

## EL CÓDIGO CIVIL EN SU CINCUENTENARIO (\*)

ALFREDO COLMO

Reproducimos en este número de *Lecturas y Estudios* la conferencia que Alfredo Colmo pronunciara en ocasión de inaugurarse los cursos de la Facultad de Derecho en el año 1931.

La versión taquigráfica de su discurso, fué publicada originalmente en la *Revista de Filosofía* dirigida por José Ingenieros (Año VII, N° 3, mayo de 1931).

En la relación Colmo - Código Civil recordamos el vigésimoquinto aniversario de la muerte del maestro y el nonagésimo aniversario de la sanción de nuestro Código.

(N. del Consejo de Redacción)

*Desde el punto de vista del Derecho, Alfredo Colmo fué un juez de excepción, un profesor notable y un científico profundo.*

*Recto en el ámbito de lo moral, vigoroso y humano en el de sus ideas, decidido en el de sus actos desde que ellos eran movidos por una convicción auténtica. Así fué en sus tres funciones mundanas.*

*La naturaleza de la Revista que recoge estas líneas, escritas a vuestra pluma, indica que las breves reflexiones por ellas contenidas sirvan al jurista en su faz de pedagogo.*

*Pocos con más títulos que Alfredo Colmo para escribir sobre la vida de nuestro Código Civil en sus primeros cincuenta años de vigencia, mostrando de qué manera desplegó el sentido de futuro que informa las normas jurídicas y que, con referencia a la Constitución, expresara Marshall hace muchos años, en palabras siempre frescas y exactas, diciendo que ella está llamada "... a realizar épocas futuras y consiguientemente a ser adaptable a las varias crisis de los asuntos humanos"* (4 Wheat. 316, 407).

(\*) La Facultad de derecho de la Universidad de Buenos Aires había sancionado en 1919 diversas ordenanzas que ya proyectaba para celebrar el centenario del código civil. Por circunstancias que no es del caso expresar, tales ordenanzas quedaron sin cumplirse. En tal virtud, la misma Facultad me designó, a fines del año ppdo. para que la inauguración oficial de los cursos de 1931 se hiciera con una conferencia que yo debía pronunciar acerca del código civil en su cincuentenario. Lo que se ve a leer en la versión taquigráfica de la misma, que no fué leída. — A. C.

Es que Colma, volando por cima de los métodos clásicos de interpretación y superando la influencia subidamente francesa de la Cátedra en el país —Al reflejo, por otra parte, de las fuentes que sirvieron a Villeg Stransfeld en la preparación de su obra magna—, penetra los problemas tratados por la dogmática moderna, preferentemente a través de la obra realizada por los pandectistas alemanes, reconociendo que ellos, como acontece con toda renovación, también son útiles para interpretar normas surgidas de otras corrientes doctrinarias.

La Facultad puso en sus manos de artífice la enseñanza de Obligaciones y Contratos, materia que, según la expresión de su alumno, primero, y colega en la cátedra, después, mi distinguido amigo, el Dr. Pablo Calatayud, constituye "toda la trama de la vida jurídica".

Don Alfredo Colma se desempeñó con singular maestría. Renunció al planteamiento de la materia con las ideas a que hizo alusión. No es necesario más que ver sus citas y leer sus páginas para apreciar sin esfuerzo de qué modo esas ideas renovadoras y fundamentales se penetraban en espíritu para asignarse sin lugar por postposición, sino que recibían un prelo y claro examen en el rico espíritu de Colma, quien luego las colocaba en el sitio doctrinario que a cada una correspondía.

Sus reflexiones sobre el contenido extrapatrimonial de la prestación, el agravio moral, la declaración unilateral de voluntad, la obligación de hacer encerrada en el hecho de compra y venta, las culpas de contrahendo y "precontractual", la solidaridad, y muchas otras constituyen una auténtica etapa del Derecho de las Obligaciones, así como otras doctrinas le sitúan en diferentes ramas del Derecho Civil y, aún, más allá de las fronteras que señalan la órbita de ese notable conjunto normativo.

Para la Ciencia no se detiene. Su vida epéica sigue creciendo con el apoyo de voluntades ajenas. La Universidad de la época en que Alfredo Colma impartía sus enseñanzas no era, como la de hoy, una población con matrices contingentes estudiantiles. Ello indica que, al margen de las concordancias o afinidades con los sistemas imperantes por entonces, la estructura actual de la Universidad exige una renovación de métodos. En nuestra sentir, esa deberá realizarse con la participación activa de egresados y estudiantes al integrarse en la Cátedra respectiva.

Si el recuerdo de Alfredo Colma no desea limitarse a una mera conmemoración, empílese el esfuerzo colectivo con cátedras ajenas para construir una otra gran etapa para el Derecho de las Obligaciones y para el saber jurídico en general.

Luis María Borrero Boccardo

Buenos Aires, 17 de agosto de 1959.

Antes de entrar de lleno en mi asunto, señor decano y compañeros, me es indispensable un desahogo. Hay algo en mí que protesta.

El cincuentenario del Código Civil no queda dignamente conmemorado con este acto. Debió ser una fiesta intelectual, y apenas si es una ceremonia. Hubo de ser un banquete científico, y gracias si se limita a una pobre conferencia. Merecí ser un necho, algo de estable y duradero, y sólo alcanza a la volante fugacidad de un conjunto de palabras.

No quiero hacer el comentario de los defectos de nuestra psicología que en ello se acusa, pero no puedo menos que señalar dos circunstancias. Desde luego, nuestro desdén —aparente o real, voluntario o forzado— por lo que entraña tarea, estudio y consagración, que nos vuelve tan descuidados e improvisadores. En seguida, nuestro culto oratorio, por virtud del cual es rara la dificultad o problema que no resolvamos mediante un discurso.

Algo más, mucho más que un discurso era menester en el caso. Ahí está, en el mero papel y totalmente incumplidas, las ordenanzas que votara la Facultad para celebrar la conmemoración: un libro de estudios diversos acerca de cada uno de los principales órdenes institucionales del código; una edición modelo del mismo código... Eso habría quedado. Eso habría mostrado el juego del Código en nuestra vida. Eso habría sido el punto de partida para las reformas y mejoras que el Código exige en bien plurales y fuertes sentidos.

La situación creada es apenante, pero no tiene remedio.

Y no lo tiene, ni aun en pequeño, en la alocución que al efecto se me encargara luego por la Facultad.

Me apresuro a decir que soy sincero. No estoy haciendo alarde de falsa modestia, ni voy buscando coonestación alguna respecto de las fallas de mi discurso.

Aludo a lo siguiente. Tan pronto como se me comunicó mi designación, me puse a madurar mi plan, y arribé a la conclusión de que lo menos que debía hacer era recurrir a las entidades más representativas del comercio, la industria, la familia, la propiedad, los tribunales, los distintos profesores de la Facultad... en demanda del juicio que les merecía el Código con relación a sus respectivas actividades y materias. Me era indispensable conocer en el hecho, en la realidad, en la vida misma, el juego del Código. Quería traducir, así, lo objetivo de sus bondades y defectos.

Y debo declarar, con desdoro para mí, sin duda, que he fracasado casi del todo en la empresa. Si se exceptúa uno que otro tribunal y algún raro profesor, a los cuales extendiendo desde esta

tribuna mi mano agradecida, nadie ha querido o podido suministrarme los datos pedidos.

La consecuencia es evidente. En su casi integralidad mi discurso es propiamente mío, pues en él trasunto por sobre todo mis juicios personales y propios, que no tienen más valor que el muy escaso de su autor. Y, así, lo que debió ser, en todo caso, un eco de la objetiva realidad, no es otra cosa que una subjetiva exteriorización.

Más que nunca, puedo repetir que no es de tal suerte como puede y debe celebrarse una conmemoración como la del cincuentenario de nuestro Código privado más amplio y más hondo.

Malgrado la circunstancia, procuraré desempeñarme, dentro de lo humano, lejos de cualquier prejuicio, para expresar sólo aquello que equivalga a una necesidad ambiente y a una positiva exigencia de la vida.

Queda excluido, por tanto, todo aquello que se resuelva en efectismos oratorios o en mal entendidos patriotismos. A mí no se me ha encargado el panerístico del Código ni de su autor. De consiguiente, no tengo por qué decir si el Código figura entre los mejores del mundo, ni si el doctor Vélez ha sido y es una lumbrera del derecho. Me bastaría, a propósito, con lo que sigue, que, por lo demás, lo he dicho más de una vez: con relación a su época y a las restantes circunstancias —sobre todo, la de ser fruto de pocos años de labor y la de ser obra exclusiva de un solo hombre— fué un buen Código y hasta un gran Código, por su método, por su riqueza institucional y de principios, por el acierto y la previsión de muchas de sus disposiciones. Hoy mismo, se puede contar por los dedos de una sola mano los códigos que le sean superiores en todo el mundo civilizado. Verdad que esto puede no ser un elogio para el Código, ya que puede implicar, como ocurre con efecto, lo malo y lo muy malo de la mayoría de los códigos civiles que conoce la civilización contemporánea. Sea o no elogio, el hecho resultante no es por eso menos innegable.

No vengo, pues, a hacer una apología. Dentro de los límites de una simple alocución y en la medida poco generosa de mi capacidad, vengo a hacer su estudio, su balance y su misma disección. . . . digamos, su filosofía durante el cincuentenario de su régimen. La Facultad es una institución científica y no un templo. En todo caso, en su ara no se quema incienso ni se atribuye importancia a las liturgias tan externas y suntuosas de las fórmulas rituales.

Y el problema se plantea, en su expresión más general, como sigue: cuáles son los resultados de la aplicación del Código Civil durante el cincuentenario de su vigencia. O, con relación

a lo futuro, de esta otra manera: qué suerte espera al Código después del cincuentenario de su vida y aplicación.

Como se comprende, ambas formas se correlacionan y complementan. Por eso es imposible separarlas, y precisas contemplarlas en sus recíprocas funciones.

En general, como tengo dicho, el Código ha sido, dentro de sus orientaciones esenciales, acertado y previsor. Ha contemplado todas las instituciones que en su época se contenían en los Códigos Civiles más adelantados, mejorándolas en no pocos casos a la luz de los criterios de los respectivos comentaristas. Ha extendido los derechos civiles al hombre, sin restringirlos al ciudadano, según era entonces corriente en más de un sentido. Con buena previsión, intencional o no, se separó del principio de la nacionalidad en materia de aplicación de leyes extranjeras, cosa que entre nosotros, que somos un país de inmigración, hubiera resultado todo un maremágnam, ya que el contingente extranjero es tan completamente numeroso: el principio por él adoptado de la sumisión voluntaria a las leyes del domicilio parece no sólo más sensato sino también mucho más práctico.

En materia de personas, merece plácemes la institución de las personas jurídicas, primer jalón del movimiento que parece orientarnos hacia el régimen de las corporaciones. Lo mismo digo de la mayoría de edad: los 21 años de Europa no habrían bastado, malgrado nuestra nativa precocidad, dada la cultura ambiente. Y, más que nada, es de aplaudir lo igualitario de los derechos de todas las personas, sin distinción alguna entre ellas.

En lo que toca a los hechos y a los actos jurídicos me basta con señalar estas tres cualidades: la construcción general de esos grandes principios aplicables a cualquier relación jurídica, que hasta entonces no conocía ningún derecho codificado, si se exceptúa a Freitas; la reparación civil de los daños delictuales; por último, la creación legislativa de la reparación del daño o agravio moral.

Con relación a la familia, son de elogiar: la supresión de una serie de requisitos y trabas para la celebración del matrimonio; el consentimiento de la mujer casada para la enajenación de sus bienes propios; la casi plena capacidad de la mujer divorciada; la patria potestad reconocida a la madre y entendida como un deber; la consagración del derecho para investigar la paternidad natural; la preocupación en favor de la protección de los derechos de los incapaces, sin reconocérselos a éstos privilegio alguno...

Respecto de derechos reales, deseo hacer resaltar lo bueno del título de la posesión. En países nuevos, la posesión es simplemente fundamental. Todo contribuye a provocarla: bienes desocupados e inertes; bienes sin dueño conocido; facilidad e im-

punidad de la ocupación, etc. En tal virtud, el poseedor, que ha podido, sin agravio para nadie y con beneficio colectivo, hacer útil y práctico un valor en potencia, incorporándole su trabajo y su capital, tiene título sólido para que se le reconozca su buena acción y para que se proteja su derecho. Y la proscripción de las hipotecas tácitas, la necesidad del registro para la hipoteca que se admite, la prohibición de las afectaciones por largo tiempo...; todo concurre para que se vea en la materia el propósito de facilitar el trabajo, de garantizar a terceros y de no trabar la circulación de los bienes.

En punto a contratos y obligaciones, el fundamental distinguo entre ambas cosas, si bien no siempre respetado, es todo un título para el codificador. Lo son todavía más sus intuiciones, tan felices, de la culpa in contrahendo y de la cesión de deudas. Y la institución del beneficio de competencia en favor de los deudores que no pueden pagar, a fin de que se les deje lo necesario para que vivan, está proclamando a gritos, que para el legislador el asunto créditos o deudas es secundario, con respecto al derecho de vivir, y que no hay acreedor que valga frente a una situación de apremio de un deudor... ¡Después dirán nuestros juristas de corte clásico que el Código es frío y cortante como una lama de cuchillo, que el Código sólo regla cosas económicas y pecuniarias y que en él está barrida la noción de sentimiento y de hombre!

El espíritu relativamente democrático del Código en lo atinente a sucesiones no puede ser negado: ha proscripto cualquier mayorazgo; ha impedido las sustituciones, que hubieran dado el espectáculo de bienes prácticamente sustraídos a toda herencia y conservados en herederos especiales; ha consagrado la igualdad sucesoria entre todos los herederos; ha contribuido a la división de los latifundios...; ha hecho, en suma, que los bienes hereditarios sean tales sólo en el momento de la sucesión, y que después de ella se comporten como cualesquiera otros bienes, dentro del juego y la circulación de todos los valores.

No son muy inferiores sus méritos en lo trascendente de su acción en el campo de los otros derechos.

En materia constitucional ha empezado por respetar las jurisdicciones locales, al distribuir los bienes públicos entre los estados federados y el estado nacional. Y luego se ha limitado, no poco, al no invadir el campo legislativo de los mismos, en la codificación de cosa formales y procesales, que serían de la jurisdicción de éstos.

Al código comercial le ha dado la pauta en la gran mayoría de sus principios relativos a los hechos y a los actos y en lo común de sus diversas instituciones contractuales, sin perjuicio de hacer a su turno de "bracero", tomando del Código Mer-

cantil más de una disposición y régimen acerca de la cesión por endoso o al portador, de la liquidación de las sociedades, de la interpretación del mandato, etc.

Al Código Criminal le suministra algún principio, como aquel de que las personas jurídicas no pueden ser acusadas criminalmente, o aquel otro de que comete hurto quien se apropia una cosa perdida; o bien le reconoce prioridad en la determinación de lo delictuoso de los hechos que hacen posible la revocación de una donación, la indignidad para suceder o la desheredación.

El derecho industrial y obrero no es, seguramente, uno de sus preferidos. Con todo, y a parte lo relativo a la noción de propiedad respecto del primero, ha dado al segundo varios principios generales acerca de las obligaciones de hacer y de la locación de servicios o la locación de obras, así como los concernientes a la responsabilidad.

El derecho de procedimientos no puede quejarse. ¡Bien al contrario! Además de muchas normas probatorias, le ha facilitado los principios más generales en materia de varios juicios: alimentarios, de interdicción, posesorios, hipotecarios, de petición y de partición de herencia, etc. También le ha aportado lo esencial en punto a acciones reales, a diversas excepciones, como las de compensación, transacción, remisión o quita, etc.

Tampoco tendría motivo de protesta el derecho internacional privado. En el título inicial, en los de los actos jurídicos, del matrimonio, de los contratos, de las sucesiones, etc., se contiene, en resumen, casi todo cuanto puede constituir, en derecho civil, el Código respectivo.

Y la economía política ve con gusto cuánto se ha preocupado, comúnmente, nuestro legislador, de proteger a los terceros de buena fe: los contratos no pueden perjudicarlos; la acción pauliana no los alcanza; las hipotecas ocultas quedan fulminadas; los actos del heredero aparente son plenamente válidos; la posesión de una cosa mueble es todo un título; varias causas suspensivas de prescripción están barridas, etc. Lo mismo digo en cuanto a la prohibición de las afectaciones de largo plazo y de la inalienabilidad de inmuebles, así en locación como en censos, rentas o enfiteusis, así en las facultades del donante como en las del testador.

Finalmente, y para abreviar, algo semejante cabe decir de la moral y la general cultura. La moral o las buenas costumbres son una preocupación constante del codificador, en cuanto no se resata en fulminar todo cuanto pueda afectarlas. Y la general cultura recibe su homenaje en formas variadas: el progresivo nacer de obligaciones que acaso mañana lleguen a convertirse

en obligaciones plenamente civiles, en la creación generosa de ese primer grado de las obligaciones naturales; los derechos autopersonales, en el principio de que el honor y demás calidades afines pueden ser materia de un delito civil y dan título para una indemnización; los diversos sentimientos ante el misterio de la muerte determinan, entre otras cosas, los privilegios por los gastos funerarios y por los de última enfermedad; la necesidad de comer y vivir dan pie para el privilegio de los salarios de obreros o de gente de servicio, como, de otra parte, son el gran factor del beneficio de competencia, de los alimentos y de todo el resto. Hay usufructos de mero placer. El daño moral es indemnizable. La sucesión es un asunto de familia mucho antes que un problema económico. . .

Hablo con toda intención. Me refiero a lo cultural, porque no puedo hablar tan sólo de lo moral, que tiene excepción propia. Ayudo a la cultura, porque quiero mostrar dos cosas: que el Código no es puramente económico, como lo acredita, desde la época romana, la legislación de la familia, del matrimonio, de los hijos, de la patria potestad y de todo lo demás; y que es la cultura, el grado y forma del desenvolvimiento espiritual, lo que va sacando de la penumbra de lo incidental o vago una serie de aspectos institucionales que se hacen más y más exigibles en cualquier campo de actividad, que se infiltran en la conciencia colectiva, que se incorporan al patrimonio social, y que, convirtiéndose en un valor y así en capital, reclaman protección legislativa. ¿Que hablen, si no, las numerosas asociaciones —deportivas, literarias, artísticas, religiosas, científicas, de esparcimientos sociales, de excursiones, etc., etc.— que representan toda una suma de intereses respetables y muy ajenos a lo económico, que no tienen cabida en el Código, pues éste no les reconoce individualidad alguna, y que, ante el empuje colectivo que entrañan, en no pocos casos ha sido preciso reconocer mediante un pequeño "détournement", haciéndoselas encuadrar entre las personas jurídicas! . . .

En síntesis, el Código no sólo no ha trabado —repito que hablo en general tan sólo— las diversas actividades, sino que ha llegado a fomentarlas, a provocarlas y a darles relativa consistencia y estabilidad.

Lo malo —lo natural, digamos— es que en muchos casos no ha sido así. El Código es atrasado en no contados supuestos, como es errado en una fuerte cantidad de otros, y resulta muy deficiente en aspectos de toda importancia.

Véase una muestra de las principales observaciones que es dable formular a tales respecto.

Quiero prescindir, desde luego, de sus fallas técnicas y metodológicas. Son demasiado numerosas, y el consiguiente análisis, malgrado cualquier síntesis, llevaría lejos.

En lo que toca a lo que se puede llamar la parte general del Código, me limito a señalar la total abolición del derecho anterior y la proscripción de la costumbre. No, advierto de entrada, porque halla mala esa doble fulminación, que es consecuencia inmediata y necesaria del hecho de que se dictara un Código Civil. Es que se ha hecho tabla rasa de una y otra cosa. Salvo en expresiones incidentales, y bém poco felices en más de un supuesto —aludo a la pretendida innecesidad de la escritura pública en la venta judicial de inmuebles y a la titulada posesión hereditaria—, en el Código no se ha tenido en cuenta el derecho anterior. En cuanto a la costumbre, apenas si acá y allá se autoriza la aplicación de la misma en su expresión primaria de los usos. La costumbre integradora de la ley, para interpretarla y hacerla vivir, la costumbre derecho viviente y que surge del fondo mismo de la conciencia colectiva, la costumbre trasunto de exigencias impuestas por la fuerza de las cosas, la costumbre derecho natural e inmediato, merecía una consideración más importante y decisiva que la muy limitada y pobre que el código le ha asignado.

Con relación a los caracteres generales del Código, quiero prescindir de lo frecuentemente doctrinario o teórico de sus preceptos, del exagerado casuismo de sus disposiciones, lo que conduce al detallismo, tan impropio en una ley, pues eso es función eminente de la jurisprudencia y de otros defectos análogos. Sólo apuntaré lo relativo a su excesivo romanismo.

Parece inconcebible que al través de dos mil años las condiciones de vida humana no se hayan modificado, y que, de consiguiente, los romanos hubieran podido cristalizarlas para siempre. De ahí esos regímenes poco menos que nominales de la caza, de las abejas y del pretérito tesoro. De ahí la consagración de instituciones tan abundosas en preceptos como escasas en casos prácticos, de la sociedad, el usufructo, las servidumbres y el anticresis, que absorben unos seis centenares de artículos. De ahí el mantenimiento de términos de ausencia y de prescripción, en época de ferrocarriles, vapores y telégrafos, tan largos como los de la época romana de guerras frecuentes y de comunicaciones en barquichuelos de vela o sobre el lomo de un caballo. Y de ahí la circunstancia de que el Código contenga más de cuatro mil preceptos, no obstante lo cual dista de ser tan completo como otros de dos mil o menos artículos.

Podría señalar otros, particularmente el de su individualismo llevado al pínaculo. Pero me limito a indicarlo por ahora,

pues su juego concreto se lo verá con relación a cada una de las principales instituciones.

En el régimen de las personas, si es de aprobar, entre otras cosas, la prescripción de la incapacidad de los prodigos, no encuentro justificable ni la prohibición de la habilitación de edad —que el Código Mercantil ha debido consagrar—, ni la casi total omisión de las fundaciones, ni la denegación de la personalidad a las asociaciones (y se tenía en Freitas algún buen antecedente), ni, por sobre todo, la no creación de un registro civil completo y con carácter obligatorio, dentro de todo el país. En esto se trata de un asunto civil, pues media la externa determinación, la prueba de fondo de la personería, que, como en el caso del registro de la hipoteca, es parte integrante del mismo derecho esencial.

En materia de hechos, las observaciones son más numerosas y de mayor alcance. En mi afán de condensar cuanto me sea posible— y reconozco que no siempre me resulta— sólo haré mérito de cuatro o cinco puntos.

He aquí dos, por de pronto, que son una apoteosis de romanismo: nadie puede ignorar la ley; quien usa de su derecho no causa daño.

Lo primero sería concebible en un medio en que todo el mundo supiera leer, y en que, además, tuviera tiempo y facilidades para leer. En un ambiente como el nuestro, que en la época de la codificación ofrecía el espectáculo de una población que en su inmensa mayoría no conocía ni la o, la presunción resulta infantil. Y nada se diga de las dificultades de las comunicaciones, del desierto y de la fuerte escasez de Códigos.

Claro está que no se me oculta la previsión que el precepto entraña. Si se autorizara la excusa de la ignorancia de la ley, ésta se convertiría prácticamente en una cosa nominal.

Pero no es eso lo que pretendo. Creo que debió autorizarse a los jueces para que —como ha resuelto nuestra Suprema Corte respecto de leyes nuevas— se admitiera la obtemperación resultante de circunstancias debidamente comprobadas, máxime si se atiende a lo novedoso y complejo de una ley como la del Código. Es lo que reclamara Menger, y lo que se concluyó por aceptar en Alemania. Hoy, demás está decirlo, presunción semejante es objeto de ataques tan violentos como justos.

Respecto del segundo principio —*naminem laedit qui jure suae utitur*— la moderna doctrina del mal llamado abuso del derecho me excusa de cualquier insistencia. Es verdad que en la época de la codificación tal doctrina era desconocida. Pero no me refiero a la doctrina misma, sino a su contenido. El codificador debía saber que el derecho es, hasta por definición, una

relación social, y que, por lo tanto, no hay derecho sino dentro de la armonía que impone la misma convivencia. De ahí que si alguien usara de un derecho propio violando principios que la convivencia hace necesarios, usaría de él ilegalmente, esto es, abusaría. Pero el romanismo de que estaba impregnado le impidió ver justo en esto, como se lo impidió en otras situaciones a que me referiré más adelante.

En tercer lugar, apunto que el codificador, que tuvo previsiones muy buenas en materia de prescripción (sobre todo, al reducir a diez años el término de la ordinaria, contra el treinta y cinco de casi todos los Códigos del mundo), no escuchó bastante sus sugerencias en varios otros supuestos: ha mantenido prescripciones de treinta años (hasta para reclamar pequeñas cosas muebles, dadas en prenda), y ha consagrado demasiadas causas suspensivas de la prescripción, con la agravante de un precepto nada claro, como es el del artículo 3880, que permite extenderse aún más.

En cuarto término, el principio de que no hay derecho fundado en un acto ilícito, no está propiamente en ningún precepto del Código. Sin embargo, se trata de algo que viene del mismo derecho romano. Lo que es más, se trata de algo que representa un gran instrumento de educación, y hasta de corrección, para no escasos individuos que pretenden derivar derechos de actos indicados y aun torpes.

Finalmente, deseo protestar contra el principio del artículo 953; todo acto jurídico debe tener un objeto comercial.

He aquí otro caso de romanismo... mal entendido, al través del Código francés y sus imitadores. Ihering ha probado hasta la saciedad que el preconcepto es falso: el derecho romano nunca lo ha sancionado. Lo que es más, el codificador dió prueba, y no una sola vez, de que en el Código se legislaba no el negocio, no el comercio, no lo meramente económico o pecuniario de la vida, sino la vida misma en su integralidad. Por algo ha consagrado el matrimonio y toda la institución de la familia y las sucesiones. Por algo ha fulminado las cosas inmorales, ha autorizado el beneficio de competencia, ha dado cabida al usufructo de mero placer, ha admitido el daño moral... Ahora resulta que el contrato para educar o guardar un niño, o para que no se haga ruido en una casa de alquiler, o para realizar un viaje de placer o de estudio, o para que dos o más personas se asocien con fines culturales, etc., etc., no es contrato, no es acto jurídico, no es derecho civil, no es actividad humana respetable, simplemente porque en él no se persigue un objeto "comercial". Lo evidentemente diminuto y errado de la disposición tienen en mi caso una gran virtud: previenen la explosión fulminatoria que pugna por salirse.

Héme ya en el derecho de la familia.

Hay no contados progresos realizados: los he indicado, apenas indicado, más arriba. Pero se está lejos, aun con relación a la época de la codificación, de lo que pudo esperarse.

No quiero insistir en lo religioso del matrimonio, ya felizmente corregido, ni en la no admisión de los hijos adoptivos, que algún día deberá consagrarse: se trata de cosas para mí obvias.

Pero cabe protestar contra la casi esclavitud de la mujer casada, tan fuertemente incapacitada por la ley y tan poco protegida respecto de los bienes conyugales, contra la inconducta de su marido. Lo mismo digo de las prohibiciones, en cuya virtud la mujer no puede ser tutora ni siquiera servir de testigo de un testamento.

La edad del matrimonio es una simple ingenuidad del codificador, y más tarde del legislador de 1889, dominado aquí por sugerencias nada encomiables. Sería de ver un matrimonio de dos chicos de catorce y doce años... El matrimonio es, por sobre todo, un asunto de hijos antes que de bienes y patrimonios. De consiguiente, y sin llegar a los extremos de la mayor edad, apenas si cabría admitir como edad mínima la de dieciocho años para los varones (es la edad en que pueden testar, reconocer hijos naturales, etc.), que corresponde a la de quince para las mujeres. La eugénica y la seriedad estarían mucho más consultadas.

La condición de los hijos naturales, tienen todavía cortapisas. El precepto del artículo 326, que prohíbe la indagación de la maternidad respecto de una mujer que luego se casa, es pura gasmoñería. Por encima de preconcepciones de moral convencional, está la realidad de los hechos: el hijo no es por eso menos hijo ni menos inocente, ni menos digno de protección que el hijo de una mujer soltera.

La suerte de los hijos adulterinos es deplorable. Es la lógica de las malas legislaciones. La culpa, si la hay, de los padres, es pagada por los hijos... Acaso se llegara a prevenir un poco el adulterio, si los padres supieran que la ley los responsabiliza por los hijos que echen al mundo.

No sé hasta qué punto pudiera condecir con nuestro ambiente la implantación del consejo de familia en materia de tutela. Pero sé que ésta no se halla bien organizada, ni, menos, fiscalizada. Un tribunal de tutela, por el estilo del germánico, sería para mí remedio decisivo.

Hay mucho más. El Código no ha organizado sino la tutela de los pupilos más o menos pudientes. Basta ver la prolijidad con que determina la administración del respectivo patrimonio.

La tutela de los menesterosos, la tutela que se resuelva en una función educadora y formadora del hombre futuro; eso no cuenta. Felizmente, hay ya más de una iniciativa al respecto. La tutela del Estado sobre todos los menores abandonados, aislados, etc., etc., es una función de toda importancia y de vital necesidad. Y la mayor facilidad para despojar de la patria potestad a los padres incuriosos, debe concurrir para que la suerte de la infancia y la adolescencia constituya una preocupación primordial de las leyes y los poderes públicos.

No será mucho lo que diga respecto de los derechos reales.

Acaso bastaría apuntar, en general, que es aquí donde el romanismo brilla con todo esplendor.

Para no repetirme, señalaré la tradición como medio de consumir la transmisión de un derecho real. La tradición en lugar del registro, instituido para la hipoteca, en pleno siglo veinte y ante modelos como los de la ley francesa o de Freitas, es toda una aberración. Ese condominio metafísico y contradictorio y con la superchería del efecto declarativo de la partición, es, simplemente, incomprensible. Y ese dominio imperdible, ese dominio inerte, ese dominio excluyente y poco menos que absoluto, aislado en forma que conduce a ver en las necesarias limitaciones sociales meras restricciones como excepcionales, siendo así que son parte integrante del derecho mismo, que, como todo derecho, sólo es tal dentro de la armonía de la convivencia, ese fetichismo de los inmuebles, considerados como la propiedad sagrada y eminente; todo ello hace que sea verdad para el Código aquello de Demolombe: "Place au droit réel!", esto es, la infantil supremacía del señorío territorial y de los resabios feudales...

También quiero ser breve en punto a obligaciones y contratos. La noción misma del contrato es rudimentariamente romanista: supone el pequeño "marchandage" de los futuros obligados. Con ello se excluye los contratos en grande, como los colectivos o los de adhesión, y se proscribe la oferta al público, cabalmente porque, según el Código, la oferta debe ser hecha a persona determinada. No está consagrado en parte alguna el principio tan fecundo del enriquecimiento. La omisión de la locación rural, en un país eminentemente rural como el nuestro, no tiene justificación. Los contratos llamados reales, en una época y en un Código de puro consentimiento, carecen del más elemental asidero y resultan una quinta rueda. No se ve por qué la señal deba jugar como cláusula resolutoria, ni que, en caso de incumplimiento por una de las partes, la otra parte no disponga, como en derecho comercial, del derecho alternativo de resolver el contrato o de pedir su cumplimiento. La preterición de una larga serie de locaciones de servicios y de obras (para el Código no hay más obra que la construcción de un edificio: un canal, un

puente, un peso, un cuadro, un libro, una estatua, etc., etc., no existen), muestra lo muy libresco y no muy práctico de la orientación del codificador. Y a propósito de obligaciones, señalo esto: lo violento de esa cláusula penal, en cuya virtud se puede reclamar un perjuicio de mil o cien mil, aunque sólo se lo haya sufrido por cien o por uno, y aunque la prestación principal no valga más de cien o uno, no tiene nombre; la no fulminación de la usura es un positivo error; lo extensivo de los efectos de las obligaciones solidarias, casi siempre contra el deudor o los deudores, es de un romanismo injustificable; el "tratado" de la transacción puede ser reducido a preceptos contables por los dados; la novación es una mentira práctica y una fuente de controversias, etc., etc.

También hay exceso de romanismo en las sucesiones. El concepto mismo de ellas, la transmisión de la personalidad del difunto a los herederos, tenía en Roma explicaciones, sobre todo religiosas, como ha mostrado Pastel de Coulanges, que ni en sueños proceden entre nosotros. La posesión hereditaria del Código es plenamente desconocida en la práctica. Los grados sucesorios son numerosos: si ya no son pocos los primos que ni siquiera se conocen, calcúlese lo que ocurrirá respecto de hijos de primos. La partición hecha en vida por los padres tiene, frecuentemente, este doble resultado: es fuente de avideces entre los beneficiarios, y, por tanto, factor de disidencias; de otra parte, el pobre padre suele encontrarse luego en condición como de mendigo respecto de sus hijos. De ahí lo teórico de su legislación. Lo mismo, si bien en otro sentido, cabe apuntar respecto de la separación de patrimonios: con la herencia en los bienes del derecho moderno, todo queda consultado. El aumento de la porción disponible me parece de rigor. Y la ampliación de los derechos hereditarios en favor de los hijos naturales, que deben ser equiparados a los hijos legítimos del padre que los haya reconocido, tiene que venir; como debe ser una plena realidad la consagración de análogos derechos respecto de los demás hijos legítimos.

Si salimos del Código —y pido perdón por la impietad de mi largo abuso— y vamos a las legislaciones y disciplinas más o menos conexas, hallaremos igualmente no contadas fallas.

Poco será lo que apunte en materia constitucional, a cuyo respecto el codificador llegó a sustentar convicciones bien equivocadas. No podría ponerse en tela de juicio a tal respecto lo relativo al registro de la hipoteca ni lo tocante a las cosas de forma o procesales —acciones, juicios, pruebas, etc.— que se encuentra en el Código: se trata de principios generales, y no de detalle, que, por lo mismo, son parte inmediatamente integrante de las correspondientes instituciones de fondo, y resultan así

plenamente civiles. A lo sumo si cabría señalar cosas incidentales, como aquella expropiación sin indemnización del art. 2639.

Tampoco será mucho lo que diga en materia comercial. Me limito a recalcar las reacciones más o menos solapadas que acusa la jurisprudencia, forzada por las exigencias ambientales, contra el régimen pasado del Código Civil: los usos tienden a prevalecer sobre el imperio subsidiario de aquél; la fuerza probatoria contra terceros de los documentos privados, de fecha no cierta, sobre todo, en punto a letra de cambio y a prenda, va siendo más y más admitida; la comercialidad de los inmuebles se está infiltrando en alguna forma, particularmente cuando se trata de ejecutar una hipoteca dada en garantía de una obligación en favor de una sociedad anónima.

Con relación al derecho criminal, las desarmonías y antinomias no son tan numerosas como delicadas. Entraña todo un problema la potestad de las personas jurídicas o de los menores emancipados (arts. 41 y 135 del Código Civil), para asumir el carácter de querellantes en un juicio criminal. Lo mismo digo de la calificación fraudulenta de una quiebra; si bien aquí el asunto no es sólo de ley, pues también concurren circunstancias de prueba y criterio. El Código Civil ha convertido en delitos a hechos (como el de estelionato: arts. 1178 y 1179), que no lo son en derecho penal. Las multas civiles (son o no son delitos criminales? Todo es asunto de apreciación: hay multas puramente fiscales, como hay multas que son una pena. El adulterio civil no es el adulterio criminal; y eso que por virtud de una ley ulterior, la comprobación del hecho civil es prejudicial. La reparación civil del daño causado por un delito es demandable ante las dos jurisdicciones...

En derecho industrial y obrero el Código presenta una falla de toda gravedad. Ya hice referencia a una serie de locaciones —rural, de servicios, de obras, etc.— que en aquél han sido preferidas. Aquí sólo concentro mis observaciones en el derecho del trabajo. La sugestión libresca e imitativa no permitió comprender al codificador que en cualquier país, sobre todo en un país nuevo, el trabajo es un elemento vital de desarrollo y auge, y no le dió así pie para sentar ni siquiera los principios básicos de un derecho tan fundamental. Al contrario, todo cuanto se refiera al trabajo más común, al trabajo del obrero, quedó, o proscripto en algunos casos, o lo que es peor, plenamente olvidado en la inmensa mayoría de los supuestos.

El derecho de procedimientos está invadido en casos bien plurales, si bien, por suerte, en asuntos secundarios. No hay concordancia entre la prueba civil de los contratos y los medios probatorios del derecho procesal. Hasta qué punto las acciones posesorias correspondan a los interdictos, puede decirlo alguna

jurisprudencia que hace de aquéllas y de éstos dos juicios distintos. La ejecución hipotecaria contra el tercer poseedor es, en el Código Civil, larga y dispendiosa. El código procesal ha ampliado al Código Civil en lo tocante al lugar de la exigibilidad de una obligación. La prescripción de la ejecutoria del Código procesal parece una reviviscencia de cosas pretéritas: en todo caso, es un rompecabezas. La compensación no parece obrar de pleno derecho en materia procesal. La especialización del concurso hipotecario ha sido extendida por la ley procesal a cualquier privilegio especial.

Con relación a la economía política, sólo quiero referirme a la deficiente protección de los terceros, esto es, a la falla más importante que puede tener una ley, que debe empezar por dar seguridad, estabilidad y todo el resto a cualquier derecho bien adquirido. Aunque el propósito legislativo de proteger a los terceros resulte para mí meridiano de un largo conjunto de preceptos que, efectivamente, les dan garantía, no puedo negar que hay disposiciones equívocas y que dan pie para interpretaciones diversas. Es ello así en punto a dación en pago, a nulidades, a reivindicación, a la acción de reducción, etc. Es también así respecto de efectos retroactivos que el Código ha menudeado en la condición, en la nulidad, en la división del condominio y de la herencia, etc. Es igualmente así en aquella regla, infantilmente romanista, de que nadie puede transmitir más o mejores derechos que los que tiene, y que el mismo codificador ha derogado en centenares de casos. Es, además, así en lo que toca a prescripción: sus términos suelen ser muy largos, y las causas ocultas de suspensión son toda una rémora. Y es por sobre todo así en la omisión del registro para la publicidad de derechos reales, de privilegios, de regímenes conyugales, etc.

En cuanto a las demás disciplinas, de las cuales no deseo contemplar sino la moral y la cultura, ya he indicado la pobre suerte de la mujer, la triste suerte de la mujer casada y de los hijos naturales, la tristísima suerte de los otros hijos ilegítimos, el exagerado individualismo del código, etc., etc.

La literatura no ha sido tentada por el Código. En cuanto yo sé, sólo en el teatro, y en contados casos, se ha querido poner en tela de juicio algunas instituciones: la patria potestad, el divorcio, la filiación ilegítima y el régimen de la sociedad conyugal. En general, los autores no tienen ni noción de lo que es el Código, pues suponen para sus tesis situaciones favorables, que distan de responder a lo que aquél legisla. En algún otro caso pretenden regímenes, como el de la dote, que serían simplemente una aberración en nuestro medio.

Pero en materia de jurisprudencia habría título sobrado para ser extenso. Como me tarda el concluir, voy a señalar lo más típico. . .

Nuestros jueces, en general, cuando saben derecho, interpretan la ley con criterio exegético, cerrado y de la más elemental literalidad. Una palabra, aun incidental, los resta y esclaviza: en vano se les argumentará con los principios de fondo del Código, con la multitud de preceptos análogos que resuelven en otro sentido y que muestran el propósito del legislador. Es así como nuestra jurisprudencia restringe el daño moral a los delitos que entrañen un hecho criminal, cómo ha inventado lo de la prescripción de una sentencia dentro de los diez años ordinarios, cómo sostiene que la demanda interrumpe la prescripción por el mero hecho de ser intentada y antes de toda notificación, cómo acuerda efectos reipersecutorios a la acción de reducción o a diversas reivindicaciones contra terceros adquirentes a título oneroso o de toda buena fe, cómo ignora el abuso del derecho, cómo afirma nulidades con efecto retroactivo en supuestos muy plurales, cómo ve en el artículo 326 un óbice positivo para admitir la acción de filiación natural, y aun la de posesión de estado, contra una viuda o una mujer casada ya muerta, cómo rompe toda la doctrina del código y del buen sentido en punto a solidaridad y a indivisibilidad, por virtud de un mero error de copia o de imprenta del artículo 2689 . . .

Sería interminable. Ayer nomás ha resuelto que una cónyuge, divorciada desde hace dieciocho años, y que se precipita sobre los bienes adquiridos por el marido durante la separación, tiene derecho preferente sobre los acreedores del marido, y de consiguiente, sobre los acreedores conyugales; siendo así que no puede haber bienes en una sociedad conyugal, como en ningún patrimonio, mientras no se pague las deudas. Ayer nomás ha decidido que un pobre acreedor, que ejecuta a su deudor y se encuentra que éste no le paga ni tiene cómo pagarle, y que en tal virtud embarga un automóvil que hasta ayer era del deudor, tiene que sufrir todas estas consecuencias: el deudor ladino, para no emplear el calificativo que cuadra, que había vendido su automóvil poco antes, como se comprobó por el informe municipal, vence al acreedor en la tercería; y después el nuevo propietario del automóvil lo demanda por indemnización del daño causado por el embargo ilegal. El acreedor, que perdió su crédito y que debió pagar las costas de la tercería, se ve todavía precisado a abonar esa indemnización. Es sin duda fuerte. Lo menos que merecía tal acreedor era consideración. Lo menos que correspondía contra el deudor era el rigor. En vez, hay todo un prodigio de sutilezas mediante las cuales se ha arribado a la conclusión en contra del primero.

En verdad que muchas de las inculpaciones que se formula contra el código serían más procedentes contra la jurisprudencia, que ha podido ser más progresista y hasta creadora, dentro

de los lineamientos de fondo del código, que, seguramente, no quiere el estancamiento ni el retroceso del país, sino su desarrollo y su progreso. No hay en ella nada de creador, ni siquiera de innovador. Y no será por falta de precedentes. Me sobra con citar la jurisprudencia francesa<sup>2</sup> que ha tenido la singular virtud de mantener al día al vetusto código civil, dando a luz, por mera y fecunda interpretación, a las instituciones del contrato por terceros, del abuso del derecho, del daño moral, de la obligación natural, de la validez de los actos de enajenación del heredero aparente, de la personalidad de las sociedades, etc., que el código silenciaba o ignoraba. Entre nosotros es poco menos que imposible. El derecho romano, Pothier o Laurent (y no menciono ciertos autorcillos...), son un evangelio; Saleilles o Géný o la Corte de Casación no son nada.

Si contáramos con una jurisprudencia capaz de traducir el derecho vivo y de responder a las exigencias ambientales, la cuestión de la reforma del código pasaría muy a segundo plano. Sobraría con una que otra ley especial.

En cambio, las reformas son más y más indispensables.

Descarto, desde luego, lo relativo a la reforma integral del código. Es tan compleja y larga que no se haría nunca.

También prescindo de los problemas de fondo de la reforma de nuestra codificación, pues ello es todavía más grave: armonizar el código civil con los restantes equivale a cambiar estos últimos; y modificar nuestra legislación implica reformar una serie de instituciones, cambiar la organización y régimen de no pocas cosas, y hasta orientar la educación en nuevos sentidos, como también supone afrontar el problema de los códigos de instituciones (la familia, la propiedad, las obligaciones, el trabajo, el derecho privado en general, etc.), para romper con la anti-gualla del sistema actual de códigos heterogéneos e inorgánicos y que silencian no pocas cosas o legislan dos veces una misma cosa.

Dentro de lo limitado y más práctico de las leyes sueltas, cabe reclamar no pocas cosas, que me reduzco a indicar en casos típicos: la socialidad, en vez del individualismo, para que los derechos sean una función antes que una potestad; en el régimen de las personas, el derecho al nombre y la consagración de las asociaciones; en los hechos, el daño objetivo, el daño moral, la nulidad estricta y sin efecto retroactivo (salvo siempre la mala fe), el principio del enriquecimiento, la prescripción menos contemplativa de los derechos del acreedor; en el derecho de familia, la patria potestad como función y como deber, la dignificación de la mujer casada, la consagración de los derechos de los hijos ilegítimos, la tutela del Estado en favor de los menores desamparados, la institución del bien de familia, y por

sobre todo, la admisión del divorcio absoluto, que ha de implicar una conquista del más elemental buen sentido en favor, particularmente, de la mujer y de los hijos; en el derecho de las cosas, la morigeración de ese señor feudal del derecho real y la conversión del romanista derecho de dominio en lo funcional de una propiedad que sirva para algo y concorra a la actividad colectiva; en el de las obligaciones, la espiritualización y objetivación de la misma obligación, que nos dará la cesión de deudas, la supresión del arcaísmo de la novación, la preterición del requisito del valor pecuniario, la extensión progresiva de las obligaciones naturales; en el de los contratos, el concepto individualista y diminuto debe desaparecer ante la concepción social que permita la admisión de la voluntad unilateral, el contrato de adhesión, la oferta al público, los contratos por terceros y los contratos abstractos y colectivos, así como la serie de contratos consagrados debe ser integrada con todos los relativos a servicios y a obras, y, más que nada, con los del trabajo. Y en el derecho sucesorio, que en nuestro régimen no cabe proscribir todavía, la sociedad tiene mucho más de un título para reclamar lo que en toda sucesión viene a ser obra de ella: se lo consultará reduciendo los grados, que jamás debieran pasar del cuarto, e imponiendo fuertes derechos a la sucesión; además, será menester organizar mejor el juego de los cónsules en las sucesiones vacantes, ampliar la porción disponible, prohibir la división, durante algún tiempo o mediante compensaciones, de herencias en que figure algún bien cuya partición implique un desmedro de los derechos en juego, atribuir adecuados derechos a los herederos ilegítimos...

Sólo de tal suerte se marchará con la corriente de la cultura. Sólo así se acomodará las leyes a las condiciones ambientes. Sólo de esa manera se podrá hacer que las leyes no traicionen las exigencias de la vida que deben interpretar. Y sólo entonces se podrá decir que el código civil no es, como hoy se dice y se repite, una cosa arqueológica.

Se podrá no participar en más de un supuesto de los diversos puntos de mira que tengo delineados. Es ello plenamente natural. Por eso ni lo pretendo. Pero lo que no ha de ofrecer dudas es lo central de mi criterio: el código es omiso y atrasado en asuntos de toda importancia, y se hace indispensable que responda ya a necesidades muy sentidas y muy hondas. Esa es la tarea del buen derecho. Esa es la obra del único derecho concebible en cualquier sociedad culta, como es la nuestra, que, además, tiene el deber señalado por su misma posición, de ser como la directriz de las orientaciones culturales en el continente.