, 29 de Abril de 1869 (*Pasicrisia*, 1869, 2, 226). Hay una sentencia de especie que exige una orden. Bruselas, 25 de Febrero de 1842 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 259).

vención. Uno de los numerosos abusos que resultan de esta especie de venalidad, es que el notario es algunas veces un *presta nombre* y que el verdadero propietario del oficio es aquel que le facilitó los fondos; es por cuenta y utilidad de este último que el oficio es gestionado; de manera que el notario se vuelve un dependiente y que tiene un comitente. Si el notario causa un daño a un cliente, ¿tendrá éste recurso contra el dueño del oficio? La afirmativa ha sido sentenciada, y no es dudosa; la Corte de Casación dice muy bien que la ilegalidad de su posición, creada por el comitente, no puede ser invocada para escapar de la responsabilidad de los hechos que se cumplían en el oficio de su propiedad. (1)

574. El comitente es responsable del hecho de su empleado; para que haya un dependiente es preciso que haya una convención entre éste y el comitente. Si el dependiente nombra á su vez agentes secundarios que lo ayuden en sus funciones, ¿será responsable el comitente de los hechos de estos agentes? Sí, cuando haya ordenado su nombramiento. Nó, si no dió para ello ningún poder á su dependiente. En el primer caso, hay un contrato entre el comitente y los agentes secundarios; en el segundo caso, no hay ningún contrato, y sin liga de derecho no puede haber comitente ni dependiente. La compañía de seguros autoriza á sus agentes principales para hacer asistir ó reemplazarse por quien les parezca para recoger subscripciones; esto es aprobar de antemano la elección de agentes inferiores. Fué sentenciado que esta delegación de poderes del director asimilaba á los elegidos por agentes principales, á los dependientes del director y que, por consiguiente, la compañía era responsable de los actos de unos y otros. (2) Pero si los agentes subalternos obran sin poder ninguno que les sea delegado por el director, los terceros lesionados no tendrán acción contra la

1 Denegada, 1º de Agosto de 1866 (Daloz, 1867, 1, 26).

2 Denegada, 5 de Noviembre de 1855 (Daloz, 1856, 1, 353).

compañía, porque el del hecho perjudiciable no es un dependiente. (1)

575. ¿Quiénes son los comitentes y los dependientes á quienes se aplica el principio de la responsabilidad establecida por el art. 1,384? Hemos formulado el principio; se presentan cada día nuevas aplicaciones. Es inútil relatarlas; basta citar los ejemplos que han dado lugar á algunas dificultades.

¿Cuál es la posición del gerente de una sociedad en comandita? La Corte de Casación ha resuelto que él es representante legal de la sociedad, que la personifica en sus relaciones con los terceros. De lo que resulta que, cuando contrata en nombre de la sociedad, en la esfera de sus atribuciones, la sociedad misma es la que se obliga. La Corte de Casación concluye que si practica maniobras fraudulentas y si comete un dolo en un acto de su gerencia, la sociedad es responsable á título de comitente. En el caso, la Corte de Aix había condenado al gerente solo á los daños y perjuicios, librando de toda responsabilidad á la sociedad, por razón de la buena fe de sus accionistas. La sentencia fué casada; la Corte de Casación decidió que la sociedad quedaba comprometida, como obligada directa y personal, por todas las consecuencias perjudiciales del hecho de su gerente. (2) La sentencia no cita sino el art. 1,382. ¿Es esto decir que la sociedad sea personalmente responsable como habiendo cometido el dolo ella misma? Si tal es la mente de la Corte, sobrepasa á la ley y á los principios; la sociedad da un mandato á su gerente para contraer y no para cometer delitos; si, pues, está obligada por su dolo, solo puede ser á título de comitente, en virtud del art. 1,384.

576. El maquinista y el fogonero de un barco de vapor,

1 Grenoble, 24 de Noviembre de 1838 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 618).

2 Casación, 15 de Enero de 1872 (Daloz, 1872, 1, 165).

¿son dependientes del capitán, ó lo son del dueño del barco? Un pasajero herido por la explosión del caldero, formó una acusación por daños y perjuicios contra el propietario; éste opuso que el maquinista y el fogonero, por cuya culpa había sucedido la explosión, eran dependientes del capitán del que la responsabilidad se encontraba solo comprometida. La Corte de Casación declaró al propietario responsable del daño causado por las gentes de tripulación en el servicio en que estaban empleadas. (1) Esta es la aplicación del principio, tal como lo hemos formulado.

577. Igual responsabilidad incumbe á todos los que son empresarios de transporte. Si el cochero de una diligencia causa un daño por su imprudencia ó su torpeza, ya sea al viajero á quien lleva, ya sea á un transeunte, el propietario del coche es civilmente responsable; él es quien escoge al cochero. Si lo escoge torpe ó imprudente, tiene la culpa en el sentido del art. 1,384; luego es responsable. (2) La cuestión es la misma para la empresa de mensajerías, excepto que se complique por un nuevo agente, el postillón que conduce á los caballos, además del conductor encargado de conducir el coche. Debe decirse de todos los agentes que concurren al transporte que son empleados de la empresa, puesto que están destinados al servicio del transporte. (3) Los empresarios han vanamente intentado de poner su responsabilidad á cubierto, alegando que los caballos ministrados por el postillón ó por su amo, eran impropios al servicio. Se les ha contestado que, en este caso, tocaba á la administración representada por el conductor, el no haberlos aceptado; son responsables de los caballos como lo son de los hombres, no porque haya una falta que reprocharles, sino porque los emplea. (4) No se hace bien en estos detalles en ir á buscar una

1 Denegada, 29 de Marzo de 1854 (Daloz, 1854, 1, 235).

2 Aix, 6 de Enero de 1871 (Daloz, 1871, 2, 45).

3 Bruselas, 20 de Diciembre de 1839 (Pasicrisia, 1841, 2, 20).

4 Lieja, 27 de Febrero de 1846 (Pasicrisia, 1846, 2, 179).

culpa que imputar al empresario; está obligado por razón de la elección que hizo de sus agentes, y debe apartarse cualquiera otra consideración. Un coche se volca porque está demasiado cargado; el conductor había aceptado un viajero de sobrecarga, á pesar de la recomendación y prohibición particular que se le había hecho. Sin embargo, el empresario fué declarado responsable, y con razón; tenía la culpa en el sentido del art. 1,384, por haber escogido á un dependiente que por su desobediencia comprometía la seguridad de los viajeros. (1)

578. ¿Son los obreros dependientes de quienes los emplean? Nos parece que la afirmativa resulta del texto y del espíritu de la ley; el obrero que está empleado en un servicio ejerciendo sus funciones, causa un daño; aquel que le escogió es responsable. Esta es la aplicación del principio tal cual lo hemos formulado apoyándonos en la tradición (número 570). Poco importa por quién esté empleado el obrero, sea por el amo, por el maestro obrero ó el empresario, ó que sea por el mismo propietario; en todos los casos, es el dependiente de aquel que le confía el trabajo, porque fué el hombre de su elección. Desde luego, se está en el texto y en el espíritu de la ley.

La jurisprudencia establece otro principio que la mayor parte de los autores aprueban. Se dice que es aquel que dirige y vigila al obrero el que se debe considerar como verdadero comitente. De ahí se concluye que el patrón del obrero, el empresario, es responsable, puesto que éste trabaja bajo su dirección y bajo su vigilancia. Pero el propietario, por el que trabaja el obrero, no es su comitente; no dirige, no vigila los trabajos que más á menudo sería incapaz de dirigir y vigilar; luego no puede haber, respecto de él, presunción de culpa, y por tanto, no es responsable. No sería así si de hecho el propietario dirigiera al operario; en este ca-

1 Riom, 11 de Marzo de 1851 (Daloz, 1853, 2, 76).

so, sería responsable por esta dirección que le daría la posición de un verdadero comitente. (1) Esta doctrina introduce en el texto una distinción que no existe, que está en oposición con la tradición y con los motivos en que se funda la responsabilidad de comitentes. Se trata de una presunción de culpa: ¿Presume la ley que el comitente tenga culpa porque dirigió mal al dependiente ó porque no lo vigiló? Nó; semejante presunción debiera admitir la prueba contraria y resultaría lo que resulta con la jurisprudencia, y es que á menudo no hay responsabilidad eficaz del daño causado por el obrero. Hay más de un amo que no dirige á sus domésticos ni los vigila; sin embargo, la ley declara responsable al amo de una manera absoluta; y pone al comitente en la misma línea que al amo; luego el principio debe ser el mismo. No se concibe que una misma y sola disposición pueda establecer dos principios diferentes, uno para con el amo, y otro para el comitente, cuando el amo no es sino un comitente. Si el amo es responsable porque escogió á sus domésticos, aquel que escoge á los operarios debe también serlo por el solo hecho de haberlos escogido; poco importa que los dirija ó nó.

579. Vamos á examinar la jurisprudencia; no es tan segura como se dice. Hay casos en ambos principios que conducen á la misma consecuencia. Un cultivador francés tomó á su servicio para la cosecha, á un aldeano belga. Este, que tenía la costumbre de fumar mucho, y lo hacía aún mientras trabajaba depositó en un agujero, cerca de las aces de trigo, algunos carbones encendidos con intención de servirse de ellos para encender su pipa. Tuvo lugar un incendio que destruyó la cosecha en una extensión de 30 ó 40 hectáreas. El cultivador fué declarado responsable. Se dice en la

1 Denegada, 17 de Mayo de 1865, dos sentencias (Daloz, 1865, 1, 372 y 373). Sourdat, t. II, pág. 120, núms. 890 y 891. Aubry y Rau, t. IV, págs. 761 y siguientes, notas 25 y 26. En sentido contrario, Larombière, t. V, pág. 747, núm. 10 (Ed. B., t. III, pág. 447).

sentencia que el mozo cosechero representaba al cultivador por cuenta de quien trabajaba, que éste tenía el derecho y el deber de dirigir y vigilar su trabajo; en fin, que el cultivador tenía que imputarse el haber empleado un mozo de labranza imprudente, del que conocía las peligrosas costumbres, y de no haber vigilado para evitar el accidente que pudiera resultar. Después de haber comprobado estos hechos, según la sentencia atacada, la Corte de Casación concluye que el obrero había sido *escogido* por el amo y *empleado* por él en su trabajo que ejecutaba para él y bajo su *autoridad*; lo que según el art. 1,384, hacía al amo responsable. (1) La Corte reúne ambos principios, uno y otro justificaba la responsabilidad del amo; de manera que, no se sabe cuál es, según la Corte, el principio decisivo.

Hay una sentencia análoga de la Corte de Casación de Bélgica. Un propietario emplea á un leñador para tumbiar un árbol; en el momento en que pasaba una carreta, el árbol cayó é hirió á un joven que murió por su herida. El propietario fué declarado responsable por la Corte de Gante. En el recurso, intervino una sentencia de denegada. La Corte de Casación comprueba que el leñador había sido empleado por el demandante para abatir el árbol: hé aquí el principio de la ley; luego que el propietario tenía el derecho y el deber de dirigir el trabajo del obrero: hé aquí el principio de la jurisprudencia. La Corte concluye que estas circunstancias justifican plenamente la aplicación del artículo 1,384. (2)

Con más razón no puede haber duda cuando el debate versa acerca de la responsabilidad del empresario cuyo obrero causó un incendio por su imprudencia. En el caso, se trataba de un obrero que fumando dió lugar á un incendio en

1 Sala Criminal, Denegada, 13 de Diciembre de 1856 (Daloz, 1857, 1, 75).

2 Denegada, 6 de Julio de 1868 (*Pasicrisia*, 1868, 1, 468).

un granero encerrando restos de algodón. Es admitido por todos que el empresario es el comitente del obrero que emplea. (1)

580. El conflicto de ambos principios se ha presentado en el caso siguiente. Un propietario contrata á un operario para colocar unos tubos de chimeneas; durante esos trabajos cayeron varios ladrillos é hirieron á un transeunte. De ahí la cuestión de saber si el propietario era responsable. La Corte de Douai lo decidió negativamente, en virtud del principio que hemos combatido. Esta cuestión exige dos condiciones para que haya lugar á la responsabilidad del art. 1,384: Primero que el comitente haya escogido un empleado capaz de llenar la misión que le encarga; después que tenga el derecho de dirigirlo y vigilarlo en el cumplimiento de sus funciones. Esta segunda condición es invención de la jurisprudencia; la Corte de Douai no la justifica; no se encontraba en el caso, y no se encuentra casi nunca: ¿Cuál es el propietario que conoce los oficios de todos los operarios que emplea? En consecuencia, la Corte decidió que el propietario no era responsable. (2) La sentencia fué casada por un motivo extraño á nuestra cuestión y enviada á la Corte de Amiens. Había dos causas de responsabilidad: Primero la imprudencia ó impericia del obrero, de que el comitente era civilmente responsable; en seguida el descuido del propietario y del obrero en no avisar á los transeuntes por medio de una señal, que se ejecutaban trabajos en el techo. Hagamos por un momento el segundo hecho á un lado; en el recurso, la Corte de Casación había evitado pronunciarse, y la Corte de Amiens solo dijo una palabra: «Si para el trabajo que hacía el obrero hojalatero puedè, á todo

1 Paris, 15 de Abril de 1847 (Dalloz, 1847, 4, 423, núm. 9). No hay que distinguir si el obrero trabaja al día por destajo. Aix, 13 de Mayo de 1865 (Dalloz, 1866, 2, 237).

2 Douai, 26 de Diciembre de 1865 (Dalloz, 1866, 2, 237). Compárese Douai, 25 de Junio de 1841 (Dalloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 612).

rigor, ser considerado como habiéndolo tomado á su cargo, y no trabajando bajo la vigilancia directa del propietario.» (1) Se puede ver que la Corte evitó igualmente pronunciarse acerca del principio de la responsabilidad que la Corte de Douai había consagrado terminantemente. Hay por qué hesitar, puesto que el pretendido principio está en oposición con la tradición y con los motivos de la ley.

581. Las relaciones de comitente y de empleado implican la existencia de un contrato. Cuando el propietario trata directamente con los obreros, no hay ninguna duda en nuestra opinión; el amo es, en este caso, comitente. ¿Pero qué debe decidirse si trata con un empresario por un trabajo á destajo? El empresario ejecuta en este caso los trabajos en virtud de su contrato; él es quien escoge á los operarios, él es su comitente y no ya el propietario. La Corte de Casación lo juzgó así en un caso en que el daño había sido causado por los obreros, precisamente por haber observado las cláusulas de un contrato de empresa. Esta era una razón más para no hacer responsable al propietario. Debemos agregar que la Corte alega los motivos que se dan de costumbre en apoyo del principio que la jurisprudencia ha consagrado. (2) Esto es también un caso en el que los dos principios conducen á la misma consecuencia.

Una cuestión análoga se ha presentado ante la Corte de Bourges, que la decidió en el mismo sentido. Un propietario trata con un empresario para limpiar granos con la máquina llamada *limpiadora*; el empresario escogió á sus operarios y por su imprudencia sucedió un accidente á una joven obrera. ¿Era responsable el propietario? Nó, dice la Corte, porque descansó en el empresario para todos los cuidados de ese trabajo: La marcha de la máquina, la vigilancia y la dirección

1 Amiens, 24 de Febrero de 1869 (Dalloz, 1869, 2, 153).

2 Denegada, Sala Criminal, 10 de Noviembre de 1859 (Dalloz, 1860, 1, 49).

de los obreros. (1) En nuestra opinión, se llega á la misma consecuencia: El propietario no trata ni directa ni indirectamente con los operarios; no es, pues, su comitente, y por consiguiente, no es responsable; él no los escogió.

No es necesario decir que los mismos principios reciben su aplicación en el caso en que una compañía trata con un empresario el que tiene la dirección exclusiva de los trabajos y, por consiguiente, la elección de los operarios. La Corte de Casación ha sentenciado que la compañía no es responsable del hecho de los operarios; y da para ello el motivo habitual, es que la responsabilidad del art. 1,384 supone que el comitente tiene derecho á dar órdenes é instrucciones á los obreros acerca del modo de llenar sus funciones. (2) En esta opinión, la responsabilidad está fundada en una culpa de la dirección y en una falta de vigilancia. La presunción de culpa sería, pues, la misma para los propietarios y para los empresarios que el art. 1,384 declara responsables del hecho ageno. Si el principio fuera idéntico, ¿para qué admitiría la ley para los padres, profesores y artesanos una excusa que no admite para los comitentes? La jurisprudencia se ha colocado más allá de la ley, porque la responsabilidad le ha parecido demasiado severa para los propietarios, pero la severidad está en la ley; y la indulgencia que la opinión general demuestra á los propietarios se vuelve una injusticia para aquellos que son los víctimas de la impericia ó el descuido de los operarios.

Núm. 2. Condición de la responsabilidad.

582. El art. 1,383 exige una condición para que los comitentes sean responsables por el hecho de sus dependientes, y es que el daño haya sido causado en el desempeño de las funciones para las que fueron empleados. De ahí sigue que si el

1 Bourges, 23 de Enero de 1867 (Daloz, 1867, 2, 197).

2 Casación, Sala Criminal, 20 de Agosto de 1847 (Daloz, 1847, 4, 421).

daño ha sido causado fuera de estas funciones, los comitentes cesan de ser responsables. Esta condición es una consecuencia del motivo en el que está fundada la responsabilidad de los comitentes. Escogen á un dependiente para llenar ciertas funciones; es cumpliendo con el servicio como el dependiente causa un daño por un delito ó un cuasidelito; la ley presume que el daño fué causado por culpa del comitente porque hizo la elección de un empleado inhábil, imprudente y malvato. La presunción de culpa y, por consiguiente, la responsabilidad, suponen, pues, que el daño fué causado dentro del servicio. Si el dependiente causó el daño fuera de su servicio, la razón de la responsabilidad del comitente deja de existir, no se le puede reprochar el haber hecho una mala elección, porque el daño causado nada tiene de común con el servicio para el que fué escogido el dependiente, y desde que no hay presunción de culpa la responsabilidad del art. 1,384 no tiene ya razón de ser.

Un solo y mismo hecho puede, pues, comprometer la responsabilidad del comitente ó no comprometerla, según haya sido cometido dentro ó fuera del servicio. Hé aquí un caso en que el daño fué causado por dependientes teniendo comitentes diferentes; uno de estos fué declarado responsable y el otro nó, por aplicación del principio que acabamos de establecer. Un empleado del resguardo vió á un carretero montado en su carreta contrariamente á los reglamentos; le ordenó bajarse, y habiéndose negado, quiso obligarlo. Se emprendió una lucha en que tomó parte otro carretero que acompañaba al primero. Unas heridas dieron lugar á una acción por daños y perjuicios y responsabilidad contra los amos de ambos carreteros; uno y otro fueron sentenciados por el primer juez. No había ninguna duda en cuanto al amo del primer carretero: Era en su servicio como había contravenido el reglamento agravando después su culpa resistiendo á la orden que había recibido é hiriendo al que se la había da-

de los obreros. (1) En nuestra opinión, se llega á la misma consecuencia: El propietario no trata ni directa ni indirectamente con los operarios; no es, pues, su comitente, y por consiguiente, no es responsable; él no los escogió.

No es necesario decir que los mismos principios reciben su aplicación en el caso en que una compañía trata con un empresario el que tiene la dirección exclusiva de los trabajos y, por consiguiente, la elección de los operarios. La Corte de Casación ha sentenciado que la compañía no es responsable del hecho de los operarios; y da para ello el motivo habitual, es que la responsabilidad del art. 1,384 supone que el comitente tiene derecho á dar órdenes é instrucciones á los obreros acerca del modo de llenar sus funciones. (2) En esta opinión, la responsabilidad está fundada en una culpa de la dirección y en una falta de vigilancia. La presunción de culpa sería, pues, la misma para los propietarios y para los empresarios que el art. 1,384 declara responsables del hecho ajeno. Si el principio fuera idéntico, ¿para qué admitiría la ley para los padres, profesores y artesanos una excusa que no admite para los comitentes? La jurisprudencia se ha colocado más allá de la ley, porque la responsabilidad le ha parecido demasiado severa para los propietarios, pero la severidad está en la ley; y la indulgencia que la opinión general demuestra á los propietarios se vuelve una injusticia para aquellos que son los víctimas de la impericia ó el descuido de los operarios.

Núm. 2. Condición de la responsabilidad.

582. El art. 1,383 exige una condición para que los comitentes sean responsables por el hecho de sus dependientes, y es que el daño haya sido causado en el desempeño de las funciones para las que fueron empleados. De ahí sigue que si el

1 Bourges, 23 de Enero de 1867 (Daloz, 1867, 2, 197).

2 Casación, Sala Criminal, 20 de Agosto de 1847 (Daloz, 1847, 4, 421).

daño ha sido causado fuera de estas funciones, los comitentes cesan de ser responsables. Esta condición es una consecuencia del motivo en el que está fundada la responsabilidad de los comitentes. Escogen á un dependiente para llenar ciertas funciones; es cumpliendo con el servicio como el dependiente causa un daño por un delito ó un cuasidelito; la ley presume que el daño fué causado por culpa del comitente porque hizo la elección de un empleado inhábil, imprudente y malvato. La presunción de culpa y, por consiguiente, la responsabilidad, suponen, pues, que el daño fué causado dentro del servicio. Si el dependiente causó el daño fuera de su servicio, la razón de la responsabilidad del comitente deja de existir, no se le puede reprochar el haber hecho una mala elección, porque el daño causado nada tiene de común con el servicio para el que fué escogido el dependiente, y desde que no hay presunción de culpa la responsabilidad del art. 1,384 no tiene ya razón de ser.

Un solo y mismo hecho puede, pues, comprometer la responsabilidad del comitente ó no comprometerla, según haya sido cometido dentro ó fuera del servicio. Hé aquí un caso en que el daño fué causado por dependientes teniendo comitentes diferentes; uno de estos fué declarado responsable y el otro nó, por aplicación del principio que acabamos de establecer. Un empleado del resguardo vió á un carretero montado en su carreta contrariamente á los reglamentos; le ordenó bajarse, y habiéndose negado, quiso obligarlo. Se emprendió una lucha en que tomó parte otro carretero que acompañaba al primero. Unas heridas dieron lugar á una acción por daños y perjuicios y responsabilidad contra los amos de ambos carreteros; uno y otro fueron sentenciados por el primer juez. No había ninguna duda en cuanto al amo del primer carretero: Era en su servicio como había contravenido el reglamento agravando después su culpa resistiendo á la orden que había recibido é hiriendo al que se la había da-

do. El amo del segundo carretero apeló, y la Corte lo descargó, con razón, de toda responsabilidad. En efecto, el segundo había abandonado su servicio; es decir, su carreta, para tomar parte en una querrela que era completamente ajena á su servicio; luego no era un daño causado dentro de las funciones para las que su amo lo empleaba y, por lo tanto, no había lugar á responsabilidad. (1)

583. Se ve por este ejemplo que el amo es responsable del daño causado por su dependiente solo cuando el hecho tiene lugar á ocasión del servicio que se le ha encomendado. Las heridas hechas al empleado del resguardo nada tienen de común con el servicio del carretero; no fué cumpliendo mal sus funciones como tal, que había causado un daño, era con ocasión de su servicio; esto basta para hacer al amo responsable por la mala elección que había hecho.

Este punto está, sin embargo, controvertido. Se enseña que el comitente no es responsable sino cuando el dependiente ejerce sus funciones con imprudencia, torpeza ó maldad. Así que el carretero conduce mal su carreta, y por esta impericia lastima á un transeunte, el amo es responsable; pero si el carretero lastima á propósito á un transeunte, el amo no será responsable porque el daño no tiene por causa el ejercicio torpe de su función de carretero; luego el amo no es culpable. (2) Hay una sentencia en este sentido, pero dicha sentencia demuestra lo que tiene de falso el principio de donde se parte. La Corte de Bruselas ha decidido que la responsabilidad de los comitentes debía ser restringida á los hechos que constituyen una culpa en la manera de cumplir las funciones que el dependiente está llamado á llenar; cuando éste cause un daño por maldad que ninguna previsión humana podía impedir, el comitente no es responsable. (3)

1 Rouen, 18 de Enero de 1837 (Dalloz, 1845, 2).

2 Mourlon, *Repeticiones*, t. II, pág. 890, núm. 1,694.

3 Bruselas, 8 de Diciembre de 1864 (*Pasicrisia*, 1865, 2, 360).

Decimos que la aplicación al principio; en efecto, la Corte limita á ciertos hechos la responsabilidad que la ley establece para todos los hechos que causan un daño, sean éstos cuasidelitos ó delitos.

584. La jurisprudencia está en el sentido de nuestra opinión. Necesitamos entrar en algunos pormenores para dar á conocer la jurisprudencia, porque las cortes no proceden por principios generales. Una acción por responsabilidad fué dirigida contra una compañía acerca de diceses difamatorios reprochados á sus agentes. La compañía objetó lo que se dice en la opinión que combatimos: Que sus agentes habían obrado contrariamente á sus instrucciones terminantes; luego fuera de su mandato y, por consiguiente, de sus funciones. Nó, dice la Corte de Orléans; basta que los hechos de los dependientes se relacionen con el objeto de su mandato y hayan tenido lugar á ocasión de su ejecución para que los comitentes sean responsables. (1)

Un crimen odioso es cometido por un cochero en la persona de una joven de trece años que estaba encargado de llevar á la escuela. Hé aquí seguramente un hecho extraño al dependiente; sin embargo, el comitente fué declarado el responsable, porque el atentado había tenido lugar á ocasión del ejercicio de sus funciones. (2) El texto y el espíritu de la ley ordenan que el comitente sea responsable de los delitos de quienes ha confiado un servicio, desde que estos delitos se cometen á ocasión del mismo servicio.

Un doméstico tira con un fusil sobre unos pájaros mientras que trabajaba en la granja de su amo; hiere á una joven que pasaba en este momento: El amo fué declarado responsable. El doméstico no cumplía seguramente con una función de su servicio tirando á los pájaros, pero lo hacía á la vez que trabajaba; basta, dijo la Corte de Nancy, que el he-

1 Orléans, 21 de Diciembre de 1854 (Dalloz, 1857, 2, 30). Denegada, 5 de Noviembre de 1855 (Dalloz, 1856, 1, 353).

2 Tribunal del Sena, 28 de Mayo de 1872 (Dalloz, 1873, 3, 7).

cho se ligue á las funciones de una manera cualquiera por circunstancias de tiempo, de lugar ó de servicio. La Corte agrega que el amo es responsable por no haber sido bastante cuidadoso en su elección ni bastante atento en su vigilancia; (1) este último motivo está de más, pues resultaría que el amo pudiera excusarse cuando no pudo impedir el hecho; y la Corte hace notar que la ley no le permite esta excusa; hay, pues, que abandonar toda idea de vigilancia. Solo hay una restricción que hacer, y es que tratándose de un delito ó de un cuasidelito, es preciso que haya culpa. La ley presume la culpa del comitente, pero la presunción no es aplicable sino cuando el daño ha sido causado dentro de las funciones para las que el dependiente ha sido designado. Una vez este hecho establecido, el comitente no está admitido á probar que no pudo impedir el hecho que da lugar á su responsabilidad. Volveremos á hablar acerca de este punto. La Corte de Paris aplicó la restricción cometida por un doméstico fuera de su servicio y á consecuencia del rencor personal que el culpable abrigaba contra su víctima. (2) Pero la Corte declaró responsable del asesinato cometido por un guardacaza, al propietario y á los arrendatarios del bosque, porque el crimen había tenido lugar en las funciones para las que el guarda era empleado; es decir, en la cacería en la que tomaba parte en su calidad de guarda. (3)

585. Para que el amo no sea responsable es menester que el hecho haya tenido lugar fuera de su servicio. Cuando el servicio es permanente, se podría creer que el dependiente obra siempre en el ejercicio de sus funciones, porque no puede despojarse de su calidad de doméstico, de obrero, ó de dependiente. El texto responde á la objeción, puesto que implica que el empleado puede causar un daño fuera de sus funciones y que, en este caso, el amo no es responsable.

- 1 Nancy, 5 de Abril de 1873 (Daloz, 1874, 2, 52).
- 2 Paris, 19 de Mayo de 1874 (Daloz, 1874, 2, 214).
- 3 Paris, 19 de Mayo de 1874 (Daloz, 1874, 2, 214).

¿Cuándo el empleado está en sus funciones, y cuándo no está en ellas? Esto es una cuestión de hecho; (1) esta decisión pertenece al juez y no puede ligarse á presunciones que la ley ignora. La Sala Criminal de la Corte de Casación dice que un doméstico, en la casa de su amo, está siempre colocado bajo la autoridad de éste, y que se le *reputa* como obrando en las funciones á las que está empleado. (2) Esto es crear una presunción y ésta, si se admitiera, conduciría á hacer al amo siempre responsable; en efecto, el amo tiene una autoridad permanente sobre el doméstico, tanto fuera como dentro de su casa. Es siempre la idea de *autoridad y de vigilancia* lo que hace que la Corte se equivoque; hay que apartarla, puesto que es extraña á la ley. Puede muy bien suceder que el doméstico no esté en el ejercicio de sus funciones cuando causa un daño en la casa de su amo. El caso se presentó ante la Corte de Casación: Los domésticos habían invitado á una persona extraña y le hicieron beber un licor envenenado. No se puede decir que una invitación sea un servicio al que el amo emplee á sus domésticos; por eso la Corte de Casación sentenció que este grave accidente no era imputable á nadie. (3)

Las funciones de los dependientes son muy diversas, y por consiguiente, muy divididas; debe estrictamente mantenerse la regla del Código en lo que se refiere á ellas. Si han obrado en la esfera de sus atribuciones, el amo es responsable. Un dependiente hace descontar unas letras falsas fabricadas en nombre de su patrón; éste fué declarado responsable, porque el dependiente estaba habitualmente encargado de presentar las letras de su amo en casa del banquero para descontarlas y recibir el producto.

1 Véanse aplicaciones en el *Repertorio* de Daloz, núm. 577, en la palabra *Responsabilidad*.

2 Casación, 30 de Agosto de 1860 (Daloz, 1860, 1, 518).

3 Denogada, 5 de Junio de 1861 (Daloz, 1861, 1, 439).

Un empleado de la compañía del ferrocarril trabajaba en los escritorios en que estaban los registros de acciones. Desprendió ocho acciones al portador que tenían solamente una de las tres firmas que debían tener, falsificó las otras dos y negoció las acciones. Los terceros engañados promovieron por responsabilidad contra la compañía. Esta demanda no fué acogida porque el empleado había cometido el delito de falsificación fuera de sus funciones. (1)

Cuando el empleado obra fuera de sus atribuciones, no se puede decir que el patrón sea responsable por haberlo empleado en un servicio en el que causó un daño. Pero en esta hipótesis, el patrón podrá estar comprometido por sí, si el daño ha sido causado por su negligencia. Un banquero deja los registros, sellos y esqueletos de su casa, á la disposición de uno de sus empleados, quien se sirve de ellos para fabricar dos pagarés falsos. Fué sentenciado que el banquero no era responsable en virtud del art. 1,384, pero que sí lo era en virtud del art. 1,382, por haber cometido personalmente un cuasidelito. (2)

586. Las cortes se resisten algunas veces ante la aplicación de la responsabilidad que el art. 1,384 establece á cargo de los comitentes. ¿Se extiende esta aplicación á los delitos criminales? La afirmativa no es dudosa; puesto que la ley no distingue, no hay lugar á distinguir. Toda limitación es arbitraria, puesto que esto es crear una excepción cuando la ley no admite ninguna. Se dirá en vano que la responsabilidad de los comitentes es exorbitante, y que no debe extenderse más allá de las operaciones y hechos de comercio. (3) Contestarémos con la Corte de Paris que la ley la quiso severa; si lo es demasiado, debe corregirse. La sentencia de la Corte afirma la opinión que hemos enseñado: "Es-

1 Paris, 19 de Mayo de 1848 (Daloz, 1848, 2, 146).

2 Denegada, 25 de Noviembre de 1845 (Daloz, 1846, 2, 32).

3 Bruselas, 21 de Febrero de 1842 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 258).

ta responsabilidad especial es de las más extensas; se mide en la entera libertad de la elección del amo ó comitente que deposita su confianza, y la posibilidad que tiene de informarse completamente acerca de la moralidad y capacidad del doméstico ó dependiente que inviste. Una sola condición existe para esta responsabilidad de los amos y comitentes, y es que el daño haya sido causado por sus domésticos ó empleados dentro de las funciones á que se destinan, lo que debe entenderse sobre todo para los abusos cometidos en el cumplimiento de dichas funciones, cuasidelitos, delitos ó crímenes. Siempre que el hecho perjudiciable se ligue ó se relacione con la función, que solo sea una extensión abusiva de ella, la condición de la ley existe y la responsabilidad de los amos está incurrida." (1)

587. Sucede frecuentemente que el daño está causado por un empleado á otro empleado. Se pregunta si el amo ó comitente será responsable. La Corte de Casación se ha pronunciado por la afirmativa, y con razón. La ley es general, no distingue, y no hay lugar á distinguir; hay al contrario, un motivo más de responsabilidad; el amo debe vigilar á que uno de sus domésticos no esté lesionado por la imprudencia, negligencia ó maldad de otro doméstico. Se supone que el daño ha sido causado durante el tiempo en que los domésticos ejecutan un trabajo común que les ha sido confiado. (2) Si el hecho perjudiciable es extraño á las funciones de los dependientes, el amo no es responsable; esto es el derecho común. (3)

Hay algunas hesitaciones en la jurisprudencia. La Corte de Tolosa sentenció que los domésticos son, en verdad, responsables entre sí, pero que el amo se liberta por el salario

1 Paris, 15 de Mayo de 1851 [Daloz, 1852, 2, 240].

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 760, nota 19, y las autoridades que son citadas.

3 Tribunal del Sena, 20 de Agosto de 1872 [Daloz, 1873, 5, 406, núm. 27].

comprometido de las eventualidades de trabajo que los asalariados aceptan. Esto es una mala razón: el salario que el comitente paga á sus dependientes, nada tiene de común con la responsabilidad que la ley le impone. La sentencia fué casada. (1) La Corte de Lyon sentenció como la Corte de Tolosa: que los dependientes aceptan las eventualidades del peligro que el trabajo presenta, y que estas eventualidades están compensadas por el salario que reciben. (2) Esta jurisprudencia confunde dos órdenes de ideas muy diferentes. Sin duda el que se encarga de un trabajo acepta las eventualidades de peligro que resultan del mismo, y estas eventualidades se toman en consideración en la estipulación del salario. El amo no responde por el daño que el obrero sufre, porque lo pagó adelantado; se supone que no hay ninguna imprudencia que reprochar al comitente, pues éste responde siempre de su hecho. (3) Pero si el daño no es causado por la ejecución del trabajo, si lo es por un hecho que constituye un delito ó un cuasidelito; el dependiente tiene derecho á una indemnización por acción directa contra el autor del hecho perjudiciable y por acción en responsabilidad contra el amo. Aquí no puede decirse ya que el salario indemnice al obrero, pues los delitos y cuasidelitos no se toman en consideración para fijar el monto del salario.

La Corte de Lyon ha cambiado su jurisprudencia primera. Un barco de vapor habiendo hecho explosión, varios marineros fueron heridos, y uno de ellos perdió la vida. La viuda de éste y sus hijos pidieron daños y perjuicios contra el propietario del barco. Esta demanda fué acogida por la Corte. Sienta en principio que es deber de los jefes de esta-

1 Casación, 28 de Junio de 1841 [Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 630, 1^o].

2 Lyon, 29 de Diciembre de 1836 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 632).

3 Sourdat, t. II, pág. 145, núms. 912 y 913. Aubry y Rau, t. IV, pág. 760, notas 20 y 21. Lyon, 19 de Julio de 1853 (Daloz, 1853, 2, 233).

blecimientos industriales de poner á la seguridad de los obreros que emplean y que son responsables para con aquellos, por todos los accidentes y daños que puedan sobrevenir, ya por vicio de construcción ó falta de mantención de las máquinas y aparatos, sea por la negligencia ó la torpeza de los empleados á los varios servicios del establecimiento. Y, en el caso, la ruptura del caldero era atribuida á una de estas causas. (1)

Núm. 3. *¿Cuándo cesa la responsabilidad?*

588. Pothier, después de haber dicho que los amos son responsables del daño causado por los sirvientes ú obreros que emplean en algún servicio, agrega: "Lo son, aun en el caso en que no hubiera estado en su poder impedir el delito ó el cuasidelito, cuando los hechos fueron cometidos en el ejercicio de las funciones para las que fueron empleados por sus amos, aunque en su ausencia: lo que fué establecido para que los amos atiendan á no servirse sino de buenos domésticos." (2) ¿Ha sido esta doctrina consagrada por el Código Civil? La afirmativa resulta del texto y de los trabajos preparatorios. El art. 1,384 comienza por establecer la responsabilidad de los padres, de los amos y comitentes, de los profesores y artesanos; después hay un párrafo que dice así: "La responsabilidad citada tiene lugar, á menos que los *padres, profesores* y artesanos prueben que no pudieron impedir el hecho que da lugar á esta responsabilidad." La excepción está, pues, limitada á los padres, profesores y artesanos; la ley no la extiende á los amos y comitentes, por consiguiente, éstos no la pueden invocar. Se dirá que es un argumento sacado del silencio de la ley, pero el argumento es decisivo cuando se pone al texto del Código en relación con

1 Lyon, 13 de Diciembre de 1854 (Daloz, 1855, 2, 86). Compárese Lyon, 9 de Diciembre de 1854 (Daloz, 1855, 5, 391, núm. 23).

2 Pothier, *De las obligaciones*, núm. 121.

el fragmento de Pothier que acabamos de transcribir. El relator del Tribunado lo dice terminantemente; después de haber justificado la excepción que el art. 1,384 establece en favor de los padres, profesores y artesanos, agrega: «No sucede así con los amos y comitentes. Estos no pueden en ningún caso argüir de la imposibilidad en que pretenden haber estado para impedir el daño causado por sus domésticos y dependientes en las funciones en que los emplearon; el proyecto los sujeta *siempre* á la responsabilidad la más entera y la menos equívoca.» ¿Cuál es la razón de este rigor? Bertrand de Grenille contesta que nada tiene que no sea muy equitativo. «¿No es, en efecto, el servicio aprovechado por el amo el que produjo el mal que se quiere reparar?» ¿No tiene que reprocharse el haber puesto su confianza en hombres malvados, torpes é imprudentes? ¿y sería justo que los terceros resulten víctimas de esta confianza inconsiderada que es la primera causa, la verdadera fuente del daño que sufren? (1) Estas razones no nos parecen decisivas. No es exacto decir que es el servicio del amo lo que produjo el mal: El servicio es la ocasión y no la causa. Cuanto á la falta que se reprocha al comitente de haber puesto su confianza en hombres malvados, torpes ó imprudentes, supone que los patronos tienen la elección de los dependientes. Antaño puede ser que así fuera; pero las cosas han cambiado tanto que se pregunta á las señoras de casa si tienen la elección de sus domésticos. Que se pregunte á los jefes de industria si les es posible escoger á sus obreros, tomando á los más capaces y á los más moralizados. El tiempo está próximo en que los domésticos y los obreros impondrán su ley á los amos y á los comitentes. En este orden de cosas, la presunción de

1 Bertrand de Grenille, *Informe*, núm. 14 (Loaré, t. VI, pág. 281). Aubry y Rau t. IV, pág. 761, nota 22 y las autoridades que citan. Mourlon, t. II, pág. 390, núm. 1,695. La jurisprudencia está en este sentido. Casación, Sala Criminal, 25 de Noviembre de 1815 y 11 de Junio de 1836 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 695, 1^o); Paris, 15 de Mayo de 1851 (Daloz, 1852, 2, 241).

culpa en la que se funda el rigor de la ley, no tiene ya razón de ser. Es una excepción á una regla que no sufre ninguna. El relator del Tribunado confiesa que la imposibilidad bien comprobada de impedir el daño causado, equivale á la fuerza mayor, y la fuerza mayor no da ninguna acción á aquel que es víctima de ella. (1) Tal es el verdadero principio.

589. Los amos y los comitentes no pueden prevalecerse de la excepción del art. 1,384. ¿Es esto decir que no puedan invocar ninguna otra excepción? Nó; quedan bajo el imperio del derecho común, salvo en lo que concierne á la imposibilidad de impedir el daño causado. Debe, pues, aplicárseles lo que hemos dicho de la responsabilidad resultando de los delitos y cuasidelitos; ésta cesa bajo ciertas condiciones, cuando la parte lesionada sufrió el daño por culpa suya (núms. 573-575). La responsabilidad del hecho ajeno está también fundada en un cuasidelito; luego sin éste no hay responsabilidad. A los tribunales toca apreciar si, por razón de la culpa de la parte lesionada, no hay ya culpa que reprochar al comitente del empleado, autor del hecho perjudicial.

De hecho, la cuestión es muy delicada. El agente de una compañía de seguros recibe actas de adhesión de parte de varios cultivadores, los que tienen la imprudencia de pagarle las primas, aunque los estatutos dijese que un pago válido y liberatorio solo debía hacerse con la autorización expresa del director general. Sucedió un siniestro; los cultivadores que se creían asegurados, promovieron contra la compañía. En realidad, no estaban asegurados, el agente infiel no habiendo remitido sus actas de adhesión sino después del accidente; en cuanto á las primas, se las había apropiado. Había delito por parte del agente. ¿Era la compañía

1 Informe al Tribunado, núm. 13 (Loaré, t. VI, pág. 281).

responsable? La Corte de Orléans juzgó que no lo era, reformando la sentencia del primer juez, y contrariamente á las conclusiones del Ministerio Público. Se funda en los estatutos impresos de la compañía, que probaban que el agente había sobrepasado su mandato, lo que los adherentes podían y debían saber. La Corte Concluye que el dependiente no había obrado en el ejercicio de sus funciones, y que la compañía no tenía culpa. (1) Preferimos la decisión del primer juez. ¿El agente había causado el daño dentro de las funciones á las que lo destinaba la compañía? Difícil sería negarlo, pues las funciones de un agente de seguros consisten seguramente en recoger adhesiones. En el ejercicio de sus funciones, el agente había cometido dos delitos. No había mandado las adhesiones á la compañía, y había entregado recibos no firmados por el director. ¿Impedía esto, como lo dice la Corte, que este agente fuera el agente de la compañía? Había obrado como dependiente, pero infelizmente, engañando á la compañía y á los adherentes. Se estaba, pues, en el texto y en el espíritu del art. 1,384. Es verdad que los adherentes tenían culpa por no haber leído los estatutos impresos, pero este hecho era contestable. Había entre los cultivadores un hombre analfabético que ni siquiera sabía firmar. Aun los que saben leer ¿entienden bien las cláusulas de una póliza de seguros, las que son algunas veces oscuras á propósito? Pero admitiendo que hubo culpa que reprochárselos, ¿no tenía ninguna la compañía? Si los adherentes no leen los estatutos, es porque tienen confianza en los agentes mandatarios de la compañía. Esta confianza es la que se engaña cuando el agente es un bribón. Y ¿no es precisamente la mala elección que hace el comitente lo que constituye la culpa, por razón de la que el comitente es responsable? Esto nos parece decisivo.

1 Orléans, 12 de Noviembre de 1860 (Daloz, 1861, 2, 21).

ARTICULO 2.—Aplicación del principio.

Núm. 1. ¿Es responsable el Estado?

590. El art. 1,384, al declarar á los comitentes responsables por el daño causado por sus empleados, establece un principio general: Hay lugar á responsabilidad desde que hay un comitente y un empleado y que el daño ha sido causado por este último en el ejercicio de las funciones para las que fué nombrado. Se ha pretendido que la responsabilidad del hecho ageno, siendo una excepción, se necesitaba una disposición expresa de la ley para hacer responsable al comitente; y se ha concluido en Francia que las leyes y reglamentos de ferrocarriles no hacen responsables á los comitentes por los delitos cometidos por sus empleados, y que no se les podía aplicar la regla del art. 1,384. Esto fué así sentenciado por un Tribunal Correccional. Esto fué raciocinar muy mal. Es verdad que la responsabilidad del hecho ageno es excepcional; pero desde que la excepción está establecida en términos generales, como lo es la de los comitentes, forma regla; y es de la esencia de toda regla que deba recibir su aplicación á todos los casos que se presenten, sin que sea necesario repetirla para cada uno de ellos. La Corte de Casación lo ha sentenciado así declarando que un empresario de coches públicos es responsable de la contravención cometida por su cochero á los reglamentos del ferrocarril. (1)

591. La regla de la responsabilidad de los comitentes, ¿se aplica al Estado? Esta es una de las cuestiones las más difíciles de la materia. La doctrina no se ha ocupado de ella; y ha resultado que la jurisprudencia es también insegura. Si debe de creerse á los autores ordinariamente exactos, la cuestión no sería una cuestión. MM. Aubry y Rau

1 Casación, Sala Criminal, 14 de Junio de 1861 (Daloz, 1861, 1, 453).

responsable? La Corte de Orléans juzgó que no lo era, reformando la sentencia del primer juez, y contrariamente á las conclusiones del Ministerio Público. Se funda en los estatutos impresos de la compañía, que probaban que el agente había sobrepasado su mandato, lo que los adherentes podían y debían saber. La Corte Concluye que el dependiente no había obrado en el ejercicio de sus funciones, y que la compañía no tenía culpa. (1) Preferimos la decisión del primer juez. ¿El agente había causado el daño dentro de las funciones á las que lo destinaba la compañía? Difícil sería negarlo, pues las funciones de un agente de seguros consisten seguramente en recoger adhesiones. En el ejercicio de sus funciones, el agente había cometido dos delitos. No había mandado las adhesiones á la compañía, y había entregado recibos no firmados por el director. ¿Impedía esto, como lo dice la Corte, que este agente fuera el agente de la compañía? Había obrado como dependiente, pero infelizmente, engañando á la compañía y á los adherentes. Se estaba, pues, en el texto y en el espíritu del art. 1,384. Es verdad que los adherentes tenían culpa por no haber leído los estatutos impresos, pero este hecho era contestable. Había entre los cultivadores un hombre analfabético que ni siquiera sabía firmar. Aun los que saben leer ¿entienden bien las cláusulas de una póliza de seguros, las que son algunas veces oscuras á propósito? Pero admitiendo que hubo culpa que reprochárselos, ¿no tenía ninguna la compañía? Si los adherentes no leen los estatutos, es porque tienen confianza en los agentes mandatarios de la compañía. Esta confianza es la que se engaña cuando el agente es un bribón. Y ¿no es precisamente la mala elección que hace el comitente lo que constituye la culpa, por razón de la que el comitente es responsable? Esto nos parece decisivo.

1 Orléans, 12 de Noviembre de 1860 (Daloz, 1861, 2, 21).

ARTICULO 2.—Aplicación del principio.

Núm. 1. ¿Es responsable el Estado?

590. El art. 1,384, al declarar á los comitentes responsables por el daño causado por sus empleados, establece un principio general: Hay lugar á responsabilidad desde que hay un comitente y un empleado y que el daño ha sido causado por este último en el ejercicio de las funciones para las que fué nombrado. Se ha pretendido que la responsabilidad del hecho ageno, siendo una excepción, se necesitaba una disposición expresa de la ley para hacer responsable al comitente; y se ha concluido en Francia que las leyes y reglamentos de ferrocarriles no hacen responsables á los comitentes por los delitos cometidos por sus empleados, y que no se les podía aplicar la regla del art. 1,384. Esto fué así sentenciado por un Tribunal Correccional. Esto fué raciocinar muy mal. Es verdad que la responsabilidad del hecho ageno es excepcional; pero desde que la excepción está establecida en términos generales, como lo es la de los comitentes, forma regla; y es de la esencia de toda regla que deba recibir su aplicación á todos los casos que se presenten, sin que sea necesario repetirla para cada uno de ellos. La Corte de Casación lo ha sentenciado así declarando que un empresario de coches públicos es responsable de la contravención cometida por su cochero á los reglamentos del ferrocarril. (1)

591. La regla de la responsabilidad de los comitentes, ¿se aplica al Estado? Esta es una de las cuestiones las más difíciles de la materia. La doctrina no se ha ocupado de ella; y ha resultado que la jurisprudencia es también insegura. Si debe de creerse á los autores ordinariamente exactos, la cuestión no sería una cuestión. MM. Aubry y Rau

1 Casación, Sala Criminal, 14 de Junio de 1861 (Daloz, 1861, 1, 453).

responsable? La Corte de Orléans juzgó que no lo era, reformando la sentencia del primer juez, y contrariamente á las conclusiones del Ministerio Público. Se funda en los estatutos impresos de la compañía, que probaban que el agente había sobrepasado su mandato, lo que los adherentes podían y debían saber. La Corte Concluye que el dependiente no había obrado en el ejercicio de sus funciones, y que la compañía no tenía culpa. (1) Preferimos la decisión del primer juez. ¿El agente había causado el daño dentro de las funciones á las que lo destinaba la compañía? Difícil sería negarlo, pues las funciones de un agente de seguros consisten seguramente en recoger adhesiones. En el ejercicio de sus funciones, el agente había cometido dos delitos. No había mandado las adhesiones á la compañía, y había entregado recibos no firmados por el director. ¿Impedía esto, como lo dice la Corte, que este agente fuera el agente de la compañía? Había obrado como dependiente, pero infelizmente, engañando á la compañía y á los adherentes. Se estaba, pues, en el texto y en el espíritu del art. 1,384. Es verdad que los adherentes tenían culpa por no haber leído los estatutos impresos, pero este hecho era contestable. Había entre los cultivadores un hombre analfabético que ni siquiera sabía firmar. Aun los que saben leer ¿entienden bien las cláusulas de una póliza de seguros, las que son algunas veces oscuras á propósito? Pero admitiendo que hubo culpa que reprochárselos, ¿no tenía ninguna la compañía? Si los adherentes no leen los estatutos, es porque tienen confianza en los agentes mandatarios de la compañía. Esta confianza es la que se engaña cuando el agente es un bribón. Y ¿no es precisamente la mala elección que hace el comitente lo que constituye la culpa, por razón de la que el comitente es responsable? Esto nos parece decisivo.

1 Orléans, 12 de Noviembre de 1860 (Daloz, 1861, 2, 21).

ARTICULO 2.—Aplicación del principio.

Núm. 1. ¿Es responsable el Estado?

590. El art. 1,384, al declarar á los comitentes responsables por el daño causado por sus empleados, establece un principio general: Hay lugar á responsabilidad desde que hay un comitente y un empleado y que el daño ha sido causado por este último en el ejercicio de las funciones para las que fué nombrado. Se ha pretendido que la responsabilidad del hecho ageno, siendo una excepción, se necesitaba una disposición expresa de la ley para hacer responsable al comitente; y se ha concluido en Francia que las leyes y reglamentos de ferrocarriles no hacen responsables á los comitentes por los delitos cometidos por sus empleados, y que no se les podía aplicar la regla del art. 1,384. Esto fué así sentenciado por un Tribunal Correccional. Esto fué raciocinar muy mal. Es verdad que la responsabilidad del hecho ageno es excepcional; pero desde que la excepción está establecida en términos generales, como lo es la de los comitentes, forma regla; y es de la esencia de toda regla que deba recibir su aplicación á todos los casos que se presenten, sin que sea necesario repetirla para cada uno de ellos. La Corte de Casación lo ha sentenciado así declarando que un empresario de coches públicos es responsable de la contravención cometida por su cochero á los reglamentos del ferrocarril. (1)

591. La regla de la responsabilidad de los comitentes, ¿se aplica al Estado? Esta es una de las cuestiones las más difíciles de la materia. La doctrina no se ha ocupado de ella; y ha resultado que la jurisprudencia es también insegura. Si debe de creerse á los autores ordinariamente exactos, la cuestión no sería una cuestión. MM. Aubry y Rau

1 Casación, Sala Criminal, 14 de Junio de 1861 (Daloz, 1861, 1, 453).

enseñan que: "El Estado representado por diversos ministerios y administraciones, es como todo comitente, responsable por los daños causados por sus empleados, agentes ó sirvientes, en el ejercicio de sus funciones ó de su servicio. (1) Según esto el Estado sería regido en todo por el derecho común; esto es decir que la dificultad que acabamos de señalar, no existe. Pero consiste precisamente en precisar cuándo el Estado es comitente; los editores de Zachariæ parecen decir que lo es siempre, desde que el daño está causado por uno de sus subordinados; de manera que todo funcionario ó agente cualquiera del Estado sería un dependiente cuyos delitos ó cuasidelitos arrastrarían la responsabilidad del Estado. La consecuencia testifica en contra del principio de que procede, pues esta responsabilidad universal del Estado no es admitida por nadie; todos reconocen que el Estado no es siempre comitente; se trata de determinar cuándo lo es y cuándo nó.

Larombière vió la dificultad y trató de resolverla. Distingue. "Cuando el Estado organiza una administración pública en interés del *monopolio* ó de *especulación ordinaria*, en vista de una verdadera *explotación industrial*, es como si ejerciera una industria privada, y por consiguiente, las relaciones que resultan entre él y los ciudadanos están regidas por el derecho común." En esta primera hipótesis, no hay ninguna duda; el Estado industrial está en una misma línea que un particular que ejerce una industria. Sin embargo, Larombière agrega una restricción: excepto las modificaciones que esta responsabilidad que, con relación á él, no es *ni general ni absoluta*; puede sufrir en su extensión y sus efectos, según la naturaleza y las necesidades de cada servicio. "La restricción es tan vaga que destruye la regla. Si la responsabilidad del Estado como industrial, no es general ni absoluta,

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 759 y nota 16, pfo. 447. Compárese Sourdau, t. II, pág. 400, núm. 1,299.

no es exacto decir que está regida por el derecho común, pues el derecho común del art. 1,384 es general y absoluto. Cuanto á las modificaciones que admite Larombière á la responsabilidad, serían excepciones á la regla: ¿Dónde están escritas estas excepciones? ¿Cuál es su límite? Larombière no responde á la cuestión.

¿Solo es responsable el Estado cuando dirige una explotación industrial? Larombière dice que lo es también cuando, bajo autoridad de la ley, funda un establecimiento para *servicios públicos* de los que reglamenta las condiciones de existencia y las relaciones con los ciudadanos; cualquiera que sean las condiciones de orden público y de utilidad general que se liguen á ella, la posición del Estado no difiere de la de un simple particular. ¿Cuáles son estos *servicios públicos*? ¿Deben comprenderse en ellos, como lo hacen los editores de Zachariæ, los *diversos ministerios* y las *administraciones públicas*? Larombière nada precisa. Admite, además, para esta segunda hipótesis, las mismas restricciones y modificaciones que para la primera. En definitiva, los casos en que el Estado es responsable á título de comitente quedan inseguros. Solo una cosa es segura, es que el Estado no siempre es responsable. ¿Cuándo es?

Larombière contesta: "Cuanto á los *actos del gobierno propiamente dichos*, el Estado no es responsable por el daño causado por los delitos ó cuasidelitos de sus diversos funcionarios que, en los diferentes ramos de administración, son los depositarios de una parte más ó menos considerable de la autoridad pública. Sus actas, cualquiera que sea su naturaleza, no comprometen la responsabilidad. De otro modo, la marcha del gobierno sería constantemente estorbada y su acción apocada. El interés público sufrirá por todo cuanto se concediera á intereses individuales. Las partes lesionadas no tienen recurso contra los funcionarios y agentes que en el ejercicio de sus funciones han cometido un delito ó un

cuasidelito. (1) Queda por saber cuáles son los *actos de gobierno propiamente dichos* para los que el Estado no es responsable á título de comitente y, ¿cómo pueden distinguirse de los actos por los que es responsable el Estado, aunque sean de orden público y utilidad general? Larombière no contesta á estas cuestiones.

592. La jurisprudencia francesa está profundamente decidida: hay oposición radical entre la Corte de Casación y el consejo de Estado. La Corte de Casación decide que el artículo 1,384 es aplicable al Estado como á los particulares, y formula su doctrina en los más absolutos términos. Un coche-correo, encargado del transporte de despachos atropella y hiere á una persona. De ahí una acción por daños y perjuicios contra el correo y contra el Estado. La Corte de Agen condenó al correo; hemos relatado el caso más atrás. El Estado fué condenado como civilmente responsable por su empleado. Recurso de casación; la Corte, después, de deliberación en la Sala del Consejo, pronunció una sentencia de denegada. Asienta en principio que los arts. 1,382, 1,383 y 1,384 son aplicables, sin excepción, en todos los casos en que un hecho cualquiera del hombre causa á otro un daño producido por la culpa de su autor. El Estado, dice la sentencia, representado por los diferentes ramos de administración pública, es pasible de las condenas á las que el daño causado por el hecho, negligencia ó imprudencia de su agente, pueden dar lugar. La Corte concluye que al condenar al correo, dependiente de la administración, por la mala conducción del coche-correo personalmente, á la administración general de correos como civilmente, es responsable á reparar el perjuicio causado por la negligencia del conductor. La Corte de Agen había hecho una justa aplicación de los artículos 1,383 y 1,384. (2) Hacemos á un lado la dificultad de competencia.

1 Larombière, t. V, pág. 756, núm. 15 del art. 1,384 (Ed. B., tomo III, pág. 451).

2 Denegada, Sala Civil, 1º de Abril de 1845 (Daloz, 1845, 1, 261).

en la que existe el mismo conflicto entre la Corte de Casación y el consejo de Estado; esta dificultad no se presenta en nuestro derecho, puesto que no tenemos ya jurisdicción administrativa.

El consejo de Estado niega que el art. 1,384 sea aplicable al Estado; esta disposición, lo mismo que todo el Código Civil, teniendo por objeto regir las relaciones de los particulares entre ellos, y no las de la administración con los ciudadanos. No es que el consejo de Estado conteste toda responsabilidad civil del Estado, reconoce que éste, como propietario, como persona civil capaz de obligarse en los términos del derecho común, está sometido á las reglas de derecho civil. Pero el Estado, poder público, no está sometido á dichas reglas. No hay ley que declare al Estado responsable; solo hay algunas leyes especiales que, para determinados casos, han reconocido el principio de la responsabilidad del Estado por razón de la culpa de sus agentes. Tal es, por ejemplo, la ley del 6-22 de Agosto de 1791 acerca de aduanas (título VIII art. 19) que declara á la recaudación responsable del hecho de sus empleados en el ejercicio de sus funciones y por razón de ellas. Tal es también la ley de 15 de Julio de 1845 acerca de ferrocarriles (artículo 22) que somete al Estado á una responsabilidad semejante cuando el ferrocarril está explotado por su cuenta. Estas leyes especiales son excepción y solo se aplican á ese título; serían inútiles si el principio fuera que el Estado es responsable como lo son los particulares.

Lo que complica la dificultad en Francia, es la existencia de una jurisdicción administrativa. Los conflictos entre esta jurisdicción y la de los tribunales, son diarios. Para zanjarlos, se ha creado un Tribunal de los conflictos bajo el segundo imperio. Transcribimos una resolución de este Tri-

Compárese Denegada, Sala Civil, 19 de Diciembre de 1854 (Daloz, 1855, 1, 87).

bunal acerca de la cuestión que examinamos. En el caso, una acción por daños y perjuicios había sido intentada ante los tribunales ordinarios por un padre por heridas que su hija había sufrido por el hecho de obreros y empleados por la administración de tabacos. El Tribunal Civil, habiéndose declarado competente, el prefecto levantó un conflicto, el que fué mantenido por el Tribunal. Se lee en la sentencia: "Que la responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados á los particulares por el hecho de personas que emplea á su servicio, no puede ser regida por los principios que establece el Código Civil bajo la relación de particular á particular; que dicha responsabilidad no es general ni absoluta; que tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados." (1)

No entraremos en la discusión del conflicto que divide á la Corte de Casación y al consejo de Estado; lo hemos hecho de antemano, exponiendo la doctrina: el sistema de los señores Aubry y Rau, es el de la Corte de Casación, mientras que Larombière ha tomado su teoría de la jurisprudencia administrativa. El primer sistema es demasiado absoluto, como lo vamos á decir; el segundo nos parece estar en oposición con la ley. No hay dos derechos, el uno para los particulares, y el otro para el Estado; solo hay uno: es el Código Civil quien traza sus reglas. Si leyes especiales han declarado al Estado responsable, hay que considerarlo como una aplicación del principio de la responsabilidad escrita en el art. 1,384. Queda por saber si esta responsabilidad es general y absoluta, como parece decirlo la Corte de Casación.

593. Admitimos con la Corte de Casación, que el artículo 1,384 es aplicable al Estado cuando éste es comitente. La

1 Tribunal de conflictos, 8 de Febrero de 1873 y las conclusiones de David (Daloz, 1873, 3, 20).

dificultad es saber cuándo puede decirse que el Estado es comitente, y cuándo los funcionarios y empleados son dependientes. Debe aplicarse por analogía al Estado lo que la ley dice de los particulares. ¿En qué sentido el amo es un comitente con relación á sus domésticos? El amo emplea á sus domésticos en un servicio que no puede ó no quiere hacer por sí; la ley lo declara responsable cuando los domésticos, en el ejercicio de sus funciones, causan un daño por culpa suya. Lo mismo pasa con el patrón y el jefe de industria. Lo que caracteriza al comitente y al dependiente es, pues, un servicio que el último ejecuta en nombre y por cuenta del comitente. La cuestión está en saber si todos los funcionarios y empleados del Estado son dependientes, obrando en nombre y por cuenta del Estado. Así sucede cuando es el Estado el que obra por medio de sus agentes.

Tal es el transporte de documentos; éste es un servicio que el Estado hace por medio de los correos; éstos son los dependientes del Estado que les comite este servicio. Con más razón es comitente el Estado cuando ejerce el monopolio de una industria, tal como la fabricación de tabacos. El Estado industrial no difiere en nada del industrial particular, es comitente como un jefe de industria, y debe ser responsable como tal. El motivo de la responsabilidad es, en efecto, el mismo: el Estado escoge sus agentes; si los toma imprudentes ó malvados, debe responder por su elección, como los particulares responden por la suya. Se objeta en vano lo inmenso de esta responsabilidad: si la responsabilidad del Estado es más extensa que la de los particulares, tiene mil medios para ilustrarse, los que no tienen los particulares. Y las ventajas que ofrece á sus agentes son más considerables; resulta que el servicio público está más burlado que el servicio de los particulares, por lo tanto, el Estado tiene realmente una elección que no tienen los individuos. Luego el

texto y el espíritu de la ley concurren para hacer responsable al Estado cuando es comitente.

Pero no siempre lo es. Hay servicios públicos que el Estado organiza y dirige, sin que pueda decirse que sea comitente, y que los empleados sean dependientes. La distribución de la justicia y de la enseñanza son servicios públicos; sin embargo, los magistrados y los profesores no son dependientes, y el Estado no es su comitente. No es el Estado el que juzga y que enseña por el intermedio de estos funcionarios; éstos, una vez nombrados, ejercen sus funciones no como dependientes á los que el comitente da órdenes, pero como órganos de la soberanía nacional. Esto es evidente para los magistrados, puesto que el Estado, cuando menos en Bélgica, no es libre para escogerlos; no los puede destituir. Si tiene derecho para destituir á los profesores, no por esto puede decirse que el Estado enseña por sus dependientes de que es el comitente.

La dificultad estriba en precisar las condiciones requeridas para que el Estado sea comitente. Hé aquí un caso que se ha presentado ante el Tribunal de Bruselas. ¿Es el Estado responsable de una acta puesta por un cónsul en el ejercicio de sus funciones? El Tribunal ha resuelto negativamente. Se invocaba contra el Estado la regla general y absoluta, establecida por el art. 1,384. El Tribunal contestó que este artículo reglamenta los intereses privados y las relaciones de los ciudadanos entre sí. Esto no es decir que el art. 1,384 no sea aplicable al Estado. Deben distinguirse los casos en que el Estado obra como poder público, y los casos en que obra como persona jurídica; en la primera hipótesis, los actos del Estado no caen bajo la aplicación de la ley civil; pero sí en la segunda hipótesis. Y los cónsules no son agentes por cuyo intermedio obre el Estado como persona jurídica, son agentes internacionales, su misión es esencialmente política, quedan sometidos al derecho inter-

nacional; sus relaciones no son de intereses privados, aunque tengan por misión proteger dichos intereses; luego el art. 1,384 está fuera de causa. (1)

La definición dada por el Tribunal de Bruselas es demasiado estrecha. Hay casos en los que el Estado obra, no como persona jurídica, sino como gobierno, y en que, sin embargo, él es civilmente responsable. ¿Podrá decirse que el Estado obre como persona jurídica cuando organiza el servicio de correos? No; lo que no impide al Estado de ser evidentemente responsable por sus agentes. El principio admitido por el Tribunal de Bruselas, es demasiado restrictivo; conduce á la doctrina consagrada por la jurisprudencia del consejo de Estado; es decir, á limitar la responsabilidad del Estado á los casos en que obrase como propietario ó como parte en un contrato. Hay que mantener el principio más amplio del art. 1,384, y declarar al Estado responsable desde que es comitente. No lo es siempre. ¿Cuándo lo es y cuándo no lo es?

Ante la Corte de Bruselas, un demandante sostenía que el Estado, como toda persona, es comitente bajo las siguientes condiciones: Primero, que el dependiente haya sido libre y voluntariamente escogido; después, que el Estado tenga el derecho de darle instrucciones y aun órdenes acerca del modo de cumplir los actos que se le confían. El Tribunal ha desechado esta doctrina, y con razón; conduciría á considerar como dependiente á todo funcionario público, excepto á los magistrados, lo que es inadmisibile. Se necesita, además, dice el Tribunal, que la misión dada al empleado tenga por objeto intereses privados, y que el comitente sea quien los aproveche. Esta condición es igualmente demasiado restrictiva; resultaría que el Estado jamás sería comiten-

1 Tribunal de Bruselas, 30 de Abril de 1873 (*Pasicrisia*, 1873, 3, 294). Compárese 11 de Enero de 1862 (*Bélgica judicial*, 1863, página 291).

te porque jamás obra por interés privado y nunca saca utilidad por lo que hace, siendo el Estado, lo mismo que toda persona moral, solo un ser ficticio. El Estado, como órgano de la sociedad, obra siempre por deber social; la sociedad es quien aprovecha la utilidad, como ella es la que soporta las consecuencias de la responsabilidad de que incumbe al Estado.

En definitiva, hay que atenerse al texto del art. 1,384: El Estado es comitente en los casos en que un particular lo es y bajo las mismas condiciones. Se aplican por consiguiente, al Estado, las condiciones requeridas para que haya un comitente y un dependiente; ya las tenemos expuestas (números 571 y siguientes). La aplicación tiene algunas dificultades, aun cuando se trata de particulares. Hay una dificultad particular para el Estado. Este es comitente cuando él es quien obra por el intermedio de un agente; no es comitente cuando el funcionario obra, no como dependiente é instrumento del Estado, sino por sí como ejerciendo la misión social que le está delegada. Al juez toca apreciar en cada caso si las ideas del comitente y dependiente pueden aplicarse á las relaciones del Estado y del funcionario; la cuestión es de hecho más que de derecho.

594. Suponiendo que el Estado sea comitente, es preciso, además, para que sea responsable, que el dependiente haya cometido el daño dentro de las funciones para las que está designado. Este es el derecho común establecido por el art. 1,384, y recibe su aplicación al Estado; acerca de este punto no puede haber ninguna duda. Un agente forestal, ó un agente de la administración de aduanas comete un delito de caza. ¿Es responsable el Estado? No, pues lejos de cometerlo en el ejercicio de sus funciones, el delito es al contrario, exclusivo de estas funciones, como lo dice muy bien la Corte de Casación, lo que hace al art. 1,384 inaplicable. (1)

1 Casación, 2 de Marzo de 1854 (Daloz, 1854, 1, 104) Denegada, Sala Criminal, 16 de Abril de 1858 (Daloz, 1858, 1, 295).

595. Lo que decimos del Estado se aplica al municipio y á la provincia, estando encargados éstos de los intereses municipales y provinciales, al mismo título que el Estado para la gestión de los intereses generales. El municipio y la provincia son, pues, civilmente responsables del daño causado por sus agentes en las funciones para las que son empleados. Se entiende que se necesita que el municipio ó la provincia se n comitentes y que el agente sea su dependiente. La dificultad que acabamos de examinar para el Estado se presenta, pues, para el municipio y para la provincia. Dividió á la Corte de Casación de Bélgica de la Corte de Gante en el caso siguiente.

El municipio de Ostende ¿es responsable del daño causado por los prácticos del puerto en sus funciones? Se trata de saber si los prácticos son dependientes del municipio. La Corte de Gante decidió la cuestión afirmativamente; su sentencia fué casada, y la Corte de Bruselas, á la que el negocio fué devuelto, aceptó la manera de ver de la Corte de Casación. Creemos también que la Corte de Gante se equivocó, pero no aceptamos todos los motivos dados por la Corte de Casación. La Corte de Bruselas estableció muy bien que el municipio no podía ser considerado como comitente en materia de prácticos. Legalmente, el servicio de prácticos es extraño al municipio; antes de 1830 tenía la vigilancia de este ramo por interés de orden público, de policía, de navegación y de comercio. Esta vigilancia no era una dirección, por consiguiente, el Estado no era comitente y los prácticos no eran sus dependientes. Después de 1830, el Estado, no ejerciendo ya la vigilancia, el municipio estuvo obligado por la fuerza de las circunstancias á encargarse de este servicio aunque no entrase en sus atribuciones. De ahí el reglamento de 30 de Noviembre de 1830, en el que se apoyaba el demandante para hacer responsable al municipio por el hecho de los prácticos. ¿Había este decreto

cambiado la naturaleza de este servicio transformándolo en servicio dirigido por el municipio y sus agentes? De ninguna manera; el servicio quedó lo que siempre había sido, solo que la vigilancia, en lugar de ser ejercida por el Estado, lo era por el municipio. Esto es decisivo; según nuestro principio, el municipio no era comitente porque no obraba por medio de los prácticos; no siendo éstos dependientes, el art. 1,384 no era aplicable. (1)

La Corte de Casación examina la cuestión de principio: ¿Qué debe entenderse en el art. 1,384 por *comitentes* y por *dependientes*? Esta contesta que el Código Civil, tratando exclusivamente del *interés privado* y del *derecho civil* de los ciudadanos, las disposiciones de este Código no conciernen sino á las *personas* regidas por el derecho civil y los *actos* que pertenecen á la *vida civil* por su naturaleza y sus efectos. De ahí sigue que las calificaciones de comitentes y dependientes deban ser restringidas al caso en que fueron confiadas comisiones por *interés privado* y para los actos de la *vida civil*. La Corte concluye que el art. 1,384 es inaplicable á los cargos y funciones públicas establecidos por leyes que interesan el orden público y la buena administración del Estado. La Corte de Bruselas dice también que el art. 1,384 solo se refiere á *intereses civiles*. Este es el sistema de la jurisprudencia del consejo de Estado; conduce á negar que el Estado está sometido á una responsabilidad civil, á menos que trate como propietario. Hemos combatido esta jurisprudencia; la Corte de Casación de Francia sienta el principio contrario. Es seguro que la regla, tal cual la Corte de Casación de Bélgica la formula, es demasiado restringida. Todos admiten, como lo vamos á decir, la responsabilidad del Estado y, por consiguiente, la del municipio en materia de

1 Casación, 24 de Abril de 1840 (*Pasicrisia*, 1840, 1, 375), y sobre el recurso Bruselas, 18 de Enero de 1843 (*Pasicrisia*, 1843, 2, 46). Compárese Bruselas, 10 de Febrero de 1841 (*Pasicrisia*, 1841, 2, 369).

trabajos públicos; sin embargo, esto no es un interés civil, y el Estado y el municipio no obran como propietarios.

A decir verdad, el conflicto que existe en Francia entre el consejo de Estado y la Corte de Casación se refiere á la competencia más bien que al principio del art. 1,384; es una lucha del Poder Ejecutivo contra el Poder Judicial. Si el consejo de Estado sostiene que el art. 1,384 no se aplica al Estado, es para substraer á la jurisdicción ordinaria la acción de responsabilidad dirigida contra el Gobierno, pero una vez llevada esta acción ante un Tribunal administrativo, el consejo de Estado aplica las reglas del derecho civil y declara al gobierno ó al municipio responsables, aunque se trate de intereses públicos. (1) Y cuando los tribunales civiles conocen de una cuestión de responsabilidad, hacen lo mismo. Citarémos un ejemplo notable. Durante la desgraciada guerra de 1870, un destacamento del ejército prusiano ocupó la ciudad de Gien; el alcalde y el subprefecto fueron arrestados y constituidos prisioneros. Un intérprete prusiano dió orden al Ayuntamiento de alistar para el día siguiente un caballo y un coche para conducir al subprefecto á Orléans. Allí, un oficial se apropió el coche y el caballo. El propietario intenta una acción por indemnización contra la ciudad; ésta opuso que se trataba de un hecho de guerra que recaía en las víctimas. La Corte de Orléans no admitió esta defensa. La ciudad fué la que se requisicionó; ella, pues, es quien debe soportar las consecuencias. La ciudad objeta que el alcalde no había dado ninguna orden y que era un agente inferior el tambor quien había puesto en requisición el coche y el caballo. Poco importa, contesta la sentencia, que el agente haya sobrepasado sus poderes; él es un dependiente del municipio; luego éste responde por su culpa y por su delito. (2)

1 Decreto del 25 de Febrero de 1864 (*Dalloz*, 1864, 3, 83), y de 25 de Abril de 1867 (*Dalloz*, 1868, 3, 25).

2 Orléans, 8 de Marzo de 1872 (*Dalloz*, 1872, 2, 106, 2º caso).

Núm. 2. Trabajos públicos.

596. En los trabajos que se hacen por vía de empresa si un daño es causado á un particular, ¿quién es el responsable? Que lo sea el empresario, se comprende; esto es el derecho común del art. 1,382. Fué sentenciado que el empresario está obligado á una indemnización para con los propietarios ribereños de un canal, por razón de los daños causados á sus propiedades inundadas á consecuencia de una violenta tempestad, habiendo sido ocasionada la inundación por la mala disposición de un puente tirado sobre el canal para facilitar el transporte de los materiales de la empresa. (1)

Cuando se trata de trabajos de utilidad pública ejecutados por un empresario, si se presenta una dificultad acerca de la que haya alguna incertidumbre en la jurisprudencia ¿es responsable el Estado? Hay un caso en el que la solución no es dudosa. El Estado tiene agentes encargados de vigilar los trabajos; se supone que el daño procede á la vez por lo mal hecho del acto del empresario y por una falta de vigilancia por parte de los agentes de la administración en la dirección y ejecución de los trabajos. En estas circunstancias, el consejo de Estado declaró responsable al Estado en virtud del art. 1,384; en efecto, el texto es aplicable al pie de la letra, siendo el Estado comitente con relación á sus agentes cuales son sus dependientes. (2) ¿Pero puede también considerarse al Estado como comitente del empresario? Si se admite el principio que acabamos de establecer (números 591-593), hay que decidir que el empresario es el dependiente del Estado, de donde la consecuencia que éste es responsable del daño causado por aquel. En efecto, el Es-

1 Consejo de Estado, 27 de Agosto de 1823 (Daloz, en la palabra *Trabajos públicos*, núm. 835).

2 Consejo de Estado, 27 de Mayo de 1839 (Daloz, en la palabra *Trabajos públicos*, núm. 836), y 7 de Mayo de 1863 (Daloz, 1863, 3, 61).

tado ejecuta los trabajos por el intermedio del empresario. éste es, pues, su agente, su dependiente, al que comite los trabajos; lo escoge; si por negligencia ó incapacidad del empresario, un daño es causado, el Estado es responsable; se está en el texto y en el espíritu de la ley.

La jurisprudencia distinguía entre si la empresa se hacía, por destajo ó nó; libraba al Estado de toda responsabilidad cuando trataba á destajo con un empresario. Un obrero pereció en la ejecución de unos trabajos de excavaciones; la viuda reclamó daños y perjuicios contra el empresario y contra el Estado, civilmente responsable del hecho de su dependiente. La Corte de Paris condenó al Estado, pero su sentencia fué casada por la Corte de Casación, Sala Criminal. La Corte sienta en principio que la responsabilidad á la que el art. 1,384 somete á los comitentes no depende solo de que hayan escogido á sus dependientes, sino también supone que tienen el derecho de ordenarles lo relativo á la ejecución de las funciones en las que los emplea, sin cuya autoridad no hay verdaderos comitentes. Hemos combatido este principio en las relaciones entre particulares (número 572); desechamos también la aplicación que se hace de él en las relaciones del Estado con los empresarios. Sin duda el comitente tiene el derecho de dar órdenes é instrucciones á sus dependientes. ¿Quiere esto decir que si no usa de su derecho, deja de ser responsable? El Estado es quien impone sus condiciones al empresario, es libre para estipular que en la ejecución tendrá derecho á darle órdenes, si no lo hace abdica este derecho que le pertenecía, pero el empresario no deja de ser su dependiente. Si fuera de otra manera, la responsabilidad del art. 1,384 se haría ilusoria; al Estado le bastaría tratar á destajo para librarse de la responsabilidad que la ley le impone. En el caso conocido por la Sala Criminal, la compañía concesionaria habia tratado á destajo con el empresario; tenia, sin embargo, un sobrestante para vigilar

los trabajos en interés de la compañía; pero, dice la sentencia, este agente solo debía vigilar á que los trabajos fuesen ejecutados conforme á las convenciones intervenidas entre las partes, sin que tuviese que dar órdenes al empresario acerca del modo de ejecución de los trabajos. La Corte concluye que la compañía no se había conservado ningún derecho de vigilancia á este respecto. En estas circunstancias, dice la sentencia, la compañía no era un comitente, ni, por consiguiente, responsable. (1) ¿No es esto agregar á la ley una condición extraña á su texto, y contraria á la tradición? ¿Qué importa que el comitente vigile á su dependiente, ó se atenga a lo que haga éste? No es porque el comitente descuida de vigilar al dependiente por lo que es responsable; es por que únicamente lo escogió; y escogéndole, podía reservarse el derecho de darle órdenes; esto basta para que sea y continúe siendo comitente.

Una sentencia de la Corte de Paris, á la vez que sostiene el principio consagrado por la jurisprudencia, se demuestra más severa para el Estado y las compañías. En el caso, había empresa á destajo; el empresario, que había hecho una honda excavación, tuvo la imprudencia de no impedir su acceso sino por una débil barrera, y sin alumbrarla durante la noche; un coche pasó y cayó en el precipicio; pereció un viajero. Acción por daños y perjuicios por parte de la viuda. La compañía opuso que había contratado á destajo con el empresario. Esta defensa no fué acogida. La Corte admite, en verdad, que el empresario es únicamente responsable cuando es enteramente dueño de la dirección y operaciones; pero cuando está colocado en parte bajo la vigilancia de la

1 Casación, Sala Criminal, 20 de Agosto de 1847 (Dalloz, 1847, 4, 421). Compárese Denegada, Sala Criminal, 10 de Noviembre de 1859 (Dalloz, 1860, 1, 49). Lyon, 20 de Enero de 1863 (Dalloz, 1863, 2, 199). La jurisprudencia de las cortes de Bélgica está en el mismo sentido. Lieja, 18 de Diciembre de 1851 (*Pasicrisia*, 1852, 2, 320). Bruselas, 30 de Marzo de 1874 (*Pasicrisia*, 1874, 2, 208).

compañía, ésta continúa por su parte siendo responsable por los trabajos, en los que las imprudencias ó el descuido se hacen culpas comunes á ambos interesados. Tratábase de la construcción de un ferrocarril; la naturaleza misma de los trabajos, dice la Corte, implica que la dirección general debía quedar á cargo de la compañía. Es verdad que la empresa había tratado á destajo, pero esto no se relaciona sino con la naturaleza y el precio de los trabajos; la conducción y los pormenores de la operación quedaban bajo la autoridad de los ingenieros; luego la compañía no dejaba de ser comitente; también lo sabía que tenía estipulada la garantía en su provecho, para los accidentes que pudieran suceder por las imprudencias del empresario. La Corte agrega que las precauciones que debían de tomarse para la seguridad pública, constaban entre el número de disposiciones que la compañía tenía derecho y deber de prescribir al empresario; de donde resulta que su descuido en este punto la hacía responsable. En el recurso de casación intervino una sentencia de denegada, que confirmó la decisión de la Corte de Paris, fundándose en la declaración comprobada que la compañía se había reservado la elección de los trabajos. (1) Así, la Corte atiende menos al destajo que á la dirección; liga la responsabilidad al derecho y deber de vigilancia. En nuestro concepto, esto es confundir la responsabilidad de los comitentes con la de los padres, profesores y artesanos; esta última descansa en una presunción de culpa por falta de vigilancia; la otra está fundada únicamente en la elección que hace el comitente de su dependiente.

597. El principio de la responsabilidad ¿se aplica al Es-

1 Paris, 30 de Enero de 1864 (Dalloz, en la palabra *Vias ferrocarrileras*, núm. 632 y 1864, 2, 215), y Denegada, 17 de Mayo de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 373). Compárese Denegada, 10 de Noviembre de 1868 (Dalloz, 1869, 1, 133), y una sentencia del Tribunal de Bruselas de 19 de Marzo de 1873 (*Bélgica judicial*, 1873, pág. 913) y la requisitoria del Ministerio Público (Sr. Huiderscheidt).

tado cuando éste explota un ferrocarril? en Francia, la cuestión está resuelta por la ley de 15 de Julio de 1845, que dice en su art. 22: "Los concesionarios de un ferrocarril serán responsables, ya hácia el Estado, ya hácia los particulares por el daño causado por los administradores, directores y empleados de cualquier título al servicio de la explotación del ferrocarril. El Estado solo será sometido á la misma responsabilidad hácia los particulares cuando el ferrocarril esté explotado á sus costas y por su cuenta." En Bélgica, las leyes especiales sobre ferrocarriles nada dicen de la responsabilidad del Estado; de ahí una dificultad que dió lugar á nutridos debates en los que fué puesto en cuestión el mismo principio de la responsabilidad del Estado. Debemos detenernos en este punto; la jurisprudencia es insegura, porque le falta un principio; el que ha formulado no tiene la precisión necesaria en una materia tan difícil. Esto explica el conflicto que existió entre la Corte de Casación y las cortes de apelación, conflicto que condujo á un cambio de jurisprudencia en nuestra Suprema Corte; pero la opinión que ha prevalecido está siempre sujeta á controversias, cuando menos por lo que toca al principio. Un incendio se declara en un convoy; un viajero herido reclama daños y perjuicios contra el Estado, en virtud del art. 1,384. El Estado pretende que esta disposición no le es aplicable, porque la responsabilidad establecida por el Código Civil solo concierne á los actos de la vida civil, y que el Estado explota el ferrocarril en virtud de su misión gubernativa. El Tribunal de Lieja desechó la excepción. Es verdad, dice, que el transporte de viajeros y de mercancías por el Estado es un servicio público; pero cuando en un servicio público el Estado lesiona derechos particulares por los delitos ó cuasidelitos de sus agentes, es responsable como toda persona civil. El Estado reclama el beneficio de esta responsabilidad contra los particulares; debe también someter-

se á ella cuando lesiona intereses privados. La Corte de Apelación confirma la sentencia, sentando como principio que el art. 1,384 contiene una disposición general aplicable á las administraciones públicas como á los particulares. Admitimos el principio, pero en lugar de la lesión de *intereses* de que hablan el Tribunal y la Corte de Lieja, debe decirse que el Estado es responsable cuando lesiona un *derecho* privado; y para que el art. 1,384 sea aplicable al Estado, es necesario además que el Estado esté con sus subordinados en las relaciones de un comitente con su dependiente. Traducimos á lo que fué dicho más atrás (núms. 591-593). Poco importa, despues de esto, la naturaleza del servicio, y poco importa que el Estado obre como Gobierno ó como propietario.

En el recurso de casación, la sentencia de la Corte de Lieja ha sido casada. La Corte de Casación parte del principio que hemos ya combatido: "Las calificaciones de *comitente* y de *dependiente*, aunque generales, deben ser restringidas á las comisiones dadas en *interés privado* para *actos de la vida civil*; no se aplican á las funciones públicas creadas por leyes y reglamentos que tienen por objeto el *interés general* y la *administración del Estado*." En nuestro concepto, la Corte confunde el *acto* que lesiona el derecho con el *derecho* lesionado. La responsabilidad es un principio general, sin excepción; se aplica á *todo acto*, cualquiera que sea, que se trate de un acto de la vida civil ó de un acto de administración; vamos á ver que esta distinción es falsa. Esta responsabilidad es civil, en los casos previstos por los artículos 1,382-1,384, en este sentido, que todo *derecho lesionado* pertenece á una persona que abre una acción en reparación. El *derecho lesionado* debe ser un *derecho privado* para que haya lugar á la responsabilidad. Hay derecho lesionado cuando hay un delito ó un cuasidelito; es decir, un hecho perjudiciable. Y todo hecho perjudiciable de un de-

pendiente hace responsable al comitente. La única dificultad es saber cuándo es comitente el Estado; y en el caso, esta dificultad no se presentaba. Es bien claro que el Estado es comitente cuando explota un ferrocarril por intermedio de sus agentes; luego es responsable.

La Corte de Casación objeta que la administración de los ferrocarriles del Estado hace *acto de Gobierno* transportando á los viajeros y á las mercancías, puesto que es por interés general como el Estado ha sido encargado de construir y explotar las vías férreas. (1) Hemos contestado de antemano á esta objeción, y diremos al momento cómo la contestó la Corte de Gante y la Corte de Casación en salas reunidas. En nuestra opinión, y si se admite el principio tal como lo acabamos de relatar, la contestación es sencilla y perentoria. El Estado es responsable, aunque se trate de interés general, desde que lesiona un derecho privado; y la lesión es segura y es también muy seguro que el Estado es comitente, lo que es decisivo.

La Corte de Gante, á la que fué devuelto el negocio, se pronunció contra el Estado. Sienta en principio que el Estado está sometido al derecho común para los actos de la vida civil con los que cumple. Es preciso, pues, aplicarle el art. 1,384 que rige las obligaciones de todo el que ocupa á un dependiente para el cumplimiento de los compromisos que contrae. El principio nos parece ser mal formulado: el comitente, como tal, no contrae ningún compromiso directo y personal; no es el autor del delito ó del cuasidelito, pero es responsable de él por el solo hecho de ser hecho perjudicial cometido por su dependiente. Para establecer la responsabilidad del Estado cuando explota un ferrocarril, basta, pues, establecer que el Estado es comitente. La Corte de Gante dice que el comitente es responsable porque el dependiente es como si lo representase en todo punto; por consi-

1 Casación, 23 de Febrero de 1850 (*Pasierisia*, 1850, 1, 163).

guiente, responde por todo daño causado por su representante en el ejercicio de su mandato. Esta fórmula tampoco nos parece exacta; el mandatario no representa al mandante cuando comete un delito ó un cuasidelito; y por otra parte, el comitente no siempre es un mandante; el amo es un comitente, aunque el contrato que interviene entre él y su doméstico no sea un mandato. La definición del comitente debe hacer abstracción del mandato; desde que una persona, en lugar de obrar por sí, ocurre á un intermediario, hay un comitente y un dependiente, y, por consiguiente, debe aplicarse el art. 1,384.

La Corte de Gante responde en seguida al argumento que había inclinado á la Corte de Casación. ¿Es verdad que el Estado obra como *Gobierno* cuando explota una vía férrea? La Corte distingue: el Estado obra como *Gobierno* cuando reglamenta la explotación del ferrocarril por interés público, para asegurar el servicio y la policía; pero cuando él mismo transporta viajeros y mercancías, este hecho constituye un acto ordinario de la vida civil, el que está sometido á las reglas generales del derecho privado. (1) Así, la Corte de Gante está de acuerdo con la Corte de Casación acerca del principio; una y otra distinguen al Estado obrando como *Gobierno* y al Estado *obrando como una persona civil*, dice la Corte de Casación, ó como lo dice la Corte de Gante, *haciendo un acto ordinario de la vida civil*. Pero ambas cortes difieren en cuanto á la aplicación: la de casación dice que la explotación de un ferrocarril es un acto de *Gobierno*, mientras que, según la Corte de Gante, es un acto ordinario de la vida civil.

El procurador general de la Corte de Casación, el señor Leclercq, va á contestar á la Corte de Gante. En el nuevo recurso llevado ante las salas reunidas, el señor Leclercq

1 Gante, 30 de Mayo de 1851 (*Pasierisia*, 1851, 2, 228).

sostuvo la primera declaración de la Corte. Acabamos de decir cuál es el punto de dividir la Corte Suprema y la de Apelación: ¿Es la explotación del ferrocarril un acto de Gobierno, ó nó? El procurador general analiza las leyes que han creado y organizado el ferrocarril del Estado, y en todas encuentra que hay interés público en causa. ¿Por qué encargó el legislador al Estado de construir y explotar el ferrocarril? Por interés general del comercio, de la industria y de la agricultura. ¿Se hacen los actos de la vida civil por interés general? Nó, el Estado explota á pérdida sin que pueda decirse que pierda, porque la nación gana y el Estado es el órgano de la nación. El peaje que el Estado percibe es un impuesto: esto solo caracteriza á la empresa. ¿Puede compararse una interesante gestión de hacienda con un contrato de interés privado? Luego el Estado interviene como gobierno y no como persona civil gestionando intereses particulares. (1)

Creemos que en este punto tiene razón el procurador general contra la Corte de Gante. Solo que no sacamos la consecuencia de que el Gobierno no es responsable cuando obra como Gobierno. En nuestro concepto, el Estado no obra nunca como persona privada, obra siempre en interés general, pues es de su esencia representar á la nación de quien es órgano. El procurador general hace vanos esfuerzos para distinguir los actos del Estado obrando como gobierno y sus actos obrando como persona civil. Solo tiene una manera de obrar, y esto es á título de persona; el Estado es, pues, siempre una persona civil, pública; todos sus actos tienen necesariamente por objeto un interés público. ¿Quiere esto decir que nunca sea responsable el Estado? Debe, al contrario, contestarse que lo es siempre cuando lesiona un derecho como Poder Ejecutivo; y por la misma razón es res-

1 Requisitoria del procurador general Leclercq (*Pasicrisia*, 1852, 1, 373 y siguientes).

ponsable á título de comitente por el daño causado por sus dependientes.

La Corte de Casación, Sala reunida, abandonó la jurisprudencia de la Sala Civil sostenida por el procurador general, y se ha pronunciado por la responsabilidad del Estado, sobre el informe del Señor Defacqz, uno de nuestros más eminentes magistrados. Admite en principio que la responsabilidad establecida por los arts. 1,382 y 1,384 es una regla de derecho natural aplicable al Estado como á cualquiera persona. Solo pudiera admitirse una excepción si la ley deroga al derecho común en favor del Estado; y ninguna ley hace esta excepción. La Corte admite una excepción virtual para los actos que tienen un carácter político. Este es el lado débil y abocable de la sentencia. ¿Cuándo tiene un acto un carácter político? ¿Será verdad que haya actos que no comprometan la responsabilidad del Gobierno por que son actos políticos? La sentencia no contesta á estas dificultades y lo que dice no es enteramente exacto. Dice que el Estado como *persona civil* tiene interés y derechos de *igual naturaleza* que los simples ciudadanos y que, por consiguiente, está sometido al derecho común. Contestaremos que los derechos y los intereses del Estado nunca son de la misma naturaleza que los de simples ciudadanos; implica contradicción que el Estado, órgano del interés general, obre como un interés privado, como lo hacen los particulares. La Corte procura contestar al argumento del procurador general; en nuestro concepto, la respuesta no es satisfactoria. Ella dice que el hecho de transportar á los viajeros no es un acto perteneciendo por *esencia* el ejercicio del poder ejecutivo. ¿Qué importa que sea por *esencia* ó en virtud de la ley. Y, el transporte que el Estado hace, tal como lo organiza la ley, no pudiera ser confirmado con una empresa de mensajeros; por un lado, todo es de interés público, y por el otro lado es de interés privado.

598. Nunca ha sido contestado que la responsabilidad del art. 1,384 no se aplique á las compañías que explotan un ferrocarril. En Francia, en donde los ferrocarriles están todos construídos por vía de concesión, el principio ha recibido numerosas aplicaciones. (1) Citarémos una de las más recientes sentencias que decide dificultades concernientes á la culpa. Es necesario naturalmente que en caso de accidente se pueda reprochar á la compañía el tener la culpa, y toca al demandante dar la prueba. Unos wagoes cargados con pólvora de guerra hicieron explosión. Pereció un viajero; la viuda y sus hijos reclamaron daños y perjuicios. Para establecer la culpa de la compañía, los demandantes alegaron que ésta había violado las leyes y los reglamentos que prohíben á las compañías de ferrocarril admitir en trenes de pasajeros wagoes cargados con materias inflamables y explosivos. La compañía contesta que el ministro de trabajos públicos la había autorizado en vista de las necesidades de la guerra, y que esta autorización equivalía á una orden. Esta orden, en efecto, había sido dada á todas las compañías, y todas habían obedecido; se podía contestar la legalidad de la orden, pero, dice la Corte, era irresistible en las circunstancias que se hallaba la Francia: Un hecho ordenado por los poderes públicos, inspirado para el bien público y universalmente practicado, no podía constituir una culpa. En nuestro concepto, el bien público es una falsa teoría; no se pueden sacrificar los derechos de los hombres al bien de una nación. Se ve por este ejemplo á lo que conduce la máxima que el bien público es la suprema ley. Para salvar á Francia se compromete la vida de millares de viajeros, y Francia no fué salvada, pero sí perecieron los viajeros.

Pasamos por alto otras culpas que se imputaban á la compañía y que no presentaron sino dificultades de hecho, para ocuparnos de la que motivó la condenación, la insufi-

1 Véase Dalloz, en la palabra *Vías ferrocarrileras*, núms. 559-566.

ciencia del empaque y el vicio de carga de la pólvora. La pólvora estaba protegida por un doble empaque, pero el cargamento era vicioso. Esta fué la primera causa del accidente. La compañía oponía que este hecho incumbía al expedidor, y no era culpa suya; ella había recibido los wagoes de la compañía Sur, y no tenía obligación ni tiempo para haberlos examinado. La sentencia contestó que cuando la compañía transportaba mercancías tan peligrosas como la pólvora de guerra, la prudencia exigía que se asegurase que el remitente había tomado las precauciones necesarias para menguar el peligro. No haciendo ninguna comprobación, la compañía asumía la responsabilidad para con los viajeros, á salvo de ejercer su recurso contra el remitente. (1)

599. Las chispas que salen de las locomotoras producen con frecuencia incendios. Se pregunta si las compañías son responsables. La afirmativa no es dudosa cuando el accidente sucede por la mala construcción de las locomotoras. Ha sido sentenciado que el maquinista que acepta una locomotora mal acondicionada, comete el delito previsto por el artículo 1,158 del Código Penal. El incendio por imprudencia, y una vez comprobado el delito del dependiente, resulta la responsabilidad de la compañía por vía de consecuencia. (2) Cuando la máquina está provista de un aparato propio para impedir las salidas de las flámulas ó de las escorias por la chimenea, la cuestión se hace dudosa. La Corte de Burdeos ha decidido que las compañías eran, sin embargo, responsables; á ellas toca, dice la sentencia, tomar todas las precauciones necesarias para impedir el peligro; si nó, ellas tienen la culpa. Si las medidas ordenadas por la administración no bastan, debe tomar otras más eficaces. Y supo-

1 Aix, 6 de Mayo de 1872 (Dalloz, 1873, 2, 57).

2 Denegada, Sala Criminal, 23 de Junio de 1859 (Dalloz, 1859, 1, 329).

niendo que la ciencia esté impotente para evitar el peligro, no por eso dejarían las compañías de estar obligadas á indemnizar al propietario incendiado. En efecto, el daño necesariamente ocasionado por una industria, debe ser á cargo de esta industria. En este caso, se aplican los principios que rigen á los establecimientos peligrosos. Sería en vano que la compañía invocase la autorización que le haya sido dada; la Corte contesta que el Estado no concedió ni pudo conceder el derecho de incendiar sin indemnización á las propiedades colindantes de los ferrocarriles. (1)

600. Los tribunales se demuestran severos para con las compañías, y con razón, puesto que la vida y la propiedad de los hombres se encuentran en un incesante peligro. En el caso siguiente, la severidad nos parece haber sido excesiva. En la noche del 1.º de Diciembre de 1861, un fogonero empleado en los talleres de un ferrocarril fué encontrado sin vida cerca de un caldero del que estaba encargado de alimentar el fuego. Fué comprobado que la muerte había sido el resultado de un crimen. No se descubrió al culpable; no obstante, la Corte de Lyon declaró responsable á la compañía en virtud del art. 1,384. Es de principio, dice la sentencia, que los amos y los comitentes tienen el deber de vigilar con solicitud á sus empleados y obreros, protegerlos con constante cuidado, y apartar de ellos, en la medida de lo posible, todos los peligros que pueden amenazarlos en las funciones para las que fueron empleados. La Corte hace constar después que la compañía no ejerció durante la noche del 1.º de Diciembre una vigilancia activa entre los obreros del taller. De esto resultó que un hombre pudo morir de muerte violenta, sin que nadie en los talleres haya visto ni oído nada, y sin que se le hayan podido prestar auxilios. En semejantes circunstancias, dice la Corte, es imposible no admitir por parte de la compañía una

1 Burdeos, 21 de Junio de 1859 (Daloz, 1859, 2, 187).

negligencia caracterizada que ocasionó ó facilitó el accidente, ó que cuando menos, agravó las circunstancias perjudiciales. (1) Este rigor sobrepasa á la ley, ya muy severa de por sí. El art. 1,384 que la Corte invoca, supone que el dependiente ha causado un daño mediante un delito ó un cuasidelito; es, pues, necesario, ante todo, que esté probado que el hecho perjudicial pertenece al dependiente; y, en el caso, el autor del hecho era desconocido, ni siquiera podía presumirse que fuese un dependiente; desde luego, la responsabilidad de la compañía no tenía la menor base.

601. Los tribunales tienen razón de no oír las malas razones que alegan las compañías para descargarse de la responsabilidad que la ley les impone. Un obrero cambiador encontró la muerte ayudando á los cargadores á colocar un wagón. Este trabajo no le importaba, dice la compañía, y además, debe atribuirse el accidente á la imprudencia de la víctima, quien hubiera podido escapar del peligro haciendo cualquiera otro movimiento. Poco importa, contesta la Corte de Burdeos, que haya sido por puro celo ó por orden superior como el obrero haya puesto el wagón en movimiento; basta para comprometer la responsabilidad de la compañía que le sea imputable la muerte; y ésta había sido ocasionado por una sumida del piso y por un vicio de la vía férrea; luego por una falta que remontaba á la compañía. Cuando la torpeza ó falta de ánimo de la víctima, este hecho en nada cambiaba la condición de la responsabilidad, á menos que no fuese probado que el hecho debía ser atribuido por culpa única de la parte lesionada; lo que en el caso, ni siquiera se alegaba. (2)

602. Un obrero perece por culpa de otro obrero: ¿El Estado ó la compañía son responsables? Se ha negado en nom-

1 Lyon, 22 de Agosto de 1863 (Daloz, en la palabra *Vias ferrocarrileras*, núm. 634).

2 Burdeos, 15 de Junio de 1857 (Daloz, 1858, 2, 31).

bre del Estado, en un caso en que el maquinista pereció por culpa del guardapatio, el que descuidó de tomar las medidas necesarias para impedir el encuentro de dos trenes. Se decía que el maquinista era empleado del Estado, que sus derechos eran definidos por las leyes y los reglamentos; que gozaba de su sueldo y de su pensión de retiro, de su pensión por enfermedades accidentales, y que participaba de los auxilios de la caja de socorros. Hé aquí un conjunto de medidas que tienen por objeto resguardar los intereses del obrero, fuera de los cuales no tiene ningún derecho. El Tribunal de Bruselas contesta que esto no es serio; las ventajas ligadas á un empleo son una retribución de los servicios prestados por el obrero; si sufre un daño por culpa directa ó presunta de sus comitentes, tiene otro derecho que procede, no de sus funciones, sino del delito ó del cuasidelito de que es víctima. El Estado oponía otra defensa, tan poco fundada como la primera. El art. 1,384, decía: no concierne el daño que un obrero empleado con otros obreros, sufra por culpa de sus compañeros. Hemos ya contestado á esta mala excusa (núm. 587); es seguro que el obrero que se encarga de un trabajo peligroso, debe aceptar las consecuencias del peligro á que se expone, pero no se somete por esto á soportar sin indemnización el daño que sufre por el delito ó el cuasidelito de otro obrero ó dependiente. En el recurso intervino una sentencia de denegada. La Corte de Casación dice muy bien que el art. 1,384 no distingue cuál es la parte lesionada, sea un obrero ó un empleado; esto no descarga al comitente de la responsabilidad que le incumbe; podría decirse mejor que esta circunstancia agrava la responsabilidad, pues el Estado, como la compañía, deben cuidar de sus obreros, mientras que no tienen ningún deber especial que cumplir con relación á los extraños. (1)

1 Bruselas, 18 de Mayo de 1868 (*Pasicrisia*, 1868, 2, 385), y Denegada, 7 de Mayo de 1869 (*Pasicrisia*, 1869, 1, 330).

603. El Estado y las compañías son responsables del perjuicio que resulte del retardo que sufre el transporte de las personas ó de las cosas. No hay ninguna duda en cuanto á las personas siempre que la administración tenga la culpa en el sentido del art. 1,384. Un tren sufre un retardo á consecuencia de una avería sobrevenida á una máquina; un viajero de comercio reclama una indemnización por este retardo. La compañía le opuso que los accidentes de vapor son casos fortuitos de que no responde. Esta excusa no fué admitida. El Tribunal de Comercio del Sena dijo muy bien que las compañías no deben hacer uso de máquinas capaces de ministrar un servicio seguro y regular; tienen, pues, la culpa cuando emplean máquinas viciosas. (1) La jurisprudencia invoca el art. 1,384. En nuestro concepto, más bien se trata de una responsabilidad convencional, puesto que interviene un contrato entre la compañía y los pasajeros. Volveremos á ocuparnos de este punto en el título *De la Prestación*. Lo mismo sucedería si se rompiera una pieza de la locomotora. En un caso sentenciado por la Corte de Dijon, la compañía sostenía que esto era un caso de fuerza mayor de que no era responsable. La Corte contestó que toca á la compañía probar sus máquinas y de tenerlas siempre en buen estado de reparación. Por otra parte, el jefe de estación debió haber pedido por telégrafo una locomotora de auxilio á la estación vecina, lo que hubiera impedido el retardo. Un viajero, á consecuencia de un retardo, no puede hacer una adjudicación; la compañía fué condenada á daños y perjuicios. (2)

604. En Bélgica, la responsabilidad del Estado por retardo en el transporte de mercancías ha dado lugar á serias dificultades. Las examinaremos en el título *De la Prestación*.

1 Tribunal de Comercio del Sena, 9 de Agosto de 1864 (*Dalloz*, 1864, 3, 103).

2 Dijon, 20 de Noviembre de 1866 (*Dalloz*, 1866, 2, 245).

605. Los canales son vías de transporte como los ferrocarriles. Las personas que los explotan, el Estado ó compañía son responsables en virtud del art. 1,384, por el daño causado por sus dependientes. Esto es de derecho común.

La aplicación de los principios ha suscitado una muy seria dificultad. Unos barcos encallaron en el canal de Campine por falta de agua. La sociedad á que pertenecían reclamó daños y perjuicios, sosteniendo que la falta de agua era por culpa de los ingenieros, quienes habían contravenido al decreto real de 25 de Noviembre de 1844, según cuyos términos el canal de Campine debe asegurar á los navegadores un tiro de agua de un metro cincuenta centímetros, mientras que solo tenía un metro de tiro; los ingenieros habían gastado para el riego de los terrenos riberaños una parte del agua necesaria á la navegación. El Tribunal de primera instancia condenó al Estado; su sentencia fué casada. La Corte de Casación dice que el decreto de 1844 prescribe reglas por interés general, y no crea en favor de cada particular un derecho positivo y directo á la navegación del canal y al uso del volumen de agua necesario. Este motivo nos deja algunas dudas. ¿Cuál es el interés general? El de la navegación, y este interés es también el de los navegantes. La ley promete, pues, á éstos un tiro de agua que el canal está destinado á proporcionarles, y sucede que el volumen de agua es insuficiente por el hecho de los ingenieros: Este hecho constituye un cuasidelito, puesto que es una violación de los reglamentos; luego el Estado debe responder. (1) La Corte pretende que el legislador dejó al Gobierno el cuidado de reglamentar las aguas según las necesidades de los riegos y los de la navegación; concluye de esto que esta distribución es para el Estado un derecho á la vez que una obligación; que de esto puede resultar para el Estado una responsabili-

1 Casación, 28 de Diciembre de 1855 (*Pasicrisia*, 1856, 1, 46).

dad política, pero no una responsabilidad civil. ¿No es esto confundir el ejercicio del poder reglamentario con la ejecución de los reglamentos? Sin duda los navegantes no podrían atacar el decreto real de 1844 y sostener que no da bastante agua para la navegación y demasiada para la agricultura. Esta responsabilidad sería una responsabilidad política. Pero esto no era la cuestión. Que el decreto hace la distribución entre la agricultura y la navegación, esta distribución instituye un derecho para los navegantes, y este derecho era lesionado por el hecho de los ingenieros; el Estado debía responder.

Núm. 3. *Leyes especiales.*

606. Hay leyes especiales que declaran al Estado responsable ó lo absuelven de toda responsabilidad. Nos limitaremos á citar las que fueron promulgadas en Bélgica. Numerosas dificultades se han suscitado acerca de la responsabilidad del Estado en lo que se refiere al transporte de cartas. Una ley reciente ha reglamentado esta materia (Ley del 29 de Abril de 1868); á esta ley trasladamos á los lectores, encontrándose las leyes especiales y excepcionales fuera de nuestro trabajo.

La ley del 1^o de Marzo de 1851 dispone que el Estado no está sometido á ninguna responsabilidad por razón del servicio de correspondencia privada por vía telegráfica (artículo 6). Transladamos al opúsculo del señor Girardin acerca de la legislación telegráfica.

Hay una ley especial acerca de la responsabilidad de los municipios por razón de los disturbios que estallan: Esta es la famosa ley del 10 vendimiario, año IV. Nos limitaremos á mencionarla. (1)

1 Véase Dalloz, en la palabra *Municipios*, núms. 2,652 y siguientes. Aubry y Rau, t. IV, págs. 762-765.

ARTICULO 3.—*De los casos en los que no ha lugar á la responsabilidad del art. 1,384.*

Núm. 1. *Del marido y de la esposa.*

607. ¿Es responsable el marido del daño causado por su mujer? No puede tratarse aquí de la responsabilidad del art. 1,384, puesto que el marido, como tal, no es el comitente de su mujer, y que, por otro lado, la ley no coloca al marido entre las personas declaradas responsables por el hecho ageno, fundándose en una presunción de culpa; y como esta responsabilidad es una excepción, basta que la ley no la establezca para que no se pueda admitirla. El art. 1,424 (est. e. recibido en e. t.) sentido. Dice «que las culpas incurridas por la mujer no pueden ejecutarse sino en la propiedad desnuda de sus bienes personales mientras que dure la comunidad.» Volverémos á ocuparnos de esta disposición en el título *Del Contrato de Matrimonio*. (1)

608. El principio que el marido no es responsable del hecho de su mujer ¿recibe excepciones? Existe una primera excepción que no es dudosa, puesto que es la aplicación del art. 1,384. Si la mujer es dependiente del marido, en este caso éste es responsable á título de comitente; esto es el derecho común. ¿Cuándo es dependiente la mujer? Acerca de este punto también se aplica el derecho común. No debe confundirse el caso en que el marido está obligado como jefe de la comunidad por las obligaciones que la mujer contrae con su autorización, con la responsabilidad del artículo 1,384; ésta no recibe aplicación sino á los hechos perjudiciales; es decir, á los delitos y á los cuasidelitos; mientras que las obligaciones que la mujer contrae con autorización de su marido son hechos lícitos. En el título *Del Contrato de*

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 769, nota 49, pfo. 447, y las autoridades que citan.

Matrimonio diremos por qué el marido está obligado por los actos con una autorización; diremos también cuál es la extensión del mandato tácito que el marido da á su mujer para las necesidades del matrimonio.

La Corte de Burdeos ha sentenciado que la mujer era el dependiente de su marido en el caso de ausencia de éste; y concluye de esto que el marido está reputado como obrando por sí mismo por el ministerio de su mujer y que, por consiguiente, puede ser demandado por los actos resultando de un hecho último. Por aplicación de este principio, la Corte ha declarado al marido responsable del perjuicio resultando de un incendio que había sucedido en su ausencia por la imprudencia de su mujer. (1) La Corte funda este principio en la jurisprudencia que, de acuerdo con la ley, quiso que cuando el marido esté ausente la mujer esté considerada como su dependiente, su agente. Buscamos en vano en el Código un texto que establezca el principio invocado por la Corte; y en cuanto la jurisprudencia, no tiene el derecho de establecer presunciones, y mucho menos aún de presumir que la mujer sea el dependiente de su marido.

609. Toullier enseña que el marido es responsable de los delitos de su mujer cuando tiene la culpa por no haberla dirigido. La mujer está bajo la potestad del marido; puede mandarla, ella debe obedecer; debe, pues, dirigir sus acciones, y si no lo hace, tiene la culpa. Pero como la ley no establece contra los maridos una presunción de negligencia y de culpa, la parte lesionada debía probar que el marido tiene la culpa. Esta doctrina así restringida, es una aplicación del art. 1,382 y no una consecuencia del art. 1,384. (2) En teoría puede admitirse, puesto que todo hecho perjudiciable

1 Burdeos, 25 de Noviembre de 1831 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 595).

2 Toullier, t. VI, pág. 231, núm. 280. Seardat, t. II, pág. 91, número 891.

ARTICULO 3.—De los casos en los que no ha lugar
á la responsabilidad del art. 1,384.

Núm. 1. Del marido y de la esposa.

607. ¿Es responsable el marido del daño causado por su mujer? No puede tratarse aquí de la responsabilidad del art. 1,384, puesto que el marido, como tal, no es el comitente de su mujer, y que, por otro lado, la ley no coloca al marido entre las personas declaradas responsables por el hecho ageno, fundándose en una presunción de culpa; y como esta responsabilidad es una excepción, basta que la ley no la establezca para que no se pueda admitirla. El art. 1,424 (est. e. recibido en e. t.) sentido. Dice «que las culpas incurridas por la mujer no pueden ejecutarse sino en la propiedad desnuda de sus bienes personales mientras que dure la comunidad.» Volverémos á ocuparnos de esta disposición en el título *Del Contrato de Matrimonio*. (1)

608. El principio que el marido no es responsable del hecho de su mujer ¿recibe excepciones? Existe una primera excepción que no es dudosa, puesto que es la aplicación del art. 1,384. Si la mujer es dependiente del marido, en este caso éste es responsable á título de comitente; esto es el derecho común. ¿Cuándo es dependiente la mujer? Acerca de este punto también se aplica el derecho común. No debe confundirse el caso en que el marido está obligado como jefe de la comunidad por las obligaciones que la mujer contrae con su autorización, con la responsabilidad del artículo 1,384; ésta no recibe aplicación sino á los hechos perjudiciales; es decir, á los delitos y á los cuasidelitos; mientras que las obligaciones que la mujer contrae con autorización de su marido son hechos lícitos. En el título *Del Contrato de*

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 769, nota 49, pfo. 447, y las autoridades que citan.

Matrimonio diremos por qué el marido está obligado por los actos con una autorización; diremos también cuál es la extensión del mandato tácito que el marido da á su mujer para las necesidades del matrimonio.

La Corte de Burdeos ha sentenciado que la mujer era el dependiente de su marido en el caso de ausencia de éste; y concluye de esto que el marido está reputado como obrando por sí mismo por el ministerio de su mujer y que, por consiguiente, puede ser demandado por los actos resultando de un hecho último. Por aplicación de este principio, la Corte ha declarado al marido responsable del perjuicio resultando de un incendio que había sucedido en su ausencia por la imprudencia de su mujer. (1) La Corte funda este principio en la jurisprudencia que, de acuerdo con la ley, quiso que cuando el marido esté ausente la mujer esté considerada como su dependiente, su agente. Buscamos en vano en el Código un texto que establezca el principio invocado por la Corte; y en cuanto la jurisprudencia, no tiene el derecho de establecer presunciones, y mucho menos aún de presumir que la mujer sea el dependiente de su marido.

609. Toullier enseña que el marido es responsable de los delitos de su mujer cuando tiene la culpa por no haberla dirigido. La mujer está bajo la potestad del marido; puede mandarla, ella debe obedecer; debe, pues, dirigir sus acciones, y si no lo hace, tiene la culpa. Pero como la ley no establece contra los maridos una presunción de negligencia y de culpa, la parte lesionada debía probar que el marido tiene la culpa. Esta doctrina así restringida, es una aplicación del art. 1,382 y no una consecuencia del art. 1,384. (2) En teoría puede admitirse, puesto que todo hecho perjudiciable

1 Burdeos, 25 de Noviembre de 1831 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 595).

2 Toullier, t. VI, pág. 231, núm. 280. Sourdut, t. II, pág. 91, número 891.

obliga al autor del daño á repararlo. Pero la aplicación será muy difícil; ningún ejemplo ofrece de la jurisprudencia. ¿Cómo probar que un delito de la mujer debe ser imputado á la mala dirección del marido? Creemos inútil insistir en ello.

610. Hay leyes especiales que declaran al marido responsable. El Código rural (título 2, art. 7.º de la ley de 21 de Septiembre y 6 de Octubre de 1891), dice: «Los maridos serán civilmente responsables de los delitos cometidos por su mujer.» Esta disposición, aunque general, solo explica los delitos rurales. Ha sido extendida á los delitos forestales por la ley belga de 19 de Diciembre de 1854 (art. 173); es de notarse que el marido solo es responsable en el caso en que la mujer se ha hecho culpable de un delito rural ó forestal. Si, pues, el hecho perjudicial no constituye un delito, el marido deja de ser responsable. Ha sido sentenciado que el marido no es responsable cuando la mujer acusada de un delito está demente; la mujer no puede ser condenada y, por consiguiente, no puede haber condenación contra el marido. (1)

611. ¿Es responsable la mujer por los hechos perjudiciales de su marido cuando éste está en estado de demencia? Ha sido sentenciado que la mujer no responde por los hechos de su marido; (2) la razón es sencilla, y es que ninguna ley la declara responsable. La mujer no responde, pues, sino de los hechos que le son personales. Aunque no teniendo autoridad legal sobre su marido, debe cuidarlo cuando está afligido de una enfermedad mental, y por consiguiente, vigilarlo; esta es una consecuencia de los deberes que nacen del matrimonio (art. 212). Si el marido está colocado en una casa de salud cesa la responsabilidad de la mujer. Supone-

1 Lieja, 12 de Febrero de 1852 (*Pasicrisia*, 1852, 2, 335).

2 Casación, Sala Criminal, 26 de Junio de 1806 (Daloz, en la palabra *Interdicción*, núm. 46).

mos que el marido no está incapacitado. ¿Puede imputarse la culpa á la mujer por no haber provocado la interdicción de su marido? No, pues la incapacidad tiene por objeto resguardar los intereses pecuniarios del incapacitado y de su familia. (1)

Núm. 2. Del arrendador.

612. ¿Responde el arrendador por el perjuicio que el arrendatario causa á unos terceros? Así presentada, la cuestión no presenta ninguna duda. No hay ley que declare responsable al arrendador, y no lo es en virtud del art. 1,384, puesto que no es el comitente del arrendatario. Se da para esto una razón que creemos mala: el arrendador, se dice, no es el comitente del arrendatario, porque no tiene el derecho de vigilar y dirigirlo. (2) Esto supone que el comitente es responsable porque teniendo el derecho y el deber de vigilar, no lo hizo. Hemos dicho varias veces que tal no es la teoría del Código.

La Corte de Casación ha sentenciado que el arrendador no es responsable de los hechos de gozo del arrendatario que constituyesen un delito ó un cuasidelito. En el caso, el arrendatario de un molino había levantado los canales de salida sin la autorización ni la aprobación del arrendador. La Corte, descargando al arrendador de toda responsabilidad, agrega esta reserva, que el propietario podría estar obligado á las consecuencias civiles del modo abusivo ó ilegal de gozo de la cosa arrendada, si este abuso ó esta ilegalidad fuera efecto necesario ó ejecución de estipulaciones del contrato. (3) El hecho del arrendatario sería, en este caso, el hecho del arrendador, y éste respondería por el, no en virtud del art. 1,384, sino en virtud del art. 1,382.

1 Sourdat, t. II, pág. 74, núm. 828. Aubry y Rau, t. IV, pág. 768, nota 50.

2 Sourdat, t. II, pág. 126, núm. 895. Compárese Aubry y Rau, t. IV, pág. 768, nota 52.

3 Denegada, 12 de Junio de 1855 (Daloz, 1855, 1, 422).

La Corte de Grenoble aplicó este principio á un caso que presenta alguna duda. Un arrendatario hace transportes por cuenta del propietario, en ejecución de las cláusulas del contrato. ¿Será responsable el propietario por el daño que cause el arrendatario al hacer estos transportes? Se trata de saber si el arrendatario obra como dependiente ó como locatario. La Corte de Grenoble resolvió que trataba como arrendatario, de lo que resultaba que el propietario no era responsable. Es verdad que el arrendatario estaba obligado á hacer los transportes por su contrato, pagando éstos una parte del arrendamiento; por otro lado, no se podía invocar el principio formulado por la Corte de Casación, pues el cuasidélito del arrendatario no era la ejecución de una estipulación del contrato. Estos motivos fueron los que determinaron á la Corte de Grenoble. Quedó, sin embargo, una razón de duda. Si el propietario hubiera encargado á una persona que no fuese su arrendatario para hacer los transportes por su cuenta, se estaría en los términos y en el espíritu del art. 1,384; el propietario sería un comitente, y como tal, responsable. ¿Cambia el hecho de naturaleza por ser el arrendatario quien fué el encargado de los transportes? Nó; lo mismo que un préstamo extraño al contrato no deja de ser un préstamo porque está estipulado en un contrato. Esta era la decisión del Tribunal de Primera Instancia. (1)

Núm. 3. De la acción de effusis et dejectis.

613. El proyecto del Código Civil sometido al consejo de Estado, contenía una disposición concebida en estos términos: "Si desde una casa habitada por varias personas se echa agua á un transeunte ó alguna otra cosa que le cause un daño, los que habitan el cuarto de donde se echó son todos solidariamente responsables, á no ser que el que la hechó sea

1 Grenoble, 19 de Junio de 1866 (Dalloz, 1866, 2, 196).

conocido, en cuyo caso, solo debe reparación por el perjuicio." Esta disposición, tomada del derecho romano, fué quitada cuando la discusión, por razón de no ser sino la aplicación establecida por el art. 1,382, y que era inútil dar ejemplo de ella. Este es un error; la acción *de effusis et dejectis*, derogaba al contrario al derecho común estableciendo una presunción de culpa á cargo de aquellos que habitaban la casa, en interés de la parte lesionada, quien difícilmente podía probar cuál era el verdadero autor del hecho perjudicial; el proyecto del Código derogaba además al derecho común estableciendo una solidaridad á cargo de los habitantes del cuarto. La disposición era, pues, excepcional; como fué quitada, debe uno atenerse al derecho común; no hay ya presunción, y á la parte lesionada toca probar cuál es el autor del hecho perjudicial. (1) En cuanto á la cuestión de saber si los autores del hecho perjudicial no están obligados solidariamente, trasladamos á lo que fué dicho en el título *De las Obligaciones*.

§ IV.—EFECTO DE LA RESPONSABILIDAD.

Núm. 1. De los daños y perjuicios.

614. El art. 1,384 determina el efecto de la responsabilidad: la persona declarada responsable debe reparar el daño causado por la persona por quien responde. Se sigue de esto que la existencia de la responsabilidad depende de la extensión del daño causado por el autor del hecho perjudicial. Se lee en una sentencia que la persona responsable, tal como el amo ó el comitente, puede ser condenada á una porción más considerable de las reparaciones civiles, que aquel por cuya culpa fué causado el daño. Esto supone que

1 Toullier, t. VI, 1, pág. 47, núms. 148 y 149. Aubry y Rau, tomo IV, pág. 768, nota 55. Larombière, t. V, pág. 771, núm. 30 (Ed. B., t. III, pág. 457).

La Corte de Grenoble aplicó este principio á un caso que presenta alguna duda. Un arrendatario hace transportes por cuenta del propietario, en ejecución de las cláusulas del contrato. ¿Será responsable el propietario por el daño que cause el arrendatario al hacer estos transportes? Se trata de saber si el arrendatario obra como dependiente ó como locatario. La Corte de Grenoble resolvió que trataba como arrendatario, de lo que resultaba que el propietario no era responsable. Es verdad que el arrendatario estaba obligado á hacer los transportes por su contrato, pagando éstos una parte del arrendamiento; por otro lado, no se podía invocar el principio formulado por la Corte de Casación, pues el cuasidelito del arrendatario no era la ejecución de una estipulación del contrato. Estos motivos fueron los que determinaron á la Corte de Grenoble. Quedó, sin embargo, una razón de duda. Si el propietario hubiera encargado á una persona que no fuese su arrendatario para hacer los transportes por su cuenta, se estaría en los términos y en el espíritu del art. 1,384; el propietario sería un comitente, y como tal, responsable. ¿Cambia el hecho de naturaleza por ser el arrendatario quien fué el encargado de los transportes? Nó; lo mismo que un préstamo extraño al contrato no deja de ser un préstamo porque está estipulado en un contrato. Esta era la decisión del Tribunal de Primera Instancia. (1)

Núm. 3. De la acción de effusis et dejectis.

613. El proyecto del Código Civil sometido al consejo de Estado, contenía una disposición concebida en estos términos: "Si desde una casa habitada por varias personas se echa agua á un transeunte ó alguna otra cosa que le cause un daño, los que habitan el cuarto de donde se echó son todos solidariamente responsables, á no ser que el que la hechó sea

1 Grenoble, 19 de Junio de 1866 (Dalloz, 1866, 2, 196).

conocido, en cuyo caso, solo debe reparación por el perjuicio." Esta disposición, tomada del derecho romano, fué quitada cuando la discusión, por razón de no ser sino la aplicación establecida por el art. 1,382, y que era inútil dar ejemplo de ella. Este es un error; la acción *de effusis et dejectis*, derogaba al contrario al derecho común estableciendo una presunción de culpa á cargo de aquellos que habitaban la casa, en interés de la parte lesionada, quien difícilmente podía probar cuál era el verdadero autor del hecho perjudicial; el proyecto del Código derogaba además al derecho común estableciendo una solidaridad á cargo de los habitantes del cuarto. La disposición era, pues, excepcional; como fué quitada, debe uno atenerse al derecho común; no hay ya presunción, y á la parte lesionada toca probar cuál es el autor del hecho perjudicial. (1) En cuanto á la cuestión de saber si los autores del hecho perjudicial no están obligados solidariamente, trasladamos á lo que fué dicho en el título *De las Obligaciones*.

§ IV.—EFECTO DE LA RESPONSABILIDAD.

Núm. 1. De los daños y perjuicios.

614. El art. 1,384 determina el efecto de la responsabilidad: la persona declarada responsable debe reparar el daño causado por la persona por quien responde. Se sigue de esto que la existencia de la responsabilidad depende de la extensión del daño causado por el autor del hecho perjudicial. Se lee en una sentencia que la persona responsable, tal como el amo ó el comitente, puede ser condenada á una porción más considerable de las reparaciones civiles, que aquel por cuya culpa fué causado el daño. Esto supone que

1 Toullier, t. VI, 1, pág. 47, núms. 148 y 149. Aubry y Rau, tomo IV, pág. 768, nota 55. Larombière, t. V, pág. 771, núm. 30 (Ed. B., t. III, pág. 457).

los daños y perjuicios se reparten entre las personas responsables y el autor del hecho; lo que no pudiera suceder sino en el caso en que el delito ó el cuasidelito hubiera sido cometido por orden del amo ó del comitente, y debiera también suponerse que el dependiente es reponsable por las órdenes que ejecuta; y en general, su responsabilidad cesa cuando ejecuta una orden superior á la que debe obedecer (núm. 447). La Corte de Poitiers se equivocó, pues, decidiendo que el comitente está directamente responsable y que su culpa puede ser mayor que la de su dependiente. (1) La responsabilidad del art. 1,384 está fundada en una presunción de culpa, y esta culpa consiste únicamente en el hecho de haber escogido mal á su dependiente, ó cuando se trata de padres, profesores ó artesanos, de haber mal dirigido ó vigilado al autor del hecho perjudiciable. Sin duda, hay gradaciones en toda culpa, pero de que la culpa sea más ó menos grande, no resulta que la persona civilmente responsable deba soportar personalmente una parte en las reparaciones civiles; hay contradicción en hacer personalmente responsable á aquel que no es el autor del hecho perjudiciable, y que solo responde de él porque la ley lo declara responsable por el hecho ageno.

615. La responsabilidad establecida por el art. 1,384 consiste en la reparación del daño causado; ésta es, pues, puramente civil. Si el hecho perjudiciable es un delito, el autor del hecho será condenado á una pena criminal, pero esta pena es personal, lo mismo que el delito; no puede, pues, alcanzar á la persona responsable, que suponemos extraña al delito; ésta no sería castigada sino cuando fuera coautor ó cómplice. No hay ninguna duda en cuanto al principio, (2) y la jurisprudencia lo consagra. Ha sido sentenciado que el padre no puede ser condenado á multa por un

1 Poitiers, 6 de Enero de 1838 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 525).

2 Sourdat, t. II, pág. 21, núm. 777, y los autores que cita.

delito cometido por su hijo, (1) que el amo no puede ser condenado á la pena incurrida por una contravención cometida por su doméstico; (2) que un empresario de mensajerías no puede ser condenado á multa ó encarcelamiento por las contravenciones de policía cometidas por sus dependientes; (3) ni en general un comitente á la pena incurrida por su dependiente. (4)

El principio se aplica á las multas, puesto que éstas son penas. Hay, sin embargo casos, en que, en virtud de leyes especiales, las multas son consideradas como reparaciones civiles; pueden ser pronunciadas contra la persona responsable. Así, en materia de aduanas, la ley de 6-22 de Agosto de 1791 dispone (título XIII, art. 20) que «los propietarios de mercancías serán civilmente responsables por el hecho de sus agentes, servidores y domésticos, en lo que concierne á los derechos, confiscaciones, multas y costas.» Por aplicación de esta ley fué sentenciado que el padre responde por las multas incurridas por su hijo menor, viviendo con él, por contravención á las leyes aduanales. (5)

El decreto del 1.º germinal, año XIII, contiene una disposición análoga en materia de contribuciones indirectas. Ha sido resuelto, en términos generales, que las multas fiscales son, por naturaleza, menos una pena que la reparación del perjuicio causado al Estado por el fraude. (6)

1 Casación, Sala Criminal, 29 de Febrero de 1828 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 506 y las otras sentencias que se citan).

2 Véanse las sentencias citadas en el *Repertorio* de Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 505, 1º, 4º, 5º, 6º y 7º.

3 Casación, Sala Criminal, 9 de Junio de 1832 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 505, 2º).

4 Casación, Sala Criminal, 14 de Noviembre de 1844 (Daloz, 1845, 4, 459). Denegada, Corte de Casación de Bélgica, 4 de Octubre de 1844 (*Pasicrisia*, 1845, 1, 213).

5 Douai, 9 de Abril, 22 de Abril y 19 de Mayo de 1842 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 508). Denegada, Sala Criminal, 4 de Diciembre de 1863 (Daloz, 1864, 1, 200).

6 Casación, Sala Criminal, 4 de Diciembre de 1863 (Daloz, 1864, 1, 195).

Según los términos de la ley de 6 frimario, año VII, acerca de la policía de canoas y barcos, los adjudicatarios son civilmente responsables de las restituciones, daños y perjuicios, *multas* y condenas pecuniarias pronunciadas contra sus dependientes y marineros (art. 54).

Algunas veces las leyes emplean indiferentemente los términos *multas* y *perjuicios*. La multa tiene, en efecto, un doble carácter; es una pena, puesto que es invariable, y sirve al mismo tiempo de indemnización al Estado por el perjuicio que se presume causado. Lo mismo pasa con las multas pronunciadas en materia de policía de caminos. (1)

El Código forestal belga (19 de Diciembre de 1854) dice (artículo 173): «Los maridos, padres, tutores, maestros y comitentes son responsables por las *multas*, restituciones, daños y perjuicios y gastos resultando de condenas pronunciadas contra sus mujeres, sus hijos menores y pupilos no casados y que viven con ellos, sus obreros, cocheros y otros subordinados á reserva de todo recurso de derecho. (2)

Los casos en los que las multas son asimiladas á las reparaciones civiles son excepciones, y las excepciones solo existen en virtud de una disposición expresa de la ley. Ha sido sentenciado en este sentido, por la Corte de Casación de Bélgica, que las penas siendo esencialmente personales, la responsabilidad civil de un delito ó de una contravención no puede aplicarse sino á los daños y perjuicios y no pueden extenderse á la multa incurrida por el autor del hecho perjudicial, á no ser que el legislador, por una disposición terminante, lo haya así ordenado, ó que la multa haya sido conminada solo como reparación civil de un daño causado. (3) Por aplicación de este principio, la Corte de Lieja

1 Casación (Corte de Casación de Bélgica), 13 de Febrero de 1843 (*Pasicrisia*, 1843, 1, 59).

2 Compárese Aubry y Rau, t. IV, pág. 765, nota 41, pfo. 447.

3 Denegada, Sala Criminal, 19 de Enero de 1841 (*Pasicrisia*, 1841, 1, 103). Compárese Lieja, 20 de Febrero de 1834 (*Pasicrisia*, 1834, 2, 48).

ha sentenciado que el padre no es responsable de la multa incurrida por un delito de pesca cometido por su hijo menor (1)

616. La confiscación desempeñaba un gran papel en el antiguo derecho. Esta era evidentemente una pena, y la más injusta de ellas. Ya no existe en el derecho moderno sino para los instrumentos del delito. Pero al hacerse especial no por eso dejó de perder la confiscación su carácter penal. Esto decide la cuestión de saber si la confiscación alcanza á las personas civilmente responsables. La cuestión se ha presentado ante la Corte de Grenoble en materia de caza; la Corte, después de haber dicho que la confiscación de las armas, redes etc., es una condenación civil, cambió su jurisprudencia, y la Corte de Casación se pronunció por la negativa. (2) La ley belga ha consagrado el mismo principio acerca de la caza. Dice (art. 10 de la ley de 26 de Febrero de 1846) que los padres, amos y comitentes son civilmente responsables por los delitos de caza cometidos por sus hijos menores no casados viviendo con ellos, por sus domésticos ó dependientes, pero que esta responsabilidad solo se aplica á los daños y perjuicios y á los gastos.

617. ¿Es responsable el Estado por las multas, y si hay lugar, por la confiscación en tanto que responde por los delitos de sus empleados? La Corte de Casación ha decidido la cuestión negativamente; el Estado, dice la sentencia, nunca puede ser reputado autor de un delito ó de una contravención. Si, en ciertas circunstancias, es responsable por los hechos de sus empleados y si debe reparar el daño que éstos ocasionaron, esto no es sino una responsabilidad civil que no puede, en ningún caso, extenderse á las confiscacio-

1 Lieja, 13 de Agosto de 1850 (*Pasicrisia*, 1851, 2, 49).

2 Grenoble, 16 de Febrero de 1850, y Denegada, Sala Criminal, 6 de Junio de 1850 (Daloz, 1850, 2, 95 y 1850, 5, 60).

nes y á las multas. La Corte concluye que los tribunales exceden su poder cuando pronuncian contra el Estado semejantes condenaciones. (1) Se pudiera objetar que la multa no es ya una pena cuando tiene lugar por reparación civil; pero, aun en este caso, conserva un carácter penal que basta para que no pueda pronunciarse contra el Estado.

618. Los gastos de los procedimientos criminales ¿deben ser soportados por las personas civilmente responsables? La afirmativa está admitida por la doctrina (2) y por la jurisprudencia. Hay un motivo para dudar, y es que los gastos son necesitados por una instrucción que tiende á la aplicación de la pena: ésta, siendo personal ¿no deben los gastos participar de este carácter de personalidad? Textos muy terminantes contestan á esta objeción. El Código de instrucción criminal (art. 194), dice: «Toda sentencia de condena pronunciada contra el reo y contra *las personas civilmente responsables* del delito, ó contra la parte civil, las condena á las costas.» El art. 156 del decreto de 18 de Junio de 1811, que organiza esta responsabilidad, está concebido en términos aun más generales: «Las condenaciones á gastos serán pronunciadas, en todos los procedimientos, solidariamente contra todos los autores y cómplices del mismo hecho, y *contra las personas civilmente responsables* del delito.» Esta responsabilidad se justifica fácilmente. Si una promoción y costas se hacen necesarias, es por culpa de quien cometió el delito; esto es, pues, un daño que ha causado por su hecho; desde luego, la reparación es puramente civil y debe, con este título, recaer á cargo de las personas civilmente responsables.

Las disposiciones que acabamos de transcribir reciben su aplicación sin dificultad en los casos en los en que hay una

1 Casación, Sala Criminal, 11 de Agosto de 1848 (Daloz, 1848, I, 186).

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 765, nota 39, y los autores que citan.

parte civil. (1) Se les debe también aplicar en provecho del Estado cuando no hay parte civil. Aquí hay un nuevo motivo de duda. Se dice que la acción por daños y perjuicios está establecida en favor de la parte lesionada por el hecho del daño. ¿Puede tratarse de una reparación cuando no hay parte lesionada en causa? Contestarémos con la Corte de Casación que el Código de instrucción criminal es general, que no distingue entre la parte lesionada y el Estado; éste es también parte lesionada, puesto que el delito lo ha obligado á promover contra el autor del hecho, y, por consiguiente, á hacer gastos. Este es un daño causado por el hecho perjudicial, por lo tanto, hay lugar á reparación civil, lo que arrastra necesariamente la condena de las personas declaradas responsables. (2) La Corte de Casación se había apartado de esta jurisprudencia por razones bastante malas; (3) pero ha vuelto á seguirla; (4) y como la cuestión no es dudosa, creemos inútil insistir en ella.

619. ¿Cuando la responsabilidad recae en varias personas, están ellas obligadas solidariamente? Si se atiende uno al rigor de los principios, hay que contestar que no hay solidaridad, porque no hay ley que la establezca. Se trata de una responsabilidad fundada en una presunción de fraudes; luego en un cuasidélito, y ninguna ley declara solidariamente responsables á los coautores de un hecho perjudicial. Hemos dicho, al tratar de los delitos y de los cuasidélitos, que la jurisprudencia se pronunció por la opinión contraria (núm. 541). Esta admite también la solidaridad para las per-

1 Véanse las sentencias de la Sala Criminal citadas en el *Repertorio de Daloz*, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 519, 1°.

2 Casación, Sala Criminal, 8 de Marzo de 1821 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 521, 1°).

3 Denegada, Sala Criminal, 15 de Junio de 1832 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 522).

4 Denegada, Sala Criminal, 13 de Diciembre de 1856 (Daloz, 1857, I, 75). En el mismo sentido, sentencia de la Sala Criminal de la Corte de Casación de Bélgica, 4 de Mayo de 1840 (*Paricrisia*, 1840, I, 384).

sonas declaradas responsables en virtud del art. 1,384, lo que es muy lógico, ya que se admitió el principio. Los motivos que dan las sentencias en apoyo de la opinión general, no son de naturaleza que puedan convertirnos. Se lee en una sentencia de la Corte de Burdeos, que dos propietarios de un coche son solidariamente responsables por el daño causado por el cochero, porque la responsabilidad resulta de un hecho indivisible. (1) ¡Así es que la indivisibilidad engendraría la solidaridad! El argumento, así formulado, es una herejía jurídica.

La Corte de Poitiers ha declarado solidariamente responsable al comitente y al dependiente; esta solidaridad es de derecho, dice la sentencia, para las restituciones, daños y perjuicios y gastos, entre todos los individuos condenados por un mismo crimen ó por un mismo delito. (2) Esto es sentar como principio lo que se trata de probar. Las personas responsables no están condenadas por delito: están obligadas por razón de una presunción de culpa civil; luego por razón de un cuasidelito. ¿Y cuál es la ley que establece la solidaridad para los cuasidelitos? No insistiremos, puesto que hemos discutido la cuestión al tratar de la solidaridad (t. XVII, núm. 319).

Núm. 2. De la acción por responsabilidad.

620. ¿A quién pertenece la acción de responsabilidad? La acción nace de un hecho perjudicial; pertenece, pues, á aquel que está lesionado por el delito ó el cuasidelito. Se pregunta si la acción pertenece al Ministerio Público. La cuestión supone que el hecho perjudicial constituye un delito criminal; y para que haya alguna duda, debe también suponerse que la multa puede ser perseguida contra la per-

1 Burdeos, 9 de Febrero de 1839 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 568).

2 Poitiers, 6 de Enero de 1838 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 525).

sona civilmente responsable. Se pudiera creer que, en este caso, el Ministerio Público tiene el derecho de promover contra aquel que está obligado á pagar la multa. Esto sería desconocer la misión del Ministerio Público y la naturaleza de la multa á que están obligadas las personas responsables por el hecho ageno. El Ministerio Público es el órgano de los intereses generales; no puede, pues, perseguir una multa sino por interés de la sociedad; de lo que resulta que debe, ante todo, promover contra el autor del delito, á reserva de poner en causa á las personas responsables para hacer efectiva la multa, así como los gastos por los que responden. La jurisprudencia está en este sentido y la cuestión no es dudosa. (1)

621. ¿Contra quién puede intentarse la acción? Para que haya responsabilidad, es menester que exista un hecho perjudicial. Todo hecho perjudicial da lugar á una acción contra el autor del daño. La parte lesionada tiene, pues, dos acciones, una contra el autor del hecho, y otra contra la persona declarada responsable. Las dos acciones difieren en cuanto á las condiciones requeridas para que puedan ser intentadas. La parte lesionada que promueve contra el autor del delito, debe probar la existencia de dicho delito ó del cuasidelito. Debe probar particularmente que el hecho es imputable á quien lo cometió. Puede, pues, suceder que no tenga acción; no la tendría si el autor del hecho fuera un niño que aun no llega á uso de razón. La acción por responsabilidad no está sometida á esta condición; basta, según los términos del art. 1,384, que haya daño causado por el hecho de una persona por la que se tiene que responder. La parte lesionada no tiene acción contra el niño, pero la tendrá contra la persona que la ley declara responsable,

1 Lieja, 30 de Enero de 1835 (*Pasicrisia*, 1835, 2, 40); 20 de Junio de 1836 (*Pasicrisia*, 1836, 2, 167), y 24 de Abril de 1841 (*Pasicrisia*, 1841, 2, 347).

contra los padres ó contra el maestro. En este caso, el hecho perjudicial solo da lugar á una acción, la de responsabilidad. Si el hecho perjudicial reúne todas las condiciones requeridas para que haya delito ó cuasidelito, la parte lesionada tendrá dos acciones, una contra el autor del hecho, y otra contra la persona que es responsable por él. (1)

Cuando la parte lesionada tiene dos acciones, puede promover á su gusto, ya contra el autor del hecho, ya contra la persona que es civilmente responsable. No es necesario decir que si uno de los deudores la indemniza, no tendrá ya acción contra el otro. Pero no basta que uno de los deudores le haga ofertas para que ya no pueda promover contra el otro. Ha sido sentenciado que las ofertas hechas por el comitente y no aceptadas por la parte lesionada, no impiden que ésta promueva contra el autor del hecho. En el caso, se trataba de una dificultad de competencia. La parte lesionada había formado su demanda contra el autor del hecho y contra el comitente ante el Tribunal del domicilio del dependiente. La Corte de Casación decidió que la acción estaba bien intentada, puesto que si hay varios demandados en materia personal, la acción puede ser llevada ante el Tribunal del domicilio de uno de ellos, á elección del demandante (Cód. de Proc. art. 59): el dependiente siendo el principal obligado, la acción pudo ser intentada ante el Tribunal de su domicilio, y accesoriamente contra el comitente ante el mismo juez. (2)

La Corte de Casación dice que la acción, en el caso, debió ser intentada contra el autor del delito. No debe entenderse esta decisión en el sentido que la parte lesionada esté obligada á promover primero contra el autor del daño y accesoriamente contra el comitente. La acción puede ser intentada directamente contra la persona responsable, sin que

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 767, nota 46 y los autores que citan.
2 Denegada, 29 de Diciembre de 1856 (Daloz, 1857, 1, 221).

el demandante deba poner en causa al autor del hecho. (1) La acción contra el comitente es accesoría, en este sentido, que supone la existencia de un hecho perjudicial cometido por un dependiente, pero no es subsidiaria en el sentido que no puede ser intentada sino después de la condenación del autor del hecho, ó cuando menos subsidiariamente á la acción principal; la acción por responsabilidad es ella misma una acción principal. (2)

Si la parte lesionada comienza por promover contra el autor del hecho sin poner en causa á la persona responsable, la sentencia que obtendrá no podrá ser opuesta á ésta; esto es el derecho común, rigiendo la cosa juzgada. De esto puede resultar que la persona responsable sea condenada á daños y perjuicios que difieran de la condenación pronunciada contra el autor del delito. La acción es desde luego intentada por lo criminal contra el autor del delito, y después, la parte lesionada promueve civilmente contra la persona responsable; ha sido sentenciado que ésta puede pedir que el monto de los daños y perjuicios pronunciado contra el culpable sea reducido. Había contradicción entre ambas sentencias; esta es la consecuencia de los principios que rigen la cosa juzgada. (3)

622. Si la parte lesionada promueve contra la persona responsable, ¿tendrá ésta un recurso contra el autor del hecho? La afirmativa no es dudosa. La persona responsable paga la deuda del autor del hecho perjudicial; debe, pues, tener recurso contra él. No debe inducirse de esto que las personas responsables sean caucionantes, ellas están obligadas personalmente en virtud de una presunción de culpa

1 Grenoble, 13 de Marzo de 1834 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 642).

2 Denegada, 19 de Febrero de 1866 (Daloz, 1866, 1, 420).

3 Paris, 15 de Mayo de 1851 (Daloz, 1852, 2, 240). En sentido contrario Larombière, t. V, pág. 775, núm. 35 (Ed. B., t. III, página 458).

luego son deudores principales. Lo que prueba esto es que puede suceder que no tengan recursos. Están obligados por el único hecho de haber un daño causado; mientras que el autor del hecho solo está obligado por lo que le es imputable. De esto resulta que si no le es imputable, no hay delito ni cuasidelito respecto á él, por lo que no puede estar sujeto á ninguna acción. (1) Ha sido sentenciado conforme con estos principios que la administración de correos, declarada responsable por un accidente sucedido por la imprudencia de un conductor, tenía recurso contra éste.

La persona condenada como responsable puede también tener un recurso contra otras personas igualmente responsables. Esto ha sido sentenciado así para un comitente responsable del hecho de su dependiente, cuando existía además otro comitente igualmente responsable. La Corte de Casación dice que la responsabilidad debe ser soportada por todos aquellos que debían vigilar al dependiente. (2) No podemos admitir este motivo; la responsabilidad de los comitentes no está fundada en una falta de vigilancia; no tiene otro fundamento sino la elección que hace el comitente (número 570).

623. ¿Ante qué jurisdicción debe ser llevada la acción de responsabilidad? La cuestión supone que el hecho perjudicial es un delito criminal. Se aplican los principios generales que rigen la acción civil. (3) La parte lesionada puede intentar la ante los tribunales civiles; puede también promover criminalmente presentándose parte civil y persiguiendo á las personas civilmente responsables ante la misma jurisdicción, no como autores del delito, sino como respondiendo por las consecuencias civiles de dicho delito.

1 Durantou, t. XIII, pág. 739, núm. 722. Toullier, t. VI, 1, página 226, núm. 274.

2 Denegada, 23 de Abril de 1872 (Dalloz, 1872, 1, 411).

3 Aubry y Rau, t. IV, pág. 766, notas 43 y 44, pfo. 447, y los autores que citan.

624. ¿En qué plazo debe ser presentada la acción? Si se trata de un delito ó de un cuasidelito, se aplica el derecho común; la acción prescribe en treinta años. Si se trata de un delito criminal, la acción de responsabilidad, lo mismo que toda acción civil, prescribe en el mismo tiempo que la acción pública. (1) Nos limitaremos á establecer el principio encontrándose esta materia fuera de los límites de nuestro trabajo.

SECCION II.—De la responsabilidad del daño causado por animales.

§ I.—PRINCIPIOS GENERALES.

625. Según los términos del art. 1,385, «el propietario de un animal, ó aquel que se sirve de él durante el tiempo en que está usándolo, es responsable por el daño que el animal ha causado, ya sea que el animal esté bajo su cuidado, ya que se haya perdido ó extraviado.» ¿Cuál es el fundamento de esta responsabilidad? El relator del Tribunado contesta que el daño debe ser imputado, ya á la falta de vigilancia por parte del amo, ya á la temeridad, torpeza ó falta de atención acerca de aquel que se sirve del animal. Además, dice Bertrand de Greuille, nada de lo que pertenece á alguien, puede impunemente perjudicar á otro. (2) El legislador establece una presunción de culpa contra el propietario del animal ó contra aquel que se sirve de él. No puede haber responsabilidad sin culpa, como lo dice el orador del Tribunado: «Para que el daño esté sujeto á reparación, debe ser efecto de una culpa ó de una imprudencia por parte de alguien; si no puede ser atribuido á esta causa, solo es trabajo de la casualidad del que cada cual debe soportar las

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 767, nota 47, pfo. 447, y los autores que citan.

2 Bertrand de Greuille, Informe, núm. 15 (Loché, t. VI, pág. 281).

luego son deudores principales. Lo que prueba esto es que puede suceder que no tengan recursos. Están obligados por el único hecho de haber un daño causado; mientras que el autor del hecho solo está obligado por lo que le es imputable. De esto resulta que si no le es imputable, no hay delito ni cuasidelito respecto á él, por lo que no puede estar sujeto á ninguna acción. (1) Ha sido sentenciado conforme con estos principios que la administración de correos, declarada responsable por un accidente sucedido por la imprudencia de un conductor, tenía recurso contra éste.

La persona condenada como responsable puede también tener un recurso contra otras personas igualmente responsables. Esto ha sido sentenciado así para un comitente responsable del hecho de su dependiente, cuando existía además otro comitente igualmente responsable. La Corte de Casación dice que la responsabilidad debe ser soportada por todos aquellos que debían vigilar al dependiente. (2) No podemos admitir este motivo; la responsabilidad de los comitentes no está fundada en una falta de vigilancia; no tiene otro fundamento sino la elección que hace el comitente (número 570).

623. ¿Ante qué jurisdicción debe ser llevada la acción de responsabilidad? La cuestión supone que el hecho perjudicial es un delito criminal. Se aplican los principios generales que rigen la acción civil. (3) La parte lesionada puede intentar la ante los tribunales civiles; puede también promover criminalmente presentándose parte civil y persiguiendo á las personas civilmente responsables ante la misma jurisdicción, no como autores del delito, sino como respondiendo por las consecuencias civiles de dicho delito.

1 Durantou, t. XIII, pág. 739, núm. 722. Toullier, t. VI, 1, página 226, núm. 274.

2 Denegada, 23 de Abril de 1872 (Daloz, 1872, 1, 411).

3 Aubry y Rau, t. IV, pág. 766, notas 43 y 44, pfo. 447, y los autores que citan.

624. ¿En qué plazo debe ser presentada la acción? Si se trata de un delito ó de un cuasidelito, se aplica el derecho común; la acción prescribe en treinta años. Si se trata de un delito criminal, la acción de responsabilidad, lo mismo que toda acción civil, prescribe en el mismo tiempo que la acción pública. (1) Nos limitaremos á establecer el principio encontrándose esta materia fuera de los límites de nuestro trabajo.

SECCION II.—De la responsabilidad del daño causado por animales.

§ I.—PRINCIPIOS GENERALES.

625. Según los términos del art. 1,385, «el propietario de un animal, ó aquel que se sirve de él durante el tiempo en que está usándolo, es responsable por el daño que el animal ha causado, ya sea que el animal esté bajo su cuidado, ya que se haya perdido ó extraviado.» ¿Cuál es el fundamento de esta responsabilidad? El relator del Tribunado contesta que el daño debe ser imputado, ya á la falta de vigilancia por parte del amo, ya á la temeridad, torpeza ó falta de atención acerca de aquel que se sirve del animal. Además, dice Bertrand de Greuille, nada de lo que pertenece á alguien, puede impunemente perjudicar á otro. (2) El legislador establece una presunción de culpa contra el propietario del animal ó contra aquel que se sirve de él. No puede haber responsabilidad sin culpa, como lo dice el orador del Tribunado: «Para que el daño esté sujeto á reparación, debe ser efecto de una culpa ó de una imprudencia por parte de alguien; si no puede ser atribuido á esta causa, solo es trabajo de la casualidad del que cada cual debe soportar las

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 767, nota 47, pfo. 447, y los autores que citan.

2 Bertrand de Greuille, Informe, núm. 15 (Loché, t. VI, pág. 281).

consecuencias; pero si hay una culpa ó imprudencia, por ligera que sea su influencia en el daño cometido, la reparación es debida. A este principio se liga la responsabilidad del propietario relativamente al daño causado por los animales." (1)

626. Los motivos dados por el relator y por el orador del Tribunalado conducen á una consecuencia muy importante. Hay presunción de culpa, pero la ley no excluye la prueba contraria, como lo hace en el caso previsto por el artículo 1,384 en lo que se refiere á los comitentes (núm. 588). El propietario del animal ó aquel que se sirve de él están, pues, admitidos á probar que no les es imputable ninguna culpa; entendemos por esto no solo el caso fortuito, pues en este punto todos están de acuerdo, pero también la prueba que ninguna culpa puede ser reprochada al propietario del animal, ó á quien se ha servido de él y que han hecho todo lo posible para impedir el daño. Acerca de este punto hay controversia. La jurisprudencia está en favor de nuestra opinión; citaremos un caso que se ha presentado ante la Corte de Bruselas.

Un caballo conducido por un doméstico lastima á un transeunte. Demanda por daños y perjuicios, fundada en los términos generales del art. 1,385. Le Corte comprueba que no podía reprocharse el daño de haberse servido de un caballo peligroso, porque dicho animal no tenía ningún vicio; era, al contrario, de naturaleza quieta y dócil. Tampoco se podía imputar al cochero imprudencia ni impericia. El caballo se había espantado repentinamente con unos aserradores de madera; el cochero había empleado todos los medios posibles para contener al animal y evitar una desgracia; había avisado á los transeuntes por medio de gritos. De esto resulta que la presunción de culpa establecida por el arti-

1 Tarrible, *Discursos*, núms. 19 y 20 (Loché, t. VI, pág. 287).

culo 1,385 se desvanecía; no podía, pues, haber responsabilidad. (1)

La Corte de Gante ha consagrado el mismo principio. Considera el art. 1,385 como una aplicación de la regla general que rige los hechos perjudiciables. Es decir, que no hay responsabilidad cuando no hay culpa; luego aquel á quien se imputa el daño debe ser admitido á probar que no le es imputable ninguna culpa. (2) Pero también basta la más leve culpa para declarar responsable al propietario; esta es una consecuencia del principio establecido por los artículos 1,382 y 1,383. En el caso, la Corte decidió que el propietario del caballo no había ministrado la prueba á la que había sido admitido, á saber, que no había que reprocharle ninguna culpa. (3)

La jurisprudencia francesa está en el mismo sentido. Ha sido sentenciado por la Corte de Paris que el propietario de un animal no debe ser declarado responsable del daño cuando no cometió ninguna imprudencia y que no pudo prevenir ni impedir el accidente perjudicial. (4)

No sabemos en qué pueda fundarse la opinión contraria. Se invoca la doctrina de Domat reproducida por Merlin. Esto es una mala inteligencia. Domat y Merlin no dicen lo que se les hace decir. En todos los casos que suponen hay culpa, y por lo tanto, responsabilidad; mucho se cuidan de decir que existe una responsabilidad sin culpa. (5) Otros autores citan los trabajos preparatorios; hemos relatado las palabras de los oradores del Tribunalado; una idea domina en ellos, es que una persona no puede ser responsable cuando

1 Bruselas, 11 de Marzo de 1829 (*Pasicrisia*, 1829, pág. 99). Compárese Bruselas, 3 de Enero de 1863 (*Pasicrisia*, 1863, 2, 68).

2 Gante, 9 de Agosto de 1861 (*Pasicrisia*, 1861, 2, 365).

3 Gante, 22 de Marzo de 1862 (*Pasicrisia*, 1862, 2, 150).

4 Paris, 14 de Noviembre de 1863 (Dalloz, 1863, 5, 329). Compárese Tolosa, 5 de Agosto de 1865 (Dalloz, 1866, 5, 411).

5 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Cuasidélito*, núm. 9 (t. XXVI, pág. 242).

no hay culpa que reprocharle (núm. 625). Los editores de Zachariae no motivan su opinión, (1) y entre los autores á los que se refieren, Larombière no profesa la opinión que se le atribuye. En cuanto á Marcadé, tiene un argumento que todo zanja: «El propietario ofrecería en vano probar haber hecho todo lo posible para impedir el daño, pues de dos cosas una, ó no tomó todas las precauciones que exige la prudencia, y entonces es culpa suya; ó se trataba de un animal tan malo así que toda precaución para impedir que perjudicase fuese ineficaz, y entonces tiene la culpa por el solo hecho de conservarlo.» (2) Los dilemas son excelentes en el dominio de la teoría; la vida, con sus infinitos cambios, no se les puede someter. Supondremos que el dueño llegue á probar que no es culpable. ¿Se pretenderá lógicamente que necesariamente tuvo la culpa. (3)

627. ¿Quién es responsable del daño causado por un animal? El art. 1,385 contesta: «El propietario del animal ó aquel que de él se sirve durante el tiempo que lo usa.» En principio es, pues, el propietario quien es responsable, y su responsabilidad es ilimitada, en el sentido que está ligado al derecho de propiedad, dura tanto tiempo como es propietario. El uso del animal, al contrario, cualquiera que sea el título con el que haya sido consentido, es un derecho temporal, de donde resulta que la responsabilidad lo es igualmente.

La ley dice: «el propietario ó aquel que se sirve del animal.» Establece, pues, una alternativa; es decir, que la responsabilidad solo pesa en uno de ellos. El propietario deja de ser responsable cuando confió el uso del animal á un tercero; toca naturalmente á aquel que usa del animal el cuidarlo para que no cometa daño alguno. Solo habría excepción si el propietario hubiera cometido alguna falta; res-

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 771, nota 10, pfo. 448.

2 Marcadé, t. V, pág. 288, núm. 1 del artículo 1,385.

3 Compárese Sourdut, t. II, pág. 523, núm. 1429; y pág. 536, número 1,448, Colmet de Sauterre, t. V, pág. 685, núm. 366 bis.

ponderarla por ella en virtud del principio general de los artículos 1,382 y 1,383. (1)

El art. 1,385 impone la responsabilidad del daño á aquel que se sirve del animal. ¿Debe tomarse esta expresión al pie de la letra? La Corte de Casación la interpreta en el sentido que la responsabilidad incumbe á aquel bajo el cuidado del que se encuentre el animal. Esto es más lógico. La Corte ha aplicado la ley, así contenida, al caso en que el propietario ha confiado unos pastos al cuidado del pastor del hato común; no fuera que el pastor se sirviera de ellos, pero durante el tiempo que estuvo á su cuidado no podía imputarse ninguna negligencia del propietario. (2) Se puede, además, fundar esta decisión en el art. 1,382: no es por una culpa presunta como se hace el pastor responsable, es por una negligencia real. Fue sentenciado, en el mismo sentido, que la responsabilidad por el daño causado por un toro de un hato común, pesa en aquel que se encargó por contrato administrativo del cuidado del ganado. (3) Por aplicación del mismo principio, La Corte de Casación ha decidido que si un caballo lastima á un transeunte, cuando se le trae del banco por un obrero herrador, el artesano es quien es responsable y no el propietario. Se dice en la sentencia que el artesano que recibe en su casa un animal para darle los cuidados que exige su estado, debe ser considerado como habiéndolo tomado bajo su cuidado y es asimilado á una persona que usa de él momentáneamente. (4) Preferiríamos fundar la decisión en los arts. 1,382 y 1,383, lo que obliga al

1 Colmet de Sauterre, t. V, pág. 685, núm. 366 bis I. Aubry y Rau t. IV, págs. 771 y 772.

2 Denegada. Sección Criminal, 14 febrero, año XIV, (Dalloz - en la palabra *Responsabilidad*, núm. 743). Compárese Besançon, 26 de Agosto de 1869 (Dalloz, 1870, 2, 187).

3 Colmar, 27 de Junio de 1833 (Dalloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 745).

4 Casación, 3 de Diciembre de Diciembre de 1872 (Dalloz, 1873, 1, 337).

demandante á probar la culpa. Quanto el art. 1,385, consagra una presunción de culpa, y las consecuencias legales no se extienden por vía de analogía.

628. El art. 1,385, concebido en los términos más generales, no entraña ninguna distinción. Acerca de este punto todos están de acuerdo. Los animales, dice Toullier, pueden causar un daño siguiendo su instinto y sus costumbres, como los bueyes que van á pastar en terreno ajeno, ó en los plantíos; ó apartándose de lo natural, como un caballo que muerde y patea, una vaca que lastima con los cuernos, pues estos vicios no son naturales en estos animales. No hay para qué distinguir: aquel que sufre un daño causado por animales, según su instinto ó contra lo natural, tienen acción á reparación. (1) Ha sido sentenciado en este sentido que el propietario de un toro responde por el daño causado por este animal, naturalmente feroz, así como es responsable por las heridas causadas por un caballo, animal naturalmente inofensivo. Cuando el propietario conoce el carácter vicioso del animal, es también responsable cuando el animal está bajo el cuidado de un tercero, pues el propietario comete una imprudencia confiando á un tercero un animal peligroso, al que no sabe conducir. (2)

Así mismo, no debe distinguirse si en el momento en que el daño fué causado, el animal estaba bajo la vigilancia del amo, ó si se había escapado ó perdido. (3) El principio no es dudoso, pues el hecho que un animal se ha escapado ó está perdido, acusa una imprudencia del amo. Pero la aplicación ha dado lugar á una dificultad. Un caballo unido á una carreta fué abandonado en la vía pública sin dejarlo amarrado; se espanta y muerde el freno. Un transeunte, viendo la carrera desordenada del caballo y temiendo algún

1 Toullier, t. VI, 1, pág. 243, núm. 297.

2 Paris, 24 de Mayo de 1810; Burdeos, 28 de Enero de 1841 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 715, 1º y 2º)

3 Aubry y Rau, t. IV, pág. 771, nota 8, pfo. 448.

accidente, trata de sujetarlo, pero es derribado y matado. ¿Es responsable el amo? Lo sería sin duda alguna si el transeunte hubiera sido herido sin tratar de sujetar al caballo. Pero no puede decirse que aquel que trata de sujetar un caballo solo fué herido por culpa del dueño, lo fué por culpa propia, puesto que se expuso voluntariamente al peligro. Se contesta, y es la respuesta decisiva, que no puede considerarse como una falta el desprendimiento de un hombre que expone su vida para salvar la de los demás. La objeción ha sido también presentada bajo otra forma: el daño, se dice, no fué causado por culpa del dueño, sino por la oportunidad; y desde que no hay entre la culpa y el accidente una relación necesaria, el art. 1,385 no es ya aplicable. Creemos que esto es introducir en la ley una distinción que no está en ella. Aquel que arriesga su vida con el fin de evitar los efectos de un peligro, debe ser protegido lo mismo que aquel que huye del peligro; se subleva el sentido moral contra una distinción que sería perjudicosa contra el hombre generoso y aprovecharía al egoísta y al cobarde. (1)

629. ¿Qué debe probar aquel que intenta la acción de responsabilidad? En la opinión que hemos enseñado, hay una presunción de culpa á cargo del propietario ó de quien se sirve del animal. Debe, pues, aplicarse el art. 1,352, según cuyos términos la presunción legal dispensa de toda prueba á aquel á quien aprovecha. Pero la prueba contraria es de derecho, á no ser que la ley la deseche. Debe, pues, verse desecha la prueba contraria. Esto sería una excepción al derecho común; esta excepción debiera ser establecida por un texto terminante. Ya hemos dicho que este texto no existe (núm. 626).

Hay una sentencia en sentido contrario del Tribunal de

1 Metz, 19 de Febrero de 1863; compárese Metz, 29 de Enero de 1862, y 6 de Agosto de 1851 (Daloz, 1863, 2, 153, 154 y nota). Paris, 21 de Julio de 1866 (Daloz, 1868, 2, 71). Gaute, 23 de Mayo de 1853, (*Pasicrisia*, 1854, 2, 51).

Gante. Se lee en ella que el art. 1,385 establece una responsabilidad especial más extensa que la de los arts. 1,382 y 1,383. El Tribunal no dice lo que tiene de especial dicha responsabilidad. Se ha dicho, para justificar la decisión, que el art. 1,385 no exige culpa como los arts. 1,382 y 1,383; que si se exigiera la culpa en el caso del art. 1,385, la disposición sería inútil, puesto que solo repetiría, en un caso especial, lo que el art. 1,382 dice en términos generales. El argumento nos parece muy débil. Los arts. 1,382 y 1,383 prevén un caso diferente del que se ocupa el artículo 1,385; los primeros suponen un delito ó un cuasidelito personal al autor del hecho, mientras que los arts. 1,384-1,386 tratan de la responsabilidad de aquel que no es el autor del hecho. ¿Podrán compararse disposiciones que tienen un objeto diferente? El Tribunal insiste y dice que los arts. 1,384 y 1,385 no asimilan á una culpa la responsabilidad que hacen descansar en el propietario del animal. La relación del art. 1,384 con el art. 1,385 es bastante obscura, se ha explicado en el sentido que en el proyecto sometido al consejo de Estado el art. 1,385 hacía parte del art. 1,384; y esta disposición general del proyecto contenía un último inciso según el que la responsabilidad de los padres, profesores y artesanos, cesaba cuando probaban que no habían podido impedir el hecho perjudicial; este inciso no era aplicable á los comitentes ni á los propietarios de animales. Luego en la mente de los autores del Código, los propietarios de animales no eran admitidos á probar que el hecho había tenido lugar sin culpa suya. (1) Contestaremos que si los comitentes no pueden excusarse probando que no tienen culpa, es porque los autores del Código han seguido en este punto la opinión de Pothier (núm. 588); esta es, pues,

1 Sentencia de 9 de Diciembre de 1857 (*Pasicrisia*, 1858, p. g. 488, y una nota del Sr. Adolfo Du Bois, pág. 489). En el mismo sentido, una sentencia del Tribunal de Montpellier, reformada en apelación de 9 de Junio de 1866 (*Dalloz*, 1868, 2, 72).

una disposición tradicional; pero la razón dada por Pothier para los comitentes es extraña á los propietarios de animales. El Código no derogando á su respecto al derecho común debe mantenerse. Tal es la opinión enunciada por los oradores del Tribunal.

630. La responsabilidad del dueño cesa cuando el hecho perjudicial fué provocado por culpa de la parte lesionada; si por ejemplo, ha excitado ó provocado al animal. Esto es la aplicación del derecho común (núms. 485-492). El dueño debe probar la culpa; la Corte de Montpellier fué demasiado lejos decidiendo que se debía presumir que había culpa por parte del doméstico que traía los caballos del abrevadero á la cuadra, por razón de no ser vicioso el caballo. (1) Hay presunción de culpa á cargo del propietario, á él toca, pues, probar que no tiene culpa; y si pretende que el accidente ha sucedido por culpa del doméstico, debe igualmente ministrar la prueba de su pretensión. Puede haber una culpa que reprochar á la víctima, y el dueño puede no obstante ser declarado responsable si no llega á probar que el accidente ha sucedido por la única culpa de la víctima; esto es el derecho común (núm. 491). Si hay culpa de una y otra parte, el juez puede moderar los daños y perjuicios á los que tiene derecho la parte lesionada. (2)

§ II.—APLICACION.

Núm. 1. Los animales domésticos.

631. El Código rural (28 de Septiembre y 6 de Octubre de 1791), contiene algunas disposiciones especiales acerca del daño causado por los animales domésticos. El art. 12 dice: «El daño que los animales de cualquiera clase *entrega-*

1 Montpellier, 23 de Julio de 1866 (*Dalloz*, 1868, 2, 72).

2 París, 10 de Agosto de 1867 (*Dalloz*, 1867, 5, 369, núm. 4).

dos al abandono, hagan en las propiedades ajenas, será pagado por las personas que tienen el gozo de los animales; si son insolventes, los daños serán pagados por los dueños. El propietario que sufra el daño, tendrá el derecho de retener los animales, con obligación de enviarlos en las 24 horas al depósito que á este efecto se designará por la municipalidad. « Esto es lo que se llama la *mise en fourrière*. La ley solo lo autoriza para los animales abandonados; si el dueño ó el guardián está presente, se está en el derecho común.

La ley agrega; « Si son aves de corral de cualquiera especie las que causan el daño, el propietario ó el ranchero que lo sufra, podrá matarlas, pero solo en el lugar y en el momento del daño. » Se entiende por aves de corral á todas las aves domésticas que se crían en los corrales, tales como gallinas, patos, pavos, etc. Aquel que no usa de este derecho riguroso, puede naturalmente reclamar daños y perjuicios. La Corte de Casación lo sentenció así, y esto no es dudoso. (1)

632. Las palomas no están comprendidas en las aves de corral; hay una disposición especial respecto de ellas en el decreto del 4 de Agosto de 1870, cuyo art. 2 dice: « Las palomas serán encerradas en las épocas fijadas por los municipios. » Esto es durante el tiempo de las siembras y de las cosechas, en el que las palomas puen causar grandes daños; el decreto permite á todos matarlas en el terreno como aves de caza, durante el tiempo fijado para que estén encerradas. Si no hubiera un decreto no se tendría el derecho de matar palomas. Pero que haya decreto ó nó, aunque los propietarios usen del derecho que tienen para matarlas, siempre tienen el de pedir daños y perjuicios en virtud del art. 1,385. Esta es la opinión general, excepto el disentiimiento de Henrion de Pansey, quien enseña que el derecho de matar pa-

1 Toullier, t. VI, l. 245, núms. 299-301, y las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. IV, pág. 769, nota 1, pfo. 448.

lomas es el único desagravio que la ley da á la parte lesionada. El decreto de 1789 no dice esto, y ninguna razón hay para derogar al derecho común. (1)

633. No hay ley especial refiriéndose á las abejas; éstas quedan, pues, bajo el imperio del derecho común. Se ha pretendido que el art. 1,385 no les es aplicable, porque las abejas no pueden ser consideradas como una propiedad privada. El art. 524 contesta á la objeción; considera á los panales como inmuebles por destinación. Es verdad que las abejas pueden tomar su libertad natural, y en este caso, se entiende que nadie es responsable del daño causado por ellas; pero mientras vuelven á sus panales son una propiedad privada, y, por consiguiente, el art. 1,385 es aplicable. La jurisprudencia está en este sentido. Las decisiones judiciales hacen constar hechos de imprudencia ó negligencia que pudieran reprocharse á los dueños de panales. (2) No debe inducirse de esto que el demandante deba probar que el dueño de panales tiene culpa; nada hay que probar, puesto que la ley presume la culpa del propietario, á reserva que éste dé la prueba contraria.

634. Hay una gran analogía en derecho, entre los conejos y las abejas; de hecho, son mucho más perjudiciales; importa, pues, establecer el principio de responsabilidad. Por el momento, solo nos ocupamos de los conejos que son de propiedad privada; es decir, de aquellos que viven en común en conejeras. No debe distinguirse si la conejera está abierta ó cerrada; desde que los conejos pertenecen á un propietario, éste es responsable del daño que causan, en virtud de la disposición general del art. 1,385 (3) Hablaremos más adelante de los conejos que viven al estado libre y que se consideran como animales de caza.

1 Sourdat, t. II, pág. 531, núms. 1,442-1,444.

2 Limoges, 5 de Diciembre de 1860 (Dalloz, 1867, 5, 368); Tribunal de Burdeos, 6 de Junio de 1869 (Dalloz, 1870, 3, 37).

3 Toullier, t. VI, l. 250, núm. 304, y pág. 355, núms. 309-314.

Núm. 2. Animales de caza.

635. ¿El art. 1,385 se aplica á los animales de caza? Es segura la negativa; en efecto, la ley pone una condición para que haya responsabilidad, y es que el animal que causa el daño sea propiedad de la persona declarada responsable; y los animales de caza no pertenecen al dueño del terreno en que éstos se encuentran; luego el art. 1,385 no es aplicable. Así, dice Merlin, un lobo, un coyote, que estaban en un bosque, salieron de él y se llevaron y se comieron á unas ovejas ó á unas aves de corral de la vecindad: no seré responsable, como dueño del bosque.

El derecho antiguo daba á aquellos cuyos campos eran perjudicados por los animales de caza una acción contra el señor del fundo en la extensión del que estaban situadas sus tierras. ¿Cuál era el fundamento de esta acción? En derecho antiguo, como en nuestros días, los animales de caza no pertenecían á nadie, pero los señores tenían el derecho exclusivo de matarlos. Este privilegio traía una obligación, la de garantizar á los propietarios por los perjuicios que los animales causaban á sus cosechas. La obligación estaba fundada en el principio que el art. 1,382 ha consagrado; los señores, teniendo el derecho exclusivo de caza, se les podía imputar como culpa el haber dejado multiplicarse los animales en lugar de matarlos; y por otro lado, los propietarios, no teniendo el derecho natural de destruir á los animales salvajes que destruían sus campos, justo era que tuviesen un recurso contra los que ejercían el derecho con su exclusión.

Este estado de cosas ha cambiado mucho con las leyes de 4 de Agosto y 11 del mismo mes de 1789, que han abolido el derecho exclusivo de caza y han otorgado á todos los propietarios el derecho de matar á los animales salvajes que encuentren en sus terrenos. El motivo excepcional que jus-

tificaba la responsabilidad admitida en el antiguo derecho, habiendo cesado, cesó también la responsabilidad. (1)

636. ¿Es esto decir que los propietarios de bosques en que hay animales están libertados de toda responsabilidad por los daños que dichos animales causen? Quedan sometidos al derecho común de los arts. 1,382 y 1,383. Si, pues, hay una culpa que achacarles, son responsables por ella. El principio no es dudoso, puesto que es la aplicación de una regla general. ¿Pero, puede decirse que los dueños de bosques tengan culpa? (2) No hay ninguna culpa que reprocharles por el solo hecho de que los animales encuentren abrigo en sus bosques; esto sucede sin su voluntad y no tienen además ningún medio de impedirlo. Ninguna ley y ningún principio les obliga á destruir á los animales que están en sus terrenos. (3) Los vecinos, en cuyos campos entran los animales, tienen el derecho de matarlos; este derecho basta, en general, para la salvaguardia de sus intereses.

¿Había culpa por el único hecho de que el propietario no caza? Nó, pues si tiene el derecho de cazar, no hay ninguna ley que le imponga la obligación de preservar á sus vecinos del daño que puede resultarles por la multiplicación de los animales de caza. La Corte de Casación lo sentenció así. En el caso, el primer juez había aplicado al propietario del bosque los arts. 1,382 y 1,383, fundándose únicamente en que el daño había sido causado por unos ciervos y gamos que vivían habitualmente en su propiedad, que no cazaba ni hacía cazar en ella, y que así mantenían en su casa á dichos animales. La Corte de Casación recuerda que

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Animales de caza*, núm. 8 (tomo XIII, págs. 107 y siguientes), y todos los autores (Aubry y Rau, tomo IV, pág. 770, nota 6, pfo. 448). La jurisprudencia está conforme. Denegada, 19 de Julio de 1859 (Daloz, 1860, 1, 425).

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 770, nota 7, pfo. 448, y los autores que citan.

3 Tribunal de Rouen, 23 de Junio de 1858 (Daloz, 1858, 3, 74, 2º caso).

según los términos de los arts. 1,382 y 1,383, el propietario del bosque no podía ser declarado responsable por el daño causado á sus vecinos por animales existentes en sus bosques, al estado de libertad, sino cuando el daño proviniera de una culpa que se le pudiera imputar como resultado de su hecho, de su descuido ó de su negligencia. Y en la sentencia atacada no constaba ninguna culpa á cargo del demandado. La Corte dice en qué pudiera consistir la culpa. No se alegaba que el propietario del bosque que haya atraído á los animales, que los haya detenido ó haya favorecido su multiplicación; tampoco constaba que el propietario hubiese dejado multiplicarse dichos animales prohibiendo á los vecinos destruirlos ellos mismos ó mandarlos destruir. La Corte concluye que *en tales circunstancias* el único hecho de no haber cazado ni hecho cazar no constituía culpa para el propietario del bosque. (1)

Así, el hecho de no cazar y por ende de dejar multiplicarse los animales de caza, puede hacerse una culpa si el dueño del bosque no deja que los vecinos destruyan dichos animales. El Tribunal de Rambouillet lo sentenció así en una sentencia muy bien motivada. Asienta en principio que el hecho de que los animales salvajes se abriguen en un bosque, es un caso fortuito, en este sentido, que su instinto es el que los lleva, sin que el propietario nada haya hecho para atraerlos, retenerlos y que se multipliquen; si causan perjuicios á los vecinos, esto es un accidente, una plaga natural de que el propietario del bosque no puede ser responsable. Se dirá en vano que los animales se multiplican por la negligencia del dueño del bosque que no los caza; no hay culpa en no hacer lo que no manda se haga ninguna ley. Los vecinos tienen el derecho de matar á los animales que destruyen sus campos. ¿Pero será éste su único derecho? El Tribunal dice, aquel cuya propiedad es causa de una plaga

1 Casación, 4 de Diciembre de 1867 (Daloz, 1867, 1, 456).

natural que perjudica á la propiedad ajena, está obligado á destruir por sí esta causa, ó dar á su vecino entrada en su heredad, y permitirle destruir á los animales á sus costas, reembolsando el monto del daño causado por la destrucción. Aquí se presenta una duda. Es en nombre de la equidad más bien que del derecho, como se impone al propietario de un bosque la obligación de dejar á sus vecinos penetrar en él para destruir á los animales que lo habitan; pero ¿basta la equidad para engendrar una obligación? Los jurisconsultos romanos dicen que debe permitirse lo que es útil á los vecinos y que no los perjudica. Se invoca esta máxima tradicional, pero, en rigor, se podría desecharla, puesto que nuestras leyes no la consagran. En definitiva, hay un vicio, y se llena con la jurisprudencia. El Tribunal de Rambouillet concluye que si el propietario del bosque rehusa destruir sus animales y dejarlos destruir por los vecinos, esto constituye una culpa que lo obliga á reparar el daño causado por la multiplicación de los animales salvajes. (1)

Cuando el propietario del bosque caza, la cuestión es más fácil de decidir. Si consta que el propietario con sus cazas y batidas frecuentes hizo lo que de él dependía para destruir, alejar ó dispersar á los animales existentes en su bosque, y que por otra parte, no se alegue ninguna otra culpa á su cargo, no es responsable. (2) Decimos si no hay ninguna culpa á su cargo, pues el solo hecho de cazar no liberta al propietario de su responsabilidad. Si, para procurarse los gustos de la caza, la hace guardar severamente, y si por su misma manera de cazar, favorece la multiplicación de los animales, causa por este hecho un daño á sus vecinos, y por consiguiente, es responsable. (3) Por aplicación de estos principios el Tribunal de Rouen condenó á daños y perjuicios al

1 Sentencia de 30 de Diciembre de 1859 (Daloz, 1860, 5, 332).

2 Denegada, 19 de Julio de 1859 (Daloz, 1860, 1, 425), y 15 de Enero de 1872 (Daloz, 1872, 1, 212).

3 Denegada, 10 de Junio de 1863 (Daloz, 1863, 1, 369).

adjudicatario de la caza de un bosque por haber por su hecho multiplicado los ciervos y las gamas; en la primera época de su contrato, había cazado á los ciervos sin matar una sola hembra: resultó que éstas más sedentarias que los machos se multiplicaron y se hicieron perjudiciosas. Había en esto un hecho que constituía una culpa. (1) La Corte de Casación ha sentenciado en el mismo sentido que había lugar á responsabilidad cuando las liebres se guardan y mantienen en los bosques para el placer de la caza. (2) En una sentencia reciente se lee que los locatarios de un bosque han favorecido, conservando á las crías, la multiplicación de los jabalís, que se hizo asombrosa y causaron daños diarios á los propietarios vecinos; que el bosque era guardado por un personal numeroso, de tal suerte que los vecinos no podían matar á los jabalís que se abrigan en el bosque y solo salían de noche. En este estado de hechos, dice la Corte, la sentencia atacada hizo una justa aplicación del art. 1,382 declarando á los locatarios responsables. (3)

La Corte de Casación casi siempre pronuncia sentencias de denegada en semejante materia, la dificultad siendo ordinariamente una cuestión de hecho cuya apreciación no es de su resorte. (4) Se ha levantado una cuestión de derecho que no lo es: ¿deben los colindantes citar al propietario del bosque antes de promover contra él? La negativa es segura. En efecto, los arts. 1382 y 1383, no exigen esta condición para la responsabilidad que establecen; y no la podrán exigir, puesto que lo más á menudo el delito ó el cuasidelito son imprevistos, lo que hace imposible la puesta en mora. (5)

637. ¿Se aplican estos principios á los conejos que viven

1. Ronen, 5 de Mayo de 1858 (Daloz, 1858, 3, 73).
2. Denegada, 24 de Julio de 1860 (Daloz, 1860, 1, 426), 10 de Junio de 1863 (Daloz, 1863, 1, 369).
3. Denegada, 31 de Mayo de 1869 (Daloz, 1870, 5, 339).
4. Denegada, 27 de Febrero de 1864 (Daloz, 1864, 1, 212).
5. Denegada, 10 de Junio de 1863 (Daloz, 1863, 1, 369).

en los bosques? Hé aquí el interés de la cuestión. Los conejos de garena son una propiedad privada, y por consiguiente, se les aplica el art. 1,385 (núm. 634). Si, pues, los conejos de bosques son asimilados á los de garenas, resultará que los propietarios de los bosques serán responsables por el daño que los conejos causen, por el único hecho de que vivan en los bosques; mientras que si los consideran como animales de caza, el art. 1,385 no es ya aplicable, y el propietario no podía ser demandado por daños y perjuicios sino en virtud del art. 1,382; es decir, si hay una culpa que reprocharle. Merlin había creído que por la palabra *garena* la ley entendía toda especie de bosques en que establecen los conejos sus moradas. Más tarde abandonó esta opinión calificándola de error. Denisart define la *garena* un lugar destinado á criar y alimentar conejos. El Diccionario de la Academia dice, en este sentido, que la *garena* es un lugar del campo en que hay conejos y en el que se tiene cuidado de conservarlos. Estos términos dan á entender claramente que un bosque en que hay conejos no es únicamente una *garena*, y que se vuelve tal cuando el propietario tiene cuidado de disponerlo de manera que los conejos que en él se hallan puedan conservarse allí. Así, la cuestión de saber si un bosque es una *garena*, es una cuestión de hecho. Acabamos de decir cuáles son las consecuencias jurídicas de esta distinción: si el bosque es una "garena" se aplica el artículo 1,385, y si el bosque no es una "garena, se" está bajo el imperio de los arts. 1,382 y 1,383. (1)

Hay una sentencia en este sentido de la Corte de Casación. Hace copstar de hecho que existían muchos conejos en el bosque perteneciendo al demandado; que la intención

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Animales de caza*, núm. 8 (tomo XIII, págs. 112 y siguientes: *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Animales de caza*, t. II (t. VII, pág. 406).

del propietario era la de acostumbrar á sus conejeras á los animales que las ocupaban, que les había proporcionado conejeras permanentes y no los había dejado al aire libre propiamente dicho, errantes de un punto á otro sin fijarse en ninguna parte. El propietario habiendo hecho en su bosque una "garena" abierta, la Corte concluyó que era responsable por daños causados por estos animales de que era propietario. No está en el art. 1,385, pero lo aplica. (1)

638. Cuando los bosques no forman una "garena," los conejos que se hallan en ellos son asimilados á animales de caza. De esto resulta que el propietario de los bosques no lo es de los conejos y no se le podía hacer responsable en virtud del art. 1,385, por el daño que éstos causen. Solo sería responsable en virtud de los arts. 1,382 y 1,383; es decir, cuando había alguna culpa que achacarle. ¿Cuándo hay culpa? Se aplica el derecho común que rige á los animales de caza.

Unos conejos se establecieron en un bosque, se multiplicaron en él, y dañaron á los terrenos vecinos. ¿Es responsable el propietario por este solo hecho? No, dice Toullier, si no fué por su hecho como los animales se fijaron ahí y se multiplicaron; desde luego, no hay negligencia que atribuirle, no hay cuasidélito; luego no hay responsabilidad. (2) Una sentencia de la Corte de Casación establece claramente la distinción entre los conejos de "garena" y los conejos que se consideran como de caza. Los conejos que se encuentran en un bosque por efecto del instinto que los reúne ahí, sin que el propietario nada haya hecho para atraerlos y aun á pesar suyo, son reputados como animales salvajes; el propietario no responde por los daños que hagan en las tierras vecinas, sino en el caso en que los haya dejado multiplicarse por culpa suya, por su negligencia ó su imprudencia, no queriendo

1 Denegada, 23 de Noviembre de 1846 (Daloz, 1847, 1, 29).

2 Toullier, t. VI, 1, 254, núm. 308.

destruirlos por sí, y rehusando á los vecinos que se lo pidieron, el permiso para destruirlos. (1)

Así, el propietario del bosque no está obligado á destruir por sí los conejos que se multiplican en él, ninguna ley ni ningún principio lo obligan á ello; pero la jurisprudencia admite que debe permitir á los vecinos destruir á estos animales perjudiciosos; si se niega, causa un daño á los colindantes por su hecho, y se le puede aplicar el art. 1,382. Traducimos, en cuanto al principio, á lo que fué dicho más atrás (núm. 636). La Corte de Casación aplica á este caso la máxima romana: *In suo alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum inmittat*. Dudamos que este principio pueda ser aplicable á un propietario que nada hace en su fundo y que solo permite que los animales se multipliquen. A decir verdad, solo hay una regla de equidad para obligar al propietario á destruir por sí mismo los conejos que viven en sus bosques. (2) Con más razón no tiene culpa el propietario que caza y hace *arreadas* en sus bosques. (3)

Cuando los conejos sirven á los placeres de la caza, no hay ya duda, son animales de caza, y el propietario del bosque es responsable del daño que causan. Aquí puede invocarse el principio que sirve de base á la responsabilidad de los arts. 1,382 y 1,383, es que el propietario no puede usar de su derecho de propiedad perjudicando los derechos de sus vecinos. La jurisprudencia está en este sentido. Se lee en una sentencia de la Corte de Casación que el propietario mantenía y hacía guardar cuidadosamente en sus bosques

1 Denegada, 13 de Enero de 1829 (Daloz en la palabra *Responsabilidad*, núm. 738). Casación, 21 de Agosto de 1871 (Daloz, 1871, 1, 112).

2 Denegada, 3 de Enero de 1810, y 14 de Noviembre de 1816 (Daloz, en la palabra *Responsabilidad*, núm. 740); 7 de Agosto de 1851 (Daloz 1858, 5, 743). Sentencia del Tribunal de Falaise, 9 de Febrero de 1860 (Daloz, 1860, 3, 32).

3 Sentencia del Tribunal de Namur de 5 de Febrero de 1874 (*Pasicrisia*, 1875, 3, 104).

un gran número de conejos para el placer de la caza. Esto bastaba para justificar su condenación. (1)

La responsabilidad del propietario fundándose en una culpa, el Tribunal que lo condena á reparar el daño debe comprobar la culpa. No basta establecer que hay daño causado. Por muy considerable que sea el daño, no hay lugar á condenar al propietario, si no puede imputársele ninguna culpa. La Corte de Casación casa las sentencias que se limitan á comprobar que los daños son cometidos por los conejos de un bosque, sin comprobar á cargo del propietario ningún hecho que implique una culpa suya. (2) Esto es la aplicación del derecho común.

Se aplica igualmente el derecho común cuando la parte lesionada tiene culpa. Esto no basta para liberrar de toda responsabilidad á aquel que ha causado el daño, pero el Tribunal puede tener en cuenta la imprudencia de aquel que sufre el perjuicio para moderar los daños y perjuicios. Un propietario establece una almáciga en medio de un bosque, sin protegerla con cercas; esto es una gran imprudencia, puesto que todos saben que los conejos atacan de preferencia á las plantas tiernas; el Tribunal redujo, en consecuencia, la indemnización debida á la parte lesionada. (3)

SECCION III. — De la responsabilidad del daño causado por casas.

§ 1.º — PRINCIPIO GENERAL.

639. Según los términos del art. 1,384, se es responsable del daño causado por el hecho de las casas que se tiene á su

1 Denegada, 31 de Diciembre de 1814 (Daloz, 1845, 1, 76), 7 de Marzo y 7 de Noviembre de 1849 (Daloz, 1849, 1, 149, 300), 24 de Julio de 1860 (Daloz, 1860, 1, 417).

2 Casación, 22 de Junio de 1870 (Daloz, 1870, 1, 408), y 21 de Agosto de 1871 (Daloz, 1871, 1, 112).

3 Denegada, 22 de Abril de 1873 (Daloz, 1873, 1, 476).

cuidado. El art. 1,386 aplica este principio á las construcciones: "El propietario de una construcción es responsable por su ruina cuando sucede á consecuencia de la falta de compostura ó por un vicio de construcción." Esta disposición nos da á entender la naturaleza de la responsabilidad que pesa en aquel que tiene una casa bajo su cuidado. La falta de mantención y un vicio de construcción son culpas; es por razón de estas culpas como el propietario es responsable. Debe entenderse en este sentido el art. 1,384 que dice en términos generales que se responde de las casas que se tienen á su cuidado; si somos responsables, es que cometemos una negligencia ó una imprudencia en el cuidado de la casa. Esta es la aplicación del principio que no hay responsabilidad sin culpa. El art. 1,386 lo mismo que el artículo 1,384 prevén los cuasidelitos, es decir, hechos perjudiciales sucedidos por la negligencia ó la imprudencia de quien causó el daño.

Acerca de este punto no puede haber duda. Pero que la por saber si aquel que tiene una casa á su cuidado es presumido de culpa. La ley zanja la dificultad cuando se trata de una casa, puesto que determina los casos en que el dueño de dicha casa es responsable del daño causado por su ruina. El demandante debe, pues, probar que la ruina ha sucedido por falta de compostura ó por vicio de construcción, á reserva que el demandado dé la prueba contraria, que es de derecho cuando se trata de una presunción. (1) ¿Qué debe decidirse si se trata de otra cosa, por ejemplo de una máquina que hace explosión? Aquel que tiene á su cuidado la máquina, ¿será presumido de culpa? Si hay una presunción de culpa, el demandante nada tiene que probar, sino el hecho del daño, y al demandado toca establecer, si hay lugar, que no tiene culpa que reprochársele. Si al contrario, no hay presunción de culpa, el demandante deberá probar que el

1 Bruselas, 11 de Noviembre de 1874 (Pasieris, 1875, 2, 78).

un gran número de conejos para el placer de la caza. Esto bastaba para justificar su condenación. (1)

La responsabilidad del propietario fundándose en una culpa, el Tribunal que lo condena á reparar el daño debe comprobar la culpa. No basta establecer que hay daño causado. Por muy considerable que sea el daño, no hay lugar á condenar al propietario, si no puede imputársele ninguna culpa. La Corte de Casación casa las sentencias que se limitan á comprobar que los daños son cometidos por los conejos de un bosque, sin comprobar á cargo del propietario ningún hecho que implique una culpa suya. (2) Esto es la aplicación del derecho común.

Se aplica igualmente el derecho común cuando la parte lesionada tiene culpa. Esto no basta para liberrar de toda responsabilidad á aquel que ha causado el daño, pero el Tribunal puede tener en cuenta la imprudencia de aquel que sufre el perjuicio para moderar los daños y perjuicios. Un propietario establece una almáciga en medio de un bosque, sin protegerla con cercas; esto es una gran imprudencia, puesto que todos saben que los conejos atacan de preferencia á las plantas tiernas; el Tribunal redujo, en consecuencia, la indemnización debida á la parte lesionada. (3)

SECCION III. — De la responsabilidad del daño causado por casas.

§ 1.º — PRINCIPIO GENERAL.

639. Según los términos del art. 1,384, se es responsable del daño causado por el hecho de las casas que se tiene á su

1 Denegada, 31 de Diciembre de 1814 (Daloz, 1845, 1, 76), 7 de Marzo y 7 de Noviembre de 1849 (Daloz, 1849, 1, 149, 300), 24 de Julio de 1860 (Daloz, 1860, 1, 417).

2 Casación, 22 de Junio de 1870 (Daloz, 1870, 1, 408), y 21 de Agosto de 1871 (Daloz, 1871, 1, 112).

3 Denegada, 22 de Abril de 1873 (Daloz, 1873, 1, 476).

cuidado. El art. 1,386 aplica este principio á las construcciones: "El propietario de una construcción es responsable por su ruina cuando sucede á consecuencia de la falta de compostura ó por un vicio de construcción." Esta disposición nos da á entender la naturaleza de la responsabilidad que pesa en aquel que tiene una casa bajo su cuidado. La falta de mantención y un vicio de construcción son culpas; es por razón de estas culpas como el propietario es responsable. Debe entenderse en este sentido el art. 1,384 que dice en términos generales que se responde de las casas que se tienen á su cuidado; si somos responsables, es que cometemos una negligencia ó una imprudencia en el cuidado de la casa. Esta es la aplicación del principio que no hay responsabilidad sin culpa. El art. 1,386 lo mismo que el artículo 1,384 prevén los cuasidelitos, es decir, hechos perjudiciales sucedidos por la negligencia ó la imprudencia de quien causó el daño.

Acerca de este punto no puede haber duda. Pero que la por saber si aquel que tiene una casa á su cuidado es presumido de culpa. La ley zanja la dificultad cuando se trata de una casa, puesto que determina los casos en que el dueño de dicha casa es responsable del daño causado por su ruina. El demandante debe, pues, probar que la ruina ha sucedido por falta de compostura ó por vicio de construcción, á reserva que el demandado dé la prueba contraria, que es de derecho cuando se trata de una presunción. (1) ¿Qué debe decidirse si se trata de otra cosa, por ejemplo de una máquina que hace explosión? Aquel que tiene á su cuidado la máquina, ¿será presumido de culpa? Si hay una presunción de culpa, el demandante nada tiene que probar, sino el hecho del daño, y al demandado toca establecer, si hay lugar, que no tiene culpa que reprochársele. Si al contrario, no hay presunción de culpa, el demandante deberá probar que el

1 Bruselas, 11 de Noviembre de 1874 (Pasieris, 1875, 2, 78).

daño fué causado por culpa de aquel al cuidado del que se hallaba la casa. La cuestión es dudosa. La Corte de Casación ha sentenciado que debe aplicarse el principio general de los arts. 1,382 y 1,383: la culpa es la condición de la responsabilidad; al demandante toca probar que aquel que tiene la máquina bajo su cuidado, ha tenido la culpa. (1) La Corte no cita el art. 1,384 ni el art. 1,386, se apoya en el art. 1.º 3.º. Colocada en este terreno, la cuestión no es dudosa. Pero la dificultad está precisamente en saber si los arts. 1,384-1,386, que tratan de la responsabilidad por el hecho ajeno, no modifican la regla general de los artículos 1,382 y 1,383, respecto á los delitos y cuasidelitos. La Corte agrega, lo que es incontestable, que aquel que se pretende lesionado por un delito ó un cuasidelito, en calidad de demandante está obligado á justificarlo; que si no lo prueba, su demanda debe ser desechada sin que el demandado tenga que probar el hecho en que funda su excepción de liberación. Por lo que toca á los hechos perjudiciales de los arts. 1,382 y 1,383, esto no tiene ninguna duda. Queda por saber si el daño causado por la explosión de una máquina de vapor cae bajo la aplicación de estas disposiciones.

La Corte de Casación decide la afirmativa: «Aquel que promueve la reparación de un daño por él sufrido, debe establecer, además del accidente, la culpa que imputa al propietario como comprometiendo su responsabilidad.» El único motivo que da la Corte es: «que semejante acontecimiento, pudiendo ser el resultado de un caso fortuito ó de fuerza mayor, no implica necesariamente y por sí solo, la culpa ó la incuria del demandado.» De hecho, esto es verdad. Pero hay una dificultad de derecho que no toca la Corte. El daño causado por una máquina de vapor es el daño causado por

1 Der egada, Sala Civil, 19 de Julio de 1870 (Daloz, 1870, 1, 361). En el mismo sentido, Bruselas, 16 de Abril de 1872 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 176).

una cosa, no es un cuasidelito directo, es más bien un caso de responsabilidad previsto por el art. 1,384; y este artículo establece una presunción de culpa contra las personas que la ley declara responsables, lo que dispensa al demandante de la prueba y hace recaer la tarea en el demandado. Debiera decidirse sin hesitación si el art. 1,384 fuera la única disposición legal referente á la responsabilidad del daño causado por una cosa. Pero hay además otra, y es la del artículo 1,386, y esta impone al demandante el fardo de la prueba cuando el daño está causado por la ruina de una casa: debe probar que la ruina ha sucedido por vicio de construcción ó por una falta de compostura. Si así pasa con una casa ¿no debería suceder lo mismo con una máquina de vapor, cuya explosión sucede ordinariamente por vicio de construcción ó por falta de compostura? La analogía es evidente; pero ¿basta la analogía para apartar el principio general establecido por el art. 1,384? Hacer del art. 1,386 una disposición general, equivale á quitar del art. 1,384 la disposición referente al daño causado por una casa que se encuentra bajo nuestro cuidado. El art. 1,384 establece una presunción de culpa, mientras que el art. 1,386 pone la prueba á cargo del demandante.

Creemos que debe atenerse á los textos, mantener el artículo 1,384 como regla general y aplicar el art. 1,386 solo á las casas. Esta interpretación está también en armonía con la equidad y con los hechos. Los accidentes causados por máquinas son casi diarios; casi siempre provienen de la imperfección de la máquina, (1) ó de una negligencia del obrero; luego el legislador pudo presumir la culpa. Es verdad que la imperfección de la máquina puede provenir de la imperfección de la ciencia, la cual no es imputable al propietario; pero entonces hay una consideración de equidad: ¿No es jus-

1 Bruselas, 21 de Enero de 1873 (*Pasicrisia*, 1873, 2, 196).

to que el propietario de la máquina soporte el daño más bien que aquel que es la víctima?

640. ¿Quién es responsable en virtud del art. 1,386? El art. 1,386, dice: «el propietario de una casa.» La responsabilidad pesa, pues, en el propietario. Si la casa estuviera ocupada por un usufructuario, la acción deberá dirigirse contra el propietario, á reserva, si hay lugar, del recurso de éste contra el primero si estuviera con culpa. Esta es la opinión general. (1) Debe agregarse una reserva: si el daño fuera causado por culpa imputable del usufructuario, la parte lesionada tendrá acción directa contra el autor del daño, no en virtud del art. 1,386 sino en virtud del art. 1,382. Se entiende que el demandante deberá probar la culpa imputada al usufructuario según el derecho común.

641. El art. 1,792 hace también responsable al arquitecto; dice: «Si el edificio construido por un tanto perece en todo ó en parte por un vicio de construcción, aun por un vicio del suelo, los arquitectos y empresarios son responsables por diez años.» No debe confundirse la responsabilidad del arquitecto con la del propietario. El arquitecto es responsable en virtud del contrato que ha intervenido entre él y el dueño; es una responsabilidad convencional de la que los terceros no pueden prevalecerse. Aquel que sufre un daño por la ruina de una casa no tiene, pues, acción directa contra el arquitecto, debe promover contra el propietario, quien es responsable en virtud de un cuasidélito. El propietario tendrá recurso contra el arquitecto. Pero es responsable aunque no tuviera recarso. La responsabilidad del arquitecto está limitada á diez años; darémos la razón en el título *Del Arrendamiento*. Si el edificio se derrumba después de este plazo, siempre es responsable el propietario, bien que no tenga acción contra el arquitecto. (2)

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 772, nota 15, y los autores que citan.
2 Toullier, t. VI, 1, pág. 263, núm. 317.

642. La ley determina las causas por las que es responsable el propietario: «Cuando la ruina sucedió por una serie de falta de compostura, ó por un vicio de construcción.» Cuando hay falta de compostura, la ruina es imputable al propietario; pero el vicio de construcción le es generalmente extraño, á menos que haya dirigido los trabajos él mismo. El propietario no deja de ser responsable aunque haya ignorado los vicios de construcción, á reserva de su recurso contra el vendedor, si hay lugar, ó contra el arquitecto. (1) Pero puede suceder que no tenga ningún recurso, como acabamos de decirlo; en este caso, es responsable sin tener una culpa personal que reprochársele. Esto parece ser muy injusto, y no es justificar la ley el decir con Toullier que la ruina sucederá raramente después de diez años; para que haya responsabilidad, es preciso naturalmente que suceda la ruina. Puede decirse que hay culpa por parte del dueño en haber tratado con un arquitecto ignorante; además, pudo estipular que en caso de ruina tendría un recurso después de diez años.

643. ¿Es responsable el propietario por la ruina sucedida durante la construcción? Ha sido sentenciado y con razón, que, en este caso, el art. 1,386 no es aplicable. La ley supone que el edificio está bajo el cuidado del propietario; esta es la aplicación del principio sentado por el primer inciso del art. 1,384. El texto del art. 1,386 implica igualmente que su casa está acabada, puesto que hace al propietario responsable por la falta de composturas. Durante el curso de la construcción no puede imputarse ninguna culpa al propietario, á no ser que él mismo dirija los trabajos. La responsabilidad pesa, pues, enteramente en el arquitecto ó en el empresario. Pero el propietario ¿no es responsable como comitente? La jurisprudencia admite que el empresario no es

1 Rouen, 16 de Julio de 1872 (Daloz, 1873, 5, 403, núm. 11).

el dependiente del dueño, á menos que éste no se haya reservado la dirección. (1) Transladamos á lo que fué dicho más atrás (núms. 578-580).

644. El art. 1,386 no dice con relación de quién es responsable el propietario. Lo es con relación á los vecinos y transeuntes; lo es también para con el arrendatario y el usufructuario, pero en virtud de otro principio. La responsabilidad del art. 1,386 procede de un cuasidélito; supone, pues, que ninguna convención existe entre el propietario y la parte lesionada; mientras que en caso de contrato de arrendamiento ó de usufructos, hay convención; el dueño está obligado entonces por la culpa convencional. (2) Hemos dicho en otro lugar la diferencia que existe entre la culpa por la que está obligado el deudor en los contratos y la de que responde en caso de delito ó de cuasidélito (t. XVI, núm. 230).

§ II.—DE LA ACCION DAMNI INFECTI.

645. En derecho romano, el propietario de una heredad contigua á una construcción que amenazaba ruinas, tenía el derecho de pedir al dueño una caución por el daño eventual *damni infecti* que pudiese causarle su caída. Esta acción no existe ya en el derecho moderno; acerca de este punto todos están de acuerdo. Los editores de Zacharia dicen que la caución *damni infecti* es inútil en derecho francés, puesto que no tenía por objeto sino asegurar el derecho á daños y perjuicios; y el art. 1,386 da este derecho sin necesidad de estipulación. Esto es evidente. Debe decirse más: esta acción nunca fué admitida en la jurisprudencia antigua; no puede, pues, tratarse de ella bajo el imperio del Código Civil. (3)

646. En derecho antiguo, se daba al vecino una acción

1 Lyon, 20 de Enero de 1863 (Dalloz, 1863, 2. 199).

2 Larombière, t. V, pág. 794, núm. 3 (Ed. B., t. III, pág. 467).

3 Aubry y Rau, t. IV, pág. 773, nota 18. Colmet de Santerre, tomo V, pág. 636, núm. 367 bis I.

para obligar al propietario á reparar ó á construir el edificio que amenazaba ruinas, y si se negaba, el demandante podía hacerse autorizar para reparar la construcción ó demolerla á costas del demandado. (1) ¿Tienen todavía este derecho los vecinos? La negativa nos parece segura, aunque la cuestión está controvertida. Hay un primer punto que es incontestable; el antiguo derecho está abrogado en todas las materias de que trata el Código Civil (ley de 30 ventoso, año XII); y el Código trata del daño que puede resultar de la ruina de un edificio, y el único derecho que da al vecino es la reparación del daño causado por dicha ruina; resulta del informe rendido al Tribunado que la intención de los autores del Código ha sido no acordar ninguna acción preventiva. Después de haber recordado la disposición de la ley romana que daba acción por razón de temor del daño, el relator agrega: «El proyecto, al contrario, quiere que, ante todo, el mal esté comprobado. Por consiguiente, el único hecho del derrumbe puede legitimar la queja y la demanda del lesionado y determinar una condena en su provecho.» (2) El silencio de la ley es, pues, decisivo.

La opinión contraria encontró partidarios. Merlin lo sostiene. (3) Sin embargo, se podía considerar como abandonada cuando M. Larombière tomó su defensa. (4) La acción que la jurisprudencia antigua daba á los vecinos solo puede ser admitida cuando resulta de los principios generales del derecho; y ésta es contraria á estos principios. Para promover en justicia se necesita un derecho; en ausencia de una

1 Había disposiciones expresas para varias costumbres (Gante rubr. 18, art. 21, Amberes, tit. 62, art. 45, Malines, tit. 14, art. 41; Ypres rubr. 16, art. 10).

2 Bertrand de Grenille, Informe, núm. 16 (Loché, t. VI, pág. 281).

3 Merlin, Repertorio, en la palabra Edificios, núm. 3. Esta es también la opinión de Maleville y de otros autores. Véanse las fuentes en Aubry y Rau, t. IV, pág. 773, nota 18.

4 Larombière, t. V, pág. 796, núm. 8 (Ed. B., t. III, pág. 468).

convención y en el silencio de la ley, ¿de dónde puede nacer dicho derecho? De un delito ó de un cuasidelito; y para que haya acción por daños y perjuicios por razón de un delito ó cuasidelito, se necesita un hecho perjudicial: No tengo el derecho de promover por un daño que no he sufrido; el temor de un daño futuro no da el derecho de promover á quien teme este mal. ¿Qué contesta Larombière? Que los Tribunales deberán preocuparse de la inminencia y gravedad del peligro, de los ataques dirigidos á la seguridad de los vecinos. Basta transcribir estos argumentos para desecharlos, pues estos no son argumentos jurídicos. Son, cuando más, consideraciones dirigidas al legislador.

Vale más prevenir el mal, se dice, que tener que repararlo. Sin duda; pero las medidas preventivas no son del dominio de los tribunales, este es un negocio de policía. Si el vecino teme que una construcción se derrumbe, debe dirigirse á la administración local; ésta puede ordenar la reparación ó la demolición del edificio que amenaza ruina. Es verdad que los particulares no tienen ningún medio para obligar á la administración á obrar. Pero en el silencio de la ley, tampoco tienen el derecho de pedir al juez medidas preventivas. (1)

1 La jurisprudencia está en este sentido. Bruselas, 17 de Marzo de 1825 (*Pasicrisia*, 1825, pág. 345 y la nota).

INDICE DE LAS MATERIAS CONTENIDAS EN ESTE TOMO.

TITULO IV.

DE LAS OBLIGACIONES.

(Continúa).

CAPITULO VIII.

DE LA PRUEBA.

(Continúa).

SECCION V.—De la cosa juzgada.

§ I. Nociones generales.

Núm. 1. ¿Qué es la cosa juzgada?

	Página
1 Cuál es el fundamento de la autoridad que la ley atribuye á la cosa juzgada?	3
2 Efecto de la cosa juzgada. De la acción <i>judicati</i> y de la excepción <i>rei judicatae</i>	5
Núm. 2. Qué sentencias producen la cosa juzgada.	
I. Es preciso que la sentencia sea pronunciada por un tribunal belga.	
3 Bajo qué condición las sentencias pronunciadas por un tribunal extranjero adquieren autoridad de cosa juzgada? ...	6
4 Quid de las sentencias pronunciadas en el extranjero por árbitros?	8
II. Es necesario que la sentencia esté pronunciada en materia contenciosa.	
5 Los actos de jurisdicción contenciosa solos, tienen autoridad de cosa juzgada. Los de jurisdicción graciosa no la tienen.	9

convención y en el silencio de la ley, ¿de dónde puede nacer dicho derecho? De un delito ó de un cuasidelito; y para que haya acción por daños y perjuicios por razón de un delito ó cuasidelito, se necesita un hecho perjudicial: No tengo el derecho de promover por un daño que no he sufrido; el temor de un daño futuro no da el derecho de promover á quien teme este mal. ¿Qué contesta Larombière? Que los Tribunales deberán preocuparse de la inminencia y gravedad del peligro, de los ataques dirigidos á la seguridad de los vecinos. Basta transcribir estos argumentos para desecharlos, pues estos no son argumentos jurídicos. Son, cuando más, consideraciones dirigidas al legislador.

Vale más prevenir el mal, se dice, que tener que repararlo. Sin duda; pero las medidas preventivas no son del dominio de los tribunales, este es un negocio de policía. Si el vecino teme que una construcción se derrumbe, debe dirigirse á la administración local; ésta puede ordenar la reparación ó la demolición del edificio que amenaza ruina. Es verdad que los particulares no tienen ningún medio para obligar á la administración á obrar. Pero en el silencio de la ley, tampoco tienen el derecho de pedir al juez medidas preventivas. (1)

1 La jurisprudencia está en este sentido. Bruselas, 17 de Marzo de 1825 (*Pasicrisia*, 1825, pág. 345 y la nota).

FIN DEL TOMO VIGESIMO.

INDICE DE LAS MATERIAS CONTENIDAS EN ESTE TOMO.

TITULO IV.

DE LAS OBLIGACIONES.

(Continúa).

CAPITULO VIII.

DE LA PRUEBA.

(Continúa).

SECCION V.—De la cosa juzgada.

§ I. Nociones generales.

Núm. 1. ¿Qué es la cosa juzgada?

	Página
1 Cuál es el fundamento de la autoridad que la ley atribuye á la cosa juzgada?	3
2 Efecto de la cosa juzgada. De la acción <i>judicati</i> y de la excepción <i>rei judicatae</i>	5
Núm. 2. Qué sentencias producen la cosa juzgada.	
I. Es preciso que la sentencia sea pronunciada por un tribunal belga.	
3 Bajo qué condición las sentencias pronunciadas por un tribunal extranjero adquieren autoridad de cosa juzgada? ...	6
4 Quid de las sentencias pronunciadas en el extranjero por árbitros?	8
II. Es necesario que la sentencia esté pronunciada en materia contenciosa.	
5 Los actos de jurisdicción contenciosa solos, tienen autoridad de cosa juzgada. Los de jurisdicción graciosa no la tienen.	9

	Págs.
6 Las sentencias arbitrales tienen autoridad de cosa juzgada. Los árbitros, y aun los amigables compondores, quedan ligados por la sentencia que han pronunciado, á menos que el comprometido les dé el poder de volver sobre lo sentenciado.....	10
7 Las deliberaciones de los consejos de familia, tienen autoridad de cosa juzgada?.....	12
8 Las sentencias por las que el Tribunal autoriza la enajenación de bienes dotales, si homologa una transacción relativa á estos bienes, tienen autoridad de cosa juzgada?.....	12
9 Tiene autoridad de cosa juzgada la sentencia de adjudicación?.....	16
III. ¿Debe ser válida la sentencia?	
10 La distinción de las actas nulas é inexistentes, se aplica á las sentencias?.....	16
11 Doctrina de Pothier. Cuando es inexistente la sentencia por razón de su objeto?.....	17
12 Doctrina romana relativa á las sentencias que promuevan terminantemente contra las leyes.....	18
13 Quid si la sentencia pronunció lo que no estaba sometido á juicio?.....	19
14 Quid de las nulidades de forma?.....	19
15 Quid de la incompetencia de orden público?.....	20
16 Quid de las nulidades propiamente dichas?.....	22
IV. ¿Debe ser la sentencia inatacable?	
17 Las sentencias pronunciadas en primer resorte ó por defecto, tienen autoridad de cosa juzgada?.....	22
18 Cuál es el efecto de la apelación en la autoridad de cosa juzgada ligada á la sentencia contra la que se apela?.....	24
19 Aplica el principio á las sentencias y decretos pronunciados por defecto contra el demandante del apelante?.....	25
20 Cuál es el efecto del recurso de casación y de la anulación pronunciada por la Corte de Casación?.....	26
21 De la requisición civil y de la tercera?.....	29
V. La sentencia debe ser definitiva.	
22 Cuáles sentencias tienen autoridad de cosa juzgada?.....	29
23 Tienen autoridad de cosa juzgada las sentencias preparatorias?.....	31
24 Quid de las sentencias interlocutorias? Inseguridad de la doctrina.....	34

	Págs.
25-26 Jurisprudencia. De las sentencias que, en apariencia interlocutoria, son realmente definitivas en todo ó en parte.....	35-36
27 De las sentencias interlocutorias propiamente dichas. Cuando son definitivas en el sentido que no pueda el juez apartarlas?.....	38
28 De las sentencias provisionales.....	41
VI. ¿Qué es lo que forma la cosa juzgada en las sentencias?	
29 Solo el dispositivo forma la cosa juzgada; los motivos no tienen autoridad.....	42
30 Tienen autoridad de cosa juzgada las sentencias preparatorias?.....	43
31 Quid si hay contradicción entre los motivos de una primera sentencia y el dispositivo de una segunda, ó entre los motivos de dos sentencias?.....	43
32 Tienen autoridad de cosa juzgada las enunciaciones que se hallan en el dispositivo?.....	45
33 Lo que se sentencia incidentemente, tiene autoridad de cosa juzgada tanto como lo sentenciado en lo principal.....	47
34 Puede ser la decisión implícita? ¿Cuándo hay decisión implícita?.....	47
35-36 Aplicaciones tomadas de la jurisprudencia.....	50-51
37 El dispositivo debe ser interpretado por las conclusiones de las partes.....	53
§ II. De las condiciones requeridas para que haya cosa juzgada.	
38 Las condiciones requeridas por el art. 1,351 son generales, se aplican á todos los casos en que una parte invoca la cosa juzgada.....	55
Artículo I. Mismo objeto.	
Núm. 1. Principios.	
39 El objeto debe ser el mismo. Motivos de esta condición..	55
40 Cómo podrá determinarse si el objeto demandado es el mismo?.....	58
Núm. 2. Aplicación del principio.	
I. De los derechos de estado personal.	
41. Una primera sentencia desecha una demanda por incapa-	

cidad. Una segunda anula el testamento del demandado hecho el mismo día en que la primera sentencia fué pronunciada. Hay violación de cosa juzgada? 62

II. Derechos de propiedad.

- 42 Una primera sentencia decide que el demandado no es propietario absoluto de treinta acres de terreno. Una segunda sentencia podrá, sin violar la cosa juzgada, decidir que el demandado primitivo es copropietario por indiviso de todo el terreno? 63
- 43 Una segunda sentencia puede adjudicar á un municipio un *derecho de uso* en un terreno que el primer juez ha declarado no ser *propiedad suya*? 64
- 44 La sentencia que reconoce á una parte la posesión anual forma cosa juzgada en una acción de posesión intentada varios años después por la misma parte? 65

III. Derechos de obligación.

- 45 Cuando una primera sentencia fija una suma por daños y perjuicios, podrá una segunda sentencia fijar además intereses moratorios? 65
- 46 Una primera sentencia condena á un autor á dar cuenta de no capital y se le otorga por vía de embargo hasta concurrencia del monto de este capital. Hay cosa juzgada en cuanto á los intereses reclamados por el pupilo? 66
- 47 Una primera sentencia concede daños y perjuicios por daño causado por una compañía de ferrocarril en la explotación de una mina. Pueden los explotadores reclamar nuevos daños por razón de un decreto administrativo posterior á la primera decisión? 67
- 48 Una primera sentencia valida una obligación atacada por causa de dolo y mantiene la hipoteca por vía de consecuencia. Una segunda sentencia anula la hipoteca por vicio de forma: hay violación de la cosa juzgada? 67
- 49 La sentencia que condena al deudor y al caucionante no impide á éste de oponer al acreedor los beneficios que la ley le concede. 68
- 50 Una sentencia que estatuye acerca de la validez de una inscripción hipotecaria no hace cosa juzgada en cuanto á la perención de la inscripción. 69
- 51 No hay identidad de objeto entre varios decretos de adjudicación cuando los lites adjudicados difieren, así como los adjudicatarios. 69

Página

- 52 La sentencia que valida un embargo tiene autoridad de cosa juzgada en cuanto á la validez de la obligación en virtud de la que el embargo fué practicado? 70
- 53 No hay identidad de objeto entre dos demandas, aunque el demandado reclame la misma cosa cuando la segunda instancia se funda en la inejecución de la primera sentencia y el daño que de ella ha resultado. 71

IV. Derecho hereditario.

- 54 Una sentencia pronunciada en una acción inmobiliaria intentada contra un legatario tiene autoridad de cosa juzgada con relación á una acción mobiliaria formada contra el mismo legatario, con el mismo objeto? 72
- 55 Una sentencia que declara un heredero decaído de su parte en los objetos hereditarios que ha distraído, impide á los coherederos de reivindicar los objetos distraídos como cosa robada? 73

Núm. 3. ¿Debe ser absoluta la identidad?

- 56 La identidad no debe ser absoluta 74
- 57-58-59 Aplicación de este principio á la cuestión de saber si aquel que demandó todo, puede aún demandar una parte de este todo. La doctrina. 74-75 76
- 60 La jurisprudencia. El derecho es idéntico, aunque la cantidad reclamada en segunda instancia difiera de la cantidad reclamada en la primera. 77
- 61 Sentencia de la Corte de Casación en la cuestión controvertida. 78
- 62 La sentencia que versa sobre una parte de la cosa, hace cosa juzgada en cuanto al monto total. 81

Artículo 2. *Misma causa.*

Núm. 1. Definición.

- 63 Qué se entiende por causa? Cuáles son los motivos por los que la ley exige la identidad de causa para que haya cosa juzgada. 83
- 64 Diferencia entre la *causa* y el *derecho* que se reclama. 86
- 65 Diferencia entre la *causa* y los *medios* de hecho ó de derecho por los que la *causa* está establecida. Jurisprudencia. 87
- 66 Diferencia entre la *causa* y el *objeto* que las partes tienen en su demanda. 90

Núm. 2. Aplicación del principio.

- 67 Una sentencia que adjudica una servidumbre en un inmueble no hace cosa juzgada para las reclamaciones de la misma servidumbre en otro inmueble en virtud de un título diferente. 91
- 68 La hipoteca convencional y la legal son causas diferentes y no medios diferentes. 92
- 69 Una primera sentencia que desecha la prescripción opuesta como excepción a una acción de partición no impide reclamar la propiedad de la cosa litigiosa en virtud de un título de propiedad. 93
- 70 Dos testamentos de los que el segundo revoca al primero, constituyen dos causas diferentes? 95
- 71 La incompetencia por razón de lugar y la incompetencia por razón de la materia constituyen dos causas diferentes. 96

Núm. 3. Causas y medios.

- 72 Teoría tradicional de las causas *próximas y lejanas*. 97
- 73 Crítica de esta teoría. 100
- 74 Aplicación de la teoría á los vicios de consentimiento y á las causas de incapacidad. 104
- 75 Crítica de la jurisprudencia. 105
- 76 Contradicción de la jurisprudencia. 107
- 77 Debe aplicarse la doctrina tradicional á la cuestión de saber si las sentencias pronunciadas en posesorio tienen la autoridad de cosa juzgada en petitorio? 108
- 78-80 Se aplica la doctrina tradicional á las nulidades de fondo? Decisiones contradictorias. Ausencia de todo principio y por ende procesos eternos. 111-114

Núm. 4. Acciones diversas procedentes de una misma causa.

- 81 Cuando dos acciones proceden de una misma causa, la sentencia en una de las acciones hace cosa juzgada con relación á la otra. Bajo qué condiciones? 116
- 82 Aplicación del principio á la acción reivindicatoria y á la acción en resolución que pertenecen al vendedor de una cosa mueble, cuando el precio no está pagado. 118
- 83 Aplicación del principio á las acciones que pertenecen al comprador en caso de evicción parcial. 120
- 81 Quid si las dos acciones, aunque relativas al mismo objeto, proceden de diversas causas? 120

Núm. 5 De las causas posteriores de la sentencia.

- 85 Hay cosa juzgada cuanto á las causas que nacen posterior-

- mente á la primera sentencia? 121
- 86-87 Aplicación del principio á los daños y perjuicios. Jurisprudencia. 122-123

Artículo 3. Mismas partes.

Núm. 1. Principio.

- 88 La sentencia solo tiene efecto entre las partes que están en causa. Ejemplo de una sentencia que aplica la cosa juzgada á una persona muerta cuando la sentencia. 123
- 89 El principio se aplica, aunque haya la misma causa y que la cuestión decidida por la segunda sentencia sea la misma. 125
- 90 Aplicación tomada de la jurisprudencia. Extraño error de una Corte de Apelación. 126
- 91 El principio general no tiene excepción. Por qué se le debe mantener, á pesar de las contradicciones que pueden resultar entre dos decisiones judiciales. 128

Núm. 2. ¿Cuándo son las mismas partes?

I. Quien es parte.

- 92 Para ser parte, es necesario que aquel que se llama á la causa haya tomado conclusiones, ó que se hayan tomado en su cuenta? 129
- 93 Es preciso figurar en persona en un proceso para ser parte en él? 130

II. De los que están representados en el proceso.

1. De los sucesores universales.

- 94 Los herederos y demás sucesores universales están representados por su autor. 130
- 95 Quid si los herederos aceptan á beneficio de inventario? 131
- 96 Restricciones que recibe el principio. Cuándo no puede ser opuesta á los sucesores universales la sentencia pronunciada con el difunto? 131

2. De los sucesores á título particular.

- 97 Cuándo los sucesores á título particular están representados por su autor en los juicios pronunciados por él? 132
- 98 Modificación que recibe el principio en virtud de la ley hipotecaria. 134
- 99 Aplicación del principio á la cesión de un crédito. 135
- 100 Se aplica el principio al derecho del arrendamiento? 135
- 101 Quid si el legatario tiene conocimiento del proceso comenzado desde su adquisición entre el deudor y un tercero? 136

3. De los acreedores quirografarios.

- 102 Los acreedores quirografarios están en general representados por su deudor..... 137
- 103 A no ser que haya colisión fraudulosa entre el deudor y un tercero..... 138
- 104 Quid si los acreedores contestan el derecho de preferencia que una sentencia intervenida con el deudor reconoce a un tercero?..... 138

4. De los acreedores hipotecarios.

- 105 Están representados los acreedores hipotecarios por el deudor? Crítica de la opinión de Merlin..... 140
- 106 Crítica de la jurisprudencia..... 144
- 107 Los legatarios no representan a su autor, ni los acreedores a su deudor..... 145

5. De los mandatarios.

- 108 El mandatario representa al mandante. El mandante representa también al mandatario?..... 146
- 109 El ejecutor testamentario representa a los herederos y legatarios?..... 147
- 110 Los mandatarios legales y judiciales representan a aquellos de que tienen encargo de administrar los bienes..... 147
- 111 Quid si los mandatarios promueven fuera de los límites de su poder ó sin observar las formalidades prescritas por la ley..... 149
- 112 Quid de las personas civiles? Los miembros que las componen están ligados por la sentencia en que figuran los administradores?..... 151

6. De los cointeresados.

- 113 Cuándo tiene la sentencia autoridad de cosa juzgada con relación a los que tienen el mismo interés?..... 152
- 114 La sentencia pronunciada con el gravado, tiene fuerza de cosa juzgada con relación a los llamados?..... 152
- 115 El heredero aparente, representa a los herederos reales?..... 153
- 116 Representa el legatario universal a los legatarios a título particular?..... 153
- 117 El que presta su nombre, representa al deudor verdadero?..... 153

III. Teoría de la representación imperfecta.

- 118 La teoría de la representación imperfecta es una ficción. Debe desecharse por esto solo que el legislador no la establece. 154
- 119 Está representado el caucionante por el deudor? Lo está cuando la sentencia es favorable al deudor? No lo está cuando la sentencia les es desfavorable?..... 154

- 120 Representa el deudor solidario a sus codeudores? Los representa cuando la sentencia es favorable? No los representa cuando la sentencia es desfavorable?..... 160
- 121 Representa el coacreedor solidario a los coacreedores?..... 164
- 122 Quid de los deudores y de los acreedores de una obligación indivisible? Quid si el derecho se reclama contra uno de los copropietarios por indivisión de un fundo?..... 166
- 123 Las sentencias en las que figura el propietario bajo condición resolutoria, tienen autoridad de cosa juzgada con relación al propietario cuando cumple la condición resolutoria?..... 168
- 124 Está representado el usufructuario por el propietario y el propietario por el usufructuario?..... 169
- 125 Quid de las sentencias pronunciadas con el antiguo propietario en las instancias promovidas desde la época en que enajenó sus derechos?..... 169

Núm. 3. Misma calidad.

- 126 Se necesita la misma calidad para que haya identidad de personas jurídicas..... 170
- 127 Aplicaciones del principio tomadas de la jurisprudencia..... 171
- 128 Quid si la parte, aunque con calidad diferente, tiene el mismo interés?..... 172
- 129 Quid si la parte tenía dos calidades cuando la introducción de la primera instancia?..... 173
- 130 El heredero beneficiario confunde sus derechos con los del difunto?..... 175

§ III. Efecto de la cosa juzgada.

Núm. 1. Presunción de verdad.

- 131 La cosa juzgada se interpreta restrictivamente..... 176
- 132 Aplicación del principio a los efectos de la cosa juzgada..... 176
- 133 Cuándo hay decisión implícita?..... 177
- 134 Opera novación la cosa juzgada?..... 178

Núm. 2. De la excepción de cosa juzgada.

- 135 Es la excepción de la cosa juzgada de orden público?..... 179
- 136 Pueden las partes interesadas renunciar el beneficio de la cosa juzgada? Puede ser tácita la renuncia? Cuál es el efecto de la renuncia?..... 180
- 137 Debe suplir el juez la excepción de oficio?..... 182
- 138 Puede ser propuesta la excepción por primera vez en ocasión?..... 183
- 139 Cuando hay lugar a violación de la cosa juzgada?..... 184
- 140 Cuándo ha lugar a requisición civil?..... 187
- 141 Cuándo ha lugar a tercería?..... 187

Núm. 3. ¿Son irrevocables los efectos de la cosa juzgada?

I. De las disposiciones conminatorias.

- 142 Qué se entiende por disposiciones conminatorias? En qué sentido no tienen autoridad de cosa juzgada? 188
 143-144 Jurisprudencia 189-191
 145 Qué sucede con respecto á la cosa juzgada en la doctrina admitida por la jurisprudencia? 191
 146 La jurisprudencia conduce necesariamente á la arbitrariedad. 192
 147 La jurisprudencia considera como conminatorias las sentencias que condenan á una parte á daños y perjuicios por razón de una suma por cada día de mora 192

II. De la interpretación de las sentencias.

- 148 En qué sentido y bajo qué condiciones los tribunales tienen el derecho de interpretar sus sentencias? 195
 149 Ejemplos de sentencias interpretativas 196
 150 El juez no puede, bajo pretexto de interpretación, modificar su primera decisión 198

III. De la rectificación.

- 151 Las sentencias pasadas á autoridad de cosa juzgada no pueden ser reformadas por causa de error 199
 152 Cuándo pueden ser reparados los errores de cálculo? 200
 153 Quid de los errores materiales que pueden ser corregidos por la misma sentencia combinando los motivos con el dispositivo? 202
 154 El deudor condenado á pagar puede oponer un recibo anterior á la sentencia? Quid si la sentencia estatuye acerca de la excepción de pago? 202

SECCION VI.—De la confesión.

§ I. Nociones generales.

- 155 Definición de la confesión 204
 156 La declaración versando en un punto de derecho no es una confesión 205
 157 Es una confesión el silencio? En qué casos la confesión puede ser tácita? 205
 158 Toda declaración constituye una confesión? 206
 159 Quid de la declaración hecha por un testigo en un procedimiento civil ó criminal? 208

§ II. De la confesión judicial.

Núm. 1. ¿Cuándo hay confesión judicial?

- 160 La confesión hecha ante el juez administrativo es una confesión judicial? 208
 161 Quid de la confesión hecha ante árbitros? 209
 162 Quid de las confesiones hechas ante un juez de paz en conciliación? 209
 163 En qué forma se hace la confesión judicial? 211
 164 La confesión debe ser hecha en el momento mismo en que se prevalece de ella? 212
 165 Puede ser invocada la confesión por un tercero? 213

Núm. 2. Prueba de la confesión judicial.

- 166 Debe levantarse acta de la confesión? 213
 167 Hay lugar á casación por violación del art. 1,356 cuando no se levantó acta de la confesión, aunque esté mencionada en los motivos de la sentencia? 214
 168 Debe ser aceptada la confesión? Puede ser retractada mientras no ha sido aceptada? Quid si contiene una renuncia? 215

Núm. 3. ¿Quién puede hacer una confesión judicial?

- 169 Para hacer una confesión, es necesario tener capacidad para disponer de la cosa que hace objeto de la confesión? 217
 170 Los incapaces no pueden hacer confesiones 218
 171 Cuándo pueden hacer confesión los mandatarios? 219
 172 Quid de los *abogados*? 220
 173 Pueden los tutores hacer confesiones en nombre de sus pupilos? 222
 174 Los administradores de un municipio pueden confesar? 223

Núm. 4. ¿En qué debe versar la confesión?

- 175 La confesión solo puede referirse á los casos de que pueden suponerse las partes. Aplicación del principio á las presunciones de orden público 223
 176 La confesión no puede referirse á objetos que no son de comercio, ni en hechos no reconocidos por la ley 223

Núm. 5. Fuerza probante de la confesión.

- 177 La confesión hace fe plena. Contra quién la hace? 224
 178 Consecuencia del principio 225
 179 De la interpretación de la confesión: puede ser extensiva? 225

	Págs.
180 Con relación á quién hace fe? Puede uno prevalecerse de ella contra los codendores solidarios y contra los acreedores.....	227
Núm. 6. De la irrevocabilidad de la confesión.	
181 La confesión es irrevocable. Por qué? Aplicación del principio.....	228
182 La confesión puede ser revocada por error de hecho. Aplicación.....	229
183 La confesión no puede ser revocada por error de derecho. Por qué?.....	229
184 Quid si la confesión es una confirmación?.....	230
Núm. 7. De la indivisibilidad de la confesión.	
I. Principio.	
185 La confesión es indivisible. Por qué?.....	231
186 El principio de la indivisibilidad recibe excepciones?.....	232
II. De los casos en los que la confesión es indivisible.	
1. Confesión llamada <i>calificada</i> .	
187 La confesión calificada es indivisible.....	234
188 Aplicación del principio á la venta.....	235
189 Otras aplicaciones en las que el primer juez se había equivocado.....	236
190 Aplicaciones á otras convenciones.....	237
191 Aplicaciones en materia de servidumbre.....	238
192 De las confesiones en materia de donativos manuales....	239
2. De la confesión llamada <i>compleja</i> .	
193 La confesión compleja es indivisible. Aplicación al pago.....	239
194 Aplicación del principio á la venta.....	240
195 Quid de los demás modos de extinguir obligaciones.....	242
196 Quid si aquel que reconoce la existencia de una convención agrega que se resolvió de común acuerdo?.....	244
197 Quid si aquel que reconoce que la causa mentada en un vale es falsa, agrega que la obligación tiene otra causa?....	245
Núm. 8. De la divisibilidad de la confesión.	
I. De la absolución de posiciones.	
199 En qué sentido el principio de la indivisibilidad de la con-	

	Págs.
fesión no se aplica á la absolución de posiciones. Es una excepción?.....	247
200 No se aplica el principio de la indivisibilidad de la confesión cuando el interrogatorio es invocado á título de principio de prueba por escrito.....	248
II. De la confesión refiriéndose á varios puntos.	
201 Cuál es el sentido de esta excepción? Es una verdadera excepción?.....	249
202-203 De la excepción tal cual la admite la jurisprudencia.....	250-251
204 Aplicación de la excepción.....	252
III. De la confesión que no es la única prueba del hecho.	
205 Cuando el hecho acerca del que versa la confesión está probado independientemente de ella, la parte que la hace no puede prevalecerse de la indivisibilidad.....	255
IV. De los casos en los que la jurisprudencia admite la divisibilidad de la confesión.	
206 La confesión puede ser dividida en este sentido que la parte que se prevalece de ella se admite á combatir por la prueba contraria las declaraciones accesorias que modifican ó neutraizan la declaración principal.....	257
Núm. 9. Efecto de la indivisibilidad.	
207 Se pueden combatir las declaraciones accesorias de la confesión según el derecho común, y además por una presunción legal.....	258
208 Se las puede combatir probando que son falsas.....	260
209 Quid si una parte de la confesión es inverosímil?.....	262
210 Quid si una parte de la declaración es vaga é incierta?.....	263
211 Por qué prueba puede combatirse la indivisibilidad de la confesión? Cuándo será admisible la prueba testimonial?.....	264
212 Puede invocarse una parte de la confesión á título de principio de prueba por escrito, para combatir la otra por la prueba testimonial?.....	265
Núm. 10. De la interpretación de la confesión.	
213 Tiene el juez el derecho de interpretar la confesión?.....	266
214 Tiene el derecho de comprobar si hay confesión.....	266

	Págs.
215 Tiene el derecho de determinar las consecuencias jurídicas de la confesión sin estar ligado por las declaraciones de las partes.....	267
216 El juez puede fijar el sentido y la extensión de la confesión sin poder dividirla.....	268
§ III. De la confesión extrajudicial.	
217 Cuándo hay confesión extrajudicial? Cómo se prueba la confesión verbal?.....	269
218 Cuál es la fuerza probante de la confesión extrajudicial?...	270
219 Hace plena fe como la confesión judicial?.....	271
220 Puede ser revocada?.....	272
221 El juez puede dividirla?.....	272
SECCION VII.—Del juramento.	
§ 1.º Nociones generales.	
Núm. 1. ¿Es el juramento un acto religioso?	
222 Es el juramento un acto religioso en su esencia?.....	273
223 Aquellos á quienes su religión prohíbe prestar juramento con invocación de la Divinidad están admitidos á hacer una simple afirmación de justicia? Cuál es el valor de esta afirmación?.....	275
224 Del juramento <i>more judaico</i> . Puede obligarse á los judíos á prestarlo?.....	277
225 Es todavía un acto religioso el juramento bajo el imperio de la constitución belga?.....	282
Núm. 2. División. Del juramento extrajudicial.	
226 Del juramento promisorio y de las pretensiones de la gente de iglesia.....	287
227 Del juramento extrajudicial de que hacen depender las partes el resultado del proceso.....	288
228 El juramento prestado en el juzgado de paz, es judicial ó extrajudicial?.....	289
229 El juramento judicial es decisivo ó suplicativo.....	290
II. Del juramento decisivo.	
Núm. 1. Principio.	
230 La delación del juramento decisivo es una transacción..	290
231 Por qué es esta transacción obligada?.....	291
232 Aquel que la propone debe tener un principio de prueba? 292	

	Págs.
233 Cuál es el efecto de la transacción?.....	292
Núm. 2. Quién puede deferir el juramento.	
234 Para deferir el juramento es necesario ser capaz para transar.....	293
235 Aplicación del principio á los incapaces.....	294
236 Aplicación del principio á los mandatarios y á los abogados	295
237 Aplicación del principio á los administradores legales.....	295
Núm. 3. ¿A quién puede deferirse el juramento?	
238 Es necesario ser parte en causa. Aplicación del principio.	296
239 Es necesario figurar en el proceso personalmente. El juramento puede ser deferido á los administradores legales..	297
240 El juramento solo puede ser deferido á los que son capaces para transar.....	298
Núm. 4. En cuáles litigios puede ser deferido el juramento?	
I. La regla.	
241 El juramento puede ser deferido en cualquier litigio....	298
242 Quid si la demanda ó la excepción es plenamente probada?	299
243 Puede ser deferido el juramento acerca de la existencia de las cláusulas de un contrato solemne?.....	300
244 El juramento puede ser deferido contra una acta auténtica? 301	
II. La restricción.	
245 El juramento solo puede ser deferido en litigios que pueden ser objeto de una transacción.....	302
246 El juramento puede ser deferido contra las presunciones que son de orden público.....	303
247 El juramento no puede ser deferido en el caso en que la ley prohíbe la acción de la justicia.....	305
Núm. 5. Acerca de qué hechos puede ser deferido el juramento.	
I. Los hechos deben ser personales.	
248 El hecho debe ser personal. Consecuencia que resulta de esto.	305
249 Hay excepción en el caso previsto por el art. 2 275. Esta disposición puede ser extendida por analogía?.....	306
II. Los hechos deben ser decisivos.	
250 El juramento solo puede ser deferido acerca de un hecho.	

	Págs.
Puede serlo acerca de cualquier hecho, aun los vergonzosos é ilícitos?.....	308
251 Es preciso que el hecho sea decisivo; es decir, terminante.	309
252 Es preciso que el juramento tenga por objeto y por efecto, terminar el litigio.....	309
253 Aplicación del principio al caso en que la delación versá acerca de varios hechos, los unos terminantes y los otros no.	310
254 Puede el juramento ser deferido acerca de accidentes, particularmente acerca de la calidad del demandante?.....	313
Núm. 6. Cuando debe ser deferido el juramento?	
255 El juramento puede ser deferido en cualquier estado de la causa; quid contra los desfallecidos?.....	314
256 Hasta qué momento puede ser deferido el juramento?.....	315
257 Puede deferirse el juramento para concusiones subsidiarias? Crítica de la jurisprudencia.....	315
258 Puede el juez negarse á ordenar el juramento cuando está deferido por una parte á la otra? Crítica de la jurisprudencia francesa.....	319
259 Jurisprudencia de la Corte de Casación de Bélgica.....	323
260 Cuando puede el juez negar el juramento por aplicación de los principios generales?.....	323
261 Lo puede hacer cuando aquel que defiere el juramento abusa de su derecho para vejar á la parte adversa ó alargar el proceso?.....	325
Núm. 7. Efecto de la delación.	
262 Cuando aquel á quien se defiere el juramento puede referirlo?	326
263 Aquel que defirió ó refirió el juramento puede retractarse?	326
264 En qué términos debe prestarse el juramento?.....	328
265 Pueden ser modificados estos términos por el juez cuando se trata de circunstancias accesorias é indiferentes?.....	328
266 Cuando el juramento es modificado, la parte que lo ha deferido será ligada por el juramento así modificado? Aquel que acepta el juramento solo con modificaciones, está considerado como negándolo?.....	329
267 Jurisprudencia de las cortes de Bélgica.....	331
268 Quid del juramento prestado con explicaciones?.....	332
269 Quid de la declaración hecha por la parte de no acordarse? Hay negación de prestar el juramento en este caso?.....	332
Núm. 8. Efecto de la aceptación ó de la negación.	
I. Principio.	
270 El juramento prestado ó negado hace fe plena. La prueba	

	Págs.
contraria no es admitida.....	334
271 Quid si aquel á quien se defiere el juramento muere después de haberlo aceptado, pero antes de haberlo prestado? Quid si muere sin haber aceptado ni negado?.....	335
II. Fuerza probante del juramento.	
272 El juramento solo hace fe cuando fué prestado tal cual fué deferido. Quid si fué prestado en parte y negado en otra?.....	336
273 Cual es la fuerza probante que resulta del juramento? Quid si la convención por la que se presta el juramento es viciosa?	337
274 Puede probarse la falsedad del juramento?.....	337
275 Quid si el perjurio está castigado criminalmente? La parte lesionada puede presentarse parte civil?.....	339
III. Extensión de la fuerza probante.	
276 La transacción resultando del juramento no puede ser extendida á otro objeto.....	339
277 De las aplicaciones previstas por el art. 1,365.....	341
278 De los casos no previstos por el art. 1,365.....	343
§ III. Del juramento deferido de oficio.	
279 División.....	344
Artículo I. Del juramento supletorio.	
Núm. 1. Nociones generales.	
280 Qué es el juramento supletorio? Es decisorio?.....	344
281 Crítica del juramento supletorio.....	345
282 Principio de interpretación.....	346
Núm. 1. De las condiciones requeridas para que el juez pueda deferir el juramento.	
283 Cuáles son las condiciones bajo las que el juez puede deferir el juramento?.....	346
284 Debe el juez comprobar la existencia de estas condiciones en su sentencia?.....	347
285 Cuando se puede decir que la demanda ó la excepción no están completamente desprovistas de prueba? Se necesita un principio de prueba por escrito?.....	348
286-290 Aplicaciones del principio.....	351-355
291 Deben aplicarse al juramento supletorio los principios que rigen el juramento decisorio? Puede deferirse en cuestio-	

	Págs.
nes de deferir? Acerca de hechos que no son personales, ó que no son decisivos?.....	355
292 A quién puede ser deferido el juramento supletorio?.....	357
Núm. 2. Efecto de la delación.	
293 La parte á la que se defiere el juramento puede negarse? Cuál será el efecto de esta negación?.....	358
294 Puede referirlo á la parte adversa?.....	358
295 Quid si muere antes de haber prestado el juramento ó haberse negado?.....	359
296 Está ligado el juez por la delación del juramento?.....	359
297 Hay lugar á apelación contra la sentencia que decide la contestación por prestación de juramento?.....	360
298 Quid si la sentencia ha pasado á autoridad de cosa juzgada? Se puede todavía, en este caso, probar la falsedad del juramento? Quid en caso de adquisiscencia?.....	360
Artículo 2. Del juramento en "plaidis."	
Núm. 1. Noción general.	
299 Cuándo hay lugar á deferir el juramento en "plaidis.".....	361
300 Quid si existen pruebas en el proceso?.....	362
301 Es necesario que la obligación esté probada y que sea imposible comprobar el valor de la cosa de otra manera que por el juramento. Cuándo hay responsabilidad? Puede ó debe el juez ocurrir á la prueba de fama pública?.....	363
302 Cómo determinará el juez la suma hasta la que el demandante tendrá crédito por su juramento?.....	365
303 A quién puede deferirse el juramento? Puede el juez deferirlo á los herederos del demandante?.....	366

Núm. 3. Efecto de la delación.

304 Esta es una medida de instrucción. Consecuencias que resultan.....	366
--	-----

TITULO V.

DE LOS COMPROMISOS QUE SE FORMAN SIN CONVENCION.

(Título IV del Código Civil).

305 Qué se entiende por la palabra <i>compromiso</i> ?.....	368
306 Cuáles compromisos resultan de la ley?.....	369
307 Cuáles nacen de no hecho personal? Crítica de la clasificación.....	369

CAPITULO I.

DE LOS CUASICONTRATOS.

	Págs.
308 Qué es un cuasicontrato? Los cuasicontratos se rigen por los mismos principios que los contratos?.....	371
309 Hay cuasicontrato en la gestión de negocios y la repetición por lo indevido?.....	372

SECCION I.—De la gestión de negocios.

§ I. Definición y caracteres.

Núm. 1. Gestión de negocios y mandato.

310 Analogía entre la gestión de negocios y el mandato.....	373
311 La gestión de negocios se forma sin concurso de consentimiento. Hay gestión de negocios ó mandato tácito cuando el propietario conoce la gestión?.....	374
312 El amo y el gerente deben ser capaces para contractar?.....	377
313 Cómo se prueba la gestión de negocios?.....	379
314 De qué culpa responde el gerente y el mandatario?.....	380
315 La solidaridad establecida por el art. 2,002 para el mandato se aplica á la gestión de negocios?.....	380
316 El gerente debe obrar útilmente para que haya gestión de negocios.....	380
317 El art. 2,001 es aplicable al gerente?.....	381
318 Cuáles son las obligaciones del mandatario y del gerente á la muerte del mandante ó del amo?.....	381
319 Del caso en que el mandato se hace una gestión de negocios, y del caso en que la gestión se transforma en mandato.....	381

Núm. 2. Condiciones requeridas para que haya gestión de negocios.

320 En qué casos el gerente gira <i>voluntariamente</i> los negocios ajenos?.....	383
321 Es menester gestionar el negocio ajeno.....	384
322 Quid si se gestiona á la vez en interés propio y en el de un tercero?.....	385
323 La gestión de negocios implica una gestión hecha sin espíritu de liberalidad.....	386
324 Quid si se gestiona el negocio de un tercero creyendo gestionar el propio.....	388
325 Quid si gestiona el negocio de Pedro creyendo gestionar el de Pablo?.....	389

§ 2. Obligaciones del gerente.

326 Las obligaciones del gerente son las del mandatario.....	389
--	-----

	Página.
327 Debe continuar la gestión comprendiendo todas sus dependencias.....	390
328 El gerente debe dar cuentas.....	391

§ III. Obligaciones del amo.

329 Está obligado como un mandante cuando el negocio está bien administrado. Qué momento debe de considerarse para decidir si la gestión es útil?.....	392
330 El amo está obligado a pagar el interés de los anticipos hechos por el gerente?.....	393
331 Debe un salario al gerente?.....	394
332Cuál es el efecto de los compromisos contraídos por el gerente con relación al amo y para con los terceros?.....	394

§ IV. De la acción de *in rem verso*.

333 Cuando la gestión no es útil en su principio, el gerente tiene, no obstante, la acción de <i>in rem verso</i>	396
334 Así mismo cuando falta una condición requerida para la gestión de negocios.....	396
335 Aquel que se mezcla en los negocios de una persona por interés personal tiene acción de <i>in rem verso</i> ? Quid si procuró un provecho á un tercero sin mezclarse en sus negocios?.....	397
336-338 Quid de aquel que gira el negocio de una persona á pesar suyo?.....	398-400
339 Hay gestión de negocios ó acción de <i>in rem verso</i> cuando un burgomaestro hace gastos en provecho de un municipio en circunstancias urgentes, sin llenar las formalidades legales?.....	401
340 Cuáles son los efectos de la acción de <i>in rem verso</i> ?.....	403

SECCION II.—De la repetición de lo indevido.

341 Cuál es el fundamento del cuasicontrato de la repetición de lo indevido?.....	403
342 Cuáles son las condiciones requeridas para que haya lugar á repetición?.....	404

§ 1.º ¿Cuándo hay pago indevido?

343 Hay pago indevido en tres casos.....	404
--	-----

Núm. 1. Cuando no hay deuda.

344 Hay pago indevido cuando nunca existió la deuda, ó que falta una condición requerida para la existencia de la convención.....	404
---	-----

	Página.
345 Así mismo cuando se paga una deuda anulable ó remisible.....	405
346 Quid si la obligación es resoluble ó revocable?.....	406
347 Quid de las deudas condicionales, á plazo ó alternativas?.....	406
348 Aquel que paga más de lo que debía hace pago indevido.....	407
349 Así mismo aquel que paga una deuda extinguida. Quid de aquel que paga una deuda cuando podía oponer la prescripción á la cosa juzgada?.....	407

Núm. 2. Cuando la deuda es debida por otra persona.

350 Aquel que no siendo dador paga, puede repetir, excepto la excepción prevista por el segundo inciso del art. 1,377.....	408
--	-----

Núm. 3. Cuando la deuda es debida á otra persona.

351 Hay pago indevido en este caso?.....	409
--	-----

§ II. Del efecto del pago indevido.

Núm. 1. Principio.

352 Hay lugar á repetición bajo la condición que el pago ha sido hecho por error. Es menester que haya error en el caso del art. 1,376?.....	409
353 Cuál será el efecto del pago hecho por aquel que paga lo que sabe que no debe? Hay lugar á repetición ó á reivindicación?.....	411
354 Hay lugar á repetición por error de derecho?.....	414
355 Para que haya lugar á repetición, es preciso que aquel que recibe el pago indevido esté capaz,.....	415

Núm. 2. Aplicación. Artículo 1,377.

I. La regla.

356 Condiciones requeridas para que haya lugar á la repetición en el caso del art. 1,377.....	415
357 El tercero que paga por cuenta del dador no puede promover en repetición contra el acreedor cuando su recurso contra el dador es ineficaz.....	416
358 Lo mismo sucede si el tercero que paga está subrogado por convención ó por la ley, y que la hipoteca cae por la evicción que sufre el dador.....	416
359 No hay lugar á la repetición cuando un adquirente paga su precio á los acreedores delegados ó colocados y que después se ve obligado á pagar á un acreedor que primaba á los á quienes había pagado.....	417

- 360 Sucederá lo mismo si el adjudicatario por expropiación obligado paga su precio á los acreedores colocados, y si después la adjudicación está resuelta á consecuencia del ejercicio de la acción resolutoria de un vendedor no pagado?.. 419
- 361 Quid si el delegado paga al delegatario, creyéndose por error, deudor del delegante?..... 420

II. La excepción.

- 362 En qué consiste la excepción y cuál es su motivo?..... 420
- 363 Se puede extender al caso en que el acreedor ha dejado prescribir el crédito ó renunciado á las garantías que aseguraban el pago?..... 421
- 364 Cuál es el recurso que da la ley contra el deudor? Aquel que paga indebidamente está subrogado al acreedor?..... 422

§ III. De la acción en repetición.

- 365 Quién puede promover? Si el pago fué hecho á quien no era acreedor, puede promover el verdadero acreedor?.... 423
- 366 El demandante en repetición debe probar que ha pagado. Cómo se da esta prueba?..... 425
- 367 Debe probar en segundo lugar que pagó lo que no debía, cómo dará esta prueba?..... 425
- 368 Debe probar que pagó por error..... 427
- 369 Hay casos en los que, por excepción, el demandante no debe probar la inexistencia de la deuda y del error..... 429

Núm. 2. Obligaciones de aquel que recibió la cosa indebidamente.

I. Principio.

- 370 Cuál es el principio de la obligación de restitución y cuál su extensión?..... 430
- 371 Si aquel que recibió fué de mala fe, las obligaciones resultando de su dolo pasan á los herederos de buena fe?.... 431

II. Aplicación.

1. Pago indebido de una cantidad de dinero ó de cosa fungible.

- 372 Aquel que es de buena fe debe restituir los réditos?..... 431
- 373 Quid si los réditos están pagados indebidamente á aquel que los recibe de buena fe?..... 432

- 374 Aquel que recibió con mala fe cosas fungibles debe restituir los réditos del valor de estas cosas á partir del pago?.... 433

2. Pago indebido de cosas determinadas.

- 375 Aquel que recibió la cosa de buena fe, debe restituir los frutos?..... 433
- 376 Está obligado por los deterioros y la pérdida ocasionada por falta de cuidado? Quid si recibió de mala fe?..... 434
- 377 Quid si la cosa está vendida? Cuáles son las obligaciones de aquel que recibió de buena fe y de aquel que recibió de mala fe?..... 436
- 378 Aquel que pagó indebidamente, puede reivindicar la cosa contra un tercer adquirente? quid si se trata de una cosa mueble?..... 437
- 379 Cómo se concilia el derecho de reivindicación con el artículo 1,380?..... 440

Núm. 3. Obligaciones del demandante en repetición.

- 380 Crítica de la redacción del art. 1,381..... 441
- 381 Los gastos necesarios deben ser restituidos á cualquier poseedor, integralmente..... 442
- 382 Los gastos útiles deben también ser reembolsados pero hasta concurrencia del valor de la mejora..... 442
- 383 Los gastos de lujo no deben ser reembolsados..... 443

CAPITULO II.

DE LOS DELITOS Y DE LOS CUASIDELITOS.

SECCION I.—Nociones generales.

- 384 Qué se entiende por delito y qué por cuasidelito? Basta que haya un hecho perjudicial para que el autor del hecho esté obligado á reparar el daño?..... 444
- 385 Diferencia entre el delito civil y el delito criminal..... 445
- 386 El delito civil y el delito criminal se rigen por principios diferentes..... 446
- 387 La responsabilidad del hecho ajeno es un cuasidelito..... 448

SECCION II.—Condiciones requeridas para que haya delito ó cuasidelito.

§ I. Un hecho perjudicial.

- 388 Se necesita un hecho? Basta con un hecho de omisión?.... 448
- 389 La reticencia de la calidad de hijo adulterino en el momento en que se casa, es un delito?..... 449

	Página
390 El hecho de no cercar el ferrocarril con una cerca es un cuasidelito en la circunstancia en que esta cerca puede sola evitar accidentes.....	450
391 El hecho debe ser perjudicial. Sin daño no hay delito. Aplicación del principio á los abogados y á los notarios.....	451
392 Aplicación del principio á la usurpación de nombre ó de una marca de fábrica.....	452
393 Consecuencia que resulta del principio.....	453
394 Recibe el principio aplicación por el retardo que la administración de un ferrocarril pone en el transporte ó entrega de una mercancía?.....	454
395 El daño moral da lugar á una reparación pecuniaria.....	454
396 Aplicación del principio á la contestación de estado y á la oposición al matrimonio.....	455
397 De la promesa de matrimonio y de la reducción.....	455
398 El interés moral de la familia da al padre una acción por daños y perjuicios.....	456
399 De los delitos de prensa. Reparación pecuniaria.....	456
400 Falsa acusación. Aquel que es absuelto puede presentarse parte civil en las promociones dirigidas contra el verdadero culpable?.....	457
§ II. Un hecho ilícito.	
401 El hecho perjudicial debe ser ilícito. Un hecho ilícito no da lugar á daños y perjuicios.....	458
Núm. 1. ¿Cuándo es el hecho ilícito?	
402 Cada violación de la ley es un hecho ilícito.....	458
403 De la resistencia del clero á la ley de 9 de Diciembre de 1864.....	459
404 La lesión de un derecho es un hecho ilícito. Cuándo hay lesión de un derecho?.....	462
405 Hay lesión de un derecho cuando se impide el reconocimiento de un hijo natural.....	463
406 Hay lesión de un derecho cuando se impide testar á una persona ó cuando se destruye su testamento. Quid de los parientes que retienen una sucesión con perjuicio de otros parientes más próximos?.....	464
407 La lesión de derecho de propiedad es un delito ó un cuasidelito.....	464
Núm. 2. ¿Hay delito ó cuasidelito cuando el autor del hecho perjudicial usó de un derecho?	
408 Cuál es el sentido del adagio según el que aquel que usa de	

	Página
su derecho no perjudica á nadie?.....	465
409 Aplicación del principio á los daños causados por un particular en el ejercicio de su derecho.....	466
410 Aquel que abusa de su derecho con intención de perjudicar es responsable del daño causado?.....	467
411 Aquel que causa un daño en defensa propia debe repararlo?.....	468
412 El litigante temerario debe daños y perjuicios?.....	469
413 La jurisprudencia belga y francesa acerca de esta cuestión.....	473
414 Las vías ejecutivas se rigen por el art. 1,382?.....	475
415 Aplicación del principio al ejercicio de un derecho de propiedad.....	476
416 Hay lesión de un derecho cuando el propietario sufre un daño por ocasión de nuevas construcciones, pero á consecuencia de las construcciones viciosas hechas por él?.....	478
417 Límites que deben darse al derecho de propiedad por las obligaciones de vecindad.....	478
Núm. 3. El principio del art. 1,382 ¿se aplica al Estado?	
I. Del Poder Legislativo.	
418 El Estado, como Poder Legislativo es responsable?.....	479
II. Del Poder Ejecutivo.	
1. Principio.	
419 Cuándo es responsable el Estado como Poder Ejecutivo?.....	480
420 Se objeta que el Estado no puede cometer hecho ilícito. Respuesta.....	482
421 Es responsable el Estado aunque obre como poder político?.....	482
422 Es responsable el Estado por los hechos perjudiciales de sus agentes.....	483
423 Se objeta la legislación de servidumbres legales. Respuesta.....	484
424 Las servidumbres militares, dan lugar á reparación?.....	486
425 La ley de 8 de Julio de 1794 consagra el principio de la responsabilidad del Estado considerado como poder político.....	487
426 De la distinción que se hace entre el Estado, poder político, y el Estado propietario ó persona civil.....	489
427 El disautimiento es teórico más bien que práctico.....	490
2. Jurisprudencia.	
428 De los casos en los que se admite que el Estado es responsable como propietario. Discusión de las sentencias.....	491
429 De los casos en los que el Estado no es responsable. Es porque el Estado obra como poder político, ó porque no hay derecho perjudicado?.....	493

	Págs.
430 El Estado no es responsable como poder político cuando obra en virtud de su poder reglamentario.....	495
431 El Estado es responsable cuando lesiona un derecho aun que obre como poder público?.....	496
431 bis Crítica de una sentencia de la Corte de Bruselas.....	496
3. Aplicación del principio á los trabajos públicos.	
432 Es responsable el Estado cuando lesiona un derecho ejecutando trabajos públicos?.....	498
433-438 Jurisprudencia. Discusión de las sentencias.....	499-505
4. Aplicación del principio á los municipios.	
439-440-442 La jurisprudencia declara á los municipios responsables aunque obren como poder público. Discusión de las sentencias.....	507-510-511
5. De los concesionarios de trabajos públicos.	
443 Se rigen por los principios que se aplican al Estado?.....	512
III. Del Poder Judicial.	
444 En qué casos son responsables los tribunales.....	513
§ III. Un hecho imputable.	
Núm. 1. Cuando el hecho cesa de ser imputable por razón de falta de libertad.	
445 Qué es la imputabilidad? Las personas incapaces para contraer, son capaces para obligarse por un delito ó un cuasi-delito?.....	516
446 Jurisprudencia. Sentencia increíble de la Corte de Montpellier.....	518
Núm. 2. ¿Cesa la imputabilidad cuando el hecho es cometido por orden de la autoridad?	
447 No hay imputabilidad cuando la orden ha sido dada por la autoridad competente.....	519
448 ¿Qué si la orden es ilegal?.....	520
449 El mandatario es responsable del hecho que ha cometido por orden del mandante?.....	521
Núm. 3. De la fuerza mayor.	
1. Principio general.	
450 La fuerza mayor hace cesar la imputabilidad.....	2

	Págs.
451 Aplicación del principio.....	522
452 Daño causado por una inundación.....	523
453 Naufragio. Responsabilidad de la administración de correos.....	524
454 Incendio de un navío. Responsabilidad del capitán. Cuando el caso fortuito se hace imputable.....	525
II. Hechos de guerra.	
455 La guerra es un acontecimiento de fuerza mayor que no da lugar á daños y perjuicios cuando el hecho perjudicial pertenece al enemigo.....	526
456 ¿Qué si los hechos de guerra son obra del Estado contra el que la indemnización es reclamada?.....	527
457 Jurisprudencia.....	529
458 El mismo principio se aplica á los hechos de revolución.....	530
459 Deben considerarse como hechos de guerra las medidas tomadas por la autoridad militar, en medio de la lucha, aunque por sí no constituyan un hecho de lucha.....	531
460 No sucede así con las medidas preparatorias de prudencia y de defensa ordenadas por la autoridad militar; quedan bajo el imperio del derecho común.....	534
461 El impuesto de la sangre; rehenes matados después de una votación. Responsabilidad de los votantes.....	537
IV. Culpa aquiliana.	
Núm. 1. Principio.	
462 La más leve culpa basta para que haya cuasidelito.....	538
463 Los arts. 1,382 y 1,383 reciben su aplicación en las obligaciones convencionales?.....	540
464 El juez del hecho tiene poder discrecional para apreciar la culpa, pero debe comprobar que la hay bajo pena de casación.....	540
465 Aplicación del principio establecido por los arts. 1,382 y 1,383.....	542
Núm. 2. Diversos casos en los que hay culpa.	
I. Imprudencia.	
466 La menor imprudencia basta. Muerte ocasionada por hacer una paca de lana.....	543
467 Imprudencia en caso de caza.....	544
468 Accidentes causados por ginetes ó coches que luchan en rapidez.....	545
469 La pérdida de valores contenidos en una carta, cuando ésta no fué certificada es un cuasidelito?.....	546

	Págs.
470 A falta de imprudencia no hay cuasidelito.....	547
II. Negligencia.	
471 El propietario que no conserva sus derechos es responsable del perjuicio que su negligencia causa á un tercero?.....	548
472 Responsabilidad de los conductores de los coches-correo y de sus cocheros.....	550
473 Responsabilidad de los concisionarios de trabajos públicos.....	552
474 Responsabilidad de los jefes de industria.....	553
475-476 Aplicaciones del principio.....	554-555
477 La responsabilidad de los patronos es más severa cuando los obreros son niños.....	556
478 Responsabilidad de los que dan noticias inexactas, ó hacen recomendaciones contrarias á la verdad.....	557
479 Aplicación del principio. Jurisprudencia.....	558
480 Es necesario para que haya responsabilidad, que aquel que dió las noticias inexactas supiera que eran erróneas?.....	560
481 La <i>Mutua Confidentia</i>	560

III. Impericia.

482 La impericia está asimilada á la imprudencia y á la negligencia.....	561
483 Aplicación á los oficiales públicos que ignoran el derecho que deben conocer.....	562
484 Aplicación del principio á los notarios cuando la cuestión del derecho es controvertida.....	563

Núm. 3. ¿Cuándo deja la culpa de ser un cuasidelito?

485 Aquel que sufre un daño por culpa suya está como si no fuese lesionado. Cuál es el sentido de este adagio?.....	564
486 Se aplica cuando ninguna culpa puede ser reprochada á quien por su hecho ha causado un daño.....	564
487 Cuando, á pesar de la culpa de la parte perjudicada, hay una culpa por parte del autor del hecho, éste está obligado á repararlo. Jurisprudencia.....	565
488 Aplicación del principio á los patronos y á los obreros. De la protección que los jefes de industria deben á sus obreros, sobre todo cuando son niños.....	567
489 Cuándo hay culpa por parte de la persona perjudicada? Jurisprudencia.....	568
490 Cuándo la persona herida por un coche tiene la culpa?.....	570
491 Cuando hay culpa por parte de la persona perjudicada, los años y perjuicios á los que tiene derecho deben ser moderados?.....	571

	Págs.
492 Si hay culpas recíprocas, puede el juez negar los daños y perjuicios al demandante? Crítica de la jurisprudencia.....	571

SECCION III.—Aplicaciones.

§ I. Propiedad, comercio, industria.

493 De los límites de la propiedad, del comercio y de la industria. Cuándo el ejercicio de un derecho se hace un cuasidelito? Translado.....	573
494 De la competencia. Constituye un cuasidelito?.....	573
495 De la usurpación de nombre en materia de comercio y de industria.....	574
496 De la usurpación de las marcas de fábrica.....	575
497 De la usurpación de muestras.....	576
498 Cualquiera imitación de establecimiento existente, cuando constituye un hecho de usurpación es un delito ó un cuasidelito.....	577
499 Lo mismo pasa con la usurpación de las distinciones concedidas á ocasión de una exposición industrial.....	578
500 Cualquiera burla de una industria rival es un hecho perjudicial en el sentido del art. 1,382, aunque no hubiera intención de dañar.....	579

§ II. Responsabilidad de los funcionarios y oficiales ministeriales.

501 Los funcionarios son responsables. El art. 75 de la Constitución del año VIII fué abrogado en Francia y Bélgica.....	580
502 La responsabilidad de los funcionarios está regida por el derecho común en cuanto á la extensión de la culpa. Jurisprudencia.....	581
503 Responsabilidad de los conservadores de hipotecas y de los oficiales del estado civil, así como de los depositarios de los registros.....	584
504 Responsabilidad de los secretarios.....	584
505 Responsabilidad de los abogados. Es la responsabilidad del mandato ó la de los arts. 1,382 y 1,383?.....	585
506 Quid del mandato extrajudicial dado al abogado?.....	588
507 La responsabilidad de los notarios se funda en una obligación convencional ó en un cuasidelito?.....	591
508 Crítica de la jurisprudencia de las cortes de Bélgica.....	593
509 Crítica de la Corte de Casación de Francia.....	596
510 Es responsable el notario en virtud del derecho común, fuera de los casos previstos por la ley de 25 ventoso, año XI?.....	599

	Págs.
511 Es responsable cuando no ilustra á las partes contratantes respecto del acta que pasan y de sus consecuencias? Es responsable como consejero?.....	600
512 Responsabilidad del notario como mandatario.....	603
513 Responsabilidad del notario como gerente de negocios....	604
514 Cuál es el grado de culpa por la que están obligados los notarios como mandatarios ó como agentes de negocios?.....	607
515 La responsabilidad de los funcionarios y oficiales ministeriales está sometida al derecho común en cuanto al perjuicio.	609

§ III. Las profesiones liberales.

516 La responsabilidad es general. Se aplica á los médicos. Cuál es el límite de su responsabilidad? Cuál su carácter?	610
517 Son responsables los médicos por los certificados que expiden?.....	612
518 Son responsables cuando hacen una experiencia en un enfermo?.....	613
519 Son responsables los abogados por su opinión?.....	614
520-521 Los ministros de los cultos son responsables por sus predicaciones?.....	614-615

SECCION IV.—Consecuencia de los delitos y de los cuasidelitos.

§ 1.º Daños y perjuicios.

Núm. 1. Principio.

522 El hecho perjudicial da lugar á una acción por daños y perjuicios.....	618
523 Los arts. 1,146, 1,150, 1,151 y 1,153, no son aplicables á los daños y perjuicios pronunciados en virtud de los artículos 1,382 y 1,383.....	618
524 Pueden ordenar los tribunales la suspensión del establecimiento que causa el daño, ó prescribir trabajos ó medidas que eviten el daño.....	621

Núm. 2. Extensión de los daños y perjuicios.

525 El juez debe tomar en cuenta el daño meral. En qué límites?.....	621
526 Puede pronunciarse una reparación por un daño futuro?.....	622
527 Puede conceder una nueva indemnización en caso de agravación de daños?.....	624
528 En qué caso la familia tiene derecho á una reparación, además de la concedida á la víctima del accidente?.....	625

	Págs.
529 Debe distinguirse en el valor del daño si el perjuicio resulta directa ó indirectamente del delito ó del cuasidelito?	626
530 Debe el juez tener en cuenta la gravedad de la culpa?.....	626
531 Debe tomar en consideración la culpa de la parte lesionada?.....	627
532 Cuándo hay culpa de la parte lesionada? Quid del propietario que ejecuta trabajos en la vecindad de una fábrica?.....	628
533 Del reglamento de los daños y perjuicios?.....	629

§ II. De la acción por daños y perjuicios.

Núm. 1. Quién tiene acción.

534 Quién tiene derecho para promover? Aplicación del principio. Jurisprudencia.....	631
535 Pasa la acción á los herederos? Puede ser intentada por los acreedores?.....	633
536 Ante qué jurisdicción debe presentarse la acción?.....	633

Núm. 2. Contra quién se intenta la acción.

537 La acción está intentada contra el autor del hecho perjudicial. Puede éste oponer al demandante que fué ya indemnizado por una sociedad mútua?.....	634
538 Quid si hay varios autores del mismo hecho perjudicial?.....	634
539 Quid si el hecho perjudicial es obra de uno solo de los coautores?.....	635
540 Puede la acción intentarse contra los herederos? Quid de los sucesores á título particular?.....	635
541 Los coautores de un delito civil están obligados solidariamente? Quid si los delitos son distintos aunque produzcan el mismo daño?.....	636
542 Quid si la culpa de los varios coautores no es la misma?.....	637
543 De la pretendida indivisibilidad del hecho perjudicial admitida por la jurisprudencia para inducir la solidaridad.....	637

Núm. 3. ¿En qué plazo debe intentarse la acción?

544 La acción de los arts. 1,382 y 1,383 se prescribe en treinta años.....	639
545 Puede la acción extinguirse por renuncia?.....	639

Núm. 4. De la prueba.

546 Es necesario una demanda y que el demandante pruebe la existencia del hecho perjudicial.....	639
547 Cuáles son las cosas que debe probar el demandante?.....	640
548 Cómo se prueban los delitos y los cuasidelitos?.....	641

549 Las condenaciones por delitos y cuasidelitos son ejecutorias por uso de arresto?	642
--	-----

CAPITULO III.

DE LA RESPONSABILIDAD.

SECCION I.—De la responsabilidad del hecho ajeno.

Artículo 1. De las personas responsables.

§ I. Nociones generales.

550 La responsabilidad del hecho ajeno está fundada en una presunción de culpa.	644
551 Regla de interpretación que resulta de ella.	645
552 Cuáles son las condiciones requeridas para que haya responsabilidad?	646

§ II. De los padres.

Núm. 1. ¿Quién es responsable?

553 Cuál es el fundamento de la responsabilidad impuesta á los padres?	647
554 Quién es responsable? Consecuencia y principio.	648
555 Es responsable el tutor?	649
556 Son responsables los tíos y tías?	650

Núm. 2. Condiciones de la responsabilidad.

I. Menor edad del niño.

557 Es necesario que el daño sea causado por un niño menor. Por qué? Quid si los niños son muy jóvenes?	650
558 Quid si el menor está emancipado?	651
559 Quid si el hijo mayor está loco?	653

II. El hijo debe vivir con sus padres.

560 Cuál es el sentido de estas palabras del art. 1,384: <i>conviviendo con ellos?</i>	654
--	-----

Núm. 3. ¿A qué hechos se aplica la responsabilidad?

561 Se aplica á cualquier hecho perjudicial.	654
--	-----

Núm. 4. ¿Cuándo cesa la responsabilidad?

562 La responsabilidad del padre cesa cuando el hijo pasa bajo	
--	--

la vigilancia de otra autoridad. Quid si hay una culpa que reprochar al padre?	655
563 Quid si el hijo entra al servicio militar?	657
564 La responsabilidad del padre cesa cuando ha estado en la imposibilidad de impedir el hecho perjudicial. Cuándo existe esta imposibilidad?	657
565 Puede el padre excusarse alegando que ha llenado su deber de educación?	660

§ III. De los profesores y artesanos.

566 Fundamento de la responsabilidad de los profesores y de los artesanos. Diferencia entre su responsabilidad y la de los padres.	660
567 Solo existe la responsabilidad de los profesores cuando están encargados de la educación de los hijos de una manera más ó menos permanente?	661
568 Los directores de hospicios de locos son responsables en virtud del art. 1,384?	662
569 Cuándo cesa la responsabilidad de los profesores y artesanos?	662

§ IV. De los amos y comitentes.

Artículo 1. Principio.

Núm. 1. ¿Quién es responsable y de qué?

570 Cuál es el motivo de la responsabilidad de los amos y de los comitentes?	663
571 Qué se entiende por comitentes y dependientes?	664
572 Es necesario que el comitente haya dado órdenes ó instrucciones relativas al hecho perjudicial? Quid si es cómplice?	666
573 Todo comitente es responsable. Quid si la posición del comitente es ilegal?	667
574 El comitente es responsable por cualquiera dependiente. Quid de los dependientes nombrados por el dependiente?	668
575 Cuáles son los comitentes y los dependientes á los que se aplica el art. 1,384? El gerente de una sociedad en comandita es el dependiente de la sociedad?	669
576 El maquinista y el fogonero de un barco de vapor, son dependientes del capitán ó del propietario del barco?	669
577 Responsabilidad de los empresarios de transportes. Quién es comitente y dependiente?	670
578 Son los obreros dependientes de quien los emplea? Doctrina. Crítica de la opinión general.	671
579 Jurisprudencia. Caso en el que ambos principios conducen á la misma consecuencia.	672
580 Conflictos de ambos principios. Crítica de la jurisprudencia.	674

	Página
581 Quid si el amo trata á destajo con un empresario.....	675
Núm. 2. Condición de la responsabilidad.	
582 Bajo qué condición son responsables los comitentes?.....	676
583 La responsabilidad debe ser limitada al ejercicio inhábil ó imprudente de la función que el dependiente ejerce?.....	678
584 La jurisprudencia desecha esta interpretación restrictiva.....	679
585 Cuando se puede decir que el hecho perjudicial tuvo lugar fuera del servicio?.....	680
586 Se extiende la responsabilidad á los delitos criminales?.....	682
587 Son responsables los comitentes por el daño que uno de sus dependientes causa á otro en trabajo común?.....	683
Núm. 3. ¿Cuándo cesa la responsabilidad?	
588 La excepción del último inciso del art. 1,384 es aplicable á los amos y comitentes?.....	685
589 Los comitentes cesan de ser responsables cuando la persona lesionada sufre el daño por culpa propia. Crítica de una sentencia de la Corte de Orléans.....	687
Artículo 2. Aplicación del principio.	
Núm. 1. ¿Es el Estado responsable?	
590 La responsabilidad del comitente es una regla general que se aplica en toda materia, bien que las leyes especiales no la mencionan.....	689
591 Se aplica el art. 1,384 al Estado? Crítica de la doctrina de los autores franceses.....	689
592 Jurisprudencia francesa. Conflicto entre la Corte de Casación y el consejo de Estado.....	692
593 Jurisprudencia belga. Conclusión.....	694
594 Para que el Estado sea responsable, es menester que el dependiente haya cometido el daño en sus funciones.....	698
595 Estos principios se aplican á la provincia y al municipio. Crítica de una sentencia de la Corte de Casación de Bélgica.....	699
Núm. 2. Trabajos públicos.	
596 Quién es responsable del daño causado por empresarios en ejecución de trabajos públicos? Es responsable el Estado á título de comitente? Crítica de la jurisprudencia.....	702
597 Es responsable el Estado cuando explota un ferrocarril? Variaciones y crítica de la jurisprudencia.....	705
598-602 Aplicación del principio. Jurisprudencia.....	712-715

	Página
603-604 Responsabilidad del Estado y de las compañías por razón del retardo en el transporte de personas y cosas.....	717
605 Responsabilidad del Estado por razón de la falta de agua en un canal, por el hecho de los ingenieros.....	718
Núm. 3. Leyes especiales.	
606 Leyes de correos y telégrafos. Traslado.....	719
Artículo 3. De los casos en los que no ha lugar á la responsabilidad del art. 1,384.	
Núm. 1. Del marido y de la mujer.	
607 Responde el marido por los hechos perjudiciales de su mujer?.....	720
608 Responde como comitente. Cuando es comitente?.....	720
609 Es responsable el marido por razón de la mala dirección que dió á su mujer?.....	721
610 Leyes especiales que declaran responsable al marido.....	722
611 Responde la mujer por los hechos de su marido cuando éste está loco?.....	722
Núm. 2. Del arrendador.	
612 Es el arrendador comitente del arrendatario? Cuando es responsable del daño causado por el arrendatario? Jurisprudencia.....	723
Núm. 3. De la acción de <i>effusis et dejectis</i> .	
613 Existe esta acción todavía en derecho francés?.....	724
§ V. Del efecto de la responsabilidad.	
Núm. 1. De los daños y perjuicios.	
614 La persona declarada responsable debe reparar el daño causado por el autor del hecho. La indemnización se repartirá entre el autor del hecho y aquel que de él responde.....	725
615 La responsabilidad del art. 1,384 no se extiende á las penas. Quid de las multas? Son consideradas como reparación civil?.....	726
616 Se extiende la responsabilidad á la confiscación.....	729
617 Es responsable el Estado por los multas y confiscaciones?.....	729
618 Los gastos de procedimientos criminales deben ser soportados por las personas civilmente responsables?.....	730

	Página
619 Las personas declaradas responsables por el art. 1,384 están solidariamente obligadas?	731

Núm. 2. De la acción de responsabilidad.

620 A quién pertenece la acción por responsabilidad?	732
621 Contra quién puede promover la parte lesionada? Cuándo tiene dos acciones? Qué diferencia hay entre la acción por responsabilidad y la acción contra el autor del hecho? Puede la acción ser intentada directamente contra las personas responsables?	733
622 Tiene un recurso la persona responsable? Contra quién y bajo qué condiciones?	735
623 Ante qué jurisdicción debe llevarse la acción?	736
624 En qué plazo debe intentarse la acción?	737

SECCION II.—De la responsabilidad del daño causado por los animales.

§ I. Principios generales.

625 Cuál es el motivo de esta responsabilidad? ..	737
626 La presunción de culpa establecida por el art. 1,385 puede ser combatida por la prueba contraria? Cuál es ella? ..	738
627 Sobre quién pesa la responsabilidad? Quid si el animal está bajo el cuidado de un tercero sin que esté á su servicio? ..	740
628 La responsabilidad es general y no comprende ninguna distinción	742
629 Qué debe probar el demandante? El demandado está admitido á probar que no tiene culpa?	743
630 Cesa la responsabilidad por la culpa de la parte lesionada? ..	745

§ II. Aplicación.

Núm. 1. Los animales domésticos.

631 Disposiciones del Código rural acerca de los animales abandonados	745
632 Leyes y principios acerca de las palomas	746
633 Las abejas quedan bajo el imperio del derecho común ..	747
634 Quid de los conejos	747

Núm. 2. La caza.

635 Es aplicable á los animales de caza el art. 1,385?	748
636 Cuándo es responsable el dueño de un bosque ó el adjudicatario de la caza por el daño causado por los animales de caza?	749

637 Se aplican á los conejos los principios que rigen á los animales de caza? Cuándo forman los bosques una "garena?" ..	752
638 Cuándo se asimilan los conejos á los animales de caza? Jurisprudencia	754

SECCION III.—De la responsabilidad del daño causado por las casas.

§ I. Principio general.

639 Para que haya responsabilidad es menester que haya culpa. Es presumida la culpa cuando se trata de una casa otra que un edificio, ó el demandante debe probar la existencia de la culpa?	756
640 Quién es responsable? Quid del usufructuario?	760
641 Es responsable el arquitecto con relación á terceros?	760
642 En qué casos es responsable el propietario?	761
643 Quid si la ruina sucede durante la construcción?	761
644 Con relación á quién es responsable el propietario?	762

§ II. De la acción *damni infecti*.

645 Existe todavía la acción romana? Quid de la acción admitida en el derecho francés antiguo?	762
646 Tienen acción los vecinos para obligar al propietario á reparar ó reconstruir el edificio que amenaza ruinas?	762

